

À espreita da Constituição

Organizador: Paulo Roberto dos Santos Corval

Autores:

Aline Gomes Mendes ♦ Ana Luiza de Moraes Gonçalves Correia
Christiana Sophia de Oliveira Alves ♦ Emanuel de Oliveira Pinheiro
Fernando Barbosa ♦ Frederico Salemi de Faria Kozlowsky
Gabriel Garcia Rodrigues de Barros ♦ Isabelle de Azeredo Silva
Jackson Quitete ♦ Jan Marcel Paschoal Mertens
João Pedro Coutinho Barreto ♦ Josué de Matos Ferreira
Julio Moreira ♦ Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha
Lauro Henrique C. M. da Silva Jr. ♦ Leticia Tavares
Manon Rodrigues ♦ Mara Rúbia Mendes dos Santos Fernandes
Marco Alexandre Gonçalves ♦ Marco Otavio Almeida Mazzoni
Mariana Tomaz da Cunha ♦ Paola Goulart de Souza Spikes
Pedro Paulo Oliveira de Souza Ribeiro
Raphael Lobato Collet Janny Teixeira
Renata Lázaro Alves da Costa ♦ Thaís Moura
Túlio Vieira de Almeida
Vanessa Santos de Canto
Vitor Fraga Wilson
Danilo de Carvalho Eccard



www.cej.com.br

Editores

André Saddy e Pedro Luiz Ferreira de Almeida

Conselho Editorial

André Saddy – Universidade Federal Fluminense (Brasil)

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Escola de Direito do RJ da Fundação Getulio Vargas (Brasil)

Christian Alberto Cao – Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University (Estados Unidos da América)

Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva – Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)

Daniel Wunder Hachem – Universidade Federal do Paraná (Brasil)

Emerson Affonso da Costa Moura – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)

José Eugenio Soriano García – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)

José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)

Julián Pimiento Echeverri – Universidad Externado de Colombia (Colombia)

Orlando Vignolo Cueva – Universidad de Piura (Perú)

Pablo Schiavi – Universidad de la República / Universidad de Montevideo (Uruguai)

Reinaldo Funes Monzote – Universidad de Havana (Cuba)

Rodrigo Ferrés Rubio – Universidad Católica del Uruguay (Uruguai)

Sede: Rua Alcindo Guanabara n.º 24, sala 1405, Rio de Janeiro,
RJ, Centro da Cidade, CEP 20.031-915, Brasil

COORDENADOR

Paulo Corval

À ESPREITA DA CONSTITUIÇÃO

AUTORES

Aline Gomes Mendes - Ana Luiza de Moraes Gonçalves Correia - Christiana Sophia de Oliveira Alves - Emanuel de Oliveira Pinheiro - Fernando Barbosa - Frederico Salemi de Faria Kozlowsky - Gabriel Garcia Rodrigues de Barros - Isabelle de Azeredo Silva - Jackson Quitete - Jan Marcel Paschoal Mertens - João Pedro Coutinho Barreto - Josué de Matos Ferreira - Julio Moreira - Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha - Lauro Henrique C. M. da Silva Jr. - Leticia Tavares - Manon Rodrigues - Mara Rúbia Mendes dos Santos Fernandes - Marco Alexandre Gonçalves - Marco Otavio Almeida Mazzoni - Mariana Tomaz da Cunha - Paola Goulart de Souza Spikes - Pedro Paulo Oliveira de Souza Ribeiro - Raphael Lobato Collet Janny Teixeira - Renata Lázaro Alves da Costa - Thaís Moura - Túlio Vieira de Almeida - Vanessa Santos de Canto - Vítor Fraga - Wilson Danilo de Carvalho Eccard

Rio de Janeiro

2022

Copyright © 2022 by Paulo Roberto dos Santos Corval

Categoria: Direito Constitucional
Produção Editorial
Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: Pedro Luiz Ferreira de Almeida

Capa: Júlia Ferreira de Almeida

O Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra pelo seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados ao
Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Impresso pela Bok2

Catálogo: Daniele Alvarenga CRB7: 6873/RJ

Corval, Paulo

À espreita da Constituição / Paulo Corval; (coordenação). – Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

386 p.: il.

Inclui notas explicativas e figuras.

ISBN: 978-65-84958-03-6

1. À espreita da Constituição - Brasil. 2. Constituição – Brasil. 3. Neoconstitucionalismo. 4.. I. Título. II. Série

CDD – 344.611

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DA OBRA	15
----------------------------	----

PARTE I - TUDO COMEÇA NOS DISPUTADOS PENSAMENTOS

1 OS DESAFIOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	19
<i>Manon Weber Rodrigues</i>	
<i>Leticia Tavares</i>	
<i>Thais Carreira</i>	
Introdução	19
1. Panorama constitucional na América Latina e o neoconstitucionalismo: uma estrada conhecida	20
2. “Caminho se conhece andando”: entre o radicalismo e o novo constitucionalismo latino-americano	26
2.1. O Radical Constitucionalismo	26
2.2. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano	28
3. Críticas ao novo constitucionalismo: caminhos a se contornar ...	33
3.1. Da longa lista de direitos.....	33
3.2. Neutralidade e seus Aspectos Materiais.....	34
3.3. Constituição e Democracia	37
Considerações Finais.....	37
Referências	39
2 EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO EM MANGABEIRA UNGER.....	43
<i>Emanuel de Oliveira Pinheiro</i>	
<i>Túlio Vieira de Almeida</i>	
Introdução	43
1. Perspectivas Contemporâneas do Constitucionalismo: Constitucionalismo popular e Democracia	45
2. O Experimentalismo Democrático: a Construção de um Novo Projeto Democrático	49
3. Desafios Práticos da Aplicação do Experimentalismo Democrático	54
4. O denominado “Jogo Triplo” do Experimentalismo Democrático na ótica de Unger	59

Considerações Finais.....	61
Referências.....	62

3 CONSTITUCIONALISMO EM EVOLUÇÃO: O PAPEL DO INSTITUCIONALISMO DISCURSIVO ALÉM DO MERO DIÁLOGO INSTITUCIONAL.....	65
--	-----------

Marco Otavio Almeida Mazzoni

Renata Lázaro Alves da Costa

Introdução	65
1. Diálogos institucionais como isolamento do mesmo ciclo decisório. A concepção do direito como representação fixa do passado e a contradição com a realidade em transformação contínua.....	68
2. A Constituição como mecanismo preventivo contra o fluxo de poder, instabilidades e riscos institucionais: a contenção do novo e a perpetuação do poder no passado.....	72
3. A conciliação entre a realidade em transformação contínua, o exercício do poder e a essência da democracia: a ampliação da participação nas decisões e a renovação do discurso. Solução	75
4. Os neoinstitucionalismos e o caminho da realidade além do viés constitucional: a construção do institucionalismo discursivo	79
Considerações Finais.....	89
Referências.....	91

PARTE II - DEMOCRACIA NÃO É OBRA ACABADA

4 FATORES DE DESESTABILIZAÇÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	97
--	-----------

João Pedro Coutinho Barreto

Josué de Matos Ferreira

Introdução	97
1. Um atual contexto mundial de inflexões democráticas?.....	100
2. O sistema democrático brasileiro em contexto mundial como uma forma desfigurada da democracia representativa.....	103
3. Atuação dos mecanismos constitucionais de contenção antidemocrática	113
Considerações Finais.....	122
Referências.....	124

**5 ELEMENTOS COMUNS DAS CRISES CONSTITUCIONAIS
BRASILEIRAS DE 1937, 1964 E 2021: ANÁLISE SOB A
PERSPECTIVA DOS ESTUDOS DE ROBERTO GARGARELLA** 127

Mariana Tomaz da Cunha

Paola Goulart de Souza Spikes

Introdução	127
1. Das crises democráticas	128
1.1. O Golpe de 1937	128
1.1.1. O pensamento constituinte à época do Golpe de 1937	128
1.1.2. Arranjo institucional da Constituição de 1937.....	130
1.2. O Golpe de 1964	135
1.2.1. O pensamento constituinte à época do Golpe de 1964	135
1.2.2. A Doutrina de Segurança Nacional.....	137
1.3. A crise democrática do Brasil no ano de 2021.....	140
1.3.1. Do contexto político que culminou na eleição do presidente Bolsonaro em 2018	140
1.3.2. Dos tensionamentos institucionais no ano de 2021	142
2. Caracterização dos elementos comuns das crises democráticas segundo Gargarella	148
Considerações Finais.....	156
Referências.....	157

**6 A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL SOB A
PERSPECTIVA DE GÊNERO: UM OLHAR DO FEMINISMO
DECOLONIAL E DO NOVO CONSTITUCIONALISMO
LATINO-AMERICANO NO CASO DAS MULHERES
REFUGIADAS VENEZUELANAS.....** 161

Christiana Sophia de Oliveira Alves

Isabelle de Azeredo Silva

Introdução	161
1. O feminismo decolonial e o Novo Constitucionalismo Latino- Americano como instrumentos de análise da participação política	164
2. A representatividade feminina na política: A Assembleia Nacional Constituinte e a atualidade.....	167
3. O caso das mulheres refugiadas venezuelanas: a representação feminina como catalisadora de mudanças.....	169
Considerações Finais.....	178
Referências.....	180

PARTE III - O QUE FOI E O QUE HÁ DE SER

7 A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE E A ALTERNATIVA DA MODERNIDADE NO CONTEXTO DE REFORMA DA PREVIDÊNCIA NO BRASIL	189
---	-----

Mara Rúbia Mendes dos Santos Fernandes

Vanessa Santos do Canto

Introdução	189
1. A origem do conceito de poder constituinte?.....	190
2. O poder constituinte nos Estados Unidos	191
3. O poder constituinte na França	192
4. O poder constituinte na Alemanha.....	194
5. O poder constituinte no pensamento de Antonio Negri.....	196
6. O Poder Constituinte e a (In)Segurança Social em Tempos de Pandemia.....	201
Considerações Finais.....	206
Referências.....	208

8 ESTADO DE EXCEÇÃO À BRASILEIRA E MITOS POLÍTICOS EM UM CENÁRIO CONTEMPORÂNEO DE (BI) POLARIDADE	211
---	-----

Aline Gomes Mendes

Júlio César Moreira de Jesus

Introdução	211
1. Do Estado de Exceção à Brasileira	213
2. Das Jornadas de Junho ao Mi(n)to: Estado de Exceção Permanente e Pandêmico	216
3. As Jornadas de Junho, Estado de Guerra e Império.....	217
4. As Eleições de 2014 ao impeachment e o Neoliberalismo	219
5. Das eleições de 2018 ao Estado de Exceção Pandêmico: teoria do risco e globalização	222
Considerações Finais.....	226
Referências.....	227

9 PANDEMIA, DEFESA DE TERRITÓRIOS ÉTNICOS E O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O CASO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DE ALCÂNTARA ...	231
--	-----

Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha

Pedro Paulo Oliveira de Souza Ribeiro

Introdução	231
1. O caso das comunidades quilombolas de Alcântara no Maranhão	233
1.1. A trajetória do caso de Alcântara até a situação de pandemia	235
1.2. O caso de Alcântara sob o contexto da pandemia de COVID-19	238
1.3. O caso de Alcântara e o “novo constitucionalismo latino-americano”	240
2. Os desafios colocados pelo caso de Alcântara à Teoria da Constituição brasileira.....	242
2.1. O estado de exceção econômica permanente e o racismo estrutural.....	243
2.2. O constitucionalismo autoritário e a militarização da democracia	246
Considerações Finais.....	248
Referências.....	250

10 CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO E DIREITO À MORADIA: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A DESOCUPAÇÃO DO “PRÉDIO DA CAIXA” EM NITERÓI/RJ

Gabriel Garcia Rodrigues de Barros

Vitor Fraga da Cunha

Introdução	259
1. Breve síntese sobre a atual regulamentação do direito à moradia no Brasil	261
2. A desocupação do prédio da Caixa: histórico do caso.....	266
3. O processo judicial e a deliberação.....	269
Considerações Finais.....	278
Referências.....	280

11 DESAFIOS PARA O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NO SÉCULO XXI: TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA CAPITALISTA.....

Ana Luiza de Moraes Gonçalves Correia

Frederico Salemi de Faria Kozlowsky

Wilson Danilo de Carvalho Eccard

Introdução	283
1. Desenvolvimento da economia industrial no capitalismo.....	284

2. Novas economias	285
3. A imaterialização do Capital: uma nova realidade socioeconômica.....	287
3.1. Desafios para o pensamento constitucional diante da realidade socioeconômica.....	290
3.2. Contexto brasileiro: desafios ainda maiores?.....	292
4. Riscos e vulnerabilidades sociais.....	293
4.1. Repensando a base da estrutura socioeconômica brasileira frente às novas demandas econômica: o enfoque estruturalista de Celso Furtado	294
4.2. Novas tecnologias e o futuro do trabalho.....	299
Considerações Finais.....	302
Referências.....	303

PARTE IV - REGRA SOBRE REGRA, PRECEITO SOBRE PRECEITO... SEGUE O JUDICIÁRIO

12 O JUDICIÁRIO BRASILEIRO: DA ANÁLISE DA IDEIA DE INTERPRETAÇÃO FINAL DO TEXTO CONSTITUCIONAL À LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA	311
---	-----

Fernando Luis de Assis Oliveira Barbosa

Jackson Quitete dos Santos

Introdução	311
1. Judiciário: forma de acesso e composição	313
2. Da realidade complexa.....	318
3. Desafios na implantação do ato administrativo informático.....	324
Considerações finais	325
Referências.....	326

13 O REALISMO JURÍDICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA UTILIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO PELO MÉTODO DA BRICOLAGEM.....	329
---	-----

Lauro Henrique de Carvalho Monteiro da Silva Júnior

Marco Alexandre Gonçalves dos Santos

Introdução	329
1. Sobre o realismo jurídico	332
2. O direito constitucional comparado	337
3. Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	342

3.1. Questões de método	343
3.2. Resultados	344
Considerações finais	347
Referências	350

14 COMO O STF ESTABELECEU UM ESTADO DE EXCEÇÃO
DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Jan Marcel Paschoal Mertens

Raphael Lobato Collet Janny Teixeira

Introdução	353
1. Da configuração de um Estado de exceção.....	354
2. O processo penal constitucional.....	359
2.1. A teratía do Inquérito 4.781	359
3. Da configuração de Estado de exceção pela afronta à liberdade de expressão perpetrada pelo Inquérito das Fake News.	367
3.1. Da hermenêutica constitucional da liberdade de expressão anterior ao inquérito das Fake News.....	368
3.2. Da configuração de Estado de exceção por violação à legislação e jurisprudência no Inquérito das Fake News	372
Considerações finais	374
Referências	375

APRESENTAÇÃO DA OBRA

Aos desafios trazidos ao Direito e às capacidades de ação do Estado pela globalização, pelas mudanças tecnológicas e pelo incremento da complexidade social manifestada, de modo especial, na forma de “risco”, “exceção” e “austeridade” soma-se, na última década, o recrudescimento do conservadorismo e do autoritarismo contra ideias e instituições fixadas no pensamento constitucional soerguido após a Segunda Guerra Mundial. Voltou-se, aqui e ali, a se suspeitar das potencialidades democráticas para dar conta dos problemas públicos, redimensionando-se discursos de autoridade e tradicionais balizas representativas e jurisdicionais.

Cumpra ao pensamento constitucional (ou, como prefere a maioria, à teoria da constituição), nesse cenário, revisitar seus marcos e ativar a imaginação para não apenas ampliar o estado da arte, mas ofertar, também, as potencialidades discursivas e as perspectivas analíticas necessárias ao enfrentamento das questões que dia a dia afetam as ordens jurídicas.

É o que se propõe, agora, neste livro, a partir das experiências que se vêm acumulando no Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF), nomeadamente na ministração da disciplina “Teoria da Constituição”.

A organização da obra, aliás, gira em torno dos três eixos reflexivos com o qual tenho trabalhado o pensamento constitucional nesses últimos anos no PPGDC: a compreensão a respeito do campo epistêmico da Teoria da Constituição, com a identificação e mobilização dos fundamentos estruturantes da Constituição e da sua teorização; o mapeamento das problemáticas que nessa seara se destacam nas duas décadas iniciais do Século XXI; e a reativação da imaginação crítica e construtiva para orientar os debates públicos atinentes à legitimação, à estrutura e à funcionalidade da ordem jurídica nas democracias constitucionais.

O livro conta, sob essa inspiração, com capítulos escritos, a quatro ou seis mãos, por mestrandos da Turma de Teoria da Constituição 1 do ano de 2021 do PPGDC/UFF. Os capítulos, distribuídos em quatro seções, foram desenvolvidos a partir dos trabalhos finais da disciplina e, nas suas versões iniciais, objeto de escrutínio público no Seminário batizado com o mesmo título deste livro, realizado em 26/05/2022. Todos os participantes vislumbraram a relevância de contribuir, reflexivamente, pelo exercício acadêmico, ao campo do saber em que nos encontramos e, também, aos debates a respeito da Constituição no país, registrando-se, agora, essa modesta contribuição, no livro que ofertamos ao público.

À ESPREITA DA CONSTITUIÇÃO

Que jamais percamos de vista que a montagem e o funcionamento de nossas engrenagens constitucionais, a um só tempo alicerçadas e fundantes da nossa conflituosa experiência democrática, configuram condição indispensável para aumentar nossa capacidade de vivência comum, forjando, virtuosamente, mentes e corações que se interessam e se comprometem uns com os outros na construção de saídas para os problemas que nos afligem em nossas existências individuais e comunitárias.

Boa leitura.

Paulo Corval
30 de junho de 2022, Rio de Janeiro, Brasil
paulocorval@id.uff.br

**PARTE I - TUDO COMEÇA NOS DISPUTADOS
PENSAMENTOS**

1 OS DESAFIOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Manon Weber Rodrigues¹

Leticia Tavares²

Thais Carreira³

Sumário: Introdução. 1. Panorama constitucional na América Latina e o neoconstitucionalismo: uma estrada conhecida. 2. “Caminho se conhece andando”: entre o radicalismo e o novo constitucionalismo latino-americano. 3. Críticas ao novo constitucionalismo: caminhos a se contornar. Conclusão. Referências.

Introdução

O constitucionalismo está em constante alteração e, nos tempos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, frutificaram os textos constitucionais estabelecidos com o objetivo de assegurar direitos e restringir, em especial, o exercício dos poderes executivos, condicionando e regendo a atuação do Estado. Os países da América Latina, incluindo o Brasil, são, disso, claro exemplo.

Com os movimentos de retorno à democracia ocorridos após os governos ditatoriais na América Latina, a intenção foi se afastar da ideia de uma constituição simplesmente teórica para transformá-la em um instrumento através do qual a soberania popular teria mais espaço. Esse poder de reconfigurar o texto legal, em específico a constituição, de acordo com o momento em que se vive, aliando presente, passado e futuro, é enxergado como uma solução para os dilemas constitucionais e políticos enfrentados na região.

Em decorrência dessa ideia de que a constituição poderia ser a solução para todos os problemas enfrentados pelos Estados, criou-se uma ligação forte entre a população que buscava, pela reconfiguração da textualidade e da prática constitucional, reduzir a desigualdade, ampliar as liberdades e favorecer a construção de melhores condições de vida. Romper com a forma de governo anterior passou a ser o objetivo das assembleias constituintes que se empenharam para trazer maior legitimidade e controle para o poder constituído.

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela UFF, Master in Law em Direito Empresarial pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC; Especialização em Processo Civil pela UCAM. ORCID 0000-0002-9943-5420, manonrodrigues@gmail.com

² Mestranda em Direito Constitucional pela UFF e Pós graduada em Processo Civil pela UFF, ORCID 0000-0003-3067-1596, tavares-leticia@hotmail.com

³ Mestranda em Direito Constitucional pela UFF, Especialista em direito privado patrimonial pela PUC-RJ, ORCID 0000-0001-6621-7024, thais_carreira@hotmail.com

Não sem razão, portanto, ideais e esforços de construção de uma democracia participativa cresceram. E a soberania, na região, assumiu um papel de destaque, na medida em que fundamentava o questionamento às instituições constitucionalmente garantidas, retroalimentando o sistema político constitucional, atualizando-o e fortalecendo-o.

Nesse contexto, passa-se a analisar, neste capítulo, os desafios atinentes ao estabelecimento de um modelo constitucional contemporâneo que satisfaça os anseios democráticos e sociais e que, ao mesmo tempo, restrinja o poder e garanta a sua neutralidade, em uma atividade conciliatória. A estratégia metodológica é a da leitura crítica de textos selecionados, principalmente de autores como Vera Karam de Chueiri, Roberto Gargarella e Rubén Dalmau, percebendo-se, apesar de suas diferenças, uma relação no âmbito do pensamento disruptivo da padronização das teorias constitucionais postas à América Latina.

1. Panorama constitucional na América Latina e o neoconstitucionalismo: uma estrada conhecida

O neoconstitucionalismo, como analisado por Paulo Comanducci (2003), mais próximo a uma teoria mesmo do direito, busca conferir organicidade e sistematicidade ao conjunto de textos e compreensões constitucionais que surgiram, não apenas na Europa, após a Segunda Guerra Mundial. Trata de constituições e experiências constitucionais que não se bastaram na atividade delimitadora das competências e modelagens de separação de poderes e funções, antes introduzindo finalidades e normas substantivas condicionantes das ações públicas e privadas (caso das constituições representativas como a espanhola de 1978 ou a brasileiro de 1988).

Na América Latina esse movimento gerou grande impacto com as redemocratizações na segunda metade do século XX, contando, ainda, com certa complacência regional com as ideias e influências externas, em específico as ideias estadunidenses e europeias.

A grande maioria das constituições latino-americanas que entraram ou mesmo foram soerguidas no século XX apareceu moldada por uma régua particular: a Constituição dos Estados Unidos.

A filosofia estadunidense era hegemonicamente liberal e elitista, sobrevalorizando os espaços decisoriais individuais e, ao mesmo tempo, mantendo-se cética quanto à capacidade de os cidadãos agirem em conjunto. A constituição que surgiu nos Estados Unidos em 1787 parece claramente ligada a tais pressupostos, combinando uma lista de direitos individuais invioláveis a uma

estrutura de poder na qual o papel do Legislativo é fragmentado e sujeito a múltiplos controles contramajoritários (ou seja, um Senado conservador; juízes eleitos indiretamente e estabilidade ao longo da vida), sendo o sistema representativo, ademais, projetado para separar de forma extrema cidadãos e representantes.

Segundo Gargarella (2016, p. 34):

A maioria dos países Latino-Americanos entrou no século XX com constituições liberais-conservadoras, para dizer com isso constituições que foram resultado de um acordo político entre liberais e conservadores. A maioria desses acordos foram assinados na segunda metade do século XIX, ao tempo em que o liberalismo e o conservadorismo representavam as duas maiores forças políticas da região. Seu acordo constitucional, entretanto, era inesperado, devido ao fato de os dois grupos terem aparecido como ardentes inimigos políticos durante a primeira metade do século. O fato é que, após anos de severa disputa, os dois rivais dessas facções políticas começaram a unir forças e a forjar uma aliança que iria permanecer intacta durante as décadas seguintes.

Contra esse pano de fundo histórico – condicionador, em muitos aspectos, das trajetórias institucionais que se seguiram – a sugestão, quando do reencontro com a democracia no final do século XX, seria a de modificar nossas instituições para torná-las mais permeáveis ao debate público; estreitar os laços entre representantes e representados; reduzir o impacto do controle judicial nas políticas da maioria; repensar o papel do Senado; revisar a função do veto do Executivo; para reajustar os saldos entre os diferentes ramos de poder.

Tudo isso, entretanto, harmonizado ou mesmo domesticado pelo neoconstitucionalismo de inspiração europeia que, avançando, embora, em certas dimensões democratizantes, não rompeu com as marcas do liberalismo e do elitismo.

Ocorre que as novas constituições latino-americanas do final do século XX e início do XXI não caminharam todas, necessariamente, nessa direção de ruptura mitigada. Pelo menos duas, as constituições da Bolívia e do Equador, com forte simbolismo trouxeram mudanças em sua organização interna mais claramente comprometidas com a rejeição das tradições constitucionais de raízes individualistas e elitistas.

Abriu-se, assim, na região, possibilidades de experimentação institucional diferenciada, com o resgate das ideias de soberania, de poder constituinte e de

constituição associadas a uma democratização substantiva e enérgica. Essas ideias de soberania, legadas das tradições européias e estadunidense, foram reapropriadas na modelagem do (neo)estado de direito constitucional latino-americano.

Nessa direção, Vera Karam de Chueiri (2013) enfatiza a necessidade de compreender que a constituição não é um texto capaz de extinguir todas as tensões e crises presentes em uma determinada sociedade. A ideia de que existiria uma distinção entre mundo real e promessa de resultado, na prática, nada mais seria do que fantasia e ingenuidade.

A soberania é, então, vista como “uma zona de indistinção” (CHUEIRI, 2016, p 4), o que seria claramente perceptível através da interlocução com o poder constituinte, capaz de romper com a construção anterior, sendo descrita como “o nada do qual brota tudo” (CHUEIRI, 2016, p 4).

O poder, nessa perspectiva, não deve ser considerado como uma simples categoria, mas sim como parte essencial na compreensão do ser, trazendo à tona a conclusão de que uma questão sobre o poder também é uma questão sobre o ser. Todavia, o poder uma vez aplicado ao ser é considerado como relacionado à mudança e ao movimento. Assim, compreender o ser significa entender o poder como mudança e movimento; a realidade referida à ação, ao movimento e à sua realização. O objetivo da realidade é a concretização da ação, que pode resultar em um produto.

A constituição e o poder constituinte são, nas palavras da autora acima referida, interligados (CHUEIRI, 2013, p. 26-27):

O vínculo entre Constituição e poder constituinte é tanto contingente (eventual, porém, necessário e inevitável) quanto imanente à própria ideia de Constituição. Isso implica não reduzirmos a constituinte (promessa) e a Constituição (real efetivação) aos termos de uma lógica dual (outro mundo/este mundo). Eis a minha premissa, a qual, desde o início, desconstrói a crença ingênua (facilmente encontrada nos manuais de direito constitucional) de que a Constituição é um texto ou outra, mais ingênua ainda, de que suas normas apaziguam as tensões do campo da política e, por fim, de que basta constitucionalizar as diversas relações que se estabelecem na sociedade (políticas, econômicas, ambientais, laborais, familiares, etc.) e elas se realizarão da maneira prescrita pela norma constitucional, de forma que a promessa se cumpriu e, assim, viveremos uma realidade livre das tensões, como se fosse o paraíso.

A potencialidade não passa da realidade, assim como o poder soberano não passa sobre a realidade, mantendo o poder constituinte em suspensão. Por esse motivo, o poder constituinte segue sendo “o nada do qual brota tudo”, visto que tem origem na soberania e no seu potencial de, ao se movimentar, fazer concretizar o poder como ser, alcançando o plano da realidade. Nas palavras, mais uma vez, de Vera Karam de Chueiri (2010, p 165):

A tensão entre poder constituinte e poder constituído tem de ser entendida, neste contexto tenso, como um sinal vigoroso no sentido de uma esfera pública radicalmente democrática (CHUEIRI, 2005, p. 145). Se é o poder constituinte um impulso, ele funda a Constituição, mas nela permanece em tensão com os poderes constituídos. Esses poderes – chamemos de constitucionalismo – defenderão e resguardarão a própria constituição, não porque formalmente ela se impõe como norma fundamental (Kelsen) ou como decisão política fundamental (Schmitt), mas porque, conforme Nino (2003, p. 166-187), se a democracia possuiu um valor epistêmico, isso requer a consideração de interesses expressados em tempos e espaços próximos para preservar a convenção constitucional. Talvez nos seja dado aqui a pensar (com Nino) que, ao se preservar a convenção constitucional, mantém-se o impulso constituinte. Ao valor epistêmico da democracia agrega-se algo que escapa à tradição kantiana presente nas considerações de Nino, pois está além dos procedimentos para se chegar aos melhores princípios morais, que são a própria potência ou o impulso constituinte que, de uma forma não naturalizada, mas histórica, está presente onde quer que o povo se manifeste e onde quer que haja constituição por força do poder (constituinte) popular. Nesta *dynamis* entre poder constituinte e poder constituído, democracia e constitucionalismo, é que se pode entender que uma constituição – falemos da nossa, a brasileira de 1988 – não pode ser simplesmente datada no dia de sua promulgação, assim como o poder constituinte não pode ser datado no momento da formação da Assembleia Constituinte, em 1987. Poder constituinte e Constituição devem ser pensados como um processo, como acontecimentos, isto é, lutas e reivindicações, nas quais “vontade de poder” e “vontade de Constituição”, como diria Hesse (1991, p. 19–20), não só tensionam o arco, mas impulsionam a flecha no sentido da constituição. Por isso, é indesejável datar o poder constituinte que deu origem à atual Constituição da República no Brasil em 1º de fevereiro de 1987; tampouco é desejável encerrá-lo no dia da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de

1988. O poder constituinte como potência constituinte se manifestou muito antes de 1º de fevereiro de 1987 e ainda está presente na própria Constituição. Vale dizer: no exemplo recente da história constitucional brasileira, o poder constituinte (como potência) remonta aos movimentos ou as ações empreendidos pela sociedade civil brasileira e iniciados em 1985 e reaparece, como força, toda vez que se pretende atingir a constituição com golpes como a convocação de uma nova assembleia nacional constituinte ou com mutações constitucionais provocadas por quem não tem competência constitucional para tanto, como, por exemplo, o poder executivo.

Reflexo dessa interligação se vê nas correlações entre constitucionalismo e democracia. Enquanto para o constitucionalismo a constituição é a garantia de uma aplicação dos direitos e inovação permanente, para a democracia a constituição teria o papel de reinventar os direitos de acordo com as mutações históricas. Essa dualidade é, portanto, um ponto interessante na região, uma vez que possibilita refletir a respeito da constituição como uma possibilidade de justiça além do que prevê a lei.

Ocorre que o modelo neoconstitucionalista, recebido da Europa como uma transformação da teoria do direito e absorvido, inclusive na América Latina, disso tudo não daria conta. Seu fundamento é, ainda, a análise da dimensão positiva da constituição, dispensando as preocupações com a legitimidade democrática e a fórmula pela qual a vontade do constituinte é transferida para a vontade constituída como sublinha (DALMAU, 2010). O neoconstitucionalismo reivindica o estado de direito convertido, agora, em estado constitucional de direito, buscando se afastar dos esquemas teóricos do positivismo jurídico. Mas disso não vai além.

A presença hegemônica de valores e princípios como critérios de interpretação têm sido a principal ferramenta neoconstitucionalista que, ademais, se caracteriza pela defesa de uma constituição invasiva, pela positivação de um catálogo de direitos, pela onipresença dos princípios, e por algumas peculiaridades da interpretação e aplicação das normas constitucionais.

A dinâmica e as ênfases são distintas em relação ao movimento ocorrido na América Latina.

O fato é que o neoconstitucionalismo mais se mostra como uma corrente doutrinária, produto de teorização acadêmica, enquanto o novo constitucionalismo surge na periferia da academia, fruto dos movimentos sociais. Em nossa região, não sem motivo, percebe-se faltar coesão e articulação no neoconstitucionalismo, que não dá conta do que, por aqui, o que mais se espera de novo é o constitucionalismo servir como uma tradução fiel da vontade constituinte,

estabelecendo os mecanismos de relação entre a soberania, a essência do poder constituinte, e a constituição, entendida como fonte de poder (constituída e limitada) que sobrepõe o resto da lei.

Com razão, Dalmau postula que o novo constitucionalismo latino-americano possa ser visto como solução complementar dos problemas trazidos ou não resolvidos pelo neoconstitucionalismo (2010, p. 23). Complementariedade que se mostra pela ênfase latino-americana no acesso ao estado constitucional e a uma análise teórico-prática cuja referência é a constituição e sua legitimidade. Ou, como sugerido por Gargarella, pela integração, entre diferentes cláusulas e, sobretudo, entre diferentes seções da constituição, entre suas partes dogmático e orgânica, uma relacionada à lista de direitos e, outra, à organização e divisão de poder (2009).

Seria um erro, do ponto de vista do novo constitucionalismo latino-americano, ver a incorporação de novos artigos constitucionais, celebrada em demasia pelo neoconstitucionalismo, como cláusulas que terão impacto na realidade externa sem reconhecer que tais reformas serão direcionadas, de modo prévio e mais relevante, no resto da estrutura da Constituição na qual está incorporado. Erro ainda maior quando não se considera a estrutura institucional existente e as interações que promove com os esforços reformadores.

O ponto é de algum interesse, tendo em conta muitas das reformas introduzidas nas constituições da América Latina nos últimos anos. Dois exemplos podem ser apropriados para ilustração e fechamento desta seção. Ambos dão conta de que, às vezes, reformadores e analistas ou não estão cientes do impacto interno das reformas que são promovidas ou não consideram a maneira como a estrutura do direito constitucional existente e dominante pode acabar por “absorver” ou diluir a reforma que é introduzida nas margens (reformas diluídas).

O primeiro exemplo, referindo-se a uma certa negligência sobre o impacto interno, está relacionado ao fato de que, nas novas convenções constituintes da região, insistiu-se na ideia de ampliar as listas de direitos, reforçando a capacidade interventiva do Poder Judiciário (encarregado de zelar, e decidir o alcance destes direitos), ou seja, do órgão mais tipicamente contramajoritário da Constituição.

O segundo, aparece no que toca aos poderes do presidente. Novas constituições da região, não raro, pareciam escritas com o objetivo de reduzir o hiperpresidencialismo. É o caso da inserção de numerosas cláusulas destinadas a abrir espaços para a participação popular (HARTLYN; LUNA, 2009), as quais implicariam uma transferência de poder da constituição para a sociedade. A lógica pode ser assim sumariada: quanto mais poder de controle da sociedade civil, menos poder as autoridades governamentais teriam.

Acontece que é contraditória a relação entre um presidencialismo que é fortalecido ou consolidado e as cláusulas constitucionais que querem promover a participação popular. Em linha de princípio, o ideal de democracia participativa requer descentralização e desconcentrar o poder. Todavia, fazendo-se os dois movimentos institucionais ao mesmo tempo (fortalecer o presidente e abrir espaços para mais participação social) viu-se ocorrer uma operação contraditória, com sério risco de que um dos dois lados acabem suplantadas, notadamente o lado participacionista, que enfrenta um estrutura presidencialista enraizada. Não é garantido que instituições mais sólidas e fortalecidas tenham vantagem, com as novas reformas ocorridas na região, sobre as instituições mais novas, mais jovens e mais participativas, sujeitas à regulamentação pelas autoridades já em exercício. (GARGARELLA, 2009, p.29).

O novo constitucionalismo latino-americano, atento a isso, parece que mais teria a contribuir que o reforço normativo neconstitucionalista. Mas a construção desse percurso não foi nem é homogênea. Há dissonâncias, como se passa a expor.

2. “Caminho se conhece andando”: entre o radicalismo e o novo constitucionalismo latino-americano

2.1. O Radical Constitucionalismo

Uma dessas dissonâncias postula, para a região, uma constituição radical, capaz de manter o impulso do poder constituinte e promover um acordo entre promessa e eficácia, um equilíbrio entre soberania e os limites impostos pelo próprio constitucionalismo, sendo sobretudo uma estabilização entre democracia e constitucionalismo (CHUEIRI, 2013, p. 26).

Estar atento ao contexto social, às desigualdades e permitir que as pessoas tenham acesso aos direitos constitucionalmente garantidos é o papel da democracia e do povo como soberano. Somente dessa forma é que se poderá obter uma interpretação adequada, radicalizada, da constituição, mediante questionamento constante e adequações equilibradas.

A constituição ganha forma com a assembleia constituinte, onde são feitas promessas e onde se institui aquilo que as ruas clamam no momento de sua construção. Porém, sua chegada ao mundo real e sua efetividade seriam possíveis somente pela noção da potencialidade do poder constituinte e pelas inovações provenientes das discordâncias e da reinvenção das necessidades populares. A Constituição radical é, portanto, a constituição que reflete o momento atual, aquele

momento da aplicação pela população, mantendo relação com o passado, com o presente e com o futuro.

Uma solução para o dilema constitucionalista contemporâneo, nessa linha de argumentação, seria adotar uma constituição radical, adequando nossas instituições para torná-las mais abertas ao debate público, aproximando os representantes e a população, diminuindo o impacto do controle judicial sobre as políticas majoritárias, reajustando, dessa forma, o equilíbrio entre os poderes.

Nos termos sustentados por Veran Karam de Chueiri existe uma ideia de constituição radical que mantém o impulso do poder constituinte. Em suas palavras (2013, p. 29),

Uma Constituição radical é aquela que não se conforma aos mecanismos liberais de mútua negociação entre os poderes constituídos, arriscando-se a ser mais do que isso, ou seja, objeto e sujeito da política democrática. Os direitos estão na Constituição, na medida em que ela permite a sua constante reinvenção e demanda (dos direitos). Uma Constituição radical não sintetiza a tensão entre poder constituinte (democracia) e poderes constituídos: ela é precisamente isso, a tensão! Neste sentido, devemos interpretar a conhecida afirmação de Sieyès, “a Constituição, antes de mais nada, pressupõe um poder constituinte”, como a Constituição se pressupõe como poder constituinte (...).

Daí a força da Constituição, especialmente de uma Constituição radical, na medida em que é a primeira ordem que se (auto)impõe como manifestação do poder constituinte e da soberania popular, comprometendo ambos. Explorar as suas possibilidades e dificuldades é a tarefa a que me proponho neste artigo, assim como do seu significado inferido dos eventos ocorridos recentemente – 2011, 2012 e 2013) em vários países no mundo e, em particular, no Brasil. Refiro-me à chamada Primavera Árabe, aos protestos na Espanha, em Portugal e na Grécia contra as medidas de austeridade econômica impostas pela União Europeia; à ocupação de Wall Street em Nova Iorque, etc.; e às chamadas jornadas de junho no Brasil, que, a despeito de questionar o preço da tarifa de ônibus em vários estados da federação brasileira, desencadearam uma onda de manifestação e protestos diversos

A constituição está entre o ato político que a estabeleceu e o ato legal que a impõe. Tensão bastante produtiva, mas, de igual forma, problemática, ao pôr para a teoria constitucional contemporânea o desafio de conciliar uma constituição

estável que garanta proteção aos direitos das pessoas ao mesmo tempo que restrinja o poder.

Num projeto radical, nas palavras da autora, a constituição:

(...) deve reter a ideia de potência, de impulso constituinte. Porém, diferentemente do que aponta Negri – e aqui retome-se o que disse anteriormente –, acredito que é a partir da aplicação da própria Constituição, a partir da concretização dos direitos nela previstos, que se pode atualizar e revigorar sua potência, sua carga revolucionária, no Estado Constitucional Democrático. A potência revolucionária da Constituição aparece quando ela é aplicada, quando ela é também decisão política fundamental e, assim, fundamenta decisões políticas e jurídicas, digamos, de uma segunda ordem, que garantem direitos e seu exercício, inclusive o direito de dizer que uma norma constitucional é inconstitucional e, por isso mesmo, deve ser desobedecida.

Nesse sentido, a constituição radical desenvolve sua potência a partir do momento da sua aplicação, ou seja, no momento que dá condição para as decisões que concedem direitos. E, para que se manifeste a efetiva concessão de direitos, é preciso um esforço coletivo, com um povo que age politicamente e garante a força e o respeito às instituições.

2.2. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano

O novo constitucionalismo latino-americano é o paradigma atual do constitucionalismo nas Américas periféricas. Nas imbricações e entrecruzes do novo constitucionalismo latino-americano como marco teórico principal, giram os esforços para se repensar o Direito constitucional clássico a partir da voz dos oprimidos e invisibilizados. Apesar disso, as jovens e efêmeras democracias da América Latina, mesmo após o (re)florescer dos movimentos sociais e suas participações populares em reformas constitucionais que acabaram por constitucionalizar-se na corrente do NCLA, encontram-se, em seu estágio atual, de frente a mais um desafio: o neoliberalismo.

A sombra do neoliberalismo retira o lugar ao sol necessário para o contínuo florescimento dos movimentos sociais e suas afetações ao novo constitucionalismo, prejudicando a sua entropia. Inibe e dificulta, a cada vez, a efetivação dos direitos humanos fundamentais, principalmente aqueles caracterizados como direitos sociais (EMERIQUE, 2020a), revelando-se mesmo uma necessidade de repensar e atualizar os debates relativos à teoria constitucional, notadamente, a desarmonia

entre o neoconstitucionalismo enquanto corrente firmada e o decurso do tempo para a efetivação de tais direitos, paradigmaticamente efêmeros no Brasil contemporâneo (EMERIQUE, 2020b).

Na esteira de autores como Gargarella e Dalmau há que se falar em um novo modelo revolucionário, um constitucionalismo que pode romper com o que é considerado dado e imutável, e que pode avançar no caminho da justiça social, da igualdade e do bem-estar dos cidadãos. Assim, as novas constituições da América Latina compõem o conteúdo do chamado novo constitucionalismo América Latina.

O novo constitucionalismo mantém posições sobre a necessária constitucionalização do ordenamento jurídico com a mesma firmeza do neoconstitucionalismo e levanta, como este, a necessidade de construir a teoria e observar as consequências práticas da evolução do constitucionalismo em direção ao Estado constitucional. Mas sua preocupação não é apenas com a dimensão jurídica da constituição, mas, sobre a legitimidade democrática dela.

Deste ponto de vista, o novo constitucionalismo recupera a origem revolucionária do constitucionalismo, com mecanismos atuais que o tornem mais útil na emancipação e promoção dos povos através da constituição como mandato diretriz do poder constituinte e, fundamento último do poder constituído. Busca-se analisar, em um primeiro momento, a exterioridade da constituição; ou seja, sua legitimidade. Posteriormente, a interioridade, qual seja, a normatividade (aqui se conecta com os postulados neoconstitucionalistas). É uma teoria democrática da Constituição que se tornou prática na América Latina, legitimando textos constitucionais que pretenderam, em um maremoto de obstáculos e dificuldades, não apenas ser um reflexo fiel do poder constituinte, mas, permear a ordem legal e revolucionar o status quo de sociedades em condições de necessidade.

Ante o problema comum da desigualdade social na região, o novo constitucionalismo, democrático, promove o resgate da dignidade dos povos originários e a reivindicação de seus direitos, exigindo o que lhes corresponde por meio de mecanismos globalmente transformadores e funcionais.

Apesar de o novo constitucionalismo latino-americano demonstrar que não existe uma lista de soluções que possam ser aplicadas para qualquer país da região, também é verdade que existem algumas características comuns que nos permitem afirmar que se trata de uma corrente constitucional em formação. Esses caracteres podem ser ordenados em três campos: os aspectos dos processos constituintes democráticos, os aspectos formais, de linguagem e rigidez das constituições e, por fim, os aspectos materiais do novo constitucionalismo.

Também chamado de constitucionalismo sem país, o novo constitucionalismo difere no campo da legitimidade do constitucionalismo anterior

a ele, pela natureza das assembleias constituintes. Desde as Constituições fundadoras latino-americanas - que, por outro lado, estavam mais próximas de liberalismo conservador do que revolucionário - a América Latina careceu de processos constituintes ortodoxos - isto é, totalmente democráticos - e, em vez disso, experimentou processos constituintes representativos em muitas ocasiões das elites e removido da natureza soberana essencial do poder constituinte.

Cada uma das experiências constituintes mencionadas pelo autor (Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia) se conforma como modelo teórico-prático do próprio processo constituinte. Mas, para Dalmau, todos eles têm um denominador comum que, tendo em vista as análises realizadas, é a necessidade de legitimar amplamente um processo constituinte revolucionário e, embora os resultados sejam bastante desiguais, conseguem aprovar constituições que apontam, em última instância, para o Estado constitucional. Teoria e prática caminham juntas, portanto, no novo constitucionalismo Latino-Americano.

Não apenas no elemento legitimidade oferecido pelos procedimentos democráticos com que os textos latino-americanos recentes foram construídos resultou no aparecimento do novo constitucionalismo latino-americano. A recuperação da teoria clássica dos processos constituintes e da verdadeira natureza original e criativa do poder constituinte influenciou a forma e a estrutura das novas constituições latino-americanas que, sem romper com o conceito constituição racional-normativa -texto escrito, ordenado e articulado-, se adentram em algumas especificidades que recuperam várias das preocupações - e até mesmo algumas soluções - do constitucionalismo liberal revolucionário; em particular, o fortalecimento de sua dimensão política.

Isso ocorre porque o elemento de necessidade tem servido como um gatilho de esforço suplementar na busca de elementos úteis para a mudança levantada como o objetivo do processo constituinte. Uma das primeiras características visíveis no novo constitucionalismo latino-americano é a substituição da continuidade constitucional - do antigo constitucionalismo, exceto em momentos de crises institucionais e a superação de tempos autoritários - sob o fio condutor comum do poder de reforma da constituição nas mãos dos legislativos ordinários, devido ao rompimento com o sistema anterior que, proveniente dos processos constituintes, é traduzido nos novos textos.

A tudo isso, deve-se acrescentar que houve quatro características formais que caracterizou o novo constitucionalismo: seu conteúdo inovador (originalidade), a extensão já relevante do artigo (amplitude), a capacidade de combinar elementos tecnicamente complexo com uma linguagem acessível (complexidade), e o fato de

que é compromisso com a ativação do poder constituinte do povo diante de qualquer mudança constitucional (rigidez).

A capacidade inovadora dos textos do novo constitucionalismo é essencial para seu objetivo de mudança. Boaventura de Sousa Santos chamou isso constitucionalismo experimental (2010 apud MACHADO, 2011, p. 114):

(...) la voluntad constituyente de las clases populares en las últimas décadas en el Continente se manifiesta a través de una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales e colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades)

Dada a incapacidade do antigo constitucionalismo de resolver problemas fundamentais da sociedade, ele tem sido capaz de construir uma nova institucionalidade e promover a integração social, criar um maior bem-estar. Para tanto as constituições se afastaram de modelos anteriores, característicos dos transplantes ou enxertos anteriores constitucionais para, aproveitando o momento de firme atividade constituinte, repensar, mesmo que brevemente e com as limitações do momento político sobre a situação e buscar as medidas que poderiam resolver seus problemas particulares.

Quanto a uma boa medida desses problemas comuns na América Latina, muitas de suas soluções serão semelhantes; outros, para o ao contrário, só podem ser entendidos a partir da perspectiva do lugar onde o a constituição foi discutida, escrita e aprovada. Ele exemplifica: Desde o aparecimento do referendo revogador no caso colombiano, até a criação do Conselho de Participação Cidadão e Controle Social no Equador, passando pela superação venezuelana da divisão tripartida tradicional de poderes, ou a incorporação do conceito de Plurinacionalidade no caso boliviano, originalidade e perda do medo da invenção estão presentes em todos os textos.

Quanto à extensão considerável dos textos do novo constitucionalismo se deve à necessidade do poder constituinte de expressar com clareza sua vontade, o que pode tecnicamente levar a uma maior quantidade de disposições, cuja existência visa limitar as possibilidades dos poderes constituídos— Em particular, o

parlamento, que exerce a função legislativa, e o Tribunal Constitucional, que desenvolve a função interpretativa máxima - para desenvolver ou desvendar o texto constitucional em sentido contrário do que era a vontade do constituinte.

Já quanto aos aspectos materiais do novo constitucionalismo, os países possuem ampla gama de características materiais em comum, que a dinâmica constituinte também influenciou: seus fundamentos por um lado na ativação direta do poder constituinte para o avanço das sociedades e, por outro, na necessidade de rompimento com sistemas anteriores do constitucionalismo fraco.

O denominador é comum: estabelecer mecanismos de legitimidade e controle sobre o poder constituído por meio de novas formas de participação vinculativa. O compromisso constitucional de promover a participação por meio de fórmulas diretivas não questiona a essência do sistema de democracia representativa, amplamente presente em todas as constituições. A democracia participativa se configura como um complemento de legitimidade e avanço da democracia, mas não como substituição definitiva da representação.

As novas constituições propõem em maior ou menor medida, de acordo com sua realidade social, a integração de setores marginalizados historicamente, como é o caso dos povos indígenas (ex. da Bolívia), a identificação de grupos fracos (mulheres, crianças e jovens, deficientes, idosos etc.)

As novas constituições fogem do nominalismo anterior e proclamam o caráter normativo e superior da constituição contra o resto do sistema legal. Quanto às medidas de ação direta da constituição, como proteção constitucional, um elemento revolucionário é adicionado, que contou com alguns ensaios nas constituições anteriores: o controle concentrado de constitucionalidade, um dos elementos diretamente envolvidos na consolidação da democracia. A passagem de um sistema de controle difuso, fraco em termos de proteção até a criação de fórmulas concentradas, levantaram os problemas usuais sobre o controle democrático dos tribunais constitucionais.

As constituições no novo constitucionalismo incorporam vários modelos econômicos que vão desde a iniciativa privada e justiça redistributiva à proteção da economia comunitária, mas com um elemento comum: a presença do Estado, o que se traduz em sua participação em aspectos tão relevantes como a decisão pública sobre os recursos naturais, ou a regulamentação da atividade financeiro. É fruto de uma reivindicação dos movimentos sociais que deu vida aos processos constituintes, e isso tem sua tradução na perspectiva de desenvolvimento econômico alternativo.

Por fim, no campo internacional, desde a primeira das novas constituições é fácil apreciar uma dinâmica integrativa radicalmente diferente daquela prevista

nas constituições anteriores: o novo constitucionalismo latino-americano propõe um compromisso com uma certa integração, a latino-americana, mais ampla que a puramente econômica, o que eleva possibilidades reais de integração dos povos e que, enfim, tenta conciliar a necessidade de integração com a recuperação do conceito de soberania.

Pelo exposto, a despeito das Constituições nascerem em momentos de crise, elas não possuem a chave mágica para resolução do conflito, mas, mesmo assim, para os autores, são partes importantes no âmbito coletivo de mudança.

3. Críticas ao novo constitucionalismo: caminhos a se contornar

3.1. Da longa lista de direitos

Para Gargarella e Karam, um dos aspectos mais importantes e criticados das novas constituições (para aqueles recentemente aprovados no Equador e na Bolívia, ou a constituição de Colômbia de 1991 ou Argentina de 1994) consiste no fato de alguns textos incluírem longas listas de direitos: sociais, culturais, econômicos (“constituição poética”), em comparação com a dos EUA, com sete artigos (CHUEIRI, 2016, p. 15).

Um lado positivo seria que, por exemplo, grupos de indígenas e homossexuais, habitualmente maltratados em seus direitos fundamentais, encontraram apoio nestas constituições e litigaram - em alguns casos importante, pelo menos - com sucesso, na frente dos tribunais. Isso ocorre devido ao que está escrito nestas novas constituições, tendo em vista parecer haver uma alta correlação entre a “não inclusão de novos direitos” e, portanto, o “não reconhecimento judicial dos novos direitos”.

É de ressaltar que, ao incluir novos direitos nas constituições, eles se tornarão magicamente realidade. O que se afirma é o contrário, ou seja, que a ausência de tais direitos tendem a funcionar negativamente contra sua possível, e de outra forma desejável, materialização. Gargarella chama de “orações dormentes” - uma cláusula relegada ou "Adormecido" pode assumir uma realidade inesperada, pode acordar de sua letargia – um fato de que de forma alguma pode ser visto como uma anomalia no direito, visto que é produto puro e direto da incorporação explícita de certas cláusulas em um texto que é assumido como uma plataforma social compartilhada (GARGARELA, 2009, p. 31).

Um exemplo de interesse, neste sentido, pode ser encontrado no desenvolvimento de direitos sociais nas últimas décadas, e desde sua última incorporação constitucional, em meados do século XX. Tais disposições estiveram

dormentes por décadas (na América Latina, na verdade, entre quatro e oito décadas), e então começaram a esticar, lentamente, até ganhar algumas realidades inesperadas, nos últimos anos. A verdade é que essas cláusulas foram ganhando vida própria, por meio de uma erosão gradual das barreiras que enfrentavam para se tornar eficazes.

Para Gargarella (2009, p. 33), hoje ainda estamos longe de termos constituições socialmente "ativadas" e "acordadas". No entanto, parece um fato que - como tem já acontecido com outras cláusulas constitucionais - toda uma seção da constituição, que parecia adormecida, começou a se alongar e mostra vontade de levantar aos poucos. É difícil saber, ainda, se isso vai acabar acontecendo e quais poderão ser as implicações decorrentes de tal evento.

Já para Karam faz-se necessário compreender que a constituição não é um texto capaz de extinguir todas as tensões e crises presentes em uma determinada sociedade. A ideia de que existiria uma distinção entre mundo real e promessa de resultado, na prática, nada mais seria do que fantasia e ingenuidade, posto que não é possível nesse contexto, a separação entre eles. (CHUEIRI, 2016, p.6)

Enquanto para o constitucionalismo a constituição é a garantia de uma aplicação dos direitos e inovação permanente, para a democracia, a constituição teria o papel de reinventar os direitos, de acordo com o tempo e as evoluções no decorrer do tempo. Essa dualidade é, portanto, um ponto interessante já que "aprisiona o futuro no presente" e traz uma reflexão importante sobre a constituição como uma possibilidade de justiça além do que prevê expressamente a lei.

3.2. Neutralidade e seus Aspectos Materiais

Agora, pode-se admitir que a constituição não pode germinar em qualquer contexto e, mais especificamente, que uma constituição igualitária tende a transformar-se em uma "mera folha de papel", se o quadro em que nasce é o do pleno desigualdade. O que é preciso para levar a sério as condições materiais do constitucionalismo, de modo a não endossar uma constituição sem vida?

Como dito, as longas listas de direitos que caracterizaram as constituições do século XX foram a marca de identidade de um outro tipo de constitucionalismo, que enfrentou aquele que havia sido predominante durante o século XIX: um constitucionalismo "negativo", projetado para estabelecer barreiras de proteção para os indivíduos, contra os riscos provenientes de ataques ou interferências de terceiros, e do Estado em particular. A imagem do Estado como inimigo da liberdade é central no imaginário da elite dominante na América Latina, nessa época.

Posteriormente, o novo constitucionalismo - com raízes claras no século 19- mostrou-se ansioso para ir além do papel negativo normalmente atribuído a ele, e pretende estar a serviço da construção de novas relações sociais, mais igualitário. Esta atitude teve a ver com um gesto de sobrevivência. Muitos de seus defensores pareciam reconhecer que, se o constitucionalismo não é fundado em uma prática social diferente, mesmo a constituição mais perfeita se tornaria uma "mera folha de papel" (CHUEIRI, 2016, p. 6).

As questões em jogo - ligadas à questão de como levar a sério as condições materiais do constitucionalismo, quando se pretende realizar uma reforma constitucional - elas parecem ser numerosas e de vários tipos. Observa-se que são demandadas reformas substanciais nas regras do jogo e, ao mesmo tempo, na organização econômica da sociedade. Nossa racionalidade é limitada e são, muitas vezes, consequências não intencionais de nossas ações, que não podemos prever ou controlar.

Nesse sentido, empreender uma reforma em tão vasta escala parece envolver o risco de hiperracionalidade (ELSTER, 1989). Segundo Gargarella (2009, p. 40), mesmo que tivéssemos a capacidade de desenhar, ao mesmo tempo, um programa de reforma ampla, devemos nos perguntar sobre nossa capacidade política para implementá-lo, especialmente quando as referidas reformas, previsivelmente, afetam fortes interesses estabelecidos. Nesse caso, questiona-se se faz sentido avançar com mudanças simultâneas, em todas as frentes, sob o risco de dificultar as reformas possíveis e realizáveis. Parece que estamos, então, em uma armadilha: ou tomamos o caminho de uma reforma, correndo o risco de cometer erros graves e até impedir o bem, procurando o ótimo; ou condenamos a constituição a se tornar letra morta.

Gargarella (2009, p. 36) entende que esta neutralidade é questionável. As novas constituições latino-americanas não eram como as dos Estados Unidos organizadas em torno de ideais como a tolerância religiosa. Elas eram e continuam a ser – Constituições fundamentalmente ambíguas a este respeito (ex: Constituição da Argentina de 1853), dado o peso extraordinário dos setores religiosos.

Vale ressaltar que, para o autor, não se vê neutralidade, exclusivamente, no campo religioso, e em relação ao que diz ou não a constituição a respeito. Questiona-se primordialmente o que significa dizer que a constituição é neutra, quais seriam os critérios e balizas para determinar sua neutralidade.

Na verdade, acontece que, temos à disposição uma série de instrumentos constitucionais que favorecem a participação política (rotação obrigatória em cobranças; eleições frequentes; revogação de mandatos; audiências públicas obrigatórias antes da aprovação de uma lei; júris por todas as causas, entre muitas

outras), mas sistematicamente incorporamos em nossas constituições outros que se opõem a eles (reeleições para todos os cargos, longos e vitalícios, decisões concentradas em equipes técnico-executivas). Isso significa que, de certa forma, as constituições incluem cláusulas que não incentivam a participação, e sem que isso impeça que alguém as chame de constituições neutras.

Em seus dois sentidos, privado e público, a ideia de neutralidade do Estado entendida como “retirada” do Estado, é mais complexo do que sugere o discurso do liberalismo dominante. Isso é especialmente visível no campo público, onde a suposta inação estatal não nos deixa diante de uma diversidade de projetos pessoais, de curto ou longo prazo, como no primeiro caso, que podemos adotar sem grande custo ou dificuldade (desde a leitura de um livro até a adoção de uma religião ou outra, um modelo sexual ou outro, um estilo de vida mais ou menos consumista etc.) (GARGARELLA, 2009, p. 37).

Na esfera pública e em um contexto de fortes desigualdades econômicas e de oportunidade, o campo se inclina decisivamente a favor de alguns jogadores e contra outros. Para quem herda fortunas ou nasce em uma família rica; quanto a quem goza de privilégios herdados, em matéria de educação, saúde ou trabalho, a ausência do Estado (o que, mesmo em um sentido estrito, é estranho, na medida em que é acompanhado por ativismo estatal explícito e crescente, em questões de seguridade, por exemplo) pode ser considerado uma visão lateral em seu favor - em favor dos privilegiados.

Para aqueles nascidos no extremo oposto, da pobreza e desamparo, a chamada inação do Estado representa uma condenação que inevitavelmente terá consequências ao longo da vida dos membros do grupo desfavorecido (GARGARELLA, 2009, p. 37).

Deve-se atentar para a forma como a estrutura básica da sociedade contribui para forjar o caráter; educar um determinado tipo de cidadão; realçar certas qualidades e disposições morais e desencorajar outras (SANDEL, 1996). Este ponto é de interesse, dada a crença generalizada de que o estado educa o caráter apenas quando torna explícito um certo modelo educacional moral; ou está associado a uma religião (GARGARELLA, 2009, p. 38).

A verdade é que o Estado compromete a sua neutralidade não só quando se apoia a uma determinada religião, mas também quando, por exemplo, defende regras políticas que desencorajam a participação; ou fortalecer a economia capitalista. O primeiro ajudará a forjar cidadãos ainda mais afastados da política partidário; menos interessado em uma vida pública que ameaça rejeitar ou apenas ignore todas as suas demandas. Este último, entretanto, tenderá para promover qualidades pessoais como aqueles de ganância e medo (COHEN, 2009, p. 32).

Essas qualidades podem ser úteis para manter vital uma certa estrutura produtiva, mas ao mesmo tempo podem ser prejudiciais para outros tipos de projetos, mais vinculados ao autogoverno.

3.3. Constituição e Democracia

Outro tema importante é o embate entre a democracia e o constitucionalismo. o povo, como soberano, deve participar politicamente e decidir as questões políticas, morais e culturais do seu tempo (CHUEIRI, 2010, p. 161). Todavia, os limites impostos constitucionalmente a essa vontade devem ser respeitados, como por exemplo o compromisso com a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e limitação de poder dos governantes.

Esse paradoxo é inevitável e necessário e traz algumas dificuldades institucionais. Karam (CHUEIRI, 2010, p. 160), então, explica que Michelman via no julgamento da juíza Brennan uma resposta à tensão entre constitucionalismo e democracia, principalmente em sua tentativa de conciliar a interpretação constitucional (lei) com a auto governança democrática (política), mas que ao final, ele não consegue solucionar a questão, já que não esclarece como conciliar a interpretação da lei com a opinião pública.

Em outras palavras, Michelman não deixa claro que a democracia não depende de ter as interpretações corretas de um tribunal e, de certo modo, subestima o papel relevantíssimo da discordância para a democracia. O constitucionalismo, que muitas vezes pode ser caracterizado como o poder político através da lei, teria sua existência prejudicada sem a contrapartida democrática, ou seja, sem o clamor da população por inovações e adaptações ao momento em que se vive. Menosprezar a discordância é deixar de perceber que sem ela o constitucionalismo e, conseqüentemente a lei quedaria paralisada, atemporal e impossível de ser aplicada em um mundo real. Sendo assim, o que se deve destacar é que sem a renovação proporcionada pelo tensionamento democrático, o constitucionalismo não sobreviveria.

Considerações Finais

O sucesso do novo constitucionalismo está exatamente na vontade de fortalecer a integração social, tanto internamente, no povo, quanto externamente, entre as instituições. Garantir que o poder constituinte permaneça como possibilidade, ao passo que o poder constituído cumpra seu papel é a plena percepção de que o respeito e a abdicação de liberdades em prol de um bem maior

estão levando a sociedade um caminho de sucesso. Entretanto, ainda podem ser descritos alguns problemas no que tange o neoconstitucionalismo.

O equilíbrio entre a constituição e a democracia talvez seja o principal dilema. Como garantir o respeito e a legitimidade aos controles, ao passo que a população busca o poder de utilizar de mecanismos democráticos para alterá-la? Como deixar a constituição adequada ao tempo em que se é aplicada, sem que se perca a base criada pelo poder constituinte ou se crie letra de lei morta?

A forma tomada pelas constituições e, conseqüentemente, o nível de aceitação para mudanças e evoluções, depende, a priori, da maneira com que o poder constituinte entendia a formação daquele Estado. Em outras palavras, dá-se maior liberdade àqueles que já possuem um nível maior de amadurecimento no que diz respeito a capacidade de se viver em coletividade, o que significa que os direitos individuais ganham mais força e os limites aos órgãos representativos diminuem.

Por esse motivo, a função do poder constituinte é tão relevante. É papel do poder constituinte observar a sociedade em que está inserido e compreender a população que representa, para que tenha a capacidade de equilibrar os interesses e adequar o texto legal ao nível de maturação da compreensão do poder soberano que a comunidade possui em mãos.

Uma solução para o dilema constitucionalista atual seria adotar uma constituição radical, adequando nossas instituições para torná-las mais abertas ao debate público, aproximando os representantes e a população, diminuindo o impacto do controle judicial sobre as políticas majoritárias, reajustando, dessa forma, o equilíbrio entre os poderes.

Trazer os dilemas constitucionais para a realidade de todos é a melhor forma de fortalecer a soberania e, por conseguinte, o poder constituído. Fazer com que o poder constituinte permaneça no plano da potencialidade, em suspensão, ao mesmo tempo que se garante que as discussões sejam menos normativas, mais filosóficas e fáticas é o caminho a ser trilhado.

A constituição deve, portanto, ser um caminho garantidor da democracia e do diálogo entre os representantes da população. Permitir a liberdade de expressão do povo, compreender suas necessidades, proteções, história, vontades e nível de compreensão acerca da necessidade de se abdicar da vontade em prol da coletividade, é o papel dos representantes dos três poderes.

A aproximação entre poder constituído e soberania é essencial tanto para a democracia quanto para o próprio constitucionalismo. Por mais ambíguo que possa parecer, a solução para o dilema do neoconstitucionalismo está também no debate e na fuga de uma norma tradicional, limitadora e descontextualizada.

Entretanto, como se disse anteriormente, o equilíbrio é primordial, uma vez que por mais que se enxergue e se tenha a certeza de que os debates e as inovações sejam essenciais, a ausência de limite ou uma ultrapassagem dele pode tornar a lei uma letra morta, repleta de enxertos e que não possua mais ligação com o próprio povo. A consciência e a cautela com as propostas de emenda as constituições devem sempre estar presentes, sob pena de regressão.

As constituições latino-americanas já contam com uma lista extensa de direitos (à saúde, à educação, à seguridade, à liberdade de expressão, religiosa e de associação, dentre outras) mas, nem sempre, há na prática um respeito a todo esse plexo de entitulações e garantias. Em diversos momentos, na lida diária da sociedade, vê-se burlas, limitações desproporcionais ou, simplesmente, a omissão que os ignora como uma realidade tangível.

Contra essa práxis perniciosa, a inserção de uma nova temática ou uma simples inclusão de artigos complementares deve ser vista com seriedade, discutida de maneira equilibrada pelos atores da sociedade, ofertando tempo para que, se aprovada, possa haver adaptação e integração com as demais normas já impostas, permitindo que coabitem.

Considerando esse contexto, far-se-á importante também tratar da (im)parcialidade das constituições. Na teoria clássica e, até mesmo no marco das constituições da América Latina, existia a ideia de que as constituições deveriam ser neutras. Seria isso possível?

É certo que as constituições devem ser o reflexo do pensamento democrático da sociedade, o que por definição, configura-se como parcialidade. É impossível reger um ordenamento jurídico e um Estado democrático de direito abstendo-se de questões primordiais para o estabelecimento de uma comunidade. Por isso, resta claro que a intenção foi extremamente fracassada, visto que as constituições preveem sim ideais da época em que foram criadas e refletem a visão moral e ética pré-existente.

Por esse motivo, o novo constitucionalismo precisa ser ao mesmo tempo promessa e eficácia. Promessa porque mantém o poder constituinte como uma possibilidade e eficácia porque mantém seus compromissos em dia, agindo politicamente, aplicando os direitos e as inovações necessárias, de maneira balanceada e observando as mutações nos conceitos morais

Referências

ARISTÓTELES. *The Complete Works*. Vol. I & II. Edited by Jonathan Barnes. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1984.

CAPUTO, John (Ed.) *Deconstruction in a nutshell*. New York: Fordham University Press, 1997.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Before the law: philosophy and literature*. Michigan: Proquest, UMI, 2005.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. *Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte*. *Revista Direito GV*, São Paulo, 6(1), jan-jun, 2010, p. 159-174.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Is There Such Thing as a Radical Constitution?* In: *Democratizing Constitutional Law: perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Suíça: Springer, 2016.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Constituição radical: uma ideia e uma prática*. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, n. 58, p. 25-36, 2013.

COHEN, G. (2009), *Why not Socialism?* Princeton: Princeton U.P

ELSTER, J. (1989), *Salomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge: Cambridge University Press.

EMERIQUE, Lilian Balmant. *Conciso balanço sobre a eficácia dos direitos sociais no Brasil*. In: VEGA, Augusto Martín de la; SANTOS, Gustavo Ferreira; PASTOR, Roberto Viciano (Orgs.). *Permanência e mudança da constituição*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, v. 1, p. 133-150.

EMERIQUE, Lilian Balmant. *Direitos Sociais no Brasil: balanço de uma jornada com destino incerto*. *Justiça do Direito (UPF)*, v. 34, p. 76-105, 2020.

DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. In: ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. *Política, Justicia y Constitución*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. p. 157-186. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/publicaciones-de-la-corte-constitucional/product/view/2/27.html>> Acesso em 26 de jun. de 2017. Acesso em: 28 jun. 2017.

DALMAU, Rubén Martínez. *¿Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latino Americano como corriente doctrinal sistematizada?* Disponível: <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/245.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 13-29.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003, p. 83.

GARGARELLA, Roberto. Una disputa imaginaria sobre el controle judicial de las leyes: El constitucionalismo popular frente la teoría de Carlos Nino. In Gargarella et alli. Homenaje a Carlos Santiago Nino. Buenos Aires: la ley.

GARGARELLA, Roberto. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: promesas e interrogantes. Disponível em: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atino_americano.pdf.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. Trad. de Thiago Pádua e Jefferson Guedes. Universitas JUS, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016.

HARTLYN, J. y Luna, J.P. (2009). Constitutional Reform in Contemporary Latin America: A Framework for Analysis. Paper presentado en LASA, 2009.

HOBBS, Thomas. Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil. New York: Touchstone Book, 1997.

MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 59-87.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Teoria da Reforma Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEUENSCHWANDER, Juliana. A formação do conceito de direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2013.

SANDEL, M. (2005), Public Philosophy, Cambridge: Harvard U.P.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, La reinvención del Estado y el Estado Plurinacional. OSPAL n° 22, septiembre 2007, pág. 39.

SASTRE ARIZA, SANTIAGO, Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo. McGraw Hill, Madrid, 1999, pág. 145.

SOUZA, Neyllon Rangel; EMERIQUE, Lilian Balmant. Panorama do Novo Constitucionalismo Latino-Americano: breve balanço de uma década. In: EMERIQUE, Lilian Balmant; CAMARGO, Margarida Lacombe (Orgs.). Direitos Humanos, democracia e desenhos institucionais em tempos de crise. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019, v. 1, p. 337-351.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. 2010. Disponível em: [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010\[1\].pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010[1].pdf). Acesso em: 25 abr. 2017.

2 EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO EM MANGABEIRA UNGER

Emanuel de Oliveira Pinheiro¹

Túlio Vieira de Almeida²

Sumário: Introdução; 1. Perspectivas Contemporâneas do Constitucionalismo: Constitucionalismo popular e Democracia; 2. O Experimentalismo Democrático: a Construção de um Novo Projeto Democrático; 3. Desafios Práticos da Aplicação do Experimentalismo Democrático; 4. O denominado “Jogo Triplo” do Experimentalismo Democrático na ótica de Unger; Considerações Finais; Referências.

Introdução

Em um contexto de constante disputa política, se faz necessário buscar maneiras de se aprimorar o sistema democrático, com o objetivo de abarcar uma maior representatividade entre os governantes e a população.

Diante deste cenário, não há dúvidas de que a Constituição da República é o principal objeto do debate, tanto para aqueles que desejam sua manutenção, quanto para aqueles que defendem constantes reformas ou mesmo o seu fim, uma vez que é da carta constitucional que deriva toda a estruturação do Estado brasileiro, bem como os direitos fundamentais.

A luta por direitos, ou melhor, sua garantia, extrapola as paredes do Congresso Nacional e reflete nas ruas, a partir dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada, não obstante a realidade brasileira necessite de cada vez mais participação popular, a qual tem sido enfraquecida em decorrência do descrédito na política, seja pelos fartos casos de corrupção neste meio, seja pela própria falta de compreensão por parte das pessoas acerca do jogo político.

Portanto, demonstra-se relevante se debater sobre a Teoria da Constituição no presente século, seja como forma de repensar as estruturas do Estado Democrático de Direito ou mesmo eventuais soluções para conter situações de crise.

Nesse sentido, tem-se a importante observação de Cattoni de Oliveira, (2012, p. 26):

¹ Graduado em Direito pela UFF – Macaé; Alumni da Université de Liège (Bélgica); Mestrando do PPGDC-UFF; Advogado; Membro das Comissões de Direito Previdenciário e OAB Jovem da 15ª Subseção da OAB; Presidente-fundador da Liga Acadêmica de Direito e Medicina do Trabalho da UFF/UFRJ – Macaé; E-mail de contato: pinheiroemanuel@id.uff.br

² Graduado em Direito pela UFF – Volta Redonda; Pós-Graduado, a nível de Especialização, em Direito Constitucional pela FISIG; Mestrando do PPGDC-UFF; Assessor Jurídico no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; E-mail de contato: tulio_vieira@id.uff.br.

[...] O estudo das Instituições Políticas, por seu turno, irá analisar a chamada “institucionalização do poder político” de modo externo, de uma perspectiva a partir da qual um observador sociológico ou cientista político poderia descrever ou compreender a conformação das forças político-sociais pelo Direito Público, principalmente pelo Direito Constitucional. E mais, se esse Direito refletiria – e até que ponto – essas forças. A tentativa de superação da tensão entre um enfoque normativo e um enfoque empírico se faria, aqui, presente. Embora as teorias institucionalistas busquem absorver essa tensão, tal ponto de vista será um tanto temerário para o Direito Constitucional, devido ao risco sempre presente de se confundir, através desse enfoque, validade jurídico-normativa e facticidade social, legitimidade com mera legitimação. [...].

Por sua vez, trabalha-se com o seguinte questionamento: há alternativas teóricas-analíticas aos desafios deste Século? Quais são esses desafios?

Isso porque, dentre os rumos analíticos que tem se levantado no campo epistêmico da Teoria da Constituição, pode-se elencar, principalmente, o constitucionalismo deliberativo e popular, o constitucionalismo institucionalista, o experimentalismo constitucional, o constitucionalismo feminista, o novo constitucionalismo e o constitucionalismo latino-americano.

Contudo, neste trabalho, o enfoque se dará especificamente no que se refere ao experimentalismo democrático, corrente de pensamento capitaneada pelo professor e jurista Roberto Mangabeira Unger, por meio da qual o mesmo realiza uma crítica ao sistema constitucional, notadamente o brasileiro, uma vez que aduz ter sido importado de outras tradições que não representam e não são suficientes para lidar com os anseios da sociedade brasileira e seus problemas políticos e sociais.

Inclusive, Roberto Unger (2011, p. 59) defende que:

[...] A prática do direito — inclusive do direito constitucional — trocaria a idealização das normas vigentes (o discurso dos princípios e das políticas públicas) pela imaginação das instituições alternativas. O vínculo entre a ideia da democracia e a prática do direito é claro e simples. Devemos conceber a democracia hoje como, antes de qualquer coisa, processo de descoberta e de aprendizagem coletivas. Ao direito, a começar pelo direito constitucional, cabe organizar este processo e tomar como suas as aspirações do projeto democrático. O aprofundamento do experimentalismo democrático é, ao mesmo

tempo, para o direito, assim como para a democracia, método e alvo.

Assim, o presente trabalho percorrerá o caminho de uma análise qualitativa, pautada na revisão bibliográfica do autor e de outros estudos com identidade de objeto, com o objetivo de elencar as principais ideias defendidas por Unger e, principalmente, demonstrar se elas são possíveis ou não de serem efetivadas.

Para tanto, primeiramente, se abordará de maneira breve uma das perspectivas contemporâneas do constitucionalismo, o constitucionalismo popular e sua interlocução com a democracia, como uma crítica às instituições políticas e valorização dos movimentos sociais.

Em seguida, será feita uma abordagem das principais ideias de Unger para construção do experimentalismo democrático, no que consiste esta linha de pensamento e o motivo pelo qual o jurista entende como sendo este o caminho para uma mudança constitucional efetiva no Brasil.

Por fim, parte-se para elucidação dos desafios práticos da aplicação do experimentalismo, como forma de externar a necessidade de se ver a questão sob um aspecto mais prático e não apenas no campo abstrato, para que, assim, se possa ter uma melhor compreensão se, de fato, tal caminho se trata de uma alternativa praticável.

1. Perspectivas Contemporâneas do Constitucionalismo: Constitucionalismo popular e Democracia

Antes de adentrar as teorias de experimentalismo democrático apresentadas por Roberto Mangabeira Unger, devemos abordar o conceito de constitucionalismo popular e sua relação com a democracia, principalmente nas obras de Unger.

Em resposta ao ativismo conservador da Suprema Corte, surgiu nos Estados Unidos a teoria do constitucionalismo popular no final do século XX, como crítica às instituições ao passo que ressaltava a importância dos movimentos sociais, uma vez que o modelo tradicional servia às classes detentoras do poder.

A principal ideia desse novo sistema seria recuperar o poder popular, essência do constitucionalismo pautado em um Estado democrático, sobretudo quanto à atribuição de sentido às normas constitucionais, que até então repousavam nas mãos apenas da Suprema Corte.

A restrição de interpretação da norma constitucional a um grupo de pessoas não legitimadas por um poder advindo do povo afasta o caráter democrático das decisões de qualquer tribunal, segundo Larry Kramer (2004, p. 959), teórico desse novo modelo, pois “o papel do povo não está limitado a atos ocasionais de criação constitucional, mas também a um controle ativo e contínuo sobre a interpretação e a implementação da Constituição, sem que um tribunal superior possa monopolizar a interpretação da mesma”.

O constitucionalismo popular possui duas vertentes, a primeira delas é a democrática, lançada por Siegel (2007), que interpreta o potencial de legitimidade que tem uma constituição pelo seu reconhecimento pelos cidadãos. Encontra fundamento nos movimentos sociais e na prerrogativa de interpretação constitucional por parte do povo.

A segunda vertente é o constitucionalismo popular mediado, elaborada por Friedman (2003), na qual se legitima a atuação dos tribunais superiores na interpretação constitucional, posto que da interação entre os tribunais e os cidadãos, esses últimos acabam permitindo a atuação dos magistrados, não havendo exclusão da cidadania, mas um dever de expressar, de modo mediado, a vontade popular.

Ambas as vertentes criticam o monopólio judicial sobre o controle da Constituição, mas reconhecem a importância dos Tribunais, senão:

En efecto, para Post y Siegel el Tribunal Supremo es un posible colaborador de las instituciones democráticas en la construcción del significado constitucional, así como un catalizador del constitucionalismo popular. La relación entre jueces constitucionales y democracia no es de suma cero, pues los primeros pueden fortalecer a la segunda (NIEMBRO O., p. 203).

Ainda, apesar de divergentes quanto à atuação do judiciário na interpretação da constituição, ambas convergem no sentido de mudança, pois estão igualmente baseadas na necessidade de haver uma participação popular na configuração do direito constitucional por meio da atuação política dos movimentos sociais.

Com efeito, percebe-se que somente há possibilidade de mudança a partir da prática democrática, cabendo o conceito de democracia trazido por José Afonso da Silva (2015, p. 127):

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem [...]. Sob esse aspecto, a democracia não

é um mero conceito político abstrato e estático. Mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

Para Unger (2011), pode ser entendida como um sistema que tem necessidade de contar com meios capazes de permitir sua reinvenção diante das demandas da sociedade, as quais, em regra, não estariam pré-estabelecidas, mas seriam fruto da imaginação da população de como as instituições deveriam ser elaboradas.

A ideia sobre a democracia é de que a ela não deve ser entendida apenas como uma máquina para registrar e agregar preferências individuais, como se fosse apenas o equivalente político do mercado. A democracia é, entre outras coisas, um procedimento para criar o novo. É a forma institucional e coletiva da imaginação. É a ordem que, ao reconhecer a imperfeição de todas as ordens históricas que podem existir no mundo, providencia os meios para sua própria correção. (UNGER, 2011, 70).

E, a partir da soberania popular e da participação política, direta ou indireta, que atualmente são exercidas por meio do sufrágio universal e do sistema partidário, tem-se a visão democrática atual que, no Brasil, ainda segue o modelo constitucionalista tradicional, no qual não há participação popular nas interpretações constitucionais, haja vista nossa Constituição ainda estar baseada em exemplos já ultrapassados, onde não se encontra qualquer estímulo ou incentivo à atuação popular, ainda, segundo Rodrigo Brandão (2015), a realidade brasileira se distingue da americana:

Primeiro, porque enquanto o fenômeno da judicialização da política, e a conseqüente saliência política do Judiciário, têm mais de 200 anos nos EUA, no Brasil ele data de pouco mais de uma década. Segundo, porque, enquanto há nos EUA uma sólida cultura liberal que impediu o êxito de autoritarismos mesmo no momento em que tais regimes se expandiam por todo o mundo (primeiro pós-guerra), a democracia brasileira ainda está em sua infância, e a nossa história político-institucional é repleta de exemplos de governos autoritários que achacaram a independência judicial. Terceiro, porque enquanto os EUA a partir da década de 1960 podem ser considerados uma democracia de direitos, na qual todos os “Poderes” se encontram seriamente vinculados a esse ideal (em cuja implantação a

Suprema Corte – reconheça-se – teve papel historicamente importante), no Brasil o constitucionalismo e os direitos ainda não se incorporaram plenamente à nossa cultura política.

Em razão disso, no Brasil, acredita-se que o Supremo Tribunal Federal ainda tenha um papel decisivo na garantia dos direitos fundamentais, inclusive, no aprimoramento das instituições democráticas.

A experiência brasileira nos mostra inúmeras e, felizmente, infrutíferas mobilizações para o fechamento da Suprema Corte, contudo, baseadas em discursos autoritários, que veem o tribunal como uma ameaça à ideologia da extrema-direita. Na realidade, qualquer movimento no sentido de retirar do STF seu poder de interpretação da Constituição seria uma ameaça à própria democracia.

O próprio ministro do STF, Luiz Fux (2012) alerta quanto, no Brasil, o constitucionalismo popular tomar forma de populismo judicial:

A opinião pública é variável e apaixonada e, no âmbito jurídico, deve prevalecer a contenção do magistrado, tal como na visão lúdica enunciada por Calamandrei: o cidadão decide com a paixão ao passo que ao juiz incumbe fazer prevalecer a razão jurídica. [...] Um país que respeita a sua Constituição rígida não pode submetê-la às interpretações apaixonadas e momentâneas, sob pena de mutilá-la ao sabor do populismo judicial, que é mais pernicioso do que o populismo político. O Supremo Tribunal Federal é guardião dos direitos fundamentais contemplados na Constituição, ainda que contra os avanços da maioria, por isso que nessa luta entre o Constitucionalismo de direito e o Constitucionalismo popular o tribunal deve ser necessariamente contra majoritário. (FUX, 2012).

Vislumbra-se, a partir da análise do discurso do ministro que há uma defesa da supremacia judicial na interpretação da Constituição, bem como nos benefícios, que, por vezes, trazem as decisões contra majoritárias, pois, se pensarmos em um país como o Brasil, com uma população cuja ideologia tende ao conservadorismo, se não fosse a Suprema Corte, hoje não seria possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tampouco teríamos a criminalização da LGBTfobia, entre outros exemplos que, por meio de uma posição contra majoritária, o STF garantiu os direitos fundamentais da população.

Contudo, a posição contramajoritária nem sempre pode ser empregada na defesa de direitos fundamentais, mas também pode ameaçar o próprio Estado democrático de Direito, visto que o posicionamento das Cortes Superiores muda

conforme o entendimento ou ideologia daqueles que lhe compõe, dessa forma, se atualmente contamos com uma maioria de ministros que prezam pela democracia e defesa de direitos fundamentais, não devemos descartar a hipótese de em um futuro não tão distante essa mesma Corte ser formada por fundamentalistas religiosos ou outros conservadores dispostos a interpretar a norma maior de acordo com sua ideologia.

Esse consenso da importância que tem a Suprema Corte, na realidade brasileira, na garantia dos direitos fundamentais estampados na Constituição é hoje benéfico, sobretudo diante do tenro período democrático experimentado no Brasil, que recentemente vem sendo ameaçado de todas as formas por diversos grupos autoritários.

Não obstante, há que ser consideradas as vertentes de constitucionalismo popular para consolidação das liberdades democráticas, pois o próprio conceito de soberania popular demanda uma atuação do povo de modo permanente na interpretação da norma constitucional, ou seja, há que haver um exercício constante do poder pelos cidadãos, não somente na instituição do poder constituinte originário (através de eleições parlamentares), de modo a servir de freio e contrapeso a um poder absoluto dado às Cortes Superiores.

A participação popular nesse sentido é quase nula, razão pela qual o próprio Roberto Unger traz o conceito de experimentalismo democrático, para que possamos encontrar meios de estimular a participação popular, ou democrática, nas instituições e políticas públicas, sendo esse um de seus propósitos através de sua teoria experimentalista, ao passo que traz diretrizes práticas de como consolidar uma democracia participativa.

2. O Experimentalismo Democrático: a Construção de um Novo Projeto Democrático

As democracias contemporâneas devem reconstruir o projeto democrático (UNGER, 2008), considerando a “dupla frustração do pensamento progressista” (TEIXEIRA, 2010), que de um lado experimenta a incapacidade de uma implementação de uma ordem com viés democrático e sem se socorrer à violência, e de outro faceia dificuldade na manutenção de uma ordem socialista.

Para que tal reconstrução seja possível, deve-se pautar no redirecionamento do direito constitucional, cujo conteúdo institucional proposto por Mangabeira Unger (2008) traz inovações que permitem a “mobilização política da cidadania e resolveriam rapidamente os impasses entre os poderes do Estado”, uma vez que esse modelo institucional é o resultado de “tradições políticas e

constitucionais que, para Unger, não resolvem os principais problemas sociais, mas, ao invés disso, os amenizam”. (SANTOS, 2019, p. 3)

Contudo, uma das teses de Unger (2008) é de que a atual situação constitucional no Brasil obsta a essa reconstrução, isso porque adotamos um constitucionalismo liberal protodemocrático dos Estados Unidos numa forma de presidencialismo concebida por James Madison e do regime federativo clássico, bem como ser nossa Constituição uma variante “tardia” da Constituição Alemã de Weimar.

Esta socialdemocracia institucionalmente conservadora contenta-se com a constitucionalização das expectativas sociais. Não providencia, contudo, os mecanismos institucionais — as formas de produção e de poder — capazes de assegurar os resultados prometidos. A falta de efetivação ampla não pode ser curada pela mera invenção de instrumentos processuais. Não basta, por exemplo, dizer que o Estado pode regular a economia privada ou que a propriedade privada precisa ter função social. É preciso que a Constituição permita e incite um grau muito mais radical de experimentalismo produtivo. (UNGER, 2011, p. 64).

Na atual estrutura há uma forte tendência em manter o estado das coisas, tratando-se, portanto, de um modelo engessado, totalmente dependente de modelos de séculos anteriores, que não permite que as mudanças constitucionais ocorram senão por meio de crises, como nos mostra a história do direito constitucional.

A ideia de Unger é que haja uma construção das instituições, das práticas e das doutrinas baseada num projeto democrático de “alta energia”, que troca a idealização das normas vigentes por instituições alternativas, visto que a democracia deve ser concebida como um “processo de descoberta e de aprendizagem coletiva”.

Isso porque, na atual moldura institucional, torna-se impraticável a reconciliação entre flexibilidade econômica e proteção social, haja vista que nela permeia a interrupção parcial e temporária da luta (entre interesses de grupos e/ou coletivos), seguido por uma série de crises (UNGER, 2005).

Isto porque, para Unger (2011), o mercado é separado da sociedade, como uma entidade difusa que quer “ditar os rumos institucionais que mais o beneficiam, de outro lado, a sociedade possui o anseio de separações de classe, as desigualdades e hierarquias profundas” (SANTOS, 2019, p. 3).

Além da divisão de classes e de ideologias no Brasil, há outra divisão. Há divisão entre a confederação de lobbies e de

corporativismos que estrangula a nação e as aspirações da maioria desorganizada, inclusive da maioria desorganizada da classe média. Só uma democracia que organize e fortaleça os interesses desta maioria desorganizada pode criar o ambiente propício à democratização do mercado. (UNGER, 2011, p. 60).

Outro objetivo principal da construção do novo projeto democrático é de que haja crescimento econômico pautado em uma organização social, ou seja, traçar o desenvolvimento sem se ancorar no sistema de diminuição de impactos, quando se regulariza a economia de mercado e se cria políticas públicas para contrabalancear as desigualdades geradas por esse crescimento, pois na concepção de Unger (2005), para democratizar as oportunidades e, portanto, para instrumentalizar as energias frustradas e dispersas do povo brasileiro, é necessário reconstruir as intuições que definem a economia de mercado, ou seja, todo esse sistema que é feito para manter a cidadania em um baixo nível de mobilização.

Contudo, o objetivo central da ideia de Unger é que se acelere e amplie todas as formas do “experimentalismo inovador e criativo nas sociedades contemporâneas”. Trata-se de uma prática coletiva de descobertas e aprendizagem (TEIXEIRA, 2010).

O experimentalismo de Unger significa diminuir a distância entre duas classes de atividades: as rotineiras, que são fruto de instituições e premissas ideológicas que são aceitas como práxis; e as extraordinárias, por meio da qual se transformam partes do arcabouço institucional ou doutrinário; com objetivo de unir o progresso prático e material da sociedade com o empoderamento de todos os indivíduos.

O progresso prático ou material inclui o crescimento econômico e tecnológico, ou a inovação médica, amparada pelas descobertas científicas. É o desenvolvimento do nosso poder de afastar os constrangimentos da escassez, da doença, fraqueza e ignorância. É o empoderamento da humanidade para agir sobre o mundo. A emancipação individual se refere à libertação dos indivíduos dos papéis sociais entrincheirados, divisões e hierarquias, especialmente quando essa maquinaria social extrai força da vantagem herdada, moldando as oportunidades de vida dos indivíduos. (UNGER, 1998, p. 5).

A aproximação entre ambas as classes tem como objetivo fazer das atividades extraordinárias de transformação um desdobramento contínuo das atividades rotineiras, ou seja, fazer com que as transformações se tornem contínuas

e duradouras, para que ocorram independentemente de crises como guerras, depressão econômica etc.

Nesse sentido, preconiza o filósofo (UNGER, 1999, p. 14):

[...] Em sua primeira esperança, o experimentalista democrático afirma que pode ocorrer uma interseção entre as condições de progresso prático e as de emancipação do indivíduo. Um subconjunto das condições institucionais de progresso prático também serve ao propósito da emancipação do indivíduo. Um subconjunto das condições institucionais de emancipação do indivíduo também promove o objetivo do progresso prático. O experimentalismo democrático quer encontrar essa zona de coincidência e avançar dentro dela. [...].

Por sua vez, o objetivo central da ideia de Unger é que se acelere e amplie todas as formas do “experimentalismo inovador e criativo nas sociedades contemporâneas”, para que seja possível imaginar instituições inovadoras, “de acordo com cada contexto, partindo de seus problemas específicos e de suas vantagens específicas, construindo essas instituições com a organização das massas que, hoje, são desorganizadas, e não pelas corporações” (SANTOS, 2019 p. 11).

Trata-se de uma prática coletiva de descobertas e aprendizagem, cujo projeto idealizado de reconstrução democrática institucional se exprime em cinco diretrizes. A primeira deve ser entendida como uma necessidade de “elevar a temperatura da política”, sendo, na realidade, a participação da sociedade civil na vida pública de modo duradouro e organizado, ou seja, cuida-se de mobilização e participação política. Isso porque com os modelos importados que se consignam em nosso atual projeto constitucional não há pretensão de que haja atuação organizada da sociedade civil na esfera pública.

A segunda diretriz é construir meios de resolver de modo imediato possíveis impasses entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Atualmente, o paradigma institucional serve para desacelerar a mobilização política, pois o poder estatal é fragmentado e controlado pelo sistema de freios e contrapesos. Criam-se, assim, obstáculos institucionais que impedem a transformação democrática.

No entanto, não defende Unger a extinção do sistema de controle dos poderes, porque em tal caso poderíamos incentivar a concentração de poder na mão de um tirano ou ditador, mas que sejam adotadas técnicas que misturem características de sistemas parlamentares e presidencialista. Desse modo, criar-se-

iam caminhos múltiplos para a conquista do poder estatal, como a possibilidade de convocação de eleições antecipadas, etc.

A terceira proposta institucional tem relação com a reconstrução do federalismo, em razão de atualmente encontrarmos em nosso sistema uma repartição rígida de competências entre os três níveis da federação, podendo ser adotado um “federalismo cooperativo” como primeiro passo, que possibilite a troca de experimentos entre União, estados e municípios, ou seja, flexibilizar o federalismo, não bastando haver apenas algumas competências comuns ou concorrentes.

O segundo passo, que o próprio Unger (2008) considera mais radical, é “romper com o princípio de que todas as localidades precisam gozar de um grau uniforme de direito de divergência”, devendo dar liberdade para que diferentes localidades possam divergir das soluções centrais, isso faria com que houvessem variados “laboratórios de inovações” (TEIXEIRA, 2010) institucionais, ideal num contexto experimentalista.

A quarta diretriz depende da capacitação dos cidadãos, sobretudo de grupos subjugados, garantindo um conjunto básico de recursos com que esses possam contar. Trata-se, nas palavras de Unger, de uma herança social que objetiva substituir a herança familiar, pois a primeira beneficia mais indivíduos, enquanto a segunda está disponível para poucos. E na realidade, nenhum dos poderes do Estado atualmente se encontra em condições de resgatar as pessoas em situações de subjugação ou de exclusão, havendo que se desenvolver novas práticas com este objetivo para, posteriormente, instituir um novo poder preparado e equipado para tanto.

A quinta e última diretriz é fazer com que a democracia representativa ganhe, aos poucos, características das democracias direta ou participativa. Isso não significa a participação popular nos governos locais e em sua execução orçamentária, mas sim que a sociedade civil possa participar da provisão experimental e competitiva dos serviços públicos, haja vista a atual baixa efetividade dos serviços prestados pelo Estado, e tendo em consideração que a privatização não significa resolução desse problema.

Com essas diretrizes, o impulso transformador restará permeado em meio à sociedade e a sua cultura, sem que para uma mudança nos rumos institucionais dependa de momentos de crise. Unger propõe a implementação dessa proposta não por meio de uma nova constituinte e, conseqüentemente, nova constituição.

Cuida-se de uma ideia a ser construída e que pode (e deve) ser aos poucos implementada, servindo como campo para uma mudança mais radical que virá, mais cedo ou mais tarde, seja por meio de uma revisão constitucional ou mesmo

por uma reinterpretação da constituição atual, sempre com base nessa premissa de se experimentar para progredir.

Todavia, para tanto, é necessário, antes de tudo, que haja uma ampliação do debate, que sejam fomentadas e difundidas pelo país iniciativas experimentais capazes de empoderar os indivíduos para que seja criada uma imagem do desejo dos cidadãos para o futuro:

Há outra preocupação a salientar. Nenhuma nação reforma seu Estado e sua política para só depois decidir o que fazer com o Estado e com a política reformados. Reforma-os quando se torna necessário reformá-los para atender interesses ou conseguir objetivos que se tornaram irresistíveis. Reforma-os para sobreviver e andar. A constituição do experimentalismo democrático no Brasil só pode avançar no meio de uma luta para reorientar o caminho econômico e social do país. Entre nós, representaria ao mesmo tempo a contrapartida, a condição e a consequência da tentativa de construir outro modelo de desenvolvimento, capaz de dar instrumentos à energia humana que fervilha, frustrada e dispersa, no país. (UNGER, 2011, p. 70).

Dessa forma, o experimentalismo democrático se reveste de uma solução filosófica e não prático-jurídica para solucionar problemas específicos e urgentes, tem o condão de, por meio do exercício da idealização das instituições, fazer com que esse novo modelo se mostre, além de alcançável, cativante ao ponto de se tornar inevitável.

3. Desafios Práticos da Aplicação do Experimentalismo Democrático

Atualmente, experimenta-se um sentimento de esgotamento e indeliberação na elaboração de alternativas confiáveis ao neoliberalismo e sua praxe na crença de que o mercado e as instituições democráticas se convergirão em um único sistema. Após assistir o colapso de regimes comunistas, abandonando os compromissos estatistas, buscam os “progressistas”, de forma frívola, um caminho mais concreto do que a defesa de um posicionamento socialdemocrata.

E, conforme Unger (1999), essa busca em vão não desaponta apenas aos progressistas da esquerda. Toma o professor os Estados Unidos como exemplo, visto ser um país relativamente homogêneo, contudo, no qual o cidadão trabalhador está sujeito a se sentir um “excluído irado”, por ocupar uma posição dentro de uma maioria não somente fragmentada, mas também marginalizada, sem organização

ou força para traçar soluções para os problemas coletivos que enfrenta, ou seja, não encontra vias de mobilização social.

Dessa forma, possível extrair que um dos maiores desafios do experimentalismo jurídico é, conforme lições do professor Unger, a mobilização política popular, acompanhada pelo fato de a “intelligentsia” pública do país não dar qualquer importância para a política ideológica, nem para os projetos de reforma institucional.

E sobre o progresso da democracia, o autor revela que:

[...] O progresso da democracia precisa gerar uma mudança no caráter, bem como no conteúdo das formas pelas quais as pessoas se tratam mutuamente. Precisa tornar esses hábitos de associação mais propícios à conciliação com o desenvolvimento individual e a solidariedade social. Ao fazê-lo, concilia as condições conflitantes de uma personalidade forte e independente – que simultaneamente exigem o afastamento de outras pessoas e o engajamento com elas. O avanço da democracia deve também reduzir a força cega e compulsiva de nossos hábitos de associação, sua qualidade de pegar ou largar e, portanto, as distinções nítidas entre eles. Uma coisa é ser capaz de confiar em nossas relações com outras pessoas ao passarmos pelas situações repetitivas da vida prática. Outra coisa diferente é representar, em cada situação, um roteiro definido, por medo de que qualquer improvisação possa ser vista como transgressão. Transformar esses comandos em algo como sugestões que se pode recusar, e não em ordens a obedecer, é uma exigência espiritual da democracia aprofundada. [...]

Por sua vez, Unger observa que, ainda hoje em dia, os interesses e ideias por ele defendidas, para que possam ser efetivadas, continuam reféns de acordos práticos, razão pela qual esses acordos devem ser reimaginados ou refeitos, de maneira gradual, em um processo de aprofundamento da ideia de democracia, uma reorganização da sociedade, em resposta aos males da opressão e às ofensas da humilhação.

Por fim, a razão para que haja um impedimento de reforma está também relacionada a “essa política vazia de projeto e sem energia” (UNGER, 1999), que abandona a resolução de problemas práticos renunciados por “ambições maiores”, apenas atuante em questões episódicas, muitas vezes facciosas e de solução em curto prazo. O experimentalismo democrático encontra óbice justamente nos

limites impostos pela esfera pública, que permanece inalterada, esgotada e indeliberada.

Mas como ultrapassar essas barreiras? Para o autor, o experimentalismo democrático uniria duas esperanças. A primeira delas seria encontrar uma área em comum entre as condições do progresso prático e as exigências da emancipação do indivíduo, fazendo referência às estruturas institucionais da sociedade, ao próprio crescimento econômico e à inovação tecnológica ou médica, tudo isso com o objetivo de trazer a libertação dos indivíduos do que Unger denomina de “prisão dos papéis sociais, divisões e hierarquias”.

Contudo, isso só seria possível, na visão do professor, a depender da capacidade de transformar o espaço social em aprendizado coletivo e de agir sobre as lições aprendidas, apontando como necessária a desvinculação de um “plano preestabelecido de divisão social e hierarquia ou uma distribuição restritiva de papéis sociais”.

A respeito de como deve ser interpretado o experimentalismo democrático, através de um profundo estudo da obra de Unger, o professor Carlos Sávio Teixeira apresenta importante observação:

A ideia do experimentalismo pode também ser colocada de uma forma mais abstrata e geral. Pode-se imaginar duas classes de atividades: as atividades rotineiras, que tomamos dentro de um arcabouço de instituições e premissas ideológicas que aceitamos como dadas, e as atividades extraordinárias, por meio das quais desafiamos e transformamos partes desse arcabouço institucional ou doutrinário. Experimentalismo significa diminuir a distância entre essas duas classes de atividades de tal forma que as atividades extraordinárias de transformação do contexto surjam como um desdobramento mais contínuo das atividades rotineiras. Nesse sentido, o experimentalismo é e não é um programa. O experimentalismo é uma dinâmica cuja prática se orienta por interesses, assim como um processo intelectualmente informado e um movimento moralmente inspirado. A temática do experimentalismo é, sem dúvida, a grande ponte entre o pensamento social e o pensamento filosófico de Unger. (TEIXEIRA, 2010, p. 50)

Feita essa consideração e dando continuidade, Unger aponta que a segunda esperança do democrata está em uma mudança social, em uma política transformadora. E, nesse momento, três teses são apresentadas, as quais repousam em pressupostos a respeito de como a sociedade se transformaria.

Nesse sentido, a primeira delas é “tese da dualidade” entre a defesa dos interesses reconhecidos e dos ideais professados. A segunda é chamada de “tese da correspondência”, no sentido de que as alianças e os antagonismos entre grupos são sempre apenas o outro lado de um conjunto de estruturas institucionais e também de uma sequência de reformas institucionais. Isto é, quanto mais amplo o programa de reforma, mais estreita e mais evidente se torna a ligação entre a lógica de alianças e a direção da mudança institucional. E, por fim, a terceira é a “tese da assimetria”, que aponta ser assimétrica a relação entre alianças políticas e alianças sociais ou de grupos. (UNGER, 1999)

Assim, para o autor, nenhuma aliança de interesses de grupo é natural ou necessária, exceto em relação às estruturas que a sustentam. Além disso, as alianças políticas não pressupõem alianças sociais no mesmo sentido: elas tomam a construção de alianças sociais como tarefa e horizonte, e não como condição antecedente.

Justamente daí a necessidade do experimentalismo democrático ter ferramentas da imaginação institucional, na medida que, para Unger, ele repousa sobre uma prática de análise jurídica e econômica que leva a sério tanto as coações, como as alternativas institucionais.

Dito isso, a prática de pensamento e de ação em que estão ligadas essas duas esperanças, para Unger, seria o ajuste motivado, sustentado e cumulativo das estruturas da sociedade e uma premissa dessa prática seria a relação interna entre “entender ideais ou interesses” e “pensar a respeito de práticas ou instituições”. Isso porque os interesses e os ideais das pessoas acabam se reportando às próprias estruturas que elas aceitam, de maneira tácita, como uma expressão mais ou menos natural.

Entretanto, o autor ressalva que, logo que se começa a questionar os pressupostos institucionais, começam também a ser expostas falhas que antes permaneciam ocultas. E não apenas se executa, nessas escolhas institucionais, o projeto predefinido dos nossos interesses e ideais, mas também é nelas que esse projeto é aperfeiçoado.

Inclusive, o jurista critica o estilo hoje dominante de filosofia política normativa, particularmente em países de língua inglesa, que tratam a formulação de ideais e de princípios normativos como se fossem uma atividade separada e anterior a projetos de estruturas institucionais.

Por isso, segundo Unger, uma imaginação programática, para ser útil ao experimentalismo democrático, tem também que evitar as divisões falsas a que ainda se prende a filosofia política especulativa. Por exemplo, os debates institucionais e os experimentos não constituiriam um exercício separado e

subsidiário; eles representariam o meio mais importante de definir e redefinir o conteúdo de nossos ideais e interesses.

Então, dentro desta visão por ele apresentada, uma reforma é considerada radical justamente quando direciona e transforma as estruturas básicas da sociedade: a sua estrutura formadora de instituições e de crenças válidas. É uma reforma justamente porque lida, de cada vez, com uma parte separada dessa estrutura, lembrando que existem tanto instituições quanto crenças que desempenham papel formador em uma sociedade.

Outrossim, para Unger, a imaginação prática de alternativas institucionais permite que a gente reconheça a oportunidade de transformação e aja sobre ela.

Porém, mesmo existindo muitas críticas mundo a fora, direcionadas a partidos e a políticos, vindas de pessoas educadas e politizadas, o autor ressalta que há pouquíssimas ideias sobre formas institucionais alternativas, de democracia representativa, de economia de mercado e de uma sociedade civil livre.

Portanto, o pensamento necessário para instruir a imaginação da transformação institucional precisaria reconhecer, em qualquer sociedade, o significado de seu contexto formador de instituições e crenças. (UNGER, 1999)

O estilo de pensamento social de que necessitamos, segundo o jurista, tem também de repudiar as premissas deterministas que, tradicionalmente, acompanham um enfoque estrutural. Essas premissas são aquelas que entendem existir uma lista fechada de sistemas institucionais possíveis e que eles são indivisíveis.

Como justificativa para tanto, o autor revela que muitas doutrinas importantes, apresentadas como “visões científicas” nas universidades, dão para elas uma aparência de naturalidade e de necessidade. Mas o autor destaca que, na verdade, esses estilos organizacionais não são nem naturais, nem necessários.

Diante disso, Unger traz o conceito de “falsa necessidade”, se referindo a essas pressuposições da imaginação programática. Principalmente porque elas ensinam que as estruturas institucionais, da sociedade contemporânea, seriam o resultado de muitas sequências frouxamente interligadas, de conflito social e ideológico, e não imperativos funcionais insuperáveis e determinados, que dirigem uma sucessão de sistemas institucionais indivisíveis. (UNGER, 1999)

Logo, para Unger, as possibilidades não surgem na forma de sistemas indivisíveis, que se constroem ou se destroem juntos. Sempre existem conjuntos alternativos de estruturas capazes de satisfazer, com sucesso, os mesmos testes práticos.

E é a partir do conceito de “falsa necessidade” que as pessoas aprendem a ver para além do que o autor chama de fetichismo institucional e de fetichismo de

estrutura, que negam a nossa capacidade de mudar a qualidade e o conteúdo de nossas práticas e instituições. Ou seja, uma negação da nossa capacidade de mudar a sociedade e a nós mesmos.

E como forma de aplicar a crítica contra o fetichismo institucional, o autor desenvolve o conceito de “pluralismos alternativos”, como uma forma de fugir da velha disputa ideológica entre estatismo e privatismo ou comando e mercado. Então, a ideia de Unger, dentro de seu principal estudo sobre o experimentalismo, é trazer um conteúdo mais detalhado sobre como essas mudanças podem acontecer no cenário político democrático.

Pensando nisso, o professor aborda as divisões sociais e econômicas existentes entre vanguardas produtivas e retaguardas produtivas; a transformação de uma confederação de vanguardas produtivas na força motriz da economia mundial; discute sobre diferentes abordagens para a renovação industrial nas economias ricas e também sobre alternativas ao neoliberalismo nos países em desenvolvimento; tudo isso para preparar o terreno e apresentar uma alternativa à socialdemocracia institucionalmente conservadora e ao neoliberalismo.

4. O denominado “Jogo Triplo” do Experimentalismo Democrático na ótica de Unger

Caminhando para o final de sua obra, o professor Mangabeira traz um alerta sobre três riscos que ameaçam a alternativa democratizante explorada por ele no referido estudo, mas com a ressalva de que seriam riscos controláveis.

O primeiro risco diz respeito à capacidade da proposta em “satisfazer os requisitos da estabilidade política e social”, quando for atingido o objetivo de enfraquecer as hierarquias e os papéis sociais fixos. Isso porque o experimentalismo democrático enfraquece o controle que o destino do grupo detém sobre a experiência individual.

O segundo risco se refere à “existência de agentes capazes de se engajar nas práticas políticas” das quais o experimentalismo democrático dependerá. Isso porque o avanço do experimentalismo exige uma prática política inclusiva, capaz de cobrir a lacuna entre o que é por ele denominado de “macropolítica da mudança institucional” e a “micropolítica das relações pessoais”.

Unger aponta que os efeitos práticos da mudança institucional dependem do contexto em que acontece essa mudança.

Um exemplo seria uma sociedade em que os papéis individuais continuam sujeitos a discussão e remendos, e tanto a comunidade quanto o contrato têm de passar no teste da igualdade relativa entre seus participantes. Outra coisa diferente

seria realizar essa alternativa em uma sociedade em que prevalecem relações do tipo patrono-cliente, e onde o poder se combina geralmente com trocas e lealdades, em muitos dos acontecimentos normais da vida diária. Nessa segunda situação, para o autor, as promessas de um programa democratizante podem se perverter ou não se realizar. (UNGER, 1999)

Dai a necessidade de uma coordenação que seja o resultado de colaboração apenas parcialmente expressa entre partidos políticos e movimentos de opinião da sociedade civil.

Já o terceiro risco é um resultado das implicações do programa para o que ele chama de “personalidade ideal”. Ou seja, é o risco do “conflito entre a necessidade pessoal e as exigências da democracia”.

Por sua vez, as instituições sociais, na visão de Unger, moldam a experiência moral, uma vez que encorajam alguns modos de vida e desencorajam outros. Contudo, o autor ressalta que nenhum conjunto de estruturas pode ser neutro, motivo pelo qual, ao escolher um caminho de mudança institucional cumulativa, deve-se manter atento aos efeitos dessa mudança na experiência pessoal, não fazendo com que a introdução ou a persistência do programa dependa da esperança de alguma grande regeneração da natureza atual. (UNGER, 1999)

Mas, como salvaguardas contra esses riscos, Unger aponta a multiplicidade de esferas que devem ter o poder político e social; a existência de um conjunto de direitos fundamentais; e o engajamento da cidadania, apoiado institucionalmente.

E, justamente pensando para além das instituições, o professor encerra seu raciocínio apresentando uma relação entre a luta nacionalista e a reconstrução institucional, mas por uma perspectiva diferente e mais esperançosa, ao apontar que o caminho para tornar as diferenças menos perigosas é, paradoxalmente, torna-las mais reais. E a forma de torna-las mais reais é desenvolver práticas, instituições e formas de pensar e falar que tornem possível gera-las e expressa-las. (UNGER, 1999)

Outro ponto abordado pelo autor, no curso final de seu estudo, é que a mudança institucional não é suficiente para promover o experimentalismo democrático. Isso porque, na vida social, há mais coisas de interesse do experimentalismo democrático do que as instituições têm condições de formar. E, nesse ponto, ele está se referindo às relações pessoais. E também porque algumas das coisas que as instituições não têm condições de formar, acabam revidando e influenciando seu significado e seu efeito.

Não há outra conclusão, a partir de todos dos ensinamentos de Unger, senão a de os nossos interesses e ideais continuam hoje, como sempre, reféns de

acordos práticos existentes para tornar eles possíveis. Por isso, se faz necessário seguir a orientação dada pelo jurista: a condição para conquistarmos, de forma mais completa, nossos interesses e ideais é reimaginá-los e refazer os acordos aos quais eles estão presos. E isso só pode ser feito gradualmente, passo a passo.

Considerações Finais

Feitas tais considerações, foi possível verificar que Roberto Mangabeira Unger defende uma reinvenção da democracia através do direito constitucional, a partir das ideias de que as democracias contemporâneas devem reconstruir o projeto democrático e que a situação constitucional do Brasil nos inibe nesta tarefa de participar da reinvenção da democracia.

Essa ideia de reconstrução do modelo democrático parte dos movimentos do constitucionalismo democrático, cujas vertentes, especialmente a democrática, estão ligadas de modo direto às propostas de Unger, vez que se pretende dar ao povo não somente o poder de elaboração da constituição por meio de uma constituinte, mas também a possibilidade de interpretá-la, o que fomenta a soberania popular e a possibilidade de mudanças significativas.

Evidentemente, estas mudanças não devem ocorrer apenas no Brasil, mas em todo o mundo. Contudo, para o filósofo, é aqui onde se tem condições para dar um pontapé inicial, revendo as duas tradições que, para ele, tem dominado a história constitucional do Ocidente.

Por sua vez, a alternativa viria justamente da constituição do experimentalismo democrático, o qual, para o jurista, ocorreria através da elevação da temperatura política, o grau de engajamento cívico duradouro e organizado na vida pública, o nível de mobilização política, bem como da construção de mecanismos para resolver prontamente os impasses entre os poderes do Estado.

Nesse sentido, frisa-se talvez umas das mais importantes manifestações do autor em sua obra sobre o experimentalismo democrático, trazendo uma síntese de seu importante pensamento: “Somos maiores que as instituições e as culturas que construímos. Elas se exaurem. Nós, enquanto vivermos, não. Embora elas possam ajudar em nossa construção, há sempre mais em nós do que nelas. Não podemos deixar a elas a última palavra, que precisa ser nossa”. (UNGER, 1999, p. 204)

Dentro disso, primordial é o papel da democracia, justamente como um procedimento para criar o novo, superando a mera ideia de uma máquina para registrar e agregar preferências individuais, devendo o Brasil aproveitar sua qualidade mais importante, segundo Unger, qual seja: sua vitalidade.

Referências

- BECKER, Howard S. A Epistemologia da Pesquisa Qualitativa. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Vol. 1, N. 2, jul., 2014, p. 184-198. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/18>. Acesso em: 15 jan. 2022.
- BRANDÃO, Rodrigo. O que é constitucionalismo popular? Disponível em: <https://jota.info/artigos/o-que-e-o-constitucionalismo-popular-21072015>. Acesso em: 15 jan. 2022.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.
- FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism, in *Michigan Law Review*, Vol. 101, 2003.
- FUX, Luiz. *Meteoro da Paixão*. O Globo. Edição de 16 jan. 2012.
- KOCK, Angela B. B., COURA, Alexandre C. O constitucionalismo popular e a legitimação ativa no controle concentrado de constitucionalidade. *Cadernos do Programa de Pós-graduação de Direito/UFRGS*, v. 13, n.2, Rio Grande do Sul, 2018.
- KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, circa 2004, in *California Law Review*, Vol. 92, n. 4, 2004, pp. 959, 973, 980.
- NIEMBRO, Roberto O. Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía, México*, n. 38, pp. 191-224, abril, 2013.
- POST, Robert C. e SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 42, 2007, pp. 373-433.
- SANTOS, Giovane Martins Vaz dos. O experimentalismo democrático de Mangabeira Unger como alternativa progressista. *Intuitio, Porto Alegre*, v. 12, n. 2, 2019.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- TEIXEIRA, Carlos Sávio. Experimentalismo e democracia em Unger. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 80, p. 45-69, 2010.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy realized: the progressive alternative*. New York: Verso, 1998c. Versão em português: *Democracia Realizada: a alternativa progressista*. São Paulo: Boitempo, 1999, p. 9-29 e 185-204. Disponível em: <http://www.robertounger.com/pt/>. Acesso em: 15 jan. 2022.
- UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. Disponível em: <http://www.robertounger.com/pt/>. Acesso em: 15 jan. 2022.

UNGER, Roberto Mangabeira. The self awaked: pragmatism unbound. Cambridge, Harvard University Press, 2007. Disponível em: <http://www.robertounger.com/2017/01/18/the-self-awakened-book-2007/>. Acesso em: 15 jan. 2022. Acesso 10 de dez. 2021.

3 CONSTITUCIONALISMO EM EVOLUÇÃO: O PAPEL DO INSTITUCIONALISMO DISCURSIVO ALÉM DO MERO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Marco Otavio Almeida Mazzoni ¹

Renata Lázaro Alves da Costa²

Sumário: 1. Introdução: a democracia em conflito. Constitucionalismo e diálogos institucionais são suficientes? 2. Diálogos institucionais como isolamento do mesmo ciclo decisório. A concepção do direito como representação fixa do passado e a contradição com a realidade em transformação contínua; 3. A Constituição como mecanismo preventivo contra o fluxo de poder, instabilidades e riscos institucionais: a contenção do novo e a perpetuação do poder no passado; 4. A conciliação entre a realidade em transformação contínua, o exercício do poder e a essência da democracia: a ampliação da participação nas decisões e a renovação do discurso. Solução? 5. Os neoinstitucionalismos e o caminho da realidade além do viés constitucional: a construção do institucionalismo discursivo; 6. Conclusões e a alternativa provocada; 7. Referências.

Introdução

Globalização, risco, crises, império, neoliberalismo e populismo são algumas das expressões a demonstrar que o mundo atravessa transformações, com reflexos naquilo que rege a vida das sociedades democráticas contemporâneas e, em especial, na capacidade das instituições cumprirem suas funções. As manifestações sobre as razões que regem as transformações, em especial os impasses sobre a democracia liberal, são objeto de estudos que salientam a institucionalidade conflituosa em foco.

Diversas são as perspectivas sobre os questionamentos democráticos atuais (MOUNK, 2019; LEVITSKY & ZIBLATT, 2018). Na consideração de Przeworski (2019, p.128) sobre como as manifestações democráticas são traduzidas na realidade:

[E]sse é o contexto no qual devemos observar a atual crise das instituições representativas. As eleições não costumam oferecer muitas opções: na maior parte das vezes, quem quer que venha a

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; Mestrando do PPGDC – Universidade Federal Fluminense – UFF; Membro da International Neuroethics Society – INS; Procurador da República; ORCID: 0000-0002-8666-0995; E-mail: marcomazzoni@id.uff.br.

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – PUC/PR; Mestranda do PPGDC – Universidade Federal Fluminense – UFF; E-mail: renatalazarocosta@gmail.com.

ocupar o cargo seguirá o mesmo paradigma político que seguiriam seus adversários derrotados, com pequenas diferenças para agradar a determinados setores do eleitorado. Contudo, aqui também, como consequência da ofensiva neoliberal, todo o espectro de escolhas políticas pendeu-se para a direita, enquanto a renda de cerca de metade dos assalariados permanece estagnada há décadas. As pessoas constataram que votam, o governo muda, mas sua vida continua a mesma.

Os questionamentos constantes salientam o momento histórico atual, em que a desconfiança em instituições tem o potencial de deslegitimar a representação política e inserir a percepção de uma ruptura, tanto em nível emocional quanto cognitivo. Sobre o fenômeno, na consideração de Castells, “trata-se do colapso gradual de um modelo político de representação e governança: a democracia liberal que havia se consolidado nos dois últimos séculos, à custa de lágrimas, suor e sangue, contra Estados autoritários e o arbítrio institucional” (CASTELLS, 2017, p.5).

Movimentos extremistas, o reclamo constante de minorias, a desconfiança na representatividade dos poderes legislativo e executivo, o movimento de ativismo judicial com a intervenção na seara política, os conflitos entre poderes e os anseios das massas majoritárias não refletidos pelas instâncias constituídas parecem indicar que a todo momento existe um semblante de insuficiência democrática. O fato é que os questionamentos sobre a operação da democracia persistem, com dados crescentes (V-DEM INSTITUTE, 2021).

No Estado Moderno, o constitucionalismo surgiu como a matriz de organização das funções do Estado e da sociedade contra os males de suas relações, algo capaz de enfrentar as instabilidades e direcionar a sua evolução. Contudo, o constitucionalismo normativista não percebeu que existe dificuldade - ou mesmo incapacidade - de tratar todos os conflitos da atualidade, em especial sobre o funcionamento do regime democrático.

Não por acaso, de modo a contornar parte dos desafios, uma das perspectivas de evolução do constitucionalismo atual percebe os chamados diálogos institucionais, os quais trabalham com reflexões sobre variados aspectos para minimizar conflitos, em especial aqueles que derivam das decisões tomadas pelo Judiciário sobre o então definido pelo Legislativo, como: os métodos judiciais de decisão; as estruturas de diálogo entre instituições; as visões sobre o monopólio de decisão, seja do parlamento ou judicial; a questão de quem tem a “última palavra”; os desacordos sobre questões substantivas e o procedimento democrático para resolução; o tempo político de decisão, dentre outras manifestações. Todas

surtem a partir da constatação de que as decisões essenciais nas sociedades democráticas, seja qual for sua origem institucional, parecem não contemplar todo o seu potencial, mesmo quando promovidas pelas instituições habilitadas.

No Brasil, é comum a manifestação de agentes públicos sobre a necessidade dos diálogos entre as instituições, mas não se vê como as composições alcançam soluções práticas a partir da anunciada dialética. É possível que os supostos diálogos simplesmente mantenham o padrão institucional ainda baseado nas concepções tradicionais, em que as instâncias decisórias permanecem as mesmas, com eventual deslocamento do peso decisório entre elas, mas sem abordar exatamente a capacidade de atingir a essência democrática deles esperada. Ou seja, apesar dos diálogos, os questionamentos e as insatisfações democráticas não cessam.

Parte do diagnóstico passa por identificar se a compreensão do constitucionalismo posto cumpre o potencial dele esperado. Apenas evoluir sobre como as instâncias devem decidir é capaz de acomodar os conflitos? Se o impasse sobre decisões em democracia persiste, por que alterar quem deve decidir garantiria a sua resolução? O diálogo entre instituições com a transferência entre elas das funções decisórias garante o sucesso da decisão?

A realidade, em especial nas democracias, é composta por elementos em constante mutação. Mas modelos constitucionais presos a padrões de decisão, com instituições para veiculá-la mantendo o mesmo formato, podem incidir em novo ou reiterado ciclo de problemas, essencialmente por estarem fixados no mesmo passado institucional que resiste a mudanças.

As dificuldades que o constitucionalismo contemporâneo enfrenta trazem lições. O artigo não tem quaisquer pretensões de ser exaustivo, mas pretende identificar algumas falhas da sua compreensão e como a concepção daquilo que permitiu o ideal de modelos constitucionais pode estar restrito a instituições, que presas a padrões, são incapazes de promover o trato esperado da realidade.

Para a habilitação de novas reflexões é que surtem as concepções do constitucionalismo institucional. Em especial, surge a abordagem do institucionalismo discursivo, que conjuga a compreensão de como as ideias são construídas na sociedade, veiculadas em suas manifestações políticas e convertidas em fatores que influenciam seus resultados na vida prática.

A base discursiva não é apenas uma concepção procedimental de diálogo para a participação dos diversos agentes institucionais e demais atores externos no processo decisório; também não se trata de legitimar quem melhor fundamenta as decisões em cada caso. O foco é o potencial de mobilizar os fatores para deliberações em democracia, mas que contemplem soluções além das perspectivas

próprias daqueles que decidem, representam ou simplesmente buscam um diálogo. A democracia precisa contemplar visões diversas e para tanto o institucionalismo discursivo pode ser útil. Inverte-se o ônus na tomada de decisões: antes de pedir para si, peça pelos demais atingidos pelos seus anseios.

A proposta da abordagem é crítica, mas não sem apresentar alternativas para uma evolução, a partir do pressuposto de que a imaginação na seara jurídica tem potenciais pouco explorados na matriz brasileira (UNGER, 2004, p. 159 e segs.). Se sua expectativa como leitor for manter o padrão de pensamento jurídico tradicional como suficiente em si, pare por aqui. Mas se o seu foco for de participar da construção de ideias, essencialmente na alteração dos processos de definição e concretização de decisões públicas, que aborde feições e questionamentos sobre a democracia na atualidade, espera-se que a leitura proporcione alguma reflexão sobre o que pode ser feito.

1. Diálogos institucionais como isolamento do mesmo ciclo decisório. A concepção do direito como representação fixa do passado e a contradição com a realidade em transformação contínua

Os diálogos institucionais são objeto de discussões teóricas constantes. Fundamentalmente, sua abordagem leva em conta uma melhor compatibilização entre os modelos de supremacia judicial e parlamentar, com a consideração das dificuldades contramajoritárias e essencialmente sobre a revisão judicial. Hübner salienta que os desenhos institucionais, essencialmente com os padrões tradicionais fundados nos EUA, estão com formatação consolidada desde a sua fundação, com variações interpretativas em que o diálogo ocorre dentro do próprio modelo ao longo do tempo. Em outra vertente, como na commonwealth, o diálogo foi permeado por reformas institucionais (HUBNER, 2011, p.157).

O tema foi sistematizado por Christine Bateup, que indica os grupos teóricos que trabalham com os problemas dos conflitos institucionais de decisão. O primeiro é composto pelas teorias do método judicial (theories of judicial method), sobre técnicas decisórias e com a essência do constitucionalismo normativista, com a capacidade de estimular resoluções entre os poderes em sua atuação decisória, como prescrições de dever-ser (BATEUP, 2006, p.17). Por sua vez, o segundo grupo é o das teorias estruturais do diálogo (structural theories of dialogue), cuja premissa é a existência ou criação de mecanismos que habilitam as instituições a refutarem decisões judiciais em caso de desacordo, em um processo dinâmico de interação entre elas (BATEUP, 2006, p. 32).

As perspectivas de ambos apreciam como as decisões de cortes constitucionais têm a capacidade de funcionar como a versão estabelecida na realidade, seja na compreensão de ser a “última palavra”, ou quando devem submeter ao Legislativo a decisão final.

Em uma vertente descritiva, o diálogo permitiria que os ramos institucionais democraticamente eleitos fizessem a sua vontade prevalecer sobre as decisões judiciais, principalmente em contextos de decisões contramajoritárias, ou em situações onde o Legislativo inova no ordenamento jurídico ao discordar da decisão judicial; já em linha prescritiva, o foco das teorias deixa de ser a última palavra, para focar a atenção no diálogo constante entre as instituições, sem prioridade ou hierarquia entre elas, mas na espera de decisões amadurecidas diante do tempo e da realidade (V. HÜBNER, 2011, p. 9).

Mas a despeito das matrizes teóricas, ou mesmo das percepções empíricas sobre o apresentado, a persistência das dificuldades democráticas e dos fenômenos institucionais conflituosos parece indicar que falta algo na compreensão do fenômeno. Os diálogos até mesmo ocorrem, mas os conflitos persistem.

Uma percepção que tem reflexos no diagnóstico do constitucionalismo contemporâneo é a contradição entre a busca jurídica por uma moral latente na vida social e a concepção do direito como vontade do soberano ou juristas, que supostamente seria um resultado da escolha do consenso, deliberação e procedimentos aceitos.

No entanto, em sua operação o direito busca conciliar a aplicação das normas após a ocorrência dos fatos conflituosos, mas com base naquilo então definido antes deles, o que acaba sendo apenas fruto de visões de mundo expressas na legislação ou nas manifestações políticas de então. A contradição entre os dois elementos – uma moral da vida social ideal e o direito como reflexo expresso pelo soberano ou juristas - se evidencia quando se percebe como os significados das normas são concretizados quando um conflito surge: não pelos próprios destinatários das normas espontaneamente, mas a partir de um terceiro em atividade de substituição, como o Judiciário. A moral originária falhou e sua expressão também, sendo um terceiro necessário para reafirmá-la.

Por sua vez, a aplicação na realidade do presente, com a ótica do direito que foi construída no passado, acaba por ocorrer com base em concepções não previstas no momento da formulação da norma invocada, ou mesmo na sua evolução ao longo do tempo, com o afastamento da consciência efetiva das forças que justificaram sua origem; ou, ainda, fundamentando-se naquela percepção de que haveria harmonia do direito como ordem refletida da vontade soberana, o que simplesmente pode ser uma ficção.

São situações que logo indicam o distanciamento existente entre o que se projeta como direito e aqueles trechos da realidade sobre os quais ele é levado a incidir. Alguém é chamado a reconhecer que um direito incidiu, mesmo que não seja exatamente aquilo que dele se espera.

Mas por que a operação do direito não se mostra capaz de conciliar ideais e a sua expressão fática como aquela originária dos seus constituintes? Ao se perceber que a prática do constitucionalismo não tem evitado o sintoma do direito como algo contraditório e incompleto, que precisa de resoluções a todo momento e a despeito de ter previsto suas técnicas e soluções previamente, surge a consideração do terceiro elemento desconsiderado em sua composição: a realidade.

Supostamente, o direito não se confunde exatamente com aquilo que o Estado deseja, ou, ainda, com as especulações interpretativas das normas que os juristas buscam materializar. Como a realidade não é algo autônomo por si, mas relativa a representações que dela são realizadas, a sua compreensão pode variar de acordo com diversos fatores, como os agentes envolvidos (sejam os juristas ou o soberano) que simplesmente podem não captar todos os seus componentes, ou por atuarem em exercício de uma visão seletiva, quando escolhem somente aqueles elementos que lhes forem convenientes.

Por ser composto de elementos incompletos ou seletivos, o direito pode ser objeto de manejo tanto por perfis autoritários ou democráticos, que não conseguem compreender e lidar com os reclamos da sociedade, essencialmente por uma razão que sempre escapou: a realidade não é algo estanque. Seja seguindo um padrão autoritário ou democrático, as concepções estabelecidas nas normas e decisões judiciais não resistem ao volume das transformações sociais.

As rupturas surgem da descontinuidade estrutural da história, que sob uma perspectiva constitucional, pode ser vista na sua incapacidade de se adaptar aos novos contextos porque está presa a fundamentos constantemente extraídos do passado, os quais essencialmente são algo que não existe mais e que os arquitetos do presente não participaram.

Mesmo que a Constituição não solucione todo e qualquer conflito – e a pretensão disso seria novamente uma ficção - ela ganha aspecto institucional efetivo quando transforma o direito em meio de contenção de extremos e redução da desordem, ao mesmo tempo em que, ainda assim, deixa a vida fluir. Mas a tentativa de fazer o controle e reger os conflitos, sem ter a percepção da transformação contínua que rege a vida em sociedade, está no cerne da insuficiência do diálogo entre as instituições, que mesmo quando dialogam, não resolvem a realidade.

A arquitetura constitucional é um instrumento que deveria se adaptar aos projetos de vida nas relações da sociedade e proteger os ciclos existenciais contra agressões entre seus atores. Mas, se a resolução sobre interesses conflitantes for baseada somente na interpretação e aplicação das normas, pode acabar por não contemplar as visões e interesses daqueles envolvidos. É o que se percebe em problemáticas envolvendo desigualdades socioeconômicas, acesso a bens comuns ou escassos, liberdades de todas as ordens e outras, em que diversos indivíduos atingidos pelas constantes decisões não participam da sua construção e a elas resistem, ou pior, sucumbem.

Registre-se que a compreensão da democracia moderna é permeada pela ideia de autodeterminação coletiva, que escolhe as condições básicas da vida social de acordo com uma fórmula institucional para a tomada de decisões. Trata-se de concepção consolidada até mesmo na perspectiva ampla de estudo dos fenômenos humanos, em que “os fatos sociais são as realizações dos membros” (GARFINKEL, 1970, p. 353), de forma contínua, em que agentes institucionais alcançam a representação da realidade social como ideia de ordem, estabilidade e equilíbrio.

Se os membros da sociedade constroem continuamente a realidade, cada um com a representação que faz dela, a sua tradução para a dimensão jurídica em democracia deveria de algum modo admitir a sua consideração de forma consciente, seja por sua manifestação direta, ou ainda pela via da representação, que é o padrão nas democracias liberais.

Mas por não haver o atendimento pleno destas facetas e o direito representar uma realidade fixa, em contradição à sua transformação contínua por representações distintas de mundo, é que concepções de constitucionalismo, ao buscarem solucionar conflitos apenas com base em incidência normativa deles distante, terminam por recrudescer os semblantes de ruptura.

Ressalva-se que a evolução do constitucionalismo ainda não se deparou com uma quebra de paradigma desde a ascensão do normativismo neoconstitucionalista até o momento atual. Investigar a razão da sua manutenção, que reproduz os mesmos esquemas funcionais, pode ser a chave para se ultrapassar as vias utilizadas, como as alternâncias dos critérios da “última palavra” demonstram. No caso, somente deslocar o funcionamento de idênticos padrões de enfrentamento dos problemas e solução, mudando-se apenas as instituições envolvidas, não tem oferecido os meios adequados para o trato das democracias em crise e os diálogos não resolveriam o problema.

Mas por que os padrões são mantidos? O que justifica o modelo operacional do constitucionalismo até então, que busca evoluir previamente nas

técnicas de decisão, mas sem enfrentar a razão para a ocorrência dos conflitos posteriores a elas? A compreensão de como funciona o modelo constitucional pode indicar pontos em que é preciso evoluir.

2. A Constituição como mecanismo preventivo contra o fluxo de poder, instabilidades e riscos institucionais: a contenção do novo e a perpetuação do poder no passado

A razão de ser do constitucionalismo é variada e evolui a cada etapa histórica, desde a tentativa de contenção do poder e a organização do Estado, até a promoção de direitos em prestações reais. Assim, se as constituições trazem elementos de estabilidade e expectativa, conhecer o seu custo, a sua operação e identificar aqueles que as exercem deveria ser importante inclusive para reconhecer os seus limites.

Elemento a ser destacado é a análise feita por Ran Hirschl (2014, p. 98) de que os detentores do poder político, que veiculam o proceder das decisões públicas (veja aqui o soberano ou os juristas), são movidos pelo receio de ameaças (reais ou potenciais) contra as forças que sustentam a manutenção do exercício do poder. O medo de perder a base previsível de conquistas jurídicas e materiais termina por incentivar mecanismos para a sua preservação, em especial a constitucionalização. Ou seja, as mudanças – principalmente aquelas que questionam a estabilidade do poder e decisão – são questões constitucionalizadas para evitar a sua transformação.

Nas palavras do autor:

legal institutions - be they property rights, labour law or electoral rules - produce differential distributive effects: they privilege some groups, interests and policy preferences over others. This effect is further accentuated when it comes to constitutions, the *raison d'être* of which is to create, channel and monitor power. Given their entrenched status and relative difficulty to change or replace, constitutions provide an ideal platform for 'locking in' certain contested worldviews, policy preferences and institutional structures, while precluding the consideration of alternative perspectives (HIRSCHL, 2014, p. 98).

Considerando que o poder é manifestado por mecanismos estabelecidos e titularizados por aqueles que alcançam a posição de exercê-lo, aquilo por eles considerado para sustentar os variados interesses indica, nas democracias liberais, o seu potencial distanciamento dos representados e da realidade que a institucionalidade deveria considerar.

O expediente de entrega das decisões a corpos funcionais específicos, que atuam baseados nos padrões constitucionalmente estabelecidos, pode passar a ser utilizado como instrumento para a sustentação de perspectivas próprias, que afastam a consideração de outras diversas, minimizando os custos da operação democrática e eventuais constrangimentos do seu exercício.

Veja que mesmo a atuação das instituições políticas na organização do Estado pode ser refletida na intenção de que:

delegating policy-making authority to administrative agencies or to courts may be an effective means of reducing decision-making costs as well as shifting responsibility thereby reducing the risks to themselves and to the institutional apparatus within which they operate (HIRSCHL, 2014, p. 99).

Ou seja, funciona como a instrumentalização constitucional assegurada para a manutenção de padrões, sem que os agentes políticos sejam submetidos ao desgaste típico de reformulações incipientes na sociedade, que eventualmente venham a arriscar, ou mesmo contradizer, as concepções de estabilidade lançadas nos marcos constitucionais. Novamente, a indiferença ao dinamismo da realidade parece incidir nas matrizes de exercício democrático, tudo com o amparo na Constituição.

Exemplos constantes são extraídos do momento atual. Ao encaminhar para o Judiciário casos com visões conflitantes ou arriscadas, componentes do Legislativo ou mesmo do Executivo parecem evitar constrangimentos para si, lançando a controvérsia à instância diversa daquela fundamentalmente posta na Constituição. Outra forma ocorre quando políticos não conseguem implementar as suas agendas na seara legislativa e logo buscam o Judiciário como forma de superar as derrotas, ou seja, quando o judicial review seria uma solução não apenas para o problema da incerteza do design constitucional, mas ainda funcionaria, mais uma vez, como forma de se evitar a perda de controle no processo de construção de decisões públicas. Eis uma das matrizes do movimento de ativismo judicial.

Em outras palavras, aqueles dominantes da articulação pública e política têm no padrão constitucional contemporâneo um mecanismo de segurança quando as transformações sociais poderiam desestabilizar a previsibilidade de suas visões. Como salientado no tópico anterior, o funcionamento do direito é baseado em fundamentos extraídos do passado, sem a participação do presente. O domínio constitucional acaba por vencer mesmo naquelas circunstâncias que no campo

político e eleitoral não foi possível nas circunstâncias do presente. Ao final, funciona como um mecanismo de defesa de interesses contra as diferenças.

Em tese, a democracia representativa funcionaria para conduzir soluções aos problemas da realidade social com os diversos elementos considerados, mesmo aqueles que contradigam determinados estamentos de poder. No entanto, a proliferação apenas formal das instâncias tradicionais é outro elemento que salienta a desconfiança refletida na ruptura. As dificuldades enfrentadas pela democracia representativa mostram que os métodos tradicionais são insuficientes para analisar a tensão entre as esferas jurídica e política, enquanto “as instituições que até agora representaram a democracia foram instrumentos inadequados a esse compromisso” (UNGER, 2017, p. 231).

Neste sentido, a matriz constitucional funciona, ainda, como um meio de gerenciar riscos políticos e situações de conflito, como os abusos contra minorias ideológicas ou étnicas, golpes políticos, corrupção estrutural e outros tópicos. Dirigido a um “constitucionalismo preventivo”, opera para resguardar a sociedade dos males potenciais que o Estado pode causar. Adrian Vermeule define as constituições como “Risk-Management Devices” (VERMEULE, 2012, p.1-2).

A questão é que, ao se anteciparem métodos e lógicas sempre contra o abuso do poder, mesmo quando em tônicas vitais para a democracia, poderia haver uma inadequação do que seria esperado do próprio Estado para conter falhas e gerir aquilo que define como direitos fundamentais.

No caso, ao sempre trabalhar com uma visão de “worst case scenario” ou desconfiança de todo e qualquer ato potencial, um dos efeitos pode ser restringir decisões necessárias ao desenvolvimento da sociedade, ao acesso às prestações de bem-estar e aos direitos esperados. Em uma sociedade que valoriza o conflito e tudo quer prevenir, não perceber dados essenciais de como funciona o ser humano - que em sua natureza é sempre sujeito ao erro, assim como as instituições - pode desconsiderar que o perfeito não será alcançado e, assim, coibir que soluções não ideais de segunda ordem possam ser viáveis e adequadas para a evolução da realidade.

O temor de novas políticas, mesmo que imperfeitas, mas que possam evoluir para novos alcances da realidade e que contradigam os interesses estabilizados na Constituição, encontra no risco institucional uma nova razão para manter o estado de coisas, os mesmos padrões e a perpetuação da funcionalidade do poder, que é fundada no passado, estável, mas não compartilhado.

É algo que se soma ao dado de que o crescimento de demandas populares por representação política são constantes, ao mesmo tempo que diversas questões terminam por desaguar em instituições com o exercício contramajoritário (como o

Judiciário) ou técnico (como as agências especializadas), que antes de pacificarem os conflitos, podem lançá-los ao contínuo questionamento justamente por evitar alternativas, como ocorre com o ativismo judicial. A lógica é que como suas atuações representam mais uma manifestação dos padrões normativistas do constitucionalismo, o seu resultado poderá manter a mesma falha de não contemplar todas as perspectivas dos indivíduos atingidos pelas decisões, mas somente as daqueles que decidem.

Portanto, observa-se que as vertentes do constitucionalismo normativista contemporâneo não conseguiram se afastar daquela imagem de continuidade, que segundo Michael Mandel “appears from our present vantage point to be a fear-driven transformation that ‘changes everything so that everything may remain the same’” (MANDEL, 1998, p. 251).

Como salientado, liberdade, igualdade, probidade, ou qualquer outro preceito valorativo prometido pelo constitucionalismo não tem reflexão exata na realidade em que opera. O valor mais destacado na Constituição, que tem todos os mecanismos regularmente eficazes em atuação real, terminou sendo a sua estabilidade sem risco de supressão. Assim, questiona-se se a ampliação da participação democrática com a manutenção do padrão estável, mas irrigado pela manifestação de novos atores sociais, além dos agentes de decisão, seria suficiente.

3. A conciliação entre a realidade em transformação contínua, o exercício do poder e a essência da democracia: a ampliação da participação nas decisões e a renovação do discurso. Solução

Seria a ampliação da participação democrática nos poderes uma solução? Na busca por uma solução alternativa, um dos focos adotados é justamente a ampliação dos diálogos, que não seriam apenas institucionais e levariam em conta, ainda, a reformulação das instituições para ampliar o espaço da efetiva participação social nas decisões, a fim de refletir a realidade além da concepção daqueles que ao final decidem.

Quando se pensa em participação, um dos semblantes mais característicos é a capacidade de ouvir e ser ouvido. As concepções de direito como vontade do soberano ou as interpretações jurídicas por si só falham, principalmente, quando constroem o ordenamento jurídico e a organização institucional sem que todos os componentes da realidade sejam considerados. Como a representação da realidade pode restringir-se àquilo que o soberano ou o jurista dela fazem, muitas políticas públicas e decisões judiciais, mesmo após a consolidação de casos concretos,

podem não conseguir pacificar conflitos, pois não consideram os fatores externos àquelas situações específicas.

A participação da sociedade na projeção de políticas e decisões públicas indica a necessidade de uma racionalidade comunicativa que anteceda à racionalidade teórica, justamente para contemplar as diferentes percepções da realidade e garantir um uso pragmático dos instrumentos institucionais. Esta é uma concepção que Habermas (1998, p.177) salientou ao referir-se às dimensões da racionalidade prática e a expressão da autonomia de cada ser que, em suas várias dimensões, envolve a questão de coordenação dos planos dos membros de uma comunidade política como um “sistema de ação”, em que o direito funciona como veículo de uma infraestrutura institucional para operar a realidade.

É quando se invoca o princípio do discurso, a considerar que válidas são as normas a que todos aqueles afetados por elas possam assentir como participantes em discursos racionais, que apreciam as argumentações jurídicas de justificação e de aplicação institucionalmente garantidas. O princípio funcionaria também na tarefa de reconstrução das instituições.

No entanto, o ideal de participação social possui dificuldades. O reconhecimento de que a cidadania e o direito à participação nas questões que afetam o indivíduo independem de requisitos, como educação, saúde e moradia, pode ingenuamente indicar que condições existenciais não podem limitar de alguma forma a liberdade comunicativa dos seres.

Ademais, o público a ser considerado para a manifestação democrática deve alcançar uma dimensão discursiva de mobilização e expressão que compreende fluxos políticos, científicos, culturais e comunicativos, como reconhecimento de um pluralismo que promova a autonomia pública dos cidadãos diferentes e não apenas daqueles ajustados às razões puramente éticas, sem indicativos de serem compartilhadas por todos.

O ponto é que como o pluralismo tem sua essência na diversidade existencial, padrões normativos e institucionais uniformes podem não contemplar as diversas percepções plurais por não corresponderem às expectativas daqueles alcançados pelas normas. A racionalidade dos diálogos e discursos pode não ser algo exato a todos.

Aqui surge outra compreensão limitante: ao se falar na ampliação da participação dos diálogos e expressão dos diversos membros da sociedade, geralmente se invoca a possibilidade de participação discursiva, que se manifesta com o agir comunicativo, em que os participantes apresentam suas pretensões sem uma fronteira ideal, mas a partir de uma reconstrução procedimentalista e aberta a uma sociologia reconstrutiva que, no processo democrático, compreende as

condições necessárias aos discursos e às negociações por aqueles alcançados pelas decisões.

É quando uma ótica institucionalista geralmente clama pela alteração do modus operandi das instituições constituídas. Seria o caso das constantes alterações procedimentais que buscam a participação ampla da sociedade. Aliás, trata-se de uma experiência corrente, mesmo no Brasil.

O que se vê são artifícios procedimentais adotados na tentativa de se garantir o acesso dos “fatores da realidade” em deliberações. A técnica é rica nos expedientes, como visto, por exemplo, no *amicus curiae*, audiências públicas, plebiscito, o referendo, a coleta de opinião, o debate público, a cogestão, a conciliação, a arbitragem, os ajustes de conduta, acordos complementares e de integração, orçamentos participativos etc.

Diversas manifestações sociais participam. No entanto, o resultado é o reflexo de sua inspiração democrática? Se a participação é garantida, mas os resultados insatisfatórios permanecem a abastecer os reclamos contra a democracia, talvez o diagnóstico tenha um foco equivocado. Algo não questionado poderia ser testado.

O ponto que logo surge é sobre como a decisão é constituída. Nos procedimentos citados acima, os diversos participantes, ouvidos democraticamente, são aqueles que efetivamente decidem? O que a abertura à participação nos diálogos modificou?

No caso, a percepção imediata é que quem de fato decide e monta o comando é um terceiro e não aqueles atingidos pela decisão, que podem ter até se manifestado. Mas as instituições decisórias permanecem exatamente as mesmas, sem qualquer garantia de que a participação externa a elas será considerada. O problema ocorre em parte pela natureza da operação constitucional salientada nos tópicos anteriores, ou seja, pode até ouvir a todos, mas o padrão é mantido e os conflitos questionando a democracia permanecem.

Por outro lado, uma alternativa de evolução dos moldes tradicionais, baseada na modificação das instituições atuais por um rompimento abrupto poderia não ser algo absorvido sem traumas. Basta pensar em uma proposta de reconstrução da separação de poderes ou na formação de novas instâncias de operação das funções (ACKERMAN, 2013; UNGER, 1987; NOONAN, SABEL e SIMON, 2009), pois os mesmos mecanismos constitucionais de manutenção dos padrões seriam reativados. Como em quaisquer organismos, eles reagem a corpos estranhos. A operação constitucional responde a movimentos exóticos a ela, mesmo quando substituída por novos formatos. Por isso, talvez, a alteração do funcionamento das estruturas vigentes, mas sem o seu abandono, seja uma

alternativa a ser pensada e capaz de inspirar uma evolução, pois pode minimizar as resistências próprias do modelo.

Quanto ao ponto, é preciso salientar que decisões públicas, em geral, criam resistências pois são reproduzidas nas instituições que as constroem e operam. Mas esta resistência não é apenas da sociedade em geral, pois o fenômeno ocorre também entre as instituições, como por exemplo: qual é a resistência do Legislativo quando o Judiciário decide algo por ele? Por que o Judiciário resiste quando o Executivo e o Legislativo atuam contrariamente ao seu postulado interpretativo concretizado em uma decisão?

Parte do fenômeno é enfrentado quando se retoma o tema dos diálogos institucionais. As instituições buscam meios constantes de comunicação entre si como forma de considerar a participação de cada uma delas na construção das decisões. Quando elas são consideradas não apenas como opinativas, mas como atores na construção das decisões, a resistência para sua admissão deixa de ser a postura institucional imediata. Eventualmente, principalmente no âmbito legislativo, ocorre que, agentes vencidos na construção de uma decisão política desafogam no Judiciário a sua falha em construir a decisão, mesmo que tenham participado do debate, pois o detalhe é que podem até terem sido ouvidos, mas não construíram a definição.

Apesar dos diálogos entre os poderes ocorrerem, permanecem as premissas para manter o funcionamento do padrão constitucional. É possível até que as instituições operem, mas isso significa que o constitucionalismo, antes de vislumbrar uma operação de trato da expectativa democrática, termina por ser um instrumento apto a sustentar a mesma ordem de coisas.

O que seria possível fazer para ultrapassar essa barreira e tornar as decisões mais próximas dos anseios democráticos é a grande questão posta no presente trabalho, pois os participantes da realidade alcançada pelas decisões devem não apenas ser ouvidos, mas atuarem efetivamente na construção das decisões que sobre si incidem. Existe uma razão para isso e a base é a compreensão de que quem constrói sua própria decisão tende a não resistir a ela.

Se a matriz constitucional mantém distância e não compreende as alterações constantes das instituições e ideologias que organizam a sociedade, ao mesmo tempo em que afasta da construção das decisões democráticas aqueles por ela atingidos, pode assim criar um estado de contestação à sua ideia normativa por não ser mais útil àquela forma de vida em constante mutação, que não se ajusta ao padrão preestabelecido.

Todavia, a partir do momento em que o direito passa a ser considerado como a forma institucional da vida de um povo, não como fruto de concepções do

soberano ou do jurista, mas sim como resultado das práticas e instituições sociais das mais diversas naturezas, que decidem para si e tomam em consideração a perspectiva dos demais, é que se identifica o potencial do institucionalismo discursivo para a evolução do constitucionalismo em democracia.

4. Os neoinstitucionalismos e o caminho da realidade além do viés constitucional: a construção do institucionalismo discursivo

Quando se abordou o tópico dos diálogos institucionais como expressão de uma linha de constitucionalismo institucionalista, demonstrou-se como o constitucionalismo puramente normativista, que continuaria sendo a matriz de operação decisória, não resolveria o drama democrático enquanto o diálogo fosse apenas uma transferência do mesmo padrão decisório, sob o mesmo modelo de acesso ao poder e seu exercício, condicionados pela via constitucional antes posta.

A visão dos diálogos institucionais procura redefinir as normas de distribuição funcional e o padrão de como decidir – a tônica do normativismo -, mas o movimento utiliza a mesma concepção constitucional que mantém padrões estáveis de operação e contenção dos riscos contra o seu desarranjo. Entretanto, para uma democracia, saber quem terá a última palavra, se será uma instituição ou outra, pode não ser suficiente, pois não há garantia de que qualquer delas considerará as diferentes percepções da realidade e promoverá mudanças.

A matriz institucionalista vai além da perspectiva jurídica, a qual sufoca o seu alcance enquanto presa a modelos de trato da realidade como fenômenos apenas jurídicos. A apreciação institucionalista reflete o conflito entre a agência e as normas que regem a operação das instituições, assim como a forma que elas apreciam a realidade.

Considerando que as instituições são elementos essenciais e que o institucionalismo busca indicar a importância do seu funcionamento diante da realidade, uma das abordagens atualizadas é aquela conhecida como “novos institucionalismos” (HALL e TAYLOR, 2003; MARCH e OLSEN, 2008, p. 121), os quais podem ser sintetizados em três correntes distintas, de essencial compreensão, por permitirem identificar o diferencial do “Institucionalismo Discursivo”, com sua matriz não a partir da ótica do Direito, mas da Ciência Política (SCHMIDT, 2008, p. 303).

A primeira é o Institucionalismo da Escolha Racional (IR), o qual parte de uma perspectiva da realidade que considera os humanos e suas instituições como regidos por estruturas de incentivos. A atuação das agências ocorre a partir do

cálculo de interesses, em que a lógica de consequência e comportamentos maximizadores de resultados são os indicativos essenciais para a sua ação.

A grande dificuldade desta perspectiva racionalista é que ela desconsidera a irracionalidade, a qual não é um elemento negativo em si, mas algo inerente ao ser humano, que atua motivado não apenas por interesse próprio maximizador, mas por uma margem ampla de razões, incluindo moral, prudência e padrões axiológicos.

Ao contrário da matriz racionalista, as instituições não deveriam ser vistas como estruturas neutras de incentivos ou produtos imutáveis de uma cultura, pois as decisões públicas na democracia estão a todo momento inseridas em contextos que podem fugir das perspectivas de racionalidade uniforme. Mesmo a discordância entre agentes públicos em colegiados, como no Legislativo ou Judiciário, salientam que a perspectiva racional é permeada por circunstâncias diversas. Todos têm suas razões e, muitas vezes, todas são diferentes.

Os institucionalistas da escolha racional pouco questionam as regras institucionais nas quais os atores racionais procuram maximizar sua utilidade, acreditando na abordagem de que a realidade é algo “value-neutral”, objetivo, o que simplesmente não ocorre.

Robert Skidelsky (2021, p. 48), em abordagem crítica sobre a perspectiva econômica, traz uma ilustração que pode ser aplicável àquela da escolha racional e até mesmo ao direito e sua concepção como ciência:

The debate illustrates very well why economics is not a hard science. At issue is correlation versus causation (if two or more events run in parallel, which, if either, causes the other?), reliability of the data (how much trust can you put in official statistics?), the ideological complexion of economic models (is the world economy best understood as a unitary or a binary system?), universal versus contingent truths (do different economic structures have the same laws of development?), the role of power (are market transactions spontaneous or induced?), the type of policy prescription (free trade or protection?), and last, but not least, whether the already affluent West provides the right model of development for poor countries to follow.³

³ Em tradução livre: “O debate ilustra muito bem por que a economia não é uma ciência dura. Em questão está a correlação versus causalidade (se dois ou mais eventos ocorrem em paralelo, qual, se um deles, causa o outro?), confiabilidade dos dados (quanta confiança você pode colocar nas estatísticas oficiais?), a complexidade ideológica dos modelos econômicos (a economia mundial é melhor entendida como um sistema unitário ou binário?), verdades universais versus contingentes (diferentes estruturas econômicas têm as mesmas leis de desenvolvimento?), o papel do poder (as transações de mercado são espontâneas ou induzidas?), o tipo de prescrição de política (livre comércio ou proteção?), e por último, mas não menos

Veja que o salientado no constitucionalismo normativista, na busca por padrões de aplicação do direito sob uma perspectiva de razão, ainda que procure se afastar daquela apenas racional, pode estar intrinsecamente ligado a ela na abordagem da realidade e resolução de conflitos. Mesmo um dos marcos do normativismo pós-positivista, como a “ponderação de interesses”, se ampara em abordagens de análise fatoriais (como os subprincípios de adequação, necessidade e razoabilidade em sentido estrito), os quais conduzem à lógica de apreciação estanque e limitada, como se a realidade fosse sempre passível de operação com uma fórmula.

No entanto, ainda que insuficiente, a abordagem racionalista não é desprezível e possui funcionalidades pertinentes tanto para análise, quanto para a adoção de decisões, pois pode ser uma trilha útil em diversas circunstâncias para explicar a ação humana, como um atalho pelo caminho de “ideias baseadas em interesses”. Ademais, pode servir como um ponto de lançamento para outros fatores de análise, indicando o que os institucionalistas discursivos poderiam investigar.

Uma segunda perspectiva de apreciação da realidade em instituições é a do Institucionalismo Histórico (IH), em que a compreensão dos limites para as decisões é baseada em caminhos históricos que se autorreforçam. São as regularidades históricas, dependentes de um caminho historicamente estabelecido (path-dependency), que moldam a ação (history-based logic) (STEINMO, 2008, p.118).

A análise histórica possui diversas implicações na compreensão das instituições, não apenas pela utilidade do passado para o reconhecimento de erros anteriores, mas também pela identificação de padrões institucionais. A adoção de medidas autoritárias ou regimes ditatoriais, por exemplo, pode ser apreciada a partir da perspectiva histórica em momentos e localidades distintas, com seus elementos comuns.

Um dos problemas do institucionalismo histórico é que as estruturas das sociedades são vistas com foco de mudança em seus momentos críticos e, assim, tendem a se direcionar para o institucionalismo racionalista sob uma orientação de cálculo, ou para uma orientação cultural própria do institucionalismo sociológico abordado adiante. Ao final, termina como outra forma de explicação que se conforma com a realidade estática, presa ao passado, sem maiores potenciais de se

importante, se o já afluente Ocidente fornece o modelo certo de desenvolvimento para os países pobres seguirem.”

adaptar ao presente e às mudanças do futuro, em que a oportunidade para ideias normativas e programáticas são privadas de um critério de realismo político (UNGER, 2017, p. 113).

Por sua vez, o Institucionalismo Sociológico (IS) parte da lógica de que as normas culturais ou socialmente estabelecidas, inclusive as jurídicas, definem tudo e formatam a ação (norm-based logic of appropriateness). Ou seja, as normas e valores informam as representações da realidade e os modelos mentais da sua compreensão. Assim, as decisões a elas se submetem e a evolução da realidade institucional depende de suas respectivas alterações (HALL; TAYLOR, 2003, p.193).

A sua limitação imediata é própria da vinculação ao mundo já constituído, com premissas, estruturas e ordenamentos preestabelecidos. Mesmo que a realidade fosse de algum modo negativa para alguns interesses, o fato de estarem em observância às normas daquele momento acaba restringindo mudanças. Por ser algo tão arraigado na compreensão convencional da realidade, muitos dos problemas causados pela sua sistemática podem não ser percebidos pois, com o modelo preso a convenções de exercício do poder, os reclamos se deparam com instituições que não conseguem reagir ao socialmente esperado.

O fenômeno é percebido em vários sintomas institucionais, como ocorre com o isomorfismo (DI MAGGIO; POWELL, 1983, p. 147), em que padronizações e aspectos normativos são copiados pelas instituições entre si, com a adoção de processos e modelos operacionais iguais para obter maior aceitação. Fugir ao padrão causa estranheza, mas a burocratização e as alterações organizacionais cada vez mais similares entre instituições não as tornam, necessariamente, mais eficientes ou adequadas para atuar na realidade visada. Veja, por exemplo, o que ocorre com os diálogos institucionais, os quais terminam por reproduzir dinâmicas semelhantes de operação, com o foco na legitimação entre seus pares de poder, sem necessariamente resolver os problemas objeto da disputa.

O institucionalismo sociológico ajuda a explicar a dificuldade para as inovações serem operadas. Inovar sempre tem um custo. Na seara pública, isso é tão forte que surge a dificuldade de evoluir, pois o propósito de legitimação pelos padrões constitucionais é vinculado às expectativas e às soluções não-inovadoras, de maneira que reproduções do que antes deu certo em algum lugar sofrem menor resistência. Esta é a percepção salientada por Hirschl para a manutenção dos padrões de poder, em que decisões que contrariem os modelos predeterminados encontram resposta no próprio sistema constitucional para evitá-las.

Diante das vertentes institucionalistas citadas, percebe-se que cada uma delas tem falhas respectivas e que, quando adotadas isoladamente, deixam de

contemplar todos os elementos da realidade. Mas existe um ponto fundamental comum entre elas: a natureza estática ou determinista das instituições e de como abordam a realidade, algo especialmente problemático quando uma das essências da democracia é a consideração das diferentes visões de mundo.

Concepções isoladas de explicação, seja racional, histórica ou sociológica, não conseguem captar os contextos, o poder de persuasão dos debates políticos, a centralidade da deliberação para a legitimidade democrática, o dinamismo das relações e a pluralidade. A democracia é movida por forças dinâmicas que, quando encontram barreiras institucionais ao seu exercício, questionam as suas premissas. É quando surge a perspectiva do Institucionalismo Discursivo (ID).

Sua concepção é um complemento aos três outros neoinstitucionalismos e compreende o papel das ideias (substância) e do discurso (processo interativo) na abordagem da realidade com maior capacidade de adaptação e dinamismo, evitando a tendência de os agentes focarem muito em suas preferências ou normas, como é a matriz constitucional *perene*. Normas são efetivamente consideradas como construções intersubjetivas e discursivas.

Assim, o retorno às ideias e discursos representa o esforço de se desmontar preferências e normas como elementos constituintes isolados. Ao fazer isso, os institucionalistas discursivos enfrentam as premissas básicas dos institucionalismos antes apontados, tanto no aspecto ontológico (sobre o que são as instituições, como são criadas, mantidas e alteradas) e epistemológicos (sobre o que podemos saber sobre as instituições e o que faz elas continuarem ou mudarem a respeito dos interesses e normas).

Ao contrário do *path-dependence* do IH, o *path-shaping* discursivo é um enfoque em que os atores, por meio das ideias, exercem grande influência na inovação, adaptação e mudança institucional com dinamismo explicável por meio dos discursos dos agentes. Mas questiona-se: como o institucionalismo discursivo opera? O que dele se pode exigir?

Para a compreensão do seu potencial, vamos abordar seus elementos constituintes (SCHIMIDT, 2008, p. 306-313). O primeiro é formado pelas ideias, que são crenças compostas por emoções, desejos, pensamentos e interesses, com equilíbrio próprio e compreendem a organização cognitiva da realidade a guiar os agentes, de acordo com as preferências que adotam (BÉLAND; COX, 2011, pp. 1-27).

Vivian Schmidt distingue as ideias em níveis, que são seus componentes a serem identificados quando alguém propõe alguma decisão (*gize-se*: ideias são a substância a ser trabalhada): a) políticas, sendo aquilo que uma proposição se destina a fazer na realidade, ou seja, o objetivo da decisão; b) programas, como

paradigmas que refletem as organizações que orientam as políticas (ex. programas dos partidos políticos) e c) filosofias, que compreendem valores, sentimentos, conceitos e conhecimentos baseados em ideários normativos, públicos e gerais, como a base a amparar os demais níveis e que alcança ainda normas e padrões científicos subjacentes (SCHIMIDT, 2008, p. 313).

Os cientistas políticos usam métodos de “process-tracing”, os quais procuram demonstrar como as ideias e os “aspectos filosóficos” estão ligados à realidade prática. As filosofias funcionam como guias sobre o que é preciso fazer, como fontes de justificação e legitimação, e Schmidt salienta que as filosofias são os elementos de amparo mais estáveis, questionados apenas em momentos de crise institucional ou disruptivos (SCHIMIDT, 2008, p. 306).

Entretanto, matrizes de ideias no nível filosófico, como a ciência, acabam sendo questionadas pelo direito não apenas em “momentos de crise institucional”. Em tese, o julgamento de paradigmas científicos poderia ter origem apenas por aqueles cientistas que a eles se dedicam, mas, na sociedade, o seu sucesso programático é julgado não apenas por cientistas, mas também pelos cidadãos.

Antes que se pense apenas em paradigmas como o “terraplanismo” ou contestações ao “darwinismo”, veja os questionamentos atuais sobre a causalidade, que em período de pandemia, com abordagens distintas, são utilizados tanto para defender a vacinação como para contestar a sua eficácia. As decisões públicas sobre o tema podem não fincar matrizes científicas exatas, a depender do contexto institucional que as veicula.

Outras situações, como as decisões judiciais que sob a premissa constitucional desconstituem, por completo, trechos da realidade por formalidades, confirmam a percepção de Vermeule, como uma exagerada exigência constitucional de perfeição que, ao final, é a própria negativa das instituições, pois são operadas por seres humanos, em constante evolução, mas sempre passíveis de falhas. Se os indivíduos falham, pela lógica, instituições também podem falhar.

A partir dos esclarecimentos dos níveis, seguido de uma avaliação das ideias no seu primeiro nível – o objetivo da política – questiona-se: quais fatores específicos asseguram a aplicação de uma determinada política ou decisão?

Tradicionalmente alguns falam da necessidade de haver viabilidade política e administrativa, como Hall (HALL, 1989, p.361); outros, como Kingdon (KINGDON, 1984), afirmam que elas precisam vir acompanhadas dos fatores críticos sobre os problemas e as medidas respectivas, para que então uma ideia seja adotada; há ainda aqueles que consideram o papel das tradições para tornar as políticas mais ou menos aceitáveis (KATZENSTEIN, 1996). O elemento tempo também é um fator que ajuda a explicar os casos, como ocorre com os exemplos de

aplicação das medidas típicas dos estados de bem-estar social (COX, 2004, p. 204), que ao não serem atendidas como esperado acentuam o descrédito constitucional e democrático.

Um outro fator de destaque leva em conta ainda a virada geracional, considerada na perspectiva das ideias serem sustentáveis e mantidas para as gerações seguintes, algo que pode não ocorrer quando geralmente se restringe a percepção das decisões ao imediatismo. O consumo de recursos públicos e o patrimônio natural são simbólicos quanto ao ponto.

Todavia, tais critérios podem não ser suficientes para identificar todos os fatores necessários para a adoção das políticas e decisões, em especial aquelas que não seguem determinada agenda. Ademais, os critérios podem não especificar os processos de idealização pelos quais as ideias antigas são sucedidas por novas, além da tendência em se assumir que somente as “boas ideias” são as mais relevantes diante o problema a ser tratado, por alguma perspectiva dos tomadores de decisão, como é o padrão do constitucionalismo sob crítica, afastando as ideias que falham.

No entanto, pode ocorrer exatamente o contrário: as “boas ideias”, veiculadas pelos interesses então expressos nas decisões, falham, enquanto as consideradas “más” alcançam resultados. Veja que a situação é outro efeito da manutenção da perfeição como ideal ilusório, utilizado como matriz da perpetuação constitucional na sustentação de interesses específicos, corroborando a reflexão sobre as propostas “second best” serem alternativas a serem consideradas.

É quando se passa ao segundo e terceiro níveis das ideias (forma programática, conexão das normas da vida pública, valores emergentes, ou aqueles enraizados no repertório social).

O sucesso de um programa (segundo nível) não depende apenas de ideias capazes de satisfazer os idealizadores das políticas sobre sua capacidade, mas também da satisfação dos cidadãos e membros da sociedade alcançados por elas, bem como das soluções servirem aos valores (terceiro nível) que regem a proposta. Além disso, quando os paradigmas de aplicação de determinada política se esgotam, as mudanças de ideias na sociedade devem resultar em processos externos que criem um ambiente receptivo a novos pensamentos, sem que sejam necessárias rupturas históricas, típicas do IH, com todos os seus custos.

A pertinência da atuação com as ideias é que quando os seus níveis são esclarecidos e expressados, ao mesmo tempo que assim se exige a expressão das perspectivas dos demais interlocutores, os operadores institucionais ganham elementos essenciais para a percepção das propostas de políticas e decisões. Quando alguma instituição (por alguns de seus agentes) for propor algo, que antes

esclareça os níveis de suas ideias e em contrapartida conheça os dos outros por ela atingidos. Eis o primeiro passo para se ter a consciência da substância.

Ao identificar-se a matriz de qualquer decisão proposta, torna-se possível confrontar falhas, perceber contradições, evitar exageros para o mesmo alcance e essencialmente notar quando ela deixa de considerar aqueles potenciais contrários a ela, trechos da realidade que são titularizados por interesses diversos. Habilita-se assim a melhor reflexão sobre o proposto e como seu monopólio em instâncias decisórias contempla apenas partes seletivas do todo.

Entretanto, as ideias não existem por si. Mesmo quando elaboradas com todos os seus componentes, existe, ainda, uma distância entre a operação mental e a sua tradução em realidade. A semente pode estar constituída, mas ainda é preciso cultivá-la.

É quando os discursos são essenciais. Eles não são apenas o que você diz, mas inclui a quem você se dirige, como, por quê e em que ponto se encontra no processo de construção da decisão e sua comunicação na esfera pública. É algo que já era referido em Habermas.

Os discursos não dependem necessariamente da linguagem. São compostos não apenas pelo conteúdo substantivo de ideias, mas também dos processos interativos pelos quais elas são transmitidas. Discursos não são apenas as ideias ou o “texto” (o que é dito), mas também o contexto (onde, quando, como e por que foi dito), além daqueles que participam do diálogo, ou seja, as “agências”. Saber contextualizar os formatos institucionais para a sua veiculação causa impacto sobre quando e onde os discursos podem ser bem-sucedidos (SCHIMIDT, 2008, p. 305).

A grande diferença do ID é sua capacidade de explicar a mudança e a continuidade, conjugando tanto os trechos parciais da representação da realidade, como também aqueles adotados pelas demais correntes institucionalistas baseadas em perspectivas estáveis. O potencial discursivo visa ultrapassar as limitações próprias do constitucionalismo estanque, em que os fatos institucionais considerados são aqueles que padronizam e limitam o que é importante para a instituição.

Por vezes, a incapacidade de mudar e as expectativas de consistência e coerência com posições do passado levam, ainda, à “armadilha retórica”, em que os atores políticos, apesar de mudarem suas preferências e ideias com o decorrer do tempo, se sentem obrigados a seguir as implicações de discursos aceitas no passado. A dificuldade em reconhecer os próprios erros pode não apenas comprometer aqueles que discursam, mas também pode restringir os pensamentos, os discursos e as ações de seus sucessores. É o fenômeno próprio do

institucionalismo sociológico, o qual acomoda as ideias aceitas de forma perene, mesmo que em descompasso com os ideais democráticos.

Para ultrapassar tais barreiras, em vez de servirem apenas como estruturas externas para seguir normas (rule-following), com o uso do ID o discurso considera que a hierarquia dos fatos institucionais cria uma estrutura em que os agentes podem expressar suas habilidades de fundo (background abilities), que são internas a eles e que abrangem as capacidades humanas de expressão, suas disposições e know-how. É o que habilita os agentes a falar e a agir, conscientemente ou não, seguindo as diversas vertentes institucionalistas tradicionais, mas a atuar seguindo uma “lógica prática”.

As habilidades de fundo habilitam os agentes a atuar em qualquer contexto significativo para criar e manter instituições, enquanto as habilidades discursivas os permitem criticá-las, proporcionando debates que alterem as estruturas institucionais utilizadas, enfatizando o papel intelectual na quebra do discurso hegemônico das visões de mundo.

Mas não se deve trabalhar apenas com as “background ideational abilities”, negligenciando as habilidades discursivas fora das instituições em que os agentes atuam. Aqui entra não apenas a abordagem de Habermas sobre o conceito de “ação comunicativa”, mas também se alinha com a “democracia discursiva” e “democracia deliberativa”, as quais salientam a importância do discurso e da deliberação em quebrar o monopólio de uma elite funcional em decisões, enquanto assegura o acesso democrático a tais processos de tomada decisória.

Neste sentido, há de se ter em conta que, na construção das decisões e políticas públicas, os debates não são compostos exatamente pelo público que seria o destinatário delas. Um dos fenômenos mais questionados é o direcionamento “from the top down” das políticas, onde aqueles que se encontram próximos aos polos decisórios geram as ideias, constroem e coordenam os discursos que amparam um programa político, para só depois levá-los ao público.

As elites políticas podem mediar e assegurar os debates públicos, moldando a opinião pública e limitando o conhecimento da mídia e do público em massa. Até mesmo os institutos processuais, como o amicus curiae, as audiências públicas e outros instrumentos, limitam-se à perspectiva de quem os instrui, pois é este que separa as informações selecionadas como relevantes a serem consideradas em decisões e não há mecanismos a garantir que o apresentado seria considerado na decisão, mesmo porque, ainda que assim o fosse, poderia ser desconsiderado por quem decide, de acordo com os critérios constitucionais de motivação.

O fenômeno é algo típico do modelo de representatividade: os discursos são tratados pelos representantes, que variam desde parlamentares, lideranças sociais, instâncias temáticas não eleitas etc, em que os processos interativos podem ocorrer sob a coordenação de atores políticos na construção de programas, onde discursos expressados podem ser filtrados e não corresponderem às ideias reais.

No caso, é preciso ressaltar um aspecto da incidência do ID no sistema representativo das democracias liberais: é justamente para reduzir a distância da representatividade nas democracias liberais que as instituições em ID são habilitadas a operar ideias sem permitir que os alcançados por seus efeitos sejam desconsiderados. Ao combinar a construção das ideias em níveis com as habilidades discursivas, o ID retoma a agência na mudança institucional por meio de discursos construtivos.

Mas ainda que na abordagem das decisões houvesse a adoção de práticas com a exposição de ideias em níveis e meios discursivos, não haveria garantia, ou mesmo potencial eficácia, de resultados distintos do modelo corrente. As decisões continuariam exatamente com a idêntica estrutura e os diálogos institucionais até ganhariam novos contornos. No entanto, no ápice decisório, o seu produto poderia ser solenemente ignorado e as concepções democráticas novamente desprezadas.

No caso, não se nega o potencial do institucionalismo discursivo para evoluir as percepções e amadurecimento das instituições. Todavia, para ultrapassar a fronteira das limitações tradicionais, precisaria ainda garantir que a oposição às ideias da decisão proposta fosse chamada a participar da sua construção, por uma razão fundamental e ausente na matriz normativista: alteridade.

Identificar a perspectiva do outro pode trazer àquele que a exercita a oportunidade de identificar os limites da própria razão, o que motivou o estado conflituoso e as demais perspectivas da realidade envolvidas. Ou seja, caracteriza um semblante democrático essencial, com a participação dos diferentes na construção efetiva das decisões.

Vale dizer que normas são construções dinâmicas, intersubjetivas, e não estruturas estáticas de uma fonte decisória única. Uma das razões dos conflitos é a incompreensão disso. Normas constituídas por aqueles por ela alcançados podem minimizar resistências, pois é algo que ingressa em fenômenos psicológicos típicos, como a “heurística da disponibilidade”, na medida em que os agentes se lembram mais claramente dos seus próprios esforços e contribuições para a construção de algo do que os esforços dos outros (KAHNEMAN & TVERSKY, 2012, p. 165).

Quando o ser participa da construção, não apenas como opinião, mas como artífice, tende a não cometer um ato contraditório ao que ele mesmo produziu, o

que reduz resistências ao seu cumprimento e pode promover até mesmo o esforço em demonstrar o seu acerto. Para ilustrar, vale pensar na hipótese em que o Legislativo delibera e aprova a lei. A oposição, que opinou contra, buscará o Judiciário em seguida, nos moldes analisados no padrão constitucional posto. É quando se reflete sobre o que ocorreria se os pontos da oposição fossem apresentados em discurso e considerados expressamente na construção do produto final.

Considerações Finais

Pelo exposto, observa-se que fazer dos destinatários do direito não apenas sujeitos de sua incidência, mas seus autores, é o fator significativo da autodeterminação jurídica e o ponto central do constitucionalismo institucionalista. Uma das falhas do constitucionalismo normativista é não compreender a reação humana e não promover a integração social, que se perde quando as decisões sobre as mais diversas políticas públicas são concentradas somente em alguns atores decisórios.

A questão passa a ser: como os discursos poderiam provocar o exercício da alteridade? Considerando que o pensamento alternativo aqui exposto não é uma obra pronta, mas uma provocação com o auxílio potencial do institucionalismo discursivo, o seu desempenho depende de algumas considerações: primeiro, levar as ideias e os discursos a sério, mesmo com seus componentes variados; segundo, definir as ideias e discursos em contextos institucionais, seguindo as linhas de um ou mais dos “novos institucionalismos”, os quais servem como informações básicas; terceiro, colocar as ideias em seu “significado contextualizado”, enquanto o discurso funciona segundo uma “lógica de comunicação”, com uma visão mais dinâmica da mudança, superando os obstáculos que os demais institucionalismos, estáticos e focados no equilíbrio, postulam como intransponíveis.

A tomada das ideias a sério é o que sugere a adoção da alteridade concreta como experiência discursiva. No caso, definido que as ideias devem ser esclarecidas em seus três níveis, ganha-se a possibilidade de compreender melhor os seus alcances por todos, mas isso não garantiria que as ideias seriam sempre fidedignas em seus níveis.

Ainda considerando que o conhecimento das ideias fosse restrito aos representantes, algo precisaria ser feito para que sua veiculação não restasse restrita pelo egoísmo, não no sentido pejorativo, mas na sua feição de foco no próprio proponente que não considera os demais, o que é a essência das disfuncionalidades democráticas.

Não compreender o outro é a matriz essencial de muitos conflitos, como se vê nos movimentos atuais da sociedade de ruptura das democracias liberais. Assim como os institucionalismos tradicionais, as bases de relacionamentos antagônicos aprisionam.

Em um debate democrático para a tomada de políticas ou decisões, os agentes devem ser induzidos a enxergar o outro e a vivenciar as perspectivas adversas. Nas democracias, devemos observar o limite existencial dos demais e, por isso, não podemos deixar de reconhecê-los. Mas se pudermos exercer a postura daqueles que são contrários a nossas próprias visões de mundo, abrimos oportunidade para desfazer as contradições e conciliar.

Possui uma proposta de decisão para o seu próprio interesse? Então antes conheça as ideias contrárias em seus diversos níveis e faça o inesperado: proponha decisões que sejam favoráveis a elas. Somente assim poderá se propor algo, a funcionar como requisito procedimental democrático, uma vez que o interesse original apenas tomará a proporção daquilo que se oferecer como oposição.

Em outras palavras, se a defesa das ideias contrárias for insuficiente, indicará que a própria ideia originária não seria exatamente necessária, pois no estado de liberdade, a medida das normas corresponde à necessidade de limitações impostas a ela. Idêntica situação ocorre do lado da oposição: conhecerão as ideias dos proponentes e não defenderão as suas próprias a elas contrárias. Antes, serão defensores daquelas.

Neste cenário, os discursos passam a operar em seguida. O mecanismo visa aproximar as diversas composições e vertentes democráticas a reconhecer os lados opostos e provocar um mecanismo cognitivo concreto de consideração. Um elemento essencial ensinado pela história é que os grandes líderes – governantes, ativistas, professores e políticos – foram aqueles capazes de mudar as suas ideias e a aprender com os seus próprios erros, rompendo com as lógicas estáticas.

Esta é uma das potencialidades do institucionalismo discursivo: compreender melhor a realidade e os pontos de vista do outro, como um exercício de alteridade, a fim de mudar o padrão inicial em que os diálogos institucionais são apenas reproduções previsíveis. O fundamental é que, quando os lados se modificam simultaneamente em consideração ao outro, ambos se aproximam do mesmo denominador final.

Se a democracia conseguir fazer com que consideremos uns aos outros a ponto de exercer, por um instante, o que o lado adverso defende, um passo fundamental para a evolução do constitucionalismo seria dado. É quando a construção comum pode surgir.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.
- BATEUP, Christine. The dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, Vol. 71, 2006. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- BÉLAND, Daniel e COX, Robert Henry Cox. Ideas and politics in social science research. New York: Oxford University Press, 2011, pp. 1-27.
- BLYTH, Mark; HELGADOTTIR, Oddny; KRING, William. Ideas and Historical Institutionalism. *Oxford Handbooks Online*, 2014. Versão disponível em: <https://www.academia.edu/31142989/Ideas_and_Historical_Institutionalism>. Acesso em: 18 out. 2021.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique; SCHRAMM, Fernanda Santos. Constitucionalismo institucionalista como alternativa necessária ao constitucionalismo normativista. In: *RJLB*, Ano 3(2017), nº 4. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_1055_1085.pdf.
- CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Zahar, 2017.
- CORVAL, Paulo R. dos S. *Teoria constitucional e exceção permanente: uma categoria para a teoria constitucional no século XXI*. Curitiba: Juruá, 2009.
- COX, RH. The path dependency of an idea: why Scandinavian welfare states remain distinct, 2004, pp. 204-219. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9515.2004.00386.x>>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- DI MAGGIO, Paul J.; e POWELL, Walter W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields, in *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-160, 1983. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Walter-Powell/publication/246481910_The_Iron_Cage_Revisited_Institutional_Isomorphism_and_Collective_Rationality_in_Organizational_Fields/links/5793cd0b08aeb0ffcce2cf0e/The-Iron-Cage-Revisited-Institutional-Isomorphism-and-Collective-Rationality-in-Organizational-Fields.pdf. Acesso em: 31 out. 2021.
- GARFINKEL, Harold; SACKS, Harvey. *Theoretical Sociology, Perspectives and Developments*. New York: Appleton-Century Crofts, 1970.
- HALL, P. Conclusion. In *The Political Power of Economic Ideas: Keynesianism across Nations*, ed. P Hall, Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 1989.

HALL, P.A; TAYLOR, R.C.R. As três versões do neo-institucionalismo. Lua Nova, São Paulo, n.58, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trotta, 1998.

HIRSCHL, Ran. The origins of the new constitutionalism: lessons from the 'old' constitutionalism, em *New Constitutionalism and World Order* (org. Stephen Gill and A. Claire Cutler), Cambridge University Press, 2014.

HÜBNER, Conrado Mendes. Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação. Saraiva, 2011.

IMMERGUT, E. M. The Theoretical Core of the New Institutionalism. *Politics & Society*, v.26, n.1, 1998.

KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos, Rápido e Devagar: duas formas de pensar. Objetiva, 2012.

KATZENSTEIN, PJ. *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics*. New York: Columbia Univ. Press, 1996. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5237136/mod_folder/content/0/Japerse%20et%20al%20.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 2 dez. 2021.

KINGDON, J. *Agendas, Alternatives and Public Policies*. New York: Longman, 1984. Disponível em: <https://www.academia.edu/31665627/Agendas_Alternatives_and_Public_Policies_Second_Edition_With_new_foreword_by>. Acesso em: 27 out. 2021.

LEVITSKY, Steven & ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. Zahar, 2018.

MANDEL, Michael. 'A Brief History of the New Constitutionalism, or "How We Changed Everything so that Everything Would Remain the Same"'. *Israel Law Review*, 32 (2), 1998, p. 251. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/abs/brief-history-of-the-new-constitutionalism-or-how-we-changed-everything-so-that-everything-would-remain-the-same/2CB5A025D2AB710B5AFB216631D270BA>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MARCH, J. G.; e OLSEN, J. P. Neo-institucionalismo: fatores organizacionais na vida política. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 16, n. 31, p. 121-142, 2008.

MOSCOVICI, Serge. *Representações sociais: investigações em psicologia social*. Rio de Janeiro, Vozes, 2003.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia*. Companhia das Letras, 2019.

NOONAN, Kathleen G.; SABEL, Charles Frederick; e SIMON, William H., *The Rule of Law in the Experimentalist Welfare State: Lessons from Child Welfare*

Reform. In: Law of Social Inquiry, Volume 34, 3, Summer 2009, Columbia Public Law Research Paper No. 08-162, 2009.

PRZEWORSKI, Adam. Crises da Democracia. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

PUTNAM, R. Making Democracy Work. Princeton: Princeton University Press, 1993

SCHMIDT, Vivien A. Discursive Institutionalism: The Explanatory Power of Ideas and Discourse. Annu. Rev. Polit. Sci. 2008. 11:303–26. Disponível em: <<https://www.uv.uio.no/iped/english/research/projects/solbrekke-formation-and-competence-building/pictures-and-downloads/discursive-institutionalism.pdf>>.

Acesso em: 25 ago. 2021.

SHEPSLE, Kenneth A. Rational Choice Institutionalism. in The Oxford Handbook of Political Institutions, 2008.

SKIDELSKI, Robert. What's wrong with economics? A primer for the perplexed. Yale University Press, 2021.

STEINMO, Sven. Historical institutionalism. In Della Porta, Donatella; Keating, Michael (eds.). Approaches and Methodologies in the Social Sciences. Approaches and Methodologies in the Social Sciences: A Pluralist Perspective, 2008, pp. 118–138. Disponível em:

<https://www.dfpe.net/uploads/5/3/9/8/53982981/steinmo_sven_-_what_is_historical_institutionalism.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do direito, 2017. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/>>. Acesso em: 17 dez.2021.

_____. False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in The Service of Radical Democracy. Nova York. Cambridge University, 1987.

_____. O direito e o futuro da democracia. Sao Paulo: Boitempo, 2004.

V-DEM Institute. Variações da Democracia. 2021. Disponível em: <<https://www.v-dem.net/en/>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

VERMEULE, Adrian. Constitution of Risk. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

WEINGAST, Barry. Political Institutions: Rational Choice Perspectives. In A new handbook of political science, Robert E. Goodin, Hans-Dieter Klingemann (eds.), Oxford: Oxford University Press, 1998.

**PARTE II - DEMOCRACIA NÃO É OBRA
ACABADA**

4 FATORES DE DESESTABILIZAÇÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

João Pedro Coutinho Barreto¹

Josué de Matos Ferreira²

Sumário: 1. Introdução; 2. Um atual contexto mundial de inflexões democráticas? 3. O sistema democrático brasileiro em contexto mundial como uma forma desfigurada da democracia representativa; 4. Atuação dos mecanismos constitucionais de contenção antidemocrática; Considerações finais; Referências.

Introdução

A enunciação da criação de um Estado Democrático de Direito pela Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, após 21 anos de ditadura militar, confluiu na consolidação formal do processo de redemocratização do país.

Naquele período histórico ocorria um movimento global de queda vertiginosa dos regimes autocráticos, avolumados especialmente pelas ditaduras militares outrora instauradas principalmente na América Latina e, conseqüentemente, ascensão de novos regimes democráticos .

O sentimento vigente era de que o mundo caminhava para uma definitiva e duradoura hegemonia do modelo democrático, no Brasil representado pelo movimento popular conhecido como “Diretas Já”.

Mas bastaria à concretização do projeto democrático desenhado na Constituição Brasileira o seu engenhoso desenho institucional e o respaldo encontrado no clamor popular por participação nas decisões governamentais, nos rumos a serem tomados pelo Estado capitaneado por suas autoridades instituídas?

¹ Graduação em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercados Capitais (Ibmec RJ). Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM RJ). Possui especialização em Direitos Humanos, pela ENAP. Mestrando em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Atualmente, é membro da Comissão Permanente de Estudos de Direito Penal, advogado voluntário e dativo - Justiça Federal de Primeiro Grau no Rio de Janeiro - Seção Judiciária do RJ e sócio administrador do Escritório França David e Barreto Advogados, especializado em Direito Penal e Direito Penal Econômico. Autor de livros e artigos acadêmicos. Monitor acadêmico no curso de Pós- Graduação em Ciências Criminais da Universidade Cândido Mendes. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal. E-mail: joaopedrocoutinho83@gmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (2007) e especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Juiz de Fora/MG (2009). Foi servidor do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais e Chefe de Cartório Eleitoral da 239ª Zona Eleitoral de Minas Gerais. Atualmente, é Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, titular da 2ª Vara Cível de Macaé..

Hoje, já passados quase 33 anos de vigência da CRFB/1988 e em um contexto diverso daquele vivido em seu nascedouro, é possível – e necessário – se olhar para trás de modo a enfrentar, por meio de uma reflexão madura sobre o desenvolvimento da democracia no Brasil, quais são os grandes desafios para sua sustentação.

Isso, não só para promover uma blindagem e aprimoramento teórico do sistema democrático instituído, mas – e talvez principalmente – para trazer ao debate público e acadêmico elementos cientificamente sustentáveis, aptos a promoverem uma autêntica e desejável cultura democrática.

Como ponto de partida, é preciso ter em mente que a expressão “democracia” se refere simultaneamente a um ideal a ser alcançado e uma realidade (DAHL, 2001) em construção. Assim, não bastou à concretização do modelo democrático a sua enunciação constitucional, seja no Brasil ou nos países em que os respectivos constituintes assim escolheram.

A democracia ideal, como uma escolha inicial e projeto institucional, há de ser, pelo contrário, reafirmada, desenvolvida e aprimorada continuamente, efetivamente exercida, por assim dizer, para que possa se tornar uma democracia real, ou uma vivência de um regime em que verdadeiramente caiba ao povo (demos) governar-se (kratia), ou seja, escolher os rumos da sociedade na superação dos diversos desafios que a realidade impõe nos mais diversos planos.

Por esse motivo se questiona muitas vezes e em diversos espaços públicos e privados as incongruências do sistema democrático, muitas das quais decorrem da incompreensão da dicotomia entre a democracia ideal e a democracia real.

Para que haja essa clareza, é preciso ter em mente que há uma característica que torna o sistema democrático ideal prontamente desejável, especialmente do ponto de vista moral, mas que se constitui ao mesmo tempo o maior e mais fundamental desafio à sua concretização: a ideia de democracia está intrinsecamente ligada à de igualdade política entre os cidadãos.

A evidência dessa afirmação é prontamente demonstrável, pois se todos devem ser tratados politicamente da mesma forma “devem ter uma oportunidade igual e efetiva de votar e todos os votos devem ser contados como iguais” (DAHL, 2001), o que, evidentemente, só ocorre em um regime democrático.

Não obstante, para que a igualdade política ideal efetivamente se concretize em uma dada sociedade pressupõe-se a igualdade entre os cidadãos também no plano social e econômico, o que inexistente aprioristicamente na realidade em que se pretende implantar e sustentar o regime democrático, diante dos inúmeros e complexos desafios por ela enfrentados.

No que tange ao modelo econômico, por exemplo, o cientista político norte-americano Robert Dahl (2001) aponta que:

[...] a estreita associação entre democracia e capitalismo de mercado esconde um paradoxo: a economia do capitalismo de mercado, inevitavelmente, gera desigualdades nos recursos políticos a que os diferentes cidadãos têm acesso. Assim, uma economia capitalista de mercado prejudica seriamente a igualdade política – cidadãos economicamente desiguais têm grande probabilidade de ser também politicamente desiguais. Ela aparece num país com uma economia capitalista de mercado: é impossível atingir a plena igualdade política. Consequentemente, há uma tensão permanente entre a democracia e a economia de mercado capitalista.

Nesse aspecto, aliás, destaca-se, infelizmente, a realidade brasileira, reveladora de um dos países mais desiguais do mundo em termos de distribuição de renda (IBGE, 2020), situação que se repete em termos de divisão de recursos entre suas diversas regiões, impactando diretamente no acesso a serviços básicos de saúde, educação, saneamento básico, a redundar em sua classificação na 79ª posição no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2019, o último produzido pela ONU.

Essa permanente tensão presente em todas as democracias implica necessariamente em outra, igualmente relevante, entre a democracia ideal e a real, cuja atenuação é proporcional ao sucesso da sociedade em promover a redução das desigualdades sociais e econômicas.

A partir do fracasso nessa árdua tarefa de evoluir a equalização das condições individuais dos cidadãos que, combinadas a outros fatores como as vicissitudes do sistema representativo partidário, a exacerbação dos confrontos ideológicos, a descaracterização do desenho institucional previsto na Constituição etc. derivam fatores desestabilizadores do regime democrático que necessitam de exposição, reflexão, debate e superação.

Neste ensaio, pretende-se apresentar de forma contextualizada com a realidade mundial contemporânea, quais desses fatores – que tem proeminentemente merecido reflexão por parte de autores que se dedicam ao estudo da democracia teórica e prática – atuam na sociedade brasileira, aprofundando a lacuna entre a democracia real e aquela projetada pela Constituição Federal e instigando o afloramento de sentimentos e discursos antidemocráticos.

Parte-se inicialmente das discussões dirigidas ao cenário mundial acerca da prevalência dos sistemas democráticos diante dos desafios que, conquanto guardem inequívocas peculiaridades locais, apresentam similitudes que justificam uma abordagem globalmente contextualizado do problema proposto.

Em seguida, aprofunda-se na leitura teórica dos elementos que exercem pressão contra os sistemas democráticos instituídos, a fim de se extrair o embasamento necessário para uma leitura conjuntural adequada da sociedade local.

A realidade brasileira, então, passa a ser o foco de discussão, especialmente quanto aos pontos de aproximação e divergência com fenômenos sociais e econômicos, bem como mutações sofridas pela própria experiência democrática.

Por fim, busca-se compreender as estratégias por meio das quais as instituições projetadas na Constituição do Brasil respondem às ameaças sofridas pelo sistema de governo adotado, sem olvidar a necessidade de apontar os limites e sugerir soluções para o aperfeiçoamento de tais mecanismos, especialmente diante dos novos desafios implementados pela sociedade digital globalizada.

1. Um atual contexto mundial de inflexões democráticas?

A grande frequência e peculiar abordagem com que os temas “democracia” e “autoritarismo” vêm sendo tratados, tanto na mídia tradicional como nos novos espaços digitais de debates públicos consubstanciados nas redes sociais, revelam uma crescente preocupação nos últimos anos com a integridade dos regimes democráticos pelo mundo.

Os debates, muitas vezes acalorados, são associados a contextos políticos específicos: por um lado a ascensão de personagens amparados por discursos pouco ortodoxos aos governos de países de tradição democrática em diferentes graus de consolidação, como Donald Trump nos Estados Unidos da América e Jair Bolsonaro no Brasil; por outro, a inédita prevalência na arena democrática de partidos ultraconservadores e de extrema direita, observada na Hungria e Polônia.

Conforme exposto acima, nessas Democracias vivem-se tempos penosos e sombrios, em que não apenas predomina o discurso do ódio, mas se constata Chefes do Poder Executivo, valendo-se dos sentimentos de instabilidade, insegurança e medo que assolam a população, surgirem como os verdadeiros “salvadores das pátrias”, numa espécie de devaneio e, de fato, grave retrocesso social.

No Brasil, ninguém terá esquecido o que se passou ao tempo do Estado Novo. Menos ainda o que veio à tona, mirando passado mais recente, com a

Comissão da Verdade, sobretudo os lamentáveis episódios de violências inomináveis e ignominiosas ocorridos durante o regime inaugurado com o golpe de 1964, e, sobretudo, com o advento do nefasto e repulsivo Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968. Os excessos, segundo o governo de exceção, se justificavam para coibir o que chamavam de subversão. Alegava-se, também, diante da ruptura da ordem jurídica, que se pretendia coibir a corrupção que, dizia-se, vicejava a República.

Chegou-se, afinal, depois de todas as vicissitudes de um Estado que não se compatibilizava com os princípios reitores assentados pelo bom Direito, à Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988, proclamada como Carta Cidadã, no dizer de quem presidiu a Assembleia Constituinte, o Deputado Ulysses Guimarães.

Dir-se-á: os fins justificam os meios.

Já se respondeu de antemão com um rotundo não!

Os fins não justificam os meios.

Recentemente, na Indonésia, se viu a aplicação da pena de morte a um brasileiro. Debalde os esforços para evitá-la. Segundo as autoridades daquele país, simplesmente cumpriu-se a Lei, eis que lá existe no ordenamento jurídico deles a pena capital.

Há várias formas de morrer, uma delas há de ser pela supressão da legalidade, como se os fins justificassem os meios.

A Alemanha já aplaudiu o estado nazista.

A Itália, das mãos limpas, já enalteceu o fascismo.

Alguns brasileiros, empolgados com o golpe de 1964, festejaram a ditadura.

Outros tantos, praza os céus, comemoraram a Constituição Cidadã, a anistia, a revogação do ato institucional n. 5, o repúdio à tortura como método de investigação criminal.

Tudo fica como “dantes no quartel de Abrantes”.

Verifica-se que há um cipoal de excessos e ilegalidades na espécie (principalmente, no Brasil).

Não por outro motivo, cientistas sociais e políticos pelo mundo tem se dedicado ao estudo desses fenômenos e produzido um crescente número de obras acerca da confluência de movimentos sociais que digladiam com as instituições democráticas, sendo que algumas delas gozaram de amplo interesse popular, vindo a ser rapidamente traduzidas em vários idiomas e, especificamente no caso de “Como as Democracias Morrem” dos professores Steven Levitsky e Daniel Ziblatt da Universidade de Harvard, alcançando a marca de best-seller do New York Times.

Contudo, não obstante a crescente percepção de instabilidade em regimes democráticos, não se vislumbra atualmente correspondência entre essa e movimentos revolucionários armados ou subversão direta da ordem constitucional pela força típicos do autoritarismo que marcou os regimes antidemocráticos no século passado.

Pelo contrário, as forças armadas permanecem em seus quartéis submetidas ao comando supremo de governantes eleitos pelo povo, as eleições continuam ocorrendo de forma periódica e com amplo acesso aos cidadãos para exercício de seus direitos políticos ativos e as instituições democráticas permanecem híidas.

Ocorre que as estratégias de ameaça ao regime democrático, tais quais a própria sociedade, evoluíram, conforme observaram LEVITSKY e ZIBLATT (2018):

É assim que as democracias morrem agora. A ditadura ostensiva – sob a forma de fascismo, comunismo ou domínio militar – desapareceu em grande parte do mundo.³ Golpes militares e outras tomadas violentas do poder são raros. A maioria dos países realiza eleições regulares. Democracias ainda morrem, mas por meios diferentes. [...] Não há tanques nas ruas. Constituições e outras instituições nominalmente democráticas restam vigentes. As pessoas ainda votam. Autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corroem a sua essência.

Com efeito, a via atual de ascensão ao poder por governos autoritários é a eleitoral, ordinária. São eleitos por meio das urnas sustentando uma aparência de legalidade e legitimidade, subvertendo, porém, o regime democrático uma vez empossados, por meio de medidas pontuais e muitas vezes imperceptíveis aos seus mecanismos de proteção.

Embora tais movimentos sub-reptícios confluem no atual momento de insegurança quanto à sustentação desse sistema de governo, há muito são estudados fenômenos que contribuem para a deterioração da cultura democrática, tais como o da antipolítica e despolitização.

O primeiro consubstancia-se em um sentimento popular de desilusão com a esfera política que culmina em um crescente declínio na participação dos cidadãos nos processos democráticos, compreendidos tanto pelas eleições como pela participação em partidos e movimentos políticos, culminando em uma lacuna democrática entre governantes e governados (FAWCETT et al., 2017).

Já a despolitização, segundo Fawcett et al. (2017), é um processo amplo associado às ferramentas por meio das quais os governos buscam retirar da esfera política decisões relativas a temas essenciais ao convívio social sob o argumento de que devem sujeitar-se a critérios exclusivamente técnicos, sob a premissa da existência de uma lacuna de capacidade entre os políticos eleitos e os administradores de serviços e políticas públicas.

Esses elementos, em mútua implicação, apontam que o processo de enfraquecimento da democracia se projeta para além dos movimentos autoritários, carecendo, portanto, de uma leitura abrangente, que não se limite aos eventos e discursos de ruptura institucional, mas alcance tais transformações sociais.

2. O sistema democrático brasileiro em contexto mundial como uma forma desfigurada da democracia representativa

O modelo de democracia representativa significa, brevemente, que o povo delega o seu poder de decisão a outras pessoas, que deverão tomar decisões por eles. Irá depender do que cada político profissional considera melhor para a cidade, o estado ou país. Esse modelo tem vários princípios, sendo alguns deles:

- O sufrágio universal – direito ao voto total e irrestrito a todos os cidadãos (no Brasil, esse direito é opcional a partir dos 16 anos e, obrigatório a partir dos 18);
- Observância constitucional;
- Igualdade de todos perante a Lei;
- Mandatos eletivos com temporalidade definida – no Brasil, de quatro anos para cargos do Executivo e da maioria do Legislativo, exceto para Senadores, que é de oito anos.

As sociedades aumentaram numericamente, atingindo uma organização social que se tornou muito mais complexa. A democracia representativa nada mais é do que uma alternativa encontrada pelos países da contemporaneidade para continuar a ter um modelo democrático que seja viável para o mundo atual.

Seria impossível num país como o Brasil, com mais de 200 milhões de habitantes, fazer uma assembleia para discutir uma questão política, como era feito na democracia direta da Grécia Antiga. Há que se refletir em torno do número de pessoas que as cidades têm nos dias de hoje, mas não somente nisso. Já imaginou onde seria feita uma assembleia nacional no Brasil? Como um país de dimensões continentais faria para centralizar toda a população num mesmo local?

A democracia representativa não surgiu do nada: no século XIX, alguns países já utilizavam esse modelo de governança. Mas foi principalmente no século XX, que foi sendo usada com maior complexidade em alguns lugares e, devido ao seu sucesso, replicada em diversos outros lugares. Começou com alguns valores da Revolução Francesa e adquiriu atributos do Governo Liberal Inglês e da Revolução Americana, por exemplo.

Numa democracia representativa, o instrumento normalmente mais utilizado é o voto. O objetivo principal é que os cidadãos tenham o direito de escolher quem vai ocupar determinado cargo eletivo. A cidadania, portanto, é exercida em grande parte por meio do voto universal, quando todo e qualquer cidadão tem o direito de votar, independente de gênero, cor, credo, idade, escolaridade.

Esse voto vai para um representante: uma pessoa que se dispõe a levar propostas, soluções, discussões da sociedade para o “local oficial” de deliberação – que seria uma Câmara de Vereadores ou de Deputados, por exemplo. Nesse sistema político, os cidadãos elegem representantes, que deverão compor um conjunto de instituições políticas dos poderes Executivo e Legislativo.

Eles são encarregados de gerir a coisa pública – por meio de políticas públicas, obras, serviços públicos, etc. –, estabelecer e executar leis. Logo, os cidadãos escolhem o seu representante, dentro de uma gama de opções, de acordo com uma afinidade de bandeiras e de pautas que consideram importantes. As pessoas também os escolhem de acordo com a “agenda” que os políticos propõem ser discutida com a sociedade e com os outros representantes, para ser colocada em prática na cidade, no estado, ou no país.

O fator essencial para a valorização da democracia representativa é que quantitativamente, ela é capaz de permitir que toda a população de um país vote, independentemente de variáveis socioeconômicas, de gênero, credo, cor, crença. Assim, pode ser considerada uma forma abrangente de democracia. Enquanto que na democracia direta grega, por exemplo, só homens atenienses eram considerados cidadãos e poderiam opinar, discutir e deliberar sobre as decisões, excluindo a maioria da população desse processo.

Além disso, este modelo facilita a tomada de decisões em torno de leis e decisões relativas ao meio público: em vez de toda a população ter de participar do processo, um grupo muito menor fará isso por ela. Isso otimiza o tempo de discussão e a logística para deliberar sobre um tema, o que permite uma validação mais rápida de pautas, quando comparado a um sistema democrático direto. O ideal seria que esses representantes fossem também especialistas, o que qualificaria

ainda mais as decisões que tomariam em nome de um país – como acontece no Canadá, por exemplo.

O grande problema desse sistema político é a legitimidade. O fato de o poder estar concentrado na mão de poucas pessoas cria oportunidades para que ele seja usado para finalidades privadas em benefício aos próprios representantes e grupos a eles associados – corrompendo-os. O povo acaba perdendo o controle sobre as decisões e por vezes não sabe da força que influências externas podem ter na atuação dos políticos profissionais.

Outro problema de legitimidade pode ser causado pelos sistemas eleitorais implementados nas democracias representativas. Entenda mais sobre como o sentimento de não-representação é uma realidade desse sistema político e como pode estar atrelado com os sistemas eleitorais utilizados.

O sistema eleitoral pode ser o majoritário ou o proporcional. No Brasil, o sistema majoritário é utilizado para eleger chefes do executivo – no Brasil, também senadores -, e o mesmo ocorre em outros países que também adotam o modelo de democracia representativa. São considerados os votos válidos que um candidato recebe e, portanto, será eleito se receber mais da metade dos votos.

Pode-se ter a ilusão de que por ser eleito com a maioria dos votos, um candidato terá legitimidade perante a população, mas nem sempre é o caso. Quando uma eleição é muito polarizada em termos de opiniões e escolhas políticas, e um candidato ganha com 52% dos votos, como fica o sentimento dos outros 48% da população? Apesar de o processo ser legítimo, isso não significa que o restante da população estará contente ou validará esse fato. Embora não sejam maioria, essas pessoas ainda são uma enorme parcela dos eleitores.

O sistema majoritário também pode ser utilizado para cargos eletivos no legislativo. O sistema distrital é um exemplo disso. Em cada distrito, o candidato mais votado é eleito por maioria. Isso significa que existe a chance de um partido alcançar 40% em todos os distritos e assim não eleger um único candidato. Com certeza, essa enorme parte da população que votou nesse partido não se sentirá amparada pelas propostas e princípios daqueles candidatos eleitos e não se sentirá representada pela Câmara Federal, por exemplo.

Já o sistema proporcional, pelo qual são eleitos membros do poder legislativo no Brasil, com exceção para os senadores, funciona de maneira diferente. Nesse sistema, há divisão dos votos válidos com o número de cadeiras existentes, criando um quociente eleitoral, um número mínimo de votos a ser atingido pelos partidos.

Uma vez que um partido atinge esse quociente, o seu candidato mais votado ocupa uma vaga, independente de a votação própria dele ter sido maior ou

menor do que o quociente eleitoral. Caso faça muitos votos a mais do que prevê esse quociente, outros candidatos de sua coligação poderão ocupar as cadeiras, mesmo que não tenham recebido a quantidade de votos que prevê esse quociente.

Esse é um dos maiores problemas de legitimidade do sistema democrático representativo, quando o sistema eleitoral é proporcional: um candidato X que tem menos votos, por estar numa coligação que recebeu muitos votos, poderá ser eleito por ser “levado junto” com outros candidatos de sua coligação. Em contraste a isso, um candidato Y pode ter recebido mais votos que o candidato X, porém não irá ocupar a cadeira para a qual concorreu.

No que se refere a esse tema, no livro “Democracy disfigured”, a autora Nadia Urbinati analisa as condições do exercício da liberdade política nas sociedades democráticas contemporâneas a partir do exame dos limites e possibilidades da democracia representativa. São apresentadas e avaliadas as críticas formuladas às formas desfiguradas da democracia representativa, a saber, a democracia epistêmica, a democracia populista e a democracia plebiscitária (URBINATI; 2019).

De acordo com a autora, ao longo dos séculos XIX e XX, alguns conceitos de liberdade se tornaram célebres, como, por exemplo, o conceito de liberdade dos antigos e dos modernos de Benjamin Constant e o conceito de liberdade negativa e positiva de Isaiah Berlin. Tanto o conceito de liberdade dos antigos de Constant como o conceito de liberdade positiva de Berlin são utilizados para fazer referência à liberdade política, à ideia de participação dos indivíduos na elaboração da lei, isto é, à ideia de autogoverno e de autonomia coletiva, ao passo que os conceitos de liberdade dos modernos e aquele de liberdade negativa são utilizados para definir o espaço da vida privada dos indivíduos que deve permanecer livre da interferência do poder político ou social.

Esses dois conceitos de liberdade – positiva e negativa – podem ser compreendidos, hodiernamente, tanto de forma complementar como de modo conflituoso. Por um lado, quando se tem em mente os conjuntos de direitos – individuais, civis, políticos, sociais, assume-se que há uma necessária interdependência entre eles, pois, para que indivíduos ou grupos exerçam plenamente os seus direitos de participação nas decisões coletivas é preciso que outros direitos tenham sido previamente assegurados, tais como os direitos de liberdade de pensamento e de expressão, de associação, ou mesmo direitos sociais como educação, saúde e condições dignas de vida que excluam a pobreza extrema, por exemplo.

Por outro lado, a relação entre direitos individuais (e fundamentais de modo geral) e o princípio da soberania popular muitas vezes guarda uma tensão

inerente, que é aquela representada pelo receio de que a maioria, movida por paixões ou interesses particulares, possa vir a desprezar os direitos de minorias. Essa tensão se acentua em momentos de crescimento da intolerância, seja ela religiosa, étnica ou político-ideológica.

Nesse contexto de interdependência e de tensão entre liberdade negativa (direitos individuais) e liberdade positiva (princípio da soberania popular), Nadia Urbinati se propõe a analisar algumas condições e circunstâncias do exercício da liberdade política nas sociedades democráticas contemporâneas. Isso será feito a partir de uma análise dos limites e possibilidades da democracia representativa na atualidade, explorando-se o conceito de representatividade e de igual oportunidade de participação.

Essa análise será realizada em três momentos. Primeiramente, serão apresentados elementos conceituais e históricos relacionados à democracia representativa; num segundo momento, serão apresentadas algumas das críticas formuladas à democracia representativa na contemporaneidade e, num terceiro momento, avaliar-se-á em que medida a democracia representativa pode ser aprimorada se o conceito de representatividade for levado à sério.

O conceito tradicional de democracia representativa é associado à “forma indireta de governo pelo povo”, na qual “a presença de intermediários” é o critério que a distingue da democracia direta (MANIN, 1996, p. 16). Nesses termos, o direito de tomar decisões pertence aos representantes do povo, sobre os quais o próprio povo exerce controle apenas durante as eleições e, desse modo, faltam meios para o cidadão fiscalizar seus representantes no exercício do mandato. Por outro lado, como as decisões políticas não competem aos cidadãos, isso causa um afastamento dos indivíduos da vida pública e também da responsabilidade inerente a estas decisões. Em outras palavras, a liberdade política dos cidadãos fica restrita à escolha periódica de representantes, os quais serão de fato, desde sua eleição, os verdadeiros detentores de liberdade política.

Problemas como os acima mencionados têm impulsionado estudos a respeito de como a representação pode ser complementada com outras práticas participativas e de que modo podem ser superados os déficits de representatividade em sociedades pluralistas, nas quais questões de identidade e de direitos de grupos minoritários carecem de uma defesa adequada. As teorias da democracia deliberativa, assim como de algum modo as teorias da justiça, têm apresentado algumas respostas para esses problemas.

Antes de adentrar na análise das críticas e das propostas de modificação ou de complementação do modelo da democracia representativa nas sociedades contemporâneas, é importante dedicar alguma atenção ao próprio conceito de

democracia representativa. Assim, primeiramente deve-se ressaltar que representação e democracia representativa são conceitos distintos. As origens da representação podem ser encontradas na Idade Média. O mecanismo de representação era utilizado pela Igreja e por cidades em suas relações com o poder central (o Papa ou o Rei). A ideia por trás da representação era enviar delegados com poderes para criar obrigações para seus constituintes³.

Por outro lado, o termo democracia representativa surge na modernidade. Reportando-se a uma pesquisa de Pierre Rosanvallon, Nadia Urbinati afirma que a expressão “democracia representativa” apareceu pela primeira vez em 1777, em uma carta de Alexander Hamilton, um dos subscritores do Federalista⁴, ao governador Morris. Após essa data, o termo também foi utilizado, ainda no final do século XVIII, nos textos de Thomas Paine, do Marques de Condorcet e de Emmanuel Sieyès.

Não há consenso entre os estudiosos do tema a respeito do conceito de governo ou de democracia representativa, mas entre as teorias contemporâneas que se dedicam ao estudo desse tema, as teses de Bernard Manin e de Nadia Urbinati trazem elementos importantes para a discussão a respeito da relação entre representação e democracia.

Por um lado, Manin defende que o conceito de representação nascido na modernidade acentua a diferença entre o governo por representação e a democracia. O governo representativo é definido pelo autor por meio de quatro princípios: (1) os governantes são escolhidos por eleições em intervalos regulares (aqui, a existência de eleições recorrentes é mais importante para caracterizar o governo representativo do que o fato dos governantes serem escolhidos, pois, é exatamente a possibilidade de troca que permite aos cidadãos avaliarem e responsabilizarem seus representantes); (2) os governantes conservam, em suas decisões, certa

³ Nadia Urbinati e Bernard Manin, dois autores que se dedicam ao estudo do governo e da democracia representativa, corroboram essa tese de que a noção de representação surge na Idade Média. Cf. LANDEMORE, Hélène. Is representative democracy really democratic? Interview of Bernard Manin and Nadia Urbinati - New York, April 10, 2007. In: Dossier: Democracy: Bridging the Representation Gap. Disponível em: Is representative democracy really democratic ? - Books & ideas (booksandideas.net). Acesso em: 25.11.2021.

⁴ The Federalist Papers (traduzidos para o português como O Federalista ou também Artigos Federalistas) é um dos textos mais relevantes a respeito do constitucionalismo e da teoria política norte-americana. Os artigos foram escritos no final do século XVIII, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay no intuito de defender a Constituição Federal de 1787, que promovia grandes modificações na estrutura jurídico-política norte-americana, tais como a mudança da forma de Estado confederativa para a federativa, o governo representativo e a criação de uma teoria da separação dos poderes com mecanismos de freios e contrapesos concedendo ao poder judiciário um papel até então não delineado em teorias anteriores, qual seja: aquele de fazer a revisão dos atos do poder legislativo e executivo, isto é, o controle de constitucionalidade. Cf. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. The Federalist Papers. Edited by Isaac Kramnick, London: Penguin Books, 1987.

independência com respeito à vontade de seus eleitores (o que significa que não se trata de um mandato imperativo, segundo o qual o representante atua apenas nos termos estabelecidos na delegação); (3) os governantes mantêm certa medida de poder discricionário, mas os cidadãos possuem a liberdade de opinião pública, por meio da qual podem pressionar oficiais eleitos; (4) as decisões públicas são submetidas à aprovação da discussão (isso significa que a discussão é um método para testar as decisões públicas) (MANIN, 1996, p. 17/18; LANDEMORE, 2007).

Nesta definição observa-se que o controle direto do povo sobre seus governantes ocorre apenas na forma de pressão política sobre os oficiais eleitos durante o mandato ou por meio do processo eleitoral, isto é, trata-se de um controle em sentido fraco. Embora Manin reconheça que o governo representativo comporte elementos democráticos, ele chama a atenção para a dimensão aristocrática ou elitista desta teoria, a qual se manifesta principalmente por meio do que ele chama de “princípio da distinção”. Analisando a criação do governo representativo na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, Manin ressalta que a ordem jurídico-social destes países foi conscientemente elaborada de modo que os representantes eleitos fossem socialmente distintos e superiores aos eleitores. Isso se configurou pela inclusão de critérios censitários para a concessão de direitos políticos⁵. Neste sentido, Manin toma as teorias de Sieyès e de Madison como exemplos de governo representativo.

Por outro lado, Urbinati sustenta que no século XVIII foram também desenvolvidas teorias que buscaram conciliar representação e democracia. De acordo com a autora, a representação na modernidade pode ser compreendida a partir de dois paradigmas: o jurídico-institucional, vinculado ao pensamento político de Rousseau e de Sieyès, e o político, atribuído a Paine e a Condorcet. Esses paradigmas possuem concepções diferentes de soberania e de política. O primeiro tem um conceito voluntarista da soberania, segundo o qual o poder soberano repousa sobre a vontade geral do povo (Rousseau) ou da nação (Sieyès). Além disso, esse modelo compreende a representação como um contrato privado, estabelecendo instruções a respeito do vínculo entre representante e representado que podem oscilar entre a vinculação total (como no caso de Rousseau, no qual se

⁵ O critério censitário não foi instituído pela Constituição norte-americana de 1787. Contudo, Manin chama a atenção para o fato de que a exclusão deste critério não foi baseada em um princípio dos pais fundadores, mas ocorreu porque não houve consenso durante a Convenção da Filadélfia a respeito de como se delimitaria este critério em um país com tantas diferenças culturais e patrimoniais entre os Estados. Por essa razão, optou-se por admitir como eleitores federais todos aqueles que eram admitidos como eleitores em seus próprios estados, nos quais poderia haver critérios de exclusão baseados em renda e propriedade. Cf. MANIN, Bernard. *Principes du gouvernement représentative*. Paris: Champs Flammarion, 1996, p.139-141.

admite a delegação da vontade, mas não a representação, pois, ele entende que na representação acontece a alienação da vontade, realocando-se a soberania, ao passo que a delegação é um mandato temporário dado ao delegado para tomar decisões específicas) e a alienação sem limites (nesse caso a autora tem em mente a teoria de Thomas Hobbes). Está baseado no dualismo estado-sociedade, no qual a sociedade é deixada sob a responsabilidade dos representantes e a participação popular fica restrita às eleições (URBINATI, 2006, p. 22s).

Já no segundo paradigma ocorre uma mudança no conceito de soberania, mudança esta diretamente relacionada à forma como se compreende a política e a representação. Rompe-se com a visão dualista segundo a qual a política é uma atribuição dos representantes eleitos. A representação passa a designar um processo político que é estruturado de forma circular entre instituições e sociedade, no qual cada cidadão pode participar. Cria-se um sistema político de representação que transmite a vontade política do povo por meio de assembleias eleitas. Desse modo, Urbinati ressalta que ao lado da vontade é admitido também o julgamento na soberania popular. Aqui, vontade e julgamento são compreendidos como duas formas de racionalidade. A vontade é “uma razão puramente analítica, ela é mais cognitiva do que interpretativa, mais assertiva do que hipotética; ela opera de acordo com princípios de identidade e não contradição e produz proposições verdadeiras/falsas.” O julgamento, por sua vez, é tomado como “uma razão dialógica, ou uma combinação de experiência, máximas éticas, eloquência e prudência” (URBINATI, 2006, p. 79). Assim, a relação entre representação e democracia está diretamente vinculada ao modo como se concebe a soberania. “Se a soberania é vista como a voz unitária de uma espécie de vontade geral que a nação contém já implicitamente, mas não pode articular e descobrir por si mesma”, diz ela, “então os cidadãos não têm nenhuma função (ou voz política) além de designar a elite da qual eles são o reflexo”. Por outro lado, se a soberania é entendida como “um processo de articulação de opiniões cuja fonte são os múltiplos locais e componentes da sociedade e o julgamento de cada cidadão, então o corpo representativo central não é sua única voz, mesmo se ele precisar ser sua voz final, ainda que provisória” (URBINATI, 2006, p. 166).

De acordo com Urbinati, o paradigma político da representação permite acrescentar aos princípios elencados por Bernard Manin dois elementos importantes para a relação entre representação e democracia, são eles: advocacia⁶ (advocacy) e representatividade (representativity). O elemento da advocacia é pensado no intuito de estreitar a relação dos representantes eleitos com a sociedade

⁶ Advocacy é um termo utilizado no sentido de dar voz aos representados e não como sinônimo do exercício da profissão do advogado.

civil por meio de associações políticas, movimentos sociais, entre outras organizações capazes de exercer fiscalização e controle sobre as instituições do Estado, isto é, advocacia implica conceder voz e peso aos grupos representados durante o exercício do mandato. O elemento da advocacia permite compreender o próprio mandato político de modo distinto, pois, não se trata apenas de um mandato imperativo, no qual o representante está completamente atado pelos termos da delegação, mas também é mais vinculante do que o mandato livre, pois, apesar do representante ter liberdade para decidir em nome do interesse público e não apenas em nome do interesse de seus constituintes, ele deve submeter-se constantemente à avaliação de seus eleitores (cf. URBINATI, 2006, p. 44 ss; LANDEMORE, 2007).

O elemento da representatividade, por sua vez, é aquele que permite acentuar as vantagens e qualidades da própria democracia representativa. Segundo Urbinati, a democracia representativa não pode ser pensada como uma segunda opção, isto é, uma opção não tão boa quanto a democracia direta, mas factível em razão do tamanho e do número de habitantes dos Estados contemporâneos, o que tornaria inviável o recurso à democracia direta. A autora ressalta que a democracia representativa pode ser entendida como um modelo mais interessante do que o da democracia direta, haja vista que a existência de partidos e de associações simboliza que os indivíduos reunidos em assembleia não estão ali para representar apenas seus próprios interesses, mas possuem um vínculo, um compromisso com outros cidadãos.

Nesse sentido, Urbinati afirma que a representação política pode até mesmo ser vista como uma violação da representação privada ou jurídica na medida em que exclui o mandato imperativo, ou seja, um constituinte não pode desconstituir seu representante somente porque desaprova suas ações e decisões; qualquer controle ou fiscalização sobre o exercício do mandato tem que estar pautado em interesses públicos e não privados. Nessa empreitada, os partidos políticos (pensados de forma normativa) assumem um papel central que é a conexão entre o interesse público e o interesse privado. Relembrando Maquiavel, a autora ressalta que os partidos não podem ser confundidos com facções, pois, enquanto estas colocam o interesse privado em primeiro plano, aqueles têm o papel de coadunar interesses públicos e privados.

Desse modo, a democracia representativa apresenta duas vantagens sobre a democracia direta, a saber: em primeiro lugar, cria uma conexão entre cidadãos e instituições; em segundo lugar, numa democracia direta as assembleias são lugares nos quais os cidadãos confrontam-se diretamente e isso pode dar causa com mais facilidade a conflitos; já na democracia representativa, a mediação realizada pela

representação, ao evitar o confronto direto entre cidadãos, pode favorecer a estabilidade.

Em suma, as definições de democracia representativa apresentadas por Manin e por Urbinati mostram um modelo em que o exercício do poder político é delegado, de tempos em tempos, a representantes eleitos pelos cidadãos e sobre os quais os próprios cidadãos podem, em menor ou maior medida, exercer controle, fiscalização e interferência. A representação é mais democrática à medida que a interação entre eleitores e eleitos é mais intensa, como sugere Urbinati a partir dos elementos da advocacia e da representatividade. Nesse modelo, ressalta-se ainda como um dos principais elementos a discussão e a deliberação públicas, pois é exatamente nesses momentos que os representados podem fazer a fiscalização e promover a interferência na atuação de seus representantes.

Nesse sentido, a autora oferece quatro orientações que em sua opinião coadunam-se com o conceito normativo de democracia representativa e, também, podem contribuir para aprimorar a representação democrática na prática das sociedades hodiernas. A primeira orientação consiste em delinear um desenho institucional que fortaleça os canais de comunicação entre representantes e representados, o que irá permitir o fluxo da opinião dos cidadãos para dentro dos espaços institucionais de formação da vontade política. A segunda orientação requer o controle e a limitação do poder econômico privado em campanhas eleitorais e na esfera política de modo geral, pois, essa intervenção coloca em evidência a ruptura com o princípio da igualdade política, uma vez que compromete a fundação igualitária da democracia segundo a qual o voto de cada cidadão conta como apenas um voto⁷. A terceira orientação consiste na proteção da independência e do pluralismo de informações na arena pública, tanto com relação às maiorias políticas quando em relação ao poder privado. Nesse caso, trata-se de assegurar aos cidadãos o direito a informações imparciais. Como consequência de levar a sério essa orientação, as sociedades democráticas contemporâneas precisariam revisar um ideal extremamente caro para a teoria liberal, a saber, aquele da impossibilidade de interferência no “livre mercado de ideias”⁸. Isso porque, para que as ideias e

⁷ A violação ao princípio da igualdade de influência no processo político foi um argumento invocado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.650, na qual foi declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Cf. BRASIL. Jurisprudência. STF – ADI 4.650. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 17/09/2015.

⁸ Uma discussão bastante relevante a este respeito é feita por Jeremy Waldron ao analisar os limites que devem ser impostos aos discursos de ódio. Tais limites são considerados pelo autor não como restrições ou violações à liberdade de expressão e de participação política, mas um meio de manutenção da cultura política democrática. Cf. WALDRON, Jeremy. *The harm in the hate speech*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

informações circulem livremente é necessário o respeito a certas regras e limites, justamente para manter pluralidade de opiniões, de ideias e de atores na cena política. Nesse sentido, a coibição da formação de monopólios midiáticos e a democratização da mídia são medidas que se impõem.

A discussão aqui proposta, a partir da análise e das críticas formuladas por Urbinati à democracia representativa, pode ser considerada relevante no âmbito da relação entre liberdade política e práticas democráticas justamente por colocar a ênfase sobre a inclusão. Desse modo, a tese da autora segundo a qual a igual distribuição da liberdade política, considerada como igual possibilidade de influência dos cidadãos no processo de decisão coletiva, é um elemento fundamental da democracia representativa traz orientações importantes sobre como aprimorar instituições e práticas políticas nas sociedades contemporâneas.

3. Atuação dos mecanismos constitucionais de contenção antidemocrática

Diante de tamanhos desafios que a realidade política brasileira enfrenta em seus pilares democráticos, há de se buscar soluções que efetivamente reforcem as instituições e garantam a sua prevalência e sustentação em longo prazo.

Nesse tópico, busca-se tratar das soluções que vêm sendo pensadas, especialmente no plano dos desenhos institucionais e do papel do direito – notadamente da Constituição – no processo de sustentação da democracia, e sua compatibilidade com o contexto brasileiro.

Embora multifacetados identifica-se, como ponto de partida, com apoio em FERRAJOLI (2014), um nexos comum não somente entre os fatores de crise, mas entre esses e os conflitos de interesses que se opõe na cúpula da administração do Estado.

Tal jogo de interesses tem por efeito o estabelecimento de um ciclo vicioso de legitimação gerador de muitos outros conflitos que se estabelecem na sociedade, nos quais as partes abandonam a perspectiva do bem comum em prol da satisfação de desejos e aspirações pessoais.

Para o mencionado autor, embora não se prescindia de uma resposta política e cultural, há um papel a ser cumprido pelo direito, mediante o estabelecimento de um sistema legal e institucional eficiente – mediante reforma legislativa primordialmente – capaz de impor limites e garantias em face do que ele identifica como “quatro perversões ‘do alto’ e ‘de baixo’ da representação”.

É preciso, não obstante, se ter plena consciência dos limites de tais soluções, como advertem GINSBURG e HUQ (2018):

Entendemos que o desenho constitucional e estratégias políticas são necessárias, mas não acreditamos que eles são suficientes. A democracia exige de seus participantes uma certa moralidade política. Na falta dessa moralidade política, nada na caixa de ferramentas dos designers constitucionais salvará uma democracia constitucional.⁹

Segundo FERRAJOLI (2014), o ponto de partida seria uma reforma eleitoral apta a propiciar a ressignificação da representatividade do sistema político, de modo a prevenir o que ele identifica como “ondas populistas”, situação que embora se refira na obra a partir de uma análise do contexto político italiano à época de sua elaboração, é claramente aplicável no Brasil em sua realidade atual.

O autor identifica na legislação italiana uma distorção do sistema proporcional pela atribuição da maioria das cadeiras parlamentares à uma minoria política que tenha um desempenho real equivalente a pouco mais de 20% do eleitorado. Compara, assim, a situação criada pela legislação em vigor por normas vigentes na época do regime fascista de Mussolini.

No Brasil, a grande proliferação de partidos políticos¹⁰, muitos dos quais sem qualquer expressão política revela também uma grande distorção do sistema proporcional, sendo que o fim das coligações partidárias aprovado pela Emenda Constitucional n.º 97, de 2017, e mantida na Emenda Constitucional n.º 111, de 2021 já representou um importante avanço.

Outra questão a ser considerada é a personalização dos projetos políticos inerentes ao sistema presidencialista puro, como o adotado no Brasil, fenômeno claramente observado nas últimas eleições presidenciais. FERRAJOLI (2014) indica que a Itália, embora adote um sistema parlamentarista, tem vivenciado o fenômeno tão só pela possibilidade de indicação nas cédulas eleitorais do nome do chefe da coalizão, arrematando que:

Somente a democracia parlamentar fundada no método proporcional, favorecendo o desenvolvimento dos partidos e, por meio destes, a representação de interesses sociais e de opções políticas distintas em virtual conflito entre elas, é idônea a garantir o pluralismo político. Sob este aspecto, esta é uma

⁹ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. How to save a constitutional democracy. London: The University of Chicago Press, 2018. p. 173 (Em livre tradução): “We think that constitutional design and political strategy are necessary, but we do not think they are ever sufficient. Democracy demands from its participants a certain political morality. In the absence of that political morality, nothing in the toolkit of constitutional designers will save constitutional democracy.”

¹⁰ Atualmente, há 33 (trinta e três) partidos políticos registrados no TSE (<https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-registrados-no-tse/registrados-no-tse> - Acesso em 28/12/2021).

condição necessária da representatividade de todo o eleitorado, e não somente de maiorias mais ou menos fictícias, é o mais seguro antídoto conta as falácias ideológicas e as involuções organicistas, populistas e monocráticas da representatividade, geradas pela sua verticalização e personalização nos sistemas variavelmente majoritários, bipolares e presidenciais.¹¹

Embora no Brasil tenha havido uma insipiente discussão acerca da modificação do sistema presidencialista eleito pela Constituição da República e mantido no plebiscito de 1993, visivelmente não há um avanço dessa matéria que, aparentemente, constituiu-se como um tabu da política brasileira.

A partir da análise de GINSBURG e HUQ (2018) também é possível concluir, a despeito da vasta controvérsia do debate presidencialista/parlamentarista, que os sistemas parlamentares possuem um maior ferramental para lidar com movimentos erosivos ao sistema democrático. Além disso, segundo os autores, a representação proporcional que é adotada geralmente nos sistemas parlamentares proporciona um maior acesso aos pequenos grupos étnicos e minorias linguísticas. Se por um lado mesmo partidos antissistema alcancem com facilidade participação no parlamento, por outro tal fato os inibe de tomarem o poder.

Já nos sistemas presidencialistas como nos Estados Unidos, segundo os referidos autores, onde a competição legislativa tende a ser binária em razão do sistema “first-past-the-post” e equiparada à competição presidencial, líderes populistas não conseguem chegar ao poder a não ser que se elejam para o cargo de presidente.

Com efeito a bipolaridade oriunda de um sistema pessoalizado acaba por suprimir o pluralismo político, artificialmente simplificando as diferenças de interesses dos representados e a complexidade social, transformando o processo político em uma disputa que mais se assemelha a um jogo ou partida esportiva, definida a partir de elementos absolutamente casuísticos.

Interessante a análise de FERRAJOLI (2014), segundo a qual o sistema parlamentarista estabelecido por meio da eleição proporcional permitiu à Itália pós-fascista o amadurecimento da experiência democrática em detrimento de um clima de guerra civil que poderia ter se estabelecido, caso efetuada outra opção de sistema político, entre as diversas forças que se apresentavam naquele momento.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens. A crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 61/62.

De fato, bipolarização causada pelo sistema majoritário implica em um grande enfraquecimento do papel dos partidos políticos, mesmo no Brasil em que existem em grande número, já que são constrangidos no jogo político a assemelharem-se entre si, esvaziando seus programas de conteúdos diferenciais de modo a obterem os votos indecisos e moderados.

Outra questão importante apontada por GINSBURG e HUQ (2018) é a efetividade dos sistemas parlamentaristas em responderem à mudança de condições políticas, já que não funcionam a partir de um período certo de tempo para a manutenção do chefe do Poder Executivo, tornando-se mais maleáveis às transformações da opinião pública e, conseqüentemente, evitando movimentos de desestabilização democrática (inclusive mudanças na constituição por governos populistas para perpetuação de seus mandatos).

A questão, contudo, não é simples, como advertem os mencionados autores, haja vista que o sistema parlamentarista também apresenta riscos como os observados na Polônia e Hungria em que partidos antissistema, por meio de uma maioria absoluta alcançada, valeram-se do poder legislativo para manterem-se no poder, preservando sua hegemonia eleitoral.

Arrematam os autores que:

Uma vez que a mesma degradação rápida [da democracia] pode também ocorrer em sistemas presidencialistas, isso significa simplesmente que escolher o parlamentarismo ao invés do presidencialismo não é nenhuma panaceia. Talvez a melhor forma de resumir a questão seja a partir dos riscos comparados: se a ameaça à democracia vem de um populista carismático, o sistema parlamentarista deve ser melhor; se a ameaça decorre de degradação partidária, presidencialismo será a opção preferível.¹²

É preciso, portanto, promover-se no Brasil uma reforma política verdadeira e compromissada com a democracia, que coloque em discussão aberta dogmas como os sistemas presidencialista e majoritário, permitindo ao país uma nova experiência democrática que seja compatível com a complexidade de nossa realidade e dinâmica social, propiciando uma verdadeira representação dos múltiplos interesses de nossa sociedade.

¹² GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. How to save a constitutional democracy. London: The University of Chicago Press, 2018. Pág. 184 (Em livre tradução): “Since the same rapid degradation can also happen in presidential systems, this simply means that choosing a parliamentary over a presidential system is no panacea. Perhaps the best way to summarize the matter is as one of competing risks: if the threat to democracy is from a charismatic populist, a parliamentary system may be better; if the threat is from partisan degradation, presidentialism might be a preferable option.”

Além do fortalecimento do sistema proporcional, FERRAJOLI (2014) aponta a necessidade de se forjar um sistema de incompatibilidades e de separações bem mais complexo e eficiente do que o hoje existente.

Segundo o autor essa transformação deveria apoiar-se em três eixos essenciais, sendo o primeiro atinente à separação das funções públicas e interesses privados, poderes políticos e econômicos. Nesse aspecto é requerido um sistema rígido e efetivo de incompatibilidades, o que não se verifica na realidade italiana atual.

No Brasil, o financiamento de campanhas políticas por empresas se constituía um verdadeiro “calcanhar de Aquiles” no que se refere à essa separação, já que a maior parte das denúncias envolvendo corrupção de políticos envolvia a “contraprestação” pelos favorecimentos governamentais a grupos empresariais mediante vultosas “contribuições” para campanhas eleitorais. Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal por meio da ADI 4.650 promoveu uma clara tentativa de correção de rumos.

Diferentemente da situação italiana analisada pelo autor¹³, porém, no Brasil o controle sobre a elegibilidade é conferido pela Constituição à Justiça Eleitoral, garantindo uma fiscalização independente e imparcial inclusive quanto aos mecanismos de incompatibilidade que previnem.

Esse importante mecanismo não passou despercebido de GINSBURG e HUQ (2018):

Corpos eleitorais independentes que assumem todos os aspectos da governança eleitoral, incluindo a resolução de disputas relacionadas às eleições têm sido particularmente importantes na América Latina. A abordagem modal aqui, inicialmente adotada no Uruguai em 1924 e depois difundida pelo continente, tem sido a criação de um ramo especial do judiciário com a jurisdição limitada à questões relacionadas às eleições. Tais tribunais gerenciam as eleições desde o processo de registro de eleitores à certificação dos resultados e têm sido cruciais para a resistência à erosão [da democracia].¹⁴

¹³ “Infelizmente, mesmo as normas já existentes sempre foram ignoradas pelas Comissões parlamentares de fiscalização dos poderes, claramente chamadas a julgar em causa própria. O que falta na Itália, contra semelhantes conflitos de interesses, são nem tanto as garantias primárias ou substanciais, mas sim as garantias secundárias ou jurisdicionais, pois os controles sobre a elegibilidade são conferidos, interna corporis, às próprias assembleias eletivas, estas próprias investidas em um ulterior conflito de interesses.” FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens. A crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 65.

¹⁴ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. London: The University of Chicago Press, 2018. Pág. 184 (Em livre tradução): “Independent election bodies that assume all aspects of election governance, including the resolution of election-related disputes, have been particularly

Ocorre que nos últimos anos, os ataques sucessivos de governantes eleitos à legitimidade e atuação da Justiça Eleitoral¹⁵ (e aos resultados das eleições) tem culminado em uma ameaça particular ao sistema político brasileiro que detém essa importante instituição como elemento de estabilização democrática.

O segundo eixo essencial apontado pelo autor seria o de tornar inacessível cargos públicos eletivos para os titulares de cargos de partido político, evitando-se a ocupação destes por interesses meramente particulares. O objetivo seria tornar os partidos “órgãos da sociedade”, forças de organização social. Segundo o autor:

Somente esta incompatibilidade entre cargos de partido e cargos institucionais serviria para restituir aos partidos a função de mediação representativa entre esfera pública e sociedade: como partidos sociais, mais do que políticos, destinados a realizar, com a participação dos inscritos, as grandes opções políticas, a formular programas, a formar as listas dos candidatos, a organizar as eleições e a exercer um controle externo e "de baixo" sobre os representantes eleitos.

No Brasil, a leitura da realidade política não é diferente. Basta se mencionar novamente a enorme quantidade de agremiações partidárias para se concluir que tais entidades, para longe de instituições coletivas sociais para debate e construção de políticas orientadas ao espaço público, hoje se tornaram uma figura meramente formal por meio do qual indivíduos buscam acessar os cargos eletivos, inacessíveis às candidaturas apartidárias no sistema brasileiro.

Com efeito, uma clara distinção entre a esfera partidária e a governamental permitiria um resgate do verdadeiro papel dos partidos políticos em uma democracia de locus de participação política dos cidadãos e intérpretes dos anseios destes.

Por fim, imprescindível, segundo FERRAJOLI (2014), o redesenho da clássica tripartição dos poderes de Montesquieu, que embora remanesça necessária, não prescinde de uma adaptação a uma realidade muito mais complexa do que aquela para a qual foi pensada há mais de dois séculos e meio.

important in Latin America. The modal approach there, initially adopted in Uruguay in and then diffused across the continent, has been to create 1924 a special branch of the judiciary with jurisdiction limited to election-related matters. These tribunals manage elections from the voter registration process to the certification of results and have been crucial in resistance to erosion.”

¹⁵ Destaque-se o Projeto de Lei Complementar 112/21 em tramitação na Câmara dos Deputados que, dentre outras medidas, visa limitar o poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral quanto às normas eleitorais.

Isso porque, a esfera pública deixou de ser um mero conjunto de poderes e limites correspondentes às liberdades públicas dos cidadãos, para o convívio nessa de diversas obrigações (para o Estado) atinentes a prestações positivas oriundas do modelo de Estado Social, estabelecendo-se nas categorias cunhadas por FERRAJOLI (2014) as esferas do indecidível e não indecidível.

Internamente aos próprios poderes da tripartição clássica o autor propõe a importante distinção entre funções e instituições de governo / funções e instituições de garantia, sendo a primeira legitimada pela representação política e a segunda pela sujeição à lei, notadamente aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Nesse quadro, a escola, as instituições de saúde e de previdência, como funções administrativas de garantia primária, a despeito de desenvolvidas nas dependências do Executivo, não de ser salvaguardadas das vicissitudes das instituições de governo que se legitimam pelo princípio da maioria, havendo de ancorar-se na aplicação imparcial da lei e seu papel de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Há de se lembrar como recentes projetos liberais no Brasil têm atingido os orçamentos dos órgãos que exercem essa chamada função de garantia primária, demonstrando que, por aqui, tais instituições não se encontram de forma alguma salvaguardadas da vontade política dominante, o que enseja, conseqüentemente, risco grave aos próprios direitos fundamentais cuja tutela lhes foi confiada.

Uma terceira solução apontada pelo autor advém da necessidade de revitalização da relação entre a sociedade e instituições representativas a partir de uma reestruturação dos partidos políticos, combatendo, assim, a despolitização e a desagregação política e social.

Se no passado as agremiações partidárias representavam (tanto no Brasil como na Itália) um foco de resistência a partir de organizações de classe, tornando impensável que a atuação dos dirigentes se dava meramente por interesses pessoais ou de poder, hoje tal realidade não subsiste empurrando os partidos políticos para uma profunda e duradoura crise.

Assim, os partidos políticos devem reassumir o seu papel como associações de base empenhadas pelo aprimoramento da sociedade por meio do debate de ideias e valores, cujo resultado necessariamente repercutirá na qualidade do governo e das legislaturas por eles produzidas e fiscalizadas.

Para tanto, FERRAJOLI (2014) aponta a necessidade de democratização interna dos partidos políticos, superando-se o dogma da desregulamentação estatal nesse espaço sob o velho argumento da ameaça à liberdade política e representativa.

Tal democratização não prescindiria da ação estatal, mediante lei, já que a autorregulação dos partidos políticos por meio de seus estatutos partidários já se mostrou claramente ineficiente a prevenir a sua transformação em grandes oligopólios a serviços de um determinado grupo e seus projetos de poder.

Nada mais verdadeiro no Brasil dos coronelismos, em que a apropriação dos partidos políticos por aqueles que há muito ocupam os assentos dos mais altos cargos políticos nacionais, implica na perpetuação de gerações sucessivas de famílias no Congresso Nacional desde a fundação da república, demandando, de fato, uma refundação dos partidos políticos colonizados por uma transformação interna que robusteça a democracia brasileira.

Porém, os três elementos acima não serão bastantes à tarefa de estabilizar a democracia diante da degeneração do sistema da informação apontada por FERRAJOLI (2014), para quem tal fenômeno advém do duplo controle político e proprietário sobre os meios de comunicação.

Essa análise é corroborada por GINSBURG e HUQ (2018), para quem a democracia ideal depende de um nível elevado de instituições neutras para produzirem informações imparciais e disseminá-las, já que os fatos são propriedade comum. Tais autores apontam que a neutralidade da produção dos dados primários é um dos pilares da democracia, ao passo que o pluralismo no acesso e interpretação de tais dados capacita e informa a competição partidária.

Arrematam dizendo que:

Há forças poderosas trabalhando para minar a esfera pública em vários países. A economia do mercado midiático de notícias tem pressionado para uma cada vez maior consolidação, concentrando em poucas mãos a direção para determinar qual o tipo de informação estará disponível. Ao mesmo tempo, a prática do próprio jornalismo tem sido radicalmente descentralizada de modo a possibilitar novas formas de busca da verdade e sua ofuscação. Em diversos países, há poucas fontes de notícias verdadeiramente autênticas se comparada a realidade há duas décadas.¹⁶

¹⁶ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. How to save a constitutional democracy. London: The University of Chicago Press, 2018, p. 197 (Em livre tradução): “There are powerful forces working to undermine the public sphere in many countries. The economics of the news media business have pressed toward ever-greater consolidation, yielding fewer hands at the tiller determining what kind of news is available. At the same time, the practice of journalism itself has been radically decentralized in ways that enable both new forms of truth-seeking and obfuscation. In many countries, there are fewer truly authoritative sources of news than even two decades ago.”

Nesse passo, prioritária se torna a separação entre os poderes políticos e midiáticos, bem como o desfazimento dos grandes monopólios detentores dos meios de comunicação, mediante o estabelecimento de leis específicas de controle concorrencial para esse setor.

Isso porque, tratando-se os meios de comunicação, para além de informadores, importantes formadores da opinião pública, torna-se imprescindível uma pluralidade de abordagens e conteúdos que promova uma democratização da própria informação comunicada, situação que não se mostra plausível com o controle concentrado de órgãos de imprensa.

Assim, torna-se necessário, segundo FERRAJOLI (2014):

Separar e garantir a liberdade de informação da propriedade; instituir autoridades de garantia destinadas à efetiva tutela da liberdade de imprensa e de informação; impedir qualquer forma de concentração da propriedade dos meios de comunicação; transformar as frequências em bens públicos igualmente acessíveis a todos; favorecer com financiamentos adequados inversamente proporcionais aos ganhos publicitários e com a criação de instalações e infraestruturas comuns as televisões não comerciais; afirmar o caráter objetivamente público da televisão e alargar o espaço do serviço televisivo de caráter público: são somente algumas das possíveis reformas destinadas a afrontar o perigo incumbente do “grande irmão”. São reformas difíceis, pois atingem potentes interesses consolidados. Mas ao menos se deve tomar consciência dos termos dramáticos do problema. Estão em jogo, nesse terreno, as liberdades fundamentais e a democracia.¹⁷

Avançando nessa questão, é preciso se levar em conta contemporaneamente o papel exercido pela internet, especialmente pelas grandes redes sociais, cuja influência nos resultados das eleições tornou-se inequívoco e inegável.

GINSBURG e HUQ (2018) alertam que as mídias sociais têm sido usadas tanto pelos atores estatais como pelos privados para influenciar eleições por meio da disseminação de notícias falsas (“fake news”) minando a confiança em todas as fontes disponíveis, ao ponto de tal fenômeno ser descrito pelo relatório das Nações Unidas¹⁸ como uma “pandemia ideológica”.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens. A crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 75.

¹⁸ O relatório se chama: Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism.

O fato de tratarem-se de grandes multinacionais detentoras de um grande poder informacional o qual perpassa não somente a disponibilização da informação, mas a sua filtragem e direcionamento por meio de algoritmos e automatizações, torna a questão ainda mais desafiadora por questões de jurisdição.

Se para a regulação do mercado interno de comunicação há uma grande resistência, quiçá no que se refere a empresas internacionais que em princípio não se sujeitam à regulação do Estado cujas eleições são influenciadas pela atividade de tais entidades.

E mais, considerando-se que a informação disseminada nesse caso não é produzida profissionalmente, ou seja, advém dos próprios usuários, sendo tratada pelas plataformas das redes sociais e exposta aos demais usuários de forma desigual (direcionada), acaba por ostentar um falso caráter de legitimidade aos destinatários da informação.

Portanto, as preocupações com as formações de oligopólios das grandes empresas de comunicação nacional devem ser estendidas para as chamadas “big techs” operadoras das grandes plataformas de mídia social via internet, que, cada vez mais, vem se consolidando como fonte de formação da opinião pública, inclusive em detrimento da mídia tradicional.

Por certo seria ingênuo pensar que os grandes desafios enfrentados pela democracia hoje poderiam ser enfrentados pura e simplesmente por meio de um (re)desenho das instituições ou mesmo da reforma constitucional.

Os estudos apresentados ao longo deste item, porém, objeto da reflexão amadurecida da ciência política e da teoria do estado, demonstram que há um papel a ser cumprido pelo direito (e, portanto, pela constituição) no combate às causas erosivas da democracia que atuam em múltiplas frentes.

Esse papel não pode ser negligenciado, embora a busca do aprimoramento das instituições e das normas constitucionais brasileiras deva se dar com a perspectiva constante da limitação de sua efetividade e resultados, pois as vicissitudes de nossa democracia se encontram umbilicalmente ligadas às de nossa realidade social, marcada fortemente pela desigualdade, cuja superação consubstancia o grande desafio para um sistema democrático pleno no Brasil.

Considerações Finais

Os estudos de teoria política contemporâneos, como demonstrado, têm se debruçado sobre fenômenos sociais que se expressam na medida em que as sociedades organizadas sob o modelo democrático se transformam e se tornam cada

vez mais complexas, cujos efeitos implicam na erosão das bases de sustentação democrática de tais sociedades.

Esse, aliás, parece ser um dos mais desafiadores cenários a estressar as estruturas não só de jovens democracias, como no caso do Brasil e outros países da América Latina, mas também de democracias consolidadas, cujo exemplo típico é a vivenciada pelos Estados Unidos da América desde o século XVI.

Por certo, como aponta o desenvolvimento teórico sobre o tema, esse cenário não surgiu subitamente, senão como resultado da deterioração ao longo dos anos de diversas premissas – outrora indiscutíveis na era dos grandes movimentos liberais, especialmente pós-ditaduras militares na América Latina – hoje vilipendiadas por diversas contradições das sociedades que buscam conciliar a democracia como regime político e o capitalismo como forma de organização econômica.

Soma-se a isso os efeitos do próprio liberalismo político, ou seja, a exponenciação das formas de pensamento, crença, padrões morais a estabelecerem um multiculturalismo que torna cada vez mais distante um modelo social outrora vigente – ao menos e alguns países – de uma sociedade padronizada e dirigida por uma cosmovisão tão hegemônica a ponto de propiciar uma identidade nacional.

Não bastasse isso, há ainda o grande impacto na formação e manipulação da opinião pública do mercado midiático desde a era das rádios e dos grandes jornais impressos, passando pela revolução da televisão e agora sob o domínio das redes sociais, geridas por plataformas gerenciadoras e direcionadoras de conteúdo por meio de algoritmos pouco (ou nada) transparentes ao público usuário.

O Brasil não está imune a essas transformações, pelo contrário! A complexa sociedade contemporânea brasileira vem sofrendo cada vez mais esses fenômenos e seus efeitos observados pelos teóricos em relação aos países democráticos como um todo.

Basta se referir, por exemplo, ao tumultuado processo político que culminou na formação do governo atual de Jair Bolsonaro nas Eleições de 2018, em meio à uma enorme polarização do eleitorado, sob o fomento das chamadas “fake news”, disseminadas especialmente por meio das redes sociais de forma desordenada.

Ameaças abertas contra o regime democrático foram proferidas – como já há muito não se via no Brasil – pelos candidatos e pelos governantes eleitos. Mas, sem dúvida o mais grave foi o respaldo popular que tais ataques encontraram em grande parte dos brasileiros. A sensação é a de que o sentimento e a identidade democrática se esvaneceram.

As consequências são graves e foram experimentadas no enfrentamento da crise sanitária e econômica decorrentes da pandemia de COVID-19, ainda em curso quando da elaboração deste artigo, a qual foi permeada pela politização de decisões relativas às medidas a serem adotadas e pela disseminação de notícias sem embasamento científico (especialmente pelas mídias sociais) que minaram a coesão da sociedade em torno do propósito comum de superar os desafios propostos pela realidade.

Abre-se, assim, um horizonte indefinido para se discutir teoricamente e implementar na prática política e social as soluções para reforçar ou reformular as estruturas que sustentam o regime democrático nos vários países que o adotaram. Se por um lado as causas parecem estar profunda e proficuamente diagnosticadas (a despeito de se tratar de um processo social em evolução e, pois, constantes mudanças), ainda parecem tímidas as propostas para remediá-las.

Não obstante a incipiência dos projetos e propostas de reforma do sistema democrático, aparece como veio comum um papel fundamental a ser exercido pelo direito, e especificamente pelas normas constitucionais, que embora esteja longe de ser a solução (que não pode ser construída deontologicamente), como se pôde perceber a partir de FERRAJOLI (2014) e GINSBURG e HUQ (2018), constitui-se como elemento de firme contenção das balizas democráticas.

Assim, desenhos institucionais que têm demonstrado na própria realidade brasileira o seu valor em face dos desafios para a democracia, como, por exemplo, a Justiça Eleitoral, devem ser reforçados, sem prejuízo de um necessário debate aberto, maduro e aprofundado acerca das reformas políticas que possibilitem a atenuação e, quiçá, superação dos fenômenos que atentam contra a democracia brasileira, propiciando, enfim, a desejada formação de um sentimento democrático que una a nação brasileira em torno desse ideal, sem deixar de preservar o seu multiculturalismo que a caracteriza desde a sua formação.

Referências

DAHL, Robert. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAHL, Robert. A democracia e seus críticos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

FAWCETT, Paul Fawcett; FLINDERS, Matthew; HAY, Colin; WOOD, Matthew. Anti-Politics, Depoliticization, and Governance. Oxford: Oxford University Press, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens. A crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. How to save a constitutional democracy. London: The University of Chicago Press, 2018.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. The Federalist Papers. Edited by Isaac Kramnick, London: Penguin Books, 1987.

IBGE. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2020 - Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 07/09/2021.

LANDEMORE, Hélène. Is representative democracy really democratic? Interview of Bernard Manin and Nadia Urbinati - New York, April 10, 2007. In: Dossier Democracy: Bridging the Representation Gap. Disponível em <https://booksandideas.net/Is-representative-democracy-really-democratic.html>. Acesso em: 07/09/2021.

LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. Como as democracias morrem. São Paulo: Zahar (Companhia das Letras), 2018.

MANIN, Bernard. Principes du gouvernement representative. Paris: Champs Flammarion, 1996.

ONU. Relatório do Desenvolvimento Humano 2019 - Além do rendimento, além das médias, além do presente: Desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf. Acesso em: 07/09/2021.

PRZEWORSKI, Adam. Crises da Democracia. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

TILLY, Charles. Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

THE POLICY PROJECT. Disponível em: <https://www.systemicpeace.org/polityproject.html>. Acesso em: 07/09/2021.

URBINATI, Nadia. Democracy disfigured: opinion, truth, and the people. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019.

URBINATI, Nadia. Da democracia dos partidos ao plebiscito da audiece. In: Lua Nova, n. 89, 2013, p. 85-105.

WALDRON, Jeremy. The harm in the hate speech. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

WIART, Jerzy J. New Authoritarianism. Challenges to Democracy in the 21st century. Barbara Budrich Publishers: Toronto, 2019.

5 ELEMENTOS COMUNS DAS CRISES CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS DE 1937, 1964 E 2021: ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DOS ESTUDOS DE ROBERTO GARGARELLA

Mariana Tomaz da Cunha¹
Paola Goulart de Souza Spikes²

Sumário: Introdução; 1. Das crises democráticas; 1.1. O Golpe de 1937; 1.1.1. O pensamento constituinte à época do Golpe de 1937; 1.1.2. Arranjo institucional da Constituição de 1937; 1.2. O Golpe de 1964; 1.2.1. O pensamento constituinte à época do Golpe de 1964; 1.2.2. A Doutrina de Segurança Nacional; 1.3. A crise democrática do Brasil no ano de 2021; 1.3.1. Do contexto político que culminou na eleição do presidente Bolsonaro em 2018; 1.3.2. Dos tensionamentos institucionais no ano de 2021; 2. Caracterização dos elementos comuns das crises democráticas segundo Gargarella; Considerações finais; Referências.

Introdução

A experiência demonstra que, muitas vezes, é necessário socorrer-se do passado para entender o presente e escolher uma trajetória a ser trilhada no futuro. Partindo dessa premissa, este trabalho analisa a estrutura do pensamento constituinte brasileiro à época de três relevantes momentos de crise na democracia: o golpe que instaurou o Estado Novo, em 10 de novembro de 1937, o golpe que deflagrou a ditadura militar no Brasil, em 31 de março de 1964, e a crise democrática do Brasil no ano de 2021, até as manifestações ocorridas em 07 de setembro do mesmo ano.

O objetivo do estudo é compreender as falhas democráticas no sistema constitucional brasileiro, segundo Gargarella, e verificar se a reformulação da “sala de máquinas” propagada pelo autor é necessária no Brasil.

A justificativa para a realização do artigo é a necessidade de se estruturar um sistema constitucional com ferramentas capazes de amortecer os impactos decorrentes dos inevitáveis conflitos de forças que contracenam em um regime democrático, de modo a evitar a repetição cíclica de crises generalizadas calcadas em um constitucionalismo débil.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza/CE, Brasil; Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, Niterói/RJ, Brasil; ORCID: 0000-0001-6171-6043; marianatomaz2310@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil; Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, Niterói/RJ, Brasil; ORCID: 0000-0002-0084-468X; paolagoulart@id.uff.br

Inicialmente, o trabalho retrata o “estado da arte” do pensamento constituinte que serviu de lastro às investidas contra a democracia em cada uma das situações analisadas, utilizando como fonte de pesquisa, prioritariamente, as obras e escritos produzidos à época em que se desenrolaram os acontecimentos, bem como os textos das constituições então vigentes.

Uma vez diagnosticada a anatomia das crises e estabelecidas suas características e eventuais pontos de contato, o artigo se volta ao estudo dos elementos comuns das crises democráticas, em diálogo com o pensamento do constitucionalista argentino Roberto Gargarella, em especial os livros *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution* e *La derrota del derecho em Latin America: 7 tesis*.

1. Das crises democráticas

1.1. O Golpe de 1937

1.1.1. O pensamento constituinte à época do Golpe de 1937

Neste tópico, serão abordadas as obras *O idealismo da Constituição*, de Oliveira Viana (1939), e *O Estado Nacional: Sua estrutura, seu conteúdo ideológico*, de Francisco Campos (1941). Antes, porém, de adentrar o estudo das obras dos principais teóricos constitucionais da época, faz-se necessária breve contextualização do momento histórico vivenciado pelo Brasil.

Em 1930, Getúlio Vargas protagonizou um golpe de estado que depôs o então presidente Washington Luís e pôs fim à chamada “República Velha”, marcada pelo domínio de tradicionais oligarquias paulistas e mineiras, que se alternavam na presidência. A tomada de poder veio acompanhada da promessa de convocação de uma nova Assembleia Constituinte, a qual, no entanto, somente foi instaurada em 1933, e cujos trabalhos redundaram na Constituição de 1934.

Vargas venceu as eleições realizadas em 1934, assumindo o mandato de presidente democraticamente eleito, com previsão de término em 1938. No entanto, após uma malsucedida tentativa de golpe promovida pela Intentona Comunista de 1935, e ante a proximidade de novas eleições, os militares forjaram um documento que ficou conhecido como Plano Cohen, que supostamente conteria um plano comunista para destituir Getúlio do poder.

No âmbito internacional, a economia mundial ainda amargava os efeitos da quebra da Bolsa de Valores de Nova York, ocorrida em 1929. Sob os escombros deixados pela Primeira Guerra, a Europa testemunhou a ascensão de líderes

autoritários como promessas de superação das crises, destacando-se Hitler e Mussolini como principais expoentes.

A alegada ameaça comunista no plano interno, bem como a efervescência do autoritarismo na Europa, serviram de combustível e cenário político para o endurecimento do regime no Brasil, que culminou com um golpe de estado em 1937 e com a outorga da nova Constituição de que ora se está tratando.

Ambos os juristas ora estudados fundamentam a legitimidade das mudanças empreendidas pelo golpe de 1937 na evidente crise da democracia liberal, ainda que sob enfoques diferentes.

Para Viana (1939), o grande mal originário de todas as constituições brasileiras antes de 1937 foi crer na viabilidade de se importarem os cânones das democracias liberais inglesa, americana e francesa para o território nacional. Um dos principais motivos do fracasso anunciado da transposição de tais ideais iluministas eram as condições reais de construção histórica e de existência do povo brasileiro, o qual, à diferença daqueles adotados como paradigma, não tem opinião pública organizada ou interesses coletivos nacionais bem definidos.

Ao contrário, defende que a sociedade brasileira, atrasada e rudimentar, se organiza por meio de “clãs” formados, majoritariamente, por indivíduos miseráveis, que não reconhecem ou não compreendem pretensões que ultrapassem as fronteiras de seu restrito grupo e tenham serventia ao bem comum da nação. Isso porque, argumenta, a formação do povo brasileiro não atingiu tal nível civilizatório de consciência política – e, possivelmente, jamais viesse a atingi-lo.

Rejeitava, assim, a importação acrítica do “idealismo utópico” da democracia liberal e defendia o “idealismo orgânico” de uma democracia autoritária. Este último idealismo, a seu ver, nada mais seria que uma antecipação daquilo que seria a evolução natural da sociedade, com base em regras de observação da experiência pretérita.

Haveria, portanto, um vício originário na implementação da democracia operada pelas Constituições de 1891 e de 1934, cujas instituições e categorias, inspiradas em modelos estrangeiros, não se aclimataram adequadamente à realidade brasileira.

Francisco Campos (1941), por sua vez, vaticina a derrocada do modelo liberal-democrático em todo o mundo, devido à insuficiência de suas fórmulas tradicionais para responder aos problemas postos pelo progresso científico e pelas grandes revoluções industriais e intelectuais, que ampliavam a complexidade das relações políticas.

Nesse contexto, em que a humanidade passou a lidar com mudanças que se operavam cada vez mais rápido, a escala de referências ditada pelo liberalismo

tornou-se obsoleta. Isso porque as constituições anteriores estiveram devotadas à contenção do poder estatal e à delimitação de liberdades negativas, em uma perspectiva de afirmação do indivíduo por meio da abstenção do Estado. O propósito das constituições a partir de então deveria evoluir para a garantia de direitos positivos, de caráter prestacional.

No entanto, ao fundamentar tal mudança de paradigma, Campos não considerou que os novos direitos sociais deveriam constituir um acréscimo aos direitos civis e políticos que os precederam, mas sim que deveria haver uma verdadeira inversão do conceito de democracia do século XIX, o que chancelaria atitudes estatais consideravelmente mais intervencionistas: “[p]ara assegurar aos homens o gozo dos novos direitos, o Estado precisa de exercer de modo efetivo o controle de todas as atividades sociais – a economia, a política, a educação” (CAMPOS, 1941).

1.1.2. Arranjo institucional da Constituição de 1937

A inadequação do modelo liberal de democracia estava posta: tratava-se de um arquétipo datado, cujos ideais já se afiguravam incompatíveis com o novo espírito do tempo, ou, nas palavras de Getúlio Vargas em discurso proferido em 10 de novembro de 1937, “o regime constitucional perdeu o seu valor prático, subsistindo, apenas, como mera abstração” (VARGAS, 1950).

Passa-se, então, à descrição dos novos arranjos institucionais adotados pela Constituição de 1937, acompanhada dos discursos a eles subjacentes, que supostamente legitimariam sua superioridade em relação àqueles das constituições anteriores.

Adotando a crise como premissa, os autores desmentem a importância dos pilares das democracias concebidas pelas Revoluções Liberais – o sufrágio universal, as eleições, os partidos políticos, a separação de poderes e o federalismo.

Para Oliveira Viana (1939), tais institutos não teriam viabilidade prática no Brasil, e qualquer tentativa de implementá-los não passaria de um “idealismo utópico”. Conforme já mencionado, segundo o autor, as massas populacionais brasileiras organizavam-se de forma rudimentar, dispersa pelo território, sem qualquer indício de coesão social que denotasse a existência de uma opinião organizada.

A grande maioria dos indivíduos, portanto, não teria condições de tomar decisões livres e autônomas, capazes de interferir validamente no destino político da nação. Ao denunciar essa inaptidão das massas, Viana manifesta uma concepção

de uma sociedade a ser tutelada por um grupo seletivo de cidadãos mais preparados, com consciência política mais subsistente – que acabava por recair sobre as elites³.

Sendo a massa da população destituída de condições de manifestar uma opinião política, conclui que “o voto não é condição essencial para que a opinião popular possa manifestar e – o que é mais – impôr-se ou fazer-se ouvida e atendida”. Desse modo, de nada adiantaria instituir o sufrágio universal. Descredibilizada a importância do voto, as eleições são o próximo instituto a ter sua imprescindibilidade questionada: “não seria absurdo imaginar-se a possibilidade de uma perfeita democracia funcionando sem eleições” (VIANA, 1939).

O sufrágio universal, para o autor, acarretaria uma distorção qualitativa, uma vez que o voto inconsciente da maioria campesina acabaria por anular os votos dos residentes das capitais, mais esclarecidos. Portanto, até seria defensável que o povo elegeisse os membros da Assembleia Nacional, a qual, ontologicamente, é responsável por patrocinar seus interesses. Porém, em relação ao Presidente da República, isso seria inconcebível: “o governo é uma função de elite e das elites; cabe, portanto, às elites elegerem os agentes supremos do governo” (VIANA, 1939).

Francisco Campos (1941) subscreve o argumento da indiferença das massas em relação às questões políticas, seja devido à confessa precariedade da educação, seja em decorrência da expressiva modificação dos problemas de que passava a se ocupar a política: de temas gerais, suscetíveis de serem compreendidos e debatidos pelo povo, operava-se a transição para temas cada vez mais técnicos, econômicos e financeiros, inacessíveis ao interesse geral.

É sobre os partidos políticos nacionais, no entanto, que recaem as críticas mais contundentes. Segundo Viana (1939), ao contrário dos partidos organizados na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, os quais efetivamente vocalizariam os interesses de classes organizadas de indivíduos, bem como traduziriam legítima parcela da opinião popular, os partidos políticos no Brasil seriam vazios de ideologia, sem qualquer utilidade pública, os quais representariam tão somente os interesses dos grupos (ou “clãs” locais) de onde provinham.

Afigurava-se salutar, portanto, eliminar os partidos como intermediários entre o povo e o governo. Não por acaso, o Presidente da República dissolveu todos

³ O argumento de que a sociedade brasileira necessitaria de tutela, ante a sua inaptidão para a política, fora rechaçado por Tavares Bastos muitas décadas antes, ao manifestar-se contra a centralização do Império e defender o regime federativo. Em sua obra *A Província*, assevera: “Negam ao país aptidão para governar-se por si, e o condenam por isso à tutela do governo. É pretender que adquiramos as qualidades e virtudes cívicas, que certamente nos faltam, sob a acção estragadora de um regimen de educação política que justamente gera e perpetua os vícios opostos” (BASTOS, 1870).

os partidos políticos por meio do Decreto-Lei nº 37, de 2 de dezembro de 1937, expedido com base nas atribuições que lhe conferia o art. 180 da Constituição de 1937.

Extirpados os partidos políticos, a nova forma de organização das categorias em torno de suas demandas, e a conseqüente interlocução com o poder central, deveria se dar por meio de associações de classe, cada uma representando um setor da economia nacional. O corporativismo seria, assim, uma forma de compor os antagonismos entre as classes, conferindo-lhes representação política para veicular seus interesses.

Campos afirma que, ao modular as pretensões políticas de cada classe, “o corporativismo interrompe o processo de decomposição do mundo capitalista previsto por Marx como resultante da economia liberal” (CAMPOS, 1941). Haveria, na organização corporativa, uma conformação racional das liberdades, ao contrário da liberdade anárquica e irrestrita, tipicamente incentivada pelo liberalismo.

A debilidade dos partidos estender-se-ia, por sua vez, às instituições para as quais seus membros são eleitos, a saber, a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal. O Parlamento, assim, seria um atracadouro de pretensões pessoais, divorciadas de qualquer inspiração coletiva, cujo propósito único seria o de distribuir favores a clientelas políticas atomizadas.

Além de corrupto, nas palavras de Francisco Campos (1941), o poder Legislativo seria também francamente ineficiente e incapaz de cumprir a função legiferante que tradicionalmente lhe vinha sendo confiada. À medida que a sociedade se tornava mais complexa, as matérias objeto de normatização assumiam contornos cada vez mais técnicos e menos políticos, o que escancarava o despreparo e o desconhecimento dos parlamentares para produzir leis adequadas à nova realidade social.

Portanto, os autores consideraram salutares as medidas de extrema restrição que a Constituição de 1937 impôs ao Legislativo, como a dissolução da Câmara, do Senado e das Assembleias estaduais (art. 178), os quais só seriam recompostos após um plebiscito – que nunca veio a se realizar – e a atribuição da iniciativa de projetos de lei ao Governo, como regra, e a um quinto de Deputados ou de membros do Conselho Federal, apenas de forma subsidiária (art. 64).

A simples existência da máquina democrática, para Campos (1941), pouco significa para a realização do ideal democrático. A igual oportunidade de votos e o funcionamento de eleições periódicas não afiançaria a produção de quaisquer resultados orientados ao bem comum ou a promoção de direitos básicos.

Ademais, o funcionamento da máquina pressuporia a existência de complexos mecanismos que se sobrepoem como intermediários entre o povo e o Governo. O processo eleitoral tal como formatado, envolvendo partidos, reuniões, comitês e propaganda, bem como o dispêndio de altas cifras, geraria fundadas desconfianças no povo. Nos dizeres de Campos (1941):

Para reivindicar o ideal democrático é, ao invés, necessário quebrar a máquina democrática, restituindo a liberdade e a espontaneidade aos movimentos de opinião. A inauguração de uma nova era revolucionária no mundo encontra a sua explicação precisamente no fato de haverem as instituições democráticas adquirido um caráter exclusivamente formal e mecânico, passando a servir, precisamente, fins opostos ao ideal democrático. (grifo nosso)

A falência dos partidos e dos órgãos legislativos como legítimos representantes da opinião pública, portanto, reivindicaria a substituição por outra fonte de expressão da vontade do povo. Esta fonte, por sua vez, materializava-se na figura do Presidente, “que não divida com ninguém sua autoridade; do Presidente, em quem ninguém mande; do Presidente soberano, exercendo, em summa, o seu poder em nome da Nação, só a ella subordinado e só della dependente” (VIANA, 1939).

O Presidente seria, portanto, o genuíno depositário do que se convencionou chamar “interesse da Nação”, uma vez que os interesses albergados pelos partidos se afiguravam fragmentários. E não só: para exercer seu mandato, o Presidente deveria estar livre dos embaraços e constrangimentos inerentes aos regimes impostos pelas constituições anteriores, em que era preciso negociar com os líderes de governo para exercer as atribuições necessárias à consecução do interesse coletivo que representava.

Sobre a Constituição de 1934, Campos (1941) denuncia que o texto teria sido elaborado segundo os mesmos ideais liberais que a revolução pretendia combater, comportando um aparelhamento que conduzia à inação e à paralisia, “em que a iniciativa de uma peça encontrava a resistência de outra, cujo destino era, precisamente, retardar, amortecer ou deter-lhe o movimento”.

Resta nítido, pois, que as formulações teóricas ora analisadas rejeitavam com veemência a clássica separação de poderes de Montesquieu, bem como seu funcionamento harmônico e independente, calcado em um sistema de freios e contrapesos que evitasse a preponderância de qualquer deles sobre os demais. Atribuía-se clara prevalência ao Executivo, cuja atuação deveria desvencilhar-se

dos inconvenientes óbices gerados pela simples existência de uma divisão de poderes.

Para os autores estudados, o regime federativo e a autonomia conferida aos entes também causavam severas distorções à supremacia do governante, fragmentando “em 20 parcelas o poder que deveria ser uno e indivisível” (CAMPOS, 1941). Ademais, a lógica federativa privilegiaria interesses locais em detrimento do interesse nacional, circunstância com a qual não se podia transigir naquela nova configuração política da nação.

Por isso, a autonomia regional foi asfixiada por meio da nomeação de interventores para os Estados (art. 9º) e foram abolidos todos os hinos, bandeiras, escudos e armas estaduais, subsistindo apenas os nacionais (art. 2º). “Os que conhecem as leis da *psychologia social* e o papel dos *symbolos* como agentes da unificação moral dos grupos humanos podem bem avaliar o imenso alcance político desse dispositivo da nova Constituição”, assevera Viana (1939).

Segundo esse raciocínio, o Presidente, ao governar sob a égide da Constituição de 1934, continuava sujeito às limitações decorrentes tanto dos demais poderes quanto do regime federativo, o que lhe impedia de promover com desenvoltura os interesses da nação. Assim sendo, não seria por meio de emenda àquela Constituição que seu propósito haveria de se cumprir: “o unico caminho a tomar não podia ser outro sinão o que tomou: um golpe brusco, imprevisto, seguro, resoluta e oportunamente desfechado, dissolvendo este Parlamento sem significação nacional (...)” (VIANA, 1939).

O modelo adotado pela Constituição de 1937 seria, segundo os autores, o ideal para o florescimento da democracia brasileira, fundamentado em nossas próprias particularidades e na estrutura de nosso tecido social.

A Constituição de 1937, portanto, teria cumprido satisfatoriamente o mister de veicular as concepções ora expostas, configurando um desenho institucional que respondia adequadamente ao propósito de corrigir as imperfeições então denunciadas. Acabavam de surgir, portanto, as engrenagens de uma “lógica perfeita” de democracia autoritária (VIANA, 1939). No mesmo sentido, Francisco Campos afirma, categoricamente, que a Constituição de 1937 é “profundamente democrática” (CAMPOS, 1941).

1.2. O Golpe de 1964

1.2.1. O pensamento constituinte à época do Golpe de 1964

Neste tópico, serão abordadas as obras *Imperativos da Revolução de Março* (1965) e *Da Revolução à Democracia* (1977), ambas de Miguel Reale, e *Conjuntura Política Nacional: o Poder Executivo & Geopolítica no Brasil* (1981), de Golbery do Couto e Silva.

Reale foi, possivelmente, o mais influente jurista a se debruçar sobre o golpe⁴ militar de 1964, a fim de conferir-lhe respaldo teórico. O autor, de fato, acreditava no potencial revolucionário para restaurar a democracia no Brasil, a partir de um projeto que, ao mesmo tempo, expurgasse os vícios do governo anterior e promovesse efetiva justiça social por meio do desenvolvimento, com a superação dos conflitos sociais.

Suas obras reafirmam, em diversas passagens, a necessidade de romper com a subversão, a inflação, a corrupção, a insegurança e a “agitação das reformas” do regime anterior. No entanto, para isso, seria necessário legitimar o movimento de 1964 por meio de ideias reitoras básicas, ou a “fixação de quadrantes doutrinários, nos quais os planos de governo passem a ter significado real” (REALE, 1965).

Esta legitimação no plano político-sociológico deveria se dar, essencialmente, por meio da fundação de uma nova ordem constitucional, destinada a fazer uma corajosa reforma do Estado a fim de superar as estruturas até então vigentes. “Fora disso”, expõe, “o que há é mero ‘golpe de Estado’” (REALE, 1965).

Portanto, o regime deflagrado pelos militares deveria ser, naturalmente, transitório e preparatório de outro, mais sustentável. Dos Atos Institucionais, deveriam ser mantidos e incorporados à nova ordem constitucional apenas os dispositivos mais relevantes, a saber, aqueles que efetivamente reequacionassem a relação entre os poderes. A suspensão das garantias individuais e o recurso à força, próprios do regime de exceção, seriam gradativamente arrefecidos, até o momento em que não fossem mais necessários.

Ocorre que, no entender de Reale, o novo regime foi omissivo em promover sua consolidação política, o que tornou necessário intensificar e prolongar as medidas de exceção: “os Atos Institucionais ns. 2 e 3 só surgiram, a bem ver,

⁴ Embora, atualmente, pareça pouca divergência sobre a configuração dos eventos de 1964 como um golpe de Estado, Miguel Reale denomina-o “revolução” ou “movimento”, justamente por defender sua legitimidade.

porque não houve a preocupação de se usar dos poderes excepcionais contidos no Ato n.º 1⁵, no sentido de uma planejada revisão constitucional, para dar ao País uma estrutura política adequada” (REALE, 1977).

Do mesmo modo, segundo o autor, o Ato Institucional n.º 5 justificadamente “reabriu o processo revolucionário”, uma vez constatada a insuficiência do modelo constitucional de 1967 para repelir a desordem e as ameaças da esquerda, cujos ideais eram largamente proliferados em ambientes universitários.

A Emenda Constitucional n.º 01/1969, outorgada pelo Executivo com fundamento nos poderes conferidos pelo art. 2º, §1º, do AI-5, manteve a vigência deste ato de exceção e de todos os que lhe sucederam, reservando ao Presidente da República a faculdade de decretar a cessação de sua vigência (art. 182 da EC 01/69).

O referido dispositivo, incluído por sugestão do próprio Reale, ao inserir os atos institucionais no conteúdo da Constituição, representaria dois compromissos: “a) o de revogar-se, paulatinamente, o conteúdo dos Atos, até que só prevaleça o disposto na Constituição”; b) o de não se baixarem novos Atos, nem mesmo para se privar de vigência os já em vigor” (REALE, 1977). Tal medida, por si só, evidenciaria a intenção de destacar o seu caráter transitório, na exata medida em que fossem úteis para o aperfeiçoamento da democracia.

O modelo por ele defendido como ideal, nas obras estudadas, a ser adotado após o fim do período revolucionário – integralismo – compreende uma série de medidas sobre a reforma da burocracia estatal e da legislação tributária, a reestruturação do processo legislativo, a redefinição de competências do Judiciário e a reorganização do poder em bases corporativistas.

Há inspiração declarada no fascismo italiano, com a reafirmação da autoridade do Estado e a substituição dos partidos por corporações, calcado em forte ideal nacionalista e de coesão entre os membros da coletividade.

Naturalmente, àquela época, a doutrina fascista não implicava a conotação pejorativa de hoje, o que impossibilita julgar um modelo proposto no passado com as lentes do presente, sob pena de incorrer em grave anacronismo. Para o que interessa a este trabalho, o que o transcurso da história permite concluir é que Reale admitia o silenciamento de direitos fundamentais (meio) em prol da consolidação do movimento de 1964 (fim), possivelmente subestimando o potencial das consequências deletérias que tal política implicaria, na prática.

⁵ O autor se refere, especialmente, aos arts. 3º e 4º do AI-01, que conferia ao Presidente da República o poder de enviar ao Congresso Nacional projetos de emenda constitucional e de lei, sendo que, neste último caso, a não apreciação em 30 dias ensejaria sua aprovação tácita.

1.2.2. A Doutrina de Segurança Nacional

Golbery do Couto e Silva, general do Exército brasileiro e um dos idealizadores do golpe de 1964, também destilou suas críticas ao liberalismo. Foi um dos principais teóricos da Doutrina de Segurança Nacional (DSN), especialmente detalhada no livro *Conjuntura Política Nacional: o Poder Executivo & Geopolítica no Brasil*, e ensinada no âmbito da Escola Superior de Guerra (ESG).

Preliminarmente, é preciso tecer algumas considerações. Os preceitos teóricos enfeixados pela DSN certamente não constituíram a espinha dorsal do regime militar, que teria operado, ainda que à revelia de qualquer aparato ideológico mais rebuscado.

Tampouco foi um tempo em que floresceram ideias e alternativas constitucionais. Com efeito, os 12 sintéticos artigos do AI-05, de 13 de dezembro de 1968, tornavam letra morta toda e qualquer garantia prevista na Constituição de 1967, situação que perduraria ao longo dos 10 anos de sua vigência.

Nesse sentido, procede a crítica de Élio Gaspari ao afirmar que a Doutrina de Segurança Nacional “nada teve de doutrina, muito menos de ideologia” e que “exagerar a importância do que seria uma astuciosa ideologia específica da ‘Revolução Redentora de 31 de Março de 1964’ faz com que se veja racionalidade onde não houve” (GASPARI, 2002).

No entanto, mais adiante, o próprio Gaspari (2002) sintetiza:

Durante os 21 anos de duração do ciclo militar, sucederam-se períodos de maior ou menor racionalidade no trato das questões políticas. Foram duas décadas de avanços e recuos, ou, como se dizia na época, “aberturas” e “endurecimentos”. De 1964 a 1967 o presidente Castello Branco procurou exercer uma ditadura temporária. De 1967 a 1968 o marechal Costa e Silva tentou governar dentro de um sistema constitucional, e de 1968 a 1974 o país esteve sob um regime escancaradamente ditatorial. De 1974 a 1979, debaixo da mesma ditadura, dela começou-se a sair.

Ademais, também é possível vislumbrar uma divisão ideológica dentro das próprias Forças Armadas – a conhecida oposição entre os de “linha dura” e os moderados, segmento mais compatível com o perfil de Couto e Silva.

Para os fins específicos a que se propõe este trabalho, afigura-se pertinente analisar a estrutura do pensamento que emprestou verniz de legitimidade ao desmonte das instituições democráticas, sobretudo em seus anos iniciais, quando o

regime ainda se pretendia constitucional, mesmo com a ciência de que este não tenha sido o efetivo sustentáculo do regime vigente no Brasil de 1964 a 1985.

Conforme expõe Christian Lynch, as sucessivas crises do liberalismo criam uma espécie de “vácuo de legitimidade da classe dirigente”, favorecendo o surgimento de pessoas ou classes supostamente vanguardistas, guardiãs das soluções necessárias ao avanço da nação. No golpe que instaurou o Estado Novo, a vanguarda recaiu sobre a pessoa do governante Vargas; no golpe de 1964, sobre a classe militar (LYNCH, 2017).

Como o próprio nome sugere, o valor em torno do qual se orienta o pensamento de Couto e Silva é a preservação da segurança nacional, contra as ameaças internas e externas que a circundavam. Na realidade, tais ameaças emanavam de uma origem comum, resultante do conflito que se havia desenhado na geopolítica mundial entre dois polos de poder, que gravitavam, seja em torno do eixo Estados Unidos-Europa Ocidental, seja do eixo Rússia-China.

Nesse contexto, sublinha, os países do bloco ocidental enfrentavam situação de desvantagem, visto que assentados na liberdade democrática como valor inestimável, permeáveis ao pluralismo e à tolerância e, por isso mesmo, mais suscetíveis à propaganda desagregadora soviética.

Importa notar que, neste ponto, o autor não defende o abandono das ideias democráticas em razão da vulnerabilidade que ela enseja. O que se sustentava era o alinhamento de interesses e recursos entre os integrantes do bloco ocidental para fazer frente à iminência de uma ofensiva comunista. Era preciso, pois, manter absoluta coesão nacional e internacional.

No plano interno, seria imperioso que a democracia contivesse, em suas instituições, mecanismos de regulação das crises geradas pelo seu próprio funcionamento e de acomodação das forças e interesses em conflito, mediante o emprego da estratégia, a qual, segundo Couto e Silva (1981), “em qualquer domínio em que se verifique um entrechoque de interesses ou objetivos, competição de vontades ou luta entre indivíduos, (...) tem justa e cabida aplicação”.

Na DSN, o epicentro da estratégia estaria representado por um Estado forte, capaz de garantir a segurança nacional. Caso contrário, o comunismo se infiltraria nas instituições democráticas, o que significaria sua própria ruína.

Na Constituição Federal de 1967, esse vetor ideológico encontra-se presente em diversos dispositivos, que concentram poderes e faculdades sob os auspícios do Executivo e reafirmam sua importância como ideal a ser protegido pelo Estado.

O art. 89 dispõe que “toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei”. Os artigos seguintes versam

sobre o Conselho de Segurança Nacional, órgão de aconselhamento do Presidente para decisões envolvendo questões sensíveis. “Composto por ministros demissíveis ad nutum”, no entanto, “o Conselho sempre fora uma ficção”, porquanto “suas decisões, sem a chancela do Presidente, nada valiam” (GASPARI, 2002).

Os arts. 152 e 153 da Carta de 67 autorizavam o Presidente a decretar estado de sítio, em casos de guerra e de grave perturbação da ordem, sem necessidade de autorização prévia do Congresso Nacional, ao qual deveria ser submetido o ato, acompanhado de justificação, no prazo de 5 dias. Além das restrições a direitos fundamentais previstas na Constituição, também era facultado ao Presidente tomar outras medidas estabelecidas em lei “a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e a prática das instituições, quando gravemente ameaçados por fatores de subversão ou corrupção” (art. 152, §3º).

O autor preconizava, assim, a integração nacional ao redor de interesses coletivos bem definidos traduzidos por meio de Objetivos Nacionais Permanentes (ONP's), dentre os quais se destacavam:

- a salvaguarda intransigente de nossa independência, admitidas, embora, autolimitações. nunca essenciais, da soberania nacional, em benefício da cooperação e da paz internacionais;
- a manutenção de um estilo de vida democrático, com bases cada vez mais amplas na participação efetiva e consciente do povo;
- a garantia das liberdades regionais (sentido federativo) e da autonomia local (municipalismo);
- a consolidação da unidade do grupo nacional, através de crescente integração social, com fundamentação nos princípios da justiça social e da moral cristã.

Na DSN, a perspectiva da existência de interesse nacional (correspondente aos Objetivos Nacionais Permanentes) pressupõe, como antecedente lógico, a dissipação dos conflitos entre classes sociais – mais precisamente, entre capital e trabalho, cujas relações se tornavam mais complexas ante a emergência do nacional-desenvolvimentismo.

A noção de complementariedade entre elas, ao invés de antagonismo, deveria ser implementada por um Estado-mediador, controlado pelo setor militar, ante a já referida incapacidade de as elites absorverem as pressões oriundas das massas. Estas, cada vez mais concentradas em grandes centros urbanos e mais conscientes de sua condição, também poderiam representar terrenos férteis para a proliferação de ideias comunistas.

Neste particular, Eliézer Rizzo aponta que os limites à inserção política das massas assumem contornos mais intensos que aqueles inerentes ao período varguista. Enquanto antes havia uma perspectiva de “controle-participação”, na qual se buscava gerenciá-las e domesticá-las ao modo corporativista, agora se delineia uma espécie de “controle-promoção”, que embute um caráter desmobilizador (RIZZO, 1976). Na prática, a DSN acabava por professar os interesses do capitalismo, tanto em âmbito interno quanto internacional.

Nos dizeres de Silva (1981), os possíveis desdobramentos do conflito encontravam-se em um espectro que ia desde a guerra fria permanente – única paz possível naquela época – e a guerra geral e total, com o emprego efetivo do arsenal atômico de que dispunham as referidas potências.

Nessa ampla faixa, o golpe de Estado, o putsch subitâneo e brutal marca um ponto de transição, se for possível, afinal, encontrar algum, entre a guerra e a paz – paz e guerra do mundo de hoje, tão diferente nisso das épocas anteriores da história do Ocidente, para as quais a paz era paz mesmo (...) (SILVA, 1981).

1.3. A crise democrática do Brasil no ano de 2021

1.3.1. Do contexto político que culminou na eleição do presidente Bolsonaro em 2018

Antes de adentrarmos nas questões que permeiam as tensões democráticas existentes no Brasil no ano de 2021, mais precisamente até a manifestação ocorrida no dia 07 de setembro de 2021, convém mencionarmos o contexto prévio à eleição de Jair Messias Bolsonaro (Bolsonaro).

Para tanto, não se pode deixar de abordar a denominada operação Lava Jato⁶. A operação teve início em março de 2014 com a investigação de organizações criminosas que atuavam junto à Petróleo Brasileiro S.A – Petrobras – para garantir a celebração de contratos vultosos com a Companhia. A investigação atingiu empreiteiras que formavam cartéis para dividir as contratações, funcionários da empresa que garantiam o funcionamento do esquema, operadores financeiros que

⁶ O nome do caso, “Lava Jato”, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Embora os trabalhos tenham avançado para outros rumos, o nome inicial se consagrou. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 12 jan. 2022.

circulavam o direito ilícito e integrantes de partidos políticos responsáveis por indicar e manter os diretores da Petrobras.

A operação lava jato foi a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve, contribuindo para expor as relações espúrias entre as empreiteiras, doleiros, funcionários públicos e a classe política. No entanto, a despeito de sua importância para o Brasil, a operação contribuiu para aprofundar a instabilidade política e a crise econômica que já assolava o país, em decorrência da quebra de empreiteiras e afastamento de investidores estrangeiros pelo cenário de incertezas gerados no país. Ainda, contribuiu para promover a “demonização da política” em decorrência da espetacularização da condução coercitiva de políticos e/ou suas prisões, do vazamento do conteúdo de delações premiadas que incriminava a classe política, das condenações ocorridas no âmbito da operação, o que ocupava diuturnamente um grande espaço nas mídias brasileira durante o período da operação.

Tal como o clima existente na época do golpe de 37, no desenrolar das fases da operação, o Poder Legislativo foi retratado como uma das mazelas do país, sendo rotulado como corrupto e incapaz de entregar ao povo brasileiro as reformas e medidas de que o país precisava para crescer.

Nesse clima, a campanha do então candidato Jair Bolsonaro em 2018 se valeu do descrédito na classe política dominante, retratando o candidato como um outsider e o único capaz de combater a corrupção, a despeito de ter integrado o Congresso Nacional por 28 anos antes de se tornar presidente.

Na campanha, elementos antecessores ao golpe de 64 também foram utilizados. Destaca-se a propagação da necessidade de se combater o comunismo, o que, segundo propalado, poderia acontecer se o Partido dos Trabalhadores retornasse ao poder. Um clima de retorno ao momento pré-golpe de 64 foi pavimentado com a glorificação do período relacionado à ditadura militar. Segundo Leonardo Avritzer (2019), a narrativa dos militares em relação àquele período se ancorou em três mitos: eficiência, legitimidade da repressão política e ausência de corrupção. Como não houve uma Justiça de transmissão, os malfeitos foram jogados para debaixo do tapete, e tais mitos prevaleceram.

A campanha presidencial se valeu desses mitos e de elementos típicos de movimentos fascistas, tais como lemas relacionados a Deus, pátria e família, em alinhamento com outros movimentos de extrema-direita ao redor do mundo.

Neste clima de demonização da política e saudosismo da ditadura militar, com o ex-presidente Lula e principal concorrente de Bolsonaro impedido de

concorrer em face da Lei da Ficha Limpa⁷, Bolsonaro, um capitão reformado do Exército, foi eleito.

1.3.2. Dos tensionamentos institucionais no ano de 2021

No poder a partir de 2019, o presidente Bolsonaro teve dificuldade de se adequar às regras democráticas. Nesse sentido, o clima de campanha foi mantido e protestos com integrantes do governo eram convocados para pressionar a classe política, já que se propagava que o Congresso não deixava o presidente governar.

Nos primeiros anos do governo Bolsonaro, o Congresso brasileiro obistou algumas medidas do governo ao não pautar ou ao desaprovar projetos do Executivo (GALF, 2022). Contudo, com as mudanças existentes no comando das casas legislativas e a instrumentalização de emendas no orçamento para negociação de votos, o Congresso, em especial a Câmara dos Deputados, passou a ser mais deferente ao Executivo, culminando por afastar a possibilidade de responsabilização do Chefe do Executivo por crime de responsabilidade.

A Procuradoria Geral da República, tão atuante nos tempos da Lava Jato, passou a expressar um certo alinhamento ao governo Bolsonaro com a nomeação de Antônio Augusto Brandão de Aras (Aras) para Procurador-Geral da República (PGR), em 01 de outubro de 2019. Bolsonaro não seguiu a lista tríplice elaborada pelos procuradores da instituição, quebrando tradição seguida pelos últimos presidentes da República, desde 2003.

Em nota⁸, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), responsável pela elaboração da lista tríplice para a Procuradoria-Geral da República, condenou a escolha de Augusto Aras para assumir o posto de PGR. A entidade afirmou que:

O próprio presidente representou o cargo de PGR como uma "dama" no tabuleiro de xadrez, sendo o presidente, o rei. Em outras ocasiões, expressou que o chefe do MPF tinha de ser alguém alinhado a ele. As falas revelam uma compreensão absolutamente equivocada sobre a natureza das instituições em um Estado Democrático de Direito. O MPF é independente, não

⁷ O Tribunal Superior Eleitoral considerou o ex-presidente inelegível em vista de sua condenação criminal, por órgão colegiado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelos crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º, e V, da Lei nº 9.613/1998) - Registro de Candidatura nº 060090350, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/09/2018.

⁸ Disponível em: <https://anpr.org.br/imprensa/noticias/18196-nota-publica-desrespeito-a-lista-triplice-e-o-maior-retrocesso-democratico-e-institucional-do-mpf-em-20-anos> Acesso em 12 jan. 2022.

se trata de ministério ou órgão atrelado ao Poder Executivo. Desempenha papel essencial para o funcionamento republicano do sistema de freios e contrapesos previsto na Constituição Federal (grifo do autor).

A imprensa não aliada se tornou alvo de sucessivos ataques presidenciais e tentativas de silenciamento com a instrumentalização de ações judiciais e medidas criminais para tanto. Nesse sentido, funcionários públicos também tiveram dossiês produzidos e sofreram processos disciplinares. Segundo relatório produzido pela Human Rights Watch, o governo Bolsonaro empreendeu investigações criminais contra pelo menos 17 críticos, e o presidente, pessoalmente, atacou repórteres e a imprensa 87 vezes durante o primeiro semestre de 2021 (HRW, 2022).

Como aconteceu em outros países da América Latina, o Poder Executivo, nos últimos anos, aumentou seu poder, e no caso do Brasil, o uso sistematizado de medidas provisórias contribuiu para isso, sobretudo com a banalização dos conceitos de relevância e de urgência presentes na Constituição Federal da República de 1988 (CRFB/88) para a sua edição⁹.

Mudanças e enfraquecimento dos sistemas de controle brasileiro também foram instrumentalizados por alterações administrativas que incluíram medidas para diminuir a participação popular, sendo o Presidente Bolsonaro o que mais editou decretos (939) em seus dois primeiros anos de mandato se comparado aos antecessores (GALF, 2022). Ainda se revelou notória a nomeação de pessoas contrárias às políticas públicas da pasta que se prestariam a chefiar e o aumento substancial de militares desempenhando funções cívicas (NOZAK, 2021).

Cláudio Pereira de Souza Neto (2020) destaca que Bolsonaro conduziu um neoliberalismo autoritário com “sucessivas medidas de supressão dos direitos trabalhistas, de enfraquecimento de sindicatos, de desorganização dos órgãos de preservação ambiental e de desconstrução da rede de proteção social”.

Contudo, é com o advento da pandemia da Covid 19 em 2020 que o tensionamento entre os Poderes se agrava, notadamente entre o Executivo e o Judiciário. Nesse sentido, alguns atos do Executivo foram invalidados por ato

⁹ “Medidas provisórias foram 75% das propostas apresentadas por Bolsonaro nos dois primeiros anos de mandato” (GALF, 2022).

diretos do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁰, alguns monocraticamente, o que contribuiu para o recrudescimento da tensão entre o Executivo e o STF¹¹.

Com o Congresso controlado, o PGR aparentemente inerte, os críticos acuados, os órgãos de controle fragilizados e capturados, o obstáculo e alvo principal para as medidas a serem adotadas pelo Presidente passou a ser o Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesta toada, o Presidente da República¹² deu algumas declarações no sentido de que poderia tomar alguma providência caso o STF agisse fora das “quatro linhas da Constituição”, tendo aventado a tese de que caberia aos militares restabelecer a lei e a ordem, já que constituiriam um Poder Moderador (ou quarto poder).

Ives Granda da Silva Martins, buscando exercer o papel de principal jurista desse período de ruptura, como também ocorreu nos outros períodos retratados com outros pensadores do direito, foi o principal defensor dessa tese, com suposto fulcro no art. 142 da CRFB/88. Tal pensamento defende que: “se um Poder sentir-se atropelado por outro, poderá solicitar às Forças Armadas que ajam como Poder Moderador para repor, NAQUELE PONTO, A LEI E A ORDEM, se esta, realmente, tiver sido ferida pelo Poder em conflito com o postulante” (grifo do autor) (MARTINS, 2020).

A tese foi tão ventilada que, em 2020, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade tendo como objeto dispositivos da Lei Complementar 97/1999, com alterações em 2004 e 2010. O partido questionou pontos que tratavam da hierarquia "sob autoridade suprema do presidente da República"; da definição de ações para destinação das Forças Armadas conforme a Constituição; e da atribuição do presidente da República para decidir a respeito do pedido dos demais Poderes quanto o emprego das Forças Armadas.

¹⁰ Destacam-se as decisões contra as tentativas do governo Bolsonaro de retirar dos Estados a competência de restringir a circulação de pessoas para conter a propagação da Covid-19; de deixar de publicar dados completos sobre a Covid-19; e a determinação para que o governo Bolsonaro elaborasse um plano para combater a disseminação da Covid-19 entre povos indígenas.

¹¹ Uma lista elaborada pelo jornal Correio da Manhã passou a circular no âmbito do governo para fomentar o discurso de interferência indevida do STF no Poder Executivo. Disponível em <https://www.jornalcorreiodamanha.com.br/politica/9030-as-123-manifestacoes-do-stf-na-relacao-com-o-governo-federal>. Acesso em 15 jan 2022.

¹² Segundo o professor Conrado Hübner Mendes, o Presidente Bolsonaro perdeu o medo de adotar medidas autoritárias em vista da inação do PGR. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2021/12/pgr-2021-retrospectiva-da-omissao.shtml>. Acesso em 15 jan 2022.

Ao deferir parcialmente a medida liminar¹³, ad referendum do Plenário, o Ministro Luiz Fux fixou que a missão institucional das Forças Armadas na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e na garantia da lei e da ordem não acomoda o exercício de poder moderador entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário¹⁴.

Outra divergência com o Judiciário foi aberta com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE). O Presidente da República apregoou que apenas com o voto impresso e auditável as eleições de 2022 seriam legítimas¹⁵.

Mais uma frente na tensão entre integrantes do Judiciário e o Chefe do Poder Executivo foi inaugurada com a instauração do denominado Inquérito das Fake News (IN 4781)¹⁶. Após diversas declarações em que discordava da postura adotada pelo Ministro Alexandre de Moraes, responsável pela condução do inquérito, como um fato inédito na República, o Presidente Bolsonaro protocolou o impeachment do Ministro; tal requerimento foi arquivado pelo Presidente do Senado Federal, mas sem de fato apagar o simbolismo que o ato representou.

Não se pode deixar de mencionar que as manifestações antidemocráticas e os conflitos abertos com o Poder Judiciário tiveram nas redes sociais o principal veículo de divulgação.

Nessa toada, em 06/09/21, o Presidente editou a Medida Provisória n.º 1.068, que alterou dispositivos da Lei do Marco Civil da Internet, de modo a dificultar o exercício do papel de moderação atribuído às empresas provedoras de serviço e aplicativos de internet, mediante retirada de conteúdos tidos como discurso de ódio das redes sociais¹⁷. Tais plataformas de internet removeram

¹³ ADI 6457 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. LUIZ FUX . Julgamento: 12/06/2020 Publicação: 16/06/2020

¹⁴ Segundo a decisão, a chefia das Forças Armadas é poder limitado, "excluindo-se qualquer interpretação que permita sua utilização para indevidas intromissões no independente funcionamento dos outros Poderes, relacionando-se a autoridade sobre as Forças Armadas às competências materiais atribuídas pela Constituição ao presidente da República".

¹⁵ A Proposta de Emenda à Constituição 135/19 visando restabelecer a impressão de voto foi votada no Plenário da Câmara dos Deputados, que a rejeitou, no dia 10/08/21, mas o discurso ainda permanece vigente.

¹⁶ Tal investigação foi instaurada pelo STF com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte Constitucional Brasileira. Embora as questões constitucionais que sustentam uma investigação coordenada por um Ministro da Suprema Corte sejam por demais questionáveis, o presente artigo foca nos instrumentos não jurídicos que estão sendo utilizados para combater as decisões judiciais.

¹⁷ Em 14/09/2021, ad referendum do Plenário, a Ministra Rosa Weber suspendeu na íntegra a eficácia da Medida Provisória 1.068/2020 (ADI 6991 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. ROSA WEBER. Julgamento: 14/09/2021 Publicação: 16/09/2021).

No entanto, no dia seguinte o Presidente do Congresso Nacional, Senador Rodrigo Pacheco, devolveu a Medida Provisória 1.068/2021 e, por meio do Ato Declaratório do Presidente da Mesa congressional 58, de

diversos conteúdos pró-governo ao longo do ano de 2021 sob acusação de que propagavam conteúdos falsos.

A medida editada foi preparatória para a manifestação mais tensionatória do ano de 2021, ocorrida no dia 07/09, o que foi definida por alguns veículos de comunicação como uma tentativa de golpe institucional, tendo o Presidente da República chamado o ministro Alexandre de Moraes de “canalha” e afirmado que não respeitaria mais suas determinações. Também mencionou que convocaria o Conselho da República, dando a entender que poderia decretar um estado de sítio.

Contudo, o pretense golpe não foi encampado pelos demais setores e para contornar a situação o Presidente editou uma “declaração à nação”, com o seguinte teor:¹⁸

Declaração à Nação

No instante em que o país se encontra dividido entre instituições é meu dever, como Presidente da República, vir a público para dizer: 1. Nunca tive nenhuma intenção de agredir quaisquer dos Poderes. A harmonia entre eles não é vontade minha, mas determinação constitucional que todos, sem exceção, devem respeitar. 2. Sei que boa parte dessas divergências decorrem de conflitos de entendimento acerca das decisões adotadas pelo Ministro Alexandre de Moraes no âmbito do inquérito das fake news. 3. Mas na vida pública as pessoas que exercem o poder não têm o direito de “esticar a corda”, a ponto de prejudicar a vida dos brasileiros e sua economia. 4. Por isso quero declarar que minhas palavras, por vezes contundentes, decorreram do calor do momento e dos embates que sempre visaram o bem comum. 5. Em que pesem suas qualidades como jurista e professor, existem naturais divergências em algumas decisões do Ministro Alexandre de Moraes. 6. Sendo assim, essas questões devem ser resolvidas por medidas judiciais que serão tomadas de forma a assegurar a observância dos direitos e garantias fundamentais previsto no Art 5º da Constituição Federal. 7. Reitero meu respeito pelas instituições da República, forças motoras que ajudam a governar o país. 8. Democracia é isso: Executivo, Legislativo e Judiciário trabalhando juntos em favor do povo e todos respeitando a Constituição. 9. Sempre estive disposto a manter diálogo permanente com os demais Poderes pela

14/09/2021, declarou o encerramento da tramitação da matéria no Congresso Nacional. Diante disso, a ação direta de inconstitucionalidade 6.991/DF e as correlatas 6.992/DF, 6.993/DF, 6.994/DF, 6.995/DF, 6.996/DF e 6.998/DF, que igualmente impugnam a validade constitucional da Medida Provisória 1.068/2020, foram extintas sem resolução do mérito pela perda superveniente de objeto.

¹⁸ Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/notas-oficiais/2021/nota-oficial-presidente-jair-bolsonaro-09-09-2021>. Acesso em 15 jan 2022.

manutenção da harmonia e independência entre eles. 10. Finalmente, quero registrar e agradecer o extraordinário apoio do povo brasileiro, com quem alinho meus princípios e valores, e conduzo os destinos do nosso Brasil.

DEUS, PÁTRIA, FAMÍLIA

Jair Bolsonaro

Presidente da República Federativa do Brasil

Todo esse relatado serve para ilustrar que o nosso sistema de controle entre poderes se mostra frágil, notadamente quando a tentativa de ruptura democrática advém do próprio Chefe do Executivo. Embora existam mecanismos para contê-lo, como o julgamento pelo Congresso Nacional do Presidente da República nos crimes de responsabilidade, art. 52, I, CRFB/88, tais medidas a serem empregadas dependem da confluência de interesses políticos e econômicos.

Ao analisar a situação do Brasil, o professor Oscar Vilhena cunhou o termo “infralegalismo autoritário” para definir esse estado de subversão das instituições e o abuso das prerrogativas (VIEIRA, 2022).

Marcos Antônio Striquer Soares, citado por Corval (2009), ao examinar o presidencialismo brasileiro ressalta bem as dificuldades advindas da ausência de mecanismos de controle do chefe do Poder Executivo:

[O] problema maior (...) não é exatamente o desequilíbrio exagerado entre os órgãos fundamentais do Estado, entre os Poderes do Estado, que existe e deve ser corrigido, mas uma consequência desse fato, a ausência de mecanismos de controle do chefe do Poder Executivo. No Brasil, ele tem controle sobre a produção legislativa, não sofre uma fiscalização adequada do Legislativo e, ainda, dificilmente será responsabilizado por seus atos, pois o mecanismo adotado por nós (crime de responsabilidade política), próprio do presidencialismo, depende de grande movimentação política da sociedade e das Instituições públicas, o que é dificultado pela excessiva hegemonia mantida pelo presidente. O presidencialismo brasileiro é bastante influenciado pelo sistema parlamentarista. Percebe-se que o chefe do nosso Executivo tem uma liberdade de atuação muito ampla, própria do parlamentarismo, mas somente pode ser afastado pelo mecanismo adotado no presidencialismo, de difícil sucesso. (...)

O presidencialismo, no Brasil, ainda depende muito da pessoa que exerce o cargo de presidente, pois a ele são autorizados inúmeros poderes (competências). Isso porque nossas Instituições políticas ainda são muito frágeis, havendo hegemonia excessiva do Executivo, em detrimento dos demais Poderes, sem mecanismos apropriados de controle dos atos do presidente. (...) Em razão de excessivos poderes (competências) autorizados ao presidente, acabou-se atribuindo a ele a maioria das decisões sobre os caminhos de nosso país, o que caracteriza uma atuação sobranceira em relação aos demais Poderes. (grifo do autor)

Como abordado por Levitsky e Ziblatt (2018), na era moderna, as democracias morrem por meio de processos legalmente legítimos. Não há a necessidade de um golpe militar como o que ocorreu no Brasil em 1964. A democracia é ameaçada quando seus mecanismos de defesa não são efetivos o suficiente para impedir a quebra sistemática dos princípios fundamentais do processo democrático e a captura daqueles que deveriam exercer o controle.

Tais problemas não são apenas típicos do Brasil; observa-se que Gargarella (2013 e 2020) aponta questões estruturais presentes no constitucionalismo latino-americano e que se encaixam no modelo brasileiro, não importa se à direita ou à esquerda do espectro político, conforme passaremos a abordar no próximo capítulo.

2. Caracterização dos elementos comuns das crises democráticas segundo Gargarella

O capítulo precedente buscou apresentar, em termos descritivos, o panorama fático e, especialmente, jurídico que marcou o surgimento das sucessivas crises enfrentadas pelo sistema democrático brasileiro ao longo dos períodos que circunscreveram os anos de 1937, 1964 e 2021. Em suma, nas oportunidades analisadas, verificaram-se abalos no modelo de democracia liberal importado das tradições americana e europeia, cuja inadequação à realidade brasileira foi defendida pelos constitucionalistas de cada época.

O escopo do capítulo que ora se inicia é estabelecer os pontos de contato entre os episódios de crise democrática já trabalhados, verificando se é possível atribuir-lhes um fio condutor que permita identificar as circunstâncias que, repetidamente, as têm ensejado. Como mencionado, a abordagem será realizada em diálogo com o pensamento do constitucionalista argentino Roberto Gargarella, em especial os livros *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution* e *La derrota del derecho em Latin America: 7 tesis*.

Nas referidas obras, Gargarella discorre sobre as características e a evolução do constitucionalismo latino-americano ao longo da história, evidenciando suas tendências e contradições, dividindo-o historicamente em quatro fases: as primeiras constituições da América Latina (1810-1850); “o constitucionalismo de fusão”, característico da segunda metade do século XIX; constitucionalismo de meados do século XX (1930-1980); e constitucionalismo contemporâneo.

Para os fins a que se propõe este trabalho - identificar tendências históricas no constitucionalismo brasileiro que conduzam a crises democráticas -, serão brevemente expostas as considerações de Gargarella no tocante às três últimas fases, correspondentes ao período republicano do país.

Segundo o autor, a Constituição de 1891 resultou de uma fusão pouco usual de interesses entre liberais e conservadores. Após o golpe militar que derrubou o regime monárquico, ganharam relevo na cena política nacional aqueles que haviam apoiado a Proclamação da República: a burguesia produtora de café, grupos alinhados a ideias liberais e republicanas e os militares (“heróis” da Guerra do Paraguai).

Dos trabalhos da Assembleia Constituinte resultou um texto que reunia, ao mesmo tempo, elementos liberais – como a ênfase nos direitos individuais - e conservadores – a exemplo do estado de sítio, da intervenção federal e do poder de demissão de ministros ad nutum pelo chefe do Executivo. O modelo adotado, nitidamente inspirado no constitucionalismo norte-americano, projetou uma república presidencialista, federalista, com tripartição de poderes e controle de constitucionalidade das leis pela Corte Suprema.

Nos dizeres de Wolkmer, citado na obra de Gargarella, “o constitucionalismo brasileiro transformou-se – desde então e até os dias atuais – no produto de um compromisso conciliatório entre um autoritarismo modernizador e social e um liberalismo burguês conservador” (GARGARELLA, 2013, tradução nossa)¹⁹.

Em seguida, Gargarella disserta sobre o constitucionalismo entre 1930 e 1980, destacando as mudanças no contexto histórico e seus reflexos no pensamento constitucional. Nesse período, estão compreendidas as Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946 e 1967 (alterada pela Emenda nº 01/1969).

Notadamente, trata-se de intervalo extenso e repleto de particularidades dignas de nota, cuja abordagem em profundidade foge ao escopo deste trabalho.

¹⁹ No original: Brazilian constitutionalism became—since then and until today—“the product of a conciliation-compromise between a modernizing and social authoritarianism, and a conservative bourgeois liberalism”.

Destacam-se, no que guarda pertinência com o tema ora abordado, o florescimento das indústrias e, conseqüentemente, das classes trabalhadoras cada vez mais organizadas e interessadas em integrar o debate público e conquistar direitos sociais. Externamente, delineava-se pretensa ameaça de revolução comunista, alardeada em tempos de Guerra Fria e pós-Revolução Cubana

Operou-se, assim, indiscutível quebra de paradigma no modo de funcionamento das relações em sociedade, a qual implicou o surgimento de um desafio para os grupos políticos tradicionais: qual a resposta a ser dada para reagir à efervescência operária, impedindo-a de subverter a ordem de poder dominante?

Dentre as respostas apontadas pelo autor – reformista, democrático-excludente, socialista, populista²⁰ e autoritária –, é possível identificar o emprego das duas últimas, respectivamente, durante o Estado Novo instaurado em 1937 e por meio do rompimento declarado com a democracia, após o golpe militar de 1964.

No caso do Estado Novo, conforme já mencionado no primeiro capítulo, o controle se deu pela via institucional do corporativismo, sendo os conflitos entre capital e trabalho fortemente vigiados e mediados pelo Poder Executivo.

Na ditadura militar deflagrada em 1964, a resposta às mudanças sociais prescindiu de maior sofisticação teórica, porquanto optou pela via autoritária para restringir e asfixiar direitos. A necessidade de proteção e unidade, segundo a Doutrina de Segurança Nacional, serviu de respaldo ao agigantamento do Executivo, com a conseqüente sujeição dos demais Poderes.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, teve de lidar com o legado de graves violações aos direitos humanos perpetradas no regime ditatorial. A fim de expurgar os horrores de um passado recente, o texto constitucional resgatou direitos políticos e fortaleceu as garantias à sua não violação, ampliou o catálogo de direitos sociais e restabeleceu as eleições democráticas com voto direto e secreto.

No tocante à organização do poder, entretanto, Gargarella salienta que as mudanças foram tímidas e pouco tendentes a superar um modelo de

²⁰ Por não ser o escopo do livro, não há abordagem pormenorizada acerca das diferentes acepções do termo, com justificativa para a preferência deste ou daquele conceito. Sobre o tema, assim discorre o autor: “As respostas de ambos os países [Brasil e Argentina] para a crise compartilhava algumas características básicas, típicas da Guerra Mundial e do período de substituição de importações, tais como: o nacionalismo, a defesa de um forte Estado regulador, uma política antiesquerda, a consagração de um único político como líder da nação, um apelo particular às massas mobilizadas e aos trabalhadores industriais, e a tentativa de sentar juntos – na mesma mesa de negociação – os principais interesses do país, incluindo a classe empresarial local, as lideranças sindicais e representantes do Estado. Resumindo, esses recursos estão de acordo com o que muitas pessoas ainda caracterizam como regimes ‘populistas’.” (GARGARELLA, 2013, tradução nossa).

hiperpresidencialismo que tem caracterizado as democracias latino-americanas. No caso da Constituição de 1988, provavelmente, tal fato se deu como uma forma de evitar o “trauma” causado pela Constituição de 1946, que, na opinião de muitos setores políticos, teria engendrado um presidencialismo frágil.

Segundo Gargarella – e aqui o constitucionalista cita trabalhos acadêmicos de autores oriundos de diversos países e origens que chegaram a conclusões semelhantes –, a histórica hipertrofia do Executivo gera um padrão de instabilidade política e aumenta os riscos de retorno ao autoritarismo. O equilíbrio da ordem política, portanto, está condicionado a variáveis que ostentam pesos desproporcionais, sendo a mais influente destas o desempenho e a popularidade do presidente (GARGARELLA, 2013).

Nesse cenário, a responsabilidade da Constituição repousa justamente em viabilizar a concentração de poderes, faculdades e responsabilidades na pessoa do chefe do Executivo. “Dada a falta de ‘válvulas de escape’ no sistema, a ‘expulsão’ do presidente tende a aparecer como a única forma de escapar da crise” (GARGARELLA, 2013).

O autor diagnostica, assim, uma contradição estrutural nas constituições pós-ditatoriais da América Latina. No setor correspondente à distribuição de direitos, optou por um elastecimento que implica dispersão do poder, uma vez que direitos ensejam obrigações exigíveis daqueles que o detêm; de outro lado, no que tange à organização do poder, manteve uma estrutura que privilegia a concentração de poderes em torno do Executivo (GARGARELLA, 2013).

Por essa razão, imprescindível considerar as diferentes seções da Constituição como interdependentes, de modo a preservar-lhe a coerência interna. Tratá-las como autônomas ou indiferentes entre si ocasiona um tensionamento interno de suas próprias cláusulas, repercutindo no rompimento do equilíbrio das forças que contracenam fora dela. Daí a importância de se proceder a “reformas cruzadas”, reconhecendo “a necessidade introduzir mudanças na organização do poder, a fim de atingir determinados resultados na seção oposta” (GARGARELLA, 2013).

Além de velar pelo equilíbrio entre as seções do texto constitucional, é preciso resguardar a coerência entre a própria natureza dos direitos assegurados, evitando aglutinar instituições inspiradas em modelos diferentes. Por exemplo, não goza de solidez uma Constituição que seja, ao mesmo tempo, firmemente comprometida com os direitos de propriedade (orientação típica das constituições liberais) e com a “questão social” (como ocorre com as constituições radicais) (GARGARELLA, 2013).

Evidentemente, toda Constituição traz consigo contradições que lhes são inerentes: a organização dos poderes e a distribuição dos direitos, por definição, já representam uma contradição fundamental e inescapável. No entanto, as tensões daí decorrentes podem ser “moderadas, diluídas ou agravadas de acordo como nós estruturamos o resto da Constituição” (GARGARELLA, 2013).

A falta de consistência do texto constitucional gera uma flagrante dissonância entre os direitos positivados enquanto norma (dever-ser) e a realidade (ser), denunciando fraturas na ordem democrática, cuja aptidão para organizar a vida em sociedade passa a ser questionada (GARGARELLA, 2013).

Evidentemente, pontua Gargarella, a incorporação de direitos ao texto pode ter impactos positivos, especialmente em relação a grupos vulneráveis e marginalizados (GARGARELLA, 2013). Porém, se não forem empreendidos ajustes na organização do poder – ou na “sala de máquinas” da Constituição –, tais reformas tendem a apresentar resultados muito limitados. Se a instituição de novos direitos potencialmente afetar a distribuição tradicional de poderes, a tendência é que estes rapidamente atuem no sentido de bloquear os efeitos dessas reformas²¹.

A Carta de 1988, de certa forma, reproduziu a mesma lógica ora descrita. Mais do que consagrar direitos fundamentais e expurgar o passado recente da ditadura, a nova Carta Constitucional assumiu um compromisso com a manutenção de privilégios historicamente conferidos às classes dominantes.

Nesse sentido, Sundfeld defende que existe certa romantização quanto à assim proclamada “Constituição Cidadã”, cujo conteúdo seria “menos para proteger o cidadão frente ao Estado que para defender essas corporações e organismos contra as deliberações governamentais e legislativas” (SUNDFELD, 2012).

Naquele momento de transição, portanto, teria havido uma preocupação clara de blindar determinadas organizações e interesses contra eventual decréscimo no status quo, como órgãos e entes da administração pública (INSS, FUNAI, INCRA, empresas estatais), Sistema S, OAB, Tribunais, Ministério Público, Defensorias, Procuradorias, sindicatos etc., os quais teriam sido “os verdadeiros protagonistas do fenômeno constitucional brasileiro” (SUNDFELD, 2012).

²¹ Nesse sentido, bastante elucidativa é a exposição do autor quanto às iniciativas de ressignificar a “questão indígena” nas constituições da Bolívia e do Equador. Para além da consagração de direitos indígenas na Carta Magna, tornou-se imprescindível o enfrentamento de problemas estruturais, desdobramentos da expansão desse “bill of rights”, que diziam respeito precisamente à organização do poder: a reforma seria inócua sem que se conciliassem os interesses indígenas com os das comunidades tradicionalmente “dominantes”, uma vez que a concessão de direitos a um grupo implica a restrição de deveres a outros (exemplificativamente, a propriedade privada e o custo econômico que deve ser assumido pelo Estado na concretização desses direitos) (GARGARELLA, 2013).

Conforme descreve Gargarella, a organização do poder conserva uma estrutura rígida, hierárquica e verticalizada, pouco permeável às demandas da maioria da população e infensa a ferramentas de controle social mais robustas.

O constitucionalismo, tal como está construído, aposta sobremaneira em mecanismos de controle interno, os quais não costumam atingir níveis transparência e accountability necessários ao florescimento da democracia.

O controle empreendido reciprocamente entre as frações de poder (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas) converte-se, na prática, em um diálogo franqueado principalmente aos efetivos ocupantes de posições de poder dentro das instituições – cujas composições²² foram, em grande medida, concebidas segundo perspectivas elitistas.

Nesse sistema, o povo – de quem teoricamente emana o poder – tem participação diminuta, essencialmente exercida por meio do limitado instrumento do sufrágio, que dispõe de poucas possibilidades de exercer efetivo controle externo. Sob a ótica de cada cidadão enquanto integrante de uma ordem democrática, o voto constitui manifestação de vontade de alcance reduzido, porquanto oportunizado em intervalos tão longos que dificultam a responsividade em relação a políticas específicas (o problema da “diluição”) (GARGARELLA, 2020).

Ademais, embora um único candidato defenda pautas relacionadas a diversos setores (economia, política externa, meio ambiente, funcionalismo público), a obrigatoriedade de escolher um “pacote completo”, não raro, constrange o eleitor a endossar medidas com as quais não concorda a fim de obter aquelas que mais deseja (o problema da “extorsão democrática”)²³.

Tal conjuntura, arquitetada de modo a viabilizar a concentração e perpetuação do poder, naturalmente opera a exclusão sistemática da maioria dos cidadãos da esfera de tomada de decisões públicas relevantes.

A fragilidade dos mecanismos de participação popular inviabiliza a vocalização de demandas e interesses oriundos das classes menos favorecidas,

²² Ao criticar o sistema de freios e contrapesos, Gargarella dedica especial atenção às deficiências inerentes ao controle judicial, não apenas pela fragilidade de suas credenciais democráticas – “dificuldade contramajoritária” –, mas sobretudo pela concepção fundacional do Poder Judiciário. Nesse sentido, aponta que o atributo de independência das decisões judiciais dizia respeito à “independência dos juízes em relação à maioria da população”, uma vez que “a reflexão cidadã ou coletiva poderia ‘contaminar’ a imparcialidade própria das minorias bem preparadas” (GARGARELLA, 2020).

²³ “Em síntese: uma instituição ou um cargo não se democratizam quando permanecemos na ‘porta de entrada’ do problema. A democratização requer que a cidadania decida sobre as questões em jogo: que tenha a capacidade cotidiana para intervir nesse processo decisório, ou supervisionar o que seus mandatários fazem em seu nome” (grifos no original) (GARGARELLA, 2020).

adensando progressivamente as iniquidades e tornando cada vez mais remotas as perspectivas de mobilidade entre classes.

Em geral, as incoerências e impropriedades do sistema constitucional são capazes de amortecer impactos decorrentes de instabilidades moderadas. Entretanto, de tempos em tempos, a conjuntura social se defronta com episódios potencialmente transformadores da hierarquia de poderes – a título exemplificativo, no Brasil, este trabalho elencou a Proclamação da República, a industrialização dos meios de produção, os reflexos da Guerra Fria e a pretensa ameaça de revolução comunista.

Tais situações deflagram ou agudizam crises econômicas, políticas e sociais, tributárias de uma realidade historicamente desigual, ao tempo em que evidenciam as falhas latentes em nosso sistema democrático e no desenho das instituições que o compõem.

Diante de tais situações-limite, o constitucionalismo brasileiro tem reagido não no sentido de corrigir tais falhas estruturais, mas tem, ao contrário, transitado entre iniciativas autoritárias e populistas – ou na combinação de ambas, com diferentes doses de concentração de cada componente – a fim de evitar o deslocamento dos eixos gravitacionais de poder já consolidados.

A pouca inclinação para corrigir falhas estruturais, por sua vez, favorece a emergência de oscilações pendulares no sistema democrático brasileiro.

Nas últimas décadas, uma situação de crise generalizada tem se agravado pela reafirmação da política neoliberal, baseada na desregulamentação, no livre fluxo de bens e pessoas e na substituição do bem comum pela lógica de maximização da produtividade e dos lucros, o que tem redundado no aumento da pobreza, do desemprego e do abismo social entre ricos e pobres.

Michael Sandel explica, ainda, que o neoliberalismo esvazia o debate público, reduzindo-o a argumentos gerenciais e tecnocráticos. Nesse sentido, os cidadãos comuns são alijados das decisões políticas relevantes, o que enseja frustração e perda de poder.

Com razão, sentem que a ausência de debates públicos robustos não significa que não há políticas sendo decididas. Simplesmente significa que são decididas em outro lugar, fora do olhar do público [...]. Além de esvaziar o discurso público, o domínio do mérito tecnocrático reconfigurou os termos de reconhecimento social de modo a elevar o prestígio de profissionais de alto escalão, credenciados a depreciar a contribuição da maioria dos trabalhadores, corroendo sua posição e sua estima sociais. É esse aspecto de mérito tecnocrático que contribui mais diretamente

com a política raivosa e polarizada do nosso tempo. (SANDEL, 2021).

Giuliano Da Empoli, discorrendo sobre a obra *Cólera e tempo*, de Peter Sloterdijk, aduz que “um sentimento irresistível atravessa todas as sociedades, alimentado por aqueles que, com ou sem razão, pensam ter sido lesados, excluídos, discriminados ou insuficientemente ouvidos” (EMPOLI, 2019).

Tais sentimentos coletivos de cólera e ressentimento, continua Empoli, têm sido captados e geridos pelos regimes populistas em ascensão, ante o atual vácuo de instituições que se incumbam de tarefa semelhante – antes desempenhada pela Igreja Católica e pela esquerda, que, “em geral, reconciliou-se com os princípios da democracia liberal e as regras de mercado”²⁴ (EMPOLI, 2019).

Os elementos de crise estão postos. O ressentimento das massas, inicialmente amorfo e sem projeto específico – que eclodiu com as manifestações de junho de 2013 – foi captado, fermentado e canalizado para surtir efeitos na política.

No Brasil, o populismo de direita que ganha musculatura nos últimos anos pode ser entendido como uma versão repaginada dos meios antidemocráticos tradicionalmente empregados para contornar situações de grave instabilidade política, econômica e social, sem que seja preciso lançar mão de mudanças estruturais.

Novamente, evidenciam-se tendências como o hiperpresidencialismo, as inconsistências no sistema de freios e contrapesos, o déficit de participação e controle popular no cenário político e as investidas contra as instituições públicas.

Entretanto, a sofisticação de seus métodos não mais permite identificar, precisamente, as fronteiras que delimitam o fim da democracia – como ocorreu entre 9 e 10 de novembro de 1937, ou entre 31 de março e 1º de abril de 1964. Nos dizeres de Levitsky e Ziblatt (2018), a democracia está sendo enfraquecida “por

²⁴ Pela inevitável analogia com o tema ora exposto, é oportuno resgatar a obra de Francisco Campos, para quem a integração política não se daria através do discurso racional e dialético, mas sim por meio da canalização das forças irracionais da alma humana: “O irracional é o instrumento da integração política total, e o mito que é a sua expressão mais adequada, a técnica intelectualista de utilização do inconsciente coletivo para o controle político da nação. Assim, as filosofias anti-intelectualistas forneciam aos céticos não uma fé ou uma doutrina política, mas uma técnica de golpe de Estado. Ao serviço dessa técnica espiritual coloca o maravilhoso arsenal, construído pela inteligência humana, de instrumentos de sugestão, de intensificação, de ampliação, de propagação e de contágio de emoções, e tereis o quadro dessa evocação fáustica dos elementos arcaicos da alma humana, de cuja substância nebulosa e indefinida se compõe a medula intelectual da teologia política do momento.”

dentro”, tomando-se de empréstimo os instrumentos legais que ela própria pôs à disposição.

Considerações Finais

A democracia brasileira, inspirada nos modelos liberais europeu e americano, tem demonstrado sua insuficiência para reger a vida em sociedade. Cada vez mais, são questionados os princípios e instituições que garantem o seu funcionamento: o sistema representativo, com eleições diretas, regulado por mecanismos de freios e contrapesos, com participação popular por meio do voto direto, secreto, universal e periódico.

Essa insuficiência não deriva de eventuais escolhas equivocadas nesta ou naquela eleição específica, mas, ao contrário, é intrínseca ao próprio modo como a Constituição é desenhada, que padece de falhas latentes.

Segundo se expendeu ao longo deste trabalho, o constitucionalismo brasileiro tende a configurar organizações calcadas na centralidade do chefe do Executivo (hiperpresidencialismo), com poder concentrado nas mãos de elites históricas, na qual opera com um sistema de checks and balances que, na prática, converte-se em um diálogo franqueado principalmente aos efetivos ocupantes de posições de poder dentro das instituições – cujas composições foram, em grande medida, concebidas segundo perspectivas elitistas.

Nesse sistema, o povo – de quem teoricamente emana o poder – tem participação diminuta, essencialmente exercida por meio do sufrágio, cujas inerentes limitações reduzem a responsividade popular frente a políticas públicas e às possibilidades de controle externo de seus representantes.

Tais inconsistências engendram um sistema com equilíbrio interno restrito, cuja fragilidade é evidenciada em momentos de crise política, econômica e social deflagrados por circunstâncias potencialmente transformadoras do funcionamento das relações em sociedade.

Diante de tais situações-limite, o constitucionalismo brasileiro tem reagido não no sentido de corrigir as referidas falhas estruturais, mas tem, ao contrário, transitado entre iniciativas autoritárias e populistas – ou na combinação de ambas, com diferentes doses de concentração de cada componente – a fim de evitar o deslocamento dos eixos gravitacionais de poder já consolidados.

A pouca inclinação para corrigir falhas estruturais, por sua vez, favorece a emergência de oscilações pendulares no sistema democrático brasileiro.

Nesse sentido, poucos préstimos podem advir de soluções que apostem simplesmente na expansão do catálogo de direitos presentes nas constituições.

Eventuais reformas que se preocupem apenas em positivar direitos, sem efetivamente interferir na organização do poder, estão fadadas a ter um desfecho pouco promissor.

É preciso adentrar na “sala de máquinas” da Constituição, compreendê-lo o funcionamento e reordenar a dinâmica de poder que orquestra a produção normativa. Desse modo, é possível estruturar um sistema com ferramentas capazes de amortecer os impactos decorrentes dos inevitáveis conflitos de forças que contracenam em um regime democrático. Caso contrário, assistiremos à repetição cíclica de crises generalizadas com o beneplácito de um constitucionalismo frágil que, nos rumos em que caminha, não será capaz de superá-las.

Referências

AVRITZER, Leonardo. Política e antipolítica: a crise do governo Bolsonaro. Todavia. Edição Kindle.

BASTOS, Aureliano Cândido Tavares. A Província. Brasília, Senado Federal, 1937 [1870].

CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional: Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. 3ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

CARVALHO, José Maurício. Miguel Reale, do Integralismo ao Liberalismo Social, a Defesa da Liberdade. Revista de História e Teoria das Ideias. Vol. 31, 2013, pp. 1-17.

CORVAL, Paulo R. dos S. Teoria constitucional e exceção permanente: uma categoria para a teoria constitucional no século XXI. Curitiba: Juruá, 2009.

EMPOLI, Giuliano Da. Os Engenheiros do Caos: como as fake news, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. Trad. Arnaldo Bloch. Belo Horizonte: Vestígio, 2019.

GALF, Renata. Bolsonaro adota ‘infralegalismo autoritário’ contra democracia, apontam pesquisadores. Folha de São Paulo, São Paulo, 11 jan. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/01/bolsonaro-adota-infralegalismo-autoritario-contrademocracia-apontam-pesquisadores.shtml>.

Acesso em: 13 jan. 2022

GASPARI, Elio. A ditadura envergonhada. Vol. 1. Editora Intrínseca, 2014.

GARGARELLA, Roberto. La derrota del derecho en América Latina. 1ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2020. Livro eletrônico. 900 posições.

_____. Latin American constitutionalism (1810-2010): the engine room of the constitution. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HRW – Human Rights Watch – World report 2022: events of 2021. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2022/01/World%20Report%202022%20web%20pdf_0.pdf. Acesso em 15 jan 2022.

LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradução Renato Aguiar. 1ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LYNCH, Christian Edward Cyril (2017). Cultura política brasileira. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 36, p. 4-19, ago. 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. Revista Consultor Jurídico, 28 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira#author>. Acesso em: 12 jan. 2022

NOZAKI, William. A Militarização da Administração Pública no Brasil: projeto de nação ou projeto de poder?. Caderno 20 da Reforma Administrativa. Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado: maio, 2021. Disponível em: <<https://fonacate.org.br/wp-content/uploads/2021/05/Cadernos-Reforma-Administrativa-N.-20.pdf>.> Acesso em: 06 jan. 2022

OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de. As forças armadas: política e ideologia no Brasil, 1964-1969. 1976. 213 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Estadual de Campinas, São Paulo.

REALE, Miguel. Da Revolução à Democracia. São Paulo: Convívio, 1977.

_____. Imperativos da Revolução de Março. São Paulo: Martins, 1965.

SANDEL, Michael J. A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum? / 5. ed. Tradução Bhuvi Libanio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

SILVA, Golbery do Couto e. Conjuntura Política Nacional: o Poder Executivo & Geopolítica do Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1981.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VARGAS, Getúlio. As diretrizes da nova política do Brasil. Rio de Janeiro: José Olympio, 1950.

VIANA, Oliveira. O Idealismo da Constituição. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Autoritarismo ou reacionarismo?: Presidente buscou impor seus objetivos abusando de suas prerrogativas. Folha de São Paulo, São Paulo, 14 jan.2022. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2022/01/autoritarismo-ou-reacionarismo.shtml>. Acesso em: 15 jan. 2022.

6 A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO: UM OLHAR DO FEMINISMO DECOLONIAL E DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NO CASO DAS MULHERES REFUGIADAS VENEZUELANAS

Christiana Sophia de Oliveira Alves¹

Isabelle de Azeredo Silva²

Sumário: Introdução; 1. O feminismo decolonial e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano como instrumentos de análise da participação política; 2. A representatividade feminina na política: A Assembleia Nacional Constituinte e a atualidade; 3. O caso das mulheres refugiadas venezuelanas: a representação feminina como catalisadora de mudanças; Considerações finais; Referências.

Introdução

A falta de representação política impede que haja uma inclusão dos diversos grupos sociais nos debates públicos sobre os problemas e as possíveis soluções que se colocam para a convivência social, assim como as necessidades enfrentadas setorialmente e a busca pelo reconhecimento e garantia de direitos fundamentais. A sociedade brasileira foi forjada a partir da realização de atos patriarcais e excludentes, o que também se refletiu e ainda se reflete na produção e práticas jurídicas e institucionais.

A participação política visivelmente insuficiente de mulheres é um dos inúmeros traços da herança colonial no Brasil, que resulta em um déficit de leis e políticas públicas com recorte de gênero, além de deixar à margem outros grupos vulnerabilizados específicos, como por exemplo as mulheres refugiadas, levando à invisibilidade sua condição de carência e suas demandas, que dependem de atuação estatal para serem atendidas.

As mulheres sofreram discriminação em razão do gênero durante a história, o que se refletiu nos papéis sociais que foram impostos como adequados

¹ Formou-se em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Advogada. Atualmente é mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF), em Niterói/RJ, Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9954-036X>. E-mail: christianasophia@id.uff.br.

² Formou-se em Direito pela Universidade Cândido Mendes em Niterói, RJ, Brasil. É advogada, pós-graduada em Direito Imobiliário pela Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Atualmente é mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF), em Niterói/RJ, Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4461-9190> E-mail: isabelleazeredo@id.uff.br.

a serem desempenhados por homens e mulheres. O ideal feminino esteve por séculos ligado às atividades privadas, ou seja, habilidades domésticas, maternagem e de cuidado, afastadas da vida e das discussões públicas. Essa estrutura social machista se refletiu nos mais diversos âmbitos, como por exemplo na educação, nos comportamentos, no espaço profissional e também na política. No Brasil, somente no século XX as mulheres conquistaram o direito ao voto, mais precisamente no ano de 1932. Porém, isso não significou maior inclusão, uma vez que o voto de analfabetos não era permitido, e a maior parte da população não era letrada (SLONGO; BERTONCINI, 2020, p. 133).

Segundo o Tribunal Superior Eleitoral, tendo como parâmetro as eleições de 2018, as mulheres são maioria do eleitorado brasileiro, representando 52,5% do total no país, contudo, representam apenas 16,20% do total de eleitos (TSE, 2019). Em 2018, apenas uma mulher se elegeu governadora, no Rio Grande do Norte, entre as 27 unidades da federação e, 6 mulheres foram eleitas para o Senado Federal, dentre as 54 vagas disputadas. Para a Câmara dos Deputados, 77 mulheres eleitas deputadas federais e em todos os estados da federação, 161 deputadas estaduais (VIEIRA, 2020). Nas eleições municipais de 2016, 12,6% das candidatas mulheres não obtiveram sequer um voto, nem os delas próprias (LELLIS, 2020).

De acordo com dados da ONU Mulheres, do Tribunal Superior Eleitoral e da Câmara dos Deputados, o Brasil ocupa uma das últimas posições em um ranking mundial quando o assunto é participação feminina na política. Em relação ao resto do mundo, estamos na 142ª posição, quando se trata de mulheres no parlamento, e 144ª com relação às mulheres com cargo ministerial (ONU MULHERES, 2021). Esse é o contexto atual do Brasil, muito embora existam mecanismos legais de promoção da participação feminina, como cotas e financiamento de campanhas.

Essa realidade, porém, demonstra-se persistente. A luta por participação e representação é antiga, remontando o contexto da Assembleia Nacional Constituinte, convocada no período da redemocratização, a qual elaborou a Constituição Federal de 1988, em que apenas 26 mulheres compuseram o quadro de representantes constituintes, com nenhuma delas ocupando a presidência das subcomissões ou comissões temáticas.

Diante da complexificação da vida social, das crescentes lutas dos movimentos sociais por reconhecimento de direitos, em especial os sociais, se faz necessário analisar a necessidade da participação popular de maneira efetiva, em que haja uma verdadeira representação democrática dos diversos grupos, principalmente aqueles historicamente vulnerabilizados.

Nesse aspecto, o novo constitucionalismo latino-americano e as teorias feministas trazem um aporte teórico para o estudo da teoria constitucional,

buscando trazer para a esfera pública debates de reconhecimento e garantia de direitos de grupos colocados à margem da formulação legislativa e das políticas públicas.

A escolha do tema se dá por entender que existem novas maneiras de pensar a Constituição e o constitucionalismo, tendo em vista que uma das formas de viabilizar a reforma do sistema político seria por meio de uma Assembleia Constituinte, vinda da organização social popular, de forma que o catálogo de direitos consagrados na Constituição abarque todos os cidadãos de forma democrática e inclusiva.

A participação feminina nos espaços de poder é fundamental para a construção de uma sociedade que se propõe a ser mais igualitária e que se atente para as demandas de gênero e de outros grupos vulnerabilizados, para realmente atendê-los e promover um rearranjo social que permita o exercício e a fruição de direitos. O grande exemplo a ser trabalhado neste artigo é o das mulheres refugiadas venezuelanas, que são duplamente atravessadas por vulnerabilidades sociais: o gênero e o refúgio.

Neste sentido, vislumbrando o caráter aparentemente neutro dos textos legislativos, mas que no fundo refletem a experiência social masculina dos fenômenos, que aprofunda as desigualdades de gênero e é amplificada pela falta de participação das mulheres nos espaços de poder, a pergunta que impulsionou a pesquisa é: como a participação feminina na política e nos espaços de poder pode concretizar demandas invisibilizadas, proporcionando uma verdadeira democratização dos debates públicos e, com isso, contribuir para uma cultura jurídica baseada na equidade de gênero, inovando na produção legislativa e políticas públicas inclusivas?

A partir de uma análise do feminismo decolonial e do novo constitucionalismo latino-americano, o presente artigo se propõe a estudar a importância da representatividade política tendo como foco o recorte de gênero, isto é, a participação e representação feminina e seu impacto na formulação de políticas públicas com destaque ao gênero. Contudo, gênero não é trabalhado como categoria supostamente universal, como pretende, por exemplo, o feminismo liberal, mas sim em uma perspectiva interseccional e decolonial, que leva em consideração as especificidades de cada mulher, ao observar a confluência de tipos distintos de opressão em cada contexto, como o racismo e a xenofobia, além das especificidades relacionadas a um povo que passou por um longo período de colonização, sendo abordado para esta finalidade o caso das mulheres refugiadas venezuelanas.

Conforme supramencionado, para alcançar o objetivo geral da pesquisa, utiliza-se o pensamento crítico latino-americano, a partir do feminismo decolonial e do novo constitucionalismo latino-americano. Trata-se de investigação qualitativa, jurídico- sociológica e jurídico-diagnóstica, que se valerá das técnicas de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. O artigo será dividido em três tópicos. O primeiro, irá explorar a teoria crítica latino-americana para traçar panoramas de participação política de populações antes excluídas dos processos decisórios. O segundo tópico irá adentrar na atuação feminina na constituinte brasileira de 1988, realizando um breve e sintético paralelo com a atual constituinte chilena, que vem apontando novos caminhos para a participação democrática popular, com destaque para as mulheres e populações indígenas. Por fim, o último capítulo trabalha com a questão de gênero e refúgio, com um recorte para as mulheres venezuelanas no Brasil e a dificuldade na visibilidade das especificidades femininas, que poderiam ser minimizadas com políticas feitas por mulheres e também para incluir mulheres.

1. O feminismo decolonial e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano como instrumentos de análise da participação política

A cultura jurídica predominante na América Latina foi a concebida pelo colonizador. Aníbal Quijano aponta que, com a ideia de raça foi estabelecida a diferença entre conquistadores e conquistados e a suposta diferença biológica foi utilizada pelos conquistadores europeus para respaldar e justificar a dominação dos povos classificados como inferiores. Apesar da independência e da formação dos estados-nação na América Latina, a estrutura colonial e a colonialidade do poder permanecem até os dias de hoje, limitando o pleno desenvolvimento desses estados-nação, que foram construídos baseados no modelo do velho continente (QUIJANO, 2005).

O positivismo jurídico vindo da Europa foi disseminado nas regiões colonizadas, respaldando a estrutura colonial vigente, a qual tem profunda relação com a radical exclusão dos povos latino-americanos, os quais tiveram suas demandas historicamente invisibilizadas, mostrando-se, assim, ineficiente esse modelo jurídico tradicional, para atender às peculiaridades do contexto político, social e cultural latino-americano.

À vista disso, urge a instauração de uma interculturalidade crítica, que questione e afete as estruturas postas, possibilitando a coexistência de grupos étnicos e sociais distintos, originários ou não. Nesse cenário, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano busca a materialização de uma nova cultura

de justiça, ao propor uma mudança na forma de conceber o Estado de Direito, promovendo a abertura às demandas, políticas e sociais dos cidadãos através de um propósito emancipador, plural e democrático, tendo o povo como verdadeiro protagonista.

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano, surgido das manifestações sociais nas últimas décadas, propõe um modelo constitucional que se opõe ao Constitucionalismo tradicional, de matriz eurocêntrica, visto que este mostrou-se insuficiente para lidar com as necessidades jurídicas e sociais dos povos latino-americanos, na medida em que a América Latina possui em seu contexto histórico problemas não vividos pela Europa, como a existência do período colonial e a opressão dos povos originários que se relaciona diretamente com a pobreza generalizada.

Ele traz em seu bojo paradigmas decoloniais e despatriarcalizadores, enfatizando a participação popular na elaboração constitucional e seguindo no sentido de concretizar o pluralismo jurídico democrático-participativo, ao visar a inclusão e emancipação dos mais diversos grupos historicamente oprimidos, os quais não possuem suas demandas atendidas no modelo atual, o qual dissimula a realidade produzindo uma falsa situação de igualdade, pois consiste em uma igualdade formal perante a lei, traduzindo-se na manutenção dos interesses das classes dominantes.

Assim, tendo em vista que colonialidade e patriarcado mantêm profunda relação entre si no que se refere à herança colonizadora autoritária e consequentemente ao contexto da formação dos Estados-Nação e suas Constituições, os processos de decolonialidade e despatriarcalização das estruturas de poder constituídas são fundamentais para se alcançar a concretização do pluralismo jurídico democrático-participativo, destacando-se a perspectiva crítica ensejada pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

A prática colonial é indissociável do sistema patriarcal. Segundo Enrique Dussel “A “colonização” ou o domínio do corpo da mulher índia é parte de uma cultura que se baseia também no domínio do corpo do varão índio” (DUSSEL, 1993, p.52). Nesse sentido, decolonização e despatriarcalização devem andar juntas. A decolonialidade não se separa das teorias feministas, caminhando essas perspectivas no intuito de estimular processos políticos de concretização de um novo paradigma.

Considerando-se que, além de o constitucionalismo liberal ter se mostrado totalmente ineficiente para a realidade do sul global, ele foi concebido sem a participação das mulheres, e com isso mostra-se fundamental a luta feminista

contra a estrutura misógina, patriarcal, colonizadora, em prol de uma sociedade que se baseie na igualdade de gênero.

A Constituição é um instrumento essencial para guiar esse movimento de alteração do status quo. Dessa forma, o Constitucionalismo Achado na Rua, que busca efetuar uma Teoria Constitucional Crítica com verdadeiro respaldo das lutas populares e pautado em diálogo com as epistemologias do sul, busca um pluralismo jurídico onde as diversas formas de autogoverno dos povos sejam respeitadas, o debate intercultural seja aprimorado e as diversas formas de manifestação do direito sejam legitimadas, e não apenas a emanada pelo Estado.

Como ensina Roberto Lyra Filho, “Nesta perspectiva, quando buscamos o que o Direito é, estamos antes perguntando o que ele vem a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social” (LYRA FILHO, 1982).

A construção de um feminismo decolonial é enxergar a complexidade do mundo a partir das experiências vividas pelas oprimidas. Questões como gênero, raça e classe devem ser analisadas e levadas em consideração respeitando o contexto específico da opressão sofrida. As concepções de colonialidade do poder, do saber, do ser e de gênero devem estar assim associadas para a melhor análise e transformação da realidade latino-americana. Segundo Lívía Gimenes:

O feminismo decolonial é também uma articulação da decolonialidade de gênero com a decolonialidade do direito em que se reconhecem nas mulheres indígenas a condição de sujeitas coletivas de direito e uma proposta que entende que despatriarcalização do Estado não pode ser feita sem a articulação com a sua decolonização (FONSECA, 2016, p. 182).

Breny Mendoza destaca que as feministas latino-americanas precisam reivindicar seus direitos epistemológicos e criar uma teoria feminista que esteja embasada nas epistemologias do sul e que de fato possam tratar da colonialidade vivida na América Latina, e assim descolonizar também a teoria. Segundo ela, teorias feministas decoloniais de outros lugares do globo tratam de seus próprios processos coloniais e as feministas latino-americanas devem criar sua própria teoria, de acordo com o contexto de opressão próprio do sul global (MENDOZA, 2014).

Nesse diapasão, o feminismo decolonial em consonância com o prisma da Teoria Constitucional Crítica ensejada pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano, destaca a despatriarcalização do Estado como paradigma fundamental

para a transformação da realidade latino-americana, em especial da opressão vivida pelas mulheres, influenciando em seus direitos e sua autonomia.

Ao se traduzir em uma corrente de pensamento subalterna, contra-hegemônica, o feminismo decolonial denuncia o racismo de gênero, ao dar voz a sujeitos silenciados pela geopolítica do conhecimento, dentre eles, as mulheres refugiadas. Ele incorpora a interseccionalidade do feminismo negro norte-americano e a não universalização do conceito de mulher.

Ao introduzir a perspectiva de gênero à teoria da “Colonialidade do poder” de Aníbal Quijano, a filósofa argentina María Lugones faz surgir o feminismo decolonial acadêmico, criando assim um arcabouço teórico capaz de dialogar com as opressões sofridas pela mulher latino-americana, em especial para o presente artigo, pelas mulheres refugiadas venezuelanas.

Importante frisar que a questão racial é central para a opressão patriarcal. E o feminismo decolonial leva em consideração toda a herança colonial, escravocrata e eurocêntrica vivida pela América Latina, mostrando-se assim como a base teórica adequada para o respaldo das lutas políticas empreendidas pelas mulheres latino-americanas.

2. A representatividade feminina na política: A Assembleia Nacional Constituinte e a atualidade

Uma das formas de viabilizar a reforma de um sistema político é por meio de uma Assembleia Constituinte. A experiência de países vizinhos, como por exemplo: a Bolívia, Venezuela e Equador, demonstra a utilidade de uma Constituição para a realização de mudanças em um país.

Ao resgatar a participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal de 1988 aqui no Brasil, através do denominado Lobby do Batom, que foi o nome dado ao movimento que conferiu a ação e articulação feminina na Assembleia Constituinte de 1987/88, constata-se que a maioria das reivindicações das mulheres no referido Lobby, composto por professoras, médicas, jornalistas, entre mulheres de outras profissões, foram convertidas em direitos constitucionais.

Isso significa que todas as normas constitucionais direta ou indiretamente relacionadas à condição feminina, bem como outras normas constitucionais de interesse de toda a sociedade, resultaram da intensa participação das mulheres na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, não obstante a profunda desigualdade de gênero no âmbito deste espaço de poder.

Ampliando o olhar para a América Latina, em meio a um cenário político de avanço de ideias conservadoras e da retomada de políticas neoliberais, diante de

uma conjuntura de retrocessos, o Chile passou por um processo significativo não apenas para seu país, mas para todo o contexto latino-americano. Através de um plebiscito ocorrido em 25 de outubro de 2020, os chilenos optaram por uma nova Constituição, escolhendo uma convenção constitucional integralmente eleita pelo povo para esta finalidade e com composição paritária de gênero.

A despeito de não estar assegurado o caráter de uma assembleia constituinte originária de fato, em virtude de estar submetida a legislação infraconstitucional e haver a possibilidade de seu trabalho ser questionado na Corte Suprema, trata-se da primeira vez na história em que a Constituição de um país será escrita por um órgão com equidade de gênero.

Nesse contexto, destaca-se a importância da mobilização popular, em especial o protagonismo do movimento feminista chileno que emergiu nas ruas, e que lutando pela despatriarcalização do Estado e pela concretização dos direitos das mulheres articularam-se às demandas da classe trabalhadora, dos estudantes, dos povos originários, lutando contra as políticas neoliberais que beneficiam as elites econômicas e políticas às custas do assolamento dos direitos do povo.

Importante atentar-se para os exemplos ocorridos no Brasil e nos demais países latino-americanos, em especial sobre a participação das mulheres no processo constituinte chileno, e investigar os processos constituintes dos países vizinhos, no sentido de apreender como essas experiências se movimentam na direção do rompimento com a estrutura colonial e patriarcal que permanecem nos países latino-americanos, e especificamente no Brasil.

E no caso do Chile, destaca-se a importância da mobilização popular, em especial o protagonismo do movimento feminista chileno que emergiu nas ruas e que lutando pela despatriarcalização do Estado e pela concretização dos direitos das mulheres, articularam-se às demandas da população que anteriormente estava desprovida de poder de mudança social e atuação nos espaços decisórios.

Assim, observando-se o grau de importância de uma assembleia constituinte para mudar a raiz de um sistema político, destaca-se a importância da adoção de uma Teoria Crítica do Direito, com fundamentos em uma epistemologia do sul, uma teoria que de fato esteja adequada para a realidade dos países latino-americanos, visto que nos processos constituintes citados fica comprovado que as demandas das mulheres se articulam com os interesses do povo, como por exemplo, a classe trabalhadora, e assim trabalhar com paradigmas de despatriarcalização e descolonialidade, que caminham juntas.

O caso das mulheres refugiadas venezuelanas é o exemplo trazido neste artigo para traduzir a importância de uma Assembleia Constituinte com verdadeiro respaldo popular para a concretização dos direitos dos grupos oprimidos, tendo em

vista a necessidade da representatividade feminina no âmbito da assembleia constituinte para a concretização dos direitos relacionados às mulheres, como fica claro da análise da ligação entre as reivindicações do Lobby do Batom e as respectivas normas constitucionais que foram consolidadas devido à sua atuação.

Destaca-se também o quanto esses direitos constitucionais consolidados se traduzem em verdadeiros pilares não apenas jurídicos, mas também em um universo simbólico que influencia na conquista de espaço pelas mulheres. Nesse sentido, as novas constituições latino-americanas iniciam um movimento que tem por escopo suplantar a herança histórica colonial que replica os valores eurocêntricos, passando a adequar-se melhor às diversas realidades e opressões dos povos latino-americanos, tendo olhos também para a plurinacionalidade. Trata-se de um constitucionalismo com respaldo e poder popular.

3. O caso das mulheres refugiadas venezuelanas: a representação feminina como catalisadora de mudanças

A migração venezuelana tem se tornado pauta nos principais veículos de comunicação do Brasil. O fluxo migratório se intensificou no ano de 2015, em razão do agravamento da crise econômica, social e política que a Venezuela enfrenta, resultando em mais de 5 milhões de pessoas deslocadas principalmente para países vizinhos na América Latina, sendo a Colômbia o país que mais recebe, com cerca de 1,3 milhões de pessoas, seguida pelo Peru, Chile e Brasil (ACNUR, 2019), embora o último seja o país com maior quantitativo de solicitantes de refúgio com status reconhecido formalmente pelo Estado (ACNUR, 2020). Diante de tais números e pelas múltiplas repercussões que o tema gera, torna-se importante uma análise mais detida, especialmente de um grupo que é duplamente vulnerável: pelo refúgio, que expõe ao racismo e xenofobia, e pelo gênero - que são as mulheres. Dessa forma, esse tópico será centrado em duas vertentes, o estudo da feminização das migrações (e da pobreza)³ e a invisibilização da mulher migrante ou refugiada.

Nesse aspecto, cabe uma breve diferenciação entre a migração e o refúgio. Maritza Farena traz os conceitos de forma bastante elucidativa. Migrantes são pessoas que se deslocam desde seu lugar de residência habitual até outro, com objetivo de permanecer temporária ou definitivamente (FARENA, 2012, p. 29). As migrações podem ser forçadas ou voluntárias, embora cada vez mais essas categorias estejam em contestação, pela linha tênue que as separam. A migração se

³ Segundo Teresa Lisboa, utilizando dados das Nações Unidas, 70% dos pobres do mundo são mulheres, o que tem influência direta e indireta nos fluxos migratórios.

caracteriza como voluntária quando ocorre por opção do indivíduo, já as migrações forçadas se dão pela necessidade de deixar aquele local de origem (FARENA, 2012, p. 21). Os refugiados se distinguem dos migrantes forçados, pois existe o elemento da perseguição e do fundado temor por sua vida, por motivo de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou grupo social (FARENA, 2012, p. 35). Além de possuírem uma proteção internacional específica, por meio da Convenção de Genebra de 1951 e seu Protocolo de 1967, somado ao fato de ser considerado um dos grandes ramos ou vertentes da proteção internacional da pessoa humana (PRONER; PAULA, 2008, p. 220).⁴

Conforme afirma Jane Freedman (2015, p.18), por muito tempo as primeiras imagens de solicitantes de refúgio eram de homens e, ainda hoje, a imagem construída socialmente que se tem é de um homem e jovem. A autora reforça que as pesquisas acadêmicas possuem um foco de análise na política e na legislação de refúgio, porém, carecem de qualquer referência ao gênero ou aos efeitos do desenvolvimento de tais políticas sobre as mulheres (FREEDMAN, 2015, p. 18). Assim, realizar um recorte de gênero não significaria apenas estudar as mulheres refugiadas e solicitantes de refúgio, mas também possibilitaria a análise sobre como as relações de homens e mulheres são construídas e como isso causa um impacto em suas experiências individuais (FREEDMAN, 2015, p. 19). Ou seja, ampliar o olhar permitiria traçar as causas que levam à migração feminina em seus países de origem e também modificar a percepção de que o feminino pertencente a esfera privada ou doméstica, o que invisibiliza demandas específicas e promovem um apagamento da esfera legislativa interna e internacional. Ainda segundo Freedman, embora diferentes, há uma continuidade da experiência da mulher refugiada que é moldada pelas relações de gênero e de poder:

Essas mulheres são vulnerabilizadas por construções de feminilidade que atribuem às mulheres posições particulares e muitas vezes subordinadas dentro de muitas sociedades e que legitimam ou justificam a violência com referências aos papéis simbólicos e práticos que lhes são atribuídos: papéis de produtoras e reprodutoras biológicas e culturais da nação, prestadoras de cuidados e esposas. Além disso, os sistemas políticos nacionais e internacionais que estendem a proteção aos refugiados, podem reforçar as desigualdades de gênero por suas representações dessas mulheres como ‘vulneráveis’ ou ‘ameaçadoras’. (FREEDMAN, 2015, p.20) (tradução livre)

⁴ São consideradas três as vertentes ou ramos: Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados.

As barreiras podem se iniciar antes mesmo do processo de mobilidade humana ter início. A decisão de migrar ou solicitar refúgio em outro país, ou não, pode vir acompanhada de inúmeros obstáculos impostos pela condição de gênero, como limitações na independência e autonomia vinculadas à dogmas religiosos, dependência financeira, o cuidado dos filhos, além do medo de sofrer violência física ou sexual no trajeto (FREEDMAN, 2015, p. 25). Esse cenário tem um impacto na quantidade de mulheres que decidem por deixar o país de origem e refletem nos números apresentados por Freedman, que são menores nos países desenvolvidos, também somado à falta de dados estatísticos produzidos com ênfase no gênero (FREEDMAN, 2015, p. 26).

No entanto, outras autoras entendem que há uma relação crescente entre gênero e migração, em que mulheres têm despontado nos cenários de migração interna e internacional como sujeitos autônomos, em busca de melhores condições de vida para si e para seus filhos, seja de forma coletiva ou sozinhas. Segundo Teresa Lisboa, as teorias sobre migrações e os estudos feitos se centram principalmente nas concepções neoliberais e marxistas, porém, essas vêm ignorando a questão de gênero, tornando-as invisíveis ou dependentes de homens (LISBOA, 2006), de forma que se tornam insuficientes para analisar e diferenciar as especificidades do processo feminino de mobilidade humana.

Boyd e Grieco dizem que nos anos 1960 e início dos anos 70, a expressão “migrantes e suas famílias” era um código para migrantes do sexo masculino e sua esposa e filhos (2003). O movimento das mulheres passou a questionar a quase invisibilidade das mulheres como migrantes, sua suposta passividade no processo de mobilidade e seu lugar assumido no lar. As autoras explicam que as pesquisas mais recentes tendem a colocar o elemento gênero como central, que fundamenta a migração e os processos derivados, como adaptação, contato com o país de origem e possibilidade de retorno. Além disso, importante ressaltar que gênero passou a ser compreendido como construção social (BOYD; GRIECO, 2003).

As autoras também realizam uma classificação bastante interessante, dividem a experiência migratória em três fases: a fase pré migratória – são diversos os fatores que influenciam na decisão de migrar e tornam mais ou menos realizável para as mulheres. Incluem fatores sistêmicos, como o estado da economia nacional, e fatores individuais, como estágios específicos de gênero no ciclo de vida (2003). Esses fatores são ainda divididos nas seguintes três áreas: 1) relações e hierarquias de gênero; 2) status e funções; e 3) características estruturais do país de origem; a fase de gênero e transição através das fronteiras internacionais – por meio de suas políticas, os estados-nação são atores importantes em um processo de migração

internacional de gênero, as leis migratórias influenciam na saída quanto no destino; Gênero e a fase pós-migração – homens e mulheres podem ter experiências diferentes no país de destino. Os resultados da integração são influenciados principalmente por três fatores: 1) o impacto do status de entrada na capacidade de integração e acomodação; 2) padrões de inserção no mercado de trabalho; e 3) o impacto da migração para a condição de mulheres e homens (BOYD; GRIECO, 2003).

Com relação ao fenômeno da feminização das migrações, Roberto Marinucci traz algumas considerações importantes. Este termo tem sido utilizado para apontar de forma genérica as mudanças pelas quais as mulheres passaram nas últimas décadas no que diz respeito ao contexto migratório (2007, p. 6). As mudanças no papel que desempenham na sociedade, aliado à inserção no mercado de trabalho, emancipação e autonomia, conjugado ao aumento no número de mulheres migrantes demonstram o caráter anacrônico da redução feminina como sujeitos passivos no processo de migração. O autor então questiona qual o sentido desta constatação: se é uma nova realidade ou uma nova leitura para uma velha realidade (2007, p. 6).

Marinucci apresenta três possibilidades de analisar o fenômeno. A primeira é uma perspectiva quantitativa da feminização das migrações, ou seja, um crescimento da participação feminina nos fluxos migratórios. Ao se deparar com os números, o autor explica que é nítido um crescimento do número de mulheres migrantes e, as diferenças dos índices nas partes do globo considerados com tradição migratória mais antiga, que costumam ter taxas mais altas, está conectado ao reagrupamento familiar. Porém, no caso dos países que atraem mão de obra temporária, a migração feminina depende do tipo de trabalho oferecido. Essa realidade sofre a influência de fatores relacionados ao gênero. Além dos já citados anteriormente, o autor acresce o elemento política migratória, que mesmo aparentemente neutra, pode tornar a chegada mais fácil ou complexa, soma-se a isso, estereótipos de gênero do local de destino, que podem influenciar na decisão de migrar ou não. Para Roberto Marinucci, tudo indica que as mulheres enfrentam mais obstáculos para migrar, contudo, isso pode se confirmar ou não, a depender das estruturas de gênero na sociedade de onde parte e chega, da demanda por mão de obra e leis migratórias.

A categoria apresentada posteriormente é a de visibilidade das mulheres migrantes. Marinucci aponta que mesmo com os dados apresentados por organismos internacionais que quantificam o crescimento na migração feminina, esse fato não é considerado unanimidade dentre os estudiosos do tema. Para ele, não há dúvidas de que esse aumento ocorreu, mas esse aumento pode ser

considerado pequeno em países com tradição migratória, por exemplo. Isso justificaria defender a feminização das migrações? O que muda, na verdade, é a visibilidade que se dá para a questão de gênero e em especial à experiência migratória feminina, que vem sendo incluída em pesquisas e questionários, não só no campo acadêmico, mas também pelos Estados. Pode-se sintetizar da seguinte forma:

Concluindo, o que mudou extremamente no terceiro milênio, mais do que o número de mulheres que emigram, foi a forma como a realidade migratória é analisada. Agora, está profundamente condicionada pelo recorte de gênero. A expressão feminização da migração é sinônimo de maior visibilidade da mulher migrante. (MARINUCCI, 2007, p. 13) (tradução livre)

A última abordagem é a análise qualitativa da feminização das migrações, e o que se destaca é a mobilidade por razões de busca de emprego e melhores condições de vida, principalmente porque cresce o número de mulheres que são chefes de família e principais provedoras da família. Elas buscam empregos em outros Estados para garantir o sustento dos filhos e parentes no país de origem. Nesse sentido, fala-se em feminização do trabalho ou proletarianização da mulher à nível internacional. Em outras palavras, questões sociais, econômicas e trabalhistas influenciam no fenômeno.

Ponto que deve ser ressaltado e que é possível identificar tanto no contexto internacional quanto interno, é a ausência do elemento gênero na Convenção de Genebra de 1951 e seu Protocolo de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, na Lei de Refúgio e na Lei de Migração. Todas adotam um vocabulário neutro, não havendo um olhar atento para as especificidades de gênero. Pode-se dizer que essa abstração da figura do refugiado não incluiu a perspectiva de gênero como motivação da solicitação do reconhecimento do status de refugiada. Victoria Foote em seu artigo explica que, na verdade, a definição de refúgio foi forjada a partir da percepção masculina do que é fundado temor de perseguição:

A linguagem de gênero neutra da definição da Convenção é enganosa. Escondido na neutralidade está um entendimento de perseguição e os fundamentos em que se baseia legalmente, que foi formulado por uma percepção distintamente masculina do que constitui um medo legítimo de perseguição. (FOOTE, 1994, p.8) (tradução livre)

Ainda segundo Foote (1994, p. 9), o “padrão objetivo” do que constitui uma violação à norma de direitos humanos foi compreendida a partir da experiência masculina, dessa maneira, as violações de gênero não são contabilizadas. São alguns exemplos descritos pela autora como violação de direitos humanos baseado no gênero o estupro, mortes em razão de dotes nos casos de poucos recursos da família da noiva, casamentos forçados, aborto ou esterilização compulsória, infanticídio feminino, mutilação genital e violência doméstica (FOOTE, 1994, p. 9). São violações de direitos especificamente de mulheres, com pouco ou nenhum parâmetro por parte dos homens.

Há um esforço interpretativo, impulsionado principalmente por mulheres reivindicando por políticas específicas de gênero para proteção dos Direitos Humanos, que reverberou nas pesquisas e nos trabalhos do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e também no reconhecimento interno por alguns Estados. Em 1985 houve a edição do primeiro documento que considerava que as mulheres poderiam ser enquadradas como grupo social específico, e embora em 2002 o ACNUR tenha produzido Diretrizes Sobre Proteção Internacional nº 1 (perseguição baseada em gênero), e em 2011 lançado a Ação Contra a Violência Sexual e de Gênero, é um entendimento extensivo, tratando-se de um soft law, uma vez que não houve uma modificação no conceito estabelecido no tratado, o que dificulta sua aplicação de maneira mais ampla e protetiva.

Com relação à possibilidade de aplicação do critério grupo social específico, as Diretrizes Sobre Proteção Internacional nº 2 (pertencimento a um grupo social específico) dispõem:

Esta é a razão menos clara e cuja definição não está presente na Convenção de 1951. Cada vez mais ela tem sido invocada nos procedimentos de determinação da condição de refugiado, tendo os Estados reconhecidos mulheres, famílias, tribos, grupos profissionais e homossexuais como grupos sociais específicos para os propósitos da Convenção de 1951. [...] Com efeito, o termo pertencimento a um grupo social específico deve ser interpretado de maneira evolutiva, aberto à natureza diversificada e mutante dos grupos em diversas sociedades e das normas internacionais de direitos humanos.

Tatiana Lofti aponta alguns entendimentos possíveis diante dessa lacuna (2020, p. 57). Uma corrente defendia que todas as mulheres solicitantes de refúgio deveriam ser consideradas pertencentes a um grupo social específico, a segunda considerava que deveria ser acrescida a perseguição baseada em gênero (LOFTI,

2020, p. 57). Concorde-se com o posicionamento da autora, a qual defende que a perseguição baseada no gênero deveria ensejar uma fundamentação autônoma, porém, entende pela aplicação da interpretação com base no pertencimento a um grupo social específico, já que as mulheres vitimadas não podem permanecer sem proteção (LOFTI, 2020, p. 57).

Homens solicitantes de refúgio não são classificados como pertencentes a um grupo social específico pelo só fato de serem homens. O desequilíbrio de gênero, ao mesmo tempo em que permite que as mulheres sejam reconhecidas como grupo social específico por tomadores de decisão, reforça a subordinação de mulheres refugiadas ao padrão do solicitante de refúgio masculino. (LOFTI, 2020, p. 57)

Com relação à legislação interna brasileira, não há qualquer menção a gênero ou a políticas específicas para mulheres migrantes e refugiadas, nem na Lei de Refúgio, nem na nova Lei de Migração, o que reproduz o cenário já descrito em âmbito internacional. Mesmo diante disso, a Lei de Refúgio, Lei nº 9.474 de 1997, é considerada protetiva e paradigmática na uniformização da prática do refúgio na América do Sul (JUBILUT, 2007, p. 195), enquanto a Lei nº 13.445 de 2017 é considerada um marco na ruptura com a perspectiva de primazia da segurança nacional em prol da proteção aos direitos humanos. Há no entanto um ponto relevante em relação à Lei de Migração. Conforme explica Vitória Moreira (2018, p. 58), houve dois vetos do então presidente Michel Temer de dispositivos que traziam a perspectiva de gênero:

O primeiro deles é ao Parágrafo único do art. 37 e inciso IV do art. 40, que versam: Parágrafo único. A concessão de visto ou de autorização de residência para fins de reunião familiar poderá ser estendida, por meio de ato fundamentado, a outras hipóteses de parentesco, dependência afetiva e fatores de sociabilidade. IV - seja criança ou adolescente que esteja acompanhado de responsável legal residente no País, desde que manifeste a intenção de requerer autorização de residência com base em reunião familiar; (BRASIL, 2017). (MOREIRA, 2018, p. 58).

Retorna-se então ao caso concreto das migrantes e refugiadas venezuelanas no Brasil. Segundo dados do Ministério da Justiça, em 2020 a proporção de mulheres dentre o quantitativo por nacionalidade foi de 42,7% do total de 46.192 solicitações do reconhecimento status de refugiada (BRASIL,

2021). A Organização Internacional para Migrações (OIM) revela que o saldo de movimentações de entrada e saída no Brasil é de 296.116 pessoas em novembro de 2021, porém, não especifica o quantitativo de homens e mulheres (OIM BRASIL, 2021).

Em um artigo do jornal *Metrópole*, que mergulha na jornada das venezuelanas no Brasil, principalmente em Roraima, alguns relatos dão conta da dificuldade encontrada na jornada até o destino, como violências físicas e abusos sexuais, fome, xenofobia, dificuldade em encontrar trabalho, trabalho análogo ao escravo, meses dormindo nas ruas, viagens inteiras a pé ou pedindo caronas nas rodovias. Os trechos a seguir trazem visibilidade do como, do porquê essas mulheres migram e as violações de direitos humanos que sofrem:

A maioria entra sozinha pela fronteira, na cidade de Pacaraima, distante cerca de 200km da capital, Boa Vista. Entre os refugiados, há centenas de mulheres grávidas ou com filhos, a maior parte negras ou indígenas, que são, segundo a Organização Mundial das Nações Unidas (ONU), a parcela mais vulnerável desse contingente.

“Vivenciamos uma nova era dessa violência com a questão da migração das venezuelanas. Muitas são exploradas na prostituição. É a vulnerabilidade dentro da vulnerabilidade”, afirma a defensora pública estadual do juizado de violência doméstica de Roraima, Jeane Xaud.

Alguns dados ajudam a compreender o êxodo das mulheres refugiadas. A mortalidade infantil na Venezuela aumentou 30% entre 2015 e 2016. O número de mães que faleceram no parto cresceu 65% no mesmo período, pelos registros do Ministério da Saúde do país.

Para alimentar a si mesmas e aos filhos – geralmente sem qualquer apoio dos pais das crianças –, parte das mulheres venezuelanas tem recorrido à prostituição. Eram chamadas pelo nome, trabalhavam como médicas, enfermeiras, garçonetes e engenheiras no país de origem. Agora, estão nas ruas do Caimbé, bairro de Boa Vista famoso pelos prostíbulo, expostas a todo tipo de violência

Muitas das refugiadas tentaram outros caminhos, como um emprego na área de formação ou faxinas em casas brasileiras. É comum, porém, encontrar quem deseja pagar entre R\$ 10 e R\$ 30 por um dia inteiro de serviço de limpeza ou apenas dar-lhes um prato de comida em troca do trabalho pesado. (MENEZES; ESTRELA, 2019)

Outras violências são cometidas pelo próprio Estado, como o recente caso em que agentes da Polícia Federal, armados e encapuzados, invadiram sem mandado judicial um abrigo para 55 mulheres e crianças venezuelanas, em Roraima, e ainda foram encaminhadas para a deportação (FERNANDES; OLIVEIRA, 2021). A mídia também exerce um papel de propagação dos estereótipos sociais e da xenofobia, as notícias divulgadas em jornais e outros meios de comunicação podem conter narrativas que acabem inferiorizando as mulheres ou tornando-as invisíveis (PRADO; NEVES; ALBUQUERQUE, 2021, p. 325). Durval Muniz de Albuquerque Júnior trabalha o que o estranhamento do outro, a indiferença e os efeitos da xenofobia:

Quando uma vida, quando um corpo perde todos os seus direitos políticos, quando ele é colocado numa posição de total estranhamento, quando ele é colocado na condição radical de estrangeiro, ele perde a sua condição propriamente humana, ele perde, inclusive, a prerrogativa de reivindicar os direitos humanos. (JÚNIOR, 2016, p. 20).

São inúmeras as dificuldades enfrentadas no contexto migratório, que em muitos casos representa uma ruptura espacial, temporal e cultural com o lugar que contribuiu para a formação individual do indivíduo e a construção do seu ser, e pode representar um choque entre um velho e um novo estar no mundo. Os impactos podem ser profundos quando se fala em saúde física e mental, e potencializado nos casos em que mulheres deixam filhos e parentes no local de origem, o que gera sofrimento e angústia. O trajeto migratório pode ser ainda mais penoso quando essas mulheres cruzam as fronteiras grávidas ou com filhos pequenos (TRINDADE, 2020).

Pelo exposto, é possível afirmar que além de não possuir uma política migratória com um olhar específico para o gênero, o Estado brasileiro não implementa políticas públicas para a população migrante e refugiada, e muito menos para as mulheres venezuelanas. Políticas de acolhimento, de inserção no mercado de trabalho, de saúde, educação e proteção contra a violência de gênero.

A pesquisa recente realizada pelo ACNUR em parceria com a ONU Mulheres e o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), sobre o processo de interiorização dos migrantes e refugiados venezuelanos, demonstrou que 34% das mulheres sentem dificuldades em se integrar no país por não conseguirem oportunidades de emprego formal. O índice é de 9% para os homens. As mulheres também ficam mais tempo em busca de trabalho, 8 meses. Dois meses a mais que a média dos homens (GOMES, 2021). A pesquisa concluiu que se trata de uma

iniciativa importante, porém, faz-se necessário levar em consideração perspectivas de gênero e condições de trabalho mais igualitárias entre homens e mulheres (ONU MULHERES, 2021). Essa foi a principal reivindicação feita pelas mulheres venezuelanas à comitiva dos órgãos envolvidos na pesquisa que viajaram a Roraima. Essas mulheres pedem e precisam de autonomia financeira e desenvolvimento profissional no Brasil.

O acesso aos direitos humanos e fundamentais para essa população, em grande maioria direitos sociais, claramente não são prioridade, uma vez que nem mesmo estão expressos diretamente na lei, havendo somente referência aos direitos assegurados pela Convenção de 51 e ao fato de os refugiados terem os mesmos direitos dos estrangeiros no Brasil (JUBILUT, 2007, p. 195). A partir disso, nota-se que existem grandes barreiras para a integração local⁵ dessa população, em especial, se levarmos em consideração a perspectiva de gênero como um processo multidimensional e dialético, que engloba aspectos culturais do local de chegada e de origem, proporcionando acesso à elementos socioeconômicos, culturais e políticos a qual pode oportunizar, inclusive, uma rede de apoio especializada, ou não, essencial para a vida em sociedade.

Considerações Finais

A última década foi marcada por um cenário caótico na Venezuela, que pode ser resumido em três fatores: o primeiro é a dificuldade do governo Nicolás Maduro em enfrentar as quedas no preço do petróleo, o que reflete na elevação da inflação, desvalorização da moeda e perda do poder de compra; a segunda é a radicalização e polarização política que inviabilizam o diálogo entre os atores do jogo político; terceiro é o contexto internacional de embargos econômicos dos EUA, aliados e pressão dos países vizinhos. (SALGADO, 2019). Todo esse caldo político, econômico e social impulsiona muitos a saírem do país.

Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, já são mais de 3,9 milhões de venezuelanos deslocados espalhados em todo o mundo, o que os torna atualmente uma das principais nacionalidades de solicitantes de refúgio no planeta (ACNUR, 2020, p.4), e o Brasil é um dos principais destinos. É notório que o caso dos fluxos migratórios venezuelanos impõe diversos desafios para o Brasil, pela novidade que representou em termos quantitativos, pelas estratégias lançadas pelos indivíduos para cruzar as fronteiras, pela região do país

⁵ A integração local é um conceito em disputa, com algumas interpretações a seu respeito. Não se pretende aprofundar o estudo sobre isso, considerando o termo de uma maneira mais ampla.

que é a principal porta de entrada e pela dificuldade de implementação de políticas públicas para essas pessoas que buscam em solo brasileiro uma chance de sobreviver dignamente.

Diante disso, a migração se torna um dilema real para o país de origem e para o de destino. Especialmente difícil, conforme trabalhado no texto, é a situação das mulheres migrantes e refugiadas. Para os estudiosos do tema, por muito tempo a questão de gênero significou uma passividade, dependência e invisibilidade no poder de escolha, uma vez que eram tratadas como acompanhantes de algum familiar ou simplesmente esposas. O recorte de gênero é necessário para compreender as especificidades femininas, os motivos que as levam a sair, nas estratégias escolhidas para o deslocamento, e até mesmo na escolha do destino.

Para além disso, outro aspecto se torna intrinsecamente ligado a ter ou não o gênero como categoria de análise, principalmente quando se trata de um espaço decisório, como o âmbito legislativo: a participação e representatividade feminina. A lei, aparentemente neutra, é construída eminentemente pelo viés masculino e não leva em conta, na maioria das vezes, as dificuldades enfrentadas por mulheres em aspectos cotidianos. No caso das mulheres e meninas migrantes, principalmente refugiadas venezuelanas a qual se analisa no presente artigo, que já constituem um grupo primariamente marginalizado, pela condição de refúgio, se torna ainda mais vulnerável pela questão de gênero. São mais expostas à violência de todos os tipos, à exploração sexual, à má remuneração pelo trabalho ou dificuldade em encontrar emprego, dificuldade no acesso às políticas públicas, como educação e saúde.

A estrutura patriarcal que se reproduz até os dias atuais possui em seus antecedentes históricos o processo de colonização sofrido pela América Latina, principalmente com a exploração e desumanização dos corpos femininos, em último lugar na escala hierárquica imposta pelos conquistadores europeus. Neste sentido, o feminismo decolonial se volta para as específicas violações de gênero sofridas neste lado da periferia do mundo, em que raça, gênero, classe, nacionalidade, etnia, estão intrinsecamente ligados nas opressões sofridas pelas mulheres. O novo constitucionalismo latino-americano se coloca também como uma perspectiva possível, que traz segmentos excluídos da população para o principal espaço político e decisório: a assembleia constituinte. Possível olhar para o Chile, que vem integrando mulheres e povos indígenas na confecção de sua nova carta política.

É possível vislumbrar um cenário diferente na recepção e tratamento de mulheres e meninas migrantes e refugiadas em um contexto de maior representatividade feminina na política e nos espaços de poder. Válido ressaltar que não necessariamente essas mulheres irão adotar posicionamentos progressistas,

porém, o caso da Constituinte brasileira de 1988 demonstrou que ainda que se tratasse de um grupo heterogêneo de mulheres, em seu aspecto ideológico e político, foi de máxima importância a organização e a luta feminina para a garantia de direitos básicos que contemplavam as mulheres e foram positivados na Constituição Federal de 1988.

Diante disso, mesmo que estrangeiros não possuam o direito ao voto no Brasil, torna-se possível aventar a possibilidade de políticas públicas mais inclusivas e com um recorte de gênero, para mulheres que façam parte da população migrante e refugiadas, uma vez que mais mulheres, com diversidade de cor, orientação sexual, designações religiosas e diferentes ideologias, ocupem espaços de poder e representação política.

Referências

ABREU, Louise Leoni. Gênero e a questão do refúgio: as lacunas jurídicas de proteção à mulher refugiada. Cadernos de Relações Internacionais/PUC-Rio. Vol. 2. set. 2018.

ACNUR. Brasil torna-se o país com maior número de refugiados venezuelanos reconhecidos na América Latina. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/01/31/brasil-torna-se-o-pais-com-maior-numero-de-refugiados-venezuelanos-reconhecidos-na-america-latina/>. Acesso em: jan. 2022.

ACNUR. Diretrizes sobre Proteção Internacional n. 01. Perseguição baseada no Gênero, no contexto do Artigo 1A(2) da Convenção de 1951 e/ou Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados, de 07 de maio de 2002. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9738.pdf>. Acesso em: jan. 2022.

ACNUR. Diretrizes sobre Proteção Internacional n. 02. “Pertencimento a um grupo social específico”, no contexto do Artigo 1A(2) da Convenção de 1951 e/ou Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados, de 07 de maio de 2002. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9741.pdf?file=file->. Acesso em: jan. 2022.

ACNUR. Número de refugiados e migrantes da Venezuela ultrapassa 4 milhões, segundo o ACNUR e a OIM. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/06/07/numero-de-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-ultrapassa-4-milhoes-segundo-o-acnur-e-a-oim/>. Acesso em: jan. 2022.

ARRUZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: Um manifesto*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

AZEVEDO, Alan. *Campanha pelo fim da violência contra a mulher dá voz a refugiadas e migrantes venezuelanas em Roraima*. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/12/12/campanha-pelo-fim-da-violencia-contra-a-mulher-da-voz-a-refugiadas-e-migrantes-venezuelanas-em-roraima/>.

Acesso em: jan. 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, São Paulo, volume 15, nº 3, 2019.

BELLO, Enzo. *A Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018.

BOYD, Monica; GRIECO, Elizabeth. *Women and Migration: Incorporating Gender into International Migration Theory*. Disponível em: <<https://www.migrationpolicy.org/article/women-and-migration-incorporating-gender-international-migration-theory>>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Lei no 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm.

Acesso em: jan. 2022.

_____. Lei no 9.474, de 22 de julho de 1997. Lei Brasileira de Refúgio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em: jan 2022.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Refúgio em números 6ª edição*. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/dados/relatorios_conjunturais/2020/Ref%C3%BAGio_em_N%C3%BAmoros_6%C2%AA_edi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: dez. 2021.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Nota Técnica no 3 de 2019. Análise de incidência de grave e generalizada violações de direitos humanos. Estudo de país de origem. Venezuela*. 16 de junho de 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1564080197.57/sei_mj-8757617-estudo-de-pais-de-origem-venezuela.pdf. Acesso em: dez. 2021

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

CELENTANI, Francesca Gargallo. *Rutas epistémicas de acercamiento a los feminismos y antifeminismos de las intelectuales indígenas contemporáneas*. In: CELENTANI, Francesca Gargallo. *Feminismos desde Abya Yala: ideas y*

proposiciones de las mujeres de 607 pueblos em Nuestra América. México D.F.: Corte y Confección, 2014. p. 46-110. Disponível em: <https://francescagargallo.wordpress.com/ensayos/librosdefg/feminismos-desde-abyayala/>.

DUSSEL, Enrique. 1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: Conferências de Frankfurt. Trad. Jaime A. Classen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. Direitos humanos dos migrantes: ordem jurídica internacional e brasileira. Curitiba: Juruá, 2012.

FERNANDES, Vanessa; OLIVEIRA, Valéria. PF invade abrigo com mais de 50 mulheres e crianças em RR e ação cobra indenização por danos morais. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2021/03/18/pf-tenta-deportar-mais-de-50-mulheres-e-criancas-venezuelanas-de-abrigo-em-rr-e-acao-cobra-indenizacao-por-danos-morais.ghtml>. Acesso em: dez. 2021.

FONSECA, Livia Gimenes Dias da. Despatriarcalizar e descolonizar o Estado brasileiro: um olhar pelas políticas públicas para mulheres indígenas. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, UnB, 2016.

FOOTE, Victoria. Refugee Woman as a particular social group: a reconsideration. Disponível em: <https://refuge.journals.yorku.ca/index.php/refuge/article/view/21842/20511>. Acesso em: jan. 2022.

FREEDMAN, Jane. Gendering the International Asylum and Refugee Debate. 2ª ed. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2015.

GOMES, Luiz Henrique. Uma em cada três venezuelanas no Brasil não consegue emprego, diz estudo da ONU. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,uma-em-cada-tres-venezuelanas-no-brasil-nao-consegue-emprego-diz-estudo-da-onu,70003920045>. Acesso em: jan. 2022.

GONZALEZ, Eric Eduardo Palma. Notas sobre o processo constituinte chileno 2019-2020. Revista Culturas Jurídicas, Vol. 7, Núm. 16, jan./abr., 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra. O direito internacional dos refugiados: e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007.

JÚNIOR, Durval Muniz de Albuquerque. Xenofobia: medo e rejeição ao estrangeiro. São Paulo: Cortez Editora, 2016.

LELLIS, Leonardo. Eleições 2020: Mulheres são a maioria do eleitorado e minoria dos candidatos. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/eleicoes-2020-mulheres-sao-a-maioria-do-eleitorado-e-minoria-dos-candidatos/>. Acesso em: jan 2022.

LISBOA, Tereza Kleba. Gênero e migrações – trajetórias globais, trajetórias locais de trabalhadoras domésticas. *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*. Ano XIV, números 26 e 27, 2006.

LOFTI, Tatiana Ferreira. A violência de gênero na intersecção das categorias mulher e refugiada. 2020. 150 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional. Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2020.

LOUREIRO, Gustavo do Amaral; SALLES, Denise Mercedes, N.N.; (org) *Fronteiras em movimento: gênero e migrações*. Vol. 2, n. 4, dezembro de 2020

LYRA FILHO, Roberto. *O que é o direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982. Disponível:

<http://www.faculdadearaguaia.edu.br/site/servicos/downloads/colecao/direito.pdf>. Acesso: 8 jul. 2015.

MARINUCCI, Roberto. Feminization of migration. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*. Brasília, ano XV, n. 29. 2007.

MENDOZA, Breny. La epistemología del sur, la colonialidad del género y el feminismo latinoamericano. In: MIÑOSO, Yuderkys Espinosa, CORREAL, Diana Gómez, MUÑOZ, Karina Ochoa (Editoras). *Tejiendo de otro modo: Feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2014.

MENEZES, Leilane; ESTRELA, Igo. Órfãs de terra-mãe: a saga das mulheres venezuelanas refugiadas no Brasil. Disponível em: <https://www.metropoles.com/materias-especiais/a-saga-das-mulheres-venezuelanas-refugiadas-no-brasil>. Acesso em: ago 2021.

MOREIRA, Julia Bertino. Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local. *Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.* Brasília, Ano XXII, n. 43, p. 85-98, jul./dez. 2014

MOREIRA, Vitória Sacramento. Migrações femininas e a nova lei de migrações: uma análise sobre a ausência da perspectiva de gênero na nova lei. *Cadernos de Gênero e Diversidade*. Vol 04, N. 04 - Out. - Dez. Bahia, 2018.

OIM. Organização Internacional para Migrações. Migration Data Portal. Disponível em: https://www.migrationdataportal.org/international-data?i=stock_abs_&t=2020. Acesso em: dez. 2021.

_____. Organização Internacional para Migrações. Migração Venezuelana. Disponível em: <https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd11496/files/documents/informe-migracao-venezuelana-jan2017-nov2021.pdf>. Acesso em: jan. 2022.

OLIVEIRA, Carmelita Angelica Lacerda Brito. A condição jurídica dos imigrantes venezuelanos no Brasil e as políticas públicas adotadas pelo governo brasileiro em Boa Vista – RR. 2019. 183 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. 1951.

_____. Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados. 1967.

ONU MULHERES. Mulheres refugiadas e migrantes venezuelanas no Brasil demandam capacitação e oportunidades de trabalho. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/mulheres-refugiadas-e-migrantes-venezuelanas-no-brasil-demandam-capacitacao-e-oportunidades-de-trabalho/>>.

Acesso em: jan. 2022.

ONU. ONU Mulheres. Women in politics: 2021. Disponível em: <<https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2021/Women-in-politics-2021-en.pdf>>. Acesso em: jan. 2022.

PAULA, Vera Cecília Abagge; PRONER, Carol. Convergência e complementariedade entre as vertentes de proteção internacional dos direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito/UFPR. Curitiba, n.48, 2008, p. 219 – 241.

PRADO, Mauro Machado; NEVES, Ana Paula de Castro; ALBURQUERQUE, Nathália Machado Cardoso Dardeau de. Xenofobia e violência de gênero: uma análise de manchetes veiculadas no webjornalismo brasileiro sobre mulheres venezuelanas. Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos. Bauru, v. 9, n. 1, p. 319-334, jan./jun., 2021.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas. Tradução de Júlio César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 117-142. Disponível em: http://www.clacso.org.ar/librerialatinoamericana/contador/sumar_pdf.php?id_libro=164. Acesso: 8 jul. 2015.

ROSA, Rita de Cassia Quadros da; HILLESHEIM, Betina; WEBER, Douglas Luís; HOLDERBAUN, Leticia Silva. Gênero, migração e vulnerabilidade: corpos de mulheres em deslocamento. Rev. Elet. Cient. da UERGS. v. 5, n. especial, 2019, p. 138-146.

RUBIO, Pamela Figueroa. “Históricas: nada sin nosotras” Paridad y nueva constitución: el caso del Chile. Revista Culturas Jurídicas, Vol. 8, Ahead of Print, 2021.

- SALGADO, Tiago. Venezuela na encruzilhada. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/venezuela-na-encruzilhada/>. Acesso em: dez. 2021
- SEGATO, Rita. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. E-cadernos CES [Online], n. 18, 2012, posto online no dia 01 Dezembro 2012. DOI: 10.4000/eces.1533. Disponível em: <http://eces.revues.org/1533>. Acesso: 8 jul. 2015.
- SILVA, Salete Maria da. A carta que elas escreveram: A participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. Tese de Doutorado – Universidade Federal da Bahia, UFBA, 2011.
- SLONGO, Evelise; BERTONCINI, Mateus. As mulheres na política. Paraná eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política. v.9, n.1, 2020, p 129 – 146.
- SOUZA, Janaína; GONZALO, Cora. Crise na Venezuela: mulheres migrantes enfrentam a violação de direitos na busca por trabalho no território brasileiro. Disponível em: < <https://amazoniareal.com.br/crise-na-venezuela-mulheres-migrantes-enfrentam-a-violacao-de-direitos-na-busca-por-trabalho-no-territorio-brasileiro/>>. Acesso em: jan. 2022.
- UNHCR. The UN Refugee Agency. Global Trends: forced displacement in 2020.
- TRINDADE, Luiza. Adelante - a luta das venezuelanas refugiadas no Brasil. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=GEUC-PI_nQ. Acesso em: ago 2021.
- TSE. Tribunal Superior Eleitoral. Número de mulheres eleitas em 2018 cresce 52,6% em relação a 2014. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014>. Acesso em: jan 2022.
- VIEIRA, Sérgio. Maioria do eleitorado feminino ainda enfrenta desafios na política. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/10/maioria-do-eleitorado-feminino-ainda-enfrenta-desafios-na-politica>. Acesso em: jan. 2022.

PARTE III - O QUE FOI E O QUE HÁ DE SER

7 A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE E A ALTERNATIVA DA MODERNIDADE NO CONTEXTO DE REFORMA DA PREVIDÊNCIA NO BRASIL

Mara Rúbia Mendes dos Santos Fernandes ¹

Vanessa Santos do Canto²

Sumário: Introdução; 1. A origem do conceito de poder constituinte; 2. O poder constituinte nos Estados Unidos; 3. O poder constituinte na França; 4. O poder constituinte na Alemanha; 5. O poder constituinte no pensamento de Antonio Negri; 6. O Poder Constituinte e a (In)Segurança Social em Tempos de Pandemia; Considerações Finais; Referências.

Introdução

Reflexões acerca do poder constituinte vêm desde a Antiguidade, mas é na Modernidade que surge um pensamento mais organizado acerca da sua existência e, dessa forma, surgem diferentes teorias de acordo com os períodos históricos e sociedades nas quais é desenvolvido o constitucionalismo.

Diferentes perspectivas políticas e teóricas têm sido desenvolvidas acerca do poder constituinte. E, neste sentido, o presente trabalho apresentará alguns aspectos acerca das teorias do poder constituinte que vêm sendo desenvolvidas na Europa Continental e na vertente anglo-saxã.

Após, serão tecidas algumas críticas a essas teorias à luz da obra de Antonio Negri, que também demonstra o paradoxo do poder constituinte, mas busca apresentar uma alternativa à Modernidade hegemônica frente à questão da soberania, do controle da multidão, do racismo e do sexismo.

Finalmente, serão discutidos os direitos previdenciários no contexto da reforma constitucional de 2019 e seus impactos durante o período da pandemia de COVID-19 no Brasil adotando uma postura crítica. O trabalho foi desenvolvido através de revisão bibliográfica acerca dos temas discutidos neste trabalho.

¹ Bacharel em Direito, PUC-Goiás, Brasil; Especialista em Direito Público e em Direito Tributário e Processo Tributário, Atame, Brasil; Mestranda em Direito Constitucional, UFF, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil; Advogada; mararubia.mendes@yahoo.com.br.

² Bacharel em Direito, PUC-Rio, Brasil; Mestre em Serviço Social, PUC-Rio, Brasil; Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional, PUC-Rio, Brasil; Mestranda em Direito Constitucional, UFF, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil; Advogada; vanessadocanto@gmail.com

1. A origem do conceito de poder constituinte?

O poder constituinte é tradicionalmente conhecido como a fonte da qual surge uma nova ordem constitucional. Convencionalmente, trata-se do poder de criar uma Constituição com separação de poderes, limitação do governo e garantia de direitos fundamentais. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (USP, 2005) em seu artigo 16 dispõe: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Pinto Ferreira (FERREIRA, 1985), destaca que para alguns pensadores clássicos como o alemão Schmitt, Heller, Recaséns Siches e Carl Friedrich, a essência do poder constituinte está na capacidade de formação do direito, ligado diretamente ao poder de criar uma Constituição. Ao contrário desse entendimento, outros estudiosos como Kelsen, Hauriou e Rui Barbosa, optam por um conceito mais amplo, vendo no poder constituinte a capacidade de criar e mudar uma Constituição.

Seguindo esse último pensamento, Ferreira (FERREIRA, 1985) conceitua o poder constituinte como “o poder de criar e revisar a Constituição”. Assim, para esse constitucionalista, os poderes de elaborar e de modificar a Constituição estão diretamente ligados ao conceito de Poder Constituinte. Embora o poder constituinte reformador ser limitado e condicionado não lhe retira a essência constituinte.

De acordo com Martin Loughlin, (LOUGHLIN, 2008) o poder constituinte, pautado na soberania popular, surgiu na Inglaterra, em meados do século XVII, durante debates revolucionários.

Loughlin (LOUGHLIN, 2008) ensina que a doutrina de um poder absoluto da Coroa no parlamento para falar em nome da nação britânica deu lugar a um poder constituinte centrado na soberania popular.

No início do século XVII, prevalecia o entendimento de um direito divino dos reis em que se acreditava que da lei de Deus derivava o dever e a fidelidade do povo ao seu rei legítimo. Loughlin aponta para uma mudança na lógica de justificação da autoridade constitucional na qual se fundamenta que o direito soberano não foi concedido de cima (por Deus) mas conferido de baixo (pelo povo), o que demonstra que o poder soberano está centrado na vontade do povo.

Todavia, embora houvesse a convicção de que a autoridade governamental estivesse enraizada no povo, tal argumento foi utilizado, na prática, para fortalecer o parlamento. Tendo sido criado pela Coroa, o parlamento, invocando o princípio da soberania popular, foi capaz de assumir um poder de autocriação.

Nesse contexto, muitos membros do exército parlamentar expressaram insatisfação com o parlamento. Nesse clima revolucionário, surge o primeiro movimento político chamado de Levellers que defendiam a soberania popular e a igualdade jurídica. Para esse movimento, uma base democrática não seria suficiente para que o governo agisse em nome do povo. A mensagem apresentada pelos Levellers é a de que o poder investido nas pessoas como iguais, cidadãos com direitos podem ser cedidos ao governo apenas para fins limitados e apenas dentro dos termos pactuados.

Em 1688, ocorreu a Revolução gloriosa na qual pôs fim à monarquia absolutista na Inglaterra e marcou o início de uma monarquia constitucional em que o rei permaneceria no trono, mas com poder limitados. Em 1689, foi assinado a Bill of Rights (Carta de Direitos) que definiu a estrutura do sistema de monarquia parlamentar na Inglaterra, prevendo que o rei reina, mas não governa. A declaração de 1689 assegurou direitos individuais e garantiu a participação popular, mas por meio de representantes parlamentares.

Assim, Loughlin (LOUGHLIN, 2008) destaca que, embora a primeira ideia de poder constituinte tenha sido elaborada por atores políticos ingleses, atualmente, o conceito foi quase que inteiramente erradicado do discurso constitucional moderno britânico devido a gradual institucionalização das práticas modernas de governo parlamentar.

2. O poder constituinte nos Estados Unidos

Em 4 de julho de 1776, após a Declaração de Independência das antigas colônias da Inglaterra na América do Norte, os Estados Unidos tornaram-se independentes. Por meio de uma convenção constituída por atores eleitos pelo povo, foi aprovada, em 1787, a Constituição dos Estados Unidos da América que teve seu status e autoridade chancelada pela participação popular.

A Constituição americana estabeleceu a república federativa presidencialista como forma de governo, adotou a separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário e garantiu direitos civis e políticos aos cidadãos, tais como liberdade de expressão, de imprensa e de crença religiosa.

O texto constitucional norte-americano trouxe no artigo 5º a possibilidade de alteração formal de seu texto por meio de emendas constitucionais. Neste sentido, Stephen M. Griffin destaca que o significado tradicional do poder constituinte dentro do constitucionalismo americano é definido como “o poder das pessoas mudarem a Constituição por meio de emendas ou uma convenção constitucional” (GRIFFIN, 2008, tradução nossa).

No entanto, o autor supramencionado aponta que estudiosos perceberam que a Constituição poderia sofrer mudanças por meio de processos informais. Trata-se, portanto, de alterações que não decorrem da atuação formal do poder constituinte afetando a letra do texto, mas atribuindo novos sentidos, significados e alcance à Constituição. Tal instrumento é denominado de mutação constitucional. Para uma melhor compreensão, cabe fazer a distinção entre mutação constitucional e reforma constitucional. A primeira terminologia consiste num processo informal de mudança constitucional por via de interpretação judicial, costumes, valores, tradições. A segunda é o processo de mudança constitucional por meio de formalidades estabelecidas na própria Constituição.

Griffin (GRIFFIN, 2008) ressalta que após a ratificação da Constituição americana, em 21 de junho de 1788, pouco se viu de mudança em seu conteúdo nos termos do artigo 5º do texto constitucional. Por lado, ocorreram várias alterações mediante interpretações judiciais, sem a participação direta do povo no exercício do poder constituinte. O autor (GRIFFIN, 2008) enfatiza que as mudanças informais como processo político de mudança constitucional podem ser apresentadas, às vezes, de forma fraudulenta e em dissonância com a consciência nacional do povo americano.

Griffin (GRIFFIN, 2008) ressalta que desde o início da república americana, a Constituição já havia deixado lacunas que foram preenchidas por interpretações políticas. Ademais, o método de entendimento sobre a mudança Constitucional, ao longo do contexto americano, pauta-se na análise de debates e de compreensões que as instituições travaram no decorrer da história.

Atualmente, o poder constituinte do povo no constitucionalismo americano é exercido, principalmente, por uma influência nas mudanças informais da Constituição. Desta forma, conclui-se que a Constituição americana se assemelha à tradição não escrita, característica do constitucionalismo britânico.

3. O poder constituinte na França

O poder constituinte é uma questão altamente controversa na França, principalmente na sua história política originada durante a Revolução, sob a Assembleia Constituinte de 1789 a 1791.

Desde o início, os atores moderados por trás da Revolução acreditaram que uma separação entre "poder constituinte" e "poderes constituídos" poderia fornecer a base de legitimidade das instituições governamentais e também oferecer uma garantia para a proteção dos direitos individuais. Através desta separação, o poder constituinte foi capaz de entronizar a Nação em seu lugar soberano, ao mesmo

tempo que, assegurava o caráter moderado - no sentido de Montesquieu - do governo representativo.

Mas o que é "poder constituinte"? É simplesmente o grito insurrecional da soberania do povo? Apesar da tentativa de Condorcet de restaurar um certo senso de ordem em seu projeto constitucional de fevereiro de 1793, essa crença aumentaria durante o período entre setembro de 1792 e a primavera de 1793, enquanto os Montagnards trabalhavam para tomar e manter o poder (JAUME, 2008, p. 67-85).

Este conflito entre a "soberania do povo" e a "representação" repercutiu em dois séculos da história francesa. Nesses conflitos, o poder constituinte do povo foi invariavelmente tratado com apreensão e muitas vezes considerado como provocador de demagogia. Não foi até a ascensão ao poder de Gaulle em 1958 que pôde ser mostrado que, longe de minar a estabilidade do estado, um apelo ao poder constituinte pode até levar ao fortalecimento da autoridade do estado. Essa convicção foi institucionalizada na constituição gaullista de 1958 e sua revisão em 1962, que estabeleceu um presidente eleito diretamente por sufrágio universal como a pedra angular da constituição e, portanto, exigia o reconhecimento da exterioridade do povo soberano em face do sistema de poderes constituídos. De Gaulle pretendia modificar a percepção arraigada do medo da demagogia tanto pelo reconhecimento da exterioridade do povo soberano perante os poderes parlamentares típicos (as duas Câmaras), como também pela integração da intervenção popular na máquina constitucional com o objetivo de criar um diálogo regular e direto entre o chefe de Estado e o povo. Essas reformas gaullistas, portanto, convidam a uma reavaliação dos dois últimos séculos da história política e constitucional francesa.

Sieyès, em seu panfleto *Qu'est-ce que le tiers-état?* (SIEYÈS, 2001) havia dedicado um capítulo separado à questão do poder constituinte. Para Sieyès, entretanto, essa confiança na nação só poderia ser assegurada por meio de representação: 'representantes extraordinários', vinculados a nenhuma forma constitucional anterior, decidiriam livremente ' como um indivíduo faria no estado de natureza ', e ' sua vontade comum tem o mesmo valor que a própria nação '. Sieyès aqui estava argumentando que se fôssemos isolar cuidadosamente o momento e o corpo dedicado exclusivamente à elaboração da Constituição e da Declaração dos Direitos do Homem, a supremacia desses textos fundadores sobre todas as leis posteriores seria solenemente afirmada. Os representantes ordinários, posteriormente eleitos, seriam, portanto, deputados encarregados de cumprir sua missão de acordo com os limites estabelecidos nos textos fundadores.

Que conclusões podem ser tiradas sobre o poder constituinte? Sua realidade na França depende dos caprichos da representação: a doutrina jurídica francesa privilegiou a teoria de Sieyès, que é uma identificação quase mística entre o povo e a Assembleia. Assim, de acordo com a lógica da representação no Leviatã de Hobbes, é o representante que deve dar sua unidade e identidade política ao povo, e não o contrário. O representante é soberano porque institui o povo como entidade política a partir de uma multidão "desunida". Mas essa doutrina foi contestada por pelo menos três movimentos: o jacobinismo (1789-94), seguido pelo bonapartismo (Napoleão e depois Napoleão III) e, finalmente, pelo gaullismo (1958-69). O poder constituinte do povo tornou-se um dos meios de rejeitar a afirmação de que "a Assembleia eleita é a nação", a doutrina constitucional de Sieyès (SIEYÈS, 2001).

4. O poder constituinte na Alemanha

Qualquer história conceitual do constitucionalismo alemão deve começar no final do século XIX. Ao longo do século XIX, a principal questão constitucional era o conflito institucional entre o executivo monárquico e a legislatura parlamentar democrática (ou quase democrática). Quando, durante a década de 1870, o primeiro Estado-nação alemão surgiu, a constituição alemã foi simultaneamente inventada se radicalmente como uma disciplina própria, metodologicamente distinta de qualquer contexto histórico ou político. Durante esse tempo, no entanto, o conflito institucional não foi resolvido. A busca por um suplemento populista e a dificuldade de alocá-lo em um contexto constitucional continuaram sendo um problema particular da nova ordem política. Por um lado, a própria unificação alemã era desejada por uma esmagadora maioria do povo: tinha sido um projeto político popular por quase todo o século e foi um ponto chave da revolução democrática fracassada em 1848. Além disso, o desenho do novo a constituição nacional foi discutida e votada em uma assembleia parlamentar resultante de eleições democráticas gerais. Por outro lado, o projeto revolucionário de criar um Estado-nação democrático fracassou, já que formalmente o poder constituinte do novo Reich alemão pertencia aos príncipes dos territórios alemães que fundaram o Reich por meio de um tratado.

Apesar de importantes estudos históricos alemães sobre as origens francesas da teoria do poder constituinte nessa época, não havia praticamente nenhuma discussão sobre um poder constituinte democrático como uma questão contemporânea e concepções radicais de autogoverno democrático não faziam parte da Staatsrechtslehre alemã antes de 1919. Somente após a Primeira Guerra

Mundial uma seção considerável da academia jurídica começou a expressar interesse em questões de teoria democrática.

Isso não significa que o problema da relação entre forma constitucional e legitimidade política fosse então irrelevante. Os problemas de legitimidade política tornaram-se intensos por volta de 1900, à medida que a instabilidade do sistema político se tornava cada vez mais evidente e o formalismo jurídico da fundação experimentava sua primeira crise. Mas as questões de legitimidade que estavam sendo levantadas não podiam ser tratadas em termos de teoria democrática.

A República de Weimar emergiu de uma revolução democrática, e uma das experiências históricas mais duradouras e contestadas para o constitucionalismo alemão foi determinar qual parte da estrutura institucional foi alijada nessa revolução e qual parte permaneceu. De acordo com a terminologia comum, a estrutura que permaneceu intacta é chamada de "estado", e o que mudou foi a 'constituição'. A partir desse momento, todas as críticas à legitimidade da República de Weimar buscaram diferenciar entre o estado alemão e sua vestimenta falsa, a constituição de Weimar. Uma crítica da constituição não era necessariamente uma crítica da ordem política como tal.

Portanto, não foi por acaso que a discussão constitucional muito heterogênea da República de Weimar se centrou na distinção entre forma constitucional e legitimidade constitucional. Nem todos os contribuintes se preocuparam com o poder constituinte: Rudolf Smend, por exemplo, oferece uma ilustração de um importante erudito constitucional que não estava nem um pouco interessado nas categorias democráticas (MÖLLERS, 2008). Mas pelo menos dois autores representam opções teóricas contrastantes a respeito do debate sobre poder e forma: Hans Kelsen e Carl Schmitt. A crítica de Schmitt à legitimidade da constituição de Weimar faz referência constante ao seu caráter democrático para além do parlamentarismo (MÖLLERS, 2008)

O que esses diversos fenômenos implicam para a teoria constitucional? Em primeiro lugar, essa teoria constitucional vem trabalhando com essa questão pelo menos desde a República de Weimar. A própria constituição de Weimar estava repleta de referências a questões sociais, e Hermann Heller em particular havia defendido a constitucionalização da dimensão do bem-estar do Estado. Desde a década de 1920, o uso do termo a constituição não se restringiu à ordem política; em alemão, também se pode falar de uma constituição econômica ou social. Os autores do Grundgesetz tomaram a decisão incomum de garantir o estado de bem-estar na disposição central imutável da constituição.

5. O poder constituinte no pensamento de Antonio Negri

A temporalidade aberta do poder constituinte tem sido encarada como um dos grandes desafios a serem enfrentados no âmbito da teoria da constituição. No âmbito do pensamento jurídico da modernidade hegemônica, o problema tem sido colocado em termos de subsunção da potência do poder constituinte ao poder jurídico. Entretanto, conforme assinala Antonio Negri, o poder constituinte não é apenas a fonte produtora de normas constitucionais dos ordenamentos jurídicos, mas também o próprio sujeito desta produção (NEGRI, 2002). E, acrescenta que a grande questão para a ciência jurídica é o controle do poder constituinte enquanto sujeito, a fim de reduzi-lo ao primeiro aspecto, ou seja, de fonte produtora de normas jurídicas. Neste sentido, enquanto desafio, a teoria do poder constituinte impõe a discussão de questões como democracia representativa, legitimidade democrática e participação política para repensar a Modernidade enquanto crise.

Por isso, ao realizar sua crítica às teorias jurídicas que servem de alicerce para o Estado pós-moderno Michael Hardt & Antonio Negri propõem o desenvolvimento de uma teoria do comunismo jurídico como crítica da forma-estado a fim de propor uma alternativa real, a partir de dois elementos: a compreensão do estado presente das coisas e o entendimento do que Marx denominou de movimento real “que destrói o estado presente das coisas” (HARDT; NEGRI, 2004, p. 15). Afirmando, ainda, afirmam que todos os acontecimentos que ocorrem na esfera do direito e do Estado somente se dão no plano da imanência, ou seja, no plano real, na sua materialidade (HARDT; NEGRI, 2004).

Antonio Negri e Michael Hardt caracterizam a modernidade enquanto crise. E, o esforço jurídico consiste em tentar regular a relação de forças que se expressam no momento revolucionário. Esse momento demonstra uma potência criadora que ultrapassa as noções modernas de racionalidade e justiça. Essas ideias, por sua vez, são peças fundamentais para o desenvolvimento das teorias da representação política e da distinção estabelecida entre poder constituinte e poderes constituídos. Essa distinção revela o problema da natureza e da titularidade do poder constituinte.

Nos alinhamos ao pensamento de Antonio Negri. Para o filósofo, a soberania busca sempre bloquear a potência do poder constituinte (NEGRI, 2002). Esse é um dos aspectos fundamentais para compreendermos o constitucionalismo moderno. O constitucionalismo surge exatamente como tentativa de subsumir a potência no poder. Ou, em outros termos reduzir o poder constituinte ao poder constituído (NEGRI, 2002). Ao contrário do que afirma Bercovici, o conceito de

poder constituinte não perde sua base material de sustentação ao considerá-lo oposto à soberania.

Na realidade, Antonio Negri demonstrou que, historicamente, ao longo do projeto de Modernidade que se tornou hegemônico, a soberania retira a base material do poder constituinte e abre o caminho para as leituras procedimentais e discursivas que retiram o seu conteúdo político e lhe atribuem um caráter meramente formal, de produção de normas jurídicas. Além disso, Antonio Negri e Michael Hardt ressaltam que a partir da síntese entre soberania e capital, o Estado se torna um poder político contra todos os demais (HARDT; NEGRI, 2004).

Hardt e Negri (HARDT; NEGRI, 2001) sustentam que a constituição inicial da modernidade europeia se articula ao conceito de soberania e são marcados por três acontecimentos: em primeiro lugar, a descoberta do plano de imanência, em seguida, a reação contra as forças imanentes e a crise da autoridade e, finalmente, a resolução instável sob a forma do Estado moderno que seria o lugar de realização da soberania, mecanismo de mediação exterior às forças imanentes componentes do plano.

Dessa forma, Hardt e Negri (2001) afirmam que a “própria modernidade é definida por crise, uma crise nascida do conflito ininterrupto entre forças imanentes, construtivas e criadoras e o poder transcendente que visa restaurar a ordem” e o projeto contrarrevolucionário que se desenvolveu ao longo do movimento do Iluminismo consistiu em resolver essa crise.

No terreno histórico, a crise da soberania e, mais profundamente da modernidade, dificilmente pode ser dissimulada. Mas, apesar disso, a teoria da soberania foi elaborada no sentido de demonstrar a “continuidade histórica real do território, da população e da nação” (HARDT; NEGRI, 2001, p.118). Lembram que a contrarrevolução romântica sedimentou essa continuidade histórica a partir da inscrição da burguesia na história (HARDT; NEGRI, 2001). Essa operação dos historicistas burgueses está centrada no conceito de identidade:

[...] Na identidade, ou seja, na essência espiritual do povo e da nação existe um território embutido de significados culturais, uma história compartilhada, uma comunidade linguística; mas, além disso, existe a consolidação de uma vitória de classe, um mercado estável, o potencial de expansão econômica, e novos espaços para investir e civilizar. Em resumo, a construção de uma identidade nacional garante uma legitimação continuamente reforçada, e o direito e o poder de uma unidade sacrossanta irremovível. Esta é uma mudança decisiva no conceito de soberania. Casado com os conceitos de nação e de povo, o

moderno conceito de soberania muda seu epicentro de mediação de conflitos e crises para uma experiência unitária de uma nação-sujeito e sua comunidade imaginada (HARDT & NEGRI, 2001, p. 122-3).

Mas, se por um lado, a noção burguesa de nação funcionava como instrumento de dominação, por outro lado, desde a perspectiva dos grupos subalternos, funcionava como mecanismo de mudança e revolução. E, apontam que o nacionalismo subalterno é definido por duas funções primárias (HARDT; NEGRI, 2001). A primeira está fundada no direito à autodeterminação das nações que fundamentaram as lutas anticoloniais. No segundo caso, o conceito de nação é utilizado como fundamento para defender a população e cultura subalterna da hierarquização operada pelas elites, tendo como ponto a ideia de inferioridade dos grupos dominados (HARDT; NEGRI, 2001).

Entretanto, os autores ressaltam que “por mais que essas muralhas pareçam progressistas em sua função protetora contra a dominação externa, entretanto, elas podem facilmente desempenhar papel inverso com relação ao interior que elas protegem” (HARDT; NEGRI, 2001, p. 123). Mesmo no caso de populações em diáspora, a nação acaba por esvaziar as possibilidades de imaginar uma comunidade para além da nação.

O recurso à identidade nacional pode levar a essencialismos que, no afã de obter uma unidade que possibilite a ação política, acaba por estabelecer novas hierarquizações do próprio grupo dominado. Um exemplo clássico, desse aspecto é o do nacionalismo negro. Nesse caso, os homens impõem seu ideal de liberdade e solidariedade em detrimento de outras concepções elaboradas por mulheres, homossexuais, velhos e jovens.

Não podemos esquecer que a crise da modernidade que se expressa através do problema da soberania e contenção do poder constituinte, estão intimamente relacionadas com o capitalismo, o colonialismo e a subordinação racial e sexual. As metrópoles dominantes criam fronteiras e hierarquias raciais que permitiram sustentar o sujeito da soberania moderna. “O conflito racial intrínseco à modernidade europeia é outro sintoma da crise permanente que define a soberania moderna” (HARDT; NEGRI, 2001, p. 132).

A relação ambígua estabelecida entre a relação de capital e a escravidão se expressa no fato de que, na prática, “o capital não apenas submeteu e reforçou os sistemas de produção escrava existentes em todo o mundo, mas também criou novos sistemas de escravidão em escala nunca vista, particularmente na América” (HARDT; NEGRI, 2001, p. 138).

Ao contrário do que se costuma afirmar, não existe contradição entre capitalismo e escravidão. O capitalismo dependeu primordialmente da força de trabalho escrava. Dessa forma, é inegável que o processo de desmantelamento do moderno sistema escravista decorreu da resistência dos próprios escravos. Nesse sentido, salientam que “a escravidão não foi abandonada por razões econômicas, mas derrubada por forças políticas”(HARDT; NEGRI, 2001, p. 140). Foi o contra poder real organizado pelos escravos que minou a lucratividade e as bases políticas do sistema³.

Por outro lado, o sistema escravista e colonial produziu alteridades que aparentemente se fundavam em um movimento dialético pautado no racismo (HARDT; NEGRI, 2001, p. 145). Desde essa perspectiva dialética, o “colonizador produz o colonizado como negação, mas, por uma reviravolta dialética, essa identidade colonizada negativa é, por sua vez, negada para fundar o Eu colonizador positivo” (HARDT; NEGRI, 2001, p. 145).

Entretanto, essa dialética negativa do reconhecimento não permite captar as diferenças sociais, pois é “preciso reconhecer também o conflito entre brancos de diferentes classes e os interesses dos escravos negros como algo diferente daqueles dos negros livres e quilombolas” (HARDT; NEGRI, 2001, p. 145).

Ou seja, não podemos reduzir a complexidade de uma sociedade marcada pelo colonialismo e pela subordinação racial a um sistema de análise que não permita captar essa heterogeneidade.

Apesar de sabermos que a realidade não é dialética, tal como ocorreu com o conceito de nação, a dialética negativa do reconhecimento também foi utilizada como motor para as lutas anticoloniais. Nesse sentido, afirmam que:

[...] O primeiro resultado da leitura dialética é, portanto, a desnaturalização da diferença racial e cultural. [...] Esse sinal não é político em si mesmo, mas apenas o sinal de que um política anticolonial é possível. Em segundo lugar, a interpretação dialética torna claro que o colonialismo e as representações colonialistas se fundam numa luta violenta que deve ser continuamente renovada. [...] Em terceiro lugar, apresentar o

³ No Brasil, por exemplo, a historiografia recente tem revisitado uma série de pressupostos que fundamentam os estudos sobre a escravidão e o seu legado no pós-abolição, tendo como foco de análise a resistência dos escravizados africanos e seus descendentes. Uma análise bastante abrangente desse movimento pode ser encontrada em estudos realizados por Flávio dos Santos Gomes e José João Reis em relação às organizações quilombolas: (GOMES, 2011);(GOMES, 2006); (REIS, 1996). Para questões relativas à escravidão urbana:(FARIAS et al., 2006) ; (CHALHOUB, 1996); (CHALHOUB, 2011); (KARASCH, 2000); sobre o significado e as contribuições da família escrava dos africanos centrais para a ação política no Sudeste escravista: (SLENES, 2011); (PIROLA, 2011); Para a resistência empreendida por mulheres negras da colônia às primeiras décadas do pós-abolição: (XAVIER; FARIAS, 2012).

colonialismo como dialética negativa de reconhecimento torna claro o potencial de subversão inerente à situação. Para um pensador como Fanon, a referência a Hegel sugere que o Mestre só pode obter uma forma vazia de reconhecimento; é o Escravo, pela luta de vida ou morte, que tem o potencial de seguir adiante, rumo à consciência plena (HARDT & NEGRI, 2001, p. 146)⁴.

Entretanto, o fim do colonialismo e o ocaso da nação permitem perceber a mudança da soberania moderna para aquilo que Negri e Hardt denominam de *soberania imperial* (HARDT; NEGRI, 2001, p. 155). Nesse contexto proliferam as teorias pós-modernas e a crítica pós-colonial e possibilitam a fundamentação teórica das políticas de identidade⁵.

Essas teorias se voltam contra os dualismos e essencialismos que marcam a trajetória das construções racistas, sexistas e colonialistas do sujeito universal moderno forjado no âmbito do Iluminismo. Mas, os autores sublinham a importância de delimitar cuidadosamente o alvo dessas críticas, pois como vimos anteriormente existiram distintos projetos em disputa no interior da modernidade. Assim, afirmam que não se trata de desafiar o “Iluminismo ou a modernidade in toto, mas especificamente à tradição da soberania moderna (HARDT; NEGRI, 2001, p. 158)”.

Nesse sentido, sustentam que a passagem da soberania moderna para a soberania imperial tem dificultado a identificação das linhas gerais do racismo nas sociedades contemporâneas e, que ao contrário dos prognósticos mais otimistas, não houve a diminuição de sua manifestação (HARDT; NEGRI, 2001).

Pelo contrário, “na realidade progrediu no mundo contemporâneo, tanto em extensão como em intensidade. Só parece ter declinado porque as estratégias mudaram” (HARDT; NEGRI, 2001, p. 210). Sendo assim, uma vez que as expressões do racismo vêm se reconfigurando, surgem novos desafios políticos e analíticos relativos às estratégias de ação política dos sujeitos constituintes que, no caso sob análise, se refere mais diretamente aos movimentos negros.

⁴ Antonio Negri e Michael Hardt lembram que a dialética negativa tem sido concebida em termos culturais e fundamentado projetos como o da negritude. Nesse tipo de projeto são buscadas representações da identidade recíprocas e simétricas que se afirmam como uma essência que tende a se naturalizar e a adquirir um conteúdo a-histórico. Nisso reside a recusa de Fanon em relação ao movimento da negritude, visto que compreende que somente a contra violência pode enfrentar a violência originária que funda e sustenta o colonialismo.

⁵ Desde outra perspectiva, Gilles Deleuze e Félix Guattari criticam o pensamento binário, mas também as políticas de identidades. Sua crítica à política de identidade se deve ao fato de que remetem à filosofia da representação. Além disso, consideram que reduzem as possibilidades de serem traçadas linhas de fuga que permitam romper com essa tradição da filosofia ocidental. (GILLES; GUATTARI, 1995).

Dessa forma, na teoria de Negri, o povo⁶ é o titular expropriado de sua legitimidade política através da representação política. Mas a expropriação necessita de um dispositivo que ordene o povo e o acostume à representação. Diante disso, o poder de polícia do Estado opera como agente regulador que torna homogêneas as singularidades, uniformiza as vontades e ordena o povo.

Dessa forma, o poder constituinte perde seu caráter revolucionário através das teorias procedimentais que retiram da multidão o seu poder de agir em nome de seus interesses impondo o poder de polícia e os procedimentos da democracia representativa como fator de controle e homogeneização das vontades políticas da população sob um capitalismo neoliberal e globalizado.

6. O Poder Constituinte e a (In)Segurança Social em Tempos de Pandemia

As fundamentações teóricas da força do poder de reforma trazem a discussão sobre o perigo de oferecer muita força ao poder legislativo ordinário para mudar a Constituição, retirando o que há de essencial no Constitucionalismo moderno que é a busca da segurança jurídica. Além disso, as reformas constitucionais trazem o risco de estabelecer uma ditadura parlamentar, que muitas vezes defendem interesses de poucos em detrimento de muitos, mas que se legitimam através da aparente democracia representativa.

A própria Constituição brasileira estabeleceu um rito para que houvesse mudanças em seu texto, a fim de ser atualizada e não permanecer engessada nos próprios dispositivos constitucionais. A esse procedimento, dá-se o nome de Emenda à Constituição.

As emendas à Constituição são regidas pelo artigo 60 da Lei Máxima que dispõe sobre as regras de mudanças constitucionais. Tal dispositivo constitucional consagra as emendas mediante proposta:

- [...] I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- II - do Presidente da República;
- III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

⁶ Antonio Negri utiliza o termo multidão para se referir ao povo. Não é apenas questão de nomenclatura, pois para ele o povo tende à homogeneidade enquanto a multidão se refere a uma multiplicidade de singularidades que não se homogeneizam sob as políticas de identidade.

As reformas da previdência, por meio de emendas, são objetos constantes na agenda política e econômica no Brasil. Atualmente, constata-se uma crescente insegurança dos beneficiários do seguro público de proteção social.

Diante disto, em 2019, o sistema de previdência pública passou por mais uma reforma, tendo, como principal justificativa dos governantes os déficits excessivos do sistema de seguro social e a busca pelo incessante equilíbrio financeiro e atuarial. Assim, com uma visão estritamente neoliberal, a previdência sofreu modificações por meio da Emenda Constitucional de nº 103/2019 (BRASIL, 2019), a qual alterou diversos dispositivos legais e constitucionais do sistema de proteção social, ignorando as necessidades sociais e pondo em risco a efetividade dos direitos sociais fundamentais, garantidos pelo sistema pátrio de Seguridade Social.

Verifica-se, uma crescente tensão entre os beneficiários que dependem da proteção previdenciária no Brasil. As diversas modificações no regramento constitucional de Regime Geral de Previdência Social colocam em xeque o sistema de proteção social. Tais alterações, prejudicam os segurados e seus dependentes, diminuindo os direitos sociais e ao mesmo tempo quebrando as expectativas dos segurados que estavam prestes a se aposentar.

A lógica de cobertura e do atendimento em saúde, previdência e assistência social, nos termos do artigo 194 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), consagra os direitos sociais como humanos direitos, e, portanto, imprescindíveis à manutenção da vida e das capacidades individuais e coletivas. A promessa constitucional de igualdade no atendimento às populações urbanas e rurais, somou-se ao desafio de expansão de cobertura universal e de isonomia dos direitos firmados na Carta cidadã de 1988 (BRASIL, 1988).

A previdência social é um direito fundamental e social, considerada para muitos autores como verdadeiras cláusulas pétreas (incluída no artigo 60 § 4, IV, da Constituição Federal vigente) (BRASIL, 1988). Os direitos fundamentais são assegurados a todos os indivíduos, sem nenhuma discriminação e são pautados pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da justiça social.

Nas palavras do professor José Gomes Canotilho (CANOTILHO, 1998), os direitos sociais “são, portanto, direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária quanto a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais, padecerão do vício de inconstitucionalidade”.

Nessa trilha de pensamento, Catarina Santos Botelho (SANTOS BOTELHO, 2015) defende que “os direitos sociais são genuínos direitos fundamentais, não podendo ser reconduzidos a meras declarações de direitos, destituídas de eficácia jurídica”. De acordo com essa autora, ainda que o exercício

dos direitos sociais pertença ao indivíduo, impõe aos poderes públicos um dever de prestação.

Dessa feita, compreende-se que a previdência contida no campo dos direitos e das garantias individuais (artigo 6º da Constituição Federal) (BRASIL, 1988) encontra-se protegida pelas cláusulas pétreas (art. 60 § 4 da CF/88) não podendo ser abolida e nem suprimida do texto Constitucional.

Nesse sentido, é preciso verificar os parâmetros que devem ser respeitados pelo poder de reforma e o limite de atuação do poder constituinte derivado reformador no campo previdenciário. Tendo como fundamento a teoria de Sieyès (SIEYÈS, 2001), o Poder Constituinte derivado reformador deve respeitar os limites impostos pelo Poder Constituinte originário, expressos e implícitos no texto constitucional. O poder de reforma deve preservar a força normativa da Constituição cabendo ao intérprete e ao aplicador do Direito eliminar qualquer alteração que tragam retrocesso aos direitos fundamentais, pondo em risco o núcleo essencial da Constituição, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser o parâmetro para definir o limite de atuação do Poder Constituinte derivado. Isso ocorre, porque o Poder Constituinte originário atribuiu a esse princípio basilar como fundamento do Estado Democrático de Direito, servindo como parâmetro de aplicação, interpretação e integração do ordenamento jurídico brasileiro.

Para agravar ainda mais o cenário de incertezas vivido pela população brasileira, houve a pandemia de Covid-19, ameaçando o cobertor social curto ou ausente, expondo ainda mais a desigualdade estrutural no país e as omissões estatais. Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 2020, p. 4) ensinou em sua obra “A cruel pedagogia do vírus”:

[...] a atual pandemia não é uma situação de crise claramente contraposta a uma situação de normalidade. Desde a década de 1980- à medida que o neoliberalismo foi se impondo como a versão dominante do capitalismo e este foi se sujeitando mais e mais à lógica do setor financeiro –, o mundo tem vivido em permanente estado de crise. (...) quando se torna permanente, a crise transforma-se na causa que explica todo o resto. Por exemplo, a crise financeira permanente é utilizada para explicar os cortes nas políticas sociais (saúde, educação, previdência social) ou a degradação de salários. (...) por isso, a pandemia vem apenas agravar uma situação de crise a que a população mundial tem estado sujeita.

Todo o tripé da Seguridade Social (saúde, previdência e assistência social) já se encontrava fragilizada e com a pandemia limitou-se ainda mais o acesso aos serviços de cobertura. A tensão social já existente foi intensificada pelos altos índices de desemprego, informalidade, aumento da pobreza, invisibilidade, desigualdade e o desamparo social.

A taxa de desemprego, de acordo com o IBGE, atingiu 12,6% no terceiro trimestre de 2021. O número de pessoas em busca de emprego no país, embora tenha recuado no último trimestre de 2021 chegou a 13,5 milhões de pessoas (CABRAL; BELANDI, 2021).

Dentre os retrocessos dos direitos sociais estão as mudanças ocorridas nos benefícios pensão por morte e aposentadoria por idade na qual tiveram seus valores substancialmente modificados pela reforma previdenciária implementada pela Emenda Constitucional 103/2019 (BRASIL, 2019) e alterando a fórmula de cálculo do benefício.

Uma das regras alteradas foi o valor do benefício da pensão por morte. Antes da reforma, o valor da pensão era calculado de modo que, sendo o segurado falecido aposentado, o benefício correspondia a 100% do valor da aposentadoria recebida no momento do óbito, a chamada Renda Mensal Inicial (RMI). Caso o segurado falecido não fosse aposentado, fazia-se o cálculo da média dos 80% maiores salários de contribuição, de 1994 até a data da morte, excluindo – se as 20% piores contribuições e os dependentes ficariam com 100% do valor de pensão.

Com a reforma da previdência, o benefício passou a ter um novo cálculo, ficando bem menos benéfico para o dependente, conforme prevê o artigo 23 da EC 103/2019 (BRASIL, 2019), em que grafa:

[...] Art. 23. A pensão por morte concedida ao dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de **50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado** ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, **acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente**, até o máximo de 100% (cem por cento). (grifos acrescidos)

Dessa forma, sendo o segurado falecido aposentado, o valor da pensão passa a corresponder inicialmente a 50% do valor da aposentadoria, acrescido de 10% para cada dependente adicional. Ou seja, se houver apenas um dependente,

ele receberá 60% do valor da aposentadoria. Com este novo cálculo, o valor de 100% (cem por cento) da pensão por morte só será devido quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5 (cinco), ou na hipótese de existir dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave. É o que prevê os §§ 1º e 2º do artigo 23 da referida Emenda Constitucional (BRASIL, 2019).

Uma outra situação refere aos casos em que o segurado não é aposentado na data do óbito. Neste caso, o benefício será calculado como se fosse um benefício por invalidez. Assim, o cálculo passa a considerar 60% + 2% para cada ano que superar os 20 anos de contribuição para homens e 15 de contribuição para mulheres. Neste sentido, a base de cálculo passa a ser de 60% da média dos salários de contribuição, desde 1994. Tal regramento encontra-se disposto nos §§ 2º e 5º do artigo 26 da EC 103/2019 (BRASIL, 2019).

Contudo, o inciso II do § 2º do artigo 26 da EC 103 grafa que no caso de aposentadoria por incapacidade permanente, quando decorrer de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho, o valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 100% (cem por cento) da média de contribuições, independentemente do tempo de contribuição do segurado.

Assim, nos casos em que o segurado não era aposentado na data do óbito, faz-se primeiramente o cálculo de quanto seria a aposentadoria por incapacidade permanente do segurado falecido, e em seguida, aplica-se a regra de cota dos 50% (cinquenta por cento) desse valor mais 10% (dez por cento) por dependente.

Outra mudança imposta pela reforma previdenciária refere-se à cessação da pensão por morte. Quando um dos pensionistas deixar de fazer jus à pensão por morte, diferentemente da regra anterior, a sua cota não mais retorna para o montante e deve ser retirada do benefício. É o que estabelece o § 1º do artigo 23 da EC 103/2019 (BRASIL, 2019) - “As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes”.

No que tange ao benefício da aposentadoria, antes da reforma de 2019, o valor da aposentadoria era calculado a partir da média dos 80% dos maiores salários após 1994 até o mês anterior à aposentadoria. Atualmente, é de 100%. Isto é, em alguns casos, essa mudança significa uma diminuição de até 15% no valor da aposentadoria.

Outra mudança na legislação previdenciária brasileira diz respeito ao aumento da idade para se aposentar. A obrigatoriedade de uma idade mínima de 65 anos para a aposentadoria de homens e de 62 anos para mulheres, imposta pela reforma da previdência, foi uma das mudanças mais significativas para os

contribuintes do Instituto Nacional do Seguro Social, considerando que na atual economia, é muito difícil uma pessoa ter um trabalho de maneira ininterrupta.

Verifica-se, portanto que ficou mais difícil obter a garantia previdenciária como também ficou menor o valor dos benefícios, seja a pensão por morte, seja a aposentadoria por idade. A cada ano, será necessário trabalhar um pouco mais, e onde estão os empregos com carteira assinada para que os segurados continuem a contribuir para o sistema? É preciso investir em políticas públicas, criar novos postos de trabalho, assegurar uma educação de qualidade e saúde para todos.

Neste sentido, conclui-se que a possibilidade de alteração das normas constitucionais pelo Poder Constituinte derivado deve ser pautada na segurança jurídica e na proteção e promoção do núcleo essencial da Lei Máxima vigente e não em interesses particulares dos governantes, que em grande maioria, é o que prevalece.

Considerações Finais

As teorias acerca do poder constituinte são desenvolvidas no âmbito da Modernidade, embora já existisse desde a Antiguidade. Surgem junto com o processo de desenvolvimento do constitucionalismo e do capitalismo na Europa e nos Estados Unidos em uma tensão permanente com os poderes constituídos.

Estas teorias discutem a legitimidade e a titularidade do poder revolucionário e são demonstradas diferentes modelos para o exercício deste mesmo poder. Mas, é importante que se diga que é no âmbito da Modernidade hegemônica que são desenvolvidas tais teorias que tentam conter a pujança do poder constituinte.

Contudo, ao adotarmos o pensamento de Antonio Negri, não significa que desistimos do Direito enquanto mediador das relações sociais, mas apenas fazemos um movimento para repensar a titularidade do poder constituinte e os limites do poder de reforma constitucional, principalmente em se tratando de direitos sociais ou de direitos humanos fundamentais de maneira geral.

Isto porque, sob o pretexto de garantir o exercício das liberdades democráticas são desenvolvidas as teorias que opõem o poder constituinte originário ao poder constituinte derivado. E, neste sentido, a mobilização popular é sempre considerada um risco. Ou seja, as teorias do poder constituinte tentam conter as forças revolucionárias notadamente com o desenvolvimento do capitalismo.

É neste contexto que Antonio Negri tece críticas às teorias do poder constituinte elaborada no âmbito da Modernidade hegemônica. Negri defende os

aspectos revolucionários do poder constituinte e formas populares de exercício do mesmo (NEGRI, 2002; NEGRI; HARDT, 2005).

Além disso, realiza críticas ao Estado pós-moderno que é pautado pelo neoliberalismo que condensa questões como superexploração do trabalho, racismo, sexismo e diferentes formas de discriminação e afirma que o Direito desempenha um papel fundamental na conformação deste cenário de globalização política, econômica e cultural.

É diante deste contexto de teorias acerca do poder constituinte que retiram o papel revolucionário e de participação popular que têm sido realizadas as reformas neoliberais no contexto do capitalismo dos países centrais e periféricos. E, desde a década de 1990, o Brasil tem passado por reformas que tem reduzido direitos no que se refere ao sistema de proteção social.

A implementação da forma gerencial de administração do Estado para atender aos ditames do capital tem levado à redução dos gastos com os direitos sociais fundamentais. Este aspecto é pautado em um discurso de escolhas dramáticas nas quais a reserva do possível tem sido invocada para atender aos ditames do capital.

Assim, as reformas no sistema de Seguridade Social e, sobretudo, nas formas de financiamento da previdência e de liberação dos benefícios têm sido pautadas na retirada de direitos da população e no aumento do tempo de contribuição, impondo mais tempo no mercado de trabalho que tem passado por uma crise sem precedentes no Brasil desde o início dos anos 2000.

Neste sentido, a Reforma da Previdência de 2019 que foi precedida pela Reforma Trabalhista de 2017 significou o aprofundamento das reformas neoliberais no Brasil e impôs mais sacrifícios às trabalhadoras e aos trabalhadores em um contexto de retração e terciarização do mercado de trabalho na contemporaneidade.

O fato é que os embora tenham se multiplicado as formas de trabalho precário, os empregos se tornaram cada vez mais escassos e a separação entre tempo de trabalho e tempo de vida se tornou mais tênue com uma base produtiva na qual o tempo de vida é atacado e as jornadas de trabalho se tornam cada vez mais longas (HARDT; NEGRI, 2001).

Dessa forma, defendemos que o poder de reforma seja controlado e garantida a participação popular nas mudanças constitucionais que modifiquem sobremaneira o exercício dos direitos sociais garantidos pelo poder constituinte originários. Pois, segundo Negri (NEGRI, 2002) o poder constituinte originário e seu sujeito não se separam.

Sendo assim, é necessário garantir a participação popular e o caráter revolucionário do poder constituinte para que o exercício de direitos sociais fundamentais, como os direitos previdenciários sejam de fato garantidos. Para que não sejam retirados no apagar das luzes dos anos legislativos.

Para tanto é fundamental que os ativistas de movimentos sociais e os defensores de direitos humanos participem ativamente das decisões políticas ainda que no âmbito do modelo da democracia representativa, notadamente, em um contexto de crise sanitária como a que estamos vivendo atualmente com o COVID-19 que tem gerado crise econômica mundial, retração aguda do mercado formal de trabalho com o aumento do desemprego.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Emenda constitucional no 103, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm.

Acesso em: 9 nov. 2019.

CABRAL, U.; BELANDI, C. Desemprego recua para 12,6% no terceiro trimestre e atinge 13,5 milhões de pessoas. Disponível em: <https://censos.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/32362-desemprego-recua-para-12-6-no-terceiro-trimestre-e-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas>. Acesso em: 14 jan. 2022.

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CHALHOUB, S. Cidade Febril: cortiços e epidemias na Corte Imperial. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

CHALHOUB, S. Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

FARIAS, J. B. et al. Cidades negras: africanos, crioulos e espaços urbanos no Brasil escravista do século XIX. São Paulo: Alameda, 2006.

FERREIRA, P. Teoria geral do poder constituinte: as constituições do Brasil e a constituição da 6.a república. Revista de Informação Legislativa, p. 139–152, jul. 1985.

GILLES, D.; GUATTARI, F. Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia. São Paulo: Editora 34, 1995. v. I

- GOMES, F. DOS S. Histórias quilombolas. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- GOMES, F. DOS S. De olho em Zumbi dos Palmares: histórias, símbolos e memória social. São Paulo: Claro Enigma, 2011.
- GRIFFIN, S. M. Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism. In: The Paradox of Constitutionalism. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 49–66.
- HARDT, M.; NEGRI, A. Império. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- HARDT, M.; NEGRI, A. O Trabalho de Dionísio. Juiz de Fora: UFJF/Pazulin, 2004.
- JAUME, L. Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences. In: The Paradox of Constitutionalism. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 67–86.
- KARASCH, M. A vida dos escravos no Rio de Janeiro (1808-1850). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- LOUGHLIN, M. Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. In: The Paradox of Constitutionalism. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 27-48.
- MÖLLERS, C. ‘We are (afraid of) the people’: Constituent Power in German Constitutionalism. In: The Paradox of Constitutionalism. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 87–106.
- NEGRI, A. O Poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- NEGRI, A.; HARDT, M. Multidão: guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- PIROLA, R. F. Senzala insurgente: malungos, parentes e rebeldes nas fazendas de Campinas, 1832. Campinas: Editora da Unicamp, 2011.
- REIS, J. J. Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil. Campinas: Companhia das Letras, 1996.
- SANTOS, B. DE S. A cruel pedagogia do vírus. São Paulo: Boitempo, 2020.
- SANTOS BOTELHO, C. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? (Social Rights in a Context of Austerity: An Eulogy to the Principle of the Prohibition of Social Retrogression?). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2911142. Acesso em: 6 maio. 2020.
- SIEYÈS, E. J. A Constituinte burguesa. – Qu’ est-ce que lê Tiers État? . 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SLENES, R. W. Na senzala, uma flor: esperanças e recordações na formação da família escrava. 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2011.

USP. Declaração de direitos do homem e do cidadão. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 14 jun. 2020.

XAVIER, G.; FARIAS, J. B. Mulheres negras no Brasil escravista e do pós-emancipação. São Paulo: Selo Negro, 2012.

8 ESTADO DE EXCEÇÃO À BRASILEIRA E MITOS POLÍTICOS EM UM CENÁRIO CONTEMPORÂNEO DE (BI) POLARIDADE

Aline Gomes Mendes¹

Júlio César Moreira de Jesus²

Sumário: Introdução; 1. O Estado de Exceção à Brasileira; 2. Das Jornadas de Junho ao Mi(n)to: Estado de Exceção Permanente e Pandêmico; 3. As Jornadas de Junho, Estado de Guerra e Império; 4. As Eleições de 2014 ao impeachment e o Neoliberalismo; 5. Das eleições de 2018 ao Estado de Exceção Pandêmico: teoria do risco e globalização; Considerações finais; Referências

Introdução

Quando um novo Vírus surge na Terra, o terror toma conta de toda a população, apesar do alto grau de contágio e mortalidade, um inacreditável movimento antivacina se estabelece em parte na população, imprensa e a sociedade ponderam a respeito dos contornos legais de se impor uma imunização em massa.

Neste clima, uma eleição presidencial se aproxima, de forma polarizada, de um lado um candidato floreado no apoio militar, contra a suposta corrupção dos governos civis que lhe antecederam, do outro um candidato civil, que carrega a esperança do restabelecimento de uma institucionalidade formal, com promessas de jamais intervir nos tribunais, decretar estado de sítio ou manipular o resultado de qualquer eleição.

Dentro deste contexto de perturbação social, doenças, movimentos eleitorais, um dos candidatos ameaça e age com ameaças de intervenção militar, com a finalidade de alijar adversários em desrespeito aberto aos princípios republicanos e preceitos constitucionais vigentes.

O relato acima pode lhe parecer atual, todavia, ele se reporta ao Brasil de 1904 a 1910, quando após uma epidemia de varíola, uma pestilência com índice de óbito estimado em 30%, e uma revolta contra as imunizações coletivas, dois candidatos se digladiaram pelo cargo presidencial: Hermes da Fonseca, sobrinho do marechal Deodoro da Fonseca e Rui Barbosa, que denominou a sua campanha

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Ciências e Tecnologias de Campos Gerais (FACICA). Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0003-3059-7568&justRegistered=true>. E-mail: aline_mendes@id.uff.br

² Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Processo Civil e Penal pela Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4100-7933>. E-mail: julio_moreira@id.uff.br

com a alcunha de “civilista”, para fins de simbolicamente se contrapor ao arranjo militar posto, apoiado pelas elites de seu período.

Nesse arranjo político que um elemento se desponta de forma escancarada: a utilização do “estado de exceção” como um instrumento político-administrativo à brasileira, no qual as figuras do líder intervêm no cenário regular de institucionalidade política, para alicerçar sua hegemonia e suprimir grupos antagonísticos ou tidos por inimigos.

Esse “mise en scène” social utiliza-se do regime jurídico posto para impor um “estado de exceção”, com a finalidade de centralizar o poder de controle, utilizando-se do estado de sítio, como degraus para “institucionalização de vazios legais” (AGANBEM, 1942).

Historicamente, os arroubos excepcionais ao sistema tem como principal alvo os Governos Estaduais, enviesando a autonomia institucional dos entes federados, com a finalidade de torná-los em uma mera extensão do governo central.

Com esteio na obra de Aganbem fica marcado que o ordenamento jurídico que foi estabelecido para conter a violência, contém em si exatamente o seu contrário, a possibilidade jurídica da suspensão de direitos e garantias fundamentais, admitindo-se uma violência não regulada pela lei, “na qual o estado de exceção se torna estrutura jurídico-política imposta ou mesmo estabelecida com permissão da própria sociedade, em face do conteúdo da norma constitucional vigente” (AGANBEM, 1942).

Este cenário, ora paradoxal, ora quase hegemônico, nas palavras de Paulo Roberto dos Santos Corval, se apresenta como uma “situação de exceção permanente na qual se revigora a tensão entre normatividade e vida” (CORVAL, 2009, p. 82).

Na lição de Coval a utilização do Estado de Exceção como instrumento de alvedrio, ganha novos contornos no século XXI, transmutando-se em uma situação de exceção permanente que “pode ser sintetizada pelas noções de globalização, risco, estado de guerra, Império e neoliberalismo: um contexto planetário, dominado pela lógica da incerteza e da insegurança, bem como pela difusão de políticas conservadoras e contrárias à capacidade criativa humana” (CORVAL, 2009, p. 135).

Nos tópicos a seguir serão apresentados mais desdobramentos destes intrincados fenômenos nos diversos cenários de um Brasil, que convulsionou, adoeceu tem transpassado anos sob um alicerce vacilante, misteriosamente político, hegemonicamente liberal e perifericamente capitalista.

Para tanto, os autores se utilizaram como abordagem metodológica a do tipo qualitativa, apoiando-se em técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, de caráter hipotético-dedutivo.

1. Do Estado de Exceção à Brasileira

Concebe-se a Carl Schmitt a primazia da utilização do termo “estado de exceção”, um conceito ao qual este autor alemão desenvolveu como um talabarte de “legítima defesa” aos movimentos revolucionários que desafiavam a ordem burguesa vigente dos anos 20. (SOARES, 2018, página 10)

Na visão de Schmitt os contornos da soberania encontram-se umbilicalmente ligados a sua capacidade de exercício do estado de exceção, para fins de preservação do status quo político-administrativo existentes, em especial da figura central do governante, cuja sobrevivência deveria se impor sobre a ordem normativa.

Por óbvio o teoria deste teórico alemão carregava em suas linhas a herança autoritária do segundo “reich”, e a visão estatista do autor, que afrontava a realidade da Constituição de Weimar, negando a possibilidade de existência de garantias de ordem individual, no seu viés liberal, creditando ao Estado, na figura do sobrano, o poder de impor e designar o direito que fosse

Suas teorias foram empregadas para servir a uma grande variedade de fins teóricos e políticos. Críticos progressistas, como Giorgio Agamben, fazem uso das ideias de Schmitt para revelar a suposta hipocrisia do direito como instrumento de dominação permanente dos cidadãos pelo Estado. Aliás o autor realiza agudas críticas a obra de Schmitt:

O aporte específico da teoria schmittiana é exatamente o de tornar possível tal articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica. Trata-se de uma articulação paradoxal, pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica (donde a formulação aporética: "Em sentido jurídico [...], ainda existe uma ordem, mesmo não sendo uma ordem jurídica").

Para Agamben a facilidade com o qual o poder executivo impõe limitações e restrições ao exercício dos atos da vida civil, se torna um campo para embates acalorados, o autor professa que o estado de exceção transmudou-se de um dispositivo provisório ínsito a situações de perigo para um instrumento normal de governo, no qual o cidadão se transformou em um terrorista virtual.

As teorias de Schmitt e Agamben encontram convergência e desenvolvimento na obra de CORVAL, cuja contemporização se fundamenta na lógica de insuficiência do regime democrático, para o qual o discurso da “estabilidade apenas é assegurada pela aplicação de poderes e métodos de exceção” (CORVAL, 2007, p. 39).

O autor fluminense propõe uma nova categorização de índole humana e transversal, um *tertium genus* a teoria da exceção calcada na insuficiência e deficiência da estruturação constitucional pós 45, solapada pela “noções de globalização, risco, estado de guerra, Império e neoliberalismo: um contexto planetário, dominado pela lógica da incerteza e da insegurança, bem como pela difusão de políticas conservadoras e contrárias à capacidade criativa humana.” (CORVAL, 2009, p. 135).

Ainda que real, permanente e contínuo, conforme veremos nos capítulos seguintes, o estado de exceção se tornou um instrumento com inusitados fins em solo tupiniquim.

A turbulência gerada pelas recentes crises financeiras e migratórias ocasionaram um maior apoio à direita populista e autoritária, ante a um elaborado novo sistema de marketing digital, formando-se a condição ideal para a um novo ciclo populista arraigado no conservadorismo.

Todavia, o novo “populismo digital” de forma, talvez, inédita rompeu com as tradicionais dicotomias esquerda-direita ao canalizar para si o monopólio temático de questões sensíveis como a imigração e a defesa de um senso de moralidade cristã.

Os novos líderes populistas que professaram lealdade à democracia, passaram a tentar burlar o ide moral republicano de respeito as instituições sob o escopo de atender as demandas do “povo”, lançando a culpa dos problemas estruturais econômicos, comuns aos países da periferia, da pandemia e da pouca experiência em gestão aos demais poderes da federação, quando não aos demais Estados.

Esse movimento não é uma exclusividade brasileira, os governos Peronistas também apontavam os seus problemas em face de um imperialismo estrangeiro, que fantasmagoricamente explicava os fracassos dos regimes econômicos argentinos. (ROCHA, 2011, p. 86)

Contudo, ao contrário do período da política das salvaçãoes de Hermes da Fonseca (contra o qual o movimento civilista se opôs em 1919), do Estado Novo de Getúlio Vargas ou do golpe militar de 1964, as novas lideranças conservadoras são carentes e desnaturadas de apoio material e político internacional e interno, para instrumentalizar um estado de exceção em seus moldes clássicos, com a

ruptura democrática por força militar, usurpação Institucional, concentração de poderes e competências no Executivo e Bolsões de Anomia, com amplo uso amplo do Estado de Sítio e do Estado de Defesa.

Todavia, a falta de liame material entre o discurso informal de campanha e a efetiva instrumentalização de um estado de anomia (AGAMBEN), não impediu a implantação de um sistemático movimento governamental de acrisolamento dos demais poderes constituídos, conforme a imprensa retrata de forma farta e pujante.

Curiosamente tal conduta somente fez aprofundar uma mutação sociojurídica da capacidade judiciária dos poderes constituídos, de empreenderem a defesa institucional de suas existências e atribuições constitucionais, perante ao sistema legal que os legitima.

Tal transformação, *in casu*, se deu ante ao desequilíbrio institucional de um hiperpresidencialismo, fato que se perpetuado, inevitavelmente impenderá uma alteração na concentração de poderes do executivo, que nos moldes estadunidenses, agrega um excesso de atribuições em comparação ao judiciário e ao legislativo.

Por óbvio que a impossibilidade ou a falta de proatividade para a ocorrência de uma ruptura institucional nos moldes clássicos, não obstaculizou o governo posto de desmobilizar políticas públicas governamentais, ocasionando um recrudescimento dos índices de insegurança alimentar, superexploração do trabalho no campo, desemprego, subemprego urbano e a intensificação na liberação de novos agrotóxicos.

Esse Estado de Exceção à Brasileira se apresenta na política de bravatas, na apresentação autofágica dos próprios poderes públicos como inimigos e na desmobilização de políticas públicas emancipatórias (econômicas, educacionais, sanitárias).

O governo brasileiro, a partir de 2018, aprofundou o investimento no setor agroexportador, através do denominado Plano Safra, que recebeu 86% de todos os recursos federais aportados, em detrimento de todo sistema de agricultura familiar, causando o desabastecimento de gêneros de primeira necessidade no país. O sistema de armazenamento e conservação de alimentos foi abandonado. Concomitantemente o governo promoveu uma profunda desmobilização do sistema de proteção ao trabalho, realizando cortes e desmobilizando o sistema nacional de fiscalização contra o trabalho escravo, único elemento de proteção estatal em face da superexploração do trabalhador na lida do tabaco, soja, milho, celulose e cana de açúcar, além de promover a reforma trabalhista.

Não se pode ignorar que tais atos ao invés de promover uma guinada econômica, ocasionaram o retrocesso institucional brasileiro, conforme representa a seguinte notícia: “No relatório econômico mais completo e recente, feito pela

ONU, entre 180 países o crescimento do PIB do Brasil para 2022 (0.5%) só supera o de Guiné Equatorial.”

Os sacrifícios a sociedade, do meio ambiente, das futuras e presentes gerações, em especial das camadas marginalizadas da sociedade, a desindustrialização e a intensificação em um regime econômico de dependência econômica ao capital financeirista estrangeiro dialogam intensamente com a visão de exceção permanente descrita por Paulo Corval que “pode ser sintetizada pelas noções de globalização, risco, estado de guerra, Império e neoliberalismo: um contexto planetário, dominado pela lógica da incerteza e da insegurança, bem como pela difusão de políticas conservadoras e contrárias à capacidade criativa humana.” (2009, p. 135).

Desta forma o estado de exceção não estaria se instalando de forma permanente em razão da composição militarizada do quadro pessoal do governo, como acreditam autores como Luís Antônio Francisco de Souza e Carlos Henrique Aguiar Serra, ou de forma clássica como nas tradicionais rupturas dos governos autoritários de 1919, 1930/1945 e 1964, nesta nova configuração a sublevada degradação dos índices sociais econômicos, por resultado de política estatal, configurariam um “estado de exceção” por afastamento e obstaculização dos direitos fundamentais primários da dignidade da pessoa humana, afetando diretamente o sistema constitucional de proteção ao meio ambiente, inclusive do trabalho, e o resguardo as presentes e futuras gerações (artigo 225 da CRFB/88), o direito a segurança alimentar e nutricional (artigo 6º da CRFB/88), e a soberania do Estado Nação.

A solução em análise perpassa os marcos de transformação previstos na constituição, para fins de alteração do sistema de governo, tendo em vista o risco existencial ao discurso da divisão de poderes e dos freios e contrapesos, que conforme tem se observado, são insuficientes para o atendimento da realidade brasileira, que importou o sistema estadunidense sem as suas anteparas.

A complexidade e transversalidade da temática, abrem margem para interessantes significações ante a breve trajetória social e política brasileira, conforme veremos a seguir, partindo das jornadas de junho de 2013.

2. Das Jornadas de Junho ao Mi(n)to: Estado de Exceção Permanente e Pandêmico

O Estado de Exceção Permanente é uma nova categoria para se compreender a crise da normatividade específica ou autônoma da Constituição. Esta categoria é trazida pelo professor Paulo Roberto dos Santos Corval que traça

uma imagem dessa situação por meio de cinco noções-chave: estado de guerra e império, neoliberalismo, risco e globalização (CORVAL, 2009, p. 43). Portanto, é diante desses pressupostos, que faremos, a seguir, uma linha do tempo desde as Jornadas de Junho até a Pandemia do COVID-19 para demonstrar que estamos diante de um Estado de Exceção Permanente e Pandêmico no Brasil.

3. As Jornadas de Junho, Estado de Guerra e Império

Não eram só 20 centavos.

As Jornadas de Junho, ocorridas no ano 2013, nos mostravam um panorama já preocupante que refletiria em uma das maiores e mais graves crises políticas já enfrentadas pelo Brasil. No início, os protestos eram contra o reajuste da tarifa do transporte público de São Paulo, de R\$ 3,00 para R\$ 3,20, e em poucos dias esses tomaram novos rumos e as suas reivindicações também. Já não eram só por 20 centavos, era também por uma educação e saúde “padrão FIFA”, contra a “militarização das polícias” devido a repressões desproporcionais durante os atos, o surgimento do então movimento “sem partido”, ou seja, um cenário de insatisfação geral, um desejo de mudança que surgia por parte da sociedade, nos custaria muito mais do que 20 centavos.

O Movimento Passe Livre (MPL) foi o protagonista inicial das Jornadas. Importante recapitular que inicialmente as manifestações começaram na cidade de São Paulo, com um número de cerca de 5mil participante e, após uma forte repressão policial ocorrida nas manifestações de 11 e 13 de junho de 2013, a adesão aumentou de forma exponencial e outras cidades, como Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Recife aderiram aos protestos (O GLOBO, 2014). Todavia, com o pleito da manifestação atendido, o MPL não mais era o protagonista das Jornadas.

Como se observa, os protestos ficaram marcados por um aumento da repressão do Estado em relação as manifestações populares e foi dentro desse contexto que surgiram os então denominados pela grande mídia como “black blocs”, grupo de pessoas mascaradas que durante os protestos passaram a depredar patrimônios materiais, que, em pouco tempo, foram transformados em inimigos públicos pela mesma e também pelo Estado. Afinal, por um lado a violência policial contra os manifestantes foi de certa forma naturalizada, sua gravidade foi minimizada e por vezes recebeu apoio de parcela da população. Por outro, a violência exercida contra patrimônios materiais é criminalizada.

Tal fato refletiu no aumento de expressivo de prisões durante as Jornadas, que, de acordo com um relatório produzido pelo Artigo 19, uma organização que

defende a liberdade de expressão, houve 696 protestos em todo o país no ano de 2013, onde 2.608 pessoas foram detidas, 08 pessoas vieram a óbito e 117 jornalistas foram feridos durante as manifestações e inúmeros casos de agressão policial (ARTIGO 19, 2014). Portanto, é dentro desse cenário, que estamos diante da noção de estado de conflito e Império para se compreender o estado de exceção permanente.

De acordo com Hardt e Negri, a perspectiva de se ampliar a democracia atualmente encontra-se ameaçada por um provável estado de conflito permanente. No século XX, a tradição germânica-europeia procurava isolar a guerra para as margens da sociedade. Ocorre que, atualmente, o que se observa é um aumento e espalhamento de guerras civis e conflitos armados pelo globo e tal fato nos leva a ponderar sobre uma possível ruptura entre guerra e política. Já na tradição norte-americana, de acordo com os autores, de um lado temos a revitalização das virtudes republicanas, do outro a exceção ao direito com o não cumprimento, por exemplo, de acordos internacionais (CORVAL, 2009, p. 55).

Logo, interconectadas ambas tradições, temos assinalados o estado global de conflito permanente, onde o conflito, se configura como uma relação social permanente. Além disso, as habituais metáforas da guerra, seja contra as drogas, a pobreza, o terror e até mesmo atualmente contra o COVID-19, atestam a assertiva. Trata-se, portanto, de uma nova concepção sobre a guerra onde não se conhece limites de espaço e tempo, o que conseqüentemente nos leva a uma fusão entre atividade militar e de polícia. Dentro desse contexto, então, são criados inimigos comuns e abstratos onde a sociedade deverá “guerrear” contra essa ficção (CORVAL, 2009, p. 57).

Sobre o conceito de Império, Hardt e Negri nos elucidam:

Entendemos 'Império', entretanto, como algo completamente diverso de 'imperialismo' (...) [O] Império não estabelece um centro territorial de poder, nem se baseia em fronteiras ou barreiras fixas (...) O conceito de Império caracteriza-se fundamentalmente pela ausência de fronteiras: o poder exercido pelo Império não tem limites. Antes e acima de tudo, portanto, o conceito de Império postula um regime que efetivamente abrange a totalidade do espaço, ou que de fato governa o mundo 'civilizado' (...) o Império se apresenta (...) como um regime sem fronteiras temporais, e, nesse sentido, fora da História ou no fim da História (...) O objeto de seu governo é a vida social como um todo e assim o Império se apresenta como um paradigma de biopoder (HARDT; NEGRI, 2004, p. 57).

No que concerne à legitimação da violência e ao avanço da criminalização, Klaus Günther nos elucidam que esses estão diretamente ligados à sociedade de mercado. De acordo com o autor, “as reformas econômicas de nos Estados Unidos

sob Ronald Reagan e na Grã-Bretanha sob Margaret Thatcher foram acompanhadas por um aperto maciço do direito criminal e penal” (GUNTHER, 2005, p. 389). Logo, a violência é legitimada pelo resultado (GUNTHER, 2005, p. 30) e não mais por meio de direitos humanos estruturas jurídicas ou até mesmo valores morais. Com isso, o Império pretende então impedir, por meio da exceção permanente, as mutações imprescindíveis à vida social. (CORVAL, 2009, p. 59).

Consequentemente, dentro dessas circunstâncias, a democracia se vê desacreditada e, para supostamente salvá-la, são invocados mecanismos de exceção e, portanto, operacionalizada por mecanismos jurídico-constitucionais não democráticos de exceção (CORVAL, 2009, p. 59).

Desse modo, as Jornadas de Junho acabaram por levar ao Brasil a um processo de Estado de Exceção Permanente, onde, conforme veremos a seguir e sob seu aspecto ideológico, o movimento neoliberal passa a crescer no Brasil como sendo a única opção para contornar a crise política já instaurada.

4. As Eleições de 2014 ao impeachment e o Neoliberalismo

O gigante não acordou.

No ano de 2014 tivemos uma das mais conturbadas eleições presidenciais brasileiras que resultaram, posteriormente, em um processo de impeachment rudimentar, grosseiro, vivenciado pelo país da então presidente reeleita Dilma Rousseff.

Antes disso, torna-se importante mencionar, que a controversa Operação Lava Jato, iniciada em março de 2013, foi a maior operação de combate a corrupção da história do Brasil, porém, devido ao seu ativismo ideológico, protagonizado por juízes e promotores, foi deturbada e utilizada de forma ilegal, arbitrária e antiética para perseguições políticas partidárias que ensejaram em desdobramentos, inclusive, de júízo de exceção.

As investigações, realizadas pela Polícia Federal, visavam apurar casos de corrupção que envolviam nomes de políticos e grandes empresários no Brasil. Porém, o que se observou durante todo o processo envolvendo a operação foram verdadeiras “manobras”, dentro do judiciário federal, para que os processos fossem delegados ao então juiz Sérgio Moro, conforme veremos a seguir:

A princípio: a então 2ª Vara Federal de Curitiba, por meio da Res. 20, de 26.05.2003, do TRF da 4ª Região, foi especializada para julgar os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Posteriormente, pela Res. 42, de 19.07.2006, do TRF da 4ª Região, a referida Vara

Federal passou a ter competência para também julgar os crimes praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional das infrações. Segue, então, a Res. 56, de 06.09.2006, do TRF da 4a Região, que revogou a Res. 42/2006. Manteve-se a competência da 2a Vara Criminal Federal de Curitiba para julgar os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Mas, por outro lado, retirou de sua competência o julgamento dos crimes praticados por organizações criminosas, atribuindo-lhe o julgamento dos processos de júri.

A Res. 56/2006 foi então alterada pela Res. 63, de 05.10.2006, desta vez, sem qualquer mudança específica na competência da 2a Vara Federal Criminal.

Segue-se, então, a Res. 18, de 24.04.2007, do TRF, além de reorganizar as competências das Varas Federais Criminais da Justiça Federal da 4a Região, manteve a competência 2a Vara Federal de Curitiba, para julgar os crimes praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional das infrações, além da competência ora atribuída e a de processar e julgar os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, que já era de sua competência jurisdicional.

Posteriormente, por meio da Res. 99, de 11.07.2013, do TRF, alterou a denominação da 2a Vara Federal Criminal de Curitiba, que passou a ser denominada 13a Vara Federal de Curitiba. Depois de nova certidão de batismo, a 13a Vara Federal de Curitiba, por força da Resolução no 101, de 15.08.2014, passa a ter competência para processar os pedidos de cooperação jurídica passiva em matéria penal, tanto por meio de carta rogatória quanto por meio de cooperação direta com intervenção judicial, encaminhados à Justiça Federal da 4a Região no âmbito da Seção Judiciária do Paraná (art. 1o).

Novo acréscimo de competência vem pela Resolução no 96, de 10.09.2015, que alterou a competência de varas da Subseção Judiciária de Curitiba, passou a atribuir para 13a Vara Federal de Curitiba a competência para os processos do tribunal do júri (art. 2o, caput, II, b), mantida a competência anterior.

Por fim, mas não menos relevante, a Resolução, no 3, de 19.01.2016, a 13a Vara Federal, assim como as demais varas federais da Subseção Judiciária de Curitiba, com competência criminal, passaram a ter atribuição jurisdicional para a execução penal da Penitenciária Federal de Catanduvas/PR (art. 1o) (BADARÓ, 2016).

Além disso, é importante observar que a operação se deu em meio a um ambiente político abalado, incerto, onde a grande mídia em geral, opositores, descontentes com o governo, utilizaram-se da operação para induzir e até mesmo

obter apoio de grande parte da sociedade e da opinião pública para suas empreitadas.

Não se pode olvidar que, dentro desse contexto, em outubro de 2014, o então candidato derrotado nas eleições de 2014, Aécio Neve, resolveu questionar o resultado das eleições, pedindo, inclusive, a recontagem dos votos. Para tanto, o então coordenador jurídico da campanha do candidato, o deputado federal Carlos Sampaio, solicitou junto ao TSE a criação de uma comissão para auditar e verificar o sistema de apuração e contagem dos votos sob o argumento de verificar a “lisura” no processo eleitoral (O GLOBO, 2014). Posteriormente, em outubro de 2015, a auditoria realizada constatou que não houve fraude nas eleições de 2014. (EXAME, 2015). Todavia, o “estrago” já estava feito e refletiria, posteriormente, no surgimento de posicionamentos antidemocráticos e no impeachment da então presidente democraticamente eleita Dilma Rousseff.

Quanto ao impeachment da presidenta Dilma Rousseff, o que vimos foi um processo também de exceção por parte dos parlamentares. Em 31 de agosto de 2016, após 3 meses de tramitação do processo, a então presidenta perdeu o ser cargo.

Foi, entretanto, nesse momento que ganhou força a pauta neoliberal no contexto político brasileiro. Por um lado, com a contribuição da grande mídia que se beneficiaria diretamente dessa pauta; por outro, de políticos neoliberais que passaram a ecoar discursos a favor da Lava Jato e contra a corrupção com o único objetivo de se criar uma comoção social, uma condenação social, para os ali investigados. Logo, é dentro desse cenário, que estamos diante da noção do neoliberalismo para se compreender o Estado de Exceção Permanente.

O neoliberalismo, conforme nos alerta o Professor Paulo Roberto dos Santos Corval, tem se beneficiado da organização imperial e apesar de ser a liberdade um valor supremo dentro dessa acepção, seu desenvolvimento, a partir da década de 70, nos mostra caminhos contrários (CORVAL, 2009, p. 60).

Importante revelar que, o então Estado Democrático de Direito, sob a influência neoliberal, promovem de forma paradoxal uma cultura oposta às garantias e aos valores que asseguram a solidariedade e a vida digna de todos (CORVAL, 2009, P.61).

Harvey, por sua vez, esclarece que no final do século XX, há uma crescente onda neoconservadora resultante do próprio processo neoliberal. Ademais, de acordo com o autor, o processo de acumulação por despossessão (accumulation by dispossession) operou uma das principais “conquistas” no processo neoliberal acerca da redistribuição e não na geração de bem-estar e de renda (HARVEY, 2005, p. 154).

De acordo com o autor, a acumulação por despossessão compõe quatro características principais, quasi sejam: (i) privação e ordinarização, onde o Estado utiliza-se ora de uma flexibilização de sua regulação, ora da sua força; (ii) uma economia voltada à exploração da moeda e para o crescimento do mercado financeiro, onde os bancos atigem lucros recordes, independentemente do cenário econômico; (iii) gerenciamento e manipulação de crise, onde países em crise adquirem empréstimos buscando uma “salvação”, porém acabam por se tornarem reféns da economia internacional; (iv) atuação redistributiva do Estado, onde esse privilegia, independente se haja ou não crise, um determinado setor da economia (HARVEY, 2005, p. 154).

Ainda, a degradação do meio ambiente faz parte desse processo. A extração desenfreada de matérias primas para o consumo e a exploração de recursos energéticos também fazem parte da dominação neoliberal, assim como o processo de deslegitimação dos demais direitos humanos (CORVAL, 2009, p. 65).

Consequentemente, dentro desse contexto e se aproveitando dessa “onda” neoliberal que surgiu no cenário político brasileiro, que o então candidato à presidência da República, Jair Bolsonaro, utilizando de pautas extremistas, pautas essas características do processo de acumulação por posseção, foi eleito em outubro de 2018. Não se pode olvidar, que o então candidato eleito que votou à favor do impeachment da presidenta Dilma Rousseff dedicou o seu voto à memória do torturador do Exército durante a ditadura militar, Carlos Alberto Brilhante Ustra. O candidato de extrema-direita, eleito com o slogan “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”, com pautas autoritárias e antidemocráticas, levaria o Brasil ao colapso conforme veremos a seguir.

5. Das eleições de 2018 ao Estado de Exceção Pandêmico: teoria do risco e globalização

*“Penso que não cegamos, penso que estamos cegos. Cegos que veem.
Cegos que vendo, não veem.”*

José Saramago, Ensaio sobre a cegueira.

Em 28 de outubro de 2018, foi então eleito como presidente da República do Brasil Jair Bolsonaro e, desde então, o Brasil vem colapsando. Bolsonaro, saudosamente declarado da ditadura militar, que inclusive disse que o “erro da ditadura foi não matar”, foi eleito utilizando-se tanto de discursos autoritários, quanto de discursos pautados em informações falsas para inflar o seu grupo de eleitores.

Pires, 2021, nos alerta que “o legado da consciência histórica do autoritarismo e a capacidade de fazer a sua leitura são fundamentais para resistir aos regimes autoritários contemporâneos” (PIRES, 2021, p. 111). Além disso, destaca que “os estados de exceção resultam da intensa mobilização de afetos”, quais sejam, “não apenas o medo, mas o ódio, ressentimento, decepção, raiva, agústica, tantos outros” (PIRES, 2021, p.124).

Outrossim, a equação amigo-inimigo é considerada por Carl Schmitt um elemento que acaba por estruturar estados de exceção, ou seja, há uma necessidade em se buscar um inimigo a enfrentar (PIRES, 2021, p. 128). À vista disso, não podemos deixar de mencionar que parte do discurso do então presidente eleito sempre foi o combate ao comunismo, ou seja, Bolsonaro criou a ilusão da existência de um inimigo comum que deveria ser combatido, embora nunca tenhamos de fato nos aproximado sequer de um regime comunista no Brasil.

Ou seja, é necessário que se exista um inimigo comum, qualquer que seja, mesmo que “delirante”, para que haja uma fragmentação da sociedade. Jason Satnley enfatiza que “O sintoma mais marcante da política fascista é a divisão: a população em “nós” e “eles” (STANLEY, 2018, p.83). Ou seja, entre aqueles que o presidente eleito denomina como “cidadãos de bem” e aqueles, que discordam de suas ações e de seus discursos, de “comunistas”.

Não há dúvidas de que o presidente eleito importou os mesmos discursos da campanha das eleições do presidente americano Donald Trump, para a sua campanha e para o seu governo. Nesse contexto, em seu aspecto cognitivo, Held e McGrew, destacam que a globalização “expressa numa conscientização popular crescente do modo como os acontecimentos distantes podem afetar os destinos locais (e vice-versa), bem como em percepções públicas da redução do tempo e do espaço geográfico” (HELD, MCGREW, 2001, p. 12).

Ainda, para os autores, há uma dicotomia, um dualismo, entre os globalistas e os céticos. Diante disso, os autores elaboraram o quadro a seguir com as principais implicações envolvendo esse dualismo:

	Céticos	Globalistas
1. Conceitos	Internacionalização, não globalização Regionalização	Um só mundo, moldado por fluxos, movimentos e redes sumamente extensos, intensivos e rápidos através das regiões e continentes
2. Poder	Predomina o Estado nacional Intergovernamentalismo	Desgaste da soberania, da autonomia e da legitimidade do Estado
3. Cultura	Ressurgimento do nacionalismo e da identidade nacional	Surgimento da cultura popular global Desgaste das identidades políticas fixas Hibridização
4. Economia	Desenvolvimento de blocos regionais Triadização Novo imperialismo	Capitalismo global informacional Economia transnacional Nova divisão global do trabalho
5. Desigualdade	Defasagem crescente entre o norte e o sul Conflitos de interesse irreconciliáveis	Desigualdade crescente nas e entre as sociedades Desgaste das antigas hierarquias
6. Ordem	Sociedade internacional de Estados Persiste inevitavelmente o conflito entre os Estados Gestão internacional e geopolítica Comunitarismo	Gestão global em camadas múltiplas Sociedade civil global Organização política global Cosmopolitismo

QUADRO 1: RESUMO DO DEBATE SOBRE A GLOBALIZAÇÃO, SEU CONCEITO E SUAS PRINCIPAIS IMPLICAÇÕES (HELD, MCGREW, 2001, p. 92)

Portanto, é nessa conjuntura ora os globalistas; ora entre os céticos, que o marco da exceção permanente se dará (CORVAL, 2009). Touraine, por sua vez, destaca que quatro fragmentos expressariam a decomposição da modernidade ao longo do século XX, quais sejam: (i) a sexualidade; (ii) o consumo; (iii) a empresa; e (iv) a nação. Ainda, de acordo com o sociólogo, cada fragmento traz em si, de forma simultânea, “a marca da modernidade e a da sua crise” (TOURAINÉ, 2002).

Corval, por sua vez, nos diz que:

A sexualidade refere-se à construção ou destruição do sujeito. O consumo acentua as transformações econômicas, notadamente a produção e o consumo de massa, dominados pelo marketing. A

empresa traz à mente a organização da produção e a nação os problemas de identidade e reconhecimento (CORVAL, 2009).

Quanto a concepção de risco, Ulrich Beck alerta que na modernidade tardia a distribuição social de riqueza é acompanhada pela produção social de riscos de forma desigual. Tal questão é denominada como um “novo paradigma da sociedade de risco”, onde o processo de modernização se torna reflexivo uma vez que este converte-se a si mesmo em tema e problema (BECK, 2010).

Nesse sentido, Beck nos elucida que:

Uma abordagem moderna para prever e controlar as futuras conseqüências da ação humana, as várias conseqüências não planejadas da modernização radicalizada. É uma tentativa institucionalizada, um mapa cognitivo, para colonizar o futuro. Toda sociedade tem, é claro, experimentado perigos. Mas o regime de risco é uma função da nova ordem: não nacional, mas global. [...] Risco pressupõe decisão. Essa decisão foi previamente tomada com normas fixas de calculabilidade, conectando meios e fins ou causas e efeitos. Tais normas são precisamente o que a 'sociedade de risco mundial' invalidou (BECK, 2010).

Nesse cenário, em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) caracterizou a COVID-19 como uma Pandemia. Até o momento, o mundo contabiliza 324 milhões de casos de infectados pelo vírus e 5,53 milhões de mortos em decorrência da infecção.

Desde o início da Pandemia, o presidente Jair Bolsonaro vem de forma imoral, desrespeitosa, irresponsável, anticientífica se posicionando em relação a Pandemia no Brasil, inclusive se posicionando contra a vacina e defendendo a distribuição de kits de medicamentos contra a COVID sem quaisquer comprovações científicas de sua eficácia.

Logo no início da Pandemia, em uma viagem aos Estados Unidos, o então presidente disse: “Está superdimensionado o poder destruidor desse vírus. Talvez esteja sendo potencializado até por questões econômicas”. Nesse momento, o país contabilizava 25 casos de infecções pelo vírus da COVID-19 e nenhuma morte. Ainda, em março de 2019, quando o país registrava 904 casos e 11 mortes, em pronunciamento em rede nacional Bolsonaro afirmou que a infecção por COVID-19 não passaria de uma “gripezinha” e acrescentou que se fosse infectado, “nada sentiria”, afinal ele teria um “histórico de atleta” (O DIA, 2021).

Em abril de 2020, quando o Brasil chegou a marca de 40.616 casos confirmados e 2.584 mortes, Bolsonaro, enquanto um jornalista o questionava sobre a evolução do número de casos e de morte no Brasil, disse “eu não sou coveiro, tá?” (O DIA, 2021).

Já em dezembro de 2020, quando o Brasil alcançava a marca de mais de 7 milhões de casos de infecção e 184.827 mil mortes, o presidente, em discurso voltado contra a vacinação, disse "Se tomar vacina e virar jacaré não tenho nada a ver com isso". Da mesma forma, em janeiro de 2021, quando o Brasil chegava a mais de 8 milhões de casos de infecção e 215.243 mil mortes, em campanha contra a vacina CORONAVAC, Bolsonaro disse: “Não há nada comprovado cientificamente sobre essa vacina aí”, sendo que a eficácia do imunizante havia sido cientificamente comprovada (O DIA, 2021).

Até o momento, o Brasil já registrou 30.639.130 milhões de infecções por COVID-19 2 664.874 mil mortes. Todavia, o presidente, que também é contra medidas sanitárias de distanciamento social, utilização de máscaras e álcool gel, continua a inflar seu eleitorado e a população com seu discurso negacionista, autoritário e anticientífico. Continua a se posicionar contra a vacinação, inclusive de crianças, utilizando-se de informações falsas, desinformando a população e de um discurso ideológico de extrema-direita, impondo, ao Brasil, um verdadeiro estado de exceção pandêmico.

Considerações Finais

Segundo Agamben não existe uma teoria do estado de exceção no direito público, uma vez que o problema posto não seria jurídico, mas sim sociopolítico: “é essa terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida, que a presente pesquisa se propõe a explorar. (2004, p. 12)

Para o autor italiano o estado de exceção se trata de uma medida “ilegal”, mas perfeitamente “jurídica e constitucional”, que se concretiza na criação de novas normas ou de uma nova ordem jurídica. Sua obra foi criada a partir da construção teórica estabelecida por Carl Schmitt, apensar do autor não se reputar um discípulo direto do ilustre controverso autor alemão. (2004, p.47).

Apesar da influência de Schmitt, Agamben declara que o escopo político não antecede o jurídico, bem como o jurídico não precede o político:

[S]e a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico

(Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão.

Dentro deste arcabouço teórico somos apresentados ao novo “populismo digital” de forma, talvez, inédita rompeu com as tradicionais dicotomias esquerda-direita. Estes novos líderes populistas que professaram lealdade à democracia, passaram a tentar burlar o ide moral republicano de respeito as instituições sob o escopo de atender as demandas do “povo”, passando a empreender uma verdadeira campanha de difamação institucional contra os demais poderes constituídos.

Dentro deste contexto somos apresentados a novas formas do estado de exceção, que se desdobra diante do acrisolamento de direitos constitucionais históricos.

Os movimentos sociais, o procedimento de afastamento presidencial, e os conflitos estabelecidos a partir das jornadas de junho servem como o pano de fundo para o desenvolvimento desta transversal e complexa teoria política, que inafastável valor constitucional, seja como imperativo social, biopoder ou um fato social-político permanente.

Esse cenário que reúne o caos social e a aventura política se desdobra em um cenário autóctone brasileiro, no qual o Estado de Exceção não se dá de forma clássica, com a ruptura da ordem democrática pela imposição das armas, na usurpação Institucional, e nos bolsões de anomia com amplo uso do Estado de Sítio e do Estado de Defesa, mas sim mediante uma política de bravatas, que de forma autofágica consome e elege os próprios poderes públicos como inimigos, com forte desmobilização de políticas públicas emancipatórias (econômicas, educacionais, sanitárias).

Por óbvio tal cenário somente é possível em vistas do hiperpresidencialismo tupiniquim, que através de seu patrono maior, Ruy Barbosa, emulou o sistema estadunidense sem as suas anteparas, fato que tem vindicado a reforma do sistema de governo vigente à uma nova celeuma: o semipresidencialismo.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004.
ARTIGO 19. Relatório anual 2013. Violações à Liberdade de Expressão. 2014. Disponível em: <<https://artigo19.org/wp-content/uploads/2014/04/RELATORIO-GRAVES-VIOLAÇÕES-FINAL-VERSÃO-INTERNET.pdf>>. Acesso em 01. set. 2021.

BARBOSA, Ruy. Ruínas de um governo. Rio de Janeiro: Editora Guanabara. 1931.

BADARÓ, Gustavo. A garantia do juiz natural a 13ª Vara Federal de Curitiba e o juiz Sérgio Moro. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/07/07/a-garantia-do-juiz-natural-a-13-vara-federal-de-curitiba-e-o-juiz-sergio-moro/>>.

Acesso em 06. set. 2021.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Teoria constitucional e exceção permanente: uma categoria para a teoria constitucional no século XXI. Curitiba: Juruá, 2009.

EXAME. Auditoria do PSDB conclui que não houve fraude na eleição. 2015. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/auditoria-do-psdb-conclui-que-nao-houve-fraude-na-eleicao/>>. Acesso em 06. set. 2021.

GÜNTHER, Klaus. World Citizens between Freedom and Security. In: Constellations, v. 12, n.o 03, Oxford: Blackwell Publishing LTD., 2005, p. 379/391.

HELD, David; MCGREW, Anthony. Prós e contras da globalização. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Império. 6a ed. Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2004.

HARVEY, David. A Brief History of Neoliberalism. New York: Oxford University Press, 2005.

O DIA. 'E daí?'; 'Gripezinha'; 'Não sou coveiro': Relembre frases de Jair Bolsonaro sobre a covid-19. Disponível em: <<https://odia.ig.com.br/brasil/2021/04/6135404-e-dai-gripezinha-nao-sou-coveiro-relembre-frases-de-jair-bolsonaro-sobre-a-covid-19.html>>. Acesso em 10 jan 2021.

O GLOBO. Por 20 centavos e muito mais: manifestações completam um ano. 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/por-20-centavos-muito-mais-manifestacoes-completam-um-ano-12763238>>. Acesso em 01. set. 2021.

O GLOBO. PSDB pede ao TSE auditoria para verificar “lisura” da eleição. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/10/psdb-pede-ao-tse-auditoria-para-verificar-lisura-da-eleicao.html>>. Acesso em 06. set. 2021.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Estado de exceção: a usurpação da soberania popular. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

ROCHA, Marina Maria de Lira. Uma onda de lama e sangue ameaça cobrir a república. Os discursos sobre violência no governo de Isabelita Peron. Dissertação. Pós-Graduação em História da Universidade Federal Fluminense - UFF. Orientador: Prof. Norberto Ferreras. Niterói, 2011. Disponível em:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi1vsmE_bT1AhW4qZUCHSbYBIMQFnoECAsQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.historia.uff.br%2Fstricto%2Ftd%2F1479.pdf&usg=AOvVaw2vvmT1ZzvhRzpkN8ZseRvH>. Acesso em 06. set. 2021.

SOARES, Alessandro. Do Estado de exceção ao imperialismo: estratégias teóricas de Carl. Schmitt na República de Weimar. São Paulo. Editora LiberArs, 2018.

SEVECENKO, Nicolau. A Revolta da Vacina, Mentes insanas em corpos rebeldes. Editora Unesp. 2014

STANLEY, Jason. Como funciona o fascismo: a política do ‘nós’ e ‘eles’. Porto Alegre: L&PM, 2018.

9 PANDEMIA, DEFESA DE TERRITÓRIOS ÉTNICOS E O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O CASO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DE ALCÂNTARA

Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha¹

Pedro Paulo Oliveira de Souza Ribeiro²

Sumário: Introdução; 1. O caso das comunidades quilombolas de Alcântara no Maranhão; 1.1 A trajetória do caso de Alcântara até a situação de pandemia; 1.2 O caso de Alcântara sob o contexto da pandemia de Covid-19; 1.3. O caso de Alcântara e o “novo constitucionalismo latino-americano”; 2. Os desafios colocados pelo caso de Alcântara à Teoria da Constituição brasileira; 2.1 O estado de exceção econômica permanente e o racismo estrutural; 2.2 O constitucionalismo autoritário e a militarização da democracia; Considerações finais; Referências.; Referências.

Introdução

É inegável que Estado e Constituição formem uma unidade no Estado Constitucional. Historicamente, não é possível entender o advento da Constituição sem a origem do Estado. A existência histórica e concreta deste é pressuposta e também condição de existência para a própria Carta Magna. Não obstante, face à realidade projetada no século XXI, não se mostra possível reduzir a forma política democrática a mero princípio constitucional. Neste limite, o Estado constitucional pode ser traduzido como uma conquista civilizatória a partir das lutas políticas que visaram a conformação da soberania e da democracia populares. Tais embates prosseguem, uma vez que tanto a soberania quanto a democracia se materializam no cotidiano, em prol da efetivação daqueles direitos e garantias tidos como fundamentais à vida social.

Como se aduz, democracia e soberania passaram a pressupor a titularidade do poder político pela instituição de um Estado cuja legitimação se dá a partir do povo que o enformou. A Constituição se vincula a este povo enquanto realidade concreta a legitimá-la. Desta forma, a forma democrática não pode ser entendida apenas como um procedimento formal voltado à representação política enquanto sua produção legislativa se resume à mera técnica jurídica (O’DONNELL, 1998).

¹ Advogada. Graduada em Direito pela UEMA. Mestra do PPGCSPA/UEMA. Mestranda do PPGDC/UFF com bolsa concedida pela CAPES. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas Crítica do Direito no Capitalismo. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0373-3010>. E-mail keldacaires@id.uff.br

² Graduado em Direito pela PUC-Rio. Graduado e Licenciado em História pela UFRJ. Mestrando do PPGDC/UFF com bolsa concedida pela CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa Crítica Jurídica Contemporânea. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-2919-8976>. E-mail: pp_ribeiro@id.uff.br

Neste sentido, o pensamento constitucional brasileiro projetado ao século XXI precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos, ao adotar uma proposta que entenda a teoria como explicação realista do papel exercido pela Constituição sobre a dinâmica do Estado (BERCOVICI, 2004).

De acordo com o panorama, considerando o direito constitucional como direito político, a Constituição não pode mais carregar a pretensão em resumir ou abarcar em si a totalidade do política, pois não se mostra mais possível entender a Constituição fora desta realidade por meio de categorias exclusivamente jurídicas, dado que uma Constituição não é exclusivamente normativa. Como as questões constitucionais se colocam como política, esta deve ser levada em consideração para a manutenção dos próprios fundamentos constitucionais. Afinal, se a Constituição é resultante e determinante da política e o Estado, não obstante, trata de uma totalidade da vida social considerada desde o ponto de vista da ordenação territorial, requer-se uma teoria da Constituição e do Estado capaz de recuperar a totalidade da política. É por estas razões que a chamada “crise do Estado” exige reflexões as quais saibam manejar novas e velhas questões relativas à unidade governamental, à democracia, ao povo ou ao conflito para melhor compreender o fenômeno estatal na atualidade. Enfim, temas os quais o modelo liberal de direito público forjado ao longo do século XX não soube enfrentar adequadamente.

Colocados estes pressupostos, o presente trabalho compreende que o poder público está cada vez mais submetido à autonomia adquirida pelo poder econômico privado em meio ao controle do Estado (BERCOVICI, 2006). A partir deste ponto, surge a necessidade em se debater as possibilidades de manifestação do poder para além da esfera estatal e é este o aspecto a ser explorado para a compreensão das relações e articulações entre os campos tanto da política e da economia quanto do direito e do Estado. Com efeito, é sob a busca pela supremacia do poder político popular sobre o poder econômico privado que se assenta a justificação para instilar mudanças na atual abordagem empreendida pela teoria constitucional no Brasil.

Em meio a esta busca, analisar o caso das lutas políticas e históricas das comunidades quilombolas de Alcântara no Maranhão, em face do Estado brasileiro e também dos interesses do capital que lhe assediam, serve a uma nova perspectiva constitucional atrelada ao poder político construído socialmente fora das instituições governamentais, isto é, um direito a partir dos quilombos que se insurge contra o Estado, apresentando resistência sob a égide do “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”. Tendo por escopo o uso político do direito matizado nesta vertente do constitucionalismo, surge a proposta de se trabalhar determinados aspectos da Ação Popular iniciada por ocasião da tentativa do Poder Executivo remover comunidades ancestrais maranhenses durante a pandemia de Corona Virus

Disease 2019 (Covid-19) em 2020. Tal situação, como se buscará apontar, indica o tratamento histórico conferido pelo Estado às lutas por direitos e que se traduz em autos processuais configurando uma situação de exceção sobre a garantia de direitos por essas comunidades tradicionais.

1. O caso das comunidades quilombolas de Alcântara no Maranhão

Inicialmente, é preciso descrever o caso das comunidades quilombolas de Alcântara considerando sua trajetória até o início da pandemia de Covid-19 em 2020. Vale lembrar a questão do direito à terra por essas comunidades só receberem algum tratamento legal a partir da Constituição Federal de 1988. Anteriormente, entre 1964 e 1988, a política de Estado voltada a essas comunidades no Maranhão obedecia às condições do programa espacial ambicionado pelas políticas desenvolvimentistas durante os governos militares (BRAGA, 2011).

A Fundação Oswaldo Cruz traçou uma cronologia dos acontecimentos classificados como “Conflito de Alcântara” e menciona seu marco inicial em 1979, quando o Ministério da Aeronáutica elaborou uma recomendação ao governo do Maranhão para que este realizasse a desapropriação da área onde se estabeleceria o Centro de Lançamento de Alcântara (CLA) (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2019). No ano seguinte, em 18 de setembro de 1980, foi publicado no Diário Oficial do Estado do Maranhão o Decreto nº 7.820, assinado pelo então governador João Castelo (1979-1982), que desapropriou, para fins de utilidade pública, uma área de 52 mil hectares. Assim, as terras foram cedidas pelo governo estadual à União para implantação da base espacial (BRAGA, 2011). Logo depois, em 1982, ocorreria a assinatura do Protocolo de Cooperação entre o Ministério da Aeronáutica e o estado do Maranhão para regularizar e desocupar os lotes necessários à implantação daquela base, bem como o reassentamento da população. Em 1983, durante o governo João Figueiredo, finalmente se criou o CLA mediante o Decreto Federal nº 88.136 (BRASIL, 1983).

Segundo Costa Filho (2002), são vários os motivos que justificaram a implantação do CLA no município de Alcântara, dentre os quais se destacam a privilegiada localização geográfica, por sua proximidade à Linha do Equador; a sua posição junto ao mar; uma suposta “baixa densidade demográfica”; e o baixo custo das desapropriações, entre outros. A primeira dessas desapropriações realizadas pelo Governo do Maranhão foi implementada com fulcro na Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, o “Estatuto da Terra”, em seu art. 6º. Naquela ocasião, o governo federal utilizou um comando previsto em lei para fins expropriatórios, mas a grande problemática com relação ao seu uso para a desapropriação é que:

A área desapropriada pelo Governo do Estado estava cedida, desde a decretação da desapropriação, inclusive o próprio Decreto 7.820, de 18 de setembro de 1980, para a Aeronáutica, a fim de que se procedesse à instalação de uma 'Base Espacial', ou seja, o Centro de Lançamento de Alcântara. [...] o Decreto foi editado sem os devidos estudos preliminares e sem considerar a existência de vasta população no local, o que já impunha a necessária desapropriação de uma outra área, por interesse social, a fim de assentar essa população que deveria ser remanejada do local de implantação. (CHOAIRY, 2000, p. 62).

Embora revestido de legalidade, o decreto padecia de problemas derivados da ausência de estudos preliminares e da devida consideração à existência de uma população local. Como salientado, à época da edição do decreto estadual de desapropriação em 1980, o direito à terra de comunidades tradicionais, tais como os quilombolas, não era reconhecido formalmente pelo ordenamento jurídico, no caso a Constituição de 1967. Mesmo diante da Constituição de 1988, houve a promulgação de um segundo decreto pela União declarando a utilidade pública para fins de desapropriação das terras e respectivas benfeitorias necessárias à implantação do CLA pelo Ministério da Aeronáutica durante o governo federal de Fernando Collor de Mello (1990-1992). De todo modo, como afirmou Lopes (2018), aquele primeiro decreto pelo governo estadual do Maranhão em 1980 já instituiu a ameaça de expulsão das famílias que ali residiam e trabalhavam há muitas gerações.

Nunes (2013) também apontava que além da desapropriação de mais da metade da área do município a partir de 1980, também ocorreu, entre 1986 e 1987, o deslocamento compulsório de 312 famílias para unidades administrativas denominadas de "agrovilas", assim como uma série de ações visando restringir não apenas o uso de recursos ecológicos, mas a organização social prevalecente e as manifestações culturais que têm ameaçado as formas de existência coletiva dos diferentes grupos sociais. Neste sentido, para quantificar parte dos efeitos das desapropriações nessas comunidades, têm-se os dados apresentados por Almeida (2006), os quais apontam a existência de 139 povoados concernentes às comunidades remanescentes de quilombos, sendo que destes, 90 estavam localizados na área desapropriada para a instalação da base enquanto 49 se situavam fora dos limites estipulados. Esses povoados totalizavam 12.941 habitantes, ou seja, 83% da população rural do município, compreendendo uma área aproximada de 85.537 hectares.

1.1. A trajetória do caso de Alcântara até a situação de pandemia

Em 1999, foi fundado o Movimento dos Atingidos pela Base Espacial de Alcântara (MABE). Neste mesmo ano, o Ministério Público Federal (MPF) iniciou investigações sobre as eventuais irregularidades em relação à implantação do CLA (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2019). Entretanto, no ano seguinte, em 18 de abril de 2000, ocorreria a assinatura do Acordo de Salvaguardas Tecnológicas entre Brasil e Estados Unidos para a concessão de uso do CLA o qual foi submetido à apreciação do Poder Legislativo mediante o Projeto de Decreto Legislativo nº 1.446-A de 2001. Em 2001, também foi apresentado o caso das comunidades quilombolas de Alcântara à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) cuja petição denunciava a desestruturação sociocultural, a violação ao direito de propriedade e ao direito à terra ocupada (BRASIL, 2001). Acatada sua admissibilidade, a apreciação do caso ficou prevista para 21 de outubro de 2006 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2006).

Em 2002, tem início a elaboração de estudo antropológico com o objetivo de averiguar supostas irregularidades verificadas na implantação da Base de Lançamento de Foguetes de Alcântara a pedido da Procuradoria Geral da República (PGR), e de acordo com a Portaria nº 007, de 07 de julho de 1999, do Ministério Público Federal do Maranhão (MPF-MA), a partir do Inquérito Civil Público nº 08.109.000324/99-28. Como indicado por Almeida (2006), buscava-se verificar a existência de estudos relativos às comunidades, as quais se encontram nas áreas destinadas ao Centro de Lançamento de Alcântara, no tocante ao componente étnico. Assim, em 2003, durante a elaboração do laudo antropológico, houve a participação de membros das comunidades de Alcântara no III Fórum Social Mundial, ocasião em que o MPF ajuizou uma Ação Civil Pública em desfavor da Fundação Cultural Palmares e da União, pugnando pela titulação do território de Alcântara sob o argumento da etnicidade como um todo. Também vale destacar que naquele mesmo ano ocorreu o acidente com o Veículo Lançador de Satélites (VLS-1), episódio no qual morreram 21 técnicos, além de acarretar danos ambientais (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2019).

Em 2007, além da criação da Alcântara Cyclone Space (ACS), a Justiça Federal, por intermédio da 5ª Vara Federal em São Luís, garantiu a proteção das comunidades sob o direito de continuarem exercendo suas atividades devido o receio em não mais poderem acessar suas áreas tradicionais de cultivo, assim como requereu ao órgão impetrado se abster de impedi-las a colher ou lançar seus roçados de subsistência nas suas áreas tradicionais remanescentes. Este Mandado de Segurança, de nº 2006.37.00.005222-7, teve por impetrantes Joisael Alves e outros,

sendo impetrado o Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara (BRASIL, 2007).

Em fevereiro de 2008, conforme relata a Fundação Oswaldo Cruz (2019), há denúncia por parte das comunidades sobre a realização de atividades ilegais decorrentes das operações da ACS em território quilombola, com destaque para a realização de desmatamentos e a construção irregular de estradas. Em maio daquele ano, o MPF-MA ajuíza ação cautelar em desfavor da Agência Espacial Brasileira (AEB), a ACS e também a Fundação Atech. No mês de setembro, com a consequente Ação Civil Pública obtendo resultado, ocorre manifestação por parte da Justiça Federal proibindo que essas três rés realizassem obras ou serviços antes de concluído o processo de titulação das terras. Naquele ano, a violação aos direitos humanos em Alcântara ainda se tornaria tema de audiência na Organização dos Estados Americanos (OEA) em Washington.

Em 2009, o MPF-MA recebeu a denúncia dos representantes quilombolas sobre as ações da ACS (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2019, 2019). A Justiça Federal do Maranhão (JF-MA) então procedeu a autorização para a ACS realizar Estudos de Impacto Ambiental (EIA) com o fito de viabilizar a implantação do Projeto Cyclone IV, cuja execução teria início em 2010. Assim, em 2010, o governo federal apresentou nova proposta para tornar o CLA viável economicamente e resolver a disputa de terras com os quilombolas. No ano seguinte, em 2011, houve o II Encontro das Comunidades Quilombolas de Alcântara em prol da garantia do território e do fortalecimento da identidade étnica daquelas comunidades. No dia 27 de janeiro de 2012, foi publicada a Portaria Interministerial n.º 35 a qual criou um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), tendo em vista a finalidade de estudar, avaliar e apresentar proposta de regulamentação da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais no que tange aos procedimentos de consulta prévia a esses povos (BRASIL, 2012).

Também em 2012, foi divulgado o informe da Comissão de Peritos na Aplicação das Convenções e Recomendações da OIT, consoante o apresentado pela advogada da Comissão Pró-Índio de São Paulo, Carolina Bellinger, apontando diversas situações em que o direito à consulta prévia das comunidades não foi respeitado e destacando os casos da construção do CLA e da usina hidrelétrica de Belo Monte (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2019). Paralelamente ao conflito quilombola, em 2013, sobre a função do GTI, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) critica o posicionamento do governo federal sobre a questão da regulamentação da Convenção n.º 169 da OIT aduzindo:

[...] o dever do Estado brasileiro em realizar consultas aos povos indígenas e tribais independe de regulamentação, vez que o Decreto 5.051/2004, incorpora ao ordenamento nacional um tratado internacional de direitos humanos sendo, portanto, autoaplicável desde a sua ratificação. Esse entendimento já foi externado por doutrinadores do Direito e pelo próprio Ministério das Relações Exteriores na condução do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI). (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, 2013, p. 1).

Em 2014, por sua vez, o Estado brasileiro seria questionado pela CIDH sobre a aplicação do instrumento jurídico denominado “Suspensão de Segurança” e proveniente da ditadura militar (RENATO, 2014). Em síntese, o Estado poderia cassar as decisões dos tribunais que contrariassem os interesses do Executivo, o que foi utilizado de forma contumaz quando dos embates entre comunidades tradicionais e grandes empreendimentos (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2014). Assim, já em 2017, diversos movimentos sociais endereçaram ao Ministério das Relações Exteriores, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, à Comissão de Ciências e Tecnologia da Câmara dos Deputados, à Comissão de Constituição e Justiça e à sociedade em geral, uma carta intitulada como “Nota Contra a Oferta da Base de Alcântara aos EUA” (INSTITUTO BRASILEIRO DE ANÁLISES SOCIAIS E ECONÔMICAS, 2017). Neste mesmo ano, vale dizer ainda, ocorreu o bloqueio das vias de acesso ao CLA em protesto à entrega da base aos EUA (MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA, 2017). Além disso, ainda naquele ano, foi publicada a manifestação do General de Exército Sérgio Westphalen Etchegoyen em palestra aos diplomatas brasileiros (GENERAL..., 2017). O general mencionava que quem estimula essa resistência são as lideranças “cooptadas por antropólogos estrangeiros” e que teriam como objetivo “sabotar o programa espacial brasileiro”. Por fim, em novembro daquele ano, foi divulgada a “Carta do II Seminário Alcântara: a Base Espacial e os Impasses Sociais” (COMUNIDADE QUILOMBOLA DE ARENHEGAUA et al., 2017).

Mais tarde, entre os meses de março e abril de 2019, ao início do governo de Jair Messias Bolsonaro (2019-2022), foi assinado o Acordo de Salvaguardas Tecnológicas (AST), em Washington, nos Estados Unidos, para viabilizar o uso comercial do CLA. Foi então convocada, por meio da Comissão de Ciência e Tecnologia e da Comissão de Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados, uma audiência para que se discutisse a proposta do acordo. Em tempo, a Secretaria da Ciência, Tecnologia e Inovação do governo do Maranhão realizaria

o seminário “Base de Alcântara: próximos passos”, enquanto em junho daquele ano, publicava-se a “Carta de Alcântara ao Congresso Nacional” na qual foram trazidas demandas quilombolas relativas à proteção de seus direitos territoriais, dos recursos naturais, e contra os deslocamentos forçados considerando o AST e a consequente expansão do CLA (ASSOCIAÇÃO DO TERRITÓRIO QUILOMBOLA DE ALCÂNTARA et al., 2019).

Ainda em 2019, houve diligência da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados para verificar a situação das comunidades quilombolas atingidas. Concluída numa audiência em Brasília, precedeu o lançamento da Frente Parlamentar Mista em Defesa das Comunidades Quilombolas). Na sequência, o MABE apresentou uma nota técnica sobre as considerações preliminares acerca do AST e suas implicações às comunidades quilombolas de Alcântara. Lideranças quilombolas então pediram a atuação do MPF para reconhecimento do direito à sua consulta (MOVIMENTO DOS ATINGIDOS PELA BASE ESPACIAL, 2019).

1.2. O caso de Alcântara sob o contexto da pandemia de COVID-19

Em 20 de março de 2020, adentrando o contexto de pandemia, é publicado o Decreto Legislativo n. 6, com o propósito de reconhecer, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020 (BRASIL, 2020a). O Congresso Nacional então aprovaria, sob a tutela do Senador Antonio Anastasia, no exercício da presidência daquela casa legislativa, a decretação de um estado de calamidade pública em todo o território nacional. Uma semana após a decretação do estado de calamidade pública, foi tombada a Resolução n. 11 do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI) procedendo às deliberações do Comitê de Desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro em sua Sétima Reunião Plenária, sob a figura do Ministro de Estado Chefe do Gabinete Institucional da Presidência da República na condição de Coordenador do Comitê de Desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro (CDPEB), o General de Exército Augusto Heleno Ribeiro Pereira.

Esta resolução tratava de, entre outras coisas, executar, por meio do Comando da Aeronáutica, a mudança das famílias realocadas, a partir do local onde residem e até o local de suas novas habitações, incluindo o transporte “de pessoas e semoventes” (BRASIL, 2020b). No âmbito do projeto de consolidação do Centro Espacial de Alcântara (CEA), o GSI, considerando a Resolução n. 11, ainda colocou ao Ministério da Defesa a missão de, por meio do Comando da

Aeronáutica, disponibilizar às comunidades quilombolas realocadas três corredores de acesso à faixa do litoral da área de 12.645 hectares a ser usada pelo Centro Espacial de Alcântara (BRASIL, 2020c). Como visto, o acordo entre o Estado brasileiro e os Estados Unidos ganharia contornos ainda mais problemáticos com a superveniência da Resolução n. 11.

Diante deste quadro, em 30 de março de 2020, foi protocolada a Ação Popular nº 1016857-96.2020.4.01.3700, na Justiça Federal do Maranhão, tendo por autor o Deputado Federal Ubirajara do Pindaré Almeida Sousa, do Partido Socialista Brasileiro do Maranhão (PSB-MA), este representado pelos advogados Maurício Gomes Lacerda, Paulo Renato Mendes de Souza, Rogerio Alves Vilela e Iggor Gomes Rocha, em desfavor da União, questionando a referida Resolução n. 11 (BRASIL, 2020d). Esta Ação Popular foi proposta requerendo a oitiva da parte contrária e a suspensão dos efeitos daquela Resolução n. 11, obstando-se o Governo Federal de praticar atos que visassem à desocupação forçada de territórios quilombolas. Conforme as razões jurídicas delineadas pela ação, sua justificativa se assentava no fato do conteúdo da Resolução n. 11 desrespeitar frontalmente o direito à consulta prévia, livre e informada às comunidades atingidas para a edição de atos administrativos que lhes causassem impactos, em claro descumprimento da legislação nacional e internacional, especialmente o art. 17 da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (MENDES et al., 2020).

Em sua defesa, a União reconheceu o direito à prévia consulta das comunidades quilombolas, entretanto aduziu que a Resolução n. 11 não trataria de ações tomadas ou implementadas pelo poder público, mas apenas a organização e distribuição de atribuições. Desta feita, não haveria de se falar em revelia da consulta prévia daquelas populações e nem do desrespeito a seus direitos. O juiz federal Ricardo Felipe Rodrigues Macieira, da 8ª Vara Federal Ambiental e Agrária do Maranhão, em 12 de maio de 2020, então prolatou decisão interlocutória em sede da Ação Popular nº 1016857-96.2020.4.01.3700, nos seguintes termos:

DEFIRO PARCIALMENTE o pedido de tutela de urgência para SUSPENDER EXCLUSIVAMENTE as ações voltadas ao planejamento e execução do processo de realocação das comunidades tradicionais situadas na área destinada à consolidação/ampliação ao Centro de Lançamento de Alcântara - no âmbito das deliberações do Comitê de Desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro - até a conclusão do processo de consulta prévia (livre e informada) das comunidades afetadas. (BRASIL, 2020d, não paginado).

Cabe aqui destacar a revogação da Resolução do GSI por meio da Resolução n. 17 do CDPEB, de 16 de dezembro de 2021, a qual entrara em vigor no dia 3 de janeiro de 2022, refletindo o embate estabelecido pelas comunidades tradicionais que se viram alvo durante a pandemia. Ainda assim, não se trata de decisão final, mas de uma suspensão à remoção das comunidades quilombolas até que seja cumprido o disposto na Convenção nº 169 da OIT. Por outro lado, considerando a revogação daquela Resolução n. 11, ainda permanece a busca pela consulta livre, prévia e informada às comunidades afetadas.

1.3. O caso de Alcântara e o “novo constitucionalismo latino-americano”

Convém lembrar que o CLA dispunha de 52 mil hectares, área essa de posse das comunidades remanescentes de quilombos e que fora objeto de desapropriação por meio de um decreto do governo estadual do Maranhão. Como mencionado, posteriormente se deu um novo Decreto, dessa vez presidencial, durante o Governo Collor e expandindo a área do CLA para 62.000 hectares. Neste processo, várias comunidades remanescentes de quilombos foram reassentadas, mas ocorre que a questão envolvendo o reassentamento daquelas comunidades adquiriu novos contornos com uma nova possibilidade de desapropriação perante o projeto de consolidação do CEA pelo Governo Federal.

O CEA, conforme previsto no projeto original da década de 1980, seria uma área do “Complexo de Alcântara”, área esta destinada a uns campi universitários; áreas administrativas para órgãos do governo ligados às atividades e às operações realizadas; uma vila habitacional; diversos estabelecimentos de serviço, como escolas, hotéis e hospitais; e locais para instalação de usinas de biomassa e biodiesel (ANDRADE et al., 2018). Diante disso, fica patente a intenção do governo federal em prosseguir com o projeto de modo que, para isso, se imiscui ainda mais em problemas fundiários concernentes à instalação da base, tentando promover nova desapropriação com a consequente realocação para outras áreas dessas comunidades quilombolas atingidas, além de reservar 12.645 hectares à implementação do CEA. Essas disposições estão nesta resolução.

Com a consolidação do CEA, os atuais 52.744 hectares do Complexo de Alcântara destinados às comunidades quilombolas, titulados pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), por meio de Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID) se reduziram ainda mais, uma vez que a área de 9.256 hectares ocupada pelo CLA se mantém intacta. Assim, dos 52.744 hectares destinados aos quilombolas, 12.645 hectares seriam desmembrados e destinados ao CEA (ANDRADE et al., 2018). Diante dos desafios

necessários à utilização do CLA, estes sob o cenário de negócios internacionais e considerando as experiências do Brasil nas últimas décadas, indaga-se quais seriam os possíveis modelos de negócio adotados para a exploração comercial de centros de lançamento, tais como o de Alcântara. O modelo mais utilizado e que foi adotado pelo Brasil é o de ASTs.

A suspensão do referido ato governamental seria resultante da intensa mobilização das comunidades quilombolas para alcançarem representatividade política em razão de suas lutas ao questionarem os desígnios governamentais. Em compasso, o fato de ser criada uma Frente Parlamentar na Câmara dos Deputados para a defesa dessas comunidades, mesmo que esta possa ser alvo de críticas, ainda assim, representa um esforço político para a formalização, em âmbito constitucional, de direitos assegurados pela própria Constituição Federal (BRASIL, 2020e). A questão posta se dá exatamente na busca por uma construção política do direito capaz de contornar uma habitual representação etnocêntrica da lei baseada em entendimentos à imagem e semelhança das culturas jurídicas europeias e estadunidenses, estas voltadas inteiramente ao horizonte político da promoção individual de direitos. É para sair deste enclave teórico que, a partir dos anos de 1990, de acordo com Soares e Bastos (2021), surge um “novo constitucionalismo”, de “cepa latino-americana”, voltado à ampliação dos direitos fundamentais e da proteção aos direitos humanos a partir de sua realidade social; à ampliação das garantias constitucionais em âmbito tanto coletivo e difuso quanto meramente individual; e também ao reconhecimento de um pluralismo político, cultural e social de acordo às múltiplas facetas da diversidade étnica que compõe este continente:

Em verdade, a empiria demonstrou que não foi fácil conciliar uma tradição secular de autoritarismo, desigualdade, corrupção política escassa adesão ao Estado Democrático e recorrentes golpes militares, que não muito tempo atrás assolavam os países latino-americanos, com a promessa de um refúgio democrático. (SOARES; BASTOS, 2021, p. 7)

Mesmo com alguns avanços formais nas últimas décadas, ainda são indelévels as continuidades e permanências desse período histórico nas estruturas administrativas estatais desses países, o que reflete numa necessidade premente dessas comunidades tradicionais, por exemplo, buscarem algum grau de emancipação política frente um aparelho estatal comumente ajustado contra suas necessidades mais existenciais. Ao mesmo tempo, vale salientar, mesmo diante desta tendência progressista alcunhada de “novo constitucionalismo latino-

americano”, ao se falar de “comunidades tradicionais”, ou mesmo “originárias”, a referência comum são as comunidades indígenas, contudo, as lutas pela autodeterminação quilombola desenvolveram uma categoria jurídica a qual almeja seu reconhecimento político ligando-se diretamente ao seu passado colonial a partir da ideia de um sujeito amefricano.

2. Os desafios colocados pelo caso de Alcântara à Teoria da Constituição brasileira

A empiria é extremamente relevante no seio dos estudos constitucionais para fins de tratamento das questões concretas que uma abstração galgada na normatividade costuma ignorar. A pretensão de universalidade a partir de uma busca ao suposto “bem comum” pugnado na extensão de textos e códigos revestidos de direitos e garantias fundamentais têm o condão de, ao fim e ao cabo, representar um grande vácuo, caso não haja uma correlação de forças capaz de articular uma normatividade em abstrato à materialidade da vida social. Como fazê-lo quando a difusão das Constituições e do constitucionalismo não apenas segue, como também pressupõe, uma maneira em compreender a relação entre a força normativa da constituição e a realidade da vida social?

De acordo com o jurista brasileiro Corval (2009, p. 1), na segunda metade do século XX se alcançou, em termos doutrinários, aquilo que se denominou “teoria constitucional pós-1945”, isto é, um consenso teórico quanto à tese de constituições possuírem uma espécie de “vida ativa autônoma” a qual constituiria sua “essência”, de modo a harmonizar as tensões políticas na relação entre a norma e a realidade. De toda sorte, este novo milênio não apenas conservou antigos problemas teóricos, mas também colocou novos, e o desejável equilíbrio entre a norma jurídica e a vida social, assentado sob a “tese da normatividade específica ou autônoma da constituição”, não aparenta estar próximo de ser alcançado.

Assim, de acordo com a introdução deste trabalho, e seguindo a proposta deste autor, no momento em que a constituição e sua normatividade se encontram mais uma vez em crise, há de se indagar sobre a validade do suposto “consenso” alcançado pela matriz hegemônica na teoria constitucional. A normatividade da Constituição atenta para a articulação dinâmica de temas caros à teoria e aos autores que serviram à sua internalização e desenvolvimento no Brasil, mas vivenciamos modificações sociais que ensejam novas categorias para melhor compreender a dinâmica do fenômeno jurídico-político do país. A imagem de uma situação política a reafirmar, mesmo que o faça implicitamente, o discurso da insuficiência do regime democrático, tende a nos levar à conclusão de que enfrentamos um

contexto transformador desta normatividade específica a qual persiste em manter a realidade social e política como um dado exterior à Constituição. É esta falta de apreensão da totalidade do real pelo discurso jurídico-constitucional hegemônico um dos fatores a contribuir em desfavor de uma maior abertura do direito à política em meio ao atual contexto social.

Como visto, torna-se cada vez mais aparente a incongruência da teoria constitucional brasileira junto a uma forma política democrática ajustada quase que inteiramente pelo prisma ideológico do liberalismo político, o mesmo que atua para favorecer a presente estruturação econômica do Brasil. Assim, ao conceber o pressuposto da “normatividade autônoma da constituição” como uma “camisa de força” a qual rejeita maior aproximação à problemática do poder político no terreno teórico constitucional, tendo em vista a Constituição, os direitos fundamentais, a hermenêutica e a jurisdição constitucionais, é necessário o recurso a novas categorias interpretativas capaz de traduzir a realidade social de modo a reconstruir o projeto democrático-constitucional do país. Assim, seguindo o proposto a partir de Unger (2011), reconstruir o projeto democrático brasileiro mediante um redirecionamento do direito constitucional, com este último agindo como um pilar organizador, enseja um experimentalismo institucional que forneça instrumentos capazes de assegurar resultados sociais pretendidos politicamente.

A problemática colocada acima tem na constitucionalização de expectativas sociais ou redistributivas, junto às promessas de direitos econômicos e sociais, um indicativo da falta de modelos organizativos para a economia e a política que possam, ao fim das contas, assegurar a realização de seus objetivos sociais. Não basta, por exemplo, como no Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que o Estado declare os remanescentes das comunidades quilombolas ocupando terras, terem a propriedade definitiva garantida. Afinal, na prática e como a realidade impõe, em uma situação a qual não é nenhuma novidade quando da efetivação de direitos aos grupos socialmente subalternizados e marginalizados, a “teoria se mostra outra”, não apenas pela falta de instrumentos institucionais e de agentes necessários, mas pela presença de interesses cuja atuação não é posta em relevo.

2.1. O estado de exceção econômica permanente e o racismo estrutural

Nesta trama de interesses no complexo social, as Constituições contraem diferentes significados e funções políticas. Entre estas, se destaca a imagem de

unidade a qual pode ser expressa em um projeto político. Neste caso, compreende-se o Estado brasileiro adotar uma ideia de Constituição enquanto plano de transformação social ao mesmo tempo em que assume uma ideia de Estado fundada num projeto de desenvolvimento nacional. Esta hipótese, galgada em concepções materiais da Constituição, se sustentaria a partir da Teoria da Constituição Dirigente, a qual exerceu e ainda exerce grande influência sobre a literatura constitucional brasileira.

A assunção deste ideário por muitos dos juristas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, consignou uma concepção sobre a superação da “crise constituinte brasileira” a partir do cumprimento de seu projeto constitucional. Entretanto, na atualidade, constata-se a incidência de um estado de exceção econômico em caráter permanente (BERCOVICI, 2006), dada a vinculação entre a “crise constituinte” e os bloqueios institucionais encontrados em soberanias periféricas como no caso do Brasil. Em paralelo, suscitar determinadas especificidades das manifestações do poder constituinte no país, distinguindo-as das congêneres europeias ou da estadunidense, poderia ser um passo adiante para que a atual concepção de poder constituinte abandonasse sua posição no discurso jurídico legitimador da dominação política (BERCOVICI, 2013). Afinal, os alicerces para a construção cultural do próprio pensamento constitucional brasileiro, diante do recorrente desprezo por demandas de grupos sociais historicamente vulnerabilizados, estas manifestadas em conflitos pelo reconhecimento político de trajetórias e modos de vida, como no caso de Alcântara, encerra a prática do habitual racismo latino-americano:

O racismo latino-americano é suficientemente sofisticado para manter negros e índios na condição de segmentos subordinados no interior das classes mais exploradas, graças à sua forma ideológica mais eficaz: a ideologia do branqueamento. Veiculada pelos meios de comunicação de massa e pelos aparelhos ideológicos tradicionais, ela reproduz e perpetua a crença de que as classificações e os valores do Ocidente branco são os únicos verdadeiros e universais. Uma vez estabelecido, o mito da superioridade branca demonstra sua eficácia pelos efeitos de estilhaçamento, de fragmentação da identidade racial que ele produz: o desejo de embranquecer (de “limpar o sangue”, como se diz no Brasil) é internalizado, com a simultânea negação da própria raça, da própria cultura. (GONZÁLEZ, 1988, p. 70-71, grifo nosso).

Neste sentido, é rotineiro o tratamento dispensado aos quilombolas ao serem retratados como “um grupo necessitado de evolução”; como “animais”, “decadentes”; e que precisam ser superados em prol do “desenvolvimento nacional” o qual inviabilizam. Esta construção cultural particular é

institucionalizada e se imiscui à valorização de um modelo explicativo cuja presença é uma constante em todos os níveis de pensamento, assim como parte e parcela das mais diferentes instituições sociais (GONZÁLEZ, 1988). A categoria quilombola, por muito tempo, esteve relacionada a “escravos fugidos”, contudo, por ocasião da abordagem antropológica fornecer abertura para que estas comunidades pudessem se expressar, tal relação se mostrou obsoleta mesmo que ainda haja uma insistência a este tipo de representação no meio jurídico. Como um exemplo histórico dessa marcação social, convém resgatar certas concepções, mesmo que vinculadas ao contexto do século XIX, a partir da Representação de José Bonifácio de Andrada e Silva à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império quando das origens do Estado moderno brasileiro antes mesmo da primeira Constituição brasileira em 1824:

[...] a necessidade de abolir o comércio de escravatura e de emancipar os atuais cativos é tão imperiosa que julgamos não haver coração brasileiro tão perverso, ou tão ignorante, que a negue ou desconheça. Isto posto, qualquer que seja a sorte futura do Brasil, ele não pode progredir e civilizar-se sem cortar, quanto antes, pela raiz este cancro moral que lhe rói e consome as últimas potências da vida, e que acabará por lhe calhar morte desastrosa. (SILVA, 1825, p. 2).

Neste documento, ao tratar de um novo regulamento para a promoção da “civilização geral dos índios que farão com o passar do tempo tornar inúteis os escravos” e a proposta de uma “nova lei sobre o comércio da escravatura e tratamento dos miseráveis cativos”, seu autor, enquanto alto membro do círculo político brasileiro, deixa sobressair sua formação cultural orientada pelos referenciais europeus, os quais deixam de conceber a manutenção de um sistema social cuja dinâmica impede o “progresso civilizatório” como um todo. Com efeito, não haveria qualquer interesse político por uma abolição total e imediata do regime de escravidão espreado pela sociedade brasileira. Assim, ao longo daquela representação ficam perceptíveis os argumentos mobilizados em direção a um processo emancipatório progressivo de escravizados o qual mitigasse os eventuais prejuízos de seus proprietários.

A partir de Bonifácio, a ideia embrionária de abolição da escravatura emulava um projeto político visando o Brasil se tornar um Estado unitário, mas por intermédio de uma Constituição a qual deveria se orientar politicamente de modo a evitar as condições sociais que propiciaram a “Revolução Haitiana”. Estas ideias, por certo, integram a formação de uma “cultura política” a qual faz o direito vigente

não observar a trajetória de famílias formadas a partir daquele sistema social; não admitir a efetiva participação desses grupos sociais em instituições políticas as quais seus ancestrais jamais puderam participar; preservar interesses dos grandes proprietários privados individuais mantendo uma rígida hierarquização social; e cercar o acesso desses grupos sociais à cidadania plena. Estas situações apontam a hipótese da construção histórica e cultural de um “constitucionalismo autoritário”, ainda mais se considerarmos, em meio a história constitucional brasileira, muitas das continuidades entre os arcabouços e as molduras normativas estabelecidas a partir de regimes políticos de exceção durante o período republicano.

2.2. O constitucionalismo autoritário e a militarização da democracia

Levando em conta a história, as ideias constitucionais brasileiras se debruçam sobre questões próprias da teoria e da filosofia constitucionais, o que impõe algumas dificuldades para adequar conceitualmente o que seria definido como um “constitucionalismo autoritário”. Essas ideias constitucionais estariam vinculadas ao campo do pensamento político brasileiro, conforme definiu o cientista político brasileiro Christian Lynch, e seriam tratadas como parte de um conjunto textual de natureza ideológica representativo de uma certa cultura política a qual é marcada por um estilo próprio de reflexão (LYNCH, 2016). De acordo com esta definição, a cultura política a que estes textos pertenceriam poderia ser entendida como um conjunto de discursos ou práticas simbólicas formuladoras de demandas que conferem identidades aos diferentes indivíduos e grupos sociais, delimitando suas comunidades e definindo-lhes posições a partir das quais se torna possível demandarem politicamente.

Estabelecida esta conceituação, as ideologias ou discursos políticos relativos a essas ideias constitucionais correspondem a distintos conjuntos homogêneos de ideias, crenças, opiniões e valores exibidos de forma recorrente por grupos sociais que os portam e que competem pelo fornecimento e controle das políticas públicas com o objetivo de justificar, contestar ou alterar processos e arranjos, tanto políticos quanto sociais, de uma determinada comunidade política. Com efeito, as ideias constitucionais brasileiras se veriam imbricadas a metáforas, símbolos e temas repletos de significados políticos que pretendem ordenar a realidade social por meio de narrativas sobre o passado, o presente e o futuro dessa mesma comunidade política. Dessa maneira, sob o contexto maranhense, por exemplo, surge uma “ideologia da decadência”, tratada por Almeida (2008), como

um modelo explicativo da realidade social, em que o passado seria admitido como “idade de ouro” face a um presente visto como decadente:

A origem da decadência seria, por conseguinte, pensada a partir de uma outra situação, aquela denominada de prosperidade da agricultura e, por extensão, da província. Sua delimitação cronológica se inscreve dentro de um exercício de tentar fazê-la entendida pelo concurso de uma sua possível negação. Assim sendo, a escolha de um período considerado de prosperidade, oposto extremo da citada decadência, orienta e conduz ao intervalo de tempo ponto de partida da explicação: a chamada ‘idade de ouro da lavoura da província’. Sem entrar no mérito de que a decadência se encontra sempre atrelada ao tempo presente de quem a ela se refere e de que a utilização do recurso explicativo estimula uma idealização do passado [...]. (ALMEIDA, 2008, p. 67).

Para fins de resgate desse período mitificado, é atribuída a ideia de que o CLA retomará os ‘tempos de prosperidade’ do município. Diante dessa perspectiva política, assume-se um projeto de desenvolvimento cuja feição é autoritária e a partir de um modelo constitucional no qual predominam as prerrogativas do Executivo em uma clara limitação à cidadania (PINTO, 2019). Desta forma, o “constitucionalismo autoritário” figura como tentativa de construção do texto constitucional com o objetivo de instituir arcabouço normativo capaz de legitimar politicamente um projeto particular de poder.

No caso de Alcântara, a designação de “autoritário” é admitida por se constatar uma relação política de autoridade em que a pretensão de mando permanece sobre aquelas comunidades. Afinal, a partir deste limiar, instaura-se uma “situação de autoritarismo”, pelo fato das disposições do poder político estatal serem encaradas como legítimas apenas por aqueles que detêm seus instrumentos, não sendo reconhecidas como tal por aqueles que se encontram sujeitos. Isto faz seus detentores recorrerem a uma obtenção de obediência incondicional, principalmente sob o uso da força, a qual já não consegue mais ser obtida à base da crença em sua legitimidade (STOPPINO, 1998).

A situação política delineada pelo caso de Alcântara expõe a mudança de conotação entre o político e o econômico, revelando a subordinação do Estado a interesses específicos, fazendo com que a intervenção estatal deixe de exprimir qualquer princípio de autoridade política. Dessas mudanças decorrem o aumento de conflitos sociais e os efeitos da polarização política abertos por uma crise oriunda da incapacidade do Estado coordenar os interesses do complexo social. Surge, portanto, o problema da legitimação do poder político diante da falta de um consenso sobre os critérios qualitativos a orientarem as suas intervenções na sociedade (GOZZI, 1998).

Dessa forma, o sistema político passa a corroborar uma função de tutelar a Constituição, estabelecendo a quem esta será favorável e a quem não será, sobrepondo assim uma instância de superlegalidade aos próprios princípios constitucionais. Entre as funções do aparato político representativo também se encontra a tarefa em tutelar a segurança nacional, a qual possibilita sobrepor esta instância de superlegalidade ao sistema de legalidade. Por isso, como já foi apontado, esta situação vem se realizando sob um processo histórico de longa duração a partir da ausência de ruptura com ordens jurídicas antecedentes diante da permanência de um arcabouço jurídico relativo à Segurança Nacional inaugurada em regimes políticos de exceção.

A partir deste século XXI, tanto o Estado quanto a Constituição tiveram as condições alteradas pelas modificações no âmbito econômico. Sob um novo contexto político e social na América Latina, uma série de câmbios econômicos levaram o Estado Constitucional a adquirir um viés autoritário em face das crescentes demandas populares.

A crise atual sobre a legitimação política dos governos foi instaurada por transformações estruturais nas economias que acabaram por submeter o Estado e a lei aos interesses imediatos dos capitais em fluxo. As crises econômicas, especialmente ao final da década de 1970, acompanharam também crises políticas e sociais, as quais conduziram às mudanças de regimes políticos e às constitucionalizações posteriores. Entretanto, estas mudanças foram pactuadas “pelo alto” em contenção às inúmeras demandas sociais naquelas ocasiões. E ao diluir o político pelo econômico, com a legalidade cedendo à uma superlegalidade, os termos do Estado Constitucional, assim como as possibilidades da forma política democrática assegurar direitos e garantias, são modificados: as instituições políticas se limitam ainda mais a restringir sua efetivação tendo por escopo uma justificação não pelo político, mas pelo econômico e contando com uma forte ingerência de elementos externos aos próprios ordenamentos jurídico e político nacionais. Não é à toa que nos últimos anos, se assiste a um processo de militarização sob o regime democrático brasileiro.

Considerações Finais

A proposta do presente artigo envolveu discutir como as lutas políticas por direitos das comunidades quilombolas, de forma mais específica em Alcântara no Maranhão, revelam as contradições de um constitucionalismo liberal, cuja matriz teórica é assumidamente europeia e estadunidense, tendo em vista as novas abordagens trazidas pelo “novo constitucionalismo latino-americano”. Estas

abordagens, a partir das contribuições feitas pelos estudos raciais, por exemplo, se mostrariam mais capazes de articular categorias jurídicas surgidas a partir da Constituição Federal de 1988. Simultaneamente, buscou-se apontar o ideário constitucional projetado à atual moldura da Constituição ainda carregar os traços deixados pela trajetória constitucional brasileira desde a sua origem no século XIX. Esta trajetória fez com que os projetos políticos subjacentes às diferentes ordens constitucionais engendrassem em sua “sala de máquinas” uma concepção bastante enviesada sobre os seus objetivos sociais.

Sob os auspícios do “desenvolvimento econômico e tecnológico”, o qual assume como força motriz um suposto “progresso civilizatório”, contrapõem-se aos direitos de comunidades tradicionais as quais, em face desse ideário e seu corolário, são caracterizadas como expressão de um “arcaísmo” ou “decadência” a ser superado pelas modernas demandas do Estado. Pela ótica estatal, opondo a preservação da vida “local” às necessidades imperiosas de uma vida “nacional”, a primeira surge enquanto um “interesse privado” em relação à supremacia do “interesse público” contido nesta última, o que compromete a proteção de direitos humanos prevista tanto nacional quanto internacionalmente.

Ao considerar as lutas dessas comunidades em Alcântara, mesmo sob uma situação de pandemia a qual provocou um “estado de calamidade pública” a nível nacional, pressupondo medidas direcionadas à preservação de direitos e garantias tanto individuais quanto coletivas e em todas as regiões do território brasileiro, o que se tornou perceptível a partir da produção normativa estatal foi uma ação orientada a ignorar aquelas condicionantes para prevalecerem as razões de Estado. Com isto, objetivou-se demonstrar a invisibilidade dessas comunidades perante a atuação das instituições republicanas quando determinados interesses estão em jogo.

De um lado, a razão de Estado se vê apoiada por interesses nacionais e internacionais não apenas de cunho militar, mas econômicos e os quais se coadunam com a atual militarização da democracia brasileira no que vem a se configurar um estado de exceção permanente; de outro, são colocados os interesses dessas comunidades tradicionais, comunidades as quais precisam resistir às constantes ações estatais que as desintegram. É neste limiar que estas comunidades se organizam e passam a utilizar politicamente o direito de modo a impedirem, ou ao menos retardar este processo de desintegração. O caso de Alcântara, portanto, aponta aos desafios da Teoria da Constituição projetados a este século uma vez que não existem soluções jurídicas universalmente aplicáveis aos problemas advindos da realidade local.

Algumas vitórias puderam ser percebidas em pleno 2022: depois de décadas, o caso das comunidades quilombolas de Alcântara enfim chega à Corte Interamericana (OLIVEIRA, 2022) e a Resolução nº 11 de março de 2020, extensamente debatida e questionada, também foi revogada (BRASIL, 2021). Esses são reflexos do que as lutas das comunidades em prol do reconhecimento dos seus direitos têm alcançado em face das arbitrariedades do Estado e tudo isso dentro das garantias constitucionais construídas desde 1988.

É exatamente neste sentido que se coloca a necessidade de um maior esforço teórico para que o constitucionalismo passe a compreender a Constituição e o Estado a partir de uma lógica sob as situações historicamente concretas em cada país. Entretanto, este trabalho indica que a literatura deve considerar não as situações historicamente concretas “de” cada país, mas sim “em” cada um deles.

Ao recuperar as categorias de tempo e espaço que articulam tanto a Constituição quanto o Estado, também é necessário atentar aos componentes históricos e culturais que se desdobram no tempo e no espaço, como também indica o caso de Alcântara a partir da categoria quilombola e sua trajetória, tanto no espaço quanto no tempo, ao lado do fenômeno do racismo presente na formação social tanto brasileira quanto latino-americana.

Referências

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. A ideologia da decadência: leitura antropológica a uma história da agricultura do Maranhão. Rio de Janeiro: Editora Casa 8/Fundação Universidade do Amazonas, 2008.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombolas e a base de lançamento de foguetes de Alcântara: laudo antropológico. Brasília, DF: MMA, 2006. 2 v.

ANDRADE, Israel de Oliveira et al. O Centro de Lançamento de Alcântara: abertura para o mercado internacional de satélites e salvaguardas para a soberania nacional. Rio de Janeiro: IPEA, 2018. (Texto para Discussão, 2423). Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8897/1/td_2423.pdf. Acesso em: 5 jan. 2022.

ASSOCIAÇÃO DO TERRITÓRIO QUILOMBOLA DE ALCÂNTARA et al. Carta de Alcântara ao Congresso Nacional. Alcântara: Associação do Território Quilombola de Alcântara, 28 jun. 2019. Assunto: Acordo de Salvaguardas Tecnológicas (AST) Brasil – Estados Unidos da América e Comunidades Quilombolas de Alcântara/MA. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2019/07/Carta-ao-Congresso-Nacional_AST_Quilombolas-de-Alcantara.Junho2019.v2.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 49, p. 81-100, jul./dez. 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Lua Nova, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, fev. 2006.

BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. Lua Nova, São Paulo, n. 88, p. 305-323, 2013.

BOLSONARO é acusado de racismo por frase em palestra na Hebraica. Veja, São Paulo, 6 abr. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/bolsonaro-e-acusado-de-racismo-por-frase-em-palestra-na-hebraica/>. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRAGA, Yara Maria Rosendo de Oliveira. Território étnico: conflitos territoriais em Alcântara, Maranhão. 2011. 197 f. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) – Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional, Universidade do Vale do Paraíba, São José dos Campos, 2011. Disponível em: <https://biblioteca.univap.br/dados/000003/00000393.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Justiça suspende remoção das comunidades quilombolas que vivem na área da Base de Alcântara no Maranhão. Brasília, DF, 12 maio 2020e. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/justica-suspende-remocao-das-comunidades-quilombolas-que-vivem-na-area-da-base-de-alcantara-no-maranhao>. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Projeto de Decreto Legislativo nº 1.446-A, de 2001. Aprova com ressalvas e emendas o texto do Acordo entre Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América sobre Salvaguardas Tecnológicas Relacionadas à Participação dos Estados Unidos da América nos Lançamentos a partir do Centro de Lançamento de Alcântara, celebrado em Brasília, em 18 de abril de 2000. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1099427&filename=Avulso+-PDC+1446/2001. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Diário Oficial

da União: seção 1, Brasília, DF, n. 55-C, p. 1, 20 mar. 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-249090982>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 88.136, de 1º de março de 1983. Cria o Centro de Lançamento de Alcântara e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 3382, 2 mar. 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88136-1-marco-1983-438606-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Gabinete de Segurança Institucional. Resolução CDPEB nº 17, de 16 de dezembro de 2021. Publica as deliberações do Plenário do Comitê de Desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro, em sua Nona Reunião, ocorrida no dia 8 de dezembro de 2021. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 237, p. 12, 17 dez. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cdpeb-n-17-de-16-de-dezembro-de-2021-367937382>. Acesso em: 2 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Secretaria Geral da Presidência da República. Ministério das Relações Exteriores. Portaria Interministerial nº 35, de 27 de janeiro de 2012. Institui Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de estudar, avaliar e apresentar proposta de regulamentação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, no que tange aos procedimentos de consulta prévia dos povos indígenas e tribais. Brasília, DF: Ministério da Secretaria Geral da Presidência da República/Ministério das Relações Exteriores, 2012. Disponível em: <https://cpisp.org.br/portaria-interministerial-no-35-de-27-de-janeiro-de-2012/>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Gabinete de Segurança Institucional. Comitê de Desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro. Resolução nº 11, de 26 de março de 2020. Publica as deliberações do Comitê de Desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro na Sétima Reunião Plenária. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 60, p. 3, 27 mar. 2020b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-11-de-26-de-marco-de-2020-249996300>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Resolução nº 11, de 26 de março de 2020. Publica as deliberações do Comitê de Desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro na Sétima Reunião Plenária. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 60, p. 3, 27 mar. 2020c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-11-de-26-de-marco-de-2020-249996300>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Mandado de Segurança 2006.37.00.005222-7. Sentença nº 027/2007/JCM/JF/MA. Impetrantes: Joisael

Alves e outros. Impetrado: Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara. Relator: Juiz Fed. José Carlos do Vale Madeira, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/sentenca_Alcantara.pdf. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Ação Popular 1016857-96.2020.4.01.3700. Participantes: Ubirajara do Pindaré, Almeida Sousa e outros. Réu: União Federal e Augusto Heleno Ribeiro Pereira. Relator: Juiz Federal Ricardo Felipe Rodrigues Macieira, 15 de maio de 2020d. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 10 set. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHESNAIS, François. A mundialização do capital. Tradução Silvana Finzi Foá. São Paulo: Editora Xamã, 1996.

CHESNAIS, François. As raízes da crise econômica mundial. Em Pauta, Rio de Janeiro, v. 11, n. 31, p. 21-37, 2013.

CHOAIRY, Antônio César Costa. Alcântara vai para o espaço: a dinâmica da implantação do Centro de Lançamento de Alcântara. São Luís: Edições UFMA/PROIN, 2000.

COMUNIDADE QUILOMBOLA DE ARENHEGAUA et al. Carta do II Seminário Alcântara: a base espacial e os impasses sociais. Alcântara, 25 nov. 2017. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Carta-do-II-Semina%CC%81rio-Alca%CC%82ntara_a-Base-Espacial-e-os-Impasses-Sociais.pdf. Acesso em: 15 set. 2020.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Teoria constitucional e exceção permanente: uma categoria para a teoria constitucional no século XXI. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA FILHO, Edmilson. A política espacial brasileira: a política científica e tecnológica no setor aeroespacial brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Memorando 244/PRES/FUNAI-MJ. Brasília, DF: Fundação Nacional do Índio, 20 nov. 2013. Assunto: Contribuições sobre o direito à consulta aos povos indígenas. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/presidencia/Anexos%20de%20documentos%20gerais.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Núcleo Ecologias, Epidemiologias e Promoção Emancipatória da Saúde. Mapa de conflitos envolvendo injustiça ambiental e saúde no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2019. Disponível em: <http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/macomunidade-quilombola-de-alcantara-continua-luta-contr-o-centro-de-lancamento-e-pelo-seu-direito-de-ficar-na-terra/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

GARGRELLA, Roberto. 200 anos de constitucionalismo latino-americano. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs.). Transformação constitucional e democracia na América Latina atual. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. p. 13-119.

GENERAL Etchegoyen diz que quilombolas de Alcântara são “cooptados por antropólogos estrangeiros”. Amazônia, Manaus, 28 out. 2017. Disponível em: <https://amazonia.org.br/2017/10/general-etchegoyen-diz-que-quilombolas-de-alcantara-sao-cooptados-por-antropologos-estrangeiros/>. Acesso em: 15 set. 2020.

GENOVESE, Eugene D. Os sistemas escravistas e seus antecedentes europeus. In: GENOVESE, Eugene D. Os mundos dos senhores de escravos: dois ensaios de interpretação. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1979. p. 37-107.

GONZÁLEZ, Lelia. A categoria político-cultural de amefricanidade. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, n. 92/93, p. 69-82, jan./jun. 1988. Disponível em: <https://negrasoulblog.files.wordpress.com/2016/04/a-categoria-polc3adtico-cultural-deamefricanidade-elia-gonzales1.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

GONZÁLEZ, Lelia. A categoria político-cultural de amefricanidade. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, n. 92/93, p. 69-82, jan./jun. 1988. Disponível em: <https://negrasoulblog.files.wordpress.com/2016/04/a-categoria-polc3adtico-cultural-deamefricanidade-elia-gonzales1.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 11. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 1998. v. 1. p. 401-409.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ANÁLISES SOCIAIS E ECONÔMICAS. Entidades repudiam oferta da Base de Alcântara para os EUA. Rio de Janeiro, 6 fev. 2017. Disponível em: <https://ibase.br/pt/noticias/entidades-repudiam-oferta-da-base-de-alcantara-para-os-eua/>. Acesso em: 25 set. 2020.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Estado brasileiro é denunciado na OEA por ainda usar lei da ditadura militar. Altamira, 28 mar. 2014. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/estado-brasileiro-e-denunciado-na-oea-por-ainda-usar-lei-da-ditadura-militar>. Acesso em: 15 set. 2021.

LOPES, Danilo Serejo. Ocorrências do conflito instituído em Alcântara com a criação do Centro de Lançamento de Alcântara (C.L.A). [S. l.]: Movimento dos Atingidos pela Base Espacial de Alcântara, 2018. Disponível em: http://diretrizes-grandesobras.gvces.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_MABE_03abr2018.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

LOSURDO, Domenico. A revolução na França e em Santo Domingo, a crise dos modelos inglês e americano e a formação do radicalismo nos dois lados do Atlântico. In: LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. 2. ed. Tradução Giovanni Semerano. Aparecida: Ideias & Letras, 2006. p. 139-194.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Cartografia do pensamento político brasileiro: conceito, história, abordagens. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 19, p. 75-119, jan./abr. 2016.

MENDES, Paulo Renato et al. Ação Popular 1016857-96.2020.4.01.3700 - TRF1. Petição inicial. Ação Popular. Urgência. Comunidades Quilombolas. Ato do Governo Federal durante vigência de decreto de calamidade pública. Ausência de consulta prévia. Oit – Convenção N° 169. Desalojamento de Famílias. São Luís, 30 de março de 2020. Disponível em: <http://pje1g.trf1.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=20033019430403300000206212989>. Acesso em: 5 jan. 2022.

MOVIMENTO DOS ATINGIDOS PELA BASE ESPACIAL. Nota Técnica: considerações preliminares acerca do Acordo de Salvaguardas Tecnológicas e suas implicações às comunidades quilombolas de Alcântara. Alcântara, 30 ago. 2019. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/nota_tecnica_ast_quilombolas_alcantara_mabe.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA. Movimentos bloqueiam entrada da Base de Lançamento de Alcântara no Maranhão. Brasília, DF, 25 jul. 2017. Disponível em: <https://mst.org.br/2017/07/25/movimentos-bloqueiam-entrada-da-base-de-lancamento-de-alcantara-no-maranhao/>. Acesso em: 25 set. 2020.

NOVA CARTOGRAFIA SOCIAL DA AMAZÔNIA. A base de lançamento de Alcântara e os novos desafios colocados às comunidades quilombolas. Manaus, 31 jul. 2019. Disponível em: <http://novacartografiasocial.com.br/a-base-de-lancamento-de-alcantara-e-os-novos-desafios-colocados-as-comunidades-quilombolas/>. Acesso em: 2 jan. 2022.

NUNES, Patrícia Maria Portela. A terra da pobreza e as comunidades remanescentes de quilombos de Alcântara: identidade étnica e territorialidade. In:

COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DOUTORANDOS/AS DO CES, 4., 2013, Coimbra. Anais [...]. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2013. Disponível em: https://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/10.1.3_Patricia_Maria_Portela_Nunes.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 51, p. 37-61, 1998.

OLIVEIRA, Rafael. Caso de quilombolas afetados por Base de Alcântara chega à Corte Interamericana. *Publica*, São Paulo, 11 jan. 2022. Disponível em: <https://apublica.org/2022/01/caso-de-quilombolas-afetados-por-base-de-alcantara-chega-a-corte-interamericana/>. Acesso em: 11 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 82/06: Petição 555-01: admissibilidade: comunidades de Alcântara Brasil. [S. l.], 21 out. 2006. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.555.01port.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

PEREIRA, Anthony W. Of judges and generals: security courts under authoritarian regimes in Argentina, Brazil, and Chile. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. *Rule by Law: the politics of courts in authoritarian regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 23-57.

PINTO, Francisco Rogério Madeira. A Constituição castilhistas de 1891 e a fundação do constitucionalismo autoritário e republicano. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 118, p. 245-292, jan./jun. 2019.

RENATO. Estado brasileiro é criticado na OEA por ainda usar lei de exceção da Ditadura Militar. *Justiça Global*, Rio de Janeiro, 28 mar. 2014. Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/estado-brasileiro-e-criticado-na-oea-por-ainda-usar-lei-de-excecao-da-ditadura-militar/>. Acesso em: 10 set. 2020.

SCHINKE, Vanessa; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Poder Judiciário e regime autoritário: democracia, história constitucional e permanências autoritárias. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 2, p. 41-59, maio/ago. 2016.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. *Representação à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a escravatura*. Paris: Firmin Didot, 1825.

SOARES, João Gabriel Conceição; BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Novo constitucionalismo latino-americano e histórico de centralização política da América Latina: a necessidade de superação da sala de máquinas para alcançar efetivas plurinacionalidades. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 8, p. 1-39, 2021. Disponível em:

<https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45002/29494>. Acesso em: 5 jan. 2020.

STOPPINO, Mario. Autoridade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 11. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 1998. v. 1. p. 88-94.

UNGER, Roberto Mangabeira. a constituição do experimentalismo democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8584/7322>. Acesso

em: 5 jan. 2022.

10 CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO E DIREITO À MORADIA: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A DESOCUPAÇÃO DO “PRÉDIO DA CAIXA” EM NITERÓI/RJ

Gabriel Garcia Rodrigues de Barros¹

Vitor Fraga da Cunha²

Sumário: Introdução; 1. Breve síntese sobre a atual regulamentação do direito à moradia no Brasil; 2. A desocupação do prédio da Caixa: histórico do caso; 3. O processo judicial e a deliberação; Considerações finais; Referencias.

Introdução

A delimitação dos papéis atribuídos aos poderes constitucionalmente estabelecidos consiste em um dos problemas mais estruturantes da Teoria Constitucional em construção no século XXI (FERRAJOLI, 2018, p. 77). Sobretudo quando se trata da efetivação de direitos fundamentais, são inexauríveis as discussões acerca das competências e atribuições dos principais atores político-jurídicos nesse processo.

Surge, nesse panorama, o conceito de Constitucionalismo Deliberativo, fundado na premissa de uma performance deliberativa entre o Judiciário e os demais poderes envolvidos na construção e aplicação da norma jurídica. Na posição de permanentes atores do sistema político, e nunca como somente receptores passivos, juízes, legisladores e demais instituições se articulariam em busca do melhor argumento (MENDES, 2011).

Isso significa dizer que, em questões conflituosas acerca de direitos fundamentais ou outras controvérsias de estatura constitucional, nenhum dos poderes constituídos terá a prerrogativa de dar a última palavra. De igual forma, tampouco se construirá um sistema de diálogo institucional permanente em que não haja a preservação da autoridade de seus atores, dentro de suas esferas de atribuição.

O que se propõe, enquanto performance deliberativa, é um sistema em que as decisões judiciais e a edição de normas jurídicas estejam unidas por um

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense, Niterói/RJ, Brasil. E-mail: gabrielgarciarb@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Filosofia e Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. ORCID: 0000-0003-2537-0967. E-mail: fragavitor10@gmail.com

propósito comum: o impulsionamento ao melhor argumento (IBID.). Assim, a lei ou ato administrativo, por exemplo, será legítimo(a) na medida em que possibilitar a continuidade do debate acerca de um determinado assunto.

O debate ganha ainda mais força quando se debruça sobre o fenômeno darevisão judicial, aqui entendida como o controle judicial de atos políticos:

Sustento que a interação deliberativa entre os poderes tem um potencial epistêmico, ou seja, maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo. Essa seria uma razão adicional para embarcar no projeto da revisão judicial e, ao mesmo tempo, uma condição de sua legitimidade (MENDES, 2008. p. 190).

É a partir desse arcabouço teórico que se sustenta o presente estudo, já que o caso objeto de análise consiste numa importante intervenção do Judiciário sobre um tema caro à política de habitação do Município de Niterói/RJ.

A pesquisa aqui apresentada tem por objeto o processo de desocupação, pela via judicial, do “Prédio da Caixa”, localizado no coração da cidade. A desocupação foi determinada nos autos da Ação Civil Pública n. 0075994-72.2013.8.19.0002, que tramita perante a 7ª Vara Cível da Comarca de Niterói do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

No referido processo judicial, é curiosa a dinâmica estabelecida entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (autor do processo), o juízo da 7ª Vara Cível de Niterói, a Administração do Município de Niterói e várias outras entidades públicas e privadas que intervieram no processo, formal ou informalmente.

Por envolver um dos principais casos niteroienses de urgência humanitária, no que tange à questão habitacional, o episódio se tornou marco importante para o contexto local. Pela importância histórica e política do Prédio da Caixa, vários foram os atores que se envolveram no processo de desocupação, sempre mediados pela autoridade judicial.

Sendo assim, o objetivo da presente pesquisa é compreender a maneira pela qual os referidos atores se relacionaram, o tipo de intervenção que fizeram e a dinâmica estabelecida entre o Judiciário, o Executivo local e o Ministério Público. Ao fim e ao cabo, a finalidade do trabalho é entender se, e de que forma, construiu-se ou rejeitou-se um modelo deliberativo entre os atores envolvidos na promoção do direito à moradia dos moradores do Prédio da Caixa.

Em termos metodológicos, trata-se de uma pesquisa qualitativa, feita a partir de diversas técnicas de investigação: análise documental; entrevistas

semiestruturadas com dois atores diretamente envolvidos no caso de desocupação do Prédio da Caixa; e revisão bibliográfica.

A análise documental se deu a partir dos autos eletrônicos da Ação Civil Pública n. 0075994-72.2013.8.19.0002, de modo que foram analisadas integralmente todas as peças processuais, com foco naquelas em que se manifestavam autoridades públicas, representações de moradores ou entidades privadas de defesa do direito à moradia. O objetivo da análise era compreender a maneira pela qual esses diversos organismos se relacionaram durante a desocupação. Houve um diálogo institucional, formatado pela ideia de deliberação, ou uma forma ordinária de litigiosidade?

Em relação às entrevistas, elas se fizeram necessárias no curso da investigação, devido ao déficit de representação dos moradores do Prédio da Caixa nos autos processuais. A partir do processo eletrônico, foi possível acessar as manifestações de todas as autoridades públicas envolvidas, mas não as das pessoas diretamente afetadas pelo litígio, já que não houve uma entidade que as representasse processualmente de maneira estável.

Foram, então, entrevistados, virtualmente, por meio de roteiros semiestruturados, dois líderes do movimento social que se constituiu a partir da desocupação do Prédio da Caixa: Lorena Borges Gaia e Fernando César Mattos de Carvalho. Em ambas as escutas, mas sobretudo na de Fernando, os problemas de conexão fizeram com que alguns trechos do relato ficassem inaudíveis. No entanto, essa intercorrência não afetou a compreensão geral das respostas. A íntegra da transcrição de cada uma das entrevistas segue anexa ao artigo.

Como referenciais teóricos, adotamos David Harvey (2014), que trabalha com a categoria de “direito à cidade”, e Conrado Hübner Mendes (2013), que delinea o conceito de “deliberação” no contexto do diálogo institucional.

1. Breve síntese sobre a atual regulamentação do direito à moradia no Brasil

Por força do art. 23, IX, da Constituição de 1988 – que dispõe ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento” –, já era possível, à época de sua promulgação, compreender o direito à moradia como um direito fundamental, uma vez que, já em sua redação original, a Carta assinalava um dever do Poder Público de agir em prol de todos aqueles à margem do direito à habitação.

Ademais, a Constituição, em seu art. 21, XX, já conferia à União competência para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, corroborou a relevância do tema ao acrescentar o direito à moradia no rol de direitos sociais previsto no art. 6º da Constituição de 1988.

José Afonso da Silva (2015, p. 318.) aponta, em seu “Curso de direito constitucional positivo”, que “o conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”.

Aprofundando a compreensão, Ralquel Rolnik (2011, p. 6) assevera que a “moradia adequada não é apenas um teto e quatro paredes”, é um direito que abarca sete elementos: segurança da posse; habitabilidade; disponibilidade de serviços; infraestrutura e equipamentos públicos; localização adequada; adequação cultural; não discriminação e priorização de grupos vulneráveis; e custo acessível.

Nota-se, portanto, que o direito à moradia não se resume à propriedade de uma casa, mas abrange também aspectos sociais e culturais que lhes são inescapáveis. Trata-se de um direito necessário para que se tenha outros direitos.

Do direito à moradia não pode ser dissociada a compreensão do direito à cidade. Conforme Erminia Maricato (1997), as cidades são um produto resultante das relações sociais e, dessa forma, acabam por espelhar a realidade social e econômica do país. Por isso, a própria ideia de moradia só pode ser considerada dentro de um contexto de direito à cidade, pois, quando na sua forma urbana, não pode ser pensada de maneira isolada do ambiente da cidade (PIRES, 2019, p. 62).

Na esteira do tema, David Harvey (2014, p. 15-16) destaca que “a ideia do direito à cidade não surge fundamentalmente de diferentes caprichos e modismos intelectuais”, e sim “das ruas, dos bairros, como um grito de socorro e amparo de pessoas oprimidas em tempos de desespero”. Esse seria uma espécie de “direito guarda-chuva” por abarcar outros direitos: direitos humanos, direitos sociais urbanos e de cidadania (BONAN, 2017, p. 148).

No panorama constitucional, como expressão do direito à cidade, chama-se a atenção para o capítulo denominado Política urbana, composto pelos arts. 182 e 183. O § 2º do art. 182 sinaliza que a propriedade urbana deve cumprir uma função social e que isso ocorre quando as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor são atendidas⁴. Conforme Amorim, essa é uma manifestação por excelência da ideia de função social da cidade:

Nesse sentido, há que se entender a função social da cidade como objetivo maior do Estado, quando da instrumentalização das políticas públicas relacionadas à intervenção no espaço urbano, consubstanciado na busca pelo estabelecimento do bem-estar coletivo urbano, através da redução das desigualdades sociais e do pleno desenvolvimento da justiça social. (AMORIM, 2012, p. 64.)

Os artigos 182 e 183 da Constituição, acima referenciados, são frutos da mobilização popular que se articulou por meio do Fórum Nacional da Reforma Urbana³ (FNRU) a partir de 1987. Durante a Assembleia Nacional Constituinte, espaço de embates políticos em que forças populares articularam suas demandas e as defenderam perante forças conservadoras, destacou-se o Movimento Nacional pela Reforma Urbana, criada em 1985, que unificou diversos atores sociais. O movimento, que inicialmente tinha caráter local – como a reivindicação por moradia –, passou a abranger a luta por cidade de todos, “a casa além da casa, a casa com asfalto, com serviços públicos, com escola, com transporte, com direito a uma vida social” (SAULE JR. e UZZO, 2009).

Não obstante as conquistas elencadas, há um fato que chama a atenção. A Carta de 1988 abriu possibilidades para participação popular na condução do governo, por meio de mecanismos como plebiscito, referendo, projetos de iniciativa popular, controle do orçamento público, além de outras medidas que privilegiam as Câmaras Municipais⁴ e fortalecem os Municípios (CORREIA, 2003, p. 155). Contudo, o capítulo destinado à política urbana na Constituição não faz nenhuma referência à participação popular.

Dessa forma, um outro instrumento legal que ganhou destaque foi o Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001 –, que regulamenta o capítulo Política urbana da Constituição e estabelece diretrizes gerais para o tema. O marco legal é regido pelos princípios do planejamento participativo e a função social da propriedade. Assim, conforme seu art. 1º, estabelece normas que regulam o uso da propriedade urbana dirigido ao bem coletivo, à segurança e ao bem-estar dos cidadãos. Já no art. 2º, o referido estatuto põe o direito à moradia como uma diretriz que deve guiar as políticas de desenvolvimento urbano, notadamente as funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

³ Vale destacar: a reforma urbana não se confunde com a reforma urbanística. Conforme Marcelo de Souza Lopes (2003), enquanto a reforma urbana possibilita transformações estruturais no espaço urbano, a reforma urbanística, por sua vez, restringe-se a melhoramentos na utilização e na aparência das cidades.

⁴ A CF/88 proporcionou uma descentralização político-administrativa, de modo que delegou aos Municípios responsabilidades inéditas, colando-o com um ativo executor de programas sociais.

Vale destacar, ainda no art. 2º, o inciso II, alínea “e”, que traz como diretriz da política urbana a ordenação e controle do uso do solo de forma a evitar o uso do solo urbano para fins de especulação imobiliária que resulte na sua subutilização ou não utilização, ou seja, no não cumprimento da função social. Dessa forma, de acordo com Victor Amorim (2012, p. 134), o Estatuto da Cidade disponibiliza um conjunto de instrumentos ao poder público para efetivar a intervenção – e não apenas a fiscalização e normatização – do uso, da ocupação e rentabilidade das terras urbanas, baseando-se nas funções sociais da cidade e da propriedade.

A Lei nº 10.257/2001 também consagra o princípio da gestão democrática das cidades. De acordo com esse princípio, “a população deverá participar do planejamento e da gestão do espaço urbano, por meio de audiências públicas ou de conselhos, influenciando, inclusive, a elaboração do Orçamento Público dos municípios” (REIS, 2016. p. 18).

Dessa forma, notamos que o Estatuto da Cidade privilegia a cidadania ativa⁷, uma vez que prevê a gestão democrática das políticas públicas urbanísticas e do orçamento, por meio da participação da população e de associações representativas da comunidade na elaboração, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos urbanos.

Além disso, a norma prevê a realização de audiências pelo poder público municipal para os cidadãos interessados em acompanhar e fiscalizar as atividades que podem de alguma forma por em risco o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população, conforme o art. 2º, II e XIII.

Anna Bonnan (2017. p. 145) destaca que há 15 ocorrências do termo “interesse social” ao longo dos 58 artigos do Estatuto da Cidade, o que o caracteriza como uma lei que busca atender os anseios dos movimentos sociais urbanos. Porém, ainda segundo a autora, “interesse social” é um conceito jurídico indeterminado, o que flexibiliza a sua interpretação pelos operadores do direito. Ainda assim, Bonnan reconhece que o Estatuto prevê instrumentos importantes para a busca pela efetivação das funções sociais da cidade e da gestão democrática do espaço urbano.

Dessa maneira, compreendemos o contexto eminentemente social que perpassa o Estatuto da Cidade. Nele, o Município ganha destaque na elaboração das políticas urbanas, uma vez que é em seu território que problemas dessa ordem despontam e devem ser resolvidos. “A garantia do direito às cidades sustentáveis, razão da política urbana, reafirma que a cidadania é princípio constitucional fundamental do mais elevado valor, sendo que o Poder Público deve empenhar-se na sua realização” (FITTIPALDI, 2006. p. 63).

Diante do exposto, podemos dizer que, neste trabalho, compreendemos o direito à cidade como o direito à participação direta no planejamento e na gestão das cidades por sujeitos coletivos.

Para além das garantias e liberdades que se relacionam diretamente com a questão urbana, tais como o direito à moradia, o direito à mobilidade urbana ou, simplesmente, o direito de ir e vir, o direito à cidade é compreendido aqui como o direito à participação direta no planejamento e na gestão das cidades. Essa participação é exercida por sujeitos individuais e coletivos que, por meio da luta pela apropriação do espaço urbano para fins coletivos, lutam também pela efetivação de outros direitos, aqueles que demandam uma prestação material do Estado ou ainda as liberdades garantidas constitucionalmente. (REIS, 2016, p. 92).

Dessa forma, como aponta Victor Amorim (2012, p. 22), o Plano Diretor⁵ possui função basilar para a política de desenvolvimento urbano. Ele é um instrumento que deve ser confeccionado em conjunto com a sociedade, aprovado por lei municipal e integrado ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual. Trata-se do principal instrumento legislativo para que os Municípios cumpram sua obrigação constitucional de executar a política urbana, pois o Plano Diretor é “o meio hábil para ordenação racional do solo urbano em atenção aos fins da sustentabilidade da cidade e pressuposto para imposição de obrigações ao particular” (JUNIOR, 2005, p. 259).

Assim como o Estatuto da Cidade, o Plano Diretor visa o estabelecimento de uma nova cultura política e a coparticipação de todos os agentes e atores responsáveis pelo desenvolvimento da cidade. Ambos visam “à solidificação e a fomentação das práticas democráticas da sociedade” (AMORIM, 2012, p. 22).

Ainda no contexto dessa série de avanços das legislações urbanísticas, ressalta-se a criação do Ministério de Estado das Cidades, em 2003. Por meio desse Ministério, o Brasil, em 2005, aderiu à Carta Mundial pelo Direito à Cidade, instrumento que busca o fortalecimento dos processos, reivindicações e lutas urbanas⁶, elaborado com a colaboração do Fórum Social Mundial (FSM).

⁵ “A previsão constitucional do Plano Diretor, obrigatório nas cidades com mais de 20 mil habitantes (art. 182, CF/1988), foi resultado dos trabalhos da Comissão de Política Urbana e Transportes da Assembleia Nacional Constituinte, bem como outras previsões constitucionais a respeito da questão urbana (art. 21, XX; art. 24, I; art. 30, VIII; art. 156, I; art. 191, art. 216, V). A discussão desses marcos normativos trazia um acúmulo dos debates acerca da reforma urbana no Brasil.” (BONNAN, 2017, p. 65).

⁶ “No Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição brasileira de 1988, a participação popular na gestão pública é subprincípio ou princípio constitucional espacial, ao lado da motivação e publicidade,

A compreensão do direito à moradia como inscrito na categoria teórica do direito à cidade significa uma expansão de sua carga semântica, de modo que não se restringirá ao direito das pessoas a gozarem do valor de uso da cidade, mas também um direito de construí-la. Isso se dá a partir de uma cidadania ativa – isto é, a produção do espaço se relaciona com a produção de nós mesmos enquanto cidadãos. Por isso, para Lefebvre (1969), o direito à cidade deve ser elencado pelo direito à vida urbana, direito de transformar a cidade, não a partir de um exercício de dominação, mas a partir das vontades dos indivíduos.

Toda essa retomada do estatuto jurídico do direito à moradia é necessária a este trabalho, em razão das abordagens operadas no caso da desocupação do Prédio da Caixa, em Niterói/RJ. Sem um substrato teórico que desse conta do direito à cidade, a presente investigação não disporia de meios para colocar em perspectiva a atuação do Ministério Público e do Judiciário no caso em análise.

2. A desocupação do prédio da Caixa: histórico do caso

Apesar de ocupar a 7ª posição no Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) do país, Niterói possui 40 mil famílias moradoras de assentamentos precarizados – o que representa, aproximadamente, 25% dos seus habitantes, que são 516.981 conforme dados do IBGE de 2020 (IBGE, 2020).

Nesse cenário, encontra-se o caso do Edifício Nossa Senhora da Conceição, popularmente conhecido como Prédio da Caixa, localizado na Avenida Amaral Peixoto, nº 327, principal via do centro da cidade de Niterói/RJ. O prédio foi construído na década de 1950, possui 11 andares e foi, a princípio, um espaço de uso residencial e comercial, sendo 385 unidades habitacionais e 15 unidades comerciais.

O edifício, como a maior parte do centro da cidade, foi gradativamente abandonado e degradado. Na década de 1970, Niterói deixou de ser capital de estado, o que a fez perder a centralidade administrativa e institucional. Assim, o centro da cidade perdeu importância: há um êxodo residencial e comercial rumo aos bairros que passaram a se valorizar com a expansão do mercado imobiliário, ligado à inauguração da Ponte Rio-Niterói (GORHAM e ALVES, 2019). A partir disso, o centro passou a ser ocupado por estratos mais populares.

do princípio constitucional geral da transparência administrativa decorrente, por sua vez, do princípio fundamental estruturante democrático.” (JUNIOR, 2005, p. 237). Ainda segundo o autor, nessa concepção a Administração Pública é preocupada com a legitimidade material de suas ações, devido à maior intervenção estatal na vida privativa, e, por isso, é mais aberta, próxima, racional e responsável.

O Prédio da Caixa se molda às novas características do seu entorno e passa a ser ocupado por proprietários, possuidores e inquilinos das classes média e baixa. Nos primeiros andares do prédio, mais próximos à rua, há registros de uso dos apartamentos para exploração sexual e prostituição.

Com o déficit habitacional do Município de Niterói, apontado anteriormente, fato é que muitos dos imóveis vazios do Edifício Nossa Senhora da Conceição passaram a ser ocupados por pessoas que antes estavam em situação de rua ou extrema vulnerabilidade. Sendo assim, nem todos os moradores locais eram detentores de títulos de posse ou propriedade, embora também houvesse aqueles portadores desses títulos.

Com a ocupação progressiva dos imóveis, sobretudo nos primeiros andares da edificação, a manutenção da estrutura do prédio começou a se tornar mais precária, tendo em vista que nem todos os moradores conseguiam arcar com as taxas condominiais. Isso fez com que, já no início dos anos 2010, a construção se encontrasse em condições muito deterioradas de cabeamento elétrico, segurança e salubridade.

Com base nessas más condições de habitação, um conflito judicial se desenhou a partir do ano de 2013. Naquela data, o Ministério Público do Rio de Janeiro ajuizou a Ação Civil Pública nº 0075994-72.2013.8.19.0002, em que pedia, em tutela de urgência, principalmente, a desocupação forçada dos moradores que não portassem título de posse ou propriedade; a troca da gestão condominial por força de decisão judicial; e a atuação de órgãos públicos e concessionárias de serviços públicos na regularização dos serviços.

De acordo com os autos do processo eletrônico, objeto de análise documental para esta pesquisa, o pedido do Ministério Público era lastreado nas seguintes razões: risco para a coletividade; risco de incêndio e pânico apontado pelo Corpo de Bombeiros; risco de desabamento; delito ambiental; e ligações clandestinas e irregulares de luz. Todos esses itens estão descritos na petição inicial do processo, nas páginas 3 a 17 dos autos judiciais.

Ademais, o Ministério Público apontava haver uso indevido da propriedade (página 11 dos autos) e necessidade de acautelamento da vida dos munícipes (página 10 dos autos), sublinhando o risco à coletividade em detrimento do risco aos próprios moradores.

A desocupação do edifício veio a se concretizar em 7 de junho de 2019, após determinação judicial que acatou requerimento ministerial. A mesma decisão também determinou que a Prefeitura de Niterói pagasse, durante 12 meses, um aluguel social no valor de R\$ 789,69 a 157 moradores que foram obrigados a sair do local. Contudo, há notícias de que nem todos os moradores em situação de

vulnerabilidade social, em geral ocupantes dos primeiros andares do edifício, foram contemplados com o benefício. Assim, passaram a morar na rua ou em ocupações precárias, em situação de extrema pobreza (IBID.).

Gorham e Alves apontam que o local teve sua deterioração ampliada a partir de 2019: foi interrompido o fornecimento de água e houve corte de energia. Segundo os autores, há indícios de que o objetivo era forçar a saída das famílias. Há, ainda, registros de que, sem energia elétrica, tornou-se inviável para idosos e cadeirantes se locomoverem pelos 11 andares do prédio sem elevador. Ademais, alguns enfermos possuíam medicamentos especiais que necessitavam de refrigeração, o que tornou a permanência no local ainda mais difícil (IBID.).

Por conta disso, os autores apontam (IBID.) que esse caso se apresenta como um dos mais recentes dos que podemos chamar de “cidade da exclusão”. A Operação Urbana Consorciada (OUC) para o Centro de Niterói⁷, instituída pela Lei 3061/2013, apesar de não ter vingado, inaugurou um projeto de limpeza social e gentrificação, do qual o caso do Prédio da Caixa faz parte.

Em breves palavras, a OUC é um instrumento da política urbana que tem previsão legal nos arts. 32 a 34 do Estatuto da Cidade. Trata-se de um conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo poder público municipal – em parceria com a iniciativa privada - que buscam “transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental” (art. 32, § 1º) sobre um determinado território delimitado pela Área de Especial Interesse Urbanístico (AEIU). (BRANDÃO, 2015, p. 24).

Assim, Niterói, com o projeto de revitalização de sua área central, tornou-se um dos palcos de intensificação da especulação imobiliária. Por meio de parcerias público-privadas, o intuito era modernizar a região. O prognóstico do Relatório de Impacto de Vizinhança (RIV) afirma que esta proposta se insere no contexto de grandes projetos e eventos que estavam em curso no Estado do Rio de Janeiro, que almejavam potencializar a vocação da região para o turismo, o comércio e a habitação.

Conforme Ana Carolina Brandão (2015, p. 24), o Executivo municipal apresentou pedido expresso de urgência na tramitação da OUC, o que pode ter sido causa de uma das principais críticas feitas a ela: a falta de transparência e de debate com diferentes setores da população, o que contraria o princípio de gestão democrática da cidade, preconizado pelo Estatuto da Cidade.

⁷ Além do Centro, o projeto também abrange os bairros de São Domingos, Ponto D’Areia, São Lourenço, Morro do Estado, Ingá, uma parte do Gragoatá e de Boa Viagem.

No caso do Prédio da Caixa, ele se situa ao lado de um terreno do Poder Judiciário, doado pela Secretaria de Patrimônio da União (SPU), para a construção de uma subseção da Justiça Federal em Niterói. Essa construção integra o projeto de se fazer um “corredor do Judiciário”, uma vez que nessa avenida ainda há os prédios das Justiças do Estado, do Trabalho, a OAB e a Câmara. Dessa maneira:

Cabe a reflexão sobre as condições e prerrogativas em que se deram o despejo [do Prédio da Caixa], para trazer à tona a discussão sobre o destino daquelas famílias, assim como as políticas públicas voltadas, ou não, para habitação de interesse social em Niterói e no país. (GORHAM e ALVES, 2019).

A notificação judicial dos moradores sobre o despejo é controversa, como se verá mais adiante. Ademais, o aluguel social, cujo valor aproximado é de R\$ 780,00, foi alvo de críticas por não ser suficiente para que seus beneficiários se mudassem para localidades próximas, tendo em vista o valor do aluguel médio em Niterói.

3. O processo judicial e a deliberação

Para os fins deste trabalho, a análise do objeto de pesquisa será fundamentada no conceito de “deliberação” estatuído por Conrado Hübner Mendes, em sua obra “Constitutional Courts and Deliberative Democracy” (MENDES, 2013).

No detalhe, o conceito norteador da investigação é o de “deliberação política e tomada de decisão coletiva”. Trata-se de uma categoria que busca sistematizar as formas pelas quais se constrói um processo de deliberação na esfera política, com vistas à construção de uma decisão ao final do processo.

Além disso, a deliberação pode ser entendida como critério de medida da legitimidade política e democrática de determinado processo. Afinal, para Mendes, a legitimidade política é fluida e pode ou não ser corroborada conforme padrões deliberativos:

Legitimidade política é um predicado institucional volátil, que dependerá, em parte, dos resultados, e não somente das credenciais prévias. É uma meta a ser conquistada e conservada, a cada decisão. O desempenho deliberativo pode ser o princípio regulador das oscilações entre corte e parlamento. (MENDES, 2008, p. 204).

Ao que tudo indica, o processo de desocupação do Prédio da Caixa apresenta, a priori, características que permitem a aproximação sobre a qual se funda este trabalho. Em primeiro lugar, porque o referido acontecimento traz, em sua essência, um caráter eminentemente político: mobiliza as estruturas de poder locais, por meio de representações institucionais, populares e até mesmo individuais.

O caráter político tem relação com o fato de que há um elemento decisional no processo, e que esse elemento parte de uma relação estabelecida entre atores políticos distintos, ainda que a coercitividade da decisão caiba somente ao Judiciário. A deliberação que se analisa neste trabalho só pode se manifestar num processo político, e não em áreas do conhecimento tidas como autônomas (como a filosofia e a ciência, por exemplo) (MENDES, 2013, p. 14).

Em segundo lugar, outro fator de aproximação consiste no objetivo de construir uma decisão, de modo que os atores políticos envolvidos estarão submetidos à autoridade dessa decisão. Novamente, uma referência ao elemento decisional do processo (IBID.).

Em terceiro lugar, e principalmente, porque a desocupação do Prédio da Caixa mobilizou diversos atores políticos locais: Poder Judiciário, Ministério Público, Administração Pública municipal, Administração Pública estadual, concessionárias de serviços públicos, associações de moradores, comissões legislativas de direitos humanos, institutos de proteção de direitos difusos etc.

Essa vasta mobilização pode induzir, num primeiro momento, à conclusão de que houve um processo efetivamente participativo, tendo em vista a pluralidade de atores que compõem o quadro processual. Afinal, a inclusão e a ampla abrangência de entidades atuantes no processo correspondem a um dos mais importantes requisitos da deliberação política (MENDES, 2013, p. 17).

Nessa toada, resta identificar se esses elementos, que surgem como autoevidentes num primeiro momento, são suficientes para que se caracterize o processo de desocupação do Prédio da Caixa como um caso de deliberação, nos termos da construção teórica elaborada por Conrado Hübner Mendes. Nos termos das opções metodológicas assumidas, essa identificação se dará a partir do processo judicial no qual foi determinada a desocupação. Passa-se, então, aos resultados da análise qualitativa dos autos judiciais.

Num primeiro momento, é possível identificar uma gama de elementos que tendem à identificação do caso analisado com o processo deliberativo: há uma pluralidade de instituições e organizações sociais envolvidas; o processo judicial em questão transcende a lógica litigiosa tradicional do Judiciário, já que tutela

direitos difusos e coletivos; a linguagem da Ação Civil Pública é, em tese, a da tutela do interesse público, e não privado; as decisões proferidas no processo não foram definitivas e estanques, mas se articularam com os organismos intervenientes e foram modificadas em diversos momentos; a partir de determinado ponto, a ética do consenso passou a prevalecer entre vários dos atores envolvidos na ação judicial; e, por fim, houve algum esforço de escuta recíproca, ainda que sob a via da imperatividade estatal a partir da garantia do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, porém, é possível identificar traços de incompatibilidade com o conceito de deliberação política em seu estado puro. De plano, no processo ajuizado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, aparece um elemento estranho à ideia de deliberação. Logo na petição inicial redigida pelo órgão, vê-se que a Ação Civil Pública em questão fundava-se na afirmação de que as ocupações do Prédio da Caixa ofendiam à ordem legal instituída:

E finalmente, a coroar toda a sorte de irregularidades e ilegalidades existentes no local, várias unidades do condomínio são fruto de invasões, ao que se desconfia, se não consentidas pelo Sr. Síndico, mas ao menos por este tolerada (já que não tomou quaisquer medidas para evitá-las), e tais unidades são utilizadas para a prática de crimes. (p. 4 a 5 dos autos)

Extraí-se da petição inicial do processo, sobretudo por excertos como o transcrito acima, que não se reconhece como legítimo o processo de ocupação. A indicação de “toda a sorte de irregularidades e ilegalidades existentes no local”, bem como da possível prática criminosa, aponta para uma deslegitimação do grupo de ocupantes enquanto detentores do direito à posse direta sobre os respectivos imóveis.

Ademais, entre os pedidos formulados em caráter emergencial na petição inicial do processo, tem-se o requerimento de autorização para busca e apreensão de título de propriedade e/ou posse, com a “retirada de todos os invasores e lacre de todas as unidades que não possuírem tais títulos” (p. 15 dos autos). A caracterização dos ocupantes como “invasores” e a indicação dos títulos de posse e propriedade como únicos documentos idôneos para legitimar a moradia consistem em mais um indício de que a postura do Ministério Público no processo, pelo menos nesse primeiro momento, contraria a lógica da deliberação.

A fim de explorar esse indício, obtido a partir da análise da petição inicial, a questão foi explorada em entrevistas com os líderes do movimento de moradores do Prédio da Caixa. Quando perguntada sobre a postura dos outros órgãos em relação ao movimento social, a líder Lorena respondeu:

Eu acho que a gente teve muita resistência, né, durante o início, né, por conta de muita ambigüidade, muito conflito, porque eram... São muitos atores envolvidos nesse processo. Mas ao longo do tempo nós fomos bastante reconhecidos, né, como os atores legítimos do... De resistência do Prédio da Caixa. Pelo menos os mais... O Legislativo e o Executivo, principalmente. (Lorena Borges Gaia, em entrevista realizada em 08/01/2022 para este trabalho).

Questionado sobre o mesmo assunto, o líder Fernando respondeu:

Olha, é... a gente nunca teve, assim, problema na questão da legitimidade, porque a Lorena, ela sempre foi, assim, muito... Desde o começo, né? [...] Mas a gente nunca teve essa questão da legitimidade, até porque a gente também quando faz ato, não é aquele ato pingado com pouca gente não, é um ato, assim, consistente, com bastante gente, né, e as pessoas veem assim a representação [inaudível]. (Fernando César Mattos de Carvalho, em entrevista realizada em 08/01/2022 para este trabalho).

Em ambos os relatos, é possível extrair que houve, ainda que pontualmente, momentos em que o movimento social foi retaliado. Conforme o depoimento de Lorena, isso ocorreu principalmente na época que coincide com a fase inicial do processo judicial. Quanto ao depoimento de Fernando, embora se afirme que não houve questões relacionadas à legitimidade, a fala do representante evidencia que essa legitimidade foi conquistada a partir de grandes mobilizações populares. Ou seja, não foi preestabelecida.

Essa postura vai de encontro a um dos atributos essenciais ao conceito de deliberação estatuído por Mendes. O autor estabelece que o respeito entre os atores políticos (moralidade interpessoal) é um dos aspectos fundantes da prática deliberativa (MENDES, 2013, p. 17).

A ideia de respeito, nesse contexto, não é considerada num sentido puramente axiológico, mas sim pragmático: o reconhecimento mútuo de legitimidade entre todos os atores políticos envolvidos e seus argumentos.

Ao caracterizar a conduta dos ocupantes enquanto “irregular” e “ilegal”, ainda que indiretamente, o Ministério Público rompe com esse requisito, de modo que a configuração da deliberação se torna menos consistente.

Outro apontamento que corrobora essa interpretação consiste nos sinais, encontrados em vários atos processuais, de que há uma proximidade pessoal entre

dois dos atores políticos envolvidos: a autoridade judicial e os promotores de justiça do Ministério Público.

Nesse ponto, quero registrar aqui a atuação dedicada e sensível da ilustre Promotora de Justiça que deu início à presente ação, dra. Renata Scarpa, a qual demonstrava, sempre, muita apreensão com possível tragédia. A referida Promotora insistiu muito junto a esta juíza para que fosse dada muita atenção à situação dos moradores do prédio, temerosa de que pudesse acontecer. (p. 2760 dos autos)

Com todas as vênias devidas à culta Promotora de Justiça, profissional de reconhecida competência por toda a população desta cidade. (p. 1313 dos autos)

No decorrer do feito, passou a atuar o dr. Luciano Mattos, Promotor que dispensa maiores comentários, por sua humanidade e atuação muito eficaz nos problemas da cidade há longos anos. Antes de exarar o douto parecer ministerial, o dr. Luciano fez profundo estudo do caso, como sempre faz. (p. 2760 dos autos)

Vê-se que a proximidade entre a autoridade decisora e a representante do Ministério Público se distancia muito do nível de relacionamento estabelecido entre essa mesma autoridade e outros atores envolvidos, sobretudo os próprios moradores do Prédio da Caixa. Essa disparidade esbarra na condição deliberativa de que todos os agentes estejam em pé de igualdade, despidos de distinções hierárquicas ou sociais (IBID.).

A fim de entender se essa proximidade entre Judiciário e Ministério Pública se estendia a algum dos representantes dos moradores do Prédio da Caixa, o tema foi abordado em entrevista com os referidos líderes. Quando perguntados sobre o contato que tiveram com a juíza do caso, as respostas foram as seguintes:

Pergunta: Você teve contato com esse juiz, essa juíza ou esses juízes?

Não, a gente tentou né, de várias formas. Primeiro, pessoalmente, a gente conseguiu no máximo falar com a secretária dela, mas não teve resposta. O nosso advogado, vários advogados foram, os advogados da OAB, isso em vésperas de remoção, ninguém conseguiu ser recebido. Depois da remoção, que já tava concretado o prédio, ela recebeu um dos advogados que tava com

a gente, que é o Antônio⁸. Conseguiu falar pessoalmente com ela, mas antes da remoção ninguém conseguiu falar com ela. Nem a Comissão de Direitos Humanos da Seccional Estadual da OAB conseguiu ter acesso a ela. (Lorena Borges Gaia, em entrevista realizada em 08/01/2022 para este trabalho)

Pergunta: Você conhece o juiz, a juíza, ou os juízes do caso?

Não. Eu só vi ela uma vez, no dia, mas quando começou o problema né, ali né, a confusão das pessoas. A mãe da Lorena falando que ia botar fogo no corpo, aquele negócio [inaudível]. Mas eu nem me recordo, assim, da aparência dela. Sei que é mulher. (Fernando César Mattos de Carvalho, em entrevista realizada em 08/01/2022 para este trabalho)

Os relatos deixam evidente que a condição da isonomia, se é que se pode resumir assim o requisito descrito por Mendes, não está preenchida. Outro ponto que diverge da construção do conceito é o referente à “ética do consenso”, definida por Mendes como uma aspiração partilhada pelo grupo de envolvidos, ainda que se aceite a divergência como um resultado possível diante do impasse (MENDES, 2013, p. 16).

No processo judicial, embora se tenha sublinhado anteriormente que a ética do consenso passou a prevalecer a partir de determinado ponto, o que se percebe é que, num primeiro momento, a linguagem era a da litigiosidade.

Essa conclusão pode ser extraída, por exemplo, da interposição de um Agravo de Instrumento em face da decisão que indeferiu a antecipação de tutela requerida pelo Ministério Público. Na petição inicial, o Parquet pedia uma decisão liminar lastreada em oito requerimentos, dos quais o principal era a autorização para busca e apreensão de título de propriedade e/ou posse, com a “retirada de todos os invasores e lacre de todas as unidades que não possuírem tais títulos”.

O Agravo foi interposto e direcionado à segunda instância do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como uma forma de combater o entendimento de que os pedidos inicialmente formulados pelo Ministério Público não deveriam ser acolhidos em tutela de urgência.

O recurso a uma instância superior é, em si, uma irresignação contra a decisão construída anteriormente. Pode significar, também, um não reconhecimento da legitimidade da autoridade de primeiro grau enquanto instância decisora.

⁸ Todos os nomes citados nas entrevistas foram substituídos por nomes fictícios.

Essas conclusões se tornam ainda mais verossímeis quando se percebe que as razões recursais constantes do Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público repetem à exaustão os argumentos constantes da petição inicial. Em outras palavras, a justificação da decisão denegatória não foi considerada pelo órgão ministerial como um elemento argumentativo a ser enfrentado em seu recurso, o que vai de encontro à lógica da “persuasão” descrita por Mendes (MENDES, 2013, p. 16).

Não obstante todos os indícios que caminham num sentido contrário à configuração de um processo deliberativo, há também elementos que sugerem um diálogo institucional em prol do “melhor argumento”. Um deles é o registro de que Ministério Público e Judiciário constantemente dialogavam nos autos, de modo que, a título de exemplo, o próprio Judiciário sugeriu, em despacho constante da página 1304 dos autos eletrônicos, uma medida não requerida pelo Parquet em sua petição inicial.

Outro desses registros é o pedido de uma audiência de conciliação entre as partes envolvidas, formulado pelo próprio Ministério Público na página 2338. No entanto, a postura de abertura ao diálogo não teve grandes repercussões, já que o pedido foi ignorado pela autoridade judiciária, ainda que tenha sido reiterado pelo Parquet no processo.

Uma outra observação que pode ser feita a partir do processo, corroborada pelos depoimentos colhidos em entrevistas, é a de que a troca do promotor de justiça responsável pelo caso (em razão da suspeição declarada pela promotora anteriormente designada à p. 2454) culminou numa postura menos criminalizadora do movimento social, ao menos de acordo com o que se depreende das manifestações oficiais.

Um dos indícios que concorrem para essa conclusão é a manifestação do Ministério Público às páginas 2576 e seguintes, em que o órgão alterou o pedido liminar feito anteriormente. Em vez de requerer a desocupação forçada dos possuidores, o Parquet passou a pedir a desocupação voluntária, dentro de um prazo preestabelecido, em razão do risco iminente à segurança do prédio. Além disso, passou a pedir que o Município fosse obrigado a prestar benefício de assistência social às pessoas vitimadas, no que foi acolhido pela autoridade judiciária.

Essa medida, inclusive, foi seguida de uma outra decisão que ressalvou a competência da Administração municipal para o planejamento da política de assistência, assim redigida:

2 - Corrijo, de ofício, o erro material constante da decisão anterior, para que passe a constar que o Município de Niterói

deverá incluir não só os proprietários comprovados nos programas assistenciais, incluindo-se o aluguel social, mas, também, os demais moradores que, a seu critério se adequem ao perfil de beneficiário de tais programas. (p. 3128 dos autos)

Todos esses indícios de deliberação, porém, perdem força com a constatação de que a participação política no processo era restrita a autoridades públicas e entidades dotadas de capacidade processual.

Em primeiro lugar, chama a atenção no processo o fato de que não há uma representação estável do movimento social nos autos eletrônicos. Para formular pedidos e informar detalhes de sua situação, os moradores recorriam ora a advogados de mandatos parlamentares, ora a associações privadas, ora a órgãos da Administração Municipal. No entanto, nenhum desses atores atuou de maneira constante na defesa do movimento social e acompanhamento do processo judicial.

Pela análise documental do processo, foi possível concluir que, num primeiro momento, a principal forma de representação processual dos moradores se deu a partir de advogados particulares. Nas entrevistas, a informação foi confirmada, com a explicação de que esses advogados eram vinculados a gabinetes de alguns vereadores do Município de Niterói comprometidos com a defesa da moradia popular, nas palavras dos entrevistados.

Já a partir do ano de 2021, a Administração Municipal passou a ser um dos principais órgãos de representação do movimento social nos autos, por meio da Procuradoria-Geral do Município. O contato com a Procuradoria, segundo as entrevistas, foi intermediado por diversas secretarias da Prefeitura, entre elas a Secretaria Municipal de Direitos Humanos, de Assistência Social, de Defesa Civil, Executiva e de Administração.

Ainda na esteira do tema, uma das dúvidas que surgiu no momento da análise documental tem relação com o papel da Defensoria Pública no processo, já que o órgão poucas vezes se pronunciou oficialmente, apesar de sua inclusão ter sido determinada pelo juízo à página 3128, na condição de *custus vulnerabilis*⁹.

Em razão da falta de informações processuais que satisfizessem a dúvida, o assunto foi objeto de investigação nas entrevistas com os líderes do movimento social. Quando questionados sobre a representação processual dos moradores pela

⁹ Atuação como guardião dos interesses dos vulneráveis, sempre que estes se encontrarem em posição de desigualdade. A expressão *custus vulnerabilis* foi criada com finalidade didática, de modo que fosse possível distinguir a atuação da Defensoria da do Ministério Público enquanto *custus legis* (guardião da lei e da ordem jurídica) (MAIA, 2017, p.155).

Defensoria, os líderes apontaram que esse foi um dos grandes problemas enfrentados na ocasião da desocupação e suas consequências.

É... Eu fiz uma representação pra ouvidoria da Defensoria. Eu tive acesso ao juiz tabelar da época, é... que foi alterado, né? Pro Francisco, logo depois. É, assim... Foi uma relação muito conflituosa, né? Pouco receptiva em relação à nossa luta, a ouvir o que a gente tinha que dizer. É... Ninguém tava disposto a defender a gente, mas contato a gente teve direto com eles. Eu fui lá várias vezes, na Defensoria eu fui pessoalmente; só eu; eu fui com vários moradores antes de virar síndica; depois de síndica; eu fui lá como síndica; eu fui com mais de 30 moradores lá, proprietárias, conversei com ele, mas defesa... A gente teve uma negação de defesa pela Defensoria, que eu tive até que ir à Ouvidoria da Defensoria e ao Procurador-Geral do Estado/ao Defensor Geral. Ele recebeu representação nossa também a respeito da atuação da Defensoria de Niterói. Eu também procurei o núcleo de Defensoria de... Núcleo de Terras e Habitação, né? O NUTH lá do Rio de Janeiro também. Então, assim, o que a gente pode entrar em contato a gente entrou. (Lorena Borges Gaia, em entrevista realizada em 08/01/2022 para este trabalho)

O defensor original do processo é o Francisco, mas o Francisco hoje... Nunca quis nos defender, porque, é, ele sempre disse que não tinha condições de defender, é... Coletivamente, né? É, logo depois, um bom tempo depois, foi criado um [inaudível] de Tutela Coletiva. Também teve reuniões com outro defensor, não me recordo se é o [inaudível], não me recordo [inaudível].” Pergunta: Então nem o defensor da Tutela Coletiva assumiu a defesa de vocês? “Não. Teve um defensor que chegou a entrar, mas ele ficou muito pouquinho tempo. Foi um dos melhores que atendeu a gente, fez reuniões, [inaudível] e tentar entrar pra poder derrubar essas hipotecas [inaudível] dos apartamentos. Nós entregamos 148 cartas de hipossuficiência, pessoas que nós representamos, então ele viu que o movimento era esse movimento bem organizado, tinha uma liderança e tal. Mas ele não ficou, ele saiu e entrou acho que, acho, acho eu, [inaudível] a Lorena deve saber [inaudível] o Sérgio [inaudível]. (Fernando César Mattos de Carvalho, em entrevista realizada em 08/01/2022 para este trabalho)

A partir dos depoimentos colhidos em entrevista, foi registrada a falta de acesso à justiça dos moradores do Prédio da Caixa, informação que jamais poderia ser obtida a partir dos autos processuais. Esse é um problema central para a ideia de deliberação, já que o requisito descrito pelo tratamento igualitário e respeitoso entre todos os atores é inafastável e irrenunciável na configuração do processo deliberativo.

Em outro momento de sua entrevista, a representante Lorena inclusive tornou a destacar o problema da falta de acesso à justiça dos moradores do Prédio da Caixa:

Nenhum momento a gente teve uma verdadeira... Eu sempre repito isso, que é um... O nosso caso é um grave caso de falta de acesso à justiça, né. A gente até agora não teve acesso... A gente tá tendo ainda dificuldade ainda de acesso à justiça, até pra danos... Que os danos são irreversíveis, né? Acho que a gente ainda não conseguiu se recuperar da remoção. Danos morais, danos materiais, que ainda tão repercutindo, né. (Lorena Borges Gaia, em entrevista realizada em 08/01/2022 para este trabalho)

Considerações Finais

O processo judicial que culminou na desocupação do Prédio da Caixa apresenta, inicialmente, características que conduzem à conclusão de que houve, sim, um verdadeiro processo participativo e democrático. No entanto, a análise documental e as entrevistas realizadas apresentam elementos que o distanciam do conceito de deliberação, aqui entendido na ótica do diálogo institucional.

Dos sete aspectos descritos por Conrado Hubner Mendes (MENDES, 2013) para a caracterização da deliberação política, pelo menos três deles não estiveram presentes, ainda que pontualmente, no caso objeto desta pesquisa. São eles (1) a ética do consenso enquanto estrutura persuasiva; (2) a moralidade interpessoal (legitimação recíproca dos atores envolvidos); e (3) a moralidade política, que pode ser destrinchada em três outros elementos: a inclusão, a empatia e a receptividade ao argumento externo.

Vários são os registros documentais que apontam para uma atuação que contraria os referidos aspectos, sobretudo por parte do Ministério Público. As entrevistas, realizadas a partir de roteiro semiestruturado, corroboraram as informações obtidas nos autos judiciais, aprofundando a compreensão.

Para além da contrariedade à lógica da deliberação, a partir da investigação foi possível constatar também um grande déficit de participação popular no

processo. Não há notícias de convocação de audiências públicas nos autos processuais, tampouco qualquer outra forma de intervenção dos moradores no processo de tomada de decisão. Pelo contrário, o relato de líderes do movimento aponta para uma privação de acesso à justiça.

Ainda sobre a participação popular no processo decisório, os relatos das entrevistas apontaram para um fato curioso, que pode suscitar novas discussões, ainda que de maneira preliminar. Os depoimentos indicaram, por um lado, um grave déficit de representação coletiva por parte do Ministério Público e Defensoria Pública, instituições especializadas na lógica judicial. Por outro lado, revelaram um amplo recurso dos moradores a vereadores da Câmara Municipal, que os representavam processualmente por meio de advogados dos mandatos, e secretarias da Prefeitura, que os representavam por meio da Procuradoria-Geral do Município.

Ou seja, a representação dos moradores, que consiste em interesse social e coletivo, se deu fora dos órgãos voltados para essa finalidade, tendo se concretizado a partir do engajamento do Legislativo e do Executivo, que não possuem esse tipo de atribuição processual.

A inoperância do Ministério Público e da Defensoria Pública no caso investigado pode estar atrelada à autonomia funcional de seus membros, tendo em vista que as críticas de moradores eram direcionadas a profissionais específicos, e não à estrutura das instituições. Além disso, as entrevistas evidenciaram que, quando havia uma troca do servidor responsável pelo caso, o tratamento melhorava ou piorava expressivamente, o que pode corroborar o indício preliminar aqui descrito.

No entanto, ainda que os depoimentos não façam referência à estrutura do Ministério Público e da Defensoria Pública em suas críticas, mas sim a membros particularizados, cabe ressaltar que a organização dessas instituições pode prever mecanismos de controle interno aptos a coibir falhas tão graves quanto as encontradas nesta pesquisa.

Por fim, inserindo este trabalho num espectro teórico mais amplo, o da revisão judicial, são relevantes algumas das queixas recorrentes dos moradores do Prédio da Caixa, verbalizadas na entrevista do líder Fernando:

Eu acredito que ela [a juíza do caso] deveria se preocupar, né, se verdadeiramente, é... Se tá todo mundo recebendo aluguel social, como ela mandou. Se tá, se as pessoas conseguiram pegar todos os seus bens, né, se as pessoas tão, assim, é... Ter uma preocupação, sabe? Eu não sei nem se é papel dela ter essa preocupação, mas ela deveria ter tido isso. Porque eu acho que isso falta um pouco ao Judiciário brasileiro, né? Juiz, eles

deferem as coisas, jogam as pessoas nas ruas, e não quer saber, né? Como a gente perdeu a Sueli, né, [inaudível] dormindo na rua, já perdemos vários outros também que morreram em situação de rua, e... Não era a melhor casa do mundo, mas era um teto que as pessoas tinham. E aí o Judiciário joga você na rua e depois ele não se preocupa. “Não, nós cumprimos o nosso papel, né, as pessoas estavam em situação crítica”. Mas... Estavam em situação crítica, mas perderam a sua casa, né. (Fernando César Mattos de Carvalho, em entrevista realizada em 08/01/2022 para este trabalho)

A intuição dos moradores, que condena o distanciamento entre a autoridade judiciária e a situação fática tutelada, pode se respaldar teoricamente, por exemplo, nos estudos de César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco (2010). Os referidos autores descrevem como a Corte Constitucional Colombiana, em caso emblemático, deu origem a um novo marco nos estudos sobre a revisão judicial.

Ao se preocupar não somente com a prolação de uma sentença, mas também, e principalmente, com a sua execução, o tribunal colombiano inaugurou um novo modo de deliberar, calcado em ampla participação popular e constante diálogo com os demais organismos envolvidos na concretização do direito discutido. Tudo isso na fase executória, e não somente na fase de conhecimento.

Trata-se de um parâmetro importante para a Teoria Constitucional, que vai ao encontro das principais angústias dos moradores do Prédio da Caixa.

Referências

- AMORIM, V. A. J. Direito urbanístico: Legislação urbanística e estatuto da cidade. São Paulo: Baraúna, 2012.
- BONAN, A. C. F. Camelôs rebeldes: a dimensão sócio-espacial do direito na cidade em disputa. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, 2017.
- CORREIA, C. Gestão democrática da cidade: construindo uma nova política. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (Org.). Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro, Revan; FASE, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Madri: Trotta, 2018.
- FITTIPALDI, M. Direito à cidade: diálogo de equidade entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica-RJ, 2006.

- GORHAM, C.; ALVES, L. E.. Prédio da Caixa: uma cidade da exclusão. Anais do 3º Seminário Internacional Urbanismo Biopolítico. Belo Horizonte, 2019.
- HARVEY, David. Cidades Rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana. Tradução Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Índice de Desenvolvimento Humano Municipal de 2020. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.
- JUNIOR, W. P. M. Participação popular no estatuto das cidades. In: FINK, D. R. (org.). Temas de direito urbanístico. v. 4. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2005. p. 259.
- LEFEBVRE, Henry. O direito à cidade. São Paulo: Documento, 1969.
- MAIA, Maurílio Casas. A Defensoria Pública enquanto institucionalização constitucional da defesa dos vulneráveis frente à ordem jurídica e aos poderes públicos. In Sociedade e Estado: do direito de defesa às garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado. Organizadores André L. Costa-Corrêa e Solange Almeida Holanda Filho. Porto Alegre: Paixão, 2017.
- MARICATO, E. Habitação e Cidade. São Paulo: Atual, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MENDES, Conrado Hubner. Constitutional Courts and Deliberative Democracy. Oxford, Oxford University Press, 2013.
- . Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers 3, *Legisprudence*, Vol. 5, No. 1, pp. 1-40, 2011.
- . Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008, 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- PIRES, C. B. Cidadania ativa e direito à cidade: um estudo empírico sobre a ocupação Povo Sem Medo de São Bernardo do Campo (SP). Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, 2019.
- REIS, A. B. O. Democracia e espaço urbano: A dinâmica do direito à cidade em Juiz de Fora/MG. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, 2016.
- RODRÍGUEZ, Garavito César, FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

ROLNIK, Raquel. Como fazer valer o direito das mulheres à moradia? LabCidade. Universidade de São Paulo, 2011.

SAULE JR. Nelson.; UZZO, Karina A trajetória da reforma urbana no Brasil, 2009. Disponível em: <<http://base.d-p-h.info/pt/fiches/dph/fiche-dph-8583.html>>. Acesso em agosto de 2020.

SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2015.

11 DESAFIOS PARA O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NO SÉCULO XXI: TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA CAPITALISTA

Ana Luiza de Moraes Gonçalves Correia¹

Frederico Salemi de Faria Kozlowsky²

Wilson Danilo de Carvalho Eccard³

Sumário: Introdução; 1. Desenvolvimento da economia industrial no capitalismo; 2. Novas economias; 3. A imaterialização do capital: uma nova realidade socioeconômica; 3.1. Desafios para o pensamento constitucional diante da realidade socioeconômica; 3.2. Contexto brasileiro: desafios ainda maiores? 4. Riscos e vulnerabilidades sociais; 4.1. Repensando a base da estrutura socioeconômica brasileira frente às novas demandas econômica: o enfoque estruturalista de Celso Furtado; 4.2. Novas tecnologias e o futuro do trabalho; Considerações finais; Referências

Introdução

As transformações experimentadas dentro do sistema capitalista trouxeram, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, alterações relevantes para a realidade material humana. O século XXI despontou como um acirramento dessa dinâmica e fez emergir de modo definitivo novas economias dentro do que pode ser entendido como um processo de “imaterialização” do capital. Esse contexto socioeconômico 4.0 vem desafiando o campo teórico nas suas mais diversas abordagens e variações, assim como o aparato institucionalizado pela sociedade. Para o pensamento constitucional brasileiro contemporâneo não é diferente. Ocorre que nesse cenário complexo e novo, permeado por riscos e adversidades, vícios do passado assombram o presente.

Dentre algumas consequências empíricas desse novo horizonte é possível notar principalmente mudanças radicais nas relações de trabalho, que atingem ainda mais as economias periféricas, tradicionalmente relegadas a um papel predefinido na arquitetura global. Essa atualização do sistema operacional de matriz colonial está produzindo um quadro de exclusão que acentua diferenças

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense de Volta Redonda/Rio de Janeiro; Mestranda do PPGDC; ORCID: <https://orcid.org/.0000-0002-9709-6672>; E-mail de contato: anluizacorreia@id.uff.br

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense de Niterói/Rio de Janeiro; Mestrando do PPGDC; E-mail de contato: fredericokozlowsky@gmail.com

³ Mestre em economia pela Universidade do Porto, Portugal; Pós-graduado em Business of Environment pela Universidade Federal do Rio de Janeiro/ Rio de Janeiro; Mestrando do PPGDC; E-mail de contato: danilo.eccard@gmail.com

históricas, razão pela qual o compromisso com uma análise crítica e contextualizada se faz pertinente.

Nesse sentido, o presente artigo busca analisar os fatores que são considerados enquanto desafios para o pensamento constitucional brasileiro do século XXI, relacionados com as transformações capitalistas, utilizando-se, para tanto, de uma abordagem qualitativa e da técnica de pesquisa bibliográfica, sendo, ainda, classificada enquanto uma pesquisa de perfil exploratório.

Tendo em vista o cumprimento do objetivo geral de evidenciar e discutir a existência desses novos desafios ao pensamento constitucional brasileiro, reflexo de nova realidade e dos efeitos colaterais visíveis, em especial, no mercado de trabalho, mediante a demonstração da necessidade de repensar a base da estrutura socioeconômica brasileira, por intermédio de uma política contextual, buscou-se estruturar a pesquisa através de uma abordagem qualitativa e de perfil exploratório, utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica.

O estudo foi iniciado pela exposição do desenvolvimento da economia industrial no capitalismo, com destaque para as novas economias, mediante a referência de autores como Mangabeira Unger, Herscovici, Schwab e Adam Smith, como as Economias da diferenciação, do conhecimento e circular; de modo a introduzir a posterior discussão acerca dos desafios para o pensamento constitucional consequentes da nova realidade econômica, com ênfase no contexto brasileiro; e, por fim, mediante a exposição e a discussão sobre os riscos e as vulnerabilidades sociais, buscou-se trazer elementos que ilustrassem e demonstrassem a necessidade de repensar a base da estrutura socioeconômica brasileira, tendo em vista o enfoque estruturalista de Celso Furtado, como aqueles relacionados com o futuro do trabalho e as novas tecnologias.

1. Desenvolvimento da economia industrial no capitalismo

Desde meados do século XIX temos acompanhado transformações na sociedade propiciadas pelo desenvolvimento de atores econômicos. As revoluções industriais, capitaneadas pelos motores a combustão com carvão e, posteriormente, com o desenvolvimento da indústria do aço foram as grandes responsáveis pelas primeiras transformações na Europa, berço do capitalismo e do liberalismo.

O desenvolvimento da indústria é uma ótica importante para analisarmos as transformações na sociedade, economia e natureza. De forma sucinta, a primeira revolução industrial ocorreu no período entre 1760 e 1840, capitaneada pelo motor a vapor; a segunda no final do século XIX, quando a indústria começa produção

em massa; a terceira começa na década de 1960 com a revolução digital e a criação de computadores pessoais na década de 1970 e 80 e a internet na década de 1990.

Segundo Schwab (2017), estamos experimentando a quarta revolução industrial, caracterizada por uma internet móvel e quase onipresente, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos, e por inteligência artificial e aprendizado de máquina.

Durante esse período a indústria, principal motor econômico dos países, sofreu importantes transformações. Na leitura de Herscovici (2015), essas transformações são ainda mais antigas, com a economia da representação, de meados do século XVIII, e com a economia da repetição, que abrange o período entre 1950 e 1985, já no século XX. Essas transformações vão seguindo até o que Unger (2019) aponta como “economia do conhecimento” que ainda será abordada neste texto.

As noções de ética e de valores, que permeiam nossa vida em sociedade, estão também profundamente arraigadas ao desenvolvimento do capitalismo. As fontes de ética e valor são, originalmente, irradiadas a partir de países hegemônicos, como países europeus (como Inglaterra e Alemanha) durante a primeira e segunda revolução industrial; e o Estados Unidos, no pós-segunda grande guerra mundial, em meados da década de 1940.

Adam Smith (1985), considerado um dos pais do capitalismo, resume essa afirmação a partir da sua visão individualista traduzida pelo “paradigma do açougueiro”, pela qual descreve que um indivíduo que age de maneira individualista consegue satisfazer suas necessidades a partir do que ele pode oferecer para um outro indivíduo, seja dinheiro, serviço ou um produto, isto é, “Não é da benevolência do açougueiro, padeiro ou cervejeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse”.

Adicionalmente, para suprir as demandas da indústria, precisa-se de trabalhadores aptos (e esta parte é de extrema relevância) e insumos (fatores de produção de um modo geral). Na perspectiva social, o modelo econômico industrial foi responsável por uma forte migração de pessoas para trabalhar nas fábricas.

Já no campo ambiental, o crescimento da indústria é considerado um de seus maiores desafios, pelo motivo mais básico do conceito de economia, isto é, em razão do conceito de demanda infinita. Nesse sentido, cabe um questionamento: como suprir uma demanda infinita em um planeta com recursos naturais finitos?

2. Novas economias

De acordo com Unger (2019), o avanço tecnológico se desenvolveu a um ponto de alterar todo o modelo econômico de um país. Até o final da década de 1990, e ainda início da primeira década de 2000, as maiores economias mundiais eram países mais desenvolvidos com uma rede de indústrias que permitiam exportação de bens de consumo com alto nível tecnológico, como computadores, carros e chips.

Essas indústrias movimentavam grandes fluxos de trabalhadores, geravam emprego e movimentavam a economia. Esse ainda é considerado por Unger como um tipo de economia industrial do século passado, baseado em produção em massa e empregos mecanizados, mas ainda contando com mão de obra viva.

As inovações do passado, a partir do início do século XX, consistiam em máquinas especializadas em manufatura mecanizada e seu posterior desenvolvimento para produção em massa, de forma industrial. A ciência estava por trás dessas inovações que, em sua época, era o que havia de mais avançado. Manter essa mentalidade no século XXI, com muito mais tecnologia disponível, pode ser um grande erro.

Dessa forma, Unger apresenta o conceito de “economia do conhecimento” (EC), introduzida por Paul Romer em 1986. Segundo o autor, a EC é a prática de produção intensiva em ciência e tecnologia, dedicada à inovação perpétua, que começou a assumir um papel de comando em todas as principais economias do mundo. De uma forma prática, Unger diz que a EC é a economia das ideias.

Em seu trabalho, o autor faz uma série de críticas a esse conceito. Para ele, o ser humano tende a criar um número infinito de ideias, o que não significa que todas sejam úteis e boas. O argumento fundamental da crítica de Unger ao trabalho de Romer é que a EC vem se desenvolvendo de forma insular, criando pequenas ilhas. Se até o final do século passado, as principais economias mundiais eram os países com maiores indústrias e melhores empregos, a EC criou empresas que são mais ricas que o PIB de pequenos países e, diferentemente das indústrias do passado, criam menos empregos e os que ainda são criados, serve a uma pequena minoria extremamente especializada.

Outro problema das empresas da EC são que, para se manter em constante crescimento de escala, precisam se manter em um estado de constante inovação. No entanto, Unger fala sobre uma espécie de pessimismo tecnológico, pois “afirma que as inovações tecnológicas de hoje são menos úteis e menos revolucionárias do que as do século passado (embora pareça que nenhuma tecnologia poderia ser mais revolucionária do que a inteligência artificial).”

Sob a perspectiva social, o grande perigo dessas empresas gigantes da EC são o seu modelo de negócio de maior sucesso, pois depende da exploração e venda

não remuneradas de dados pessoais especialmente a anunciantes. Cria-se então um problema de cunho jurídico, pois essas empresas não pagam pelos dados que colhem.

Outro modelo econômico que vem se desenvolvendo, sobretudo a partir de 2010, é o modelo de economia circular, que consiste num modelo de produção e consumo que procura manter a manutenção do valor do produto ou do bem no máximo ao longo da sua cadeia de valor. Para tanto, recria o conceito de resíduo, que deixa de existir da forma como é hoje (como uma embalagem, resto de comida, ou algo que não tem mais valor prático) e passa a ser um insumo para um novo produto.

O modelo de economia circular (MEC) passa a ter grande destaque, principalmente, na Europa, após a publicação de “Towards circular economy” pela Ellen MacArthur Foundation (MACARTHUR, 2013), bem como modelo de desenvolvimento sustentável por parte da União Europeia em 2015, através do Plano de Ação da União Europeia para a Economia Circular. Nesse sentido, em 2019, foi lançado o Pacto Ecológico Europeu, ainda com MEC como centro do desenvolvimento econômico e social europeu e, em março de 2020, um novo Plano de Ação para a Economia Circular que vai atuar como alicerce para o pacto.

3. A imaterialização do Capital: uma nova realidade socioeconômica

Conforme destacado inicialmente, a revolução industrial e as suas evoluções históricas trouxeram mudanças significativas em diversos aspectos da vida humana. Essa dinâmica foi acirrada, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, trazendo alterações socioeconômicas profundas, revelando um novo perfil do próprio capitalismo.

Ocorreram modificações relevantes na natureza econômica dos bens, nas estruturas de mercado e nas formas de concorrência. A complexidade crescente desses fatores pode ser entendida como um processo de “imaterialização” do capital ou uma nova fase denominada de “Capitalismo Imaterial” (HERSCOVICI, 2015).

Esse novo contexto não pode mais ser explicado adequadamente pelas matrizes teóricas de outrora, tais como a economia clássica, a economia neoclássica ou mesmo o keynesianismo. A complexidade da contemporaneidade requer um paradigma mais compatível com as suas peculiaridades.

Nesse sentido, uma alternativa possível seria a concepção compreendida como “Economia da Informação”, nos moldes da formulação realizada por Stiglitz (2001), destacada como um modelo mais adequado por Herscovici (2015). Isso

porque, ainda de acordo com o que fundamenta o autor, tal paradigma assimilaria de modo mais satisfatório a atual complexidade, face as falhas e insuficiências verificadas nos modelos econômicos tradicionais em relação as particularidades dessa nova realidade.

Uma análise acerca das características socioeconômicas dos bens culturais e simbólicos, num recorte histórico anterior e posterior ao fordismo, revela um processo de mercantilização da cultura, que experimentou algumas modificações radicais.

A partir de tal parâmetro analítico, é possível notar que houve uma modificação da natureza econômica dos bens e dos serviços. Os preços dos bens deixaram de refletir as informações disponíveis no mercado de modo mais acurado, devido aos diferentes tipos e qualidades (não homogeneidade) aliada a uma realidade de assimetria informacional acentuada que, inclusive, deu margem a um maior risco moral de comportamentos oportunistas por parte de certos agentes.

Somado a esses aspectos, os custos deixaram de observar a Lei dos Rendimentos Decrescentes tradicional, rompendo com tal assertiva. Os próprios rendimentos se descorrelacionaram da estrutura de custos. Além disso, a complexidade antes limitada, não mais comporta uma divisão eficiente que era capturada e individualizada via um sistema de direitos de propriedade tradicional.

Nesse sentido, é interessante observar que na era digital esse processo ganha ainda mais alcance e nitidez. Antes os bens eram privados e obedeciam uma lógica de exclusão, na qual o Estado, a depender da hipótese, poderia intervir impactando assim na produção, no preço e no consumo, via subsídios, por exemplo.

Entretanto, na lógica digital, os bens se tornam “públicos”, sendo produzidos e apropriados dentro da própria lógica privada (mercado). As condições de apropriação não são totalmente controladas e a utilidade real é verificada durante o consumo, o que põe em xeque a prática de internalização das externalidades por parte da atividade estatal.

A historicidade dos conceitos de valor e trabalho também denotam as modificações verificadas na economia. As explicações acerca da geração de valor, antes relacionadas a uma economia de caráter industrial não fornecem mais as respostas para o momento.

O conceito de mercadoria e a dicotomia clássica entre trabalho produtivo e improdutivo remetem para a visão de produções imateriais como improdutivas. Isso porque, no contexto do século XIX, por exemplo, o valor era criado iminentemente na indústria. Todavia, num contexto de economia da informação, tal acepção seria inviável para explicar a geração de valor das diferentes formas de

capitais intangíveis, assim como seria incompatível tentar entender as patentes pela mera alocação de trabalho vivo ou morto empregado na sua elaboração.

Conforme salienta Herscovici (2015), uma vez que a ciência econômica cuida, em última análise, de alocar recursos escassos, é fundamental notar que enquanto na economia material a escassez é uma derivação da própria natureza dos bens, aos quais são relacionados os direitos de propriedade; na economia imaterial, o sistema de direitos de propriedade intelectual é o responsável por gerar a escassez necessária à obtenção do lucro. Portanto, nesta nova realidade, ocorre uma inversão da lógica anterior. Além disso, se opera uma substituição do papel do trabalho pelo do conhecimento na geração do valor, razão pela qual alguns autores denominam-na de “Economia do Conhecimento” (UNGER, 2018).

Nessa nova economia, a abundância do capital tangível e a escassez do capital intangível estabelecem uma correlação negativa entre abundância de capital e a taxa de lucro. Isso faz com que a tendência da queda da taxa de lucro da produção material busque a produção imaterial na alocação de recursos.

Outrossim, por meio de uma estratégia de diferenciação – conhecida por Economia da Diferenciação (HERSCOVICI, 2008) - ocorre uma sofisticação que se opera não apenas por meio das marcas como símbolos de qualidade e distinção, mas também através de espaços geográficos, a fim de se atrair o fluxo de capital e conduzir a decisão de financiamento e consumo.

Outro elemento interessante na análise da imaterialidade dessa economia reside na ideia entendida como “Paradoxo de Van Gogh” (HERSCOVICI, 2008, p. 06). A analogia é feita devido ao fato da valorização operada nas obras artísticas do referido pintor não ser explicada a partir da estrutura de custos de tais bens. Por outro lado, se analisado o fenômeno relacionado ao capital simbólico trabalhado no seio de um determinado campo social, tal como empregado por Bourdieu, verifica-se uma utilidade de cunho social que não se relaciona com a utilidade finalística em si do bem, mas que também pode gerar uma percepção de valor.

Nesse sentido, outro conceito relevante a ser destacado, sobretudo diante de uma sociedade hiperconectada como a atual, é o “Efeito de Rede”, também trabalhado como “Utilidade Social” por Herscovici (2008). Trata-se de uma dinâmica lógica na qual, em uma rede, a utilidade individual de um serviço para cada usuário aumenta de acordo com a quantidade de usuários. Paralelamente, quanto maior é essa utilidade, mais valorizado o espaço/tempo desse ambiente para aos eventuais anunciantes interessados. Isso porque a adesão e a participação dos usuários valorizam tal campo social.

Desse modo, a lógica mercantil passa a ocupar espaços até então inéditos, como nas áreas da produção social e da cultura, que assumem um papel na lógica

de acumulação do capital. Essa mudança gera impactos até mesmo nas formas concorrenciais.

Cumprir destacar que esse é um processo em escala global, haja vista a dinâmica da globalização com a intensa internacionalização dos fluxos de capitais e a migração desses de acordo com a taxa de retorno mais atraente, considerados os demais elementos.

Ademais, um curioso paradoxo observado por Solow consiste na constatação de que os investimentos realizados nas tecnologias da informação e comunicação (TIC) não se refletiram num ganho de produtividade do trabalho, nem mesmo num acréscimo nas taxas de crescimento como o Produto Interno Bruto (PIB). Quanto a questão, ainda, Romer traçou algumas considerações em sua teoria, ao afirmar que o sistema estaria gerando um crescimento endógeno em razão da produtividade marginal crescente do capital intangível, fruto do acúmulo de conhecimento em curso.

De qualquer modo, aparentemente, tal aparato ainda não está sendo capaz de gerar ganhos substanciais de produtividade do trabalho, nem aumento das taxas de crescimento do produto agregado, conforme diversos trabalhos empíricos apontam.

Diante das considerações traçadas, não se entende aqui a fase atual como um momento pós-capitalista e sim como uma propagação da lógica do capital para dentro de áreas até então próprias da atividade humana social, ainda que desatrelado de uma ideia de mercadoria típica do capitalismo industrial e material.

3.1. Desafios para o pensamento constitucional diante da realidade socioeconômica

Diante desse contexto complexo e permeado pela imaterialidade que alterou profundamente as dinâmicas socioeconômicas, surgem desafios inegáveis para o pensamento constitucional contemporâneo.

Partindo-se de uma análise realizada por Mangabeira Unger (2017), é possível destacar que na história do pensamento jurídico, há um conjunto de ideias presentes nas principais vertentes da tradição ocidental que, de maneira geral, representam desafios a serem superados pela Teoria do Direito ainda hoje.

De acordo com Mangabeira, esse legado engloba duas limitações explícitas e uma de caráter implícito. São as visões do: (i) Direito como ordem normativa latente; (ii) Direito como vontade do soberano e, ainda, uma terceira noção que seria a (iii) Real Estrutura da Sociedade.

A primeira abordagem, é uma ideia de ordem normativa latente na vida social, operacionalizada pelos profissionais do direito por meio da atividade doutrinária e jurisprudencial que institucionaliza as práticas jurídicas e as refina. Já a segunda visão, resgata o aspecto heterônomo do Direito, sendo este entendido como uma manifestação da vontade estatal, que, de acordo com o momento e o local assumiu os contornos próprios do contexto.

Contudo, tais olhares se contrapõem acerca do estatuto ontológico do Direito. Além de coexistirem, fato é que são incompletos e igualmente não respondem ao que constitui o Direito enquanto tal. Eis que o autor afirma que lhes carece um terceiro elemento fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico de modo mais completo.

Essa terceira faceta seria a manifestação jurídica enquanto uma estrutura real da sociedade, ou seja, uma ocorrência na qualidade de normatividade manifesta na dinâmica material da vida humana. Na atualidade, há um inventário de experiências, assim como novas ideias que emergem da criatividade humana.

Segundo Mangabeira Unger (2017), é justamente do embate dessas noções que surgem as problemáticas mais críticas que desafiam o pensamento jurídico e que merecem atenção teórica e compromisso prático daqueles que se debruçam sobre suas questões.

Parece certo afirmar que, conforme visto até aqui, a realidade socioeconômica se mostra deveras distinta do que já fora outrora. Portanto, é no mínimo difícil imaginar que todas as soluções propostas seriam capazes de atender plenamente o novo cenário até então inédito na história da humanidade. Ao revés, a análise demonstra que os novos tempos desafiam o aparato teórico e institucional vigente.

No que tange a Teoria Constitucional de modo mais direto, temas como a forma de governo, a forma de estado, o sistema de governo, os direitos e garantias que gozam de status constitucional, o poder de reforma, a atividade fiscal, dentre outros que fazem parte do eixo constitucionalista, são postos a prova.

As discussões abordam o poder e a governança em relação ao conteúdo, extensões, limites, formatações, funções e finalidades. Dentro desse amplo debate, frequentemente em tensão tanto na história, quanto na atualidade, há um inventário de experiências, assim como novas ideias que emergem da criatividade humana.

Uma dessas manifestações pode ser entendida pelo prisma das organizações que, no limite, são os aparatos que assumem e operacionalizam o fenômeno jurídico constitucional por meio de seus operadores. Lembrando que a intersecção dessa dinâmica com a realidade social é a raiz dos principais problemas.

Nessa senda, há o entendimento, denominado de “false necessity” (Necessidades Falsas), que advoga pela plasticidade organizacional e a potencialidade de novas arquiteturas institucionais. Trata-se de uma crítica endereçada à concepção de que as instituições sociais tal como estão desenhadas e operam são um produto necessário do processo de evolução histórica da sociedade (UNGER, 2005).

Na verdade, esse movimento entende que as regras, assim como as instituições e a própria burocracia que movimenta as suas engrenagens, requerem inovação e experimentação constantes por meio de novas propostas; formatos; ou mesmo, resgates; e como qualquer processo criativo, demanda imaginação, repertório e coragem para tentar; errar; e ajustar, seja no campo jurídico, político, econômico ou social, que em última medida estão intimamente relacionados.

Do ponto de vista socioeconômico, o contexto atual, que aponta para novas fronteiras e possibilidades mais do que nunca reclama essa abordagem inventiva e dinâmica, em contraposição a propostas ortodoxas e obsoletas. A então “Economia do Conhecimento” é justamente esse novo modelo dentro da lógica capitalista que reivindica uma mudança de postura, principalmente por parte dos agentes públicos na condução de suas articulações e ações junto às iniciativas estatais e privadas.

Além disso, conforme aponta Hercovici (2018), as “falhas” do sistema de preços do mercado tornam necessária a presença de fatores institucionais e de mecanismos de coordenação para os mercados poderem funcionar concretamente.

Nesse sentido, o estado assume um papel ímpar, afinal é o responsável pela condução do planejamento e das ações executivas de curto, médio ou longo prazo, que inclusive podem incentivar o setor privado na costura de soluções tanto para entraves estruturais históricos, como para inovação. Afinal, como destacou Mazzucato, para além da falsa dicotomia entre o setor público e o setor privado, o estado tem justamente esse múnus empreendedor (MAZZUCATO, 2014).

3.2. Contexto brasileiro: desafios ainda maiores?

O Brasil apresenta dificuldades ainda mais desafiadoras, face a nova realidade socioeconômica global, que vem testando os limites e as possibilidades da sociedade e das suas instituições. O contexto brasileiro é fruto de uma origem histórica colonial, que não apenas deixou marcas profundas na sua estrutura social até os dias atuais, como também propaga os seus reflexos, ainda que de modo repaginado numa versão operacional atualizada na realidade material brasileira.

Os desafios para a construção de soluções nacionais diante dessa nova fase hiperconectada, veloz e complexa encontra ainda uma sociedade permeada pela

desigualdade latente, representada por uma fratura das condições materiais num sentido amplo. Esse cenário impõe obstáculos ainda mais significativos às políticas públicas, que precisam lidar com os novos tempos e com a falta de acesso a condições básicas por parte da maioria da população, sobretudo no que tange aos seus direitos sociais mais elementares em pleno século XXI. Direitos que apesar de estarem consagrados formalmente na carta constitucional dentre o rol de direitos fundamentais em vigor, não se mostram vigentes na realidade fática das vidas humanas do povo brasileiro.

Para piorar o quadro, historicamente as elites nacionais insistem em modelos importados e descontextualizados das particularidades brasileiras, como se buscassem soluções “prêt-à-porter” alinhadas à última novidade do mercado de ideias estrangeiro. Essa característica foi observada por Lynch em seu texto “Cultura política brasileira” (LYNCH, 2017) que identifica justamente o papel das vanguardas modernizadoras nesse processo. Nas palavras de Unger, esse retrato revela um verdadeiro colonialismo mental por soluções alienígenas, responsável por engessar a capacidade criadora e modificadora da realidade pátria, em detrimento da própria experiência nacional.

Em contrapartida, o pensamento político, econômico, social e jurídico brasileiro apresenta um verdadeiro catálogo riquíssimo. Um leque em termos quantitativos e qualitativos capaz de abastecer as mentes e as propostas de todos aqueles interessados em pensar o Brasil e as suas problemáticas sob tais prismas temáticos. Consiste numa fonte de questionamentos e diagnósticos muitos mais pertinentes ao contexto pátrio. Visitar esse arquivo é valorizar as bases sob as quais a cultura nacional se encontra alicerçada. Esse tesouro vasto e profundo - porém pouco explorado - convoca o pensamento nacional a se atentar sobre a sua produção como memória e inovação.

No campo constitucional, por exemplo, há uma série de autores, como Ruy Barbosa, Oliveira Viana, José Antônio Pimenta Bueno, Alberto Torres, José Afonso da Silva, Eros Grau e tantos outros, que contribuíram sobremaneira para a formação do que pode ser entendido como o pensamento constitucional brasileiro. Uma base de dados, composta pelas dúvidas, análises, formulações, soluções e eventuais erros e acertos experimentados, em suma, ideias e experiências que compõe a história nacional e que podem contribuir muito, inclusive, para o presente e as suas questões. Afinal, nem tudo é tão novo quanto parece e não raro, as ditas novas pautas, na verdade, tratam-se de velhas conhecidas com uma nova roupagem.

4. Riscos e vulnerabilidades sociais

Diante da reestruturação de um modelo, de um conceito ou, de forma mais ampla, da mudança da visão a respeito de um determinado fenômeno ou instituto, novos padrões ou a potencialização daqueles já existentes passam a ser percebidos em uma dada sociedade.

No presente tópico serão organizados alguns argumentos e elementos com a finalidade de demonstrar, no âmbito prático, algumas das transformações do sistema capitalista, em especial, determinados problemas resultantes dessas transformações. Isso será feito levando em consideração as bases existentes da estrutura socioeconômica diante das novas demandas econômicas, com a finalidade de compreender a necessidade de reestruturação das mesmas para, em seguida, apresentar os possíveis riscos e os impactos elencados enquanto consequências do desenvolvimento de novas economias.

A modernização, isto é, o “salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização” (BECK, 2010, p. 23), ocorrida de forma tardia, foi a responsável pela passagem da lógica da produção social de riqueza de uma sociedade de escassez para uma lógica da produção social de riscos (BECK, 2010, p. 23). Nesse sentido, o emprego das tecnologias passa a ser analisado por via da sua utilização econômica, bem como sob o viés das consequências do desenvolvimento técnico-econômico.

Autores como Karl Marx (O Capital, 1867), Max Weber (Ensaio de Sociologia, 1982) e Émile Durkheim (Da Divisão Social do trabalho, 1893) contribuíram para a construção das bases materiais da desigualdade social, sendo, em termos amplos, a análise de Marx feita sob a lógica das classes e da sociedade capitalista moderna e seu modo de produção; já Weber leva em consideração fatores subjetivos como as oportunidades de vida, o prestígio e o status de um determinado grupo; e Durkheim realiza uma análise tendo em vista a moral quando da compreensão da coesão social (CANÇADO; SOUZA; CARDOSO, 2014, p. 06).

Seja no âmbito econômico, cultural, político ou social, todos os meios sofreram transformações em decorrência do desenvolvimento das tecnologias que surgiram a princípio, em sentido amplo, enquanto facilitadores da vida dos seres humanos. Determinadas transformações podem ser capazes de elencar inúmeros questionamentos acerca da estrutura tradicional vigente, tendo em vista a verificação do fato de que, aquilo que poderia funcionar em momento anterior, com as novas demandas e os novos interesses, pode perder o sentido em tempo posterior.

4.1. Repensando a base da estrutura socioeconômica brasileira frente às novas demandas econômica: o enfoque estruturalista de Celso Furtado

A análise feita neste seguimento será sustentada pela Teoria do Desenvolvimentismo de Celso Furtado, de modo a pensar na necessidade em adotar instrumentos teóricos que se adequem à real estrutura econômica brasileira, em especial por conta da diferente forma de introdução, evolução e impacto de fenômenos como o da tecnologia num contexto da globalização, longe da pretensão de criar novos elementos e matrizes capazes de responder aos questionamentos formulados.

Os resultados negativos podem ser percebidos, mesmo que de forma não imediata, diante da internalização de uma ideologia incapaz de resolver os problemas concretos e específicos de um país, como de fato ocorreu na América Latina em um momento de crise econômica e a necessidade de resolver problemas como o da inflação através dos pilares do Consenso de Washington, o que, no entanto, potencializou questões como o desemprego e os níveis de pobreza na região (PEREIRA, 2011, p. 136).

Determinada incorporação, ainda, foi capaz de estabelecer fragmentos enfraquecidos nos países latino-americanos e no Caribe, o que, em momento de tensões e de problemas, como a atual pandemia por COVID-19, iniciada em 2020 e, conseqüentemente, com a contração do comércio mundial, é capaz de dificultar o cenário e a possível recuperação da economia desses países, já que, dentre outros motivos, há uma série de reflexos que desencadeiam em outros, como a própria tendência de reforço da digitalização e da automatização do comércio e da produção (CEPAL, 2021, p. 42).

Em sua obra “Formação Econômica no Brasil”, Celso Furtado, economista brasileiro que advogava pela mudança estrutural e por uma política desenvolvimentista viável para o Nordeste brasileiro, aplicou a Teoria Keynesiana ao caso concreto no Brasil, tendo em vista a construção de um pensamento econômico brasileiro, mapeando os principais ciclos e subciclos do modelo primário-exportador, partindo da economia açucareira, até alcançar a transição para o modelo de industrialização (PEREIRA, 2011).

Ao fazer referência à crise econômica cafeeira do século XIX, Celso Furtado (2007) destaca que o mecanismo de defesa da economia cafeeira encontrou na crise de 1929 extrema vulnerabilidade, sendo seu erro básico ter desconsiderado as “características próprias de uma atividade econômica de natureza tipicamente colonial, como era a produção de café no Brasil” (FURTADO, 2007, p. 259), bem como a manutenção dos preços do café elevados fator para criação de condições de aprofundamento do desequilíbrio entre a oferta e a procura, além de indispensável a complementação de referida política de defesa de preços completada por uma outra política de desestímulo (FURTADO, 2007).

Em 1949, Celso Furtado torna-se diretor da Divisão de Desenvolvimento da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), sediada no Chile, criada em 1948 através da decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1947 e que encontrou seu fim nos anos de 1960, com a ascensão das ditaduras militares, em especial o golpe de Pinochet ocorrido no Chile.

Ela foi considerada a matriz do pensamento econômico latino-americano crítica do liberalismo, em razão da elaboração de algumas teses voltadas para a explicação das razões do atraso das economias latino-americanas, dentre elas: a tese centro vs. periferia, centrada na ideia da produção desigual de resultados entre países pobres e ricos em relação a divisão internacional do trabalho; da deterioração dos termos de troca, da desigual valorização, em contestação à teoria das vantagens comparativas, entre os produtos primários vendidos pelos países pobres e os produtos industrializados fornecidos pelos países ricos; a inflação como um problema estrutural dos países subdesenvolvidos; o planejamento e o protecionismo pela defesa de tarifas e subsídios compensatórios da diferença de produtividade entre produtos locais e importados; a tendência estrutural do desemprego gerada pela adoção de técnicas de produção importadas do centro por alguns empresários locais; a tendência do desequilíbrio externo; e da substituição das importações, enquanto proposta da Cepal para o crescimento baseado no mercado interno (PEREIRA, 2011).

Percebia-se, portanto, um enfoque estruturalista sobre o domínio econômico latino-americano, em oposição a outras formulações sobre o domínio econômico em geral, em especial, àqueles que sustentavam, como Lionel Charles Robbins, economista britânico que auxiliou na formação da Sociedade Mont Pèlerin em 1974, onde foram estabelecidas as bases do neoliberalismo (CYPHER, 2014, p. 14), a aplicação de premissas universais e historicamente não especificadas para a compreensão da economia.

Os economistas cepalinos criaram um modelo com a finalidade não de exclusão, mas com uma abordagem inclusiva (CYPHER, 2014, p. 15), inserindo novos elementos específicos ao conhecimento já obtido. No entanto, o modelo apresentado não foi imune a críticas, pois os referidos economista foram questionados por apresentar uma teorização do Estado, definido como onipresente, superior às classes sociais e detentor do conhecimento sobre o caminho para o desenvolvimento; bem como por propor uma teoria que não dispunha de um estudo sobre distribuição de renda, segunda a visão marxista (PEREIRA, 2011).

A questão primordial apresentada, portanto, está relacionada com a consideração de fatores históricos e sociais à dinâmica econômica. Das origens e o desenvolvimento da indústria brasileira, mediante o modelo primário-exportador,

foram alcançadas algumas conclusões e interpretações, como: a teoria dos choques adversos, no sentido de que o setor externo da economia e a importação podem ser prejudicados por crises no setor externo e por guerras, por exemplo; a consideração de que a expansão das exportações foram lideradas pela industrialização, o que gerou um contraponto com a teoria dos choques adversos; a ênfase no capitalismo tardio ocorrido na América Latina; e o destaque na industrialização induzida pelo Estado, mediante políticas intencionais (PEREIRA, 2011).

A tentativa, no entanto, de construir um modelo de uma economia considerada subdesenvolvida enquanto um sistema fechado, isolando-o do contexto geral capitalista, pode ser encarado como um problema, mediante a avaliação do subdesenvolvimento enquanto modo pelo qual o capitalismo industrial atribui seu surgimento e crescimento (FURTADO, 1974, p. 98).

Ao considerar que o aumento da renda de uma dada comunidade pode implicar na diversificação do consumo e na introdução novos produtos, por exemplo, bem como gerar processos como o desenvolvimento econômico, a exploração de recursos naturais não-renováveis e a realocação de recursos em busca da especialização inserida num sistema de divisão internacional do trabalho, destaca-se que, no caso brasileiro, o aumento de renda foi resultado de uma “realocação de recursos visando à maximização de vantagens comparativas estáticas no comércio exterior” (FURTADO, 1974, p. 100), o que não significou a passagem de uma economia de subsistência para uma economia moderna, já que foi marcada por uma modernização sem o desenvolvimento econômico, demonstrando um processo industrial com contornos peculiares e, portanto, um capitalismo industrial que não necessariamente poderia ser operado nos termos das regras vigentes numa economia considerada desenvolvida (FURTADO, 1974).

O contexto brasileiro está distante das hipóteses importadas e generalizadas. O que Celso Furtado antes destacava como uma estratégia do governo brasileiro para o alcance de objetivos como o fomento e a direção do processo de concentração de renda; garantia de transparência de pessoas do setor de subsistência para os setores que são beneficiados pelo salário mínimo; o controle do diferencial entre o salário mínimo e o nível de renda do setor de subsistência; e o subsídio da exportação de bens manufaturados para reduzir a pressão dos setores que produzem bens de consumo não duráveis (FURTADO, 1974, p. 109); ressurgiu mediante debates como aqueles relacionados com a estabilidade de preços na economia brasileira.

As políticas de renda, crédito e fiscal utilizadas pelo governo brasileiro tiveram como um dos efeitos a inflação, por exemplo. Nesse sentido, os

economistas passam a analisar os instrumentos disponíveis e necessários no mercado brasileiro.

As experiências que se afastam da política convencional podem ser caras. Mas isso não significa que existam regras universais na economia ou que a visão predominante entre os economistas convencionais deva determinar a política. Caso contrário, algumas das mais importantes inovações políticas da história – por exemplo o New Deal nos Estados Unidos ou na política industrial no Leste Asiático pós-segunda Guerra Mundial – jamais teriam ocorrido (...) Economistas deveriam ser humildes ao recomendar (ou rejeitar) várias estratégias de combate à inflação (RODRIK, 2022).

Percebe-se, portanto, um questionamento acerca de qual estratégia que deverá ser adotada pelo governo, tendo alguns defensores de uma reação não automática e longe de remédio ortodoxos, desconsiderando a economia enquanto ciência de regras fixas, isto é, ela depende de fatores que não a torna uma ciência universal; caso contrário, efeitos colaterais como o desemprego estrutural, por exemplo, podem ser percebidos.

Tendo em vista a necessidade de atuação do governo, mediante a adoção de estratégias pensadas e, portanto, não automáticas, é que se destaca, ainda, a discussão relativa à subsidiariedade ou não do Estado inserido, no caso do presente estudo, no contexto atual do mercado digital e da presença das novas tecnologias.

Num cenário de inovação e introdução de tecnologias, como a tecnologia Blockchain, atores privados têm buscado concretizar um conjunto de valores na prática, através da descentralização e do aumento da autonomia, o que pode ser percebido, por exemplo, por intermédio da prática da criptomoeda.

Referidas práticas são articuladas mediante um ideal neoliberal da noção de ineficiência e incapacidade do Estado, com a normalização da ausência desse Estado e do foco na decisão individual, o que é refletido, inclusive, na esfera pessoal, podendo torna-se uma ferramenta de validação individual na rede.

O Estado compreendido por vias do princípio da subsidiariedade, torna-se um igual na relação com o setor privado, e não enquanto regulador e fiscalizador, conforme disposto no artigo 174 da CRFB/88, isto é, enquanto sujeito que tem um papel de facilitar a promoção do empreendedorismo e da inovação, estimular o crescimento econômico através de políticas públicas e garante da saúde econômica em situações de crise, por exemplo (CUNHA; SILVA, GUIMARÃES, GIMENEZ, 2022, pp. 108-109).

Sua atuação é justificada pela defesa dos direitos e garantias fundamentais, bem como do bom funcionamento do mercado, perante a defesa da concorrência, por exemplo, e mediante situações de abuso do poder econômico que, apesar de transferir para o setor privado a atividade econômica propriamente dita, por força do artigo 173 da CRFB/88, consolida um papel de regulador, fiscalizador e planejador.

4.2. Novas tecnologias e o futuro do trabalho

Diante de um contexto no qual são presenciadas e sentidas transformações tanto no sistema produtivo, quanto no sistema social, é que o futuro do trabalho e os impactos da inserção das novas tecnologias serão analisadas, com a finalidade de criar bases para a discussão acerca do papel da Teoria da Constituição enquanto locus de pensamento das decisões tomadas.

Nesse sentido, serão apresentadas duas consequências distributivas, sendo uma no âmbito pessoal de qualificação do trabalhador, e outra no campo da discriminação de gênero, todas enquanto reflexos da incorporação de novas tecnologias no mercado de trabalho.

É evidente que a busca por novas técnicas e meios de realização de determinadas atividades, assim como a criação de novos instrumentos para facilitar outras já existentes, apesar de serem introduzidas enquanto formas de redução de tempo e aumento de lucro, produtividade e qualidade dos serviços e bens produzidos, isto é, de trazerem benefícios ao setor produtivo, são capazes de desencadear uma série de reflexos negativos para uma parcela de indivíduos que já estão inseridos ou que pretendem adentrar o mercado de trabalho, dificultando ainda mais o caminho percorrido e endurecendo as barreiras enfrentadas.

Isso porque as mudanças percebidas ocorrem, por vezes, de forma acelerada em um ambiente no qual não há a preparação devida para recebê-las, em especial por falta de recursos e do difícil ou inexistente acesso dos indivíduos que possibilitem a sua “reconstrução” diante das novas demandas, o que ilustra a desigualdade entre os sujeitos e demonstra um problema não das tecnologias em si, mas das organizações tradicionais, cujo eixo orientador, segundo elucida o artigo do professor Fernando Potsch (2018), seria psicológico, isto é, inerente ao ser humano.

A não preparação e a adoção de políticas econômicas universais, desconsiderando fatores endógenos de cada contexto, são capazes de gerar efeitos colaterais, por vezes, irreversíveis e capazes de colapsar a economia e a estrutura social de um país.

Crises recorrentes no balanço de pagamentos, desemprego e inflação crônicos e persistentes, estrutura fundiária concentrada, imensa desigualdade social, baixo crescimento, entre outros problemas estruturais, passaram a indicar, cada vez mais, que a ciência econômica do mainstream não dava conta dos problemas da periferia do sistema econômico. A quebra de paradigma com a ciência normal ocorreu com a assunção fundamental da distinção centro/periferia, de uma heterogeneidade estrutural no sistema econômico, uma vez que as leis econômicas que regeriam o centro do sistema capitalista, os países avançados, são diferentes das leis que regem o comportamento das principais variáveis econômicas na periferia, como saldo comercial, inflação, desemprego, funcionamento da tecnologia, entre outros (DOMINGUES; FONSECA, 2021, p. 618).

A tecnologia alterou a forma pela qual o sujeito passou a se relacionar, não apenas com outros indivíduos, mas como ele passou a se relacionar consigo mesmo e a se dispor. Segundo a lógica da racionalidade neoliberal, a disseminação e o desenvolvimento das tecnologias podem ser encaradas como fatores causadores de mudanças nos comportamentos dos seres humanos e no modo como são interpretados e considerados.

O entendimento do que é empresa passou da esfera coletiva para ser empregado ao sujeito enquanto uma atitude; uma nova ética ser seguida, em busca da autovalorização e do empreendedorismo de si mesmo (DARDOT; LAVAL, 2016).

A inovação e a tecnologia alteraram também a lógica de operação do mercado, atribuindo aos algoritmos a caracterização como meios de produção e gerando uma premissa relacionada com o capitalismo de vigilância, no qual os indivíduos passam a ser importantes em razão do fornecimento de seus dados pessoais (CARIBÉ, 2019, p. 06); além de revelar uma nova era do conhecimento:

Os big data sugerem um conhecimento absoluto. Tudo é mensurável e quantificável. As coisas revelam suas correlações secretas, que até então estavam ocultas. Do mesmo modo, o comportamento humano também deve ser previsível. Uma nova era do conhecimento é anunciada. As correlações substituem a causalidade. O é assim mesmo substituiu o por quê. A quantificação da realidade movida a dados afasta completamente o espírito do conhecimento (HAN, 2020, p. 93)

Para além disso, a automatização, a digitalização e a inteligência artificial têm gerado mudanças no mundo do trabalho, podendo afetar, por exemplo, os resultados desse mercado, no que tange aqueles indivíduos que mantêm os empregos, quando analisada a experiência dos mesmos com a digitalização no referido mercado.

Nesse sentido, mediante a análise das consequências distributivas da mudança tecnológica, no âmbito do Reino Unido, os autores Thomas Kurer e Aina Gallego (2019) alcançaram resultados que evidenciaram que, todos os grupos ocupacionais analisados demonstraram ganhos na renda, como consequência da digitalização, porém de forma de desigual, sendo os principais beneficiários, trabalhadores altamente qualificados em empregos cognitivamente exigentes e que possuem equipamentos de qualidade para fazer uso dos benefícios oferecidos pelas novas tecnologias, isto é, a promessa das novas tecnologias parece beneficiar àqueles que já se encontram em uma posição no mercado de trabalho, em especial, aqueles de alta qualificação (GALLEGO; KURER, 2019).

Esse resultado, no entanto, apesar da incapacidade de afirmar a efetividade da sua transposição ao contexto brasileiro, tendo em vista as peculiaridades e diferenças de cada país, é capaz de demonstrar o poder das tecnologias no mercado de trabalho, bem como em relação à desigualdade e à produção de vulnerabilidade à uma maioria.

No entanto, o que tem se revelado é exatamente esse cenário, isto é, empregos que envolvem tarefas rotineiras e que demandam uma qualificação média e baixa estão sendo ameaçadas pela digitalização e pela inteligência artificial.

Os avanços tecnológicos, de modo geral, são encarados enquanto facilitadores da vida cotidiana e, do ponto de vista do empregador, fatores capazes de gerar maior lucro às empresas. Não são eles o grande “vilão” da história. O que têm ameaçado, no entanto, uma maioria da população em relação ao desemprego estrutural são os meios e os métodos utilizados; a aplicação, o direcionamento e a intenção das tecnologias.

Percebe-se mudanças em relação à estruturação das modalidades de trabalho, por exemplo. O que antes era incomum, nos dias atuais, com pandemia de COVID-19 e a consequente necessidade de readaptação, tornou-se comum, isto é, o número de teletrabalho na configuração “home-office” aumento consideravelmente no Brasil, sendo a Shell Brasil foi a pioneira no país (BARROS, SILVA, 2010).

Além do risco do desemprego, em sentido amplo, as mulheres, consideradas enquanto grupo vulnerável, encontram maior debilidade em razão da

inserção da tecnologia no mercado de trabalho e podem ser consideradas enquanto um fator de destaque em relação a esses efeitos e à desigualdade.

O risco enfrentado é diferente em relação aos países, porém estima-se que, no geral, “no setor de tecnologia, as mulheres têm uma probabilidade 15% menor do que os homens de ocuparem cargos de chefia ou elevados, e 19% mais chances de desempenharem funções administrativas ou de serviço, cumprindo tarefas mais rotineiras” (DABLA-NORRIS; KOCHHAR, 2018).

Nesse sentido, em busca de uma reversão ou, ao menos, amenização do problema, destaca-se a necessidade dos governos adotem políticas como, no caso da perspectiva de gênero, por exemplo, que busquem a eliminação de lacunas de gênero nos cargos de liderança; a eliminação da divisão digital; e a suavização da transição para os trabalhadores (DABLA-NORRIS; KOCHHAR, 2018). No entanto, referidas políticas podem correr riscos de causar efeitos ainda mais negativos se empregadas e consideradas em um sentido universal e não contextual, tendo em vista a especificidade de cada país, grandes influenciadores das políticas econômicas.

Considerações Finais

São inúmeras as teorias que se comprometem a explicar e propor conceitos na tentativa de explicar fenômenos que permeiam as sociedades ao longo dos tempos e em razão dos acontecimentos. Todas elas, portanto, buscam compreender e delimitar os problemas e as questões analisadas, sendo consideradas um arcabouço teórico para a transparência dos caminhos de um setor ou outro da sociedade e, portanto, diretrizes das políticas adotadas pelos governos das mesmas, seja a teoria elaborada por Mangabeira Unger, mediante a “economia do conhecimento”; por Stiglitz, através da “economia da informação”; ou até mesmo pelo economista Celso Furtado, quando da discussão do estruturalismo na América Latina.

Determinadas bases são importantes, bem como suas reformulações, pois demonstram, de igual modo, uma sociedade dinâmica. Desde a época do desenvolvimento da indústria, até a conhecida “revolução 4.0”, atualmente muito difundida nos âmbitos acadêmico e profissional, a sociedade – aqui englobados os indivíduos, as empresas, os relacionamentos e o próprio mercado – foram submetidos a transformações que foram capazes de gerar efeitos que ecoaram em todos os setores, seja ele econômico, seja social ou político.

A forma como o sujeito particular passou a se relacionar com os demais; com a empresa; a forma como passou a ser entendido por si e pelo outro; da relação

entre o direito e os novos campos de estudo; bem como a modo que o sujeito público passou a se relacionar e se apresentar com todos os demais; tudo isso passou a ser visto como uma reestruturação da percepção do econômico, mas também da abordagem subjetiva e social, sendo essas duas últimas, por vezes, esquecidas dos debates que buscam o questionamento das heranças neoliberais na sociedade.

Heranças essas que não são percebidas e, portanto, camufladas, como um quesito de liberdade do sujeito, mas que, na realidade, passa a depositar toda a responsabilidade e pressão no mesmo. O sujeito empreendedor de si mesmo, que deve ser o mais produtivo e o mais qualificado; sempre disposto; e adaptável, é aquele que arca com toda a responsabilidade de uma incapacidade de adaptação e rápida inserção de tecnologias; e da automatização, em razão da estrutura débil e de um modelo inapropriado para o contexto aplicável, no âmbito do trabalho, por exemplo.

O desemprego estrutural e a desigualdade de gênero no mercado de trabalho, são dois dos inúmeros exemplos contemplados em uma sociedade, cuja defesa dos moldes tradicionais e, portanto, a conservação dos benefícios de uma minoria prevalece.

O Direito, mediante as novas demandas econômicas e a reorganização do mercado, é submetido a inúmeros desafios, especialmente quando é acionado para regular e garantir todos aqueles direitos e as garantias fundamentais que lhes foram prometidas. O pensamento constitucional brasileiro, mediante uma atuação contextual, mas sem abandonar o universal, necessita se readaptar para lidar com esses desafios. Resta, no entanto, saber, de que forma poderá ser assim realizada.

Bases teóricas, seja no âmbito econômico, sociológico ou filosófico, já foram postos. A indispensabilidade da mudança já foi demarcada. No entanto, tendo em vista a dinamicidade e a velocidade das transformações, elas são insuficientes para a compreensão dos acontecimentos e das necessidades futuras. Portanto, que sejam essas teorias aplicadas à realidade brasileira, mas sempre levando em consideração quesitos históricos e sociais específicos de cada meio, de modo a tornar as ações e as políticas públicas mais eficientes e, de fato, mais apropriadas e viáveis para cada contexto.

Referências

BARROS, Alexandre Moço; SILVA, José Roberto Gomes da. Percepções dos indivíduos sobre as consequências do teletrabalho na configuração home-office: estudo de caso na Shell Brasil. Cadernos EBAPE. BR, v. 8, n. 1, Rio de Janeiro,

- mar. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/pB6bjbKsBNBdKk6VwGCbSRM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. 1ª ed. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2010.
- BOSCHI, Renato; PINHO, Carlos E. S. Crise Fiscal. Pensamento Empresarial e Financeirização no Brasil: a Desconstrução da Ordem Corporativa no Século XXI. In: GIACALONE, Rita (ed.). Pensamiento empresarial latinoamericano en el siglo XXI (Colección Pensamiento Global). Bogotá: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, 2019. p. 65-94.
- BRANDÃO, Gildo Marçal. Linhagens do pensamento político brasileiro. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2007.
- BRASIL (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 17 dez. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.
- CANÇADO, Taynara Candida Lopes; SOUZA, Rayssa Silva de; CARDOSO, Cauan Braga da Silva. Trabalhando o conceito de vulnerabilidade social. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais: população, governança e bem-estar, 19º, 2014, Brasília. Anais [...]. Belo Horizonte: ABEP, 2020, 21 p. Disponível em: http://www.abep.org.br/~abeporgb/abep.info/files/trabalhos/trabalho_completo/T C-10-45-499-410.pdf. Acesso em: 07 jan. 2022.
- CARIBÉ, João Carlos Rabello. Uma perspectiva histórica e sistêmica do capitalismo de vigilância. Revista de Inteligência Empresarial, COPPE/UFRJ, n. 41, p. 05-40 2019.
- CEPAL. Perspectivas do Comércio Internacional da América Latina e do Caribe 2020: a integração regional é a chave para a recuperação após a crise. Santiago: CEPAL, 2021. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/46627-perspectivas-comercio-internacional-america-latina-caribe-2020-integracao>. Acesso em: 30 ago. 2021.
- CUNHA, Narrayra Granier; SILVA, João Paulo Moreira; GUIMARÃES, Liliane de Oliveira; GIMENEZ, Fernando Antonio Prado. Effects of support from innovation and development agencies: a case study on companies 105 awarded by Tecnova 13/2013 – FAPEMIG. Desenvolvimento em Debate, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2022, pp. 105-133. Disponível em: https://inctpped.ie.ufrj.br/desenvolvimentoemdebate/pdf/revista_dd_v_10_n_1.pdf. Acesso em: 06 jun. 2022.

CYPHER, James Martín. As Origens da teoria desenvolvimentista: a economia política empiricamente baseada e historicamente contextualizada de Furtado. *Revista de Economia*: Editora UFPR, [s.l], Paraná, v. 40, n. 3 (ano 38), p. 07-27, set./dez. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/economia/article/view/42923/27857>. Acesso em: 28 ago. 2021.

DABLA-NORRIS, Era; KOCHHAR, Kalpana. As mulheres, a tecnologia e o futuro do trabalho. *International Monetary Found*, [s.l], 19 nov. 2018. Disponível em: <https://www.imf.org/pt/News/Articles/2018/11/19/blog-Women-Technology-the-Future-of-Work>. Acesso em: 12 out. 2021.

DOMINGUES, Fabian Scholze; FONSECA, Pedro Cezar Dutra. O método estruturalista: a economia reconhece seus limites. *Nova Economia*, v. 31, n. 2, p. 613-636 2021. Disponível: <https://www.scielo.br/j/neco/a/RBJDGYPj6xV6G9vHqPZkgqv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 09 dez. 2021.

FURTADO, Celso. O mito do desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S.A.; São Paulo: Círculo do Livro, 1974.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 34ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GIACALONE, Rita. El pensamiento empresarial latinoamericano en el siglo XXI: cambios, continuidades y consecuencias para el campo de estudio. In: GIACALONE, Rita (ed.). *Pensamiento empresarial latinoamericano en el siglo XXI (Colección Pensamiento Global)*. Bogotá: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, 2019. p. 15-43, 2019.

GRAGLIA, Marcelo Augusto Vieira; LAZZARESCHI, Noêmia. A Indústria 4.0 e o futuro do trabalho: tensões e perspectivas. *Revista Brasileira de Sociologia*, [s.l], v. 06, n. 14, p. 110-151, set./dez. 2018. Disponível em: <https://rbs.sbsociologia.com.br/index.php/rbs/article/view/424>. Acesso em: 27 ago. 2021.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2020.

HERSCOVICI, Alain. Capitalismo imaterial: Elementos para uma análise (socio)econômica. *Novos Estudos*, [s.l], v. 34, n. 2, ed. 102, jul. 2015. DOI: <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201500020008>. Disponível em: <http://novosestudos.com.br/produto/edicao-102/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

HERSCOVICI, Alain. Redes eletrônicas e economia digital: economia da dádiva ou novas estratégias concorrenciais?. In: *ENCONTRO ANUAL DA COMPÓS*, 17º, 2008, São Paulo. *Anais Eletrônicos [...]*. Campinas, Galoá, 2008. Disponível

em: <https://proceedings.science/compos-2008/papers/redes-eletronicas-e-economia-digital--economia-da-dadiva-ou-novas-estrategias-concorrenciais>.

Acesso em: 26 ago. 2021.

KURER, Thomas; GALLEGO, Aina. Distributional Consequences of Technological Change: Worker-Level Evidence. *Research and Politics*, [s.l.], v.6, n.1, p.01-09, jan./mar. 2019. DOI: 10.1177/2053168018822142. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2053168018822142>. Acesso em: 29 ago. 2021.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Cultura política brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, n. 36, ago., p. 4-19 2017.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Por que pensamento e não teoria? A imaginação político-social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970). *Revista Dados, Rio de Janeiro*, v. 56, n.4, out./dez., 2013.

MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público x setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

PEREIRA, José Maria Dias. Uma breve história do desenvolvimentismo no Brasil. *Caderno do Desenvolvimento, Rio de Janeiro*, v. 6, n. 9, p. 121-141, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.cadernosdodesenvolvimento.org.br/ojs-2.4.8/index.php/cdes/article/view/223/206>. Acesso em: 15 ago. 2021.

POTSCH, Fernando. O problema das organizações tradicionais não é tecnológico, mas psicológico! *Revista Inteligência Empresarial, Rio de Janeiro*, v. 41, p. 28-32 2019. Disponível em: <https://inteligenciaempresarial.emnuvens.com.br/rie/article/view/23>. Acesso em: 11 ago. 2021.

RODRIK, Dani. Heresias da Inflação. *Project Syndicate: the world's opinion page*, [s.l.], Tradução: Anna Maria Dalle Luche, 11 jan. 2022. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/correct-policies-to-fight-inflation-depend-on-context-by-dani-rodrik-2022-01/portuguese>. Acesso em: 12 jan. 2022.

SERNA, Miguel; BARBERO-PORTELA, Marcia. La discriminación de género en las carreras empresariales: entre la negación y la culpabilización de las mujeres uruguayas. In: GIACALONE, Rita (ed.). *Pensamiento empresarial latinoamericano en el siglo XXI (Colección Pensamiento Global)*. Bogotá: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, 2019. pp. 123-151, 2019.

STIGLITZ, Joseph E. Information and the change in the paradigm in economics. In: PRÊMIO NOBEL, 2001, Nova York, Palestra do Prêmio Nobel. Prize lecture [...]. Nova York, Columbia Business School, 2001, p. 472-540. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2001/stiglitz/lecture/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

TESSARINI, Geraldo; SALTORATO, Patrícia. Impactos da Indústria 4.0 na Organização do Trabalho: uma revisão sistemática da literatura. *Revista Produção Online*, Florianópolis, SC, v. 18, n. 2, p. 743-769 2018. DOI: <https://doi.org/10.14488/1676-1901.v18i2.2967>. Disponível em: <https://producaoonline.org.br/rpo/article/view/2967>. Acesso em: 13 ago. 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. *A Economia do Conhecimento*. São Paulo: Autonomia Literária, 2018. Disponível em: <http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2018/11/ECONOMIA-DO-CONHECIMENTO.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. Um anexo: a história universal do pensamento jurídico. In: UNGER, Roberto Mangabeira. *O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior*. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento (Casa do Direito), 2017, p. 221-282. Disponível em: <http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2019/11/UNGER-Roberto-Mangabeira-O-Movimento-de-Estudos-Cri%CC%81ticos.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Necessidades falsas: introdução a uma teoria social antideterminista a serviço da democracia radical*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2005.

**PARTE IV - REGRA SOBRE REGRA,
PRECEITO SOBRE PRECEITO... SEGUE O
JUDICIÁRIO**

12 O JUDICIÁRIO BRASILEIRO: DA ANÁLISE DA IDEIA DE INTERPRETAÇÃO FINAL DO TEXTO CONSTITUCIONAL À LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Fernando Luis de Assis Oliveira Barbosa¹
Jackson Quitete dos Santos²

Sumário: Introdução; 1 Judiciário brasileiro: forma de acesso e composição; 2. Da realidade complexa; 3. Do Constitucionalismo popular como alternativa ao protagonismo conferido ao Poder Judiciário; 4 Considerações finais; Referências

Introdução

Há quem sustente um déficit democrático no judiciário em razão do exercício do seu múnus não decorrer da escolha popular. No entanto, outros entendem que é desejável que o acesso ao Judiciário não decorra de voto popular de forma proposital já que este é desenhado constitucionalmente para ser contramajoritário.

A compreensão do problema da falta de legitimidade da corte constitucional, por ser multifacetado, passa por enfrentar alguns questionamentos: Quem pode interpretar o texto constitucional? Interpretação constitucional é atividade exclusivamente jurisdicional? O constitucionalismo popular é a chave epistemológica adequada para a abordagem do tema? A legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal é fruto do processo de escolha de seus membros? O cerne do problema está na parte final da cadeia, representada pela composição e as deliberações levadas a efeito pela corte constitucional? O problema é anterior? Estaria nas bases que possibilitaram que a corte que, a partir da República, até o ano de 2014, tivesse apenas 3 (três) mulheres dentre os 165 (cento e sessenta e cinco) ministros que integraram seus quadros (MELLO FILHO, 2014, p. 28), por exemplo? E, ainda, no fato de mais de 133 anos da abolição formal da escravidão negra no Brasil, pretos e pardos ainda hoje estarem sub-representados nesse poder? No contexto atual, no Brasil, podemos afirmar que existe um pacto

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa; Especialista em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes; Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil; Advogado; fernandobarbosa@id.uff.br

² Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Pós-graduado (lato sensu) em Direito Público pela Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Brasil; Pós-graduando (lato sensu) em Criminologia e Direito Penal – Intocrim, Curitiba, Paraná, Brasil; Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil; Servidor Público no Estado do Rio de Janeiro; jacksonquitete@id.uff.br.

democrático inconcluso? A crise é de representação do Supremo Tribunal Federal ou da própria democracia? É possível vislumbrar uma proposta de solução para a situação abordada? É possível falar em democracia sem igualdade racial?

No Brasil, de modo geral, tem se sustentado que ao Judiciário cabe a interpretação das leis e a aferição da sua compatibilidade com a Carta Política de 1988. É anunciado, portanto, que o múnus de interpretação do texto constitucional é exclusividade do Judiciário, responsável pela última palavra em sede controle de constitucionalidade. A interpretação constitucional, entretanto, não toca exclusivamente aos órgãos jurisdicionais (HÄBERLE, 2014).

Referindo-se às expectativas em torno das atividades das cortes constitucionais Hubner Mendes (2013, p. 1) afirma que:

A representação de juízes raramente é mundana. Não admira porque isso acontece. Ao contrário dos legisladores, que precisam desempenhar a tarefa tão humana de representar interesses e negociar acordos mútuos em nome da autogestão coletiva, carregamos os ombros judiciais com um ideal político mais misterioso, a saber, o “Estado de Direito, não de homens.” Quando se trata de tribunais constitucionais, o fardo fica mais pesado e as imagens e ideais que os acompanham, mais hiperbólicos. Como instituição encarregada de assegurar a supremacia constitucional e, em última análise, verificar a constitucionalidade das escolhas políticas ordinárias, é vista como o bastião de direitos e o lastro contra os perigos da opressão da maioria. Num cenário de desconfiança da política eleitoral, tornaram-se vedetes dentro de alguns círculos de movimentos de libertação e de lutas pela emancipação. 1 Isso não aconteceu sempre devido ao que os tribunais realmente fizeram, mas frequentemente devido ao que se espera que eles façam. ³

³ No original “The representation of judges is rarely mundane. No wonder why this is so. Unlike legislators, which need to perform the all-too-human task of representing interests and negotiating mutual agreements in the name of collective self-government, we load the judicial shoulders with a more mysterious political ideal, namely, the “rule of law, not of men.” When it comes to constitutional courts, the burden gets heavier and the accompanying images and ideals more hyperbolic. As the institution in charge of assuring constitutional supremacy and ultimately checking the constitutionality of ordinary political choices, it is seen as the bastion of rights and the ballast against the dangers of majority oppression. Against a backdrop of mistrust of electoral politics, they became the vedettes inside some circles of liberation movements and of struggles for emancipation. 1 This has happened not always because of what courts have actually done, but often for what they are expected to do”.

1. Judiciário: forma de acesso e composição

A investidura no cargo de Juiz no Brasil, como regra, ocorre através de concurso público. Isso porque, no primeiro grau de jurisdição, o acesso se dá exclusivamente por meio de concurso público.

De outra parte, nos tribunais, o ingresso mescla magistrados de carreiras e indicados pelo executivo, observados determinados requisitos estabelecidos no texto constitucional. No tocante aos tribunais superiores, os cargos são preenchidos exclusivamente por meio da nomeação de cidadãos que observam determinados requisitos descritos pela Carta Política.

O modelo de ingresso no Judiciário adotado pelo Brasil não é seguido sequer por todos os países americanos. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, os Juízes são eleitos para o desempenho das funções por mandatos. Entretanto, a opção pelo modelo de ingresso no Judiciário no Brasil gera um questionamento acerca da legitimidade desse poder, já que, se os chefes do Poder Executivo e os representantes do Poder Legislativo são eleitos pelo voto popular, o que não se verifica no Judiciário.

No que diz respeito à composição do Poder Judiciário brasileiro, este é formado majoritariamente por homens brancos, como regra, dos mesmos estratos sociais como revela pesquisa recentemente pelo (CNJ, 2021.p.118), que corrobora investigações feitas anteriormente que sinalizam que grande parcela dos juízes possui parentes no meio jurídico, inclusive na magistratura (FREITAS, 2019).

O autor (FREITAS, 2019, p. 40), sobre o Poder Judiciário, esclarece:

Vige nesse campo um perverso modelo de transmissão intergeracional de vantagens sociais para as pessoas que já estão inseridas no círculo de poder. É muito comum que determinadas famílias monopolizem por décadas a produção de saber jurídico numa determinada área, quase que reservando para seus descendentes posições de poder que serão exercidas como verdadeiras “capitanias hereditárias”. Basta olhar os sobrenomes dos advogados, juízes e promotores que se encontram dezenas de “coincidências” que revelam os trânsitos entre as diferentes instâncias do governo da Justiça no país

Em seguida, aponta dados do Censo demográfico do Poder Judiciário de 2018 (FREITAS, 2019, p. 40), que estabelece:

A maioria dos magistrados brasileiros tem origem nos estratos sociais mais altos, sendo que 51% deles têm o pai com ensino superior completo ou mais, e 42% com a mãe na mesma faixa de escolaridade. Quanto mais recente é o ingresso na carreira, maior é a proporção de magistrados com pais com ensino superior completo ou mais; a grande maioria dos magistrados casados tem cônjuge com ensino superior completo ou mais e um quinto dos magistrados têm familiares na carreira. [...] Quanto maior a posição na hierarquia da carreira, maior a proporção dos que têm familiares na magistratura: 14% entre os juízes substitutos, 20% entre os juízes titulares e 30% entre os desembargadores. Entre os que declararam ter familiares na carreira (1.887 magistrados), 33% têm pai ou mãe magistrada; 24%, irmãos; 29%, tios; 10%, cônjuge; 9%, avós e 4%, filhos. Pouco mais da metade dos magistrados tem familiares em outras carreiras do direito (51%), sendo que quanto mais antigo o ingresso na carreira, maior é esse percentual. A principal carreira é a advocacia privada (79%), seguida do Ministério Público (20%) e da advocacia pública (16%).

Mas o que justifica um perfil de Juízes tão pouco diverso e distante do perfil étnico racial da maioria da população brasileira, já que segundo o IBGE (2019)⁴ a população brasileira é composta por 56,2% de negros?

A resposta a essa pergunta passa necessariamente pelos mais de trezentos anos de escravidão do contingente negro no Brasil, o destino reservado à população negra após à abolição formal (FERNANDES,2018) e o racismo (ALMEIDA, 2019), que estrutura a sociedade e as instituições brasileiras, incluído o Poder Judiciário.

Sobre o racismo, (ALMEIDA, 2019, p.26) ensina:

Dito de modo mais direto: as instituições são racistas porque a sociedade é racista. Esta frase aparentemente óbvia tem uma série de implicações. A primeira é a de que, se há instituições cujos padrões de funcionamento redundam em regras que privilegiem determinados grupos raciais, é porque o racismo é parte da ordem social. Não é algo criado pela instituição, mas é por ela reproduzido. Mas que fique a ressalva já feita: a estrutura social é constituída por inúmeros conflitos – de classe, raciais, sexuais,

⁴ <https://educa.ibge.gov.br/jovens/comheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html> O Censo feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2019 revelou que população preta no Brasil é composta de 9,4 por cento de pretos e 46,8 por cento de pardos, sendo certo que a população Negra de acordo com o Estatuto da igualdade racial é a soma de pretos e pardos tem-se que negros são 56,2 da população brasileira.

etc. –, o que significa que as instituições também podem atuar de maneira conflituosa, posicionando-se dentro do conflito. Em uma sociedade em que o racismo está presente na vida cotidiana, as instituições que não tratarem de maneira ativa e como um problema a desigualdade racial irão facilmente reproduzir as práticas racistas já tidas como “normais” em toda a sociedade.

Em relação à abolição formal da escravidão negra, o Estado brasileiro, que fomentou a escravidão e desumanização do contingente negro, não construiu políticas públicas voltadas à absorção dessa população ao novel mercado de trabalho remunerado (FERNANDES, 2018), tendo feito a opção da importação de mão de obra branca europeia, como parte do projeto de embranquecimento da população brasileira. Assim, à população negra - lançada à própria sorte- restaram a mendicância; “vadiagem”, a “capoeiragem” e a subalternidade.

Sobre o ponto, (VALE, 2021, p. 9) assevera:

Nesse quadro, a política de imigração se destinou a atrair para o país imigrantes europeus, considerados mais aptos para o regime de trabalho livre que se implantava do que os trabalhadores negros e mestiços que compunham a população da recém-criada República, servindo a fomentar gestão política de embranquecimento/branqueamento da população, amparada em teses científicas eugenistas e desqualificadoras da população negra. Assim, a ocupação majoritária do branco imigrante no mundo do trabalho assalariado acabou por destinar à população não-branca ocupações subalternas, não valorizadas, não protegidas, precárias e informais.

Não obstante o volume populacional negro e mestiço brasileiro, projetando o que especulavam que o Brasil seria ou como deveria ser, as elites dominantes do Estado industrial e capitalista incipiente puseram em pauta estatal política imigratória para trabalho no campo e na indústria, fomentando ocupação de terras e aquisição de propriedades a imigrantes europeus, a estes concedendo trabalho e possibilidade de obtenção de renda. Citem-se, exemplificativamente, as formações de núcleos coloniais financiados e incentivados pelo governo, colônias de parceria para trabalho de imigrantes em lavoura, e a subvenção de parte dos custos da vinda de imigrantes pelos governos. Em paralelo, não se tem notícia de políticas públicas que permitissem iguais acessos a trabalho e terras à população negra da época, ou mesmo destinada à absorção dos negros livres em formas de trabalho assalariado, limitando ou obstando, conseqüentemente,

reprodução social digna da população negra brasileira. Ao revés, exemplificativamente, a Lei de Terras, de 1850 (Lei n. 601/1850), instituiu o direito de propriedade por meio da compra ou concessão, afastando a possibilidade de aquisição de propriedade pela posse, o que beneficiaria indígenas e comunidades quilombolas.

No que tange às razões que justifiquem os piores índices de escolarização à população negra (VALE, 2021, p. 9) assevera:

Além disso, cabe demarcar que a história de acesso da população negra à educação é atravessada pela interdição, cabendo mencionar que o Decreto n. 7.031 de 06 de setembro de 1878 somente autorizava matrículas em sistemas de educação para negros do sexo masculino, maiores de 14 anos livres ou libertos, saudáveis e vacinados e em período noturno. Merece destaque também que a ampliação de escolas públicas no Brasil data da década de 70 e se associa a reivindicações do Movimento Negro Unificado e, ainda, que somente com a Lei n. 10.639, de 09 de janeiro de 2003, a história da cultura negra do Brasil passou a compor eixo temático no currículo oficial, bem assim que é de 2012 o julgamento da ADPF n. 186 pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a constitucionalidade de ações afirmativas para reserva de vagas a pessoas negras mediante cotas em universidades

De outra parte, em se tratando de cargos de destaque, prestígio e poder como os cargos de chefia e os de representação política trazidos pela pesquisa da supracitada, a população negra é minoria quando não ausente. No poder Judiciário, objeto do presente artigo, negros são aproximadamente 18% (dezoito por cento) dos juízes (CNJ, 2021, p.15) e no Supremo Tribunal Federal, mais alta corte do país, não existem ministros negros e, a título meramente ilustrativo, de onze ministros, apenas duas são mulheres.

Assim, baseado nesse cenário de latente desigualdade racial e inspirado na lei nº 12990/14, que estabeleceu ações afirmativas no Serviço Público Federal, o Conselho Nacional de Justiça, editou a Resolução nº 203, de 23 de junho de 2015, estabelecendo cotas raciais no âmbito do Poder Judiciário. O estabelecimento das referidas cotas, nos termos da Resolução, previu a reserva do percentual mínimo de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal dos órgãos do Poder Judiciário

e de ingresso na magistratura dos órgãos enumerados no art. 92, III, IV, VI e VII da Constituição.

No entanto, pesquisas acompanhadas pelo (CNJ, 2021, p. 15) revelaram que há pouca efetividade em somente reservar vagas nesse tipo de certame.

Em 2020, a Justiça Federal recebeu atenção com foco nesse tema a partir das análises feitas em dissertação de mestrado apresentada à Escola Nacional de Administração Pública – ENAP4. A pesquisa apresentou dados de concursos realizados pelos Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões. A pesquisadora elencou métodos quantitativos e qualitativos para coleta de dados e analisou quatro editais (um de cada TRF) com o objetivo de verificar as regras e condições em que os concursos foram realizados. Dessa forma, são apresentadas as etapas de realização de cada certame e dos resultados de cada fase. No estudo, constata-se que, entre os anos de 2016 a 2019, nenhum(a) candidato(a) negro(a) foi aprovado(a), pela reserva de vagas, nos certames realizados. Apenas um candidato que se autodeclarava negro foi aprovado para atuar no TRF4; porém, constou que sua aprovação se deu no âmbito das vagas de ampla concorrência, pois obteve nota maior que de outros concorrentes.

Com efeito, mesmo após anos da legislação que estabeleceu de cotas no Poder Judiciário, as vagas destinadas aos negros seguem ociosas ou sendo ocupadas por negros que acessariam à magistratura a despeito das reservas de vagas, o que sinaliza que somente reservar vagas nesse tipo de certame, revela-se uma medida pouco efetiva.

Ademais, apesar de a vigência da Resolução que estabeleceu cotas raciais no âmbito do Poder Judiciário sinalizar uma tentativa de enfrentamento do racismo estrutural e institucional (ALMEIDA, 2018) que obsta o acesso de negros aos cargos de juízes, a estimativa da citada pesquisa realizada pelo CNJ aponta que a equidade racial no Poder Judiciário somente será atingida entre 2056 a 2059.

Parte da solução passa pelo enfrentamento do problema apontado por FREITAS (2019, p. 41) “O “mundo jurídico” compôs-se de modo bastante seletivo e excludente em relação a mulheres e homens negros, que também restaram alijados das posições estratégicas do sistema de justiça e pouco puderam contribuir com a formação do pensamento jurídico nacional.”, porque:

O direito não apenas tem se mostrado pouco produtivo no tratamento de questões – individuais e coletivas – de

discriminação, mas também tem confirmado o modelo racial voltado ao extermínio, reiterando o discurso da igualdade universalista enquanto, na prática, omite-se diante das realidades de injustiça e de reiteração de contextos de desigualdades e violência. Como destacam Ana Farranha, Evandro Piza e Marcos Queiroz:

A tutela penal fragmentária de atos de discriminação ou de controle sobre discursos é impotente diante da permanência da exclusão sistemática, o que não elide a distinção entre responsabilidade do agente e a injustiça provocada pelas estruturas sociais. De qualquer modo, a justificação para a existência do racismo, como se disse, não pode ser buscada na maldade humana ou na atitude individual isolada, sua fonte são relações de poder, nutridas seguramente pela ignorância. Porém, a ignorância social somente subsiste quando ela encontra pontos de apoio numa apreensão dinâmica e prática da realidade. As ideologias da inferioridade racial necessitam tocar na realidade e construí-la a seu modo para que possam ser aceitas³⁴. (FREITAS, 2019, p. 47)

Ter em mente que existe uma realidade complexa, que tem por marca a exclusão de parte significativa da população do contingente de cidadãos e que, em algum momento, seja em virtude da polarização política, seja pela corrosão das relações estabelecidas com as diferentes esferas de poder e que, tal esgarçamento haveria de ter por resultado esperado uma crise de representatividade, em especial do Poder Judiciário.

E, ainda, a diagnosticada desigualdade racial presente no Poder Judiciário, questiona-se o nível de democracia que é possível ter em sociedades de desigualdades raciais sistêmicas.

2. Da realidade complexa

A análise proposta não pode ser feita de forma que não contemple o cotejamento da realidade fática, num plano estritamente abstrato, considerando-se a miríade de abordagens possíveis para a discussão e também dos fatores externos por vezes deixados à margem das análises sobre deliberação constitucional, que impactam, de maneira determinante, os juízos alcançados.

A ortodoxia trabalha com conceitos dotados de alto grau de abstração ou polissêmicos. Conceitos como estado democrático de direito, interesse comum, liberdade e até mesmo democracia; conceitos esses que, ao sabor das

circunstâncias, podem passar por processo de mutação constitucional e terem seu conteúdo completamente “ressignificado”.

Se calcada a análise nos autores tradicionais, como, por exemplo (UBRINATI, 2014, p. 2), concluímos que vivemos em uma sociedade democrática, posto que dispomos de eleições livres, competição entre diferentes partidos e espectros políticos, além de temos instituições com atribuições próprias e que funcionam num certo grau de normalidade.

No caso de a análise levar em consideração o grau de efetivação dos objetivos constitucionais expressos pelo art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, pode-se verificar, sem maior esforço, que não há horizonte de concretização dos valores constitucionais para parte significativa da população. Permitimo-nos afirmar que vivemos uma promessa não cumprida de democracia (GERSCHMAN, 2004, pp. 34-35).

No entanto, no Brasil, nos momentos de maior acirramento das contradições, há uma homogeneização do discurso político, o que induziria a pensar na existência de acordos políticos entre forças conflitantes quando, em verdade se ia exatamente do contrário. O discurso progressista das elites conservadoras não encontra nenhuma correspondência com a sua conhecida atuação política: ocupação direta de postos-chave da máquina estatal, negociações econômicas sofisticadas, tecnocrática, compra de votos, transformações substantivas do Estado brasileiro (BELLO & BERCOVICI, 2019, p. 1771). Tais procedimentos, visceralmente opostos à democracia, se fazem em nome da mesma, convivem com reformas parciais e só vêm à tona por meio de grandes escândalos públicos, onde accountability é somente uma consequência forçada à qual os governantes são compelidos pela via dos fatos.

Assim, a Nova República, não nas intenções, mas nos resultados, produziu uma paralisação na construção das instituições e procedimentos democráticos, questões fundamentais para que seja possível passar da transição para a consolidação da democracia. Em outras palavras, para que o peso da modalidade autoritária, clientelística e patrimonialista da atuação política do Estado brasileiro, incrementada ainda pelo exercício da política dominante do regime autoritário, não se constitua na determinação principal que impeça a criação de instituições e procedimentos democráticos que possibilitem o exercício permanente ou a reprodução da democracia, é preciso considerar algumas questões.

A principal questão é que, diferentemente do momento da transição, a consolidação da democracia requer a constituição de um regime democrático. Os princípios criados por Dahl (1979) como os procedural minimum – voto secreto, sufrágio universal, eleições regulares, competição partidária, liberdade de

associação, transparência do executivo – são necessários, mas não suficientes para garantir que não se retroceda a uma situação anterior ou para afiançar uma democracia capaz de se reproduzir. Trata-se de procedimentos mínimos sem os quais não poderia haver democracia ou poliarquia, como ele a denominou, mas, ainda que sejam imprescindíveis para eleger governos democráticos, não garantem per se regimes democráticos.

A questão da legitimidade ou sua falta, a nosso ver, não se limita à ausência de eleições dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Um ponto a ser destacado refere-se à seletividade do próprio sistema de justiça, conforme destaca FREITAS (2019, p. 52):

Por fim, temos ainda a questão específica da aplicação das penas, em que atestamos também um significativo vetor de encarceramento. Os estudos sobre o tempo médio das penas judicialmente aplicadas revelam que ao longo dos anos verifica-se um significativo aumento da severidade das condenações, em especial a partir dos anos 1990, quando, de modo mais decisivo, o país adere à política de encarceramento em massa no âmbito da narrativa da guerra às drogas.

Trata-se aqui da opção político-criminal dos juízes, desembargadores e ministros dos Tribunais Superiores por avocar para o Poder Judiciário uma certa função moderadora dos conflitos sociais, intensificando a intervenção pública em problemas de natureza social por meio da estratégia do incremento punitivo. Tal expediente é típico de sociedades marcadas pelo que a criminologia denominou de populismo penal e, no caso brasileiro, volta-se contra os negros como grupo preferencial das práticas de controle físico e moral ao longo de toda a história do país.

Nos três exemplos, ressalta-se o peso do subjetivismo dos juízes tanto no alargamento das malhas do punitivismo quanto na intensificação da seletividade alimentada pelos estereótipos e estigmas que são produzidos e disseminados na sociedade. Tais dispositivos tornam-se possíveis porque na prática o racismo funciona como uma “metarregra interpretativa da seletividade”⁴³ que articula, justifica e operacionaliza todo o sistema punitivo, tornando tangíveis as práticas de extermínio e violência de Estado contra negras e negros.

Destaque-se que, conforme apontado pelo autor supracitado, a estrutura de poder, inclusive os mecanismos desenhados no sentido de possibilitarem a participação de um grupo específico, em detrimento dos demais, tem como traço

característico a exclusão de grupos atualmente denominados minoritários, os quais são assim chamados não necessariamente pelo número de pessoas que a eles pertencem, mas por sua escassa representação nos espaços decisórios. As estruturas de poder, em especial a partir da Proclamação da República impediram, inclusive, o alcance da cidadania burguesa por grande parte da sociedade brasileira, concentrando o poder na mão de certas famílias (NOBRE M. C., 2017).

Ao analisar as origens familiares, as narrativas genealógicas, os valores profissionais, sociais e políticos de membros do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, (OLIVEIRA R. C., 2018), apontou em suas conclusões:

Podemos observar a importância da hereditariedade, das relações de parentesco, das genealogias e das redes sociais e profissionais nos atores investigados. Os emergentes, os “parvenus”, que ainda não possuíam as redes familiares no campo político-jurídico, passam a formá-las, assim que sobem nas carreiras e nos cargos de poder, reproduzindo o comportamento e as estruturas dos estabelecidos. Concluímos com as mesmas observações ao finalizarmos a nossa tese de doutorado e o livro “O Silêncio dos Vencedores”. Como instituições pré-modernas e estruturas familiares, com origens culturais muitas vezes no passado, cooptam novas famílias emergentes no seu ethos e práticas políticas, representando a continuidade do arcaico sob falsas roupagens do novo, para preservarem o status quo e a desigualdade da velha ordem social. Tal como no poder executivo e no legislativo, só entenderemos o judiciário e suas indicações políticas, suas preferências ideológicas, suas orientações e suas práticas político-jurídicas, conhecendo também as suas unidades familiares e genealógicas de poder. Assim caminha a “República do Nepotismo”.

Verifica-se que a ocupação de espaços de poder, inclusive os submetidos ao sufrágio universal, opera numa lógica quase que sucessória, de direitos hereditários (OLIVEIRA, GOULART, VANALI, & MONTEIRO, 2017). A relação entre parentesco e poder político tem sido evidenciada em vários meios de comunicação. No levantamento da revista Congresso em Foco, de julho de 2017, de Edson Sardinha e com entrevistas dos professores Ricardo Costa de Oliveira e José Marciano Monteiro, a análise aponta que a presença das atuais famílias políticas no Congresso Nacional é ainda maior do que nas legislaturas anteriores. Pelo menos 319 deputados (62% do total da Câmara dos Deputados) e 59 senadores (73% do total de representantes do Senado Federal) têm vínculos de parentesco

com políticos, de modo que atualmente quase dois terços dos deputados federais e três quartos dos senadores pertencem às famílias políticas, muitas conhecidas nacionalmente há várias décadas e algumas há séculos² no poder legislativo (SARDINHA, 2017).

Oliveira (2001; 2012) chama a atenção de forma substancial para a capacidade de adaptação dos grupos familiares às transformações sociais, o que permite sua continuidade, tanto do ponto de vista econômico quanto político. O continuísmo de certos grupos familiares na ocupação de cargos políticos, eletivos ou não, sobreleva a reprodução de relações desiguais na sociedade brasileira, assim como se assentam, por outro lado, bases firmadas em redes de proteção entre os grupos dominantes.

Não nos dedicaremos, nesta oportunidade, a buscar fazer uma análise do histórico familiar dos ministros do Supremo Tribunal Federal, dado o singelo objetivo da discussão proposta e o seu caráter escorreito.

É fundamental, no que tange à avaliação dos processos deliberativos verificados no âmbito político e no âmbito da corte constitucional, que sejam fixados parâmetros e critérios que permitam ao analista buscar avaliar seu conteúdo. Entendemos, também, ser fundamental saber quem são os agentes do processo deliberativo; como instrumental para uma melhor compreensão do contexto em que estas se dão.

Não parece viável questionarmos os processos deliberativos, quando os que deles tomam parte e os conduzem nada mais fazem do que trabalhar para manter inalterado um estado de coisas ou defender os mesmos interesses de seus antepassados. Neste sentido já disse GARAGRELLA (2019, p. 96)⁵:

O que tende a resultar daí, como veremos, não são simplesmente reformas incompletas que não terminam por expandir a liberdade política da maneira adequada. O resultado final, antes, nos remete a reformas que conspiram contra si mesmas, porque as liberdades que se pretende expandir a partir da área de direitos

⁵ No original: “Lo que tiende a resultar de allí, según veremos, no son, simplemente, reformas incompletas, que no terminan de expandir la libertad política del modo adecuado. El resultado final nos refiere, más bien, a reformas que conspiran contra sí mismas, porque las libertades que se pretenden expandir desde el área de los derechos terminan siendo puestas en crisis, sino directamente cercenadas, desde la organización del poder, que tiende a permanecer básicamente intacta, y conforme a las pautas definidas en el siglo XIX. Esto es, la matriz del poder definida en el siglo XIX se mantiene en su esencia intocada, por lo cual la organización política limitadora de libertades, concentradora del poder, verticalista, hiper presidencialista, organizada desde mediados del siglo XIX, se convierte de inmediato en una de las peores amenazas sobre la pretensión de expandir libertades, que ha solido impulsar a los movimientos reformistas. Lo que es peor: se trata de una amenaza que proviene desde el propio corazón de la Constitución.”

terminam por ser colocadas em crise, quando não diretamente cerceadas da organização de poder, que tende a permanecer basicamente intacta, e em conformidade com as diretrizes definidas no século XIX. Ou seja, a matriz de poder definida no século XIX permanece em sua essência intocada, razão pela qual a organização política que restringe liberdades, concentradora do poder, verticalista, hiperpresidencialista, organizada desde meados do século XIX, torna-se imediatamente uma das piores ameaças à reivindicação de expansão de liberdades, que tendem a impulsionar movimentos reformistas. O que é pior: é uma ameaça que vem do coração da própria Constituição.

Poderíamos, sim, falar de um verdadeiro dirigismo constitucional, mas não aquele que decorre da aplicação das disposições constitucionais, mas aquele que é fruto da atuação dos mesmos grupos de influência e poder e que, dispostos a fazer concessões de ordem mínima, continuam a ditar os rumos da sociedade.

O contexto no qual toma força a discussão em torno da falta de legitimidade das cortes constitucionais, por complexo que é, deve ser analisado sob novos prismas. Uma das análises pouco discutidas é a que também é apontada por (BELLO; BERCOVICI, 2019, p. 1780):

O termo juristocracia decorre da obra de Ran Hirschl, e já se encontra razoavelmente assimilado no Brasil, na forma integrante da crítica que se faz ao poder judiciário e seus membros, notadamente após 1988. De forma crescente, a ocupação pelo poder judiciário de espaços e sentidos políticos tem transformado a constituição no que este poder quer entender por constituição. Assim, um cínico realismo transformou a supremacia da constituição em supremacia das cortes constitucionais. Hirschl vai ao núcleo para sua definição das razões que movem a juristocracia à ação política, porém com nítidos disfarces de aplicação da lei; o que faz nos seguintes termos: (...).⁶

Ao deslocarmos a discussão da questão racial para o centro do debate, procuramos dar uma parcela de contribuição para a elucidação da questão posta. Via de regra, as análises empreendidas não consideram a questão apontada como

⁶ Judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed. I believe that constitutionalization of rights and the fortification of judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasing threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests (Hirschl, 2004, p. 49, apud BELLO; BERCOVICI, 2019, p. 1781)

relevante para a discussão; todavia, sem esta, não há como se identificar corretamente as facetas do problema.

3. Desafios na implantação do ato administrativo informático

A construção da ideia de que o Poder Judiciário é o intérprete final do texto Constitucional é oriunda do neoconstitucionalismo, que surge na Europa após a Segunda Guerra Mundial.

O neoconstitucionalismo inaugurou a noção do Poder Judiciário como intérprete último do Texto Constituição, inclusive com a missão de retirar do ordenamento jurídico leis em dissonância com a mesma.

A vertente neoconstitucional, marcada notadamente pelo protagonismo interpretativo do texto Constitucional pelo Poder Judiciário, faz-se presente não somente em países como Estados Unidos da América no qual os Juízes são eleitos pelo voto popular, como também no Brasil onde o acesso aos referidos cargos opera-se através da nomeação dos membros do Poder Executivo.

No entanto, mesmo em países onde o Judiciário é eleito pelo voto popular e o debate sobre a legitimidade democrática ou não do Judiciário torna-se vazio, ganha força a ideia de que é inconcebível que a interpretação do texto seja exclusividade do Poder Judiciário surgindo, assim, a corrente denominada constitucionalismo popular.

Jose Ribas Vieira e outros (VIEIRA, EMERIQUE, & BARREIRA, 2018, p.283) no texto Constitucionalismo Popular Modelo e Críticas cita Mark Tushnet que apresenta a seguinte conceituação de Constitucionalismo Popular:

Mark Tushnet apresenta um conceito de Constitucionalismo Popular como sendo um processo dialógico. Neste, o povo mobilizado, seus representantes políticos e as Cortes oferecem suas interpretações constitucionais ao mesmo tempo. Sendo assim, a interação de todos estes atores produziria direito constitucional. No entanto, a principal diferença do constitucionalismo popular é que neste as Cortes não são protagonistas no diálogo. Neste modelo, o povo e os Poderes Legislativo e Executivo podem aceitar decisões da Corte, mas podem, contudo, também rejeitá-las, ignorando o que fora decidido pelo Judiciário. Em *Taking the Constitution away from the Courts*, Mark Tushnet afirma que o Constitucionalismo Popular se baseia na ideia de que todos nós deveríamos participar na criação de direito constitucional através de nossas ações na política.

No texto “Una mirada al constitucionalismo Popular”, Roberto Niembro apresenta as principais características do constitucionalismo popular apontando as suas principais vertentes (NIEMBRO O., 2013, p. 195), com destaque para a crítica à supremacia judicial e à visão elitista no sentido de que os juízes seriam melhores intérpretes da constituição, conquanto nem todos os filiados ao Constitucionalismo Popular compartilhem essa visão sejam anticorte e anticontrole judicial.

O Constitucionalismo popular, portanto, entende que não há monopólio de interpretação do texto constitucional por parte judiciário, vez que todos os indivíduos são capazes de interpretá-lo. Assevera, ainda, que a consolidação de alguns direitos deve correr por meio da política e não do Direito, vez que há uma dimensão constitucional que é política e os Juízes devem estar sensíveis a tais disposições.

Por fim, é importante ressaltar que o Constitucionalismo Popular possui vertentes, de modo que o constitucionalismo popular mediado entende que o judiciário dialoga com a sociedade e reflete sim seus anseios; no entanto, nem sempre deve atender as expectativas da maioria, vez que deve resguardar valores maiores do que a vontade comum.

Considerações finais

Discutir a legitimidade da atuação da corte constitucional, necessariamente, passa por buscar compreender que sua atuação concreta está tão inserida no contexto social, com todas as suas complexidades, e que a sua atuação não está isenta de influências externas, tal como afirmou o ministro Luís Roberto Barroso “Você pode, eventualmente, ser contramajoritário, mas se repetidamente o Supremo não consegue corresponder aos sentimentos da sociedade, vai viver problema de deslegitimação e uma crise institucional” (CONJUR, 2019).

Sem que haja alteração nas mãos – desconhecidas pela maioria da população – que operam as engrenagens que possibilitam verdadeira sucessão hereditária nos cargos eletivos e até mesmo no judiciário, o impacto de eleições para ministros do Supremo não nos soa como instrumento de grandes transformações, até porque, atualmente, conhecedores que somos do processo de escolha dos candidatos mais cotados para ocupar as vagas em aberto, é precedida de uma trajetória também chamada de campanha.

É forçoso, ainda, que o Judiciário reflita a sociedade racialmente, vez que é complicado falar em legitimidade democrática e democracia sem igualdade racial. Nesse sentido, o enfrentamento do racismo estrutural e institucional deve ser

uma constante até que a sociedade se veja entre os julgadores, incluindo a Suprema Corte.

A afirmação supra não se propõe original, se trata de uma constatação que também foi apresentada anteriormente por outros autores, tais como GARGARELLA (2019, p. 117)⁷:

A conclusão que segue do que foi dito é importante. Notavelmente, ao concentrar seus esforços na área de direitos, os reformadores sociais parecem negligenciar ou deixar de lado um trabalho necessário na área da organização dos poderes. Dessa forma, eles deixam intocada a "casa das máquinas" da Constituição, ou seja, a área da Constituição em que se define como será o processo de tomada de decisões democrático. As portas da "sala de máquinas" permanecem trancadas a cadeado, fora de seu alcance - um fato que ameaça colocar em questão a substância do trabalho que levam adiante.

É necessário que lancemos um olhar crítico para a crise de representatividade que foi apontada pelo Ministro Luiz Fux quando do julgamento da ADI 4650, e que colocaria cidadãos e membros da classe política em lados opostos, implicando distanciamento entre uns e outros.

Se há uma crise reconhecida pelo órgão máximo do judiciário brasileiro entre cidadãos e membros da classe política de um lado e de outro diversos estudiosos que há, também, uma crise de mesma natureza com o Judiciário, não é difícil concluir que a crise possivelmente está no sistema democrático que, sob as alegações da defesa do interesse comum, de valores como liberdade e família, tem se provado um campo profícuo para a preservação de interesses individuais e de grupos de poder que têm ditado os rumos políticos do país e, até mesmo, dado o tom das interpretações constitucionais quando lhes convém.

Referências

⁷ No original: "La conclusión que se sigue de lo dicho es importante. Notablemente, al concentrar su esfuerzo en el área de los derechos, los reformistas sociales parecen descuidar o dejar de lado un necesario trabajo sobre el área de la organización del poder. De este modo, ellos dejan intocada la "sala de máquinas" de la Constitución, esto es, el área de la Constitución en la que se define cómo va a ser el proceso de toma de decisiones democrático. Las puertas de la "sala de máquinas" quedan cerradas bajo candado, fuera de su alcance —un hecho que amenaza con poner en cuestión la sustancia del trabajo que ellos llevan adelante".

- ADI, 4.650 (Supremo Tribunal Federal 24 de fevereiro de 2016). Acesso em 10 de agosto de 2021, disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro. Pólen, 2019.
- BELLO, E.; BERCOVICI, G. L. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? In: Revista Direito e Práxis, 10, n. 3, 2019, p. 1769-1811. Fonte: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470>.
- CNJ- Conselho Nacional de Justiça. Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros. Brasília/CNJ. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em: 15 jan. 2022.
- CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa sobre Negros no Poder Judiciário. Brasília. 2021. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario_150921.pdf. Acessado em 15 jan 2022.
- CONJUR. (2 de abril de 2019). Barroso afirma que STF deve corresponder aos sentimentos da sociedade. Fonte: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade>.
- FERNANDES, Florestan. A integração do negro na sociedade de classes. Volume 1. 5. ed. São Paulo: Globo, 2008.
- FREITAS, Felipe da Silva. A naturalização da violência racial. Perseu: história, memória e política. Centro Sérgio Buarque de Holanda. Dossiê Marcas do escravismo no Brasil contemporâneo. n. 17 (2019). São Paulo: Fundação Perseu Abramo. p. 37-59.
- GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo latinoamericano y la sala de máquinas de la constitución (1980-2010). In: RIBERI, Pablo (Org.). Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2019. p 95-118. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5537/21.pdf>.
- GERSCHMAN, S. (2004). A democracia inconclusa: um estudo da reforma sanitária brasileira (2. ed.). Rio de Janeiro: Editora Fiocruz. Fonte: <http://books.scielo.org/id/zthrj>.
- IBGE. Desigualdades Sociais por cor ou Raça no Brasil. Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e socioeconomica n.41. 2019. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acessado em 15/01/2022.

SIMÕES, André; ATHIAS, Leonardo; BOTELHO, Luanda (Org.). Panorama nacional e internacional da produção de indicadores sociais: grupos populacionais específicos e uso do tempo. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2018. 352 p. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101562.pdf>

HÄBERLE, P. (nov-dez de 2014). Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. *Revista Direito Público*, 11, n. 60, pp. 25-50. Acesso em 2021, disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>

MELLO FILHO, J. C.. Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República) (4ª ed.). Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014.

MENDES, C. H.. *Constitutional Courts and Deliberation Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

NIEMBRO O., R.. Uma mirada al constitucionalismo popular. In: *Isonomía*, 2013, p. 191-224. Acesso em 15 de agosto de 2021, disponível em <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n38/n38a7.pdf>

NOBRE, M. C. (set-dez de 2017). Herança familiar na política: retrato dos limites da democracia no Brasil contemporâneo. *Revista Katál*, 20, nº 3, p. 430-438. Fonte: <https://www.scielo.br/j/rk/a/bqWZb68RTf7RLyDfQkChngh/?format=pdf&lang=pt>

OLIVEIRA, R. C. (2018). Genealogias Políticas do Judiciário. *REVISTA NEP - Núcleo de Estudos Paranaenses*, 4, n. 1, pp. 317-330. Acesso em 2021, disponível em <https://revistas.ufpr.br/nep/article/view/60229/35560>

OLIVEIRA, R. C., GOULART, M. H., VANALI, A. C., & MONTEIRO, J. M. (Set-Dez de 2017). Família, parentesco, instituições e poder no Brasil: retomada e atualização de uma agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia*, 05, n. 11, pp. 165-198. Acesso em 2021, disponível em <http://www.sbsociologia.com.br/rbsociologia/index.php/rbs/article/view/324>

UBRINATI, N. *Democracy disfigured: opinion, truth, and the people*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2014.

VALE, Isabele Ribeiro Teixeira. Judiciário Trabalhista na Luta Antiracista. *Revista Direito Unb*. p. 199-288.2021.

VIEIRA, J. R., EMERIQUE, L. M., & BARREIRA, J. H.. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. *Revista de Investigações Constitucionais*, set-dez, 2018, p. 277-302. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html>.

13 O REALISMO JURÍDICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA UTILIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO PELO MÉTODO DA BRICOLAGEM

Lauro Henrique de Carvalho Monteiro da Silva Júnior¹
Marco Alexandre Gonçalves dos Santos²

Sumário: Introdução; 1. Sobre o realismo jurídico. 2. O direito constitucional comparado. 3. Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3.1. Questões de método. 3.2. Resultados. Considerações finais. Referências.

Introdução

Em 03 de abril de 2021, o Ministro Kássio Nunes Marques (STF) causou espécie na comunidade jurídica (e não-jurídica) ao se valer de precedente estrangeiro para decidir uma questão simples (ou ao menos assim reputada) de direito administrativo e constitucional. Discutia-se, in casu, a validade das restrições impostas por municipalidades à manutenção de igrejas e outros estabelecimentos religiosos abertos durante o pico da pandemia do COVID-19, no Brasil.

Fundamentando seu voto de procedência (isolado, ao final), o Ministro se valeu de uma decisão exarada pela Supreme Court of the United States (SCOTUS) naquele mesmo ano: *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom* (592 U.S. __, 2021). Importante dizer que este precedente da SCOTUS é irmão de outro envolvendo as mesmas partes, decidido apenas um ano antes: *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom* (590 U.S. __, 2020).

Em ambos os casos, a Suprema Corte decidiu se deveria conferir uma tutela provisória cautelar (*injunction relief*) a *South Bay United Pentecostal Church* contra algumas restrições impostas por atos administrativos praticados pelo então governador do Estado da Califórnia, Gavin Newsom, no contexto da pandemia mundial do coronavírus; e, em ambos os casos, alegou-se violação aos direitos da Primeira Emenda à Constituição dos EUA.

Não obstante, a maioria das restrições impostas pelo governador Newsom aos cultos em geral permaneceram válidas, apenas uma caiu: total proibição da

¹ Bacharel em Direito pela UFF (2016-2021). Mestrando em direito constitucional pelo PPGDC/UFF (2021-). Advogado militante, com foco no direito civil e empresarial. E-mail para contato: lauroh.msilva@gmail.com.

² Bacharel em Direito pela UFF (2016-2021). Advogado militante, com foco no direito tributário. E-mail para contato: marcoalexandre@id.uff.br.

realização de cultos em locais fechados. A restrição de capacidade (25% do estabelecimento) e a proibição de entoar cânticos foram mantidas pela Suprema Corte.

Por conseguinte, o Ministro Kassio Nunes Marques considerou inconstitucional a restrição total a realização de cultos em locais fechados, e propôs que os Estados, Municípios, bem como o Distrito Federal devam:

a) Abster-se de editar ou de exigir o cumprimento de decretos ou atos administrativos locais que proíbam completamente a realização de celebrações religiosas presenciais, por motivos ligados à prevenção da Covid-19; e b) Aplicar, nos cultos, missas e reuniões de quaisquer credos e religiões, os protocolos sanitários de prevenção, relativos à limitação de presença (no máximo, 25% da capacidade, durante as fases críticas da pandemia), além das medidas recomendadas pelo Ministério da Saúde, tais como: distanciamento social (com ocupação de forma espaçada entre os assentos e modo alternado entre as fileiras de cadeiras ou bancos), observância de que o espaço seja arejado (com janelas e portas abertas, sempre que possível), obrigatoriedade quanto ao uso de máscaras, disponibilização de álcool em gel nas entradas dos templos, aferição de temperatura, fixadas estas como balizas mínimas, recomendando-se também outras medidas profiláticas editadas pelo Ministério da Saúde; sem prejuízo da possível e gradativa mitigação das restrições pelo Poder Executivo, conforme haja evolução positiva no tratamento e combate à pandemia. (STF, Plenário, ADPF 811, Min. Rel. GILMAR MENDES, Julg. 08.04.2021, DJE 25.06.2021, voto Min. Kassio Nunes Marques, pág. 35)

Entretanto, há um grande problema no raciocínio do Ministro. De fato, a SCOTUS não disse que “as igrejas poderão permanecer em funcionamento, com a capacidade limitada a 25%, nos moldes em que funcionam empreendimentos comerciais” (STF, Plenário, ADPF 811, Min. Rel. GILMAR MENDES, Julg. 08.04.2021, DJe 25.06.2021, voto Min. Kassio Nunes Marques, pág. 27), o que a Suprema Corte realmente disse é que a ordem executiva que limitava o funcionamento de estabelecimentos religiosos a 25% de sua capacidade não violava a Constituição.

A proibição total dos cultos em local fechado violava a Constituição porque não era “geralmente aplicável” nem suficientemente “neutra”, ou seja, permitia que atividades seculares similares aos cultos continuassem funcionando, o que implicava em uma discriminação contra a atividade religiosa.

Foi esta a real razão para a rejeição pela Suprema Corte. Tanto é assim que, tendo os requerentes de South Bay falhado em demonstrar, para a maioria da Corte, de outro lado, que as demais restrições impostas – inclusive a pitoresca proibição de cânticos – discriminavam negativa ou positivamente a atividade religiosa (comparativamente a outras atividades seculares), elas foram mantidas como válidas (ainda que sob protesto de alguns Justices).

Nesse sentido, nada impedia que no Estado de Utah, por exemplo, o então governador Gary Herbert baixasse um decreto limitando a frequência a estabelecimentos religiosos abaixo dos 25%. Na realidade, nada impedia até mesmo um total ban na atividade religiosa, só que, se fosse o caso, não poderia haver exceções para atividades seculares (do contrário a norma deixaria de ser “geralmente aplicável”).

O episódio é interessante porque, de uma só vez, revela vários aspectos sobre a relação entre o STF e a utilização do direito comparado. Com efeito, o Pretório Excelso menciona em variegados casos muitos precedentes estrangeiros, ainda que haja uma predominância significativa de menções a casos americanos ou alemães, o que está de acordo com a grande influência que estes países tiveram sobre o desenvolvimento institucional pátrio, ainda que em épocas e graus variados, a implicar que o direito comparado não é estranho ou não usual para a Corte, mas estratégia argumentativa comezinha.

É comum criticar-se a utilização de precedentes estrangeiros pela Corte como sendo, simplesmente, “sem critério”, ou queixar-se da falta de método, da pouca ou nenhuma preocupação dos ministros com a cientificidade do direito comparado, entre outras reclamações (FREIRE; SAUAIA, 2020). Julgando pelo caso acima narrado envolvendo o Ministro Kassio Nunes Marques, compreende-se a legitimidade destas críticas, mas neste trabalho exploraremos uma perspectiva distinta.

O que se argumentará nas páginas que se seguem, é que é válido e legítimo que o Supremo Tribunal Federal, de modo geral, utilize o direito comparado, mesmo sem muito critério, considerando que o que importa para os ministros e ministras não é propriamente realizar uma asserção “correta” do direito estrangeiro (nem mesmo do próprio direito pátrio), mas sim os insights que a jurisprudência de alhures consegue engendrar, independentemente se a Corte utiliza o direito comparado como artifício retórico (geralmente de modo ilustrativo) ou como *ratio decidendi* (utilização doutrinária).

O caso acima ilustra bem este ponto. Ficou, a esta altura, evidente que o Ministro Kassio simplesmente não entendeu o precedente que estava citando na página 27 do seu voto. Entretanto, ele já havia tomado sua decisão na página 4. Ele

estava convencido de que a restrição total aos cultos era problemática e que deveria haver alguma restrição menos drástica (e portanto mais aceitável). O que veio depois foi uma mera tentativa retórica de buscar apoio na autoridade da SCOTUS. Ele podia ter sugerido qualquer percentual de restrição, mas como a decisão da Supreme Court mencionava “25%”, a este número mágico ele se apegou. Uniu o útil ao agradável. Para ele, parecia razoável.

É claro que a exposição equivocada de um precedente estrangeiro pode expor a Corte ao ridículo. Mas não mais que citar um distinto filósofo incorretamente. O que se demonstrará nas linhas a seguir é que esse processo de “pesca” na jurisprudência e no direito estrangeiro de decisões, argumentos, teses, etc., que sejam úteis para justificar, ilustrar ou ratificar a posição que o ministro ou ministra pretende defender junto a seus pares (bem como diante da sociedade), além de comum, não é inaceitável, mas parte do próprio exercício da jurisdição constitucional e que, para estes fins, talvez não haja método mesmo.

Uma última nota introdutória: este trabalho está dividido em três partes principais. As duas primeiras são elaborações conceituais, isto é, analisaremos as noções de “realismo jurídico” e de “direito constitucional comparado” previamente ao exame empírico que pretendemos levar a efeito na terceira parte.

1. Sobre o realismo jurídico

A tensão entre Direito e Política se faz mais aguda quando os que se debruçam sobre o fenômeno jurídico discutem a teoria geral que lhe deve subjazer. No limite, admitir uma ou outra pode vir a outorgar mais ou menos poder a determinados grupos protagonistas da prática forense, notadamente o legislador, o juiz e o acadêmico (ou “jurista”) (CAENEGEM, 1993).

No fim do século XIX e no início do século XX foi travada, tanto nos Estados Unidos como na Europa, grande disputa teórica entre os que podem ser classificados sob o grande guarda-chuva do que podemos chamar de “formalismo jurídico”, e aqueles que, de alguma maneira, compartilham das premissas identificadas na corrente do “realismo jurídico”.

O formalismo jurídico, segundo anota o professor Richard Posner (POSNER, 1986), consistiria no

o uso da lógica dedutiva para derivar o resultado de um caso concreto a partir de premissas aceitas como imperativas. O formalismo permite que um jurista pronuncie o resultado de um caso concreto como sendo correto ou incorreto, aproximadamente da mesma forma que a solução de um

problema matemático pode ser pronunciado como correto ou incorreto. (POSNER, 1986, p. 187)

Quanto às premissas do chamado realismo jurídico, adotar-se-á definição tal como elaborada por Hans Kelsen, ainda que ao observador incauto essa providência pareça absurda, diante das reiteradas acusações de que a teoria kelseniana é classificável como uma teoria formalista do direito:

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ (...) a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que (...) têm igual valor (...) A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. (...) A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 2020, p. 391-394)

Na medida em que o formalismo admite a possibilidade de que um indivíduo que possua a técnica adequada revele o significado correto do Direito, e, portanto, a única decisão correta a ser tomada pelo juiz em cada caso concreto, o jurista (ou acadêmico do direito), profissional que, por excelência, é reconhecido como possuidor de tal técnica, detém consigo uma porção considerável de poder.

O ceticismo imanente ao realismo jurídico, por outro lado, ao veementemente excluir essa possibilidade, reconhece em última análise que, para o bem ou para o mal, o Direito é o que os tribunais (ou qualquer órgão competente para “aplicar” o Direito em concreto) disserem que ele é, o que implica no reconhecimento de um poder maior ao judiciário, em detrimento daquele.

Por conseguinte, desde o início desses movimentos céticos no Direito que deflagraram o desenvolvimento da escola hoje conhecida como realista, objeções são formuladas a respeito da legitimidade dos ordenamentos jurídicos quando admitido o fato de que o juiz não é mero aplicador das normas concebidas pelo corpo legislativo, mas ele próprio um criador do Direito.

Não obstante, há na literatura evidência de que legitimidade (ou ao menos percepção popular de legitimidade) não é atributo exclusivo da perspectiva formalista, e que ainda que a sociedade enxergue o judiciário (e mais especificamente a Suprema Corte) em termos realistas, é possível que esta sociedade perceba esta Corte como legítima:

Entender como a Suprema Corte dos Estados Unidos realmente decide os casos diminui a legitimidade institucional da mais alta corte da nação? Na medida em que pessoas comuns reconhecem que os juízes da Suprema Corte estão decidindo disputas judiciais com base em suas próprias preferências e vieses ideológicos – um princípio do realismo jurídico e do modelo atitudinal – a crença de que os membros da suprema corte apenas “aplicam” a lei – teoria mecânica do direito – é difícil de se manter. Embora seja fácil enxergar como a legitimidade da Suprema Corte – a instituição política dos Estados Unidos sujeita a menor grau de escrutínio – é sustentada pela visão de que não há discricionariedade no exercício da jurisdição, que é exercida de forma mecânica e técnica, as fontes de legitimidade institucional sob o realismo Jurídico são menos óbvias. Aqui nós afirmamos – e demonstramos, usando uma amostra representativa da população a nível nacional -que o povo americano entende o exercício da jurisdição em termos realistas, e que ele reconhece legitimidade na Suprema Corte, e o faz sob a crença de que juízes exercem sua discricionariedade com sinceridade e baseados em princípios. Crer numa teoria mecânica do direito não é fundamento necessário para legitimidade judicial; alinhamento ao realismo Jurídico não é incompatível com legitimidade. (GIBSON; CALDEIRA, 2011, Abstract)

Ainda que assim seja na sociedade americana, no Brasil é certo que há grande desconforto com a ideia de que o Direito funcione da forma como o enxerga o realismo jurídico. Não obstante, as últimas décadas vem consagrando na atividade jurisdicional um deslocamento do poder de dizer o Direito cada vez maior em direção aos juízes. Esse fenômeno foi por várias vezes denunciado como um tributo indesejável ao realismo jurídico, como podemos observar em mais de uma oportunidade nas intensas palavras do professor Lênio Streck:

Cada vez mais o protagonismo do Judiciário se acentua. Há (ainda) Direito legislado ou o que temos é o que a jurisprudência diz que o Direito legislado é? (...) O grave: parcela majoritária da doutrina mais apostou em seguir o que a jurisprudência passou

a dizer; isto é, em vez de prescrever o sentido da normatividade da Constituição, contentou-se em legitimar o uso de um ainda embrionário ativismo que foi se forjando a partir do início dos anos 90. O realismo jurídico aí fez morada. Já morava, mas agora ganhara usucapião. O realismo, forma de pragmatismo facilitado, é deveras fascinante. (...) No fundo, é a destruição ou a confissão da inutilidade da doutrina jurídica. (STRECK, 2021)

Mais que um grito de resistência, os textos de Streck atribuem ao realismo uma pretensão prescritiva - e não descritiva - do Direito. A teoria realista seria responsável por dizer - sob essa perspectiva - como deve ser o Direito ideal e virtuoso, ao invés de dizer como é o Direito na realidade.

Trata-se, contudo, de uma leitura imprecisa do movimento realista. Ainda que seus adeptos reconheçam que, no limite, o Direito é aquilo que os órgãos de aplicação do Direito disserem que ele é, isso não implica em tratar esta circunstância como algo positivo, desejável, e muito menos em enxergar o judiciário como instituição imaculada.

Do contrário, um dos acadêmicos contemporâneos mais destacados dentre os realistas americanos conclui pela necessidade de repensarmos o papel dos juízes nos ordenamentos jurídicos ante o reconhecimento de que estes possuem tamanho poder em criar o Direito.

Com efeito, Brian Leiter (2020) reclama por maior penetração democrática no recrutamento de juízes, já que não é apenas técnica que os move, mas essencialmente seus valores e crenças políticas:

Em segundo lugar, considerando o realismo jurídico sobre o exercício da jurisdição, nós temos que repensar o papel dos juízes, especialmente em grau de apelação, em um sistema jurídico. Já que indeterminação é uma característica necessária de um ordenamento jurídico, juízes devem ser recrutados com esse fato em mente. Juízes nunca são mero aplicadores da lei, eles sempre criam direito novo (...) Portanto, a qualidade de seus juízos morais e políticos importam tanto quanto sua técnica jurídica. A mentira de que juízes são meros instrumentos do legislador é uma ilusão ideológica a qual todo realista jurídico se opõe, na medida em que ela engana o público a respeito do papel essencial de um Tribunal na política. (LEITER, 2020, p. 342-343)

Em outras palavras, o realista não sustenta de forma alguma que os juízes devem proferir decisões por meio de um ato de vontade, de acordo com seus

próprios valores e sua própria carga idiossincrática, criando direito novo a cada decisão; mas sim que eles sempre assim o fizeram, fazem, e farão, inevitavelmente.

Sendo assim, diante da constatação - meramente descritiva da realidade, portanto - de que o Direito é aquilo que o órgão responsável por sua concretização (ou “aplicação”) diante dos casos concretos disser que ele é, pode-se adotar diferentes posições prescritivas para o ordenamento jurídico.

Pode-se, por exemplo, sustentar que i) o Direito deve ser tal que, ainda que verdadeiro o postulado realista, os juízes sejam deferentes ao que dizem os professores acerca do significado da lei; ii) o judiciário deve desprezar completamente outras interpretações não autênticas e decidir com absoluta liberdade; iii) diante da veracidade do postulado realista, o judiciário não possui legitimidade, e, portanto, deve ser submetido à supremacia do legislativo ou executivo, ou até mesmo extinto; iv) o método de seleção e remoção dos juízes deve levar em conta seus valores políticos e estar sujeito a algum controle democrático; v) os juízes devem possuir formação multidisciplinar, e devem, diante da impossibilidade de derivar um único significado correto das normas jurídicas, optar pela interpretação que, também numa análise interdisciplinar, atinja um melhor resultado prático em seu juízo para os jurisdicionados, etc.

Nenhuma dessas prescrições de como deve ser o Direito é incompatível com a afirmação de que não é possível obter um significado correto da norma diante do caso concreto por meio de uma dedução lógica, e que, no limite, toda decisão é orientada por um ato de vontade que cria direito novo. Há, não obstante, maior ônus argumentativo para sustentar algumas dessas posições após a demolição da ideia de que é possível um juiz que seja “boca da lei”.

Ainda que não exista a dita incompatibilidade, é de se dizer que, para um realista, na hipótese de um ordenamento não se conformar ao desejo de uma dessas prescrições, ainda assim haverá um fenômeno jurídico.

Sobre essa questão dissertou Leiter:

Existem dois componentes chave do realismo neste sentido. Em primeiro lugar, realistas pretendem descrever como as coisas realmente são, sem ilusões românticas ou morais. Nós queremos saber o que o direito e as instituições jurídicas são na realidade, não o que nós gostaríamos que fossem. Realistas também não supõem se o caminho que as coisas seguirão farão sentido moralmente, ou serão defensáveis moralmente; pode ser que (e frequentemente é verdade) que a lei e suas operações sejam moralmente questionáveis, ou pior (...). Por princípio, nós precisamos entender o que está acontecendo de fato: por exemplo, qual a real motivação das pessoas, o que elas estão

realmente fazendo (independentemente do que elas disseram que estão fazendo). (LEITER, 2020, p. 334)

Por este motivo, a teoria realista será sempre útil aos que se opõem aos juristas que buscam cobrir sua orientação ideológica – seja ela qual for - com o manto de legitimidade próprio do formalismo jurídico.

Ao exonerar o intérprete da responsabilidade de criar Direito, na medida em que este apenas “obedece” ao que diz o significado autoevidente da lei, o establishment de determinado ordenamento jurídico, nas palavras de Kelsen, pode acabar por recorrer ao “costume de, em nome da ciência do Direito e, portanto, fazendo apelo a uma instância objetiva, advogar postulados políticos que apenas podem ter um caráter altamente subjetivo” (KELSEN, 2020, Prefácio à primeira edição, p. XII).

Essa utilidade questionadora da teoria realista explica o porquê de ela ter sido invocada por juristas posicionados em diferentes posições no espectro ideológico. No Brasil, por exemplo, observamos no início da República o estranho alinhamento de Oliveira Vianna aos escritos de Louis Brandeis, um progressista membro da Suprema Corte dos Estados Unidos alinhado ao realismo jurídico (GARCIA NETO, 2008).

É por este motivo que as acusações de que o Supremo Tribunal Federal, ao destoar em suas decisões daquilo que um jurista em particular espera dele, está sendo “ativista” numa convergência indesejável ao “realismo jurídico” precisa ser analisada com cuidado. Não raro estas objeções serão apenas a resistência daqueles que pretendem erguer sua própria interpretação particular, orientada por seus próprios valores, ao status de interpretação “correta” e “objetiva” que extrai o único significado possível da lei “autoevidente”.

2. O direito constitucional comparado

O direito comparado é talvez tão antigo quanto a própria ciência do direito. Reza a lenda, que James Madison, quando constituinte na Filadélfia, no fim dos setecentos, escrevia constantemente a seu colega e conterrâneo Thomas Jefferson, então embaixador da nova república na França dos Luíses, requisitando livros sobre os mais diversos assuntos, para permitir que Madison pudesse ter não apenas uma das mentes mais aguçadas dos founding fathers, mas porque queria aquele constituinte absorver o máximo da sabedoria universal produzida pela razão humana em séculos, para que conseguisse escrever (e depois defender) o mais

abrangente projeto e experimento político já concebido até então: a Constituição dos EUA.

No Brasil, olhando alguns trabalhos clássicos como de José Bonifácio, do Marquês de São Vicente, de Rui Barbosa, entre outros, a influência do direito comparado é gritante. Para esses autores, parecia intuitivo o apelo a experiência estrangeira sobretudo dos povos ditos cultos e iluminados. Veja-se que mesmo antes da Constituição de 1891, o Decreto n.º. 848/1890 – que organizava a justiça federal – trazia interessante regra, na cláusula 2^a, do art. 386, dispondo o seguinte: “Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”.

O direito comparado, propriamente, ainda busca um status como disciplina autônoma na Ciência do Direito, não obstante é bastante antigo, como visto, e continuamente utilizado por acadêmicos, pesquisadores, empresários, constituintes, legisladores, administradores públicos, etc. Toda uma miríade de agentes, com as mais diversas inclinações e os mais ambíguos, e às vezes contraditórios, interesses, se volta com frequência a esta disciplina curiosa, cujo status autônomo ainda é disputado.

A razão é que o direito comparado é terreno fértil e vasto para que o comparatista atinja diversos objetivos ao mesmo tempo: pode ser utilizado, na retórica, como argumento de autoridade; mas pode também produzir variegados insights que permitam repensar instituições domésticas ou interpretações. É assim profícuo ramo para criação, teste, confirmação, justificação, desenvolvimento, etc.

O direito comparado em si carrega uma grande quantidade de subdivisões, assim, temos o direito administrativo comparado, o direito penal comparado, o direito processual comparado, entre outros. Para nós, importa refletirmos um pouco sobre o direito constitucional comparado. Como “divisão”, por assim dizer, carrega todas as características ínsitas ao direito comparado, mas tem um elemento que acrescenta grande complexidade relativamente às demais: por tratar da constituição, acaba abrangendo mais que o documento político escrito, e passa a cuidar da própria formação do Estado, de sua história, cultura, sociedade.

Comparar, no sentido do direito constitucional comparado, não é meramente colocar lado a lado dois institutos. Vejamos o exemplo a seguir:

<p>Cláusulas 1ª (<i>establishment clause</i>) e 2ª (<i>free exercise clause</i>) da Primeira Emenda à Constituição dos EUA</p>	<p>Artigo 19, <i>caput</i> e inciso I, da Constituição Federal de 1988</p>
<p><i>Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof</i></p>	<p>Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;</p>

O que essa comparação, em estrito senso, nos diz? Muito pouca coisa. Nossa Constituição usa mais palavras, enquanto a Constituição dos EUA é mais sucinta. Mas o que isso ajuda em um dado caso concreto? Por exemplo, para decidir sobre o ensino público confessional facultativo? Ou sobre a colocação de presépios em parques e edifícios públicos em razão do Natal?

A simples comparação direta entre dois institutos raramente é reveladora, pelo que deve o comparatista mirar um cotejo mais amplo dos objetos comparados, pensando suas implicações estruturais, sistêmicas, culturais, sociais e antropológicas. Em vista disso, acadêmicos comparatistas vêm há muito tempo desenvolvendo reflexões na área e tentando obter diferentes métodos e metodologias aplicáveis ao campo comparado.

Como ensina o professor Deo Dutra, podemos sumarizar a história do pensamento do direito constitucional comparado entre duas formas opostas de racionar sobre o campo: a perspectiva ortodoxa, que visa assegurar objetividade ao comparatista, e a perspectiva crítica, que dispensa e denuncia a pretensa objetividade da primeira escola (DUTRA, 2018).

Partindo da análise dos trabalhos de Konrad Zweigert e Hein Kötz, Dutra resume a perspectiva ortodoxa na busca por uma objetividade e neutralidade científica na análise comparada e na crença em uma possível universalidade de formas jurídicas que autorize a busca por similaridades entre institutos concebidos, em princípio, em contextos diferentes, seria a regra de ouro do comparatista ortodoxo: “cada sistema legal, mesmo que distinto uns dos outros, possui similares soluções para os mesmos problemas da vida” (DUTRA, 2018, p. 197).

O direito constitucional comparado crítico, por sua vez, desenvolveu-se a partir das pesquisas do professor Günther Frankenberg. Ele pensava que o direito constitucional comparado deveria ser uma experiência de aprendizagem e, como tal, um processo dialético em que tanto o comparatista, quanto o objeto comparado, não são meramente passivos, isto é, problematiza-se a ideia de que é possível ser um observador externo, neutro e objetivo.

Para o autor alemão, é o comparatista que “fabrica” a comparação, já que é impossível deixar de lado a bagagem cultural que cada pesquisador possui. É exatamente por essa razão que o desejo de neutralidade não passa de uma quimera dos ortodoxos. É um perigo para o trabalho rigoroso. Desta maneira, o Direito Comparado oferece ao estudioso riscos e oportunidades. Por um lado, ele oferece a chance de o pesquisador aprender, a organizar-se e a criar uma intimidade com diversos sistemas jurídicos, compreender novas visões de mundo e a ter contato com instrumentos e instituições que, assim como as dele, pretendem manter práticas e ideias normativas funcionando e regulando uma sociedade. Em suma, os estudos em direito comparado oferecem as bases para que o aluno possa refletir criticamente os fundamentos de sua própria cultura e educação legal. (DUTRA, 2018, p. 201)

Para Frankenberg, a visão tradicional, de neutralidade científica, acaba por esconder (conscientemente ou não) do comparatista seus próprios preconceitos, fazendo com que adote padrões que não existem ou que apenas reproduzem uma forma ocidental e eurocêntrica de pensar as instituições comparadas.

Isso não significa aceitar acriticamente a realidade comparada. Na verdade, a lógica do direito constitucional comparado crítico é perfeitamente viabilizar uma dupla crítica: do contexto em que está inserido o comparatista, que não deve assumir suas instituições mais familiares como naturais, únicas ou excessivamente racionais, e do contexto a que o comparatista está desbravando, que também não deve aceitar com relativismo exacerbado o que visualiza.

Em verdade, o foco do direito constitucional crítico comparado na utilização de métodos contextuais para realização da comparação visa justamente enriquecer o comparatista com mais dados sobre os países comparados, o que autoriza um exercício de real aprendizagem: sobre si mesmo e sobre o outro.

Não necessariamente há mocinhos ou vilões em cada campo. O direito constitucional comparado crítico ou tradicional se bem executado pode produzir variegados e úteis insights em que seria exagero considerar mera ideologia, afinal,

o que pretendem os comparatistas em quaisquer dos casos é o rigor: nem quer o tradicionalista que sua objetividade seja contaminada por seus próprios preconceitos, nem quer o crítico validar qualquer coisa doméstica ou alienígena, simplesmente por ser diversa.

Para realizar a comparação, o comparatista, crítico ou tradicional, se vale de diferentes métodos, alguns complementares entre si. Segundo a grande comparatista Vick C. Jackson, os principais métodos utilizados são o funcionalista, o contextual, o histórico, o classificatório, o normativo (JACKSON, 2012).

Não nos interessa, para os fins deste trabalho, expor em detalhes cada método, bem como suas vantagens e desvantagens. O que importa ter em vista é que esses métodos são apenas formas diferentes de realizar a análise comparada, e não necessariamente um terá prevalência sobre o outro, isto é, não há nada que implique em uma superioridade do método funcional sobre o contextual, ou vice e versa.

O método a ser utilizado dependerá largamente de escolhas do próprio pesquisador, escolhas estas que dependerão do referencial teórico-metodológico adotado, bem assim da orientação epistemológica e das finalidades da pesquisa do comparatista. Aliás, esses métodos não são mutuamente excludentes, podendo ser combinados para produzir diferentes resultados.

Assim como a interpretação da norma é um ato de vontade, a escolha do método e da metodologia a ser utilizada é, em último grau, personalista (como ensina BECKER, 1999) e também um ato de vontade.

Nesse sentido, o prof. Mark Tushnet desenvolve um outro tipo de abordagem do direito constitucional comparado que ele chama de bricolagem, tomando emprestado o conceito de Claude Levi-Strauss. Consiste, no nível institucional, em usar o que há de disponível para ser utilizado. Está relacionado a uma visão particular do direito (especialmente constitucional) não como uma racionalidade orientada, isto é, um projeto de engenheiros, mas como uma composição de fatores avaliados pelos criadores e intérpretes da norma constitucional como sendo úteis, limitados às perspectivas culturais que tinham em vista. Pela bricolagem, o comparatista não pergunta se um instituto aqui se adequa ou não ao direito posto, porque não se preocupa com um suposto projeto, seria uma preocupação mais direta com o problema que quer resolver, do que em atender a algum sistema.

O argumento de Tushnet é importante porque subverte a noção tradicional de unidade da Constituição. Pensando cada ponto da Carta Magna como uma resposta específica a um problema em particular, o intérprete se vê livre para exercer sua atividade interpretativa com mais criatividade, visto que, por essa

perspectiva, também é chamado a resolver novos problemas particulares. O direito comparado pela bricolagem, assim, não tem uma preocupação sistemática, mas sim mais tópica.

Nesse sentido, ao pesquisar a experiência estrangeira o intérprete não necessariamente precisa se preocupar com o sistema alheio, nem com o seu próprio. Talvez o que seja de mais interessante para ele seriam precisamente as diversas ferramentas e possibilidades que ele poderia coletar da experiência universal da racionalidade humana.

Voltando ao exemplo com que se abriu este texto, o Ministro Kassio Nunes Marques, na ADPF 811, precisava de um outro limite para colocar no lugar da restrição total a realização de cultos presenciais, um limite que ele considerasse razoável e que tivesse algum apoio jurisprudencial para tentar convencer seus pares, e até mesmo a sociedade. Ao verificar na caixa de ferramentas da humanidade encontrou *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom* (592 U.S. ___, 2021), o resto é história

3. Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Como apresentado na introdução a este trabalho, verificamos primeiramente, nos capítulos 1 e 2, os conceitos de “realismo jurídico” e de “direito constitucional comparado”, a partir de revisões bibliográficas na literatura especializada.

Neste capítulo, partiremos para uma análise mais empírica da jurisprudência do STF, e tentar verificar, ainda que de forma limitada e parcial, como o Tribunal se vale da experiência estrangeira, mais propriamente, da jurisprudência de alhures.

Para tanto, faremos, primeiramente, algumas considerações metodológicas, explicando o raciocínio empreendido na pesquisa, e, após, apresentaremos os resultados. Decerto, geralmente em trabalhos científicos a exposição da metodologia é realizada na introdução, ou como um dos primeiros capítulos. No entanto, como havia necessidade de elaborar algumas palavras previamente sobre o realismo jurídico e o direito constitucional comparado, referenciais teórico-metodológicos desta pesquisa, optamos por incluir a metodologia apenas neste capítulo.

A exposição pouco ortodoxa fica por culpa dos autores, bem assim todos os erros eventualmente cometidos que a crítica poderá revelar.

3.1. Questões de método

Esta pesquisa adota como orientação epistemológica o método hipotético-dedutivo, e tem por referenciais teórico-metodológicos, o realismo jurídico e o direito constitucional comparado, como supra indicados. As principais fontes desta pesquisa são os acórdãos do Supremo Tribunal Federal (fontes primárias) e a revisão bibliográfica (fontes secundárias). Os métodos de investigação consistem na pesquisa bibliográfica e na análise documental (dos acórdãos).

Considerando a pretensão limitada deste artigo, tomamos o período de 2016 a 2021 para análise da jurisprudência do STF (consideramos a data de julgamento). A escolha deste lapso temporal se justifica porque muitos dos juízes que estavam em atividade em 2016 continuam em atividade em 2021, o que permite avaliar uma continuidade mais expressiva.

Optamos por limitar também a análise às ações de controle concentrado, e mais especialmente à ação direta de inconstitucionalidade (ADI), com vistas à exequibilidade. Ademais, tais ações não são raras, o que permite um acervo significativo de casos para consideração, autorizando grande razoabilidade na confiança na amostra. Outrossim, como todas são julgadas pelo plenário do STF, temos a vantagem da participação de todos os agentes da mesma, evitando conclusões parciais aplicáveis apenas à primeira ou à segunda turmas.

Para realização da pesquisa, utilizamos a consulta de jurisprudência disponível no site do STF. Selecionamos na pesquisa avançada para que o algoritmo da Corte retornasse buscas não apenas no ementário, mas também no inteiro teor. Limitamos temporalmente os precedentes para o lapso de 2016 a 2021 e selecionamos apenas as “ADIs” (contamos apenas os casos em que o mérito da ADI foi julgado, assim, desconsideramos as cautelares, embargos de declaração, questões de ordem, etc.).

Para localizar mais facilmente os precedentes estrangeiros, presumimos que os Ministros provavelmente indicariam a corte de origem quando da citação, assim, buscamos referências diretas às Cortes Supremas dos três países mais influentes no pensamento jurídico-político brasileiro recente: EUA, França e Alemanha. A tabela a seguir indica as expressões buscadas na ferramenta de consulta da Corte:

EUA	FRANÇA	ALEMANHA
SCOTUS	Conseil Constitutionnel	Tribunal Federal Constitucional
Suprema Corte	Conselho Constitucional	Bundesverfassungsgericht
Suprema Corte dos Estados Unidos		Tribunal Constitucional Federal
Suprema Corte dos EUA		

Após identificar os casos em que houve citação de precedente estrangeiro, organizamo-los em uma simples tabela para eliminar as repetições e evitar a duplicidade, então analisamos cada caso para verificar se a utilização do precedente estava sendo citada como reforço retórico (ilustrativamente) ou se era importante para a *ratio decidendi* (utilização doutrinária). Às vezes, poderia ocorrer de que em um mesmo caso a utilização de precedente estrangeiro ocorresse tanto de forma ilustrativa ou doutrinária, nestas circunstâncias os autores optaram por classificar os casos conforme a predominância, isto é, se a decisão usava do direito alienígena de forma predominantemente ilustrativa ou doutrinária.

Importante destacar que foram desconsiderados casos em que, apesar de existirem menções às cortes estrangeiras acima indicadas, não havia comentário sobre qualquer precedente (a menção à Corte aparecia no título de algum livro doutrinário ou era apenas indicada de passagem pelo ministro ou ministra, sem maiores considerações). Também não foram considerados, especialmente para evitar repetições, casos em que o ministro ou ministra apenas citam trechos de outros casos em que por acaso foi analisada a jurisprudência comparada.

3.2. Resultados

Ao iniciarmos a pesquisa para este trabalho, cuidávamos da seguinte hipótese prévia: o Supremo Tribunal Federal utiliza o direito comparado por bricolagem, mais como forma de reforçar a autoridade de suas decisões (seja pelo apelo à autoridade estrangeira mais diretamente ou utilizando-a ilustrativamente, para indicar o alinhamento com a experiência jurídica mais universal), ou seja, o STF utiliza precedentes estrangeiros mais como recurso retórico, do que como fundamento, propriamente dito, de suas decisões.

Para nossa surpresa (ainda que a hipótese prévia, mesmo assim, tenha sido parcialmente confirmada), o Pretório Excelso se vale, em muitos casos (mais do

que originalmente cogitávamos), da jurisprudência estrangeira quase que como doutrina. Alguns magistrados da Corte citam, por exemplo, acórdãos do Bundesverfassungsgericht como se citassem um manual de algum jurista, embora a maioria dos precedentes investigados tenha revelado a tendência que a hipótese prévia esperava, isto é, o STF se vale da experiência alienígena na maioria das vezes de forma ilustrativa.

Das cortes pesquisadas, a francesa é a menos badalada, apenas 10%, do total de casos investigados (foram, dentro do recorte temático, temporal e de objeto). Em compensação, durante a realização da pesquisa, verificou-se que a Corte faz muitas citações de outros tribunais estrangeiros, sobretudo de Espanha, Itália, Portugal, Argentina, bem como de tribunais de organizações internacionais, como Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). A Alemanha e os EUA foram, entretanto, os campeões de citações, com respectivamente 60% e 65% de predominância.

Quanto a forma de uso dos precedentes, identificamos que o uso ilustrativo ou doutrinário foi misto, com cerca de metade da amostra preenchendo cada qual das categorias, ou seja, pelo menos metade dos precedentes pesquisados poderia se enquadrar como utilização ilustrativa da jurisprudência estrangeira, e a outra metade como utilização doutrinária.

Por exemplo, na ação direta de inconstitucionalidade nº. 6.225, em que se discutia a constitucionalidade do § 3º, do art. 326-A, do Código Eleitoral, acrescentado pela Lei nº. 13.834/2019 (e declarado constitucional ao fim), o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em voto convergente, estava analisando se a norma penal caracterizava algum tipo de violação à liberdade expressão, quando concluiu que “cada ordenamento jurídico deve estabelecer o limite entre o livre exercício do direito de expressão e manifestação e os casos de polícia” (STF, Plenário, ADI 6225, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, Julg. 23.08.2021, DJE 01.09.2021, voto do Min. Gilmar Mendes, p. 5).

Para ilustrar esta afirmação, o Ministro se valeu do direito comparado:

A título de exemplo, a Alemanha é caracterizada, por muitos autores, como uma democracia militante. Nesse sentido, de acordo com Ronald Krotoszynski, "qualquer discurso que tenha por objetivo a destruição do governo democrático não possui qualquer proteção de acordo com a Lei Fundamental". Foi com base nessa ideia que o Tribunal Constitucional Federal alemão decretou, por exemplo, o banimento dos Partidos Socialista e Comunista alemães, considerados como plataformas para a atuação do Partido Nazista e para a adoção de projetos políticos

e ações contra a ordem constitucional estabelecida (Krotoszynski jr, Ronald. *A Comparative Perspective of The First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*. *Tulane Law Review*. V. 78. N. 5. p. 1590- 1591). Mesmo nos Estados Unidos, de onde se origina a doutrina do livre mercado de ideais (“Free Market Place of Ideais”), introduzida pela Suprema Corte daquele país no voto dissidente do Justice Oliver Wendell Holmes no caso *Abrams v. United States*, de 1919, e incorporada pelo STF no julgamento da ADPF 187, que tratava da denominada “marcha da maconha”, verificasse a existência de certos limites à liberdade de expressão (Cf.: KOMMERS, Donald P. *The Jurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republic of Germany*. *Southern California Law Review*. V. 53. N. 2. Jan. 1980. p. 665; STF, ADPF 187. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. j. 15.6.2011). Nesse sentido, entende-se que a liberdade de expressão não abrange a eventual criminalização da pedofilia, da pornografia e de discursos que incitem a violência (*fighting words*) ou de difamações dolosas (denominada de *actual malice* pela jurisprudência norte-americana) (Krotoszynski jr, Ronald. *A Comparative Perspective of The First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*. *Tulane Law Review*. V. 78. N. 5. p. 1592. p. 79). (STF, Plenário, ADI 6225, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, Julg. 23.08.2021, DJe 01.09.2021, voto do Min. Gilmar Mendes, p. 5-6)

Quanto à utilização doutrinária, tomemos o caso da ação direta de inconstitucionalidade nº. 5.874, em que se avaliava da constitucionalidade do polêmico indulto natalino decretado pelo então Presidente Michel Temer, que causou grande comoção nacional por sua amplitude.³

Fundamentando seu voto divergente, o Ministro Luiz Fux argumentou, em suma, que o intérprete da Constituição não deve se preocupar apenas com os direitos fundamentais dos réus no processo penal:

Consoante reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht), quando a Lei Fundamental atribui ao Estado a proteção de diversos bens jurídicos, encarta de forma implícita o denominado “princípio da garantia da

³ Entenda a polêmica do indulto de Natal editado por Temer. In: G1, Brasília, 28.12.2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/entenda-a-polemica-do-indulto-de-natal-editado-por-temer.ghtml>. Acesso em: 13 jan. 2022.

operacionalidade da justiça penal”. Destacou aquela Corte a existência de um interesse público em garantir o funcionamento efetivo da justiça criminal (“das Interesse der Allgemeinheit an der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege”), pois o Estado de Direito só pode se concretizar caso seja assegurado que os criminosos serão condenados de acordo com as leis vigentes e receberão uma pena justa (“Der Rechtsstaat kann nur verwirklicht werden, wenn sichergestellt ist, daß Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden”) (BVerfGE 51, 324 (345)). Como ensina o jurista alemão Robert Alexy, o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do Direito Penal é verdadeiro direito prestacional fundamental, um direito do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94, 114 e 442-451). (STF, Plenário, ADI 5874, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julg. 09.05.2019, DJe 05.11.2020, voto do Min. Luiz Fux, p. 32)

Como se vê, um claro exemplo de bricolagem e de utilização doutrinária da jurisprudência estrangeira. Note-se que o precedente da Bundesverfassungsgericht não é citado como exemplo, ou modelo, na realidade o Ministro extrai dessa jurisprudência um princípio constitucional que entende diretamente aplicável à jurisdição constitucional pátria (in casu, o “princípio da garantia da operacionalidade da justiça penal”), e faz das razões da Corte estrangeira, às suas próprias razões.

Estes resultados parecem apontar que o STF é muito mais consciente da utilidade da jurisdição estrangeira como “caixa de ferramentas” interpretativa, do que parecia em um primeiro momento. Tal análise é, ainda, consistente com as frequentes acusações de excesso de criatividade ou de ativismo da Corte, inerentes à interpretação por bricolagem, como anteriormente salientado.

Considerações finais

Como demonstrado ao longo deste trabalho, o STF menciona em variados casos muitos precedentes estrangeiros, ainda que haja uma predominância significativa de menções a casos americanos ou alemães, o que está de acordo com a grande influência que estes países tiveram sobre o desenvolvimento institucional pátrio, ainda que em épocas e graus variados, a

implicar que o direito comparado não é estranho ou não usual para a Corte, mas estratégia argumentativa comezinha.

Em que pese ser comum a crítica da utilização de precedentes estrangeiros pelo STF como sendo, simplesmente, “sem critério”, argumentou-se que é válido e legítimo que o Supremo Tribunal Federal, de modo geral, utilize o direito comparado, considerando que o que importa para os ministros e ministras não é propriamente realizar uma asserção “correta” do direito estrangeiro, mas sim os insights que a jurisprudência de alhures consegue engendrar.

Refletindo sobre o realismo jurídico, atestou-se, em contraposição ao chamado “formalismo jurídico”, para o qual se admite a possibilidade de que um indivíduo que possua a técnica adequada revele o significado correto do Direito, e, portanto, a única decisão correta a ser tomada pelo juiz em cada caso concreto, o ceticismo imanente ao realismo jurídico, por outro lado, ao veementemente excluir essa possibilidade, reconhece em última análise que, para o bem ou para o mal, o Direito é o que os tribunais (ou qualquer órgão competente para “aplicar” o Direito em concreto) disserem que ele é.

Há, aliás, na literatura evidência de que legitimidade (ou ao menos percepção popular de legitimidade) não é atributo exclusivo da perspectiva formalista, e que ainda que a sociedade enxergue o judiciário (e mais especificamente a Suprema Corte) em termos realistas, é possível que esta sociedade perceba esta Corte como legítima. Mesmo no Brasil em que subsiste um grande desconforto com a ideia de que o Direito funcione da forma como o enxerga o realismo jurídico, verifica-se, nas últimas décadas, uma consagração da atividade jurisdicional de um deslocamento do poder de dizer o Direito cada vez maior em direção aos juízes.

Importante ter-se em vista que o realismo jurídico não sustenta de forma alguma que os juízes devem proferir decisões por meio de um ato de vontade, de acordo com seus próprios valores e sua própria carga idiossincrática, criando direito novo a cada decisão; mas sim que eles sempre assim o fizeram, fazem, e farão, inevitavelmente. E nenhuma prescrição de como deve ser o Direito (como indicada brevemente no cap. 1 deste trabalho) é incompatível com a afirmação de que não é possível obter um significado correto da norma diante do caso concreto por meio de uma dedução lógica, e que, no limite, toda decisão é orientada por um ato de vontade que cria direito novo.

É por este motivo que as acusações de que o Supremo Tribunal Federal, ao destoar em suas decisões daquilo que um jurista em particular espera dele, está sendo “ativista” numa convergência indesejável ao “realismo jurídico” precisa ser analisada com cuidado.

Pensando o direito comparado, por outro lado, especialmente o direito constitucional comparado, vimos que ele é tão antigo quanto a própria ciência do direito, e bastante enraizado no pensamento político-jurídico brasileiro, ainda que permaneça em um processo de busca de status enquanto disciplina autônoma na Ciência do Direito. Na realidade, a razão para o fascínio que o direito comparado causa é que este é terreno fértil e vasto para que o comparatista atinja diversos objetivos ao mesmo tempo.

Vimos, aliás, que o direito constitucional comparado, tanto em sua vertente crítica, quanto tradicional, se utiliza de variados métodos – individualmente ou de forma combinada – para atingir diferentes intentos. Deste modo, o que importa ter em vista é que são apenas modos diferentes de realizar a análise comparada, e não necessariamente há prevalência teórica de um sobre o outro.

O método a ser utilizado dependerá largamente de escolhas do próprio pesquisador, escolhas estas que dependerão do referencial teórico-metodológico adotado, bem assim da orientação epistemológica e das finalidades da pesquisa do comparatista. Por conseguinte, assim como a interpretação da norma é um ato de vontade, a escolha do método e da metodologia a ser utilizada é, em último grau, também um ato de vontade.

Nesse sentido, partindo dos estudos de Mark Tushnet, defendemos a abordagem do direito constitucional comparado a partir da “bricolagem”, consistindo esta em utilizar, no nível institucional, o que há de disponível para ser utilizado. Pela bricolagem, o comparatista não pergunta se um instituto aqui se adequa ou não ao direito posto, porque não se preocupa com um suposto projeto. O direito comparado pela bricolagem, assim, não tem uma preocupação sistemática, mas sim mais tópica.

Nesse sentido, ao pesquisar a experiência estrangeira o intérprete não necessariamente precisa se preocupar com o sistema alheio, nem com o seu próprio. Talvez o que seja de mais interessante para ele seriam precisamente as diversas ferramentas e possibilidades que ele poderia coletar da experiência universal da racionalidade humana, como uma grande “caixa de ferramentas” interpretativa.

Analisando empiricamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podemos constatar que os ministros e ministras são muito mais conscientes da possibilidade de utilização do direito constitucional comparado por bricolagem do que os autores acreditavam, antes da realização da presente pesquisa.

Tal análise é condizente, como anteriormente mencionado, com as frequentes acusações de excesso de criatividade ou de ativismo da Corte. No entanto, se bem compreendido o argumento, tal “criatividade” é inerente à própria atividade jurisdicional, especialmente no contexto do direito constitucional. Por tal

razão, é simplesmente inócuo criticar o STF por utilizar da experiência estrangeira sem método, o que na maior parte das vezes significa “sem adesão a um método científico”, visto que não é este o intuito do ministro ou da ministra quando se volta à jurisprudência de alhures.

Parafraseando a célebre frase do Juiz Coffinhal, durante a Revolução Francesa, a jurisdição constitucional precisa de intérpretes e juízes, não engenheiros e cientistas.

Referências

BECKER, H. S. Métodos de pesquisa em ciências sociais. 4ª ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 811. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 08.04.2021. Publicação: 25.06.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6.225. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgamento: 23.08.2021. Publicação: 01.09.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.874. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 09.05.2019. Publicação: 05.11.2020.

CAENEGEM, R. C. Judges, legislators and professors: chapters in European legal history. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1993.

DUTRA, D. C. Da ortodoxia à crítica: teorias da comparação jurídica. In: Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vo. 14, n. 1, pp. 189-211, jan./abr. 2018.

_____. Método(s) em direito comparado. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, v. 61, n. 3, pp. 189-212, set./dez. 2016.

Entenda a polêmica do indulto de Natal editado por Temer. In: G1, Brasília, 28.12.2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/entenda-a-polemica-do-indulto-de-natal-editado-por-temer.ghtml>. Acesso em: 13 jan. 2022

EUA. Supreme Court of the United States. South Bay United Pentecostal Church et al., v. Gavin Newsom, Governor of California, et al. 592 U.S. ____ (2021). Application for injunctive relief. Justice KAGAN. ROBERTS, C. J., concurring. Julg. 05.02.2021.

EUA. Supreme Court of the United States. South Bay United Pentecostal Church et al., v. Gavin Newsom, Governor of California, et al. 590 U.S. ____ (2020). Application for injunctive relief. Justice KAGAN. ROBERTS, C. J., concurring. Julg. 29.05.2020.

FRANKENBERG, G. Critical comparisons: re-thinking comparative law. In: *Havard International Law Journal*, vol. 26, n. 2, pp. 411-455, primavera (spring) 1985.

FREIRE, A.; SAUAIA, H. Suprema Imprecisão: a metodologia em Direito Constitucional Comparado e as deficiências em seu uso pelo Supremo Tribunal Federal. In: *Revista de Direito Internacional – Brazilian Journal of International Law*, Brasília, UNICEUB, ISSN 2237-1036, v. 17, n. 1, p. 125-142, 2020.

GARCIA NETO, P. M. A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GIBSON, J. L.; CALDEIRA, G. A. Has legal realism damaged the legitimacy of the US Supreme Court? In: *Law & Society Review*, [S.I.], v. 45, n. 1, p. 195-219, 2011.

JACKSON, V. C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 62-80.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

LEITER, B. What is a realist theory of law? In: *Revista de Estudos Institucionais*, [S.I.], v. 6, n. 1, p. 334-345, abr. 2020, ISSN 2447-5467.

LYNCH, C. E. C. Cultura política brasileira. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, ISSN 0104-6594, n. 36, p. 4-19, ago. 2017.

PAULSON, S. L. Formalism, 'free law', and the 'cognition' quandary: Hans Kelsen's approaches to legal interpretation. In: *University of Queensland Law Journal*, [S.I.], v. 27, n. 2, p. 7-39, 2008.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado da argumentação – A nova retórica*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

POSNER, R. A. Legal formalism, legal realism, and the interpretation of statutes and the constitution. In: *Case Western Reserve Law Review*, [S.I.], v. 37, n. 2, p. 179-217, 1986.

REZENDE, C.; TRINDADE, E. Ministro Kassio Nunes libera cultos e missas no país, em meio a medidas restritivas da Covid. In: *Folha de São Paulo*, 03.04.2021.

Disponível em:
<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/04/ministro-kassio-nunes-libera-cultos-e-missas-no-pais-em-meio-a-medidas-restritivas-da-covid.shtml>.
Acesso em: 29.12.2021.

STRECK, L. L. Como defender a jurisdição (constitucional) do realismo predatório? In: *CONJUR*, 17.04.2021. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-abr-17/observatorio-constitucional-defender-jurisdicao-constitucional-realismo-predatorio>. Acesso em: 14.01.2022.

TUSHNET, M. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. In: The Yale Law Journal, v. 108, 1999, p. 1225-1309.

_____. Comparative Constitutional Law. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. The Oxford Handbook of Comparative Law. New York: Oxford University Press, 2006. p. 1962-2010.

14 COMO O STF ESTABELECEU UM ESTADO DE EXCEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Jan Marcel Paschoal Mertens¹
Raphael Lobato Collet Janny Teixeira²

Sumário: Introdução; 1. Da configuração de um Estado de exceção; 2. O processo penal constitucional e a teratia do Inquérito 4.781; 2.1 A teratia do Inquérito 4.781; 3. Da configuração de Estado de exceção pela afronta à liberdade de expressão perpetrada pelo Inquérito das Fake News; 3.1 Da hermenêutica constitucional da liberdade de expressão anterior ao inquérito das Fake News; 3.2 Da configuração de Estado de exceção por violação à legislação e jurisprudência no Inquérito das Fake News; Considerações finais; Referências.

Introdução

O desenho da separação de poderes estabelecido pelo constituinte originário deu proeminência ao Supremo Tribunal Federal. Diferentemente de outros países, onde a suprema corte atua preponderantemente no controle de constitucionalidade, no Brasil possui competências alargadas que a transforma em verdadeira corte de recursos, atuando como uma instância superior, ou melhor, suprema. À essa imensa possibilidade de atuação da Suprema Corte soma-se o perfil mais ativista de seus membros, acarretando invariavelmente em invasões a territórios que seriam de competência dos poderes executivo e legislativo.

Em relação à hermenêutica constitucional, é notório que os juízes supremos se inclinam na maioria das vezes por soluções que a doutrina americana chamaria de "não interpretativista", isto é, posições que concebem a Constituição como algo mais dinâmico, defendendo que "os magistrados têm a obrigação de desenvolver e atualizar o texto constitucional para serem atendidas as exigências do presente." (NOVELINO, p. 177). Movidos por um senso de justiça particular e na certeza de que foram iluminados pelo mais alto espírito, é dever do Tribunal

¹ Bacharel e Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro-fundador do Instituto Arariboia - Associação Brasileira de Humanidades. Advogado. E-mail de contato: janmertens@protonmail.com.

² Advogado Master da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), especializado em Direito Digital, Proteção de Dados e Novas Tecnologias. Pós-graduação *latu sensu* em propriedade industrial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). MBA em gestão na Fundação Dom Cabral (FDC). Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduação na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. E-mail de contato: raphalobato@gmail.com.

"mudar o Direito para que se adeque à sua visão do que seria um Direito 'justo' para alcançar uma sociedade 'justa'" (TAVARES NETO, p. 114).

O resultado desse "ativismo judiciário" pode ser claramente percebido em inúmeras decisões, conforme exemplificamos a seguir. Talvez uma das mais gritantes tenha sido a criação de um novo tipo penal, ao arrepio da lei em sentido formal: resolveram os togados aplicar por analogia o crime de racismo à dita "homofobia" e "transfobia". O Plenário do Tribunal sepultou os princípios mais comezinhos do Direito Penal: "nullum crimen nulla poena sine lege", ou, na dicção da Constituição da República Federativa do Brasil, "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (BRASIL, 1988, art. 5º, XXXIX).

Se o medo era a criação de crime sem lei, agora, com o malfadado "Inquérito das Fake News", é a condenação sem crime.

No presente artigo, pretendemos demonstrar, a partir do estudo do "Inquérito das Fake News", que a atuação da suprema corte, em linha com o pragmatismo e consequencialismo jurídico, está constituindo um verdadeiro estado de exceção no Brasil. Sob argumento de defesa da constituição democrática, o referido inquérito atropelou os preceitos mais comezinhos do direito processual penal, bem como violou a hermenêutica constitucional precedente referente à liberdade de expressão pela criminalização da opinião, instauração de censura prévia e não relativização do direito à privacidade e à imagem em relação à pessoas e instituições públicas.

1. Da configuração de um Estado de exceção

Segundo François Saint-Bonnet, citado por Agamben, o estado de exceção constitui um "ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político" (AGAMBEN, p. 11). Esse cenário parece ter se tornado o paradigma de governo dominante na política atual. Suas origens na modernidade remontam à Revolução Francesa, sendo "uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista" (AGAMBEN, p. 16).

O termo estado de exceção é comum à doutrina alemã, mas as italiana e francesa preferem as expressões "decretos de urgência" e "estado de sítio", enquanto a anglo-saxã se refere a "martial law" e "emergency powers". No caso dos Estados Unidos, o USA Patriot Act, de 2001, constituiu um verdadeiro estado de exceção nas garantias constitucionais e legais dos suspeitos de envolvimento com o terrorismo, suspendendo a própria ordem jurídica em casos específicos, o que Günter Jackobs chamaria de direito penal do inimigo.

Historicamente, a transformação dos regimes democráticos europeus se deu após a primeira guerra mundial. Nas palavras de Agamben (AGAMBEN, p. 16):

A Primeira Guerra Mundial – e os anos seguintes – aparece, nessa perspectiva, como o laboratório em que se experimentaram e se aperfeiçoaram os mecanismos e dispositivos funcionais do estado de exceção como paradigma de governo. Uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo.

A análise tradicional acerca do estado de exceção sempre se voltou à figura do poder executivo, que se expande durante as situações de crise. Foi o que se deu na França, Itália, Alemanha, Inglaterra e até mesmo nos Estados Unidos. Entretanto, o que vemos no Brasil, atualmente, sob os auspícios do Supremo Tribunal Federal, é um verdadeiro estado de exceção da liberdade de expressão e das garantias constitucionais-penais. Dessa maneira, as categorias tradicionais utilizadas pela doutrina ao se referir ao estado de exceção devem ser adaptadas à nossa realidade, na qual o Poder Judiciário assume o protagonismo na violação da ordem constitucional.

Sendo a efetividade da constituição uma realidade dinâmica, deve ser estudada à luz do sentido extraído pelo órgão responsável pela interpretação dos dispositivos constitucionais. Na maioria dos países democráticos, a guarda da constituição é confiada ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.

O professor Paulo Roberto dos Santos Corval ressalta as críticas dirigidas à concessão máxima de poder às supremas cortes, identificando como falaciosa a ideia de que a racionalidade do direito garantiria direitos fundamentais, não cedendo a pressões relacionadas a paixões e interesses políticos: “Para Griffin, no entanto, a história constitucional revelaria que os tribunais falharam – e falham – como guardiões dos direitos e liberdades básicas”. (CORVAL, 2009, 160).

Assim, não é certo que o tribunal constitucional seja um órgão de emancipação, promotor e guardião de direitos fundamentais. Neste sentido, citando Roberto Gargarella, Corval destaca os argumentos contrários à legitimidade da atuação dos tribunais constitucionais (CORVAL, 2009, p. 158):

Além disso, ainda que a constituição fosse considerada a “voz do povo”, ainda assim, não se pode olvidar a complexidade de sua

interpretação e a dificuldade resultante em definir quando se estaria ou não respeitando essa voz. Contrário à tese de que os tribunais atuam em favor da democracia constitucional alega-se que em “países en donde ese control no existe – países como Nueva Zeland, Gran Bretaña, Irlanda y Holanda – los derechos ciudadanos, al menos, no parecen menos resguardados”. Ademais, nem sempre os tribunais constitucionais atuam num sentido protetor e promotor de direitos. Faltaria, destarte, uma evidência empírica a sustentar a tese do controle numa democracia constitucional. Não escapam os tribunais, além disso, cujos membros, via de regra, sequer são eleitos, mas nomeados e se encontram tão distantes do povo quanto os integrantes do Legislativo, da crise dos órgãos de representação democrática. O caráter contramajoritário da atuação dos tribunais é atacado, em linha de princípio, porque não representam os juízes, necessariamente, os interesses das minorias e, também, porque não há garantias institucionais de que em favor dessas agirão. E mais, do respeito à constituição e à vontade popular nela inscrita não é correto inferir que os membros dos tribunais constitucionais sempre atuarão em favor dos direitos minoritários assegurados no texto constitucional. Como já se expôs, existe certo grau de incerteza na interpretação que obsta afirmar que determinada maneira de ler a constituição é, sem dúvida, aquela que melhor salvaguarda os direitos das minorias. A racionalidade do procedimento dos tribunais também não escapa à crítica. A falta de abertura nos processos, isto é, da participação de todos os afetados pela norma e pela sua invalidação – o que muitas vezes se mostrará, de fato, materialmente irrealizável – é inegável e afeta a crença na imparcialidade dos tribunais constitucionais. Não se têm, com facilidade, diálogo razoável dos tribunais com a sociedade, na maior parte das vezes ouvida, tão só, pela distorcida voz dos meios de comunicação de massa e de seus controladores.

Constatamos, assim, que existe certo grau de incerteza de que os membros de um tribunal constitucional interpretem a constituição no sentido que melhor resguarde ou maximize um direito ou liberdade fundamental, não se assegurando que a corte identifique uma vontade popular soberana contida na constituição. Não é possível afirmar que os tribunais suprem déficits de outros órgãos de representação democrática, apresentando, eles mesmos, deficiências, visto que os seus juízes não foram eleitos e não estão sujeitos ao escrutínio do voto popular para tomarem decisões de cunho político. O entendimento pode oscilar em função da renovação da composição do tribunal; da ideologia seguida por seus membros; dos

interesses políticos em jogo etc., gerando insegurança jurídica em função de decisões contraditórias proferidas pelos próprios juízes do tribunal.

Além disso, os tribunais constitucionais vêm adotando uma postura pragmático-consequencialista em seus julgamentos, privilegiando, a eficiência, utilidade, conveniência, oportunidade, segurança ou governabilidade, mesmo que em prejuízo da própria normatividade (CORVAL, 2009, p. 169).

Na maior parte das vezes, sob a categoria exceção permanente, restará evidenciado, em crítica, que os tribunais têm assumido, neste início de milênio, postura pragmático-consequencialista em seus julgamentos.⁴⁵ Por postura pragmático-consequencialista entende-se a primazia, nos fundamentos da decisão, de argumentos e critérios de eficiência, utilidade, segurança, conveniência, oportunidade ou governabilidade. Trata-se, em síntese, segundo Posner, de focalizar os resultados práticos das decisões.⁴⁶ Esclarece Oscar Vilhena Vieira, arrimado na distinção weberiana entre ética de princípios e ética de resultados, que a decisão consequencialista é aquela que confere maior peso aos referidos critérios de “eficiência, utilidade, conveniência, oportunidade, segurança ou governabilidade, do que à própria normatividade (...)”.

O consequencialismo jurídico foca, assim, nos resultados práticos das decisões. Adota-se uma postura ativista (“ativismo judiciário”) onde os juízes das supremas cortes acabam por ignorar ou mesmo desprezar o texto constitucional e os princípios nela insculpidos pelo legislador constituinte.

O pragmatismo ou consequencialismo relativiza princípios e garantias constitucionais, caso sejam fatores de limitação do poder decisório dos juízes. Isso pode se dar tanto do ponto de vista horizontal, ou seja, em relação às matérias sujeitas à revisão jurisdicional constitucional, quanto verticalmente, mesmo no caso de direitos fundamentais que balizam ou limitam a atuação do magistrado, sendo excessivamente ingênua a expectativa de que haveria uma autocontenção judicial. Ressalta o professor Corval (CORVAL, 2009, p. 170):

Acrescenta Canotilho, seguindo Richard Posner, que o pragmatismo leva à duas maneiras de autocontenção: (i) coloca “entre parênteses os fundamentos ou concepções teóricas eventualmente antagônicas sempre que isso perturbe a sua autonomia de juízo; (ii) busca uma solução prática, “operacional, aceitável e creditável para o problema constitucional concreto – e apenas para este. Na exceção permanente – destruída, senão

reconfigurada, a normatividade constitucional autônoma – a tendência a decisões pragmáticas não há de revelar adesão ao pragmatismo. Trata, antes, de uma postura crítica, acentuando o fato de a perspectiva pragmática deixar transparecer, por vezes, as motivações políticas que subjazem em questões que alguns acreditam meramente jurídicas. Inspirados no marco da exceção permanente é possível arriscar, ainda, conclusão no sentido de que nem mesmo aquelas decisões voltadas a um suposto principialismo, a uma ética de princípios, escapam à politização e à necessidade de se redimensionar, no âmbito jurídico-constitucional, o poder. Os argumentos principiológicos, atados à força normativa autônoma da constituição, não fazem senão, na perspectiva da exceção permanente, escamotear, com algumas limitações postas pela linguagem do direito, o mover das lutas e embates que caracterizam a constituição.

Tal como ressaltado no excerto acima, a atuação consequencialista revela uma parcialidade por razões políticas que subjazem em questões que alguns acreditam meramente jurídicas, pois fundamentadas em votos longuíssimos, com extensas razões de um pretense principialismo e ética de princípios. Maquia-se, com argumentos jurídicos, decisões políticas, mesmo que à custa de direitos e garantias fundamentais.

Além disso, o ativismo judiciário resulta no açambarcamento das competências próprias do Legislativo e do Executivo, com fundamento em um discurso jurídico que defende a ida aos tribunais, com arrimo na normatividade autônoma da constituição, para promover as demandas sociais não atendidas pelas vias da representação política.

Paradoxalmente, os tribunais constitucionais acabam por enfraquecer o estado democrático de direito, na medida em que ultrapassam os limites traçados por Konrad Hesse para assegurar a força normativa da Constituição: se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a questão deve levada para revisão constitucional no âmbito parlamento (HESSE, 1991, p.17): “Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito: (...) Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”.

Em sentido semelhante, resalta Agamben: "Se é exato (...) que, no estado de exceção, o fato se transforma em direito (...), o contrário é igualmente verdadeiro, ou seja, produz-se nele um movimento inverso, pelo qual o direito é suspenso e eliminado de fato" (AGAMBEN, p. 46)..

2. O processo penal constitucional

Tem-se dito com uma certa frequência que as principais funções de uma constituição são estabelecer a organização dos Poderes, estruturar o Estado e conceber direitos e garantias individuais, o que não exclui, por óbvio, demais temas formalmente constitucionais optados pelo constituinte.

Por serem os direitos fundamentais normas constitucionais positivadas, os direitos de defesa "permitem o ingresso em juízo para proteger bens lesados, proibindo os Poderes Públicos de invadirem a esfera privada dos indivíduos", enquanto os direitos instrumentais "consagram princípios informadores de toda a ordem jurídica (legalidade, isonomia, devido processo legal etc.), fornecendo-lhes os mecanismos de tutela (mandado de segurança habeas corpus, ação popular etc.)" (BULOS, 2018, p. 527).

Essa positivação e reconhecimento não se deu de forma instantânea entre os povos, senão a partir de um processo longo de desenvolvimento que remete ao *Petition of Rights* (1628), ao *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), ao *Bill of Rights* (1688), à *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* (1776), entre outros. No Brasil, a Carta de Outubro inaugura um novo modelo de Estado Democrático, em um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, aí incluídas as de natureza penal, que vinculam os três Poderes da República. A consequência imediata foi a não recepção de diversos dispositivos do Código de Processo Penal e de outras leis penais e processuais penais especiais.

As garantias constitucionais em matéria penal visam sobretudo assegurar os chamados direitos de primeira geração, isto é, os direitos individuais que dizem respeito à vida e à liberdade. À vista disso, o artigo 5º nos apresenta em um rol copioso diversos princípios verdadeiramente basilares do direito penal, tais como juízo natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. O que se mostrará no tópico a seguir é que a mais alta Corte do país, responsável em última instância por proteger a ordem constitucional, abandonou seu histórico garantista e jurisprudências democráticas de forma casuística e em nome de interesses próprios, instaurando um verdadeiro estado de exceção no país.

2.1. A teratía do Inquérito 4.781

No dia 14 de março de 2019, Sua Excelência o Ministro Dias Toffoli, na condição de presidente do Supremo Tribunal Federal, instaurou por meio da Portaria GP n. 69 o Inquérito n. 4.781, cujo teor é o que se segue:

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno, CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I); CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus calumniandi, diffamandi e injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão, Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução.

Como se percebe, o ministro-presidente se valeu do estabelecido no artigo 43 e s. do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), para abrir a peça investigatória. Vejamos a redação do citado dispositivo:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.

Antes de tudo, é imperioso recordar que o Regimento Interno do Supremo foi escrito sob a égide da Carta de 1969, a qual não previa ao Ministério Público a função privativa de promover a ação penal e conferia ao STF o poder de criar normas de processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso, conforme parágrafo único do artigo 120, alínea "c". Portanto, os dispositivos do RISTF devem passar pela filtragem constitucional, a fim de saber se foram ou não recepcionados pela nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988. De toda sorte, o chamado processo judicialiforme é rechaçado pela melhor doutrina, por violar diversos princípios constitucionais, como se mostrará a seguir. Nesse espírito, a Lei n. 11.719/08 alterou a redação do artigo 531 do Código de Processo Penal, extirpando a possibilidade de que a

instauração de processo para apurar contravenção penal se desse de ofício pelo juiz. Em relação à atividade judicial no inquérito penal, assim ensina o ilustre professor Renato Brasileiro de Lima: "É óbvio que o magistrado não está impedido de agir na fase investigatória. Mas essa atuação só pode ocorrer mediante prévia provocação das partes." E completa o autor: "O que não se deve lhe permitir, nessa fase preliminar, é uma atuação de ofício." (LIMA, 2013, p. 1178). Ainda:

Em um sistema acusatório, cuja característica básica é a separação das funções de acusar, defender e julgar, não se pode permitir que o magistrado atue de ofício na fase de investigação. Essa concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, o juiz inquisidor, além de violar a imparcialidade e o devido processo legal, é absolutamente incompatível com próprio Estado Democrático de Direito, assemelhando à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, os regimes absolutistas. (LIMA, 2013, p. 1779)

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior explica o desastre do modelo inquisitorial: "não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesmo produziu. (LOPES JR, 2018, p. 42). Entretanto, é bom lembrar, o juiz possui sim o poder de conceder provimentos de ofício na fase pré-processual, mas em todos os casos são decisões favoráveis ao estado de liberdade do investigado, tais quais: relaxamento da prisão em flagrante (art. 5º, LXV, da CF), revogação da prisão preventiva (art. 316, caput, do CPP) e concessão da liberdade provisória (art. 5º, LXVI, da CF). Por consequência, o ato de o juiz instaurar ex officio um inquérito penal não encontra respaldo na ordem jurídica pátria.

Ora, a jurisdição do juiz pressupõe que ele seja imparcial, correspondendo a uma posição de terceiro na relação processual, com interesse tão somente em aplicar a vontade da lei. Por essa razão, é possível dizer que a capacidade para ser juiz coincide com a capacidade de ser competente e imparcial, o que Brasileiro Lima chama de capacidade especial de exercício (LIMA, 2013, p.1174). Assim, as decisões exaradas por magistrados impedidos são mais que nulas, são tidas como inexistentes, na dicção do artigo 252, IV, do CPP, in verbis:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: (...)

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Portanto, a decisão do Ministro Dias Toffoli ao instaurar o Inquérito 4.781 violou frontalmente a lei processual, pois é, em tese, vítima de crimes apurados na investigação que ele mandou abrir.

Mas o absurdo continua. É possível dizer que o citado inquérito também violou os princípios do juiz natural e do promotor natural. Senão vejamos: o artigo 5º, LIII, da Constituição Federal, estatui que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"; já o inciso XXXVII do mesmo artigo preleciona que "não haverá juízo ou tribunal de exceção". Esses dispositivos – aliados ao artigo 5º, XXXVIII, que trata da competência do Tribunal do Júri, e as hipóteses de foro por prerrogativa de função previstas ao longo da CRFB – constituem a garantia do chamado juiz natural. Tal princípio compreende "o direito que cada cidadão tem de saber, previamente, autoridade que irá processar e julgá-lo caso venha praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico." (LIMA, 2013, p. 35). O objetivo é, assim, certificar que as partes terão um julgamento imparcial e independente, tal qual preconizado pelo artigo 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica.

No caso do Inquérito 4.781, o princípio fora violado duas vezes. Explicamos. Nenhuma das pessoas inicialmente investigadas possuía foro por prerrogativa de função junto ao STF e, portanto, deveriam ser processadas e julgadas nos foros de primeira instância nos locais onde supostamente teriam ocorridos os crimes. Mas, ad argumentandum tantum, se o Tribunal Máximo fosse o competente para o feito, deveria ser escolhido o relator a partir de distribuição eletrônica, aliás, como estabelece o artigo 66 do Regimento Interno do órgão: A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo. Assim sendo, é possível dizer que a Suprema Corte brasileira criou um verdadeiro tribunal de exceção no país.

Aliás, a Corte criou um foro por prerrogativa inédito no país: o foro da vítima. Difícil conciliar esse fato com o julgado na Questão de Ordem na Ação Penal 937, na qual o próprio tribunal decidiu que a prerrogativa de foro especial se daria somente se o suposto crime tivesse sido cometido em situações ligadas ao cargo. Dessa maneira, um caso de violência doméstica envolvendo um deputado federal e sua esposa deveria ser processado na primeira instância, por exemplo. Ora, a jurisprudência do Tribunal que tentava impedir a subida dos processos ao STF "mudou" casuisticamente e agora vale até o foro da vítima?

Poderia se argumentar que a abertura do Inquérito no Supremo se deu pelo disposto no artigo 43 do seu Regimento Interno, como alegado pelo Ministro Dias Toffoli na Portaria GP n. 69. Contudo, tal argumento não prospera, como explica Marcelo Czelusniak:

Seria perfeitamente possível reconhecer, a um só tempo, que o STF teria competência para presidir as investigações dos fatos que ocorreram na suas dependências, mas não teria competência para exercer a supervisão jurisdicional dessa mesma investigação. Isso, aliás, é uma decorrência lógica do fato de que, caso se reconheça ao STF a possibilidade de presidir por si só uma investigação criminal, isso representará o exercício de uma função atípica, autêntica exceção à regra geral da separação de poderes. Pois bem: caso se admita que o STF pode exercer, de forma atípica, função que é próprio do poder executivo (função de investigação criminal), é óbvio que essa função atípica não poderá se confundir ou se misturar com a função típica da Corte (a função jurisdicional)" (CZELUSNIAK, 2020, p. 174)

Pode ser óbvio para o autor e para muita gente, mas aparentemente não o é para ao menos dez ministros da Suprema Corte brasileira. Suas Excelências entendem que o juiz pode conduzir um inquérito e ao mesmo tempo tomar decisões submetidas à cláusula de reserva de jurisdição no bojo do mesmo inquérito, como sequestro de bens, quebra de sigilos bancários e até prisões preventivas.

A decisão do STF também violou, por consequência, o princípio do promotor natural. Tal norma, embora não expressamente prevista na Constituição Federal, decorre da garantia da inamovibilidade dos membros do Ministério Público (art. 128, §5º, I, "b"), da sua independência funcional (art. 127, §1º) e por desdobramento do princípio do juiz natural, já que o artigo 5º, LIII, da CRFB utiliza a expressão "processado pela autoridade competente". Além da legislação infraconstitucional, nos termos do artigo 10, IX, "e", da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93), também rechaçar a figura do "acusador de exceção".

No dia 16 de abril de 2019 a Procuradora-Geral da República promoveu o arquivamento do malsinado Inquérito 4.781. Não foi uma promoção de arquivamento comum, já que feita por petição avulsa, pois o parquet sequer tinha acesso aos autos àquela altura. Desde o dia 15 de março, a autoridade máxima do Ministério Público havia solicitado informações ao Relator sobre o objeto e sobre os fundamentos que justificavam a competência do STF para processar a investigação, mas não recebeu qualquer resposta. Para piorar, a PGR tomou ciência

das medidas cautelares pela mídia, portanto não foram sequer submetidas ao parecer prévio do Ministério Público, violando o artigo 46 da Lei Complementar 75/93.

Na petição, a PGR manifestou preocupação com o sistema de justiça como um todo, devido aos ataques ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, ao juízo natural, e às atribuições constitucionais do Ministério Público. Em lapidar lição, assim se manifestou Sua Excelência:

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator, aleatoriamente escolhido pelo sistema de distribuição regular, é o juiz natural, o juiz garante, responsável por decidir questões legais. Não é o juiz investigador. Juiz investigador existia no sistema penal inquisitorial abolido pela Constituição de 1988, que substituiu pelo sistema penal acusatório. Nesta linha de raciocínio, o sistema penal acusatório não autoriza que a condução da investigação penal seja feita pelo Judiciário, notadamente quando exclui o titular da ação penal, ou quando impõe sigilo a ele na condução da investigação. Essas medidas afrontam o art. 129-I, II,VII,VIII e §2º da Constituição. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019, p. 4 e 5)

Ora, se a Procuradoria-Geral da República, órgão máximo do Ministério Público nacional, decidiu promover o arquivamento de um inquérito penal, é cediço na jurisprudência e na doutrina que tal pleito deve ser acolhido pelo Judiciário, eis que não há a quem recorrer – à semelhança do que ocorre nos estados na figura de seus Procuradores-Gerais de Justiça – sendo inaplicável o disposto no artigo 28 do CPP. Essa maneira de arquivamento ficou conhecida como "arquivamento originário".

Aliás, sequer é necessário submeter a decisão de arquivamento ao crivo do tribunal, eis que o acatamento é obrigatório, ressalvadas as hipóteses nas quais a decisão seja capaz de fazer coisa julgada material, ou seja, atipicidade da conduta e extinção da punibilidade (LIMA, 2013, p. 133). E mais: uma vez arquivado o inquérito, não é possível que o MP ofereça denúncia, salvo novas provas, conforme decidido pelo próprio STF (Inq. 2.028/BA, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 16/12/2005).

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 ("Pacote Anticrime"), alterou-se a redação do artigo 28 do Código de Processo Penal. Agora, o arquivamento não mais é dirigido ao juiz para homologação, deixando de existir uma decisão judicial, restando no âmbito do próprio Ministério Público. A novidade legislativa veio em boa hora, fortalecendo o sistema acusatório. Se o

interessado discordar da decisão do parquet, conforme o parágrafo primeiro do artigo 28, poderá recorrer administrativamente ao órgão de controle da própria instituição, a ser definida pela lei orgânica – no caso do MPF, são as Câmaras de Coordenação e Revisão.

Se o Ministério Público diz expressamente que "nenhum elemento de convicção ou prova de natureza cautelar produzida será considerada pelo titular da ação penal ao formar sua opinião delicti", qual a utilidade do inquérito penal senão servir como ferramenta para intimidar e perseguir críticos do Supremo Tribunal Federal?

No provimento de arquivamento, a PGR ainda apontou a falta de fato determinado na abertura do inquérito. Segundo a Chefe do Ministério Público Federal, "a delimitação da investigação não pode ser genérica, abstrata, nem pode ser exploratória de atos indeterminados, sem definição de tempo e espaço, nem de indivíduos." (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019, p. 6).

Em relação ao direito dos advogados de terem acesso aos autos, assim preconiza o artigo 7º, inciso XV do Estatuto Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94) (BRASIL, 1994): "Art. 7º São direitos do advogado: (...) XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais". No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal aprovou, na Sessão Plenária de 2 de fevereiro de 2009, a Súmula Vinculante n. 14, cujo teor se segue: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa." (BRASIL, 2009). Percebe-se, portanto, a preocupação da Suprema Corte com a efetividade do direito de defesa, mesmo que limitado pelas circunstâncias inquisitivas do procedimento investigatório administrativo, mormente o inquérito policial.

Nesse mesmo espírito, o legislador tipificou a conduta do agente público que nega acesso aos autos de investigação, ressaltando, por óbvio, os relativos às diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível. A partir do advento da Lei n. 13.869/2019, tal atuação enseja a responsabilização penal a título de abuso de autoridade, com base em seu artigo 32 (BRASIL, 2019).

O Relator do Inquérito, Ministro Alexandre de Moraes, negou o arquivamento requerido pela PGR. O partido político Rede Sustentabilidade, então, propôs uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) contra o procedimento, por ofensa à Constituição, pela falta de justa causa para a

investigação e por extrapolar o poder de polícia do STF. A relatoria da ADPF 572 ficou a cargo do Ministro Edson Fachin. Para ele, o inquérito é constitucional, mas deve ser dada oportunidade ao Ministério Público de participar dos atos de investigação, além de se respeitar a liberdade de expressão e de imprensa.

O relator foi seguido por nove de seus colegas. A única divergência veio do Ministro Marco Aurélio, que apelidou a investigação de "o inquérito de fim do mundo". Disse Sua Excelência:

Prossegue versando a instauração de ofício do inquérito e abordando problemática ligada – para mim, seriíssima, porque escolhido a dedo, não aceitaria essa relatoria – ao Relator do inquérito, sem observância do sistema democrático da distribuição. Presidente, estamos diante de inquérito natimorto. Ante as achegas verificadas, depois de instaurado, diria mesmo de inquérito do fim do mundo, sem limites! Peço vênha à maioria acachapante, já formada, de oito votos, para dissentir. Faço-o acolhendo o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, para fulminar o inquérito, porque o vício inicial contamina a tramitação. Não há como salvá-lo, em que pese óptica revelada posteriormente pela mesma Procuradoria-Geral da República, já então personificada por outro Procurador-Geral – o Dr. Augusto Aras. Devo ressaltar que, inicialmente, esse inquérito foi coberto pelo sigilo. Receio muito, Presidente, coisas misteriosas. Ressalto que somente se deu o acesso a possíveis investigados e envolvidos passados trinta dias, o mesmo ocorrendo quanto à audição da Procuradoria-Geral da República.

O que se viu com esse julgamento, em maioria acachapante de 10 a 1, seria uma nova posição do Supremo Tribunal Federal em relação às matérias penais e processuais penais? Difícil dizer, e somente o tempo irá esclarecer, mas, ao que parece, a defesa de um procedimento judicialiforme, sigiloso para as partes, sem fato delimitado e concreto a ser investigado, foi casuística e, talvez, contaminada pela parcialidade de ministros que se consideraram vítimas de crimes contra a honra.

Devido a todas as ilegalidades apontadas até aqui, o Ministério Público oficiante em primeira instância vem arquivando sistematicamente as investigações desmembradas do Inquérito 4.781, aplicando-se, in casu, a teoria dos frutos da árvore envenenada, já que tudo que se produz num inquérito ilegal é igualmente ilegal. Na septuagésima terceira sessão ordinária da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR), de 9 de junho de 2020, o parecer da Relatora, a Subprocuradora-

geral da República Mônica Nicida Garcia, dá uma aula de processo penal e direito constitucional:

Nulidade do presente apuratório, por ser derivado de procedimento inquisitório maculado por vícios insanáveis de origem, forma e competência, instruído com provas nulas, porquanto produzidas em afronta ao disposto nos arts. 5º, XXXVII, LIII e LIV, e no 129, I, II, VII, VIII e § 2º, ambos da CF. Decisão judicial que determinou de ofício a instauração do referido inquérito, designando relator sem observar o princípio da livre distribuição e conferindo-lhe poderes instrutórios para apurar fatos indeterminados, em afronta à garantia da isenção e da imparcialidade judicial no exercício da jurisdição criminal. Incompetência absoluta do Juízo, uma vez que os investigados não são detentores de foro no STF. Publicações realizadas em rede social que, muito embora possam ser consideradas censuráveis, depreciativas e grosseiras, não caracterizam a prática de crime contra a honra. A liberdade de expressão garantida pela Carta Magna abrange o direito de crítica, permitindo que mesmo autoridades públicas sejam alvo de juízo de reprovação dos cidadãos pelos seus atos, ainda que ácido, injusto e veemente. Autoridades que estão sob permanente escrutínio popular no ambiente democrático e republicano. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020, p. 45 e 46)

O entendimento da Relatora foi seguido por unanimidade, tal qual outros procedimentos administrativos submetidos à revisão no âmbito interno do MPF, a exemplo dos procedimentos nº 5000526-74.2019.4.03.6181, de 21/10/19 e nº 0812163-83.2019.4.05.8100, de 25/11/19.

3. Da configuração de Estado de exceção pela afronta à liberdade de expressão perpetrada pelo Inquérito das Fake News.

Para que haja uma exata compreensão da configuração de Estado de exceção perpetrado pelo STF em relação à liberdade de expressão, é mister aprofundar na hermenêutica constitucional deste direito fundamental anterior ao inquérito das Fake News.

3.1. Da hermenêutica constitucional da liberdade de expressão anterior ao inquérito das Fake News.

A liberdade de expressão, garantia constitucionalmente assegurada no art. 5º incisos IV, IX e XIV e no art. 220, “caput” e § 2º, (BRASIL, 1988), fora objeto de inúmeras interpretações dos nossos tribunais superiores, de forma que é possível delinear uma orientação consolidada, em que pese serem identificadas imprecisões e até contradições em alguns arestos. Caso emblemático foi o da decisão proferida pelo ministro Celso de Mello sobre a liberdade de crítica jornalística, entendendo que há “plena legitimidade do direito constitucional de crítica a figuras públicas ou notórias, ainda que de seu exercício resulte opinião jornalística extremamente dura e contundente” (BRASIL, 2014a).

Dissecando-se a liberdade de expressão, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, identificamos dois elementos essenciais, um de natureza objetiva e outro de índole subjetiva.

O aspecto objetivo refere-se à transmissão fidedigna de fatos e dados ao público geral, incluindo (i) o direito de informar; e (ii) o direito de buscar a informação. Diz-se objetiva porque o direito de informar está vinculado à verdade da realidade factual efetivamente ocorrida, não sendo legítimo realizar distorção ou manipulação dos fatos por má-fé ou negligência. Por outro lado, a informação deve estar disponível ao público em geral de forma direta e irrestrita, sem mediação, censura ou adoção de qualquer mecanismo tecnológico que impeça ou prejudique o alcance e acesso à informação ou notícia.

Com relação à transmissão fidedigna de fatos e dados, é preciso ressaltar que a liberdade de expressão possui alguns balizadores consolidados na jurisprudência dos nossos tribunais, cuja transposição poderá acarretar responsabilidade para o agente comunicador. Assim, podemos considerar que a divulgação de notícia com notório animus narrandi, não se mostra abusiva. Conforme já bem esclarecera a ministra Laurita Vaz do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2011):

não se trata de convalidar achincalhamento, de forma irresponsável e prematura, da imagem de quem quer que seja. Todavia, dentro de um Estado Democrático de Direito, havendo elementos indiciários, conforme noticiado nos autos, de possível envolvimento de autoridades públicas em graves ilícitos, não constitui ato ilegal, tampouco ilegítimo, a divulgação, dentro das balizas da proporcionalidade e razoabilidade, dos fatos supostamente criminosos em apuração em processo criminal.

Oportuno ressaltar, ainda, que a situação de índole pessoal, quando misturada a circunstância supostamente criminoso, deixa de estar adstrita à intimidade do agente, para se tornar de interesse público e, como tal, não escapa da regra da publicidade.

Portanto, para que não reste caracterizado o abuso do direito de informar com animus de caluniar, difamar ou injuriar, dever-se-á observar os seguintes parâmetros:

- a) o fato narrado deve ser de interesse público;
- b) diligente apuração quanto à veracidade dos fatos, não se tratando de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, divulga-se em cadeia mundial.

A liberdade de expressão tem ainda um aspecto subjetivo, relacionado à interpretação e opinião dos fatos e dados transmitidos, que engloba (i) o direito de interpretar; (ii) o direito de opinar; e (iii) o direito de criticar. Neste caso, a subjetividade do agente é inerente à opinião, à crítica, e à interpretação sobre as pessoas e acontecimentos. Por seu caráter eminentemente subjetivo, não está adstrito à realidade dos fatos, eis que decorre de um julgamento, uma avaliação subjetiva visando a elucidação, argumentação ou até a crítica, apontando falhas de maneira negativa; ou escárnio, usamos o humor como critério de explicitação de algo que frustrou uma expectativa alimentada por alguém que assumiu determinado papel social. Escárnios mais sofisticados utilizam-se da ironia, sátira, dentre outros mecanismos da linguagem, para o mesmo fim.

Nas palavras do ministro Celso de Mello (BRASIL, 2014a):

É importante acentuar, bem por isso, que não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicular opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender.

Evidentemente, não se trata de dar carta branca para críticos achincalharem quem quer que seja. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que (BRASIL, 2014b):

O exercício da crítica, bem como o direito à liberdade de expressão, não pode ser usado como pretexto para atos irresponsáveis, como os xingamentos, porque isso pode implicar mácula de difícil reparação à imagem de outras pessoas – o que é agravado para aquelas que têm pretensões políticas, que, para terem sucesso nas urnas, dependem da boa imagem pública perante seus eleitores.

Por conseguinte, quanto ao direito de interpretar, opinar e criticar, para que esteja resguardado sob o pálio da legalidade, mister a presença dos seguintes elementos:

- a) a pessoa ou fato criticado deve ser de interesse público;
- b) a opinião ou a crítica não deve desbordar para ataques injuriosos, como xingamentos, palavrões etc.

No mesmo sentido se inclina a jurisprudência da União Europeia. O Tribunal de Justiça da União Europeia, no inédito julgamento onde reconheceu a existência do “direito ao esquecimento”, assentou que o direito à privacidade não é absoluto. Assim, a liberdade de expressão deverá prevalecer quando, por exemplo, o papel desempenhado por uma pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Portanto, a evolução da jurisprudência sobre a liberdade de expressão aponta para um tratamento distinto sobre a divulgação de fatos e dados, por um lado, e a opinião e a crítica, por outro. Essa distinção é de fundamental importância, de forma que o julgamento seja o mais equânime possível, a depender do caso concreto, visto se tratar de princípios muito caros ao estado democrático de direito.

Dentro desta mesma lógica, o Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014) claramente privilegia a liberdade de expressão. Logo no caput do art. 2º, o Marco Civil estabeleceu que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, (...)”.

A exclusão de conteúdo das redes sociais encontra-se regida no art. 19 do Marco Civil da Internet. O dispositivo reza o seguinte:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos

do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Nota-se, assim, que o art. 19 do Marco Civil começa com uma espécie de “exposição de motivos”: “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, revelando a importância dada pelo nosso legislador à liberdade de expressão. O provedor de aplicação somente será responsabilizado por conteúdo lesivo de terceiros caso não retire o conteúdo após uma ordem judicial. A contratiu sensu, o referido dispositivo impede que os provedores de aplicação realizem controle ou censura prévia sobre o conteúdo postado por seus usuários, sob pena de se macular os princípios constitucionais da liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento.

Consagrou-se em nosso sistema, a preponderância do direito à liberdade de expressão na internet como forma de combate à censura prévia, tal como se praticava na ditadura instaurada pelo golpe civil-militar de 1964, onde os conteúdos produzidos pela imprensa eram previamente censurados antes da sua publicação.

Além disso, o Marco Civil consigna a necessidade de ser obtida uma ordem judicial específica para a retirada de conteúdos lesivos à honra, imagem ou privacidade de terceiros. Parece-nos, portanto, que o nosso legislador optou por conceder uma proteção ampla aos provedores de aplicação, no mesmo sentido que goza a liberdade de imprensa, onde se exige uma ação judicial para responsabilização por conteúdo danoso, tal como previsto na lei nº. 13.188, de 11 de novembro de 2015, que dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social (BRASIL, 2015). Essa é a lógica acolhida pelo nosso constituinte originário, que assegurou o direito de resposta no inciso V do art. 5º, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, (BRASIL, 1988).

Já decidira o Superior Tribunal de Justiça que o “blogueiro” responde pelas matérias e artigos disponibilizados no blog. Ao proferir o seu voto, a ministra Nancy Andrighi fez uma distinção ao consignar que a atividade desenvolvida em um blog pode assumir duas naturezas distintas: (i) provedoria de informação, no que tange às matérias e artigos disponibilizados no blog por aquele que o mantém e o edita; e (ii) provedoria de conteúdo, em relação aos posts dos seguidores do blog, aplicando no caso a Súmula 221 do STJ, na hipótese de provedoria de informação, ou seja, quando posta ou aprova conteúdo seu ou de terceiros. Neste caso, o Tribunal entendeu que o blog seria um veículo de imprensa, e, portanto, sujeito ao disposto no enunciado da referida súmula, ou seja, “são civilmente

responsáveis pela reparação de dano derivado de publicação pela imprensa, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do respectivo veículo de divulgação” (BRASIL, 2013).

De todo o exposto, analisando a legislação e jurisprudência constitucional relativa à liberdade de expressão nas redes sociais, podemos concluir, portanto, que a exclusão de conteúdos da internet seria uma situação excepcional, sempre a posteriori da publicação, quanto a) o fato narrado ou pessoa criticada se referirem a um interesse exclusivamente privado; ou b) mesmo sendo de interesse público, não decorrerem de uma responsável apuração quanto à veracidade dos fatos; ou c) no caso de opinião ou crítica, desbordar para ataques injuriosos, como xingamentos, palavrões etc.

3.2. Da configuração de Estado de exceção por violação à legislação e jurisprudência no Inquérito das Fake News

Estabelecidas as referidas premissas, fica claro perceber como as decisões proferidas pelo STF no bojo do inquérito das Fake News violaram a jurisprudência do próprio STF em relação à liberdade de expressão pela configuração de censura prévia; criminalização da opinião e não relativização do direito à privacidade e à imagem em relação às pessoas/instituições públicas.

Em relação à suspensão de contas de usuários das redes sociais, resta caracterizada, de forma inequívoca, a desproporcionalidade e censura prévia perpetrada pela ordem judicial. Conforme vimos no capítulo anterior, o Marco Civil da Internet que expressamente privilegia a liberdade de expressão, determina que a exclusão de conteúdos deve decorrer de ordem judicial, sempre posteriormente à sua publicação. A ordem judicial deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente que permita a localização inequívoca do material (§ 1º do art. 19). O provedor de aplicações de internet deverá comunicar, ao usuário que teve o conteúdo excluído, os motivos e informações relativos à indisponibilização, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário (Art. 20.).

No inquérito das Fake News, o ministro Alexandre de Moraes determinou o bloqueio completo e total das páginas de usuários do Twitter, por exemplo (O ANTAGONISTA, 2021). Não houve, portanto, a indicação da especificação em relação ao conteúdo ilícito veiculado pelo perfil a ser excluído, o que, por si só, seria causa de nulidade da decisão por força do disposto no § 1º do art. 19 do Marco Civil acima mencionado. Além disso, a exclusão apriorística de contas de usuários

caracteriza censura prévia e criminalização da opinião, já que não houve a definição clara e precisa da ilicitude que justificaria a remoção de conteúdos já existentes e publicados, mas a exclusão de perfis que potencialmente poderiam publicar conteúdos ilegais.

O ministro Alexandre de Moraes também não respeitou a necessidade de prévia apreciação do Poder Judiciário quanto à ilicitude do conteúdo, tal como disposto no art. 19 do Marco Civil, ao transferir para a Procuradoria Geral da República e para a Polícia Federal a responsabilidade de determinar o que deveria ser removido (PODER360, 2021).

Ressalte-se ainda que muitas das críticas perpetradas que deram origem ao inquérito das Fake News foram direcionadas a pessoas ou instituições públicas, que, como vimos no tópico anterior, deveriam sofrer uma relativização dos seus direitos à privacidade e à intimidade, desde que a opinião ou a crítica não caracterizem ataques injuriosos, como xingamentos, palavrões etc. O inquérito das Fake News, na prática, blindou pessoas e instituições públicas de qualquer crítica, ainda que legítima.

Também o TSE adotou medidas semelhantes, flagrantemente inconstitucionais, com o pretenso objetivo de combater fake news relativamente às críticas dirigidas às urnas eletrônicas. Com efeito, o corregedor-geral da Justiça Eleitoral, ministro Luis Felipe Salomão, determinou que plataformas digitais suspendessem o repasse de valores oriundos de monetização às pessoas e às páginas, sob o argumento de que estariam propagando fake news. Determinou ainda que as plataformas vedem o uso de algoritmos que venham a sugerir ou indicar outros canais e vídeos de conteúdo político (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2021).

Trata-se de mais uma medida abusiva, em linha com o pragmatismo e consequencialismo jurídico reinante nas nossas cortes superiores. Ao impedir a monetização de conteúdos e a indicação desses canais e sites, o TSE tem o claro intuito de sufocar economicamente aqueles que apresentam críticas, bem como impedir o acesso ao conteúdo gerado, mesmo que potencialmente ofensivo. Fica, mais uma vez, caracterizada a censura prévia e criminalização da opinião, visto que não se admite a menor crítica às urnas eletrônicas, que seriam de absoluta segurança. O TSE, assim, arvorou-se em dono da verdade, não permitindo o menor debate a respeito.

Não se quer aqui, por outro lado, legitimar o exercício abusivo da liberdade de expressão e de comunicação. Ocorre que o nosso sistema jurídico já possui mecanismos para combater esse tipo de prática, através do exercício do direito de resposta tal como previsto na lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015, da

solicitação de exclusão de conteúdos clara e inequivocamente falsos observando-se o procedimento previsto no Marco Civil da Internet, a indenização por calúnia, injúria e difamação e até a responsabilização criminal por esses delitos.

O que nos preocupa é o Estado, através do Poder Judiciário, arvorar-se na condição de dono da verdade, determinando, inclusive, a censura prévia de conteúdo produzido por determinada pessoa. A censura prévia, além de vilipendiar o direito de informar, sonega o direito de a sociedade ser informada sobre diferentes versões ou teorias relativas a um fato, e assim, garantir o direito do indivíduo de avaliar de forma independente e autônoma essas versões e interpretações, atributo inerente à dignidade da pessoa humana. Tal foi a prática adotada por estados totalitários, como a Alemanha de Adolf Hitler, em que o chefe da propaganda Nazista, Goebbels, decretou o monopólio dos meios de comunicação para, assim, gerar um pensamento uniforme dentro da Alemanha, eliminando qualquer possibilidade de interpretação, opinião ou crítica (ENCICLOÉDIA DO HOLOCAUSTO, 2021)

Considerações finais

O estado de exceção caracteriza-se pela suspensão das garantias constitucionais e legais, pela abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário sob o argumento de defesa da própria ordem jurídica. É, nas palavras de Agamben, um "... círculo vicioso segundo o qual as medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam à sua ruína (AGAMBEN, p. 20).

No Inquérito das fake News, a Suprema Corte, ainda que com a intenção de "proteger a democracia" ou "a credibilidade do STF", conculcou o direito processual-penal-constitucional do país. Sob o pretexto de ser órgão de emancipação e promotor máxime das liberdades, o órgão de cúpula do Poder Judiciário arvorou-se para si o papel de guardião da democracia. Mas "uma 'democracia protegida' não é uma democracia" (AGAMBEN, p. 30).

Em relação ao procedimento adequado para se apurar eventual crime contra a honra dos ministros do Supremo e de seus familiares, dever-se-ia apresentar queixa-crime contra os supostos autores, ou mesmo representação, quando cabível. Se não houvesse elementos probatórios mínimos para substanciar o início de uma ação penal, o correto seria provocar a autoridade policial para a instauração do inquérito penal, ou mesmo diretamente junto ao Ministério Público, que poderia requisitar a abertura do inquérito ou instaurar um procedimento de investigação criminal (PIC), nesse último caso, se crimes apurados fossem de

natureza pública. Jamais, portanto, a solução seria um processo instaurado diretamente no STF, salvo se houvesse agentes com prerrogativas de foro. E, mesmo assim, a iniciativa não poderia ser do presidente ou de qualquer outro membro do Tribunal.

O que o inquérito quis realizar é punir os antagonistas da Corte Suprema, decretando medidas cautelares reais e pessoais que são um fim em si mesmas. As sentenças já vieram no Inquérito, travestidas de buscas e apreensões, indisponibilidades de bens, suspensões de redes sociais e prisões preventivas. É o estado de exceção decretado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Analisando a legislação e jurisprudência constitucional relativa à liberdade de expressão nas redes sociais, podemos concluir que a exclusão de conteúdos da internet deveria ser tratada como uma medida extrema e excepcional, sempre a posteriori da publicação, quanto: a) o fato narrado ou pessoa criticada se referirem a um interesse exclusivamente privado; ou b) mesmo sendo de interesse público, não decorrerem de uma responsável apuração quanto à veracidade dos fatos; e c) no caso da interpretação dos fatos, opinião e crítica, desbordar para ataques injuriosos, como xingamentos, palavrões etc.

Neste mesmo sentido o Marco Civil da Internet consagra de forma expressa a liberdade de expressão em detrimento da censura, ao estabelecer no caput do art. 2º que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, (...)”, bem como resguardando no art. 19 que o provedor de aplicações de internet somente será responsabilizado por conteúdos lesivos postados por terceiros no caso de deixar de cumprir ordem judicial específica para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Constata-se, perante a hermenêutica constitucional da liberdade de expressão precedente, que decisões proferidas pelo ministro Alexandre de Moraes no bojo do inquérito das Fake News vão em sentido diametralmente oposto à jurisprudência, praticando censura prévia, criminalização da opinião e não relativização do direito à privacidade e à imagem em relação às pessoas e instituições públicas.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. [S. 1.: s. n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL, 1994. LEI nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). [S. 1.], 4 jul. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL, 2009. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14. DJE 26 de 9-2-2009, p. 1.

BRASIL, 2011. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AP 628 DF 2010/0042090-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, CE - CORTE ESPECIAL. Data de Julgamento: 12/05/2011. 1AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA-CRIME POR CALÚNIA, INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. NOTÍCIA PUBLICADA NO SÍTIO ELETRÔNICO DA PGR ACERCA DE DENÚNCIA OFERECIDA PELO MPF. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. NOTÓRIO ANIMUS NARRANDI. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. QUEIXA REJEITADA. Data de Publicação: DJe 17/10/2011)

BRASIL, 2013. REsp: 1381610 RS 2013/0061353-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/09/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIREITO CIVIL. INTERNET. BLOGS. NATUREZA DA ATIVIDADE. INSERÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA. RESPONSABILIDADE DE QUE MANTÉM E EDITA O BLOG. EXISTÊNCIA. ENUNCIADO Nº 221 DA SÚMULA/STJ. APLICABILIDADE. Data de Publicação: DJe 12/09/2013)

BRASIL. LEI nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. [S. 1.], 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL, 2014a. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ARE 722744 DF. 2014. Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgamento. 19 de fevereiro de 2014. EDITORA ABRIL S/A E OUTRO(A/S), ALEXANDRE FIDALGO E OUTRO(A/S), ANA PAULA FULIARO, JOAQUIM DOMINGOS RORIZ, MARCELO DO NASCIMENTO CARVALHO PEREIRA, FERNANDA SCARPELLI, DIEGO ESCOSTEGUY. DJe-049 DIVULG 12/03/2014. PUBLIC 13/03/2014.

BRASIL, 2014b. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp: 1328914 DF 2012/0058065-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento:

11/03/2014, T3 - TERCEIRA TURMA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÕES EM BLOG DE JORNALISTA. CONTEÚDO OFENSIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE IMPRENSA. ABUSOS OU EXCESSOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 186, 187 e 927 DO CÓDIGO CIVIL. Data de Publicação: DJe 24/03/2014.

BRASIL. LEI nº 13.188, de 11 de novembro de 2015. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. [S. l.], 12 nov. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13188.htm.

Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL, 2019. LEI nº 13.869 de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). [S. l.], 5 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Teoria Constitucional e Exceção Permanente: Uma Categoria para a Teoria Constitucional no Século XXI. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009. 198 p.

ENCICLOÉDIA DO HOLOCAUSTO (ed.). PROPAGANDA E CENSURA NAZISTAS. Internet, 2021. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/nazi-propaganda-and-censorship>. Acesso em: 21 nov. 2021

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade, Atlas. 2001

HERVADA, Javier, Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito”, 2008, MARTINS FONTES.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20%20-%20Hesse.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro. Claudia R. de Moraes Piovezan organizadora. 1ª ed. Londrina, PR: Editora E.D.A - Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

LE MOS, Ronaldo, DIREITO, TECNOLOGIA E CULTURA, 2005, disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2190/Ronaldo%20Lemos%20-%20Direito%20Tecnologia%20e%20Cultura.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Niterói, RJ: Impetus, 2013.
LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019 (Brasília, DF). Petição Nº 509/2019. Inquérito Nº 4.781. Raquel Elias Ferreira Dodge. 16 de abril de 2019. [S. l.], 16 abr. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020. Mônica Nicida Garcia. Septuagésima terceira sessão ordinária da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR), de 9 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/diarios-e-boletins/diario-eletronico-dmpf-e/2020/DMPF-EXTRAJUDICIAL-2020-06-24.pdf>. Acesso em 22 nov. 2021.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística, 1997, Editora FTD;

NUNZIATO. Dawn C. Virtual Freedom. Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age. Stanford: Stanford Law Books. 2009.

O ANTAGONISTA. Twitter bloqueia conta de Otoni de Paula: O deputado bolsonarista é alvo do inquérito aberto pelo ministro Alexandre de Moraes para investigar o planejamento de atos violentos contra o Supremo. O Antagonista, [S. l.], p. online, 21 ago. 2021. Disponível em: <https://www.oantagonista.com/brasil/twitter-bloqueia-counta-de-otoni-de-paula/>. Acesso em: 19 out. 2021.

PODER360. Google e Twitter falam em “censura prévia” em decisões de Moraes: Ministro mandou bloquear perfis pró-governo às vésperas de atos de 7 de Setembro. Poder 360, [S. l.], p. <https://www.poder360.com.br/>, 22 set. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/midia/google-e-twitter-apontam-possivel-censura-previa-em-ordens-de-moraes/>. Acesso em: 19 out. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Corregedor do TSE determina que plataformas digitais suspendam repasses financeiros a páginas que propagam desinformação: Decisão do ministro Luis Felipe Salomão foi dada nesta segunda (16), na análise de pedidos de delegada da Polícia Federal. Notícias do TSE,

<https://www.tse.jus.br/>, p. s/n, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Agosto/corregedor-do-tse-determina-que-plataformas-digitais-suspendam-repasses-financeiros-a-paginas-que-propagam-desinformacao>. Acesso em: 19 out. 2021.

UNIÃO EUROPEIA, 2014. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2.º, 4.º, 12.º e 14.º – Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7.º e 8.º. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-ue-google-direito-esquecimento.pdf> Acesso em: 30/08/2021.

