

# O BRASIL QUE QUEREMOS AINDA CABE NA CONSTITUIÇÃO QUE TEMOS?

ROBERTA CAMINEIRO BAGGIO (ORG.)

ALEXANDRE VERONESE  
ANA PAULA MOTTA COSTA  
ANTONELLA GALINDO  
CECÍLIA CABALLERO LOIS  
FABIANO ENGELMANN  
GABRIEL CAMPOS SOARES DA FONSECA  
GISELE CITTADINO  
KATYA KOZICKI  
MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA  
MARIA DA GLORIA BONELLI  
MARIA PIA GUERRA  
MARÍLIA DE NARDIN BUDÓ  
PABLO DOMINGUES DE MELLO  
ROGER RAUPP RIOS  
STANLEY SOUZA MARQUES  
VANESSA DORNELES SCHINKE  
VERA KARAM DE CHUEIRI  
YNGRID ALGARVE VIZZOTTO

O BRASIL QUE QUEREMOS  
AINDA CABE NA CONSTITUIÇÃO  
QUE TEMOS?

**Reitor**

Marcos Sfair Sunye

**Vice-Reitora**

Camila Girardi Fachin

**Pró-Reitora de Extensão e Cultura**

Andréa Berriel Mercadante

**Coordenador da Editora UFPR**

Francisco Roberto Szezech Innocência

**Assessora da Editora UFPR**

Rachel Cristina Pavim

**Conselho Editorial que aprovou este livro**

Rodrigo Tadeu Gonçalves (presidente)

Alex Soria Medina

Angela Maria Hoffmann Walesko

Cristina Gonçalves de Mendonça

Diomar Augusto de Quadros

Fabrcio Schwanz da Silva

Fernando Cerisara Gil

Ida Chapaval Pimentel

Jane Mendes Ferreira Fernandes

João Damasceno Martins Ladeira

Kádima Nayara Teixeira

Miguel Gualano de Godoy

Renato Goldenberg

Rubia Carla Formighieri Giordani

Sérgio Luiz Meister Berleze

# O BRASIL QUE QUEREMOS AINDA CABE NA CONSTITUIÇÃO QUE TEMOS?

ROBERTA CAMINEIRO BAGGIO (ORG.)

ALEXANDRE VERONESE  
ANA PAULA MOTTA COSTA  
ANTONELLA GALINDO  
CECÍLIA CABALLERO LOIS  
FABIANO ENGELMANN  
GABRIEL CAMPOS SOARES DA FONSECA  
GISELE CITTADINO  
KATYA KOZICKI  
MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA  
MARIA DA GLORIA BONELLI  
MARIA PIA GUERRA  
MARÍLIA DE NARDIN BUDÓ  
PABLO DOMINGUES DE MELLO  
ROGER RAUPP RIOS  
STANLEY SOUZA MARQUES  
VANESSA DORNELES SCHINKE  
VERA KARAM DE CHUEIRI  
YNGRID ALGARVE VIZZOTTO

# O BRASIL QUE QUEREMOS AINDA CABE NA CONSTITUIÇÃO QUE TEMOS?

## Coordenação da Seção de Produção Editorial

Daniele Soares Carneiro

## Revisão

Maria Cristina Perigo

## Revisão final

Da organizadora

## Projeto gráfico, capa e editoração eletrônica

Gabrielle Beatriz de Paula Assunção

Série Pesquisa, n. 460

Universidade Federal do Paraná. Sistema de Bibliotecas.

Biblioteca Central — Seção de Processo Técnico

---

B823 O Brasil que queremos ainda cabe na constituição que temos?  
/ Roberta Camineiro Baggio (org.). – Curitiba, PR: Ed. UFPR,  
2025.

268 p. : il. ; 21 cm. (Série pesquisa, n. 460)

Referências: 260-263.

Vários autores.

ISBN 978-85-8480-284-5

1. Direito constitucional. 2. Democracia. 3. Direitos funda-  
mentais. I. Baggio, Roberta Camineiro. II. Título. III. Série.

CDD: 342.81

CDU: 342 (81)

---

Bibliotecária: Ana Camila Quaresma Moura CRB-9/2212

ISBN 978-85-8480-284-5

Ref. 1162

## Direitos desta edição reservados à

### Editora UFPR

Rua Ubaldino do Amaral, 321

80060-195 – Curitiba – Paraná – Brasil

www.editora.ufpr.br

editora@ufpr.br

2025

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO / 8

## PARTE I — DEMOCRACIA E BLOQUEIOS INSTITUCIONAIS / 17

A CONSTITUIÇÃO NAS TRINCHEIRAS DA DEMOCRACIA RADICAL / 19

Katya Kozicki

Vera Karam de Chueiri

DEMOCRACIA E AUTORITARISMO: ARMADILHAS DO PROCESSO CONSTITUINTE BRASILEIRO / 33

Roberta Camineiro Baggio

A CONSTITUIÇÃO DOS CIDADÃOS: PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NO PROCESSO POLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 / 57

Cecília Caballero Lois

## PARTE II — DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO / 67

INSTITUIÇÕES JUDICIAIS E DEMOCRACIA NO BRASIL PÓS-1988 / 69

Fabiano Engelmann

CONSTITUIÇÃO DE 1988 E PROFISSÕES JURÍDICAS: 30 ANOS / 81

Maria da Gloria Bonelli

PODER JUDICIÁRIO, ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA / 93

Gisele Cittadino

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A APOSTA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DO OTIMISMO AO PESSIMISMO / 101

Maria Pia Guerra

A PELEJA PELA BALZAQUIANA CONTRA O SEU RÉQUIEM HERMENÊUTICO / 123

Antonella Galindo

## PARTE III — DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS / 137

ENCARCERAMENTO DE MULHERES: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA / 139

Vanessa Dorneles Schinke

DESMILITARIZAÇÃO DA POLÍCIA: UM DEBATE SOBRE SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NAS TRÊS DÉCADAS DE CONSTITUIÇÃO CIDADÃ / 153

Yngrid Algarve Vizzotto

Pablo Domingues de Mello

Marília de Nardin Budó

PENSANDO PATERNIDADES E MATERNIDADES NO MARCO DO PARADIGMA DEMOCRÁTICO DA  
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 / 173  
Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira  
Stanley Souza Marques

OS DIREITOS DOS ADOLESCENTES APÓS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 / 197  
Ana Paula Motta Costa

PRETOS E PARDOS NAS AÇÕES AFIRMATIVAS: DESAFIOS E RESPOSTAS DA AUTODECLARAÇÃO  
E DA HETEROIDENTIFICAÇÃO / 217  
Roger Raupp Rios

O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET: A LEI Nº 12.965/2014 E  
O SEU REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR CONTEÚDOS DE TERCEIROS / 243  
Alexandre Veronese  
Gabriel Campos Soares da Fonseca

SOBRE OS AUTORES E AS AUTORAS / 265

# APRESENTAÇÃO

A Constituição de 1988 viabilizou a reestruturação tanto da dinâmica institucional como social do Brasil, colocando-se como o principal marco transicional para a democracia depois de um regime ditatorial de mais de 20 anos.

A despeito de toda a conjuntura transicional, a Constituição de 1988 ocupou um lugar de legitimidade como um marco de encerramento do período autoritário, dando condições estruturais de viabilização de uma democracia constitucional que alcançou um patamar de força normativa indiscutível até a crise política que precedeu o aniversário de seus 30 anos.

Diferente de outras crises enfrentadas após a aprovação da Constituição de 1988, como o *impeachment* de Fernando Collor, primeiro presidente eleito pelo voto direto depois da redemocratização, as crises políticas mais recentes vêm ameaçando premissas básicas da democracia no país que dizem respeito às condições de funcionamento do Estado de Direito, como a garantia de direitos fundamentais e a lisura do sistema político e de seus processos eleitorais.

A responsabilidade acadêmica em compreender essa crise foi o que mobilizou o grupo de pesquisa *Constitucionalismo na América Latina*, em 2018, a tomar iniciativas de promoção de debates acerca da conjuntura constitucional contemporânea. Com esse propósito, *O Brasil que queremos ainda cabe na Constituição que temos?* foi a principal pergunta feita por ocasião de um congresso sobre os 30 anos da Constituição de 1988 — ocorrido em 2018, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) — e que agora dá nome a esta coletânea de artigos.

O desafio de fazer um balanço de mais de três décadas de existência da Constituição de 1988, em meio ao atual contexto, se dá pela insuficiência da identificação de avanços, retrocessos ou ajustes necessários para seguir o desiderato do projeto constitucional. Ainda que esse tipo de análise siga sendo essencial, os desafios impostos pela conjuntura impõem a produção de algum tipo de compreensão sobre as condições de continuidade do próprio projeto constitucional.

Os textos aqui reunidos apresentam análises dos dois tipos e se entrelaçam no debate sobre a democracia. O livro, dividido em três partes

— *Democracia e bloqueios institucionais, Democracia e poder judiciário e Democracia e direitos fundamentais* —, reúne 16 professores das áreas de direito, ciência política e sociologia de 11 universidades brasileiras, estando representados nove Programas de Pós-Graduação em Direito, um Programa de Pós-Graduação em Ciência Política e um Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais.

Na primeira parte do livro, o debate gira em torno de duas grandes questões: a exigência de construção de condições institucionais para o exercício de uma democracia constitucional com o protagonismo popular e a identificação das consequências dos bloqueios institucionais que, na sua funcionalidade, mantém passado e presente interligados, desafiando o surgimento de novas análises e posicionamentos que apontem para a possibilidade de continuidade do atual projeto constitucional.

No primeiro capítulo, intitulado *A Constituição nas trincheiras da democracia radical*, Katya Kozicki e Vera Karam de Chueiri partem de uma compreensão de democracia como democracia radical para propor a ressignificação dos compromissos constitucionais. O diagnóstico inicial das autoras é o de que a teoria constitucional “aprisiona” a democracia dentro do constitucionalismo impedindo processos contínuos de legitimação da Constituição. A reversão desse quadro exige outras práticas institucionais, mecanismos “[...] através dos quais o poder constituinte possa ser exercido de maneira mais ou menos constante. Uma forma democrática de constitucionalismo pressupõe também a defesa de mecanismos de participação democrática nas transformações constitucionais”. Nesse sentido, as autoras vinculam o resgate do protagonismo institucional da soberania popular, ou ainda, do poder constituinte como a recuperação da dignidade da política e a possibilidade real de inclusão do povo nos processos de transformação e legitimação da Constituição.

O segundo capítulo, *Democracia e autoritarismo: armadilhas do processo constituinte brasileiro*, propõe, dentro de um cenário da história do constitucionalismo na América Latina, uma reflexão sobre a fragilidade do projeto constituinte como uma estratégia transicional que apostou em uma narrativa de futuro contribuindo para o não enfrentamento dos crimes cometidos pelo Estado brasileiro durante a ditadura de 1964 e para a manutenção de um legado autoritário. O enfrentamento do autoritarismo do regime ditatorial de 1964 teria sido uma oportunidade de enfrentamento e não necessariamente de superação desse legado autoritário vinculado

ao próprio processo colonizatório. Perdida tal oportunidade, o passado reencontra o presente na constatação de que as crises políticas mais recentes parecem “[...] indicar que alguns sinais históricos foram ignorados e o não enfrentamento do nosso arraigado e persistente autoritarismo voltou a bater em nossa porta”, colocando em risco os avanços democráticos conquistados nas últimas décadas.

No sentido de que as condições do passado incidem na determinação do presente, o terceiro texto, *A Constituição dos cidadãos: participação das mulheres no processo político da Constituição de 1988*, de Cecília Caballero Lois, articula a análise da sub-representatividade das mulheres na constituinte — especialmente na Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo e na subcomissão do Poder Judiciário, onde o rol de legitimados para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade foi definido — com os resultados das demandas vinculadas aos direitos das mulheres que foram submetidas à jurisdição constitucional. O resultado dessa análise mostra que o acesso seletivo das mulheres à jurisdição constitucional brasileira afetou diretamente o reconhecimento da ampliação de direitos das mulheres e, consequentemente, o combate à sua condição de vulnerabilidade. A conclusão da autora é que é necessário enfrentar o

[...] mito que se formou em torno da assembleia constituinte, como um momento histórico democrático e plural, pois a democracia responsável por refundar o atual modelo de Estado é aquela que operou, e ainda opera, por meio de obstáculos que negam paridade de participação a determinados grupos sociais, inclusive os 50% da população composto por mulheres.

A segunda parte do livro trata da relação entre *Democracia e poder judiciário* e dedica-se a um estudo mais apurado sobre o protagonismo adquirido pelo poder judiciário e suas consequências nas últimas décadas.

O primeiro texto, *Instituições judiciais e democracia no Brasil pós-88*, de Fabiano Engelmann, aprofunda o debate sobre os vínculos entre democracia e judicialização da política fazendo um importante percurso histórico de identificação das pesquisas desenvolvidas sobre o tema no Brasil e problematizando o alcance de interpretações em contextos como o do Brasil em que predominam “[...] padrões históricos de autoritarismo nas relações entre os grupos políticos e sociais”. Com o propósito de alertar sobre alguns efeitos da intensificação da judicialização da política,

muitas vezes festejados nas análises teóricas como avanços do processo democrático, o autor chama a atenção para a possibilidade do que denominou “efeito bumerangue”, questionando “[...] em que medida os próprios avanços em termos de independência e autonomia do Judiciário obtidos com a democracia podem ser postos em xeque como resultado do alargamento da ‘judicialização da política’”.

Paradoxos como esse, levantados por Fabiano Engelmann, podem estar diretamente relacionados com o modo como os profissionais do direito passam a buscar uma redefinição de seus papéis em meio ao atual contexto de crise, como mostra o trabalho de Maria da Glória Bonelli, *Constituição de 1988 e profissões jurídicas: 30 anos*. A partir de uma análise sociológica das profissões jurídicas no Brasil, a autora analisa a hibridação entre o modelo tradicional do profissionalismo cívico e um modelo padronizado global, resultado do impacto da globalização no mundo do direito. Se, por um lado, esse processo fragiliza as identidades profissionais construídas por ocasião da redemocratização do país, por outro, a autora vê na atual crise política uma “[...] possibilidade de retomada do papel tradicional desses profissionais como defensores da sociedade”. Diante desse cenário, portanto, haveria um reforço do “[...] papel cívico das profissões jurídicas, seja como resposta às transformações da cultura dos negócios, seja enfatizando o bem comum sem perder de vista os interesses específicos”.

O terceiro capítulo da segunda parte do livro, intitulado *Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia*, de Gisele Cittadino, analisa a relação entre o protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF) e as exigências de manutenção das condições democráticas. A preocupação da autora é que a cidadania ativa não se perca em meio ao ativismo do STF sob pena de uma substituição da vontade popular e do “[...] retorno ao histórico autoritarismo presente na cultura política do país”.

Na sequência, Maria Pia Guerra, no texto *A Constituição Federal de 1988 e a aposta na jurisdição constitucional: do otimismo ao pessimismo*, reflete sobre o papel da jurisdição constitucional em uma perspectiva histórica. A autora analisa empiricamente os discursos de comemoração das três décadas de Constituição, constatando como “eixo aglutinador” das diversas narrativas até a segunda década, a “crença na jurisdição constitucional” que, para ela, significou uma aposta nesse mecanismo como estratégia de sustentação do regime democrático. Tal aposta, na opinião da autora, ocorreu sem a devida compreensão da dinâmica institucional

de transformação social e os reflexos de seu equívoco podem começar a ser observados na mudança de tom em relação ao trigésimo aniversário do texto constitucional quando, ainda que de modo tímido, passam a surgir alguns questionamentos quanto à “viabilidade do projeto constitucional”.

Por fim, o último capítulo da segunda parte, *A peleja pela balzaquiana contra o seu réquiem hermenêutico*, de Antonella Galindo, também nos proporciona um percurso histórico-normativo do texto constitucional de 1988 aplicando às transformações do texto constitucional a classificação ontológica de Karl Loewenstein. Na opinião do autor, não há dúvida de que a Constituição de 1988 inaugura sua trajetória com características conjunturais próprias de uma constituição nominal e se encaminha a um modelo de constituição normativa. Essa trajetória, contudo, não se consolida e o principal fator está relacionado com o aumento do protagonismo do poder judiciário e sua hermenêutica constitucional que desrespeitam a dinâmica entre os poderes constituídos, no mesmo sentido colocado pelos artigos antecessores. O risco é que “[...] esse fortalecimento do protagonismo judicial pode paradoxalmente conduzir a um constitucionalismo semântico no modelo loewensteiniano”.

Na terceira parte do livro, *Democracia e direitos fundamentais*, está o ponto de encontro dos blocos anteriores. Se, por um lado, as dificuldades político-institucionais do processo constituinte contribuíram para o bloqueio de uma condição de participação política mais ampla e inclusiva que se reafirma diante das novas tecnologias, os avanços em termos de inclusão social não chegaram a todos, especialmente aos grupos minoritários. A reafirmação dessa exclusão ocorre, muitas vezes, pela aquiescência do próprio sistema de justiça.

O capítulo que inaugura a última parte, *Encarceramento de mulheres: a Constituição Federal e criminalização da miséria*, de Vanessa Dorneles Schinke, revela a desfuncionalidade do sistema de justiça que, através da política de drogas, “[...] afeta de forma desproporcional as mulheres, [...] perpetuando um círculo vicioso de pobreza e envolvimento com mercados de drogas e encarceramento”.

Na sequência, Yngrid Algarve Vizzotto, Pablo Domingues de Mello e Marília de Nardin Budó, autores do texto *Desmilitarização da polícia: um debate sobre segurança pública como direito fundamental nas três décadas de constituição cidadã*, propõem uma reflexão sobre a desmilitarização das forças policiais no Brasil como caminho de enfrentamento dos altos índices

de letalidade policial no Brasil que, cada vez mais, se coloca como um bloqueio a direitos e garantias constitucionais, vitimando ao mesmo tempo policiais e civis. Conscientes de que os problemas estruturais da sociedade brasileira, sobretudo a questão racial, se refletem diretamente nos índices de violência policial, a proposta dos autores é alcançar uma desmilitarização para que se possa “[...] evitar a perpetuação do genocídio das populações negras e periféricas, buscando efetivar a atividade policial não como uma guerra ao inimigo, que exclui a alteridade e gera antagonismo entre atuação policial e cidadania”, mas como um serviço público destinado “[...] a preservar vidas civis e policiais, elevando a segurança pública ao *status* efetivo de direito fundamental”. Assim como no artigo anterior, a análise da centralidade do sistema penal como um mecanismo seletivo de controle social e de manutenção de hierarquias reflete diretamente na violência da atuação policial que se protege no legado autoritário de um *modus operandi* militarizado que lamentavelmente se destaca como um forte fator de bloqueio da cidadania. A desmilitarização das polícias, nesse sentido, teria como fundamento o próprio desiderato constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O artigo *Pensando paternidades e maternidades no marco do paradigma democrático da Constituição brasileira de 1988*, de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Stanley Souza Marques, é um convite à reflexão sobre a construção da identidade constitucional a partir do reconhecimento constitucional da paternidade. Se, por um lado, a discrepância constitucional ao prever cinco dias de licença-paternidade e cento e vinte de licença-maternidade, indica a mera reprodução dos papéis sociais hierarquicamente demarcados, por outro lado, o reconhecimento da licença-paternidade pela primeira vez no texto constitucional na avaliação dos autores, “[...] tensiona concepções da paternidade que correlacionam o ‘ser pai’ com o ‘ser provedor’ e, em alguma medida, também subverte modelos tradicionais de maternidade”.

Um dos temas que mais gerou expectativas quanto aos seus desdobramentos constitucionais foi a proteção das crianças e adolescentes, sobretudo, após a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990. O balanço constitucional desse tema está no capítulo *Os direitos dos adolescentes após 30 anos da Constituição Federal de 1988*, de Ana Paula Motta Costa. Na avaliação a autora analisa avanços e retrocessos quanto à

efetivação dos direitos dos adolescentes identificando a vulnerabilidade histórica a que estão submetidos, sobretudo, os jovens negros das periferias:

[...] evidenciam-se dois dentre os infinitos componentes da violência sofrida pela juventude brasileira: a violência negativa de direitos e a violência simbólica permeada pelas representações sociais e pelos estigmas depreciativos da condição adolescente, sobretudo quando vinculada à pobreza.

A aprovação da redução da maioria penal pela Câmara de Deputados e em análise no Senado Federal é a materialização dessa violência que afronta diretamente o projeto constitucional de 1988.

A questão racial, presente em alguns dos textos da última parte, é analisada de forma mais aprofundada no capítulo *Pretos e pardos nas ações afirmativas: desafios e respostas da autodeclaração e da heteroidentificação*, de Roger Raupp Rios. O autor debate as técnicas de identificação racial adotadas nas políticas públicas que implementam ações afirmativas. Além de reconhecer na autodeclaração o modo mais legítimo de reconhecimento identitário, o autor atribui às comissões de verificação de autodeclaração um importante papel de aperfeiçoamento da política pública, ainda que permeado por riscos inerentes aos tensionamentos sociais próprios do tema. Nesse sentido, o trabalho das comissões pode significar um aprofundamento do projeto constitucional de 1988, mostrando-se absolutamente necessárias,

[...] dada a expertise requerida na concretização da política pública, num ambiente onde a mestiçagem, em vez de superar de modo igualitário e respeitoso as diferenças e a diversidade étnico-racial, institui novas e mais aprimoradas hierarquias sociais. Aos agentes públicos e aos operadores do direito cabem desmarranhar esses nós, tecendo encontros e cruzamentos desprezados de opressão e comprometidos com o horizonte da justiça e da paz étnico-raciais.

Por fim, o debate que encerra o livro coloca um desafio a todo regime que se pretenda democrático: a garantia das condições de liberdade de expressão e igualdade de participação no cenário de consolidação das novas tecnologias. O trabalho *O direito à liberdade de expressão no marco civil da internet: a lei nº 12.965/2014 e o seu regime de responsabilidade civil por conteúdo de terceiros*, de Alexandre Veronese e Gabriel Campos

Soares da Fonseca, enfrenta a questão dos desafios das novas tecnologias e da liberdade de expressão a partir da aprovação do Marco Civil da Internet (MCI). Para os autores, “[...] o debate brasileiro buscou uma solução inovadora em comparação aos demais países, pois depositou a solução no cerne de um processo judicial, o qual — ao menos em tese — será pautado por outros direitos, tal como o direito ao contraditório e à ampla defesa”. O alerta dos autores, no entanto, é para o fato de que no cenário atual essa solução pode desembocar em uma judicialização do debate, reforçando ainda mais as críticas correntes acerca do protagonismo judicial.

Os textos reunidos neste livro não respondem totalmente à pergunta que dá origem a esta obra, mas fornecem algumas pistas importantes para que em algum momento possamos respondê-la não só como acadêmicos, mas também no exercício de uma soberania popular que possa constituir-se em um processo amplo, inclusivo e democrático.

Este livro contém também o testemunho da efemeridade da vida e, por isso, se converteu em um espaço de homenagem à jovem constitucionalista Cecília Caballero Lois, que prematuramente nos deixou em março de 2019. Cecília palestrou no já referido Congresso de 2018, que deu início às reflexões aprofundadas nessa publicação, compartilhando com o público os resultados de uma de suas belíssimas pesquisas realizadas no âmbito da iniciação científica na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e que estão transcritos neste livro tal qual apresentados por ela. Naquela ocasião, entre afagos e promessas de dar continuidade ao diálogo que iniciamos ainda quando fui sua orientanda de doutorado, jamais imaginei chegar ao final desta publicação sem ela. Se, por um lado, sua perda irreparável contribui para entristecer mais ainda os dias que seguem, por outro, seu legado nos inspira e impulsiona a seguir em frente com a cabeça erguida e a avidez de sempre “nadar contra a maré” para mostrar que a pesquisa não se faz com obviedades, mas com o exercício diário de nossa autenticidade. Afinal, como disse Manoel de Barros, *Poesia é voar fora da asa*.

Roberta Camineiro Baggio  
Porto Alegre, abril de 2024



# PARTE I

DEMOCRACIA E BLOQUEIOS INSTITUCIONAIS



# A CONSTITUIÇÃO NAS TRINCHEIRAS DA DEMOCRACIA RADICAL

KATYA KOZICKI  
VERA KARAM DE CHUEIRI

*Law is a prestigious symbol, whereas politics tends to be a dirty work. Law is stability; politics is chaos. Law is impersonal; politics is personal. Law is given; politics is free choice. Law is reason; politics is prejudice and self-interest; politics is who gets there first with the most.*

(Pritchett, 1969, p. 31)

*The fabric of American Empire ought to rest on the solid basis of THE CONSENT OF THE PEOPLE. The streams of national power ought to flow from that pure, original fountain of all legitimate authority.*

(Hamilton, 2009, p. 52)

## INTRODUÇÃO

As duas citações que abrem este capítulo revelam seu enredo. A primeira traz a ideia, bastante disseminada, da política como algo caótico, imprevisível, essencialmente incontrolável. Em oposição, o direito seria estável, determinado, um instrumento apto a gerar certezas. Nas palavras de Derrida (1996, p. 84): “[...] *it is because there is chaos there is a necessity for stability*”. O direito como instrumento privilegiado de estabilização, de contenção e, também, de controle do político. Já a segunda marca a ideia do fundamento do poder e da origem da autoridade legítima, precisamente o poder soberano do “povo”, um poder absoluto.

Se trouxermos essas ideias para a relação entre democracia (política) e constitucionalismo (direito) poderíamos dizer que o constitucionalismo

significa restringir a soberania popular através da Constituição. Entretanto, nada disso seria suficiente sem a contrapartida democrática. A democracia tenciona com o constitucionalismo a todo tempo e, assim, o renova através da aplicação e vivência da Constituição. Conforme Post e Siegel (2007, p. 2), o constitucionalismo democrático “[...] is a model to analyze the understandings and practices by which constitutional rights have historically been established in the context of cultural controversy”. Eles também partem do desacordo, “[...] as a normal condition to the development of constitutional law” (Post; Siegel, 2007, p. 2). De fato, qualquer tentativa de evitar o desacordo ameaça a democracia e o constitucionalismo ou, melhor, a política e o direito.

Neste sentido, a Constituição e o constitucionalismo moderno, de maneira geral, servem como limitadores da vontade popular, de maneira que a tensão entre o constitucionalismo e a democracia também pode ser percebida como a tensão entre duas necessidades opostas: fechamento e abertura. Segundo Roberto Gargarella (2008, p. 30), comentando a metáfora proposta por Jon Elster em *Ulisses e as sereias*, “[...] do mesmo modo que Ulisses pode ganhar liberdade, ao invés de perdê-la, ao se incapacitar para certas ações, uma sociedade também pode expandir suas capacidades ao se autoimpor limites”. O papel da Constituição seria, de acordo com esta perspectiva, o de impor limites capacitadores sobre os poderes de autogoverno da sociedade.

Pois bem, para sustentar o enredo desta narrativa é necessário voltar ao problema da fundação, do fundamento moral da própria ideia de democracia e de direitos. A partir da explicitação desse fundamento pretendemos também explorar a questão do sujeito constitucional na perspectiva de que a Constituição é sempre um *work in progress*, cujo texto se abre e é ressignificado a todo momento.

A democracia é tomada, inúmeras vezes, como um valor em si mesma. Mas por que é importante tomar decisões de forma democrática? Na resposta a esta pergunta surgem também várias outras questões correlatas: qual a relação que se estabelece entre Constituição/direitos e soberania popular? Uma vez criado o texto constitucional, o que resta do poder constituinte e quem são os atores envolvidos no processo de reconstrução e ressignificação dos compromissos constitucionais? O que resta da vontade popular, soberana, como intérprete constitucional? Qual é o papel dos juristas e das cortes nessa construção?

Muito se fala em compromissos constitucionais e de direitos “entrincheirados” no texto constitucional. Nosso argumento se encontra

precisamente no outro lado do problema, ou seja, como resgatar e ressignificar os compromissos democráticos presentes na ordem constitucional? Como ressignificar a Constituição nas trincheiras da democracia, entendida esta como democracia radical?

Dessa forma, este texto se estrutura na apresentação de três eixos distintos mas inter-relacionados no tratamento do tema exposto: 1. a noção de democracia, entendida aqui como democracia radical e plural, que constitui o arcabouço teórico do qual estamos partindo; 2. a simetria valorativa das noções de democracia e direitos individuais, tomando a noção de igualdade pública como fundamento moral de ambas; e 3. assumindo a noção de que a democracia contém, sim, limites, a questão da identidade do sujeito constitucional e da recuperação dos compromissos democráticos, pautados pela ideia de soberania popular, no âmbito da democracia constitucional. Perpassa todo o texto a perspectiva de que não existe uma resposta certa, quer para a democracia, quer para o direito.

## DEMOCRACIA RADICAL: PARA COMEÇAR

A democracia se caracteriza por uma grande fluidez, uma profunda indeterminação de sentido ou inexistência de um sentido único dada a coexistência, nas sociedades contemporâneas, de valores diversos, de diferentes concepções de bem. Se as democracias contemporâneas são razoavelmente capazes de conviver com a diferença, ainda assim elas não reconhecem o outro em toda a sua significação, bem como tratam a diferença e a diversidade como desvalores, situações a serem toleradas, já que não podem ser superadas, dentro do espírito liberal de respeito e tolerância. O outro, nesta lógica, já não é o inimigo a ser eliminado, mas também nunca é completamente reconhecido, aceito em toda a sua plenitude. Nesta ótica, ainda dentro das democracias liberais existe uma lógica de violência implícita, a qual não pode ser jamais eliminada em sua perspectiva política.

Essa violência, inerradicável em seu sentido simbólico, marca o momento do político, gerando a necessidade de regras, convenções e atos de poder que são em si mesmos atos de estabilização. As instituições sociais, o consenso gerado em cada momento da vida política, representam formas de se criar estabilidade, às vezes de grande duração, outras vezes de pequena duração e, como dito antes, são estabilizações de algo que é essencialmente instável e caótico. A estabilidade não é natural, ela é

artificial; artifício do homem como recurso a uma ordem dominada pelo dissenso e pela diferença, que implicam sempre em violência e exclusão. Se este caos é o inimigo da sociedade política, contra o qual os homens lutam de várias formas, ao mesmo tempo ele significa a afirmação da ação política pois, sem ele, esta seria carente de sentido.

A política, e também a política democrática, envolve decisões, fechamentos, formas distintas de estabilização, ainda que temporárias. No reconhecimento dos infinitos jogos de linguagem possíveis dentro de uma comunidade e no reconhecimento de que é necessário ouvir a “voz do outro” reside um dos valores fundamentais da democracia.

A democracia, entendida como democracia radical, pressupõe o reconhecimento e a valorização da diferença. Este reconhecimento da diferença implica, ele próprio, na consciência de que não existe uma única concepção de bem que possa ser sobreposta às demais, bem como não existe a possibilidade da eliminação do conflito e do antagonismo em sociedades com tão elevado grau de complexidade e diferenciação. Em última análise, sendo as paixões um elemento vital na constituição da subjetividade de cada indivíduo, não é viável pensar que estas possam ser completamente “domesticadas” através de instrumentos de controle, sejam eles normativos ou de qualquer outra espécie.

Claude Lefort (1986, p. 303), ao analisar a revolução democrática, vai dizer que ela acontece quando a pessoa do soberano, ou rei, deixa de funcionar como imagem ideal e âncora de uma sociedade unida, quando “[...] *the body politic was decapited and when, at the same time, the corporality of social was dissolved*”. Até aquele momento, o rei encarnava em seu corpo o ideal de uma sociedade unida, simbolicamente capaz de significar nesse mesmo corpo a sua unidade. A hierarquia existente entre governante e governados, nesta ordem simbólica, era justificada através de uma ordem natural, não sujeita ao questionamento humano, posto que apoiada numa visão orgânica e mítica da sociedade, ao mesmo tempo. É justamente isto que se transforma com o advento da democracia, implicando em uma alteração da ordem simbólica até então dominante na sociedade. A democracia acontece com a despersonificação do poder, com a historicização dos fins da sociedade e a concepção de que o povo é soberano.

É justamente neste contexto que se insere a afirmação de Lefort (1988, p. 17) de que o poder se torna um lugar vazio “*the locus of power becomes an empty place*” e, por consequência, “[...] *it cannot be occupied — it is such*

*that no individual and no group can be consubstantiated with it — and it cannot be represented*". A abertura que tal visão proporciona implica uma total mudança no tocante às bases de coesão social. A democracia passa a ser significada através da dissolução dos sinais de certeza (expressão de Lefort) e traz em si a experiência "[...] *of a fundamental indeterminacy as to the basis of power, law and knowledge, and as to the basis of relations between the self and other, at every level of social life*" (Lefort, 1988, p. 17, grifos do autor). Com a ruptura ocorrida, a incerteza se generaliza a partir da ausência de uma ordem divina ou natural totalizadora, tornando todos os aspectos da sociedade questionáveis em si mesmos. Conforme coloca Lefort (1986, p. 303-304): "*Democracy inaugurates the experience of an ungraspable, uncontrollable society in which the people will be said to be sovereign, of course, but whose identity will constantly be open to question, whose identity will remain latent*".

O que é característico da soberania popular, da vontade popular, nesta perspectiva, é um conjunto de direitos sempre sujeitos à transformação, o espaço público onde se realiza o debate acerca da legitimidade ou ilegitimidade das instituições sociais e o compromisso com o debate que se exercita nessa esfera<sup>1</sup>. Nesta mesma linha de raciocínio, a indeterminação de sentido característico da democracia implica em que ela questione a si mesma todo o tempo. A ausência de uma fonte superior de lei, poder ou conhecimento, implica que o legítimo e o ilegítimo não façam parte de nenhuma possível resposta absoluta. Ao contrário, é a sua constante rediscussão, dentro do espaço público, que lhe confere sentidos determinados. Ou seja, o que vem a ser legítimo, nesta perspectiva, está sempre sujeito à possibilidade de questionamento, aberto ao debate, não se fundando em nenhuma resposta *a priori*. No reino da política não prevalece a verdade e historicamente sempre existiu um conflito entre esta, entendida no sentido de verdade racional e política. Cada esfera (filosofia/política) possui critérios diferentes de validação e legitimação e o nível político não permite o estabelecimento de verdades universais. O contrário da verdade seria a opinião e é esta um dos requisitos do poder. No dizer de Hannah Arendt (1997, p. 289):

Às instáveis opiniões do cidadão acerca dos assuntos humanos, os quais por si próprios estão em fluxo constante, contrapunha o filósofo a verdade acerca daquelas coisas que eram por sua mesma natureza sempiternas e das quais, portanto, se podiam derivar princípios que estabilizassem os assuntos humanos.

<sup>1</sup> Para um melhor esclarecimento acerca da revolução democrática e da maneira pela qual ela é pensada por Lefort, bem como a problemática da delimitação do conceito de povo, na ótica da democracia, conferir Alan Keenan (2003). Este trabalho contribuiu para o esclarecimento de várias das questões levantadas por Lefort nos livros mencionados aqui.

- 2** O autor apresenta essas considerações já na introdução do livro. Conferir especialmente os caps. 6 e 7.
- 3** Uma parte das ideias aqui contidas, especialmente às referentes ao autor Thomas Christiano, também se encontra em: Kozicki e Chueiri (2019).

Assim, o direito e os direitos sempre estão sujeitos a uma intrínseca abertura de sentido, não havendo jamais um supremo juiz que lhes possa outorgar um sentido definitivo. Nesta constatação está compreendida a percepção de que o conflito é inevitável, de que todas as decisões políticas são contestáveis, e de que o desacordo, ou dissenso, é interminável, posto que não há sinalizadores de certeza que conduzam a respostas finais e definitivas. As respostas serão sempre provisórias e em menor número que as questões que elas suscitam.

Precisamente devido à abertura e contingência, à impossibilidade de respostas certas e definitivas, é que se coloca a necessidade de “contenção” da democracia através do constitucionalismo, entendido este, entre vários sentidos possíveis, como fechamento, estabilização. É precisamente pela necessidade de se estabelecer um certo fechamento que o direito assume um importante papel no sentido de se tornar um instrumento viabilizador — ou um dos instrumentos — da democracia. As regras jurídicas, bem como a maneira como elas são aplicadas, podem servir — e servem — como um “norte” para a atividade política. Para tanto é necessário pensar uma nova forma de articulação entre o direito e a política.

## DESENTRINCHEIRANDO A DEMOCRACIA PARA TER DIREITOS

Thomas Christiano (2008, p. 1) pergunta: “*Why is it important to make collective decisions democratically?*” Mas o que faz da democracia um valor em si mesma? E se esta tem limites, encontrados precisamente na Constituição, o que afirma a possibilidade desses direitos se sobreporem ao livre exercício da soberania pelo seu titular, nós, o povo? Ainda segundo o autor, a democracia realiza o princípio da igualdade pública no processo de tomada de decisões, sendo este princípio a sua base moral e também a base dos chamados direitos liberais. Pensar a democracia como um valor em si mesma pressupõe que ela tem um valor moral em si mesma e, da mesma forma, também os direitos liberais têm em si esse mesmo valor, ambos consubstanciados na possibilidade de realização pública da igualdade dentro da comunidade política<sup>2</sup>. Ambos, democracia e direitos liberais, encontram-se em posição de simetria em termos morais e, justamente nessa simetria, é que se pode também encontrar os limites da autoridade democrática<sup>3</sup>.

A justiça social pressupõe igualdade através de um sistema de direitos que, como já colocava Aristóteles, distribui entre os membros

da comunidade política os encargos e benefícios da vida comum. Ainda segundo Christiano (2008, p. 4), a democracia e os direitos liberais realizam o princípio da igualdade pública “[...] *by giving each person a say in the shaping of the world he or she shares in common with others and giving each person a say in shaping the conditions for the realization of his or her own individual interests.*” Para o autor, a democracia e os direitos liberais são ambos necessários para a realização da igualdade pública e isso está na base da tese de que “[...] *democracy has authority over issues over which there is substantial disagreement and the thesis that democracy’s authority is limited by the necessity of maintaining public equality*” (Christiano, 2008, p. 5). Avançando em seu argumento, Christiano (2008, p. 9) afirma que “[...] *social justice requires that there be a collective decision-making process for the whole society and that each person has by right and equal say in the collective decisions of their society*”. E da existência de minorias que não podem ser eliminadas — quer por questões econômicas, sociais, políticas ou de qualquer outra ordem —, aliada ao valor moral dos direitos individuais e, também, ao valor moral da igualdade pública, decorre que a autoridade democrática encontra limites também na necessidade de proteção dessas minorias. Limites à autoridade democrática surgiriam, então, cada vez que os direitos de participação política e direitos liberais fossem limitados, uma vez que tal limitação impediria a realização do princípio da igualdade pública.

Como colocado no início, a democracia vai estar sempre tensionada pela necessidade concorrente de fechamento/estabilidade e abertura/reinvenção. Diferentes autores já apontaram o que se chama de paradoxo da democracia constitucional, o qual estaria no centro da tensão democracia x constitucionalismo. Frank Michelman (1999, p. 4) fala em dois compromissos que entram em conflito entre si: “[...] *one the ideal of government constrained by law (‘constitutionalism’), the other to the ideal of government by act of people (‘democracy’)*”.

Lembrando a frase de Herman Pritchett, citada no início, ressaltamos a ideia de que o direito — ainda mais dentro do universo das escolas de Direito — é sempre um símbolo prestigiado, enquanto a política é entendida como algo “sujo” (lembro aqui da expressão de Nancy Fraser ao fazer referência à política de mãos sujas — *politics of dirty hands* — que seria a política cotidiana, a atividade política ordinária). Dessa maneira, não nos parece exagerado dizer que o lado do constitucionalismo, ou seja, o lado dos “direitos”, sempre parece privilegiado na análise que os juristas fazem dessa tensão. Fala-se

muito em direitos entrincheirados na Constituição, ressaltando-se a existência de um núcleo de direitos insuscetíveis de transformação através da via política ordinária e, também, das chamadas cláusulas superconstitucionais, insuscetíveis de transformação também através do exercício do poder de reforma. Nesta ótica, ao falar-se em democracia surge a ideia de que esta precisa ser protegida de si mesma e que o constitucionalismo seria, antes e também, o instrumento para essa proteção.

O equilíbrio para a tensão entre o constitucionalismo e a democracia sempre foi buscado mediante a criação de um sistema constitucional que procurava balancear os dois lados desta equação: de um lado, a soberania popular e a ideia de autonomia privada e direitos individuais, de outro. No entanto, esse equilíbrio jamais será alcançado e essa tensão será permanente e, salvo exceções, a tendência da balança é sempre inclinar-se para o lado do constitucionalismo. Dizemos isso no sentido de que a teoria e a filosofia constitucional, em sua maior parte, assumem posições que aprisionam a democracia dentro do constitucionalismo, eis que a autoridade legislativa, exercida pelo poder soberano, estaria submetida a determinados valores substantivos, elencados constitucionalmente. Como, então, afirmar a legitimidade democrática da própria Constituição se nós, o povo, o sujeito constitucional, não podemos atuar diretamente para a sua transformação ou interpretação?

## OS QUE DIZEM E RADICALIZAM A DEMOCRACIA E OS DIREITOS

Nossa preocupação é com aquilo que talvez possa ser chamado de o outro lado dessa “moeda”, ou seja, não os direitos liberais, mas a própria soberania popular. Se a Constituição é sempre uma obra em aberto, cuja interpretação leva a novas interpretações, como determinar a quem compete a última palavra nesse processo de construção e reconstrução de sentidos? Como resgatar a própria democracia e os compromissos democráticos no processo de construção constitucional que ressignifica direitos e compromissos? Voltando ao título deste texto, nossa preocupação central é pensar em um processo de interpretação e construção dos sentidos da Constituição que resgate os compromissos democráticos inseridos no próprio texto e fundantes da perspectiva moderna de democracia constitucional. Em outras palavras, nos preocupamos com a dignidade da política e com o resgate da soberania popular. Partindo da premissa de que nós, o povo, somos os titulares da soberania e que o poder constituinte não

se exaure com a elaboração/promulgação da Constituição ou, conforme Antonio Negri, falar de poder constituinte é falar de democracia e falar de democracia é, necessariamente, também falar de poder constituinte. Dessa maneira, afirmar a legitimidade democrática da Constituição importa em reconhecer a sua abertura para a transformação e que o titular da soberania possa participar da sua interpretação e reconstrução de sentido e, também, atuar diretamente quando mudanças constitucionais são necessárias.

A Constituição também é texto e, como tal, impõe a necessidade da sua interpretação. Citamos aqui um diálogo entre Alice e o personagem Humpty Dumpty no livro *Alice através do Espelho*, de Lewis Carroll (1985):

“Quando uso uma palavra”, disse Humpty Dumpty em tom de escarninho — “ela significa exatamente aquilo que eu quero que ela signifique — nem mais nem menos”. “A questão — ponderou Alice — é saber se o senhor pode fazer as palavras dizerem tantas coisas diferentes”. “A questão — replicou Humpty Dumpty — é saber quem manda. É só isso”.

É possível, “na vida real”, fazer com que as palavras digam exatamente aquilo que nós queremos que elas digam? Todos os sentidos e significados são possíveis, como pretende Humpty Dumpty, sendo a sua estipulação apenas uma questão de autoridade ou poder? Em outras palavras: quem detém a última palavra sobre os significados? John Marshall, no julgamento do caso *Marbury versus Madison*<sup>4</sup>, afirmava que é dever do Poder Judiciário dizer o que é o direito. Em que sentido podemos entender essa frase? Os juízes ou cortes devem, necessariamente, deter a última palavra sobre o significado do direito e, especialmente, sobre os significados constitucionais?

A linguagem natural e, por consequência, a linguagem jurídica não se apresenta sempre de forma inequívoca, clara, e isso é tanto mais verdadeiro no tocante ao texto constitucional. Parafraseando Wittgenstein (2002, p. 183), criar uma Constituição é também criar uma forma de vida — a forma política de vida da comunidade, com a estipulação de princípios normativos, modos de organização institucional e o reconhecimento de pautas de convivência comuns.

Mas todos esses significados constitucionais permanecem em aberto e são construídos e reconstruídos no tempo, criados dentro do próprio ato interpretativo. Quem é, então, o sujeito constitucional, responsável pela criação e reconstrução desses sentidos? A quem deve caber o papel de intérprete

constitucional? Essa questão anima e faz andar o enredo desta narrativa acerca das democracias constitucionais, sua (in)tensa forma e conteúdo. Quando a Constituição parece sugerir que há um intérprete privilegiado que guarda o seu sentido e lhe dá identidade atribuindo-lhe, inclusive, o poder de controle sobre os sentidos da constituição, tal possibilidade enfraquece precisamente o que deveria reforçar: o seu vínculo radical com a democracia.

Falar sobre a identidade constitucional é, antes de mais nada, falar sobre o que nos identifica como comunidade política; falar sobre princípios, concepções de bem e felicidade, e a maneira como nos reconhecemos e nos sentimos efetivamente fazendo parte desta comunidade. Isso envolve a nossa temporalidade histórica e a maneira como o texto constitucional — sempre um *work in progress* — une presente e passado e nos projeta para o futuro. Implica também a possibilidade de estabelecer um vínculo de continuidade entre a vontade presente da comunidade e a vontade dos constituintes expressa no texto. Ainda que esta vontade seja atualizada e reatualizada no tempo, este pré-compromisso é necessário no sentido de estabelecer o porquê de nos vincularmos àquela vontade anteriormente manifestada e, mais importante, o porquê de restringirmos o exercício da soberania popular no tocante a algumas cláusulas constitucionais (as chamadas cláusulas pétreas ou normas superconstitucionais). O sujeito constitucional, titular da soberania, cria para si próprio uma autolimitação, impedindo que alguns dos acordos iniciais sejam objeto de alteração. Uma visão elástica do funcionamento das constituições permite ver que as restrições constitucionais são habilitadoras, as regras podem ser criativas.

Para além de se discutir a legitimidade democrática do *judicial review* é também necessário se discutir a legitimidade da própria Constituição atualizada no tempo. A legitimidade democrática da Constituição depende de uma relação de reconhecimento e pertencimento, afinal, a Constituição nos constitui como comunidade política. Daí a possibilidade de todos em suas diferenças se identificarem com ela, pois podem reconhecê-la como expressando suas convicções e valores.

A legitimidade democrática da Constituição reside exatamente na possibilidade de que ela seja reconhecida por nós, o povo, como a nossa Constituição. Para que o reconhecimento seja possível, é necessário criar mecanismos que lhe permitam participar da interpretação e construção do texto constitucional. Ou seja, é necessário *devolver a Constituição ao povo* (Godoy, 2017). A participação política não pode se resumir ao momento do

voto, sendo necessário criar canais de comunicação permanente entre nós, o povo, e seus representantes (tanto no Executivo quanto no Legislativo) e, também, com o Poder Judiciário. Trata-se de recuperar um efetivo espaço para o exercício da soberania popular<sup>5</sup>, sem que com isso se negue ou refute o papel dos demais agentes (Poder Executivo, Legislativo, Judiciário e demais instituições). A soberania popular precisa ser executada regularmente e para isso é necessário que sejam identificados mecanismos institucionais através dos quais o poder constituinte possa ser exercido de maneira mais ou menos constante. Uma forma democrática de constitucionalismo pressupõe também a defesa de mecanismos de participação democrática nas transformações constitucionais. Nesse sentido, a legitimidade democrática de um regime constitucional dependeria, então, da sua abertura para a reconstituição ou reinstituição democrática.

Radicalizar a democracia pressupõe abertura, isto é, uma sociedade radicalmente democrática é uma sociedade aberta, na qual até mesmo as regras mais fundamentais estão abertas à rediscussão num processo no qual nós, todos, estamos comprometidos e devemos participar na constituição e reconstituição de sentido, daquilo que nos constitui como comunidade.

Aqui o sujeito constitucional que somos se enreda nas teias da democracia radical, mas também do constitucionalismo, ou seja, dos limites da própria democracia. Isto é, a democracia se vincula à soberania popular, mas aquela, não necessariamente, se traduz na expressão permanente das maiorias. Há expressões das maiorias que não coincidem com os requisitos de um regime democrático, daí a conjugação entre democracia radical e constitucionalismo parece sugerir algum caminho possível interessante. Para Robert Post e Reva Siegel (2007), a democracia envolve a referência a valores substantivos enquanto a soberania popular se relaciona a critérios procedimentais. O ponto que queremos frisar aqui é que, diferenciada a democracia da soberania popular, a tensão já não é mais entre constitucionalismo versus democracia e, sim, entre a soberania popular (entendida aqui como expressão da vontade majoritária) e um ideal constitucional de democracia. E exatamente esse ideal constitucional de democracia, aliado à capacidade de autodeterminação compreendida na ideia de autonomia privada, que pode, em certas circunstâncias, afastar a soberania popular e tornar a vontade expressa na lei objeto do *judicial review*.

**5** Sobre a questão da soberania popular e seus limites constitucionais, interessante lembrar a crítica que faz Benjamin Constant a Rousseau e sua filosofia política. Segundo Rousseau, os cidadãos exercem sua liberdade por meio da participação direta na elaboração das leis, as quais, por sua vez, devem expressar a vontade geral, isto é, aquilo que é comum e que se vincula a todos. A soberania popular se exerce por meio da vontade geral e, desta forma, afirmaria a liberdade. Vale dizer, se por um lado a vida em sociedade restringe a liberdade individual, por outro, a liberdade está condicionada à vontade geral. Essa noção é criticada por Benjamin Constant pois, segundo ele, a vontade geral sacrifica a vontade individual e as respectivas escolhas de cada um. Em outras palavras, para Constant, Rousseau obriga de tal modo a vinculação à vontade geral, submetendo o indivíduo a ela, de forma a prestigiar a tirania da maioria. Ver: Constant (1815) e Rousseau (1983).

6 Uma Constituição radical deve reter a ideia de potência, de impulso constituinte. Porém, diferentemente do que aponta Negri — e aqui retome-se o que foi dito anteriormente —, acreditamos 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 que, 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.

Ressaltamos no início desta narrativa que, acompanhando Thomas Christiano, a ideia de igualdade pública serve de fundamento tanto para os direitos individuais quanto para a própria democracia. E por isso a posição de simetria que ambos ocupam. Neste sentido, a obstaculização do exercício desses direitos serviria como elemento de justificação do estabelecimento de limites para a própria democracia. Estes aconteceriam, por exemplo, na forma de direitos entrincheirados no texto constitucional e, também, na proteção jurisdicional desses mesmos direitos.

O constitucionalismo pode ser visto a partir de uma perspectiva estritamente negativa, como um instrumento institucional que possui como função a retirada de certas decisões do processo democrático. Como justificar um sistema que obstrui a vontade da maioria? Mas um conceito positivo de constitucionalismo pode ser obtido se considerarmos que os limites que ele estabelece podem fortalecer a própria democracia e a autolimitação seria uma forma de habilitar o próprio exercício da vontade popular. Como já dissemos, para isso é necessária uma concepção de democracia que vá além de seu caráter majoritário e procedimental. A tensa relação entre a democracia que se radicaliza e o constitucionalismo está desde o início manifestada quando pressupomos que a potência constituinte permanece nos poderes constituídos. Nesse movimento,

[...] entre poder constituinte e poder constituído, democracia e constitucionalismo, a Constituição não pode ter a sua temporalidade datada [...], assim como não pode ser datado o poder constituinte no momento da formação da Assembleia Constituinte [...]. Poder constituinte e Constituição devem ser pensados como um processo, como acontecimentos, isto é, lutas e reivindicações; o tempo dos eventos. (Chueiri, 2013, p. 34)<sup>6</sup>

Talvez, assim, possamos dizer que a Constituição está nas trincheiras da democracia radical.

## REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- CARROL, Lewis. *Alice através do espelho*. São Paulo: Ed. SESI-SP, 2018.
- CHRISTIANO, Thomas. *The constitutions of equality: democratic authority and its limits*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

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

CONSTANT, Benjamin. *Principles of politics applicable to all governments*. 1815. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/constant-principles-of-politics-applicable-to-all-governments>. Acesso em: 24 ago. 2020.

DERRIDA, Jacques. Remarks on deconstruction and pragmatism. Translated by Simon Crithley. In: MOUFFE, Chantal (ed.). *Deconstruction and pragmatism*. London; New York: Routledge, 1996. p. 19-40.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo versus Democracia. In: GARGARELLA, Roberto. *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a Constituição ao povo*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

HAMILTON, Alexander. The federalist papers nº 22 (14 December 1787). In: HAMILTON, Alexander. *The federalist and anti-federalist papers: debates that made America*. USA: Pacific Publishing Studio, 2009.

KEENAN, Alan. *Democracy in Question: Democratic Openness in a Time of Political Clousure*. California: Stanford University Press, 2003.

KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. Impeachment: a arma nuclear constitucional. *Revista Lua Nova*, v. 108, p. 157-176, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-157176/108>. Acesso em: 30 nov. 2023.

LEFORT, Claude. The image of the body and totalitarianism. In: LEFORT, Claude. *Political forms of modern society: bureaucracy, democracy, totalitarianism*. Cambridge: MIT Press, 1986. p. 292-306.

LEFORT, Claude. *Democracy and political theory*. Minneapolis: Minneapolis University Press, 1988.

MICHELMAN, Frank. *Brennan and democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

POST, Robert; SIEGEL, Riva. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Yale Law School, Public Law Working Papers n. 131. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em: 08 jun. 2019.

PRITCHETT, C. Herman. The Development of Judicial Review. In: GROSSMAN, Joel B.; TANENHAUS, Joseph (eds.). *Frontiers of Judicial Research*. New York: Hohn Wiley and Sons, 1969.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

U.S. SUPREME COURT. *Marbury v. Madison*. 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Proposição 19.



# DEMOCRACIA E AUTORITARISMO: ARMADILHAS DO PROCESSO CONSTITUINTE BRASILEIRO

ROBERTA CAMINEIRO BAGGIO

<sup>1</sup> O marco temporal adotado neste artigo para a identificação da categoria “crise política atual” é o *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff, em 2016, momento em que se identifica a flexibilização dos parâmetros estabelecidos pelo Estado Constitucional de Direito instaurado em 1988 e o retorno a uma instrumentalização da legalidade autoritária no Brasil, com desdobramentos tão profundos e irradiados por vários setores institucionais e sociais que desembocaram no resultado eleitoral de 2018, com a vitória da candidatura que defendia abertamente um projeto político de violações a direitos humanos e defesa do regime ditatorial.

## INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, o constitucionalismo brasileiro foi objeto de análises e compreensões que colocaram a Constituição de 1988 em um lugar de destaque em relação a todas as anteriores, sobretudo, pelas condições institucionais que permitiram a condução do país a um regime democrático.

A despeito de todas as críticas reconhecidas e dissecadas academicamente em relação ao processo constituinte, consolidou-se certo consenso de que o pacto constitucional de 1988 foi vitorioso no estabelecimento de instituições estáveis à garantia do processo democrático.

A perplexidade não poderia ter sido maior quando, ao completar 30 anos de existência, a Constituição é colocada em xeque pela maior crise político-institucional<sup>1</sup> vivida pelo Brasil desde o processo de redemocratização. O retorno de narrativas autoritárias à cena social e institucional, como uma resposta política “normalizada”, parece ter ignorado os avanços constitucionais das três últimas décadas.

Como compreender tamanha fragilidade constitucional? A exigência em dissecar de algum modo o significado dessa crise e, também, o seu alcance, em termos de desconstrução das condições institucionais estabelecidas no pacto de 1988, tornou-se prioritária na agenda dos debates dos 30 anos da Constituição, afinal, crises políticas como essa também precisam ser momentos de compreensão dos equívocos ou limitações que acompanharam o processo de reconstrução da democracia brasileira, sobretudo, depois da experiência ditatorial de 1964.

Considerando que a Constituição de 1988 é o marco da transição entre o regime autoritário e a instauração de um regime democrático, a problematização que guia o presente texto vincula-se à compreensão das condições de superação do autoritarismo nesse processo de transição, que teve como principal estratégia

2 Julia Adams, Elisabeth Clemens e Ann Shola Orloff (2005) publicaram um livro intitulado *Remaking modernity: politics and processes in historical sociology* em que formularam uma arqueologia da sociologia histórica, dividindo-a em três ondas. A primeira onda seria aquela constituída pelos próprios “pais fundadores” da sociologia, em especial Karl Marx, Émile Durkheim e Max Weber. Entre as décadas de 1970 e 1980 se caracteriza a consolidação da segunda onda, com os trabalhos de um grupo de teóricos nutridos pela interdisciplinaridade e pela disseminação de métodos históricos, que assumiram uma vertente de análise “macrosociológica comparada” das grandes estruturas estatais contextualizadas em um longo período de tempo. Nesta onda encontram-se grandes nomes da sociologia histórica como Barrington Moore Jr., Reinhard Bendix, Neil Smelser, Charles Tilly e Theda Skocpol. A terceira onda descrita pelas autoras não possui a mesma coerência tópica e teórica da segunda. Podem ser identificadas pelo menos cinco “comunidades” de sociólogos históricos: institucionalistas (preocupação em relação à formação e à evolução das instituições políticas e sociais), teóricos da escolha racional (estudo das decisões estratégicas dos indivíduos face às restrições do jogo político; em outros termos, foco na análise das regras de tomada de decisão pelos indivíduos), culturalistas (percepção das instituições como práticas culturais), feministas (inclusão do gênero como dimensão de análise das instituições) e aqueles vinculados a estudos coloniais e pós-coloniais (extrapolação da experiência europeia, a partir do estudo da América Latina e Oriente). A classificação das autoras não é um consenso entre os estudiosos da área, contudo, reconhecemos a importância dessa sistematização, afinal, a existência da divergência em relação a tal classificação unida à ausência de outra que a possa substituir a coloca como item relevante no resgate histórico dos debates acerca do método.

transicional a escolha de um processo constituinte. O caminho metodológico escolhido foi o de estabelecer uma reflexão — a partir do manejo do método da sociologia histórica no constitucionalismo latino-americano — sobre algumas características que foram se tornando consensuais na literatura constitucional brasileira como condições estruturantes da estabilidade institucional atingida: (1) o fato inequívoco de que a Constituição de 1988 consagrou a mais ampla carta de direitos e garantias fundamentais de nossa história; (2) a formação de um pacto político estabilizador das relações sociais, apesar das diversas posições ideológicas representadas na constituinte; e (3) o estabelecimento de um marco temporal formal para um regime democrático.

A hipótese construída parte do pressuposto de que todo processo constituinte é um projeto de futuro e que, ao eleger tal estratégia para o processo transicional, o governo militar e seus apoiadores estavam garantindo a impunidade das atrocidades do regime e, com ela, a permanência de um *modus operandi* autoritário (social e institucional) que nos acompanha desde o processo colonizatório.

A consideração de que a nossa “raiz autoritária” (Schwarcz, 2019, p. 63) é muito anterior ao regime de 1964, demarca uma limitação própria do tema: a de que o enfrentamento de seu legado não teria como garantir a superação dessa raiz, mas constituiria uma oportunidade de combater o autoritarismo, não como um elemento do passado, mas como um tema central da atual pauta política brasileira.

O projeto de futuro pressuposto no processo constituinte colocou o autoritarismo como um tema do passado, ofuscando o desafio maior de construir uma democracia como a prometida pelo texto constitucional de 1988. As considerações repetidas ao longo dos últimos 30 anos, sobre as características constitucionais que indicariam as nossas condições de estabilidade, não constituem necessariamente equívocos analíticos. Contudo, quando estudadas desde as categorias da sociologia histórica, evidenciam o quão instrumental foram para a repetição de padrões históricos de comportamento político. Essa análise indicaria, por um lado, a fragilidade do pacto constitucional estabelecido e, por outro, os benefícios da narrativa democrática à manutenção das estruturas de poder anteriores ao pacto de 1988.

Quanto à adoção do método da sociologia histórica<sup>2</sup>, cabe dizer que é uma metodologia apropriada para tratar da análise comparada de grandes estruturas, como a dos Estados-nação e suas instituições, submetidas a constantes processos de transformações sociais em um longo período de

tempo, de modo que se possa entender a relação entre a ação humana (pessoal ou coletiva) e a organização social como algo que se constrói de forma contínua no tempo. A análise desses processos em constante construção tem o potencial de desvelar e identificar persistências, regularidades, bloqueios e potencialidades, tanto das instituições como das práticas sociais (Ansaldi; Giordano, 2012, tomo 1, p. 42).

A história constitucional latino-americana é cheia de “regularidades” muito pouco exploradas, como a singela reflexão de que aqui os processos constituintes cumpriram um papel diferente das revoluções burguesas do Norte já que, ao invés de contribuírem para o estabelecimento de uma nova ordem representativa de uma ruptura com a anterior, ocorreram no sentido de impedir as possibilidades de tais rupturas para manter a ordem e as estruturas oligárquicas vigentes (Ansaldi; Giordano, 2012, tomo 2, p. 683-726).

Dada a complexidade do contexto regional, a vertente da sociologia histórica a que se filia a presente análise é a do projeto intelectual<sup>3</sup> de hibridação de disciplinas, em seu enfoque latino-americano, a partir da obra de autores como Waldo Ansaldi e Verónica Giordano. Para os autores, a hibridação das disciplinas tem como objetivo deslocar conceitos tradicionalmente pensados e construídos para um espaço de problematização que permita “[...] recolocar velhos problemas a partir de novas perguntas” (Ansaldi; Giordano, 2012, tomo 1, p. 46).

O constitucionalismo, considerado como um fenômeno que não se esgota na produção das cartas constitucionais, mas que se expande em diversas outras perspectivas jurídicas e sociológicas, apresenta todas as condições teóricas necessárias para ser analisado a partir dessa estratégia, que pressupõe a superação da dicotomia passado/presente.

A importância de superar essa dicotomia é que ela provoca uma inibição na formulação de estudos sobre as regularidades causais acerca de nossas práticas sociais e institucionais porque não considera os processos de transformação como parte de uma mesma história, que se repete e se renova, de forma que suas potencialidades e seus limites possam servir como propulsores de orientações reflexivas ou até mesmo proposições concretas sobre novas possibilidades institucionais.

No espaço de análises do direito constitucional, os processos constituintes representam a chegada de um novo projeto político-jurídico de futuro, uma nova fase cuja gramática do ineditismo é determinante porque enseja uma série de novas possibilidades jurídicas interpretativas (Hesse,

**3** Atualmente, a principal autora latino-americana dedicada ao aprofundamento do método comparativo da sociologia histórica é a argentina Verónica Giordano, cuja vasta obra é de fundamental relevância para o desenvolvimento da sociologia histórica na região. Giordano tenta enfrentar algumas das críticas que foram feitas à tentativa de articulação entre sociologia e história por meio do que chama de “projeto intelectual de hibridação de disciplinas” inspirado por Mattei Dogan e Robert Pahre, em *Las nuevas ciencias sociales: la marginalidad creadora* (1993). O projeto está em pleno desenvolvimento e, “[...] el estado actual de la sociología histórica, visto desde esta perspectiva, puede ser entonces leído como una incipiente hibridación de la sociología histórica (la de ‘segunda ola’) con otras áreas como historia cultural, estudios de género, etc.” (Ansaldi; Giordano, 2012, tomo 1, p. 45).

1991, p. 18). Não há necessariamente uma negação sobre as continuidades. Contudo, em geral, essas são analisadas como heranças positivas ou negativas de um passado que se faz presente sob a consideração de que é parte integrante de uma nova fase e a ela está sujeito. O que prevalece, portanto, é uma visão dicotômica que não nega continuidades históricas, mas as concebe a partir de uma dinâmica em que passado e presente não são necessariamente compreendidos como parte do mesmo processo.

Na análise proposta neste artigo, a perspectiva da hibridação de disciplinas contribuirá para deslocar a gramática dos novos começos instaurada pela carta constitucional de 1988 para um âmbito em que o que ganha destaque não é o novo começo em si, mas o que significa a força narrativa de construção dessa promessa de futuro. Talvez esteja neste ponto, inclusive, o grande desafio da aplicação de um método como o da sociologia histórica para o direito constitucional, cuja perspectiva da hibridação de disciplinas torna-se imprescindível no sentido de não negar a relevância dos conceitos-chave da teoria constitucional, mas de deslocá-los para serem refletidos e talvez até mesmo resignificados a partir de considerações teóricas de outros campos, como o da sociologia e o da história.

As análises próprias desse método também estabelecem como uma estratégia a consideração não só do resultado de determinado processo social, mas de todas as alternativas que estavam disponíveis e que, por alguma causa, não tiveram êxito. A verificação de causas regulares é permeada, neste sentido, por uma interpretação que inclui processos não vitoriosos.

No caso da Constituição de 1988 a narrativa de deixar o passado para trás e instituir um novo começo se sustenta em um texto normativo que representa um projeto clássico de modernidade, mas também contempla de um modo inovador três grandes transformações ideológico-culturais que passaram a impactar as relações entre Estados e sociedades. Essas transformações foram descritas por Elisa Reis (2015) em uma análise da sociologia política que se aproxima da sociologia histórica pelo uso de uma perspectiva analítica macro-histórica, e seriam: a concepção das relações entre seres humanos e natureza, o modo como a sociedade se organiza politicamente e como se dá a articulação entre igualdade, desigualdade e diferença (Reis, 2015, p. 29).

Como veremos a seguir, ou no processo constituinte ou no próprio texto constitucional, essas transformações estiveram presentes na produção da Constituição de 1988 reforçando as qualidades da nova carta como um pacto político-jurídico com potencialidade democrática, que ajudou a ofuscar regularidades históricas importantes reveladas pela atual crise institucional.

Aplicar, portanto, essa metodologia nas características estabilizantes da Constituição de 1988 significa levar em consideração que as mudanças do Estado brasileiro estão inseridas em um contexto de transformação dos Estados-nação ocidentais e, também, que a Constituição nasce em 1988, mas que as suas condições de produção foram definidas anteriormente como parte de um processo histórico de interações sociais, em que as derrotas de determinados grupos em termos de propostas de reabertura política e retorno para a democracia — como o impedimento de uma lei de anistia ampla, geral e irrestrita e a não realização de eleições diretas para presidente da República — são indícios de como as estruturas sociais e institucionais estabelecem ao longo da história brasileira dinâmicas de repetições político-comportamentais, capazes de bloquear e neutralizar avanços democráticos.

## **AMÁLGAMA AUTORITÁRIA E O PAPEL DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NA ESTABILIZAÇÃO DAS HIERARQUIAS SOCIAIS**

O estudo acerca do processo fundacional do constitucionalismo na América Latina deixa pouca margem para o surgimento de dúvidas sobre o seu papel histórico. Ainda que seja possível mapear uma série de disputas sobre diferentes compreensões de projetos instituintes, alicerçou-se ao longo do século XIX um processo fundacional de estabilização das hierarquias sociais que consolidou uma estrutura estratificada de sociedade, mantida e reproduzida até os dias de hoje.

A invasão napoleônica na Espanha demarcou um processo de ruptura com o modelo colonial, já em curso nas colônias, tanto por parte dos que discordavam das vantagens do sistema (insurgentes), quanto por parte dos que apoiavam a coroa e viam nela a perspectiva de um modo de reação ao avanço francês em terras espanholas (realistas) (Donghi, 2016, p. 82). O efeito gerado desencadeou ao longo de toda a primeira metade do século XIX uma fragmentação territorial e a consequente disputa pelos poderes políticos das novas fronteiras em formação.

A despeito das diferenças conjunturais dessas disputas, um elemento de similitude pode ser colocado como uma das principais marcas desses processos fundacionais: a manutenção das desigualdades garantidoras das hierarquias sociais formadas ainda durante a colonização. Segundo Delgado Ribas (2006, p. 8), “[...] a independência não representou necessariamente uma

melhora em suas condições materiais de vida, nem a construção de um marco social e político mais estável do que o garantido até então pelos colonizadores”.

A formação dos Estados-nação na América Latina se deu sob o signo de uma tradição centralista que acompanhou as etapas do desenvolvimento econômico do capitalismo, sem, contudo, abandonar as características de dominação oligárquica que marcaram o processo colonizador, favorecendo a instrumentalização do Estado muito mais como um espaço de dominação e construção da ordem do que como uma instância de mediações sociais (Ansaldi; Giordano, 2012, tomo 1, p. 308).

Especificamente sobre as causas e consequências dessa tradição centralista na América Latina, destaca-se um estudo do sociólogo e historiador chileno, Claudio Véliz (1984, p. 15), em que o autor afirma que o autoritarismo “[...] não é uma aberração moral ou política, mas a manifestação de um estilo de comportamento político, uma disposição secular da sociedade latino-americana [...]”. A sustentação de tal afirmação é desenvolvida a partir da identificação de quatro fatores que caracterizam a história da América Latina: (1) a ausência da experiência feudal; (2) a ausência de dissidência religiosa colonizadora; (3) a ausência de revoluções como as burguesas, ocorridas nos países do Norte; e (4) uma industrialização que não foi fruto da emergência de atividades de uma burguesia industrial, mas dos Estados-nação que mantiveram uma lógica de racionalidade burocrática pré-industrial.

Véliz se concentra em analisar a diferença entre a concepção weberiana de centralismo e o centralismo latino-americano. Na primeira, a tradição centralista está vinculada ao igualitarismo como um pressuposto da racionalidade burocrática do Estado, que se expressa mais através do cargo do que do indivíduo e constituiu condição chave para a modernização do aparato estatal pós-revolução industrial. No caso dos Estados latino-americanos, o centralismo se insere em uma tradição não igualitária, personalista, vinculada à estrutura colonial e, portanto, atendendo a uma racionalidade ainda pré-industrial (Véliz, 1984, p. 19). Tal racionalidade se desnuda, por exemplo, pela utilização, por parte das classes dominantes, da estrutura política do Estado para a construção de condições de participação isentas de riscos no novo cenário econômico, componente essencial dos processos capitalistas próprios da revolução industrial:

*El comportamiento fue netamente capitalista, pero faltó un componente esencial del capitalismo de revolución industrial que sí estuvo presente en Europa: el riesgo. Así, no hubo una burguesía en sentido*

*clásico, como tampoco hubo un proletariado plenamente definido en esos términos. En el plano político, la ambición de acumulación de riqueza por parte de esa pequeñísima minoría débilmente burguesa se tradujo en la constitución de Estados nacionales formalmente representativos, pero cuya dominación fue ejercida, en líneas generales, en términos de una oligarquía, respondiendo hábilmente a la necesidad de disciplinamiento de los vastos sectores sociales movilizadas por las guerras. (Ansaldi; Giordano, 2012, tomo 1, p. 319)*

As cartas constitucionais cumpriram um papel essencial na construção da ordem política, social e econômica ao lado dos códigos, em especial os penais e civis, que se tornaram a “[...] expressão jurídica de um momento de centralização do poder do Estado Nacional” (Ansaldi; Giordano, 2012, tomo 1, p. 372).

As disputas ideológicas por projetos constitucionais diferenciados foram uma realidade na formação dos Estados latino-americanos e foram sistematizadas pelo argentino Bartolomé Mitre, no clássico texto *Ideas conservadoras de Buena Ley*, em que o autor identifica três partidos “originais” que representaram as tendências da sociedade nos países da América Latina: o partido conservador, o partido liberal e o partido radical (Mitre, 1985, p. 182). Seguindo as pistas deixadas por Mitre, Roberto Gargarella dissecou tais ideologias apontadas por ele e, compreendendo-as como modelos constitucionais, fez uma extensa análise de suas manifestações e encontros nos países da região, identificando o que chamou de “constitucionalismo de fusão”, ou seja, o encontro das forças políticas representadas nesses modelos, mesclando-se a uma série de experiências constitucionais genuínas e até mesmo inusitadas. Dessas fusões, a que se consolidou na região como a mais importante e influente do período e que se tornou determinante para as experiências vividas ao longo do século XXI foi a fusão entre liberais e conservadores (Gargarella, 2014, p. 49-89).

A fusão dessas duas forças políticas representou, por um lado, a consolidação de uma concepção conservadora, caracterizada pelo autor pelas figuras da cruz e da espada, simbolizando a combinação já presente no processo colonizador entre religião e monopólio da violência pelo Estado, ou seja, o recorrente uso da força para a manutenção de uma ordem social organizada e pensada a partir do projeto moral da Igreja Católica (Gargarella, 2014, p. 32). Por outro lado, abriu espaço para o desenvolvimento de uma narrativa constitucional própria do modelo liberal, que assumia o desafio de “[...] equilibrar o poder e assegurar a neutralidade moral do Estado” (Gargarella, 2014, p. 38).

O resultado foi a identificação nos textos constitucionais fusionados de quatro traços fundamentais que passaram a marcar as Constituições da região: a consagração da tolerância religiosa, sem garantir a neutralidade do Estado; uma definição débil de mecanismos de freios e contrapesos mais tendentes a beneficiar o poder executivo; o estabelecimento de formas federativas de organização estatal, que na prática demonstraram ser centralistas e, por fim, a resistência de incluir nos textos constitucionais compromissos sociais e políticos — para além das meras declarações de direitos — que favorecessem um aumento da intervenção cidadã na esfera pública (Gargarella, 2014, p. 69-71).

Esses fatores contribuíram para a consolidação da estratificação social com origem no processo colonizatório patriarcal e escravocrata e que se manteve posteriormente aos processos fundacionais e de formação dos Estados-nação como um sistema de integração social baseado em hierarquias bastante rígidas. O autoritarismo e a violência, presentes como elementos constituidores da ordem estatal, converteram-se na grande amálgama desse processo de integração social, despontando como fatores determinantes nos momentos de transformação política e social dessas sociedades.

Ainda que o Brasil tenha vivido um tempo histórico diferenciado pela sua independência sem ruptura com a tradição monárquica, a fusão liberal-conservadora também pode ser observada não só na Constituição do Império (Gargarella, 2014, p. 78) — que carrega a peculiaridade da existência de um poder moderador —, mas também em cartas constitucionais posteriores. Do mesmo modo, as características de manutenção de uma racionalidade burocrática pré-industrial, como as descritas por Véliz, também se encontram presentes na nossa história colonial e de formação da ordem estatal brasileira, nos aproximando da experiência latino-americana de colonização hispânica.

Muitos são os indícios que podem ser encontrados ao longo da história do Brasil, como a continuidade de boa parte das oligarquias brasileiras no poder na passagem do Império para a República, acentuando a aliança entre liberais e conservadores (Carvalho, 1988, p. 168); assim como a manutenção de um sistema escravocrata formal até o final do século XIX — que nos levou à posição de último país da América Latina a abolir a escravidão — com signos permanentes de uma racionalidade pré-industrial, mesmo após a industrialização promovida na década de 1930 e até a atualidade. Basta pensarmos que o trabalho doméstico no Brasil, o maior herdeiro do nosso sistema de escravidão, só foi equiparado ao trabalho celetista em pleno século XXI, com a chegada da Emenda

Constitucional nº 72, aprovada em 2012 e regulamentada em 2015, pela Lei Complementar nº 150 e que, mesmo assim, no cenário atual, sofre inflexões típicas da dinâmica perversa de avanços seguidos de retrocessos que nos remetem, em geral, à nossa matriz escravocrata.

No Brasil, aliás, como nos mostra a obra de Ângela Alonso (2015), a abolição da escravidão não foi “obra da coroa”, foi um longo processo de mobilização social, cultural e política que, nos seus estertores, foi cooptado pela narrativa histórica do Império, que “[...] minimizou a importância do movimento abolicionista e reiterou o mito fundacional do Império, uma comunidade imaginada que expurgou o africano” (Alonso, 2015, p. 205). No episódio da abolição, essa aliança entre elites é bem representada pela conclusão de Alonso de que “[...] a violência da escravidão e do escravismo politicamente organizado se esmaeceu até na prosa de líderes do abolicionismo — como em Minha formação, de Nabuco” (Alonso, 2015, p. 205).

Assim como o ato da abolição não passaria disso, uma lei com dois artigos que se limitou a extinguir a escravidão, sem quaisquer reverberações ou consequências mais profundas no processo de integração social, a história brasileira sedimentou essa dinâmica de cooptar avanços para garantir retrocessos.

Alianças desse cariz têm se constituído como persistências históricas que se repetem, como na constituinte de 1987 ou na atual onda desconstitucionalizante pela qual tem passado o país com a reforma trabalhista, aprovada pela Lei nº 13.467/17, que consagrou medidas de flexibilização das garantias trabalhistas, ou ainda, com a extinção do Ministério do Trabalho, desmantelando uma estrutura estatal que outrora representou um dos marcos institucionalizantes de proteção dos trabalhadores e, mais recentemente, com o avanço do programa verde e amarelo, que sob o argumento do aumento de emprego aos jovens, desconstrói o sistema de proteção e garantias de direitos do trabalhador, indicando a intransponibilidade da diferenciação entre nossa herança oligárquica e escravocrata e os pactos de nossas elites econômico-sociais.

## **CILADAS DA TRANSIÇÃO POLÍTICA NA CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988**

A constituinte de 1987/88 foi marcada por uma série de controvérsias vinculadas ao processo transicional brasileiro, dando ensejo a debates sobre

4 Elisa Reis descreve essa transformação ideológico-cultural com a inserção da solidariedade como um recurso básico de organização social para além dos que já existiam até então: autoridade e interesse. Segundo a autora, com o advento do Estado moderno, as “[...] sociedades nacionais passaram a ser distinguidas com base em seus usos variáveis de recursos de autoridade (Estado) e recursos de mercado (interesse). Nas últimas décadas do século XX, mais e mais vimos aparecer referências à solidariedade como um terceiro tipo de recurso. Não mais diluída na identificação nacional ou nos interesses materiais, a solidariedade aparece agora nas análises da sociologia política como uma dimensão analítica própria, como algo que tem características distintivas. Uma das primeiras indicações de que nossa percepção mudava aparece no resgate do conceito de sociedade civil” (Reis, 2015, p. 32). No caso da América Latina, mais especificamente, as graves violações de direitos humanos cometidas pelo terrorismo de Estado impulsionaram a solidariedade por meio dos “[...] movimentos sociais ativos no processo de democratização [que] clamavam por antidotos tanto ao Estado autoritário quanto ao capitalismo selvagem” (Reis, 2015, p. 32). Leonardo Avritzer (2012, p. 385), em uma análise confluyente com a de Elisa Reis também considera que “o conceito de sociedade civil na América Latina surgiu como um conceito tripartite adaptado às formas de diferenciação entre o mercado, o Estado e a sociedade que se consolidou na região ao longo do século XX”.

as suas condições de legitimidade. A abertura “lenta, gradual e segura” — lema entoado por Ernesto Geisel, presidente-ditador que deu início à abertura política — conduziu o país a uma transição controlada pelos militares. Esse controle foi exitoso, no sentido da neutralização de reivindicações dos grupos organizados em torno da pauta da redemocratização do país.

As mobilizações da sociedade civil, inseridas no contexto de redemocratização latino-americano, acenderam a luz de alerta ao regime militar e indicaram já, naquele momento, uma das transformações ideológico-culturais do século XX: a ressignificação da relação entre Estado e sociedade (Reis, 2015, p. 32)<sup>4</sup>. Em especial, a redemocratização no Brasil foi impulsionada por organizações da sociedade como o Movimento Feminino pela Anistia (MFPA), os Comitês Brasileiros pela Anistia (CBA's), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Brasileira de Imprensa (ABI), que lutavam por uma anistia ampla, geral e irrestrita.

Em meados da década de 1970 surgem as Comunidade Eclesiais de Base (CEB's) que reforçam ainda mais a organização da sociedade civil articulando classes médias e baixas no processo de redemocratização. Esse processo foi impulsionado, ainda, pela considerável expansão dos movimentos sociais urbanos que, de acordo com José Murilo de Carvalho, se concentravam entre o movimento de favelados e as associações de moradores de classe média que reivindicavam a melhoria das condições da vida cotidiana e, embora não estivessem na linha de frente da redemocratização, “[...] esses movimentos representaram o despertar da consciência de direitos e serviram para o treinamento de lideranças políticas” (Carvalho, 2002, p. 184).

Forjados pela velocidade de um processo de urbanização que nunca gerou acesso a direitos, a organização política dessas parcelas da população, submetidas a toda sorte de consequências da estratificação das desigualdades sociais no país, teve um peso significativo na articulação política da sociedade, o que levou Avritzer (2012, p. 386) a afirmar que na redemocratização “[...] a organização dos pobres brasileiros para lutar por serviços públicos é uma das origens da sociedade civil brasileira”.

No caso específico da reivindicação de uma anistia ampla, geral e irrestrita, o clamor popular gerou uma reação do governo militar que tratou de apresentar, aos seus moldes, um projeto de lei ao Congresso Nacional que não atendia aos anseios da sociedade civil. Estes chegaram à institucionalidade apenas quando foram assumidos pelo MDB, partido de oposição ao regime no Congresso, por meio da apresentação de um substitutivo ao projeto de lei do governo militar, que foi rejeitado (Câmara de Deputados, 2019).

A lei aprovada (Lei nº 6683/79) tratava de uma anistia restrita, que em seu artigo 2º excluía os “condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”. Werneck Sodré captou em sua análise sobre o processo de votação da Lei de Anistia a capacidade do governo ditatorial em não atender aos anseios da sociedade civil mobilizada em torno do tema e, ainda, gerar propaganda positiva com a divulgação da ideia de que estava disposto a “[...] esquecer divisões antigas, de não discriminar, de tratar a todos como iguais em direitos. Na verdade, não tratava, continuava a discriminar e ameaçava permanentemente com a legislação vigente aquela mesma que condenara os agora ‘anistiados’” (Sodré, 1984, p. 125).

Do mesmo modo, a enorme mobilização social em torno das eleições diretas não produziu o chamamento de um processo eleitoral como o desejado, tendo sido eleito indiretamente pelo Congresso Nacional, Tancredo Neves. No tema da convocação da Constituinte não foi diferente. A reivindicação de uma Assembleia Constituinte livre e soberana, eleita direta e exclusivamente para essa função, não teve sucesso, sendo convocado pelo presidente José Sarney um Congresso constituinte.

Um dos mais contundentes críticos, à época, foi Raymundo Faoro, que via na não exclusividade da Assembleia Constituinte uma ameaça à superação de um projeto hegemônico das classes políticas que, segundo ele, continuavam as mesmas do período ditatorial, tanto pela cooptação do PMDB ao longo do processo de abertura política, quanto pela herança identitária do PFL com os tempos autoritários (Faoro, 2008, p. 67-94). Faoro temia que a Constituinte não chegasse ao fim, não por meio “[...] de um golpe com tanques nas portas do Congresso, mas por meio de um acordo que se faz sempre no Brasil, entre elites, para evitar a ‘anarquia’” (Faoro, 2008, p. 74). E se as derrotas em termos de disputas políticas importam para uma análise de sociologia histórica, é preciso acrescentar mais uma, especificamente ligada à convocação da Constituinte: a tentativa de votar um substitutivo à proposta de emenda constitucional do então presidente da República, José Sarney, para a convocação de um plebiscito sobre a possibilidade de participação dos senadores biônicos e a exclusividade da assembleia constituinte, que também foi rejeitado.

Se esta tivesse sido a proposta vencedora, dificilmente haveria espaço para a construção de análises como a de que a Constituinte foi um projeto de continuidade histórica do regime ditatorial porque fora decorrência do poder constituinte derivado, “estabelecida com restrita obediência às regras então vigentes”, sem lugar para o exercício do poder constituinte originário (Ferreira Filho, 2008, p. 32).

De todo modo, disputas políticas e jurídicas ocorridas durante o processo de transição que englobam a Constituinte foram geradoras de grande mobilização popular, contribuindo para a construção de uma contranarrativa de legitimação do texto constitucional. Mesmo com o reconhecimento de todas as vicissitudes do processo constituinte, em pouco tempo o país estava contagiado pela ideia de que novos tempos democráticos haviam chegado, não importando tanto as tentativas do regime em macular esse processo.

No aniversário de 20 anos da Constituição, as limitações da carta constitucional, como a sua prolixidade, seu tamanho e seu casuísmo foram lembrados e debatidos, mas o que predominou foi o sucesso do texto no sentido de ter garantido possibilidades concretas de efetivação de direitos fundamentais e instituições amadurecidas para o exercício da democracia e da superação de crises políticas do quilate do *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello.

Faoro parecia ter perdido sua aposta e o tema da não exclusividade da Constituinte já não se mostrava mais tão relevante, assim como a tese da inexistência de poder constituinte originário, porque as respostas às primeiras crises políticas eram de fortalecimento do sistema institucional. Como destacado por Oscar Vilhena, “[...] a Constituição demonstrou-se, ao longo de mais de duas décadas, um instrumento resiliente, desafiando prognósticos pessimistas sobre a viabilidade do sistema constitucional arquitetado em 1988” (Vilhena, 2018, p. 25). Nesse cenário, foram ganhando cada vez mais espaço e legitimidade argumentos como o de Daniel Sarmento, de que o verdadeiro fundamento de validade da Constituinte era a vontade popular por democracia, sendo a posição contrária a esta representativa de uma minoria de juristas ainda apegados ao passado:

A Emenda nº 26/1985 foi apenas o veículo formal empregado para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, mas não o seu fundamento de validade. Este repousava na vontade, presente na sociedade brasileira, e evidenciada em movimentos como o das Diretas Já, de romper com o passado de autoritarismo, e fundar o Estado e a ordem jurídica brasileira sobre novas bases mais democráticas. (Sarmiento, 2009, p. 11)

Superar as máculas e declarar argumentativamente a vitória da sociedade mobilizada em torno da democracia contra a ditadura significou

um fundamento importante para a reconstrução política do país. Luís Roberto Barroso, em 2012, refletiu em um de seus livros sobre os paradoxos de nosso processo constituinte:

Por certo, nem tudo foram flores. Com toda a sua valia simbólica, a Constituição de 1988 é a Constituição das nossas circunstâncias, sujeita a imperfeições e vicissitudes. A esse propósito, é preciso ter em conta que o processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia — saudável euforia — da recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável seu caráter democrático. (Barroso, 2014, p. 26)

Nessa toada, foram sendo construídos argumentos para reforçar a legitimidade constitucional como uma tentativa de superar as máculas de um processo tutelado, com base na inegável concretude das lutas políticas organizadas em torno da redemocratização. A academia jurídica fez isso de forma magistral e necessária, afinal, a reconstrução do país passava pelo desafio de superar mazelas históricas de primeira ordem, como a desigualdade social e o acesso a direitos. E, nesse sentido, reforçar a legitimidade do texto constitucional — a partir das disputas por um regime democrático reivindicado pelas mobilizações da sociedade civil — foi uma estratégia que contribuiu inegavelmente para a estabilização do país.

A Constituição de 1988 possibilitou essa disputa porque, de fato, restabeleceu os direitos civis anteriores ao golpe e consagrou avanços normativos importantes e inovadores em matérias vinculadas às garantias de direitos. Ampliou significativamente o rol de direitos sociais, reforçou a garantia de direitos civis com instrumentos como o *habeas data* e o mandado de injunção, fortaleceu instituições fiscalizadoras como o Ministério Público e, ainda, inseriu o Brasil na onda de transformações ideológico-culturais mencionadas na introdução do texto, ao contemplar as reivindicações identitárias, potencializadoras de uma nova articulação entre desigualdade, igualdade e diferença, além de alçar como um tema constitucional a proteção da natureza<sup>5</sup>. Ou seja, forneceu o instrumental necessário para que essa disputa conceitual em torno de seu potencial democrático pudesse avançar.

Contudo, apesar dos inegáveis avanços normativos do texto constitucional, a hipótese central deste trabalho é que, em alguma medida, o

<sup>5</sup> A primeira das transformações ideológico-culturais assinalada por Elisa Reis é a mudança na concepção das relações entre seres humanos e natureza que foi contemplada no art. 225 da Constituição de 1988 quando estabelece que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, potencializando uma mudança na “postura ‘conquistadora’ frente à natureza, por outra ‘protetora’ que vê os recursos naturais como um bem a ser cuidado” (Reis, 2015, p. 31). Por fim, a última das transformações ideológico-culturais desenvolvidas por Elisa Reis é a articulação entre igualdade, desigualdade e diferença no século XX, consequência de processos de reivindicação do reconhecimento das diferenças de determinados grupos sociais ao longo da formação dos Estados-nação. De acordo com Elisa Reis, essas diferenças acabaram sucumbindo diante do projeto moderno de igualdade que, ao longo dos tempos, foi indicando seus limites em termos de potencialização do exercício das subjetividades. Essa nova articulação seria um complemento à “[...] noção moderna de igualdade [que] agora compartilha espaço com o reconhecimento de diferenças coletivas escolhidas pelos indivíduos como foco legítimo de lealdade” (Reis, 2015, p. 35). No caso da Constituição de 1988, essa articulação pode ser percebida em temas como o reconhecimento de territórios indígenas, quilombolas ou, ainda, no racismo como crime inafiançável, reivindicações do movimento negro que foram contempladas no texto constitucional.

6 Lilia Schwarcz (2019), em seu recente livro sobre o autoritarismo, chama a atenção para a emergência do autoritarismo como elemento central da crise política atual: “Não existe uma continuidade mecânica entre o nosso passado e o presente, mas a raiz autoritária de nossa política corre o perigo de prolongar-se, a despeito dos novos estilos de governabilidade. Mais uma vez, igualdade e diversidade, sentimentos e valores próprios da expansão dos direitos democráticos, correm perigo quando não se rompe com a figura mítica do pai político — agora uma espécie de chefe virtual, que fala em nome e no lugar dos filhos e dependentes —, do herói destacado e excepcional, líder idealizado. Essa é uma linguagem que herdamos dos mandonismos do passado, da época do domínio exclusivo da grande propriedade rural, mas que vem encontrando renovada sobrevida nesta nossa era dos afetos digitais, igualmente autoritários” (Schwarcz, 2019, p. 63).

esforço pela construção dessa narrativa por um futuro democrático e inclusivo e seus desdobramentos ao longo dessas três últimas décadas também foi útil às vertentes política e jurídica diretamente ligadas à ditadura brasileira e, comprometidas, portanto, com um *modus operandi* autoritário, de forma que puderam se reinventar e sobreviver à democratização do país passando incólumes por esse processo. A quem interessava, de fato, a narrativa pós-1988 do Brasil como o país do futuro? Se, *a priori*, essa perspectiva poderia parecer irrelevante há algum tempo porque, afinal, o mais importante era a existência de condições institucionais de seguir o jogo democrático, garantidas pela Constituição, a atual crise política parece indicar que alguns sinais históricos foram ignorados e o não enfrentamento do nosso arraigado e persistente autoritarismo voltou a bater em nossa porta<sup>6</sup>.

O foco nos resultados imediatos do processo de estabilização — como a realização de eleições diretas e periódicas, a superação de crises políticas como a do *impeachment* do presidente Collor ou, até mesmo, a do processo de inclusão social pelo avanço na efetivação de alguns direitos — talvez tenha dificultado a leitura de sinais deixados nas entrelinhas das derrotas políticas sofridas pelos outrora opositores ao regime e defensores de um projeto de sociedade democrática.

As características constitucionais lidas a partir da lente de uma estabilidade mais imediata dificultaram uma análise que também considerasse as heranças históricas brasileiras e latino-americanas, facilitando a instrumentalização do discurso de defesa da democracia pós-1988. As características anunciadas na introdução deste artigo representam uma espécie de síntese dessa instrumentalização porque compõem uma base de argumentos importantes na consolidação e legitimação do texto constitucional, mas também indicam alguns elementos históricos de repetição de padrões políticos que usufruem de tais características para assegurar a manutenção de estruturas de poder comprometidas com valores próprios do projeto constitucional conservador, tal qual descrito anteriormente.

A primeira delas é (1) o fato inequívoco de que a Constituição de 1988 consagrou a mais ampla carta de direitos e garantias fundamentais de nossa história, o que a fez receber de Ulisses Guimarães, presidente da Assembleia Constituinte instaurada em 1987, o apelido de Constituição cidadã. Esse generoso rol de direitos e garantias trouxe consigo várias originalidades e ineditismos históricos relevantes, como a importância simbólica da abertura

do texto constitucional — logo nos títulos I e II — com os princípios, direitos e garantias fundamentais e, também, com inovações como uma organização federativa de três níveis, o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública e a imprescritibilidade do crime de racismo, dentre outros.

Depois de mais de 20 anos de uma ditadura cujo padrão de atuação política era violar direitos, a aprovação de uma Constituição com uma extensa carta de direitos e garantias, alguns dos quais inéditos, respaldou a esperança de que o passado autoritário havia ficado para trás e de que a consagração desses direitos, mesmo diante da considerável representatividade das forças conservadoras que integraram a Constituinte, foi uma vitória para o projeto progressista e uma derrota para aqueles que haviam sido aliados da ditadura militar. As palavras de Barroso alcançam esse sentimento:

É inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao país. Os anseios de participação, represados à força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada, todavia, por interesses e paixões. (Barroso, 2002, p. 42)

Primeiramente, a generosidade dos constituintes na consagração de direitos e garantias precisa ser analisada dentro do movimento de transformações dos Estados-nação que, após a Segunda Guerra Mundial, consolidaram um modelo de cartas constitucionais que ficaram conhecidas como programáticas, na medida em que definiram e direcionaram políticas públicas e modos de operacionalização de direitos sociais pelo Estado.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 não é um fenômeno constitucional isolado, pertencendo a um momento conjuntural em que a influência de textos constitucionais europeus, situados no marco das grandes transformações ocasionadas pela consolidação do Estado Social de Direito no pós-guerra, chegou à América Latina tardiamente nas décadas de 1980 e 1990 com os processos de reconstrução das democracias formais. No caso brasileiro, há reconhecida inspiração, por exemplo, das Constituições portuguesa e espanhola, que também haviam passado por processos de redemocratização (Sarmiento, 2009, p. 28).

Contudo, no caso da América Latina e do Brasil, a novidade não era ter direitos em uma carta constitucional, mas sim, ter direitos em um regime democrático. Em todas as cartas constitucionais brasileiras, inclusive a do Império e as autoritárias republicanas (1937, 1967 e a EC nº 1/1969), sempre houve um espaço reservado à garantia de direitos que refletiam, por um lado, a influência dos processos constitucionais no mundo ocidental e, por outro, a permissibilidade e aceitação de direitos fundamentais como parte da fusão liberal-conservadora. Ao fazer uma crítica à ausência de seriedade com os textos constitucionais, Barroso utiliza dois exemplos reveladores dessa facilidade do constitucionalismo brasileiro em incluir direitos e ignorá-los:

[...] a Carta de 1824 estabelecia que a “lei será igual para todos”, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelo Ministro da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas in-existent e prometia aos trabalhadores um pitoresco rol de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam “colônias de férias e clínicas de repouso”. Buscava-se na Constituição, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. (Barroso, 2014, p. 28)

Uma explicação para esse fenômeno foi dada por Gargarella (2014, p. 333) ao analisar que a fusão liberal-conservador permitiu a entrada de direitos fundamentais nos textos constitucionais porque o comando das instituições estatais ou, como dito por ele, a “sala de máquinas”, sempre permaneceu dentro dos marcos do modelo conservador. Esta seria, inclusive, a explicação para o que o autor chamou de cláusulas adormecidas, ou seja, uma série de direitos e garantias que, apesar de consagrados nas ordens constitucionais, restaram inaplicados por falta de condições institucionais (Gargarella, 2014, p. 262).

Compreende-se com essa leitura os motivos pelos quais questões altamente contrárias aos interesses das elites oligárquicas, como a exigência de que a propriedade rural cumpriria sua função social na Constituição de 1988 puderam ser “aceitas”, já que o mesmo texto constitucional institucionalizou uma grata premiação econômica a quem descumprisse a exigência constitucional por meio dos processos indenizatórios do instituto da desapropriação, consagrados no inc. XXIV ao art. 5º da Constituição.

Do mesmo modo, não foi um problema estabelecer um limite aos juros cobrados anualmente porque o sistema financeiro, na prática, teve todo o apoio institucional para que esse direito pudesse transformar-se em letra morta até ser retirado do texto constitucional. Ou, ainda, aceitar uma longa lista de direitos sociais universalizáveis, aos moldes de um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social, que exigiriam o necessário aumento de gastos públicos, uma vez que “[...] as forças conservadoras que dominaram a transição democrática e se fizeram representar intensamente no processo constituinte consentiram a expansão dos direitos sociais, desde que não tivessem que arcar com a necessária elevação de recursos” (Fandiño; Kerstenetzky, 2019, p. 324)<sup>7</sup>, enterrando em seu nascedouro todas as propostas de instituir um sistema tributário progressivo com base na justiça fiscal.

Com a soberania popular não foi diferente. Mesmo o povo sendo reconhecido como a fonte do exercício da soberania, logo no parágrafo único de seu artigo 1º, o texto constitucional não prevê nenhum mecanismo de manifestação do poder constituinte como possibilidade resolutiva de crises políticas. A soberania popular não pode nem ao menos propor emendas à Constituição, uma vez que a iniciativa popular — prevista no artigo 14 como instrumento de exercício da democracia direta — só é aceita para proposições de projetos de lei.

Diante dessas constatações, pode-se cogitar que a “derrota” das forças conservadoras em aceitarem ou verem aprovada no texto constitucional uma ampla carta de direitos e garantias fundamentais foi mais discursiva do que real, tendo sido, inclusive, beneficiadas por defesas interpretativas vinculadas ao marco temporal de 1988, como a questão dos crimes de tortura que, no inc. XLIII do art. 5º, foram considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, tendo a sua aplicação vinculada aos fatos futuros e jamais pretéritos. Especificamente quanto a essa questão do marco temporal, é possível afirmar que foi uma defesa prioritária das forças conservadoras estabelecer a partir da Constituição de 1988 efeitos apenas futuros para suas deliberações. Nessa passagem, Sarmiento (2009, p. 16) retrata tal disputa do seguinte modo:

De um lado, correntes à esquerda sustentavam que a Constituinte, por estar plenamente investida de soberania, já poderia assumir desde logo o controle sobre os rumos da vida nacional e eliminar imediatamente o “entulho autoritário” legado pelo regime militar. Do outro, defendia-se que a soberania da Assembleia Constituin-

<sup>7</sup> Os autores investigam os motivos pelos quais se formou um paradoxo na Constituição de 1988, que contempla um amplo rol de direitos sociais, o que requereria um sistema tributário pautado na solidariedade social e no princípio da progressividade tributária, mas que acabou contemplando um sistema tributário regressivo de sobrecarga de classes médias e isenções a classes mais abastadas economicamente. A hipótese dos autores é a de que a expansão dos gastos sociais teria sido acolhida pelas forças políticas constituintes, “[...] desde que seu financiamento não incidisse progressivamente sobre os mais ricos” (Fandiño; Kerstenetzky, 2019, p. 307). Para os autores, a “[...] perda de prestígio da progressividade ao longo do processo constituinte resultou de um embate político e este segue sendo relevante para entender a regressividade que caracteriza o sistema tributário brasileiro até os dias de hoje. Um sistema peculiar, com baixo grau de progressividade no principal imposto progressivo e uma carga tributária que se apoia em tributos indiretos” (Fandiño; Kerstenetzky, 2019, p. 307-8). No mesmo sentido de Fandiño e Kerstenetzky, o artigo de Sonia Fleury (2008), sobre as distorções constituintes no modelo de seguridade social, se aproxima dessa análise, avaliando de modo testemunhal, já que a autora também foi consultora técnica na Constituinte, que a ausência proposital do modo de operação do Orçamento de Seguridade Social na Constituição de 1988 converteu esse mecanismo, criado inicialmente para a garantia de “[...] solidariedade e de estabilização do sistema, buscando romper com a arraigada noção do seguro social, para a qual se requer a existência de uma relação inexorável entre contribuição e benefício”, em “figura meramente contábil” (Fleury, 2008, p. 12).

te fora conferida tão somente para a elaboração da nova Constituição, não se manifestando fora deste quadro. A esta linha aderiram segmentos conservadores, bem como o presidente Sarney, que buscava preservar os seus poderes e o seu mandato. Acabou prevalecendo, inclusive no Regimento Interno, a segunda posição. Não houve, durante a Constituinte, nenhuma deliberação destinada a produzir efeitos antes da promulgação da nova Carta.

Uma segunda característica trabalhada como um paradoxo que parecia ter sido resolvido pelo alcance da estabilidade constitucional com o passar das décadas é justamente a (2) composição absolutamente heterogênea da Constituinte. Se, por um lado, essa questão gerou pressões e até mesmo anacronismos, por outro também foi utilizada para exaltar o caráter de “Constituição compromisso” (STF, 2010, p. 23), ou seja, a pluralidade da Constituinte e o aumento da legitimidade na formação de um pacto político estabilizador das relações sociais pela alta “representatividade ideológica” da Constituinte.

A participação e o empenho dos diversos espectros ideológicos da sociedade brasileira, sobretudo, das elites conservadoras que apoiaram o golpe de 1964, era uma obviedade em termos estratégicos e constituiu-se muito mais na garantia da manutenção de alguns pactos e privilégios do que propriamente um compromisso democrático que imporia o fim do regime ditatorial e suas atrocidades. Raymundo Faoro já havia se dado conta desse processo, apontando os possíveis resultados que seriam ali alcançados:

O poder, com sua legalidade específica, cedeu, nas suas mudanças, a todas as acomodações, sob o pressuposto de não perder o mando, o núcleo decisório fundamental. A autocracia continua pilotada por uma elite, que se dispõe a despir a pele do leão para se cobrir com a da raposa. Na ausência de soberania popular, só nominalmente admitida, a classe política, os dirigentes, os governantes, envolvidos nas suas falácias, ensaiam coroar seu domínio, com a aparência de um sistema constitucional. (Faoro, 2007, p. 233)

A grande questão colocada como um pano de fundo da transição política controlada é que a aposta em uma narrativa de construção de um projeto futuro para a nação brasileira era a garantia da impunidade dos crimes ocorridos durante o regime ditatorial. A Constituição de 1988 foi o coroamento da abertura lenta, gradual e, sobretudo, segura para os agentes repressores do Estado. O protagonismo da Constituinte como o fato político

de maior relevância no (3) estabelecimento de um marco para a democracia contribuiu para o não enfrentamento das mazelas mais imediatas deixadas pelo regime, mas também das anteriores a ele.

A projeção da importância da Constituição de 1988 ter estabelecido um marco temporal para o desenvolvimento de uma democracia formal foi comemorada pela sociedade brasileira; trouxe a esperança de novos tempos democráticos, mas também serviu ao propósito de afirmar que o passado estava encerrado e a Constituição de 1988 era o ponto de partida para um futuro auspiciosamente democrático.

A execução de um projeto de abertura lenta, gradual e segura só seria possível de ser viabilizada mediante a construção de uma narrativa de esquecimento do passado e, com esse propósito, a Constituição de 1988 cumpriu um papel importantíssimo de colocar-se como a esperança de um novo tempo, carregado de promessas de construção de uma sociedade justa e igualitária.

Como dito anteriormente, o apoio e o empenho de tantos espectros ideológicos, inclusive aqueles que outrora apoiaram o golpe e o regime ditatorial, se destaca em importância porque o novo pacto importava e precisava ser disputado, manobrado e até mesmo desvirtuado na medida em que era necessária a manutenção de um passado intocado quanto ao cometimento dos crimes de Estado e um futuro que garantisse os privilégios de classe. A aparência de igualdade de condições foi reforçada pela consagração da ampla gama de direitos fornecendo até mesmo subsídios “morais” à narrativa dos novos tempos, enquanto a sala de máquinas permanecia a mesma sem nem sequer ser notada ou comemorada, apenas para que as elites conservadoras não perdessem o costume de determinar, ao fim e ao cabo, como as coisas “devem ser” no Brasil.

A estratégia da transição brasileira de construção de uma nova ordem constitucional como marco jurídico-político transicional não foi a única e, quando comparada, com outros países do Cone Sul, que viveram regimes ditatoriais de segurança nacional muito parecidos, vem à tona uma similitude importante: o envolvimento da sociedade na construção de um novo processo constituinte configurou-se como uma saída para os regimes ditatoriais que controlaram a abertura política, como é o caso do Chile e do Brasil. No caso chileno, a Constituição de 1980 foi o evento decisivo para a abertura política controlada pelo próprio ditador Augusto Pinochet. Diferentemente, na Argentina, em que o regime sofreu maior

isolamento após a derrota na guerra das Malvinas, o retorno para a ordem constitucional se deu após o chamamento de eleições diretas e com a retomada da Constituição fundacional de 1953, reformada posteriormente em 1994 (Pereira, 2010, p. 237-252).

Diante desse contexto, fomos fazendo pequenas concessões ao projeto de controle da abertura política no Brasil e, interpretando nossas derrotas sempre com as lentes da prevalência da vontade popular e de sua proatividade no processo transicional, tornando-o legítimo aos nossos próprios olhos. Adiamos o enfrentamento de questões básicas para a instauração de um regime democrático. O *modus operandi* autoritário foi tratado como uma posição minoritária e inexpressiva desse processo, mas a verdade é que ao fazer isso, ele foi aceito como parte do jogo, à espera de um novo despertar que não chegou de uma só vez, mas foi sendo reafirmado aos poucos, às vezes de modo até mesmo imperceptível ou irrelevante para a maioria dos juristas.

O fato de teses de juristas apoiadores da ditadura, como a de Ferreira Filho, terem sido defendidas e, ainda, terem perdurado no tempo dentro dos livros de direito constitucional, ainda que como uma posição minoritária, indica, por exemplo, um tensionamento do processo de democratização do país que não foi enfrentado e quiçá deveria ter existido porque implicou na permanência de uma narrativa autoritária naturalizada no cenário jurídico do país, pronta para ser manejada como um argumento de autoridade porque foi aceita como parte do processo, com risco de tornar-se hegemônica no atual cenário de crise política.

Argumentos desse tipo não ficaram adstritos ao momento transicional, seguiram surgindo e sendo utilizados ao longo dessas três décadas da atual ordem constitucional, como no julgamento da ADPF nº 153 no STF, em 2010, quando foi invocado por alguns ministros para considerar recepcionada pela ordem constitucional de 1988 a Lei de Anistia de 1979 (Lei nº 6683/79), que impediu a responsabilização dos agentes estatais perpetradores de crimes contra a humanidade da ditadura militar. O ministro Eros Grau, relator da ADPF nº 153, reconheceu o controle da transição política pelo governo militar e seus apoiadores civis e o tomou por legítimo para considerar a Lei de Anistia de 1979 recepcionada na ordem constitucional de 1988; o fez com os mesmos argumentos utilizados pela então considerada “posição minoritária” de uma doutrina constitucional “apegada ao passado”, ignorando os avanços democráticos e recolocando-a no lugar de protagonista do processo constituinte:

É bem verdade que não podemos falar, nos termos estritos da tradicional dogmática constitucional, na instauração de um Poder Constituinte originário no Brasil em 1985. Houve, sim, um processo de transição constitucional e de fundação de uma nova ordem, mas que foi, do ponto de vista histórico-político, paulatinamente previsto e controlado pelas forças políticas e sociais dominantes à época. (STF, 2010, p. 39-40)

Do mesmo modo, o ministro Gilmar Mendes também assumiu a posição, afirmando que “A EC nº 26/85 muito se aproxima de um modelo de revisão total instaurado pela própria ordem constitucional, sem maiores rupturas do ponto de vista histórico-político” (STF, 2010, p. 50).

Os votos dos ministros do STF na ADPF nº 153 demonstram que parte da comunidade jurídica brasileira não só aceitou conviver com essas incoerências como também as defendeu.

A aceitação e defesa da tese da prescritibilidade dos crimes cometidos pelos agentes da ditadura como se este não fosse um tema insustentável em um regime democrático, ignorando os compromissos firmados em tratados e convenções internacionais, a condenação do país na Corte Interamericana de Direitos Humanos e os exemplos de responsabilização civil, criminal e administrativa de países como Argentina, Uruguai e até mesmo o Chile, indicam uma contribuição inestimável para que na prática tais crimes continuassem acontecendo no país, direcionados, sobretudo, depois da instauração da democracia formal, aos jovens afrodescendentes da periferia.

A narrativa do país do futuro dificultou a percepção de que o regime ditatorial instaurado pelos militares com amplo apoio de civis foi uma expressão escancarada do autoritarismo presente na política e nas relações sociais muito antes do golpe de 1964. Como afirmou Véliz (1984, p. 15), não só para o Brasil, mas para toda a América Latina, as ditaduras militarizadas da segunda metade do século XX foram apenas a expressão transitória de um fenômeno anterior e mais duradouro no tempo.

Na tentativa de construir um futuro democrático e inclusivo para a população brasileira, fomos sobrepondo fatos mais imediatos às mazelas de nossa transição política e de nossa Constituinte sem enfrentá-las, colocando-as no lugar de posições minoritárias em relação à mobilização e vontade popular. Ao fazer isso, aceitamos a amálgama autoritária persistente de nossa história e nos afastamos, de maneira não

intencional, da chance concreta presente em todo processo transicional de enfrentamento de questões imprescindíveis para a democracia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O maior desafio em fazer uma análise como a do presente artigo é a tentativa de não incorrer no erro do negacionismo absoluto das conquistas democráticas das últimas três décadas. O entusiasmo das análises otimistas sobre nosso processo constituinte e a própria Constituição de 1988 são parte importante de nossa identidade constitucional. Não há dúvida sobre o valor da mobilização de uma sociedade civil que foi oprimida e alienada de dinâmicas democráticas por mais de 20 anos e que esteve, sim, a disputar o sentido da democracia constitucional nas últimas três décadas.

Contudo, como coloca Leonardo Barbosa (2018, p. 37) em um dos estudos mais relevantes sobre a história constitucional brasileira: “Fazer história constitucional é, portanto, adentrar o campo dessas batalhas de memória, no seio das quais é impossível permanecer ‘inocente’”. Ao deixarmos de lado boa parte das disputas por memória talvez tenhamos caído na armadilha de nossa própria inocência. Todo processo constituinte é sempre um projeto de futuro que se constrói, contudo, a partir de condições de produção determinadas pelo passado.

Este texto tentou contribuir na construção de pontes de compreensão entre passado e presente por meio da adoção de estratégias da sociologia histórica, como a comparação e a análise de derrotas de projetos políticos. Nessa reflexão, o objetivo foi reconstruir algumas das limitações do processo constituinte e refletir sobre o que fizemos com elas ao longo das últimas três décadas. A síntese das considerações mais relevantes desenvolvidas aqui seria: 1. o constitucionalismo brasileiro compartilha com outros países da América Latina a função de estabilização institucional a partir da fusão dos projetos políticos liberal e conservador; 2. o projeto liberal-conservador, identificado com o regime ditatorial de 1964, apostou na Constituinte de 1987 como uma estratégia transicional de chegar incólume, em relação ao seu legado autoritário, à democracia constitucional; 3. o sucesso dessa estratégia consistiu em alimentar a narrativa de superação do passado pela aposta em um projeto de um futuro democrático; 4. a despeito de todas as mobilizações políticas dos grupos progressistas que defendiam o fim do regime ditatorial, o enfrentamento do legado autoritário do regime militar ficou secundarizado no processo constituinte e na construção da democracia

pós-1988, sobretudo, no que tange às violações dos crimes contra a humanidade; 5. o legado autoritário cultivado ao longo de toda a história brasileira e representado, naquele momento histórico, pelo regime militar instaurado em 1964 com apoio de parcela da sociedade civil, permaneceu latente nas relações sociais e institucionais das últimas décadas, tendo se fortalecido e despontado como “alternativa” política disruptiva no último processo eleitoral, colocando em xeque o projeto constitucional de 1988.

## REFERÊNCIAS

ADAMS, Julia; CLEMENS, Elisabeth; ORLOFF, Ann Shola. Introduction: social theory, modernity and the three waves of historical sociology. In: ADAMS, Julia; CLEMENS, Elisabeth; ORLOFF, Ann Shola (eds.). *Remaking modernity: politics and processes in historical sociology*. London: Duke University, 2005.

ALONSO, Ângela. *Flores, votos e balas: o movimento abolicionista brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verónica. *América Latina: la construcción del orden*. Buenos Aires: Ariel, 2012. 2 tomos.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. *Opinião Pública*, Campinas, v. 18, n. 2, p. 383-398, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v18n2/a06v18n2.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CÂMARA DE DEPUTADOS. Registro das Sessões. *Lei de Anistia*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/lei-da-anistia>. Acesso em: 19 ago. 2019.

CARVALHO, José Murilo de. *Teatro das sombras: a política imperial*. São Paulo: Vértice, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

DELGADO RIBAS, Josep M. La desintegración del Imperio Español: un caso de descolonización frustrada (1797-1837). *Illes i Imperis*, Barcelona, n. 8, p. 5-44, 2006.

FANDIÑO, Pedro; KERSTENETZKY, Celia Lessa. O paradoxo constitucional brasileiro: direitos sociais sob tributação regressiva. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 39, n. 2 (155), p. 306-327, abr./jun. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/RJR4jBLCdpDtBL88zDz3jhH/?lang=pt>. Acesso em: 17 jul. 2020.

- FAORO, Raymundo. *A República inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.
- FAORO, Raymundo. *A democracia traída: entrevistas*. São Paulo: Globo, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FLEURY, Sonia. Seguridade Social: um novo patamar civilizatório. In: DANTAS, Bruno; CRUXÊN, Eliane; SANTOS, Fernando; LAGO, Gustavo Ponce de Leo (orgs.). *A Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Os cidadãos na carta cidadã*. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. p. 1-27. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-seguridade-social-um-novo-patamar-civilizatorio/view>. Acesso em: 17 jul. 2020.
- GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014.
- HALPERÍN DONGHI, Tulio. *História contemporânea de América Latina*. Madrid: Alianza, 2016.
- MITRE, Bartolomé. Ideas conservadoras de buena ley. In: HALPERÍN DONGHI, Tulio (ed.). *Proyecto y construcción de una nación (Argentina 1846-1880)*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1980.
- PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, Chile e Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- REIS, Elisa P. Sociologia política e processos macro-históricos. *Sociologias*, Porto Alegre: UFRGS, v. 17, n. 38, p. 18-43, jan./abr. 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-45222015000100018](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222015000100018). Acesso em: 15 jul. 2020.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SODRÉ, Nelson Werneck. *Vida e morte da ditadura*. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1984.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153. Votos dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes*, 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 19 ago. 2019.
- VÉLIZ, Claudio. *La tradición centralista de América Latina*. Barcelona: Ariel, 1984.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

# A CONSTITUIÇÃO DOS CIDADÃOS: PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NO PROCESSO POLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988<sup>1</sup>

CECÍLIA CABALLERO LOIS<sup>2</sup>

- <sup>1</sup> Este artigo trata-se de uma palestra proferida pela autora no Congresso de 30 anos da Constituição na Faculdade de Direito da UFRGS.
- <sup>2</sup> A professora Cecília Caballero Lois faleceu prematuramente em 26 de março de 2019.

O presente capítulo aborda a reflexão acerca de quem são as pessoas ou entidades legitimadas para propor ações diretas de constitucionalidade — nos seus mais variados tipos — perante o Supremo Tribunal Federal. Antes da Constituição de 1988, apenas o procurador-geral da República estava apto a provocar o controle concentrado de constitucionalidade, sendo que a assembleia constituinte, por meio das propostas advindas da Comissão da Organização de Poderes e Sistema de Governo, foi responsável pelo alargamento desse rol.

Assim, a primeira parte da apresentação foca em analisar as propostas que contribuíram para a atual configuração do rol de legitimados, salientando, sobretudo, a participação das mulheres constituintes nesse processo. Em um segundo momento, analisa os reflexos atuais advindos das escolhas de prioridade que pautaram a formatação do rol de legitimados, a partir do movimento de mulheres e, por fim, efetua uma comparação com duas ações diretas que foram propostas em 2016, para identificar de que forma determinados interesses conseguem instrumentalizar a estrutura de controle concentrado de constitucionalidade quando direitos das mulheres estão em jogo.

Ao final, demonstramos de que forma as escolhas por reparação de injustiças históricas contra as mulheres influenciam as escolhas de prioridades públicas no processo constituinte, que, porém, e paradoxalmente, culminaram em um processo de realimentação da sub-

representatividade das mulheres nos espaços públicos de poder e de decisão da nossa sociedade.

A subparticipação de mulheres é um fato político persistente nos Estados modernos, presente em todos os tipos de cultura e modelos institucionais, tornando-se uma das poucas generalizações que pode tranquilamente ser feita sobre a posição das mulheres no mundo. Portanto, a correção dessa sub-representação política seria um trabalho ainda em construção, com muitas etapas a serem percorridas e vencidas.

A assembleia constituinte de 1988 pode ser considerada uma dessas etapas, muito longe de representar o final do trabalho ainda em andamento. Participaram desse processo político 26 deputadas, democraticamente eleitas, impulsionadas por um movimento civil de mulheres organizadas, que reivindicava uma série de mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de rompimento com uma cultura legislativa discriminatória e machista.

A atuação dessas mulheres resultou na previsão expressa do *status* de igualdade, na inserção de um rol de direitos no texto constitucional que garantiram às mulheres a não discriminação no mercado de trabalho, regras específicas de aposentadoria, igualdade na sociedade conjugal, liberdade no planejamento familiar e o dever do estado de coibir a violência na constância das relações familiares, entre outras previsões.

Porém, em que pese os relevantes avanços em termos de conquistas de direitos, a participação das parlamentares mulheres na assembleia constituinte foi marcada por uma estrutura de sub-representatividade dentro de um quadro prévio de sub-representação. O que se quer dizer com isso?

Isso porque, se considerarmos que eram 26 mulheres de um total de 559 parlamentares, temos uma taxa de representatividade de 4,65%. Esse quadro de sub-representação — o qual, cabe frisar, não deixa de ser considerado um avanço político — foi acentuado com a forma de composição das oito comissões e 24 subcomissões da assembleia, que praticamente alijaram as mulheres parlamentares do processo político de construção de alguns dispositivos constitucionais a depender da temática tratada.

A Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher teve maior representatividade feminina, pois de 59 parlamentares titulares quatro eram mulheres, e de um total de 63 suplentes havia sete representantes do gênero feminino, ou seja, 9,01% do total de participantes da comissão eram mulheres.

Por sua vez, a Comissão da Família, Educação, Cultura, Esportes, Ciência, Tecnologia e Comunicação contou com a segunda maior representatividade feminina, com seis mulheres titulares dentre 64 membros e três mulheres num total de 61 suplentes, ou seja, um total de 7,2% de participação.

Por outro lado, a Comissão da Organização de Poderes e Sistemas de Governo contou com 65 parlamentares titulares, não havendo nenhuma mulher no grupo, ou seja, 0% de representatividade.

Na mesma comissão, havia 62 parlamentares suplentes, dentre os quais apenas duas eram mulheres, isto é, uma representatividade total de 1,57%, que se resumia ao grupo de parlamentares suplentes. Por sua vez, a Comissão do Sistema Tributário contava com uma mulher dentre 62 titulares e uma mulher dentre parlamentares suplentes, o que significa uma representação total de 1,6% de mulheres.

Nessa representação, então, propomos pensar sobre essas ausências e os impactos gerados por esse quadro de sub-representatividade das mulheres no processo político interno da assembleia nacional constituinte.

## CONSTRUÇÃO DO ROL DE LEGITIMADOS E A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES ALÉM DOS NÚMEROS

A subcomissão do Poder Judiciário, inserida dentro da Comissão da Organização de Poderes e Sistema de Governo, foi responsável pela elaboração da proposta de configuração do atual artigo 103 da Constituição, o qual estipula que os legitimados proponham ações diretas de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.

Não obstante as propostas apresentadas, a redação que se consolidou retirou a possibilidade de acesso da sociedade civil organizada à estrutura do controle concentrado de acesso à estrutura do controle concentrado de constitucionalidade, pois além dos órgãos e cargos políticos previstos atualmente no artigo 103 da Constituição, são legitimados para a propositura de ações diretas apenas as confederações sindicais e entidades de classe, bem como partidos políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Do total de 40 emendas, apenas uma foi apresentada por uma constituinte mulher. Mesmo não integrando a Comissão da Organização de Poderes e Sistema de Governo, a parlamentar Sandra Cavalcanti apresentou uma emenda reforçando a legitimidade que o procurador-geral da República já possuía para a propositura de ações diretas.

Portanto, além da participação das mulheres parlamentares na formatação do rol de legitimados ter sido praticamente inexistente, a única contribuição de uma mulher constituinte foi para restringir o rol, indo na contramão das demais propostas apresentadas que visavam retirar a exclusividade de acesso das mãos do procurador-geral da República.

De qualquer forma, em que pese a maioria das propostas pretender o alargamento do rol de legitimados — não necessariamente para a sociedade civil —, a redação final do texto deixa clara quais foram as prioridades eleitas pelos constituintes que aprovaram as emendas: abrir o acesso ao controle de constitucionalidade por parte das instituições e ocupantes de cargos políticos, bem como às demandas de classe, seja de cunho patronal ou de trabalhadores, locais marcados por histórica e sistemática exclusão de grupos marginalizados da sociedade, como as mulheres.

Diante desse cenário de praticamente zero representatividade feminina, poderia ser questionado se um eventual incremento numérico na participação das constituintes mulheres na Comissão dos Sistemas de Governo e Subcomissão do Poder Judiciário teria alterado a configuração atual do rol de legitimados e, por conseguinte, contribuído para um acesso mais plural e democrático ao controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse ponto, é interessante citar o trabalho de uma autora britânica, Joni Lovenduski, que, como dito no início, através de vários trabalhos empíricos, nos mostra que o tamanho de um determinado grupo minoritário que ocupa um espaço de poder, como o parlamento, obviamente é importante para o desenvolvimento de articulações e estratégias políticas.

Porém, suas possibilidades ou impossibilidades de ação não se resumem a esse fator, pois diz ela que “os efeitos causados pelas mulheres na política não ocorrem automaticamente, mas dependem de certas condições”. Tais condições resumem-se basicamente a dois fatores: as prioridades que pautam as mulheres em espaço de poder e os códigos preestabelecidos que se encontram entranhados nesses ambientes.

Quanto ao primeiro fator (as prioridades que pautam as mulheres em espaços de poder), a autora brasileira Céli Jardim Pinto aponta que a defesa de uma agenda marcadamente feminista por parte das deputadas constituintes foi surpreendente, considerando que a grande maioria dessas mulheres não tinha qualquer tipo de atuação feminista pública — tendo sido eleitas muitas vezes por razões familiares ou pelo marido mesmo —, além de encontrarem-se em diferentes partidos políticos com interesses diversos e, muitas vezes, conflitantes.

Assim, uma atuação política voltada para a tentativa de rompimento com processos históricos de subordinação contra a mulher era o esperado naquele momento, uma vez que injustiças precisavam ser ultrapassadas, para que qualquer projeto de cunho estrutural mais profundo pudesse ser formulado e de fato perseguido. Isso quer dizer que as parlamentares estavam focando sua atuação em subcomissões específicas, com temas relacionados à violência doméstica, violência sexual, direitos reprodutivos, igualdade legal de tratamento, dentre outros.

O segundo fator responsável por delimitar os efeitos das mulheres na política advém do fato de que as mulheres, ao adentrarem em espaços de poder como o parlamento, se deparam com regras e códigos já preestabelecidos pelos homens historicamente ocupantes dessa estrutura de poder, tendo em vista os processos históricos da exclusão de suas presenças nesses ambientes, inclusive por meio de vedações legais.

Nesse aspecto, a própria formação das comissões e subcomissões, estabelecidas previamente pelo Regimento Interno da assembleia constituinte, favorecia a setorização das parlamentares em determinados assuntos e seu alijamento de outros. Isso porque cada parlamentar constituinte poderia integrar apenas duas comissões, uma como titular e outra como suplente, sendo que tal indicação era feita pelas lideranças partidárias (todos os homens sem exceção, cabe frisar).

Assim, o processo de “escolha” de uma comissão por uma parlamentar passava por dois filtros: critérios eleitos pelo líder partidário e as prioridades compartilhadas pelos movimentos da sociedade civil responsáveis por alçar e apoiar tais mulheres naquele espaço, que privilegiam ajudar a combater as injustiças vivenciadas na realidade, como visto anteriormente.

## **ACESSO AO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E AMEAÇA AOS DIREITOS DAS MULHERES**

No que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, tais reflexos se traduzem na desigualdade de acesso à jurisdição constitucional, criando-se uma casta de verdadeiros privilegiados com poderes, inclusive, para questionar os direitos assegurados a grupos vulneráveis, dentre os quais as mulheres, como iremos falar a seguir.

Através de uma pesquisa que efetuou uma análise pormenorizada de todas as decisões proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) julgadas pelo Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2012, foi constatado que:

[...] o perfil geral das decisões e dos atores mostra que a combinação do perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF em termos de legitimidade conduziu a um modelo de controle concentrado que privilegia a garantia dos interesses institucionais ou corporativos. Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. E mesmo quando o interesse público é efetivamente garantido por decisões em ADI baseadas na aplicação de direitos fundamentais, quase sempre pelo MP ou pelos governadores, a maior parte das intervenções é no sentido de anular benefícios concedidos de forma indevida, e não de garantir direitos individuais, coletivos e difusos, que têm uma participação minoritária.

As mulheres obviamente são diretamente prejudicadas por esse acesso seletivo ao controle concentrado de constitucionalidade, pois, de um lado, não conseguem levar demandas próprias à instância máxima do Poder Judiciário e, de outro, podem ter direitos, já assegurados por leis, questionados por meio de ações diretas.

A questão da interrupção voluntária da gravidez é ilustrativa da primeira situação, pois, apesar de ser uma demanda histórica do movimento feminista, e, também, apesar de o Código Penal criminalizar a sua prática desde 1940, somente no ano de 2017 é que uma ação direta foi ajuizada pela primeira vez com o objetivo específico de possibilitar a descriminalização da prática da interrupção voluntária da gravidez.

De fato, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442/2017 foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), e tem como objetivo imediato a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição, para excluir do seu âmbito de incidência criminalizadora a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas 12 primeiras semanas.

Portanto, o atual rol de legitimados não permitiu que tal tema fosse levado ao Supremo Tribunal Federal imediatamente após a promulgação da Constituição, o que somente ocorreu 29 anos após a promulgação da Constituição, e após o pensamento feminista ter conseguido avançar em espaços de debates públicos na sociedade contemporânea.

Por outro lado, se dispositivos do Código Penal que são evidentemente restritivos de direitos das mulheres demoraram até 77 anos para serem

constitucionalmente questionados, leis recentes, promulgadas em 2016, que conferem tratamento diferenciado às mulheres (ou seja, lhe conferem direitos), em razão de situações particulares advindas de questões de gênero, foram objeto de duas ações declaratórias de inconstitucionalidade propostas por entidades de classe patronais no mesmo ano de promulgação das leis, isto é, 2016 (e, no mesmo ano, não levaram nem dez meses para serem questionadas).

O primeiro exemplo vem da Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços (CNS), entidade patronal que representa os estabelecimentos de serviços de saúde, como hospitais, clínicas, laboratórios de análises clínicas, que propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 5605, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.287/2016, que acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o artigo 394-A. Tal artigo tinha como único objetivo proibir expressamente o trabalho da gestante ou lactante em atividades ou locais insalubres enquanto durar o período da gestação e/ou lactação. Sua constitucionalidade foi questionada em sete meses e 18 dias.

Um segundo exemplo nesse sentido vem da Associação Nacional dos Transportadores de Passageiros sobre Trilhos (ANPTrilhos). A organização associativa patronal de empresas do ramo de transporte de passageiros sobre trilhos, possuindo como associados o Metrô Rio, Metrô SP, Metrô DF, dentre outros, propôs a ADPF nº 430, com o objetivo de suspender os efeitos da Lei nº 10.989/2016 do município de Belo Horizonte, cujos dispositivos determinam que as empresas que administram o sistema ferroviário e metroviário daquela cidade ficam obrigadas a destinarem vagões exclusivamente para mulheres. Esta ação levou seis meses e nove dias para ser proposta.

As duas ações citadas demonstram de que forma o controle concentrado de constitucionalidade pode contribuir para a maior vulnerabilização da mulher na sociedade, pois uma lei conferidora de direitos pode ter a sua constitucionalidade questionada junto ao Supremo Tribunal Federal quando revelar-se prejudicial aos interesses de agendas corporativas, como àquelas pertencentes ao capital privado.

Por outro lado, demandas atreladas a questões de má distribuição e ausência de reconhecimento, como a temática do aborto, podem demorar décadas para chegarem por via de ações diretas ao STF, ou até mesmo nunca chegarem.

Dessa forma, o atual acesso seletivo ao controle concentrado de constitucionalidade, fruto de um processo político demarcado por sub-

representações, apenas confirma a necessidade de superação do mito que se formou em torno da assembleia constituinte, como um momento histórico democrático e plural, pois a democracia responsável por refundar o atual modelo de Estado operou, e ainda opera, por meio de obstáculos que negam paridade de participação a determinados grupos sociais, inclusive os 50% da população composto por mulheres.

Além disso, indica que a então celebrada e “inovadora” redação do rol de legitimados, na verdade, já nasceu velha, pois contribuiu para a perpetuação do ingresso privilegiado de determinados cargos políticos e instituições nessa superestrutura de poder que se tornou o Supremo Tribunal Federal.

Já caminhando para o final, devo esclarecer que não se trata aqui de efetuar uma crítica às 22 constituintes, pelo contrário, trata-se de pensar a partir delas (do passado), para mudar o presente, e construir um futuro melhor para as mulheres.

É inegável que avanços significativos ao *status* jurídico das mulheres foram alcançados por meio da construção do texto constitucional de 1988. Porém, mesmo após o transcurso de 30 anos da promulgação da Constituição, as prioridades que pautaram a ocupação das comissões e subcomissões por parte das parlamentares constituintes ainda são bem atuais, como demonstram, por exemplo, os indicadores que medem as taxas de violência contra a mulher, a divisão das tarefas domésticas, bem como indicadores de acesso a empregos e melhores salários, de acordo com o gênero.

Pensar a Constituição a partir de uma perspectiva de gênero, relacionada à noção de correção de injustiças políticas (como uma forma mais ampla de correção das injustiças de gênero), significa que não é possível ignorar as profundas injustiças metapolíticas que marcaram a assembleia responsável por sua formulação.

Pois, ao final, o que se verifica é que as mulheres constituintes não atuaram como autênticos sujeitos políticos, mas como pleiteadoras de direitos básicos e fundamentais, atrelados a injustiças abissais de primeira ordem (não morrer, não ser violentada, igualdade salarial etc.), que as situaram à margem das disputas por modelos de Estado e desenhos institucionais.

E o presente? No presente, constituir-se enquanto um sujeito político, neste momento, demanda mais de nossas representantes. Significa que as mulheres parlamentares devem lutar por modificações na estrutura do texto constitucional que deixem de ser pontuais e sejam efetivamente

estruturais, sob pena de públicos subalternizados da sociedade, como as mulheres, nunca conseguirem transcender o papel de eternas suplicantes de direitos, sem sequer terem acesso às estruturas onde tais direitos possam ser adequados e eficazmente invocados, como o exemplo que trouxemos, o controle concentrado de constitucionalidade.

Concluimos dizendo, por mais contraditório que possa parecer, que a construção de um futuro de igualdade para as mulheres deve apontar para muito além das agendas do movimento feminista, pois é justamente o único meio dessa agenda ser universalizada e ecoar nos demais espaços de tomadas de decisão da sociedade. Sem nos constituirmos efetivamente enquanto sujeitos políticos e da política, nosso futuro sempre estará nas mãos de quem nos subalterniza.



# PARTE II

DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO



# INSTITUIÇÕES JUDICIAIS E DEMOCRACIA NO BRASIL PÓS-1988

FABIANO ENGELMANN

O crescimento das instituições judiciais enquanto objeto da análise política tem como um de seus pontos principais a tentativa de compreensão da permeabilidade entre a esfera judicial e a esfera política. Expresso em termos muito amplos nas noções de “judicialização da política” e “ativismo judicial”, esse fenômeno possui diferentes sentidos. Engloba desde a necessidade dos grupos dirigentes de legitimar o exercício do poder na regra jurídica até a mobilização do espaço judicial por grupos minoritários no jogo político.

A “judicialização da política” remete tanto para um fenômeno estrutural que inclui o crescimento do potencial de mediação política do Poder Judiciário nos regimes democráticos, quanto para um sentido de desvirtuamento de funções. Ou seja, o avanço do sistema judicial para além do que seriam “as atividades típicas” de um poder de Estado politicamente neutro e encarregado de interpretar a “vontade do legislador”. Na perspectiva dessas teorias do poder de Estado, presentes ainda hoje, na simplificação de manuais de direito constitucional, o Poder Judicial apareceria como a *bouche de la loi*, com um papel politicamente passivo em relação aos poderes Legislativo e Executivo.

As leituras sobre os diferentes sentidos do imbricamento entre o campo judicial e o campo político aparecem desde a década de 1960 na ciência política americana. Em especial, nas tentativas de compreender o crescimento da importância das decisões da Suprema Corte no sistema político. Em uma leitura institucionalista, o Judiciário desponta como um poder contramajoritário capaz de desconstituir decisões de governo e influenciar no direcionamento de políticas públicas. Na base desses processos estão mecanismos institucionais como o controle de constitucionalidade que confere às cortes a prerrogativa de dizer a última

palavra sobre a “adequação às regras” de decisões governamentais, de atos legislativos e mesmo do próprio jogo político-eleitoral.

Mais permeada pela análise da sociologia jurídica do “acesso à justiça”, também é desenvolvida — a partir do estudo do caso americano — a noção de “ativismo político-judicial” que tenta explicar as lógicas da expansão das causas judiciais envolvendo demandas de minorias sociais. Nessa perspectiva, para além dos mecanismos institucionais que induzem a “judicialização da política”, temos como centro da análise as estratégias de mobilização do espaço judicial por movimentos sociais, assim como a emergência de uma advocacia especializada em representar causas políticas junto aos tribunais. Determinados movimentos, inclusive, utilizaram como estratégia principal de luta política o litígio com o objetivo de reconhecer direitos ou demandar políticas de governo. Desta forma, contribuíram para o fortalecimento da profissionalização de advogados militantes encarregados de “pôr na forma jurídica” demandas políticas. Esse modelo de leitura da presença do Judiciário na vida política, construído a partir do caso americano, é utilizado para o estudo da “judicialização da política” em outras democracias e mesmo em países com regimes autoritários. No último caso, apesar das limitações do contexto jurídico-político, o Judiciário apresenta-se invariavelmente como uma tribuna de resistência e denúncia de violações de direitos civis ou, em sentido contrário, como um certificador do autoritarismo.

No concernente ao “papel político” desempenhado pelo Judiciário na construção de regimes democráticos, as interpretações da ciência política — para essa crescente interação entre o espaço judicial e o espaço político — dividem-se entre uma visão mais “pessimista” e uma mais “otimista” em relação a seus benefícios para a ampliação dos direitos civis e sociais e do alargamento da participação política. A primeira percepção destaca os limites do protagonismo judicial em influenciar políticas públicas e a concretização de direitos tratando o ativismo progressista de juízes como desvirtuamento de funções do Judiciário que deveria ficar restrito ao controle de legalidade do jogo político e dos atos dos governos. A visão “otimista” realça o caráter contramajoritário do poder e sua capacidade de tutelar as demandas das minorias sociais e políticas agindo, neste sentido, como um potencializador da cidadania e dos direitos sociais e como um espaço legítimo para mediar demandas coletivas que não encontram respaldo na dinâmica do Legislativo e Executivo.

Em termos gerais, pode-se indagar se essas leituras do lugar do Judiciário no regime democrático, produzidas a partir das especificidades da vida política

estadunidense, têm capacidade de fornecer pistas para a compreensão das dinâmicas da “judicialização da política” em países com contextos histórico-políticos muito distintos. Em especial, como esses modelos das democracias centrados na independência dos juízes, nas prerrogativas de ação “em nome do interesse público”, interagem com padrões históricos de autoritarismo nas relações entre os grupos políticos e sociais?

## O JUDICIÁRIO BRASILEIRO PÓS-1988: PODER DOS JURISTAS OU DOS CIDADÃOS?

No caso brasileiro, parte significativa do crescimento do protagonismo político das instituições judiciais foi desencadeado a partir da vigência da Constituição de 1988 que forneceu a base institucional para o retorno dos juristas ao espaço do poder político. Entretanto, a alavancagem política não se explica somente pelas induções das garantias funcionais dos juízes e prerrogativas do Poder Judiciário frente aos poderes Legislativo e Executivo. É preciso adicionar ainda outras variáveis, como as mudanças geracionais no recrutamento de juízes e promotores que ocorrem entre a década de 1990 e 2000 projetando para essas instituições quadros jovens e ciosos de “fazer valer” suas prerrogativas e sua posição de poder adquiridas através de um concurso público. Também é preciso considerar os efeitos de diferentes conjunturas políticas na interação dessas instituições e agentes com o espaço político.

Já na Constituinte de 1986, a força das associações de magistrados e promotores, assim como dos seus porta-vozes, “deputados-juristas”, beneficiou-se da mobilização em torno de um projeto de Estado de Direito que reivindicou, ao mesmo tempo, justiça social e preservação dos direitos individuais. A legitimação do volume significativo de garantias corporativas e prerrogativas de ação para juízes e promotores, na ordem constitucional, indicou a (re)construção de uma sólida posição de poder para os bacharéis — desde sempre presentes na elite estatal brasileira — amparada em um tácito compromisso de prestar serviço para o regime democrático. Abriu caminho, em um segundo momento, para advogados da União, defensores públicos e delegados de polícia também reivindicarem condições de isonomia corporativa posicionando — em relação a outros grupos tecnocráticos — os porta-vozes do direito estatal no altar do poder pós-redemocratização.

Na década de 1990, o ativismo político e corporativo ancora-se, em diferentes vias, na promoção da democracia e da justiça social. A fundação da Associação dos Juízes para a Democracia em 1991 e as mobilizações

em torno do “uso alternativo” do direito põem em pauta a natureza política da função judicial. O movimento do direito alternativo, entre 1990 e 1995, dividiu o campo ao tensionar as práticas tradicionais da magistratura, a “neutralidade” das decisões judiciais e, mesmo, a ideia do legalismo como limite para a justiça. Nesse mesmo quadrante do espaço jurídico, embora em uma posição legalista de “fazer valer” os direitos sociais; a intervenção das associações de juízes trabalhistas teve por centro a consolidação de orientações decisórias que fortaleceram essa posição. Nesse período, até mesmo os manifestos das associações “contra o neoliberalismo” — quando as propostas de reforma ameaçavam as garantias da corporação — se alinharam com o sentido da promoção da democracia política e social (ver Engelmann, 2006).

Em termos de ações judiciais induzidas pelas prerrogativas adquiridas no processo constituinte, ao longo da década de 1990 e parte dos anos 2000, o Judiciário começou a se destacar como mediador de políticas públicas. A “judicialização da saúde” tornou-se recorrente com demandas judiciais que buscam a distribuição de medicamentos ou internações hospitalares negadas na esfera da administração municipal e estadual. Também outras demandas “sociais” desaguaram no Judiciário, tais como as relacionadas à educação (vagas em escolas públicas), e as relacionadas a problemas ambientais. Da mesma forma, nesse período, não podemos esquecer a consolidação do Ministério Público como fiscal de atos da administração pública em diversas esferas do governo, afora de instituição dotada de prerrogativa para representar o “interesse público” judicialmente. Além disso, temos a explosão na esfera federal e estadual das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs), instrumento utilizado especialmente por minorias políticas no Legislativo para questionar judicialmente atos do governo potencializando o crescimento do Judiciário enquanto mediador do jogo político.

As controvérsias sobre o resultado da versão brasileira da relação do campo judicial com o campo político, de certa forma, reproduzem o debate internacional. Parte da literatura atribuiu o crescimento do protagonismo a um efeito de consolidação da democracia brasileira e do cidadão enquanto “sujeito de direitos”. Entretanto, uma visão mais “pessimista” alertou para o sentido contrário. Ou seja, a possibilidade de as instituições judiciais reproduzirem as lógicas de tradições de autoritarismo bloqueadoras da

participação e da representação política presentes recorrentemente na história política do país.

## A CIÊNCIA POLÍTICA E AS INSTITUIÇÕES JUDICIAIS PÓS-REDEMOCRATIZAÇÃO NO BRASIL

Na segunda metade da década de 1990 há uma proliferação de estudos sobre as instituições judiciais na ciência política brasileira. O principal foco é a compreensão do lugar político ocupado pelo Judiciário e pelo Ministério Público no regime democrático. Trata-se de uma agenda de pesquisas, em um primeiro momento, fortemente influenciada pelos problemas e hipóteses da ciência política americana de corte neoinstitucionalista e, em menor grau, pelos modelos atitudinais. Os primeiros trabalhos que surgem nesse período tendem a conferir maior atenção aos incentivos à ação política propiciados pelos formatos institucionais do sistema jurídico-político adotado a partir da Constituição de 1988. Nesse primeiro cenário, os tribunais superiores e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, aparecem como objeto privilegiado.

Os estudos têm por objeto os impactos da nova estrutura institucional construída a partir da redemocratização, tanto a mobilização do espaço judicial por grupos políticos, quanto o crescimento do protagonismo político do Judiciário e do Ministério Público na recente democracia brasileira. Pode-se destacar, entre os pioneiros, o artigo de Castro (1997), “O STF e a judicialização da política”, os trabalhos de Vianna *et al.* (1999) e Arantes (1997) e, em uma perspectiva histórica, o trabalho sobre o STF na primeira República, de Koerner (1998).

A preocupação em conhecer o perfil ideológico dos agentes judiciais que emergem como protagonistas políticos no Brasil da década de 1990, como se posicionam frente a temas públicos e de políticas de justiça — como a reforma do Judiciário e em sentido geral a política brasileira — também aparece como uma agenda importante no período. Pode-se mencionar como representativos nessa linha os *surveys* com agentes do Ministério Público estadual e federal coordenados por Maria Thereza Sadek e equipe no quadro do Instituto de Estudos Econômicos Sociais e Políticos de São Paulo (Idesp) (1995, 1999) e a pesquisa sobre as origens sociais da magistratura de Luiz Werneck Vianna *et al.* publicada em *Corpo e alma da magistratura brasileira* (1997).

Nos trabalhos de Arantes (1997), Castro (1997) e Vianna et al. (1999), o foco principal são as alterações na estrutura institucional brasileira que direcionam o Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade dos atos de outros poderes, potencializando as disputas em torno do sentido da regra constitucional. Em alguma medida, os trabalhos afinam-se com as hipóteses dos americanos Tate e Vallinder (1995), que apontam o crescimento do papel de mediação política exercido pelo Judiciário e a consequente tendência à “judicialização da política” nos regimes democráticos. Um dos recursos analíticos utilizados por essas pesquisas é o estudo de séries temporais de decisões buscando identificar seus efeitos no espaço político. A análise dos perfis de litigantes e das trajetórias que seguem os padrões de decisão evidencia a importância de considerar — além das variáveis institucionais e seu condicionamento sobre os atores políticos e jurídicos — a reorientação das estratégias de luta política de partidos e grupos de interesse em direção à arena judicial.

Vianna et al. (1999) agregam à sua análise da proliferação de ações diretas de inconstitucionalidade uma dimensão importante que concerne ao alargamento da esfera de comunidade de intérpretes da Constituição ressaltando que o protagonismo do Judiciário se deve — também — à crescente mobilização dessa arena pelos atores sociais e políticos. Ou seja, nesta perspectiva, o Judiciário é chamado a intervir no processo político. Esse fenômeno compreende a entrada no cenário jurídico de um conjunto de problemas identificados com as causas coletivas (direito do consumidor, direitos humanos, direitos ambientais, direitos sociais e outros). Conforme os autores, a nomeada “judicialização da política e da vida social” pode ser caracterizada como um fenômeno que posiciona o Poder Judiciário como mais um ator, uma arena para a luta política.

Para além do desenvolvimento da agenda de estudos que centra como dimensão chave as variáveis institucionais como fator explicativo para o maior protagonismo político do Judiciário, parte dos trabalhos realizados na década de 1990 se debruça sobre o perfil e as percepções dos agentes judiciais. Privilegiando variáveis sociodemográficas e suas relações com a transformação do papel político da magistratura no Brasil, a pesquisa de Vianna et al. (1997), com uma amostra representativa de todos os setores da magistratura brasileira recrutados entre 1970 e 1990, indica que mais da metade dos magistrados recrutados possui origens sociais médias e baixas e provêm de famílias majoritariamente vinculadas ao setor público. Essa

indicação é importante no sentido de evidenciar a tendência à consolidação de uma magistratura autônoma e formatada em um *ethos* predominantemente ancorado na defesa do Estado como princípio de regulação social nas primeiras décadas da redemocratização. No mesmo sentido vão as pesquisas realizadas por Sadek (1997) e Castiho e Sadek (1998) para os integrantes do Ministério Público estadual e federal. Em amostra do conjunto dos promotores públicos brasileiros, indicam que a maioria dos integrantes pesquisados apresenta, comparativamente à situação de seus pais, maior renda e escolaridade.

Ao longo da década de 2000 intensifica-se a agenda de estudos tendo por centro a mobilização do espaço judicial por diferentes grupos sociais (Koerner, 2013; Citadino, 2004). Esse fenômeno acompanha a crescente interpenetração entre o espaço jurídico e o espaço político rearticulando também estratégias de tradução de causas políticas para causas jurídicas, conforme já analisado para o caso americano anteriormente. Pesquisas partindo de diferentes abordagens buscam analisar a mobilização do espaço judicial por movimentos sociais, ONGs e grupos específicos operacionalizando uma noção de ativismo que centra nos atores externos às cortes sua unidade de análise principal. Engelmann (2006a) analisa as redes de advogados e ONGs que se dedicam a promover causas políticas pela via do Judiciário, comparando essa modalidade com os trabalhos desenvolvidos a partir da noção de *cause lawyer*. Aqui, uma das dimensões fundamentais são as estratégias utilizadas por ONGs e os perfis de causas que são escolhidas para serem traduzidas para o Judiciário. Na mesma perspectiva de análise, pode-se situar a pesquisa de Petrarca (2013) sobre o ativismo jurídico promovido pelos movimentos militantes de luta pela igualdade racial no Brasil.

Maciel (2011) adota a perspectiva da mobilização coletiva para mostrar que o papel de mediação de causas políticas dos tribunais está relacionado à maneira como os usuários interpretam e agem em função dos sinais emitidos pelas decisões. Neste sentido, as regras jurídicas aparecem como recursos estratégicos e, ao mesmo tempo, cognitivos, capazes de condicionar escolhas de mobilização de atores políticos. A autora chama a atenção para o fato de que, crescentemente, as cortes têm se firmado como mediadoras de questões envolvendo conflitos morais e reconhecimento de identidades coletivas (mulheres, negros, populações indígenas etc.), fenômeno potencializado em função do efeito político e ético-moral

potencial das decisões judiciais. Também na mesma perspectiva, Losekann (2013) analisa o ativismo judicial em torno dos conflitos ambientais e agrega à discussão da mobilização estratégica a problemática das teorias da democracia. A autora conclui em seu estudo que a mobilização de instrumentos institucionais como da ação civil pública e as denúncias ao Ministério Público são parte de uma cadeia de ações estratégicas da sociedade civil quando se trata de questões ambientais.

Para além dos trabalhos que partem das hipóteses desenvolvidas a partir da agenda da “judicialização” e do “ativismo judicial” é importante mencionar, entre as tentativas de abordagem das relações entre instituições judiciais e política, os estudos que tratam mais especificamente das elites jurídicas, ou diferentes categorias de profissionais do direito. Embora a relação dos bacharéis em direito e a política no Brasil tenha uma longa tradição de análise na perspectiva histórica, com trabalhos que discutem desde a formação nas faculdades de direito, as posições ocupadas, até o *ethos* político dos bacharéis na política (Pang; Sechiringer, 1972; Barman; Barman, 1976; Barreto, 1978; Adorno, 1988; Mattos, 2013), o estudo das elites judiciais no pós-redemocratização relacionado aos padrões da trajetória mais longa de recrutamento dos bacharéis e sua relação com o espaço político não esteve em primeiro plano até o início da década de 2000.

A progressiva autonomização do exercício do poder judicial e a crescente legitimidade política das diferentes categorias de bacharéis que reivindicam o monopólio técnico sobre o direito trouxeram diversos desafios analíticos. Os trabalhos construídos a partir de variáveis relacionadas às origens e aos trajetos sociais e políticos e a análise de conteúdo do discurso presente em manuais de doutrinas e decisões judiciais têm tentado compreender a relação das elites judiciais com os diferentes protagonismos políticos do Judiciário brasileiro.

Ancorado mais fortemente no modelo da sociologia das profissões, uma parte desses estudos destaca as variáveis relacionadas aos perfis sociodemográficos e à construção das ideologias profissionais entre as diferentes categorias de juristas (Bonelli, 2002). A abordagem da profissionalização e da institucionalização dos bacharéis no período pós-redemocratização trouxe uma primeira leitura sobre suas implicações políticas na hierarquização e no funcionamento das instituições políticas. Indicou como determinadas categorias de profissionais do direito orientaram suas estratégias corporativas em estreita associação com a construção de

instituições estatais, com implicações políticas que transcenderam meras apostas centradas na proteção de um mercado profissional (Bonelli, 2002). Em outra perspectiva entra em pauta o universo das cúpulas dos tribunais, em especial do STF. A construção de tipologias para o recrutamento de membros de tribunais superiores destacando variáveis vinculadas aos percursos profissionais internos e externos ao Judiciário sinalizam a maior ou menor autonomia dessas cúpulas em relação a outras elites políticas (Da Ros, 2000; Fontainha, 2014; Queiroz; Sato, 2014). As análises cruzadas intraelites jurídicas, considerando também a larga expansão dos docentes posicionados nos cursos de pós-graduação em direito, também foram objeto de estudo (Engelmann, 2008b, 2012).

Essa agenda avança em temas e problemas que adotam a perspectiva da sociologia política como abordagem central. Os estudos mais específicos sobre os movimentos associativos entre os magistrados e suas tomadas de posição em relação a iniciativas de reforma do Judiciário são centrais neste sentido (Engelmann, 2006a, 2008a; Bonelli, 2008). As pesquisas mostram a reconfiguração das hierarquias internas do Judiciário, a politização das elites judiciais e a emergência dos movimentos associativos entre carreiras jurídicas de Estado como um importante espaço de articulação das elites judiciais.

O estudo de Almeida (2010) também enfoca as articulações políticas entre juristas posicionados nas cúpulas da ordem dos advogados e dos tribunais, detectando padrões de construção da influência de diferentes segmentos de elites judiciais junto a esferas que decidem as políticas de justiça no Brasil. O autor aponta como se articulam os consensos políticos que extrapolam padrões de decisão judicial e conformam mesmo um *habitus* jurídico — uma forma de definir a política — a partir do espaço judicial e das categorias do pensamento jurídico entabuladas pelas elites judiciais. Finalmente, o estudo de Engelmann e Penna (2014) centra-se sobre a produção intelectual dos constitucionalistas. Esta última categoria de especialistas em discutir o sentido político das regras de direito adquire grande relevância nos debates protagonizados nos tribunais sobre diversos temas políticos nos últimos 20 anos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cruzamento da trajetória da crescente legitimação do Poder Judiciário com o caminho de enfraquecimento da legitimidade do Legislativo e mesmo, mais recentemente, do Poder Executivo, merece

atenção. Ou seja, os sucessivos escândalos envolvendo membros do Poder Legislativo e Executivo em diferentes esferas, a percepção de ineficiência das administrações públicas e a fraca identidade entre o sistema partidário e o eleitor, por exemplo, não foram mitigadas com o fortalecimento das diferentes formas de protagonismo das instituições judiciais no espaço político. Em sentido contrário, é possível afirmar que a (des)legitimação do sistema político *lato sensu* foi alimentada por versões desse ativismo político-judicial.

Nesse sentido, pode-se indagar se o abuso das prerrogativas de controle possuídas pelas instituições judiciais e seus agentes, em relação aos outros poderes, com o predomínio do denunciismo em uma aliança ambivalente entre arena jurídica e arena jornalística, não poderá nos levar a um efeito bumerangue. Ou seja, em que medida os próprios avanços em termos de independência e autonomia do Judiciário, obtidos com a democracia, podem ser postos em xeque como resultado do alargamento da “judicialização da política”? Esse desafio permanece tanto para a ciência política quanto para o regime democrático brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- ALMEIDA, Frederico. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1997.
- BARMAN, Roderick.; BARMAN, Jean. The Role of Law Graduate in the Political Elite of Imperial Brazil. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Miami, v. 18, n. 4, p. 423-450, nov. 1976.
- BARRETO, Vicente. O estado de direito e os cursos jurídicos: debate original. In: BASTOS, Aurélio Wander et al. (org.). *Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileiras: ensaios sobre a criação dos cursos jurídicos*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. p. 17-29.
- BONELLI, Maria Glória. *Profissionalismo e política no mundo do Direito: as relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de política com o Estado*. São Carlos: EdUFSCar; Sumaré: Fapesp, 2002.
- BONELLI, Maria da Glória. A magistratura paulista e a resistência à reforma do Judiciário. In: ENCONTRO DA ANPOCS, 32, 2008, Caxambu. *Anais...* Caxambu: [s.n.], 2008.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.
- CITADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo Judiciário e democracia. *Alceu*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004.

DA ROS, Luciano. Juízes das Américas: comparando os padrões de carreira e de recrutamento dos integrantes dos órgãos de cúpula do poder judiciário no Brasil e nos Estados Unidos. In: ENCONTRO DA ANPOCS, 32, 2008, Caxambu. *Anais...* Caxambu: [s.n.], 2008.

DA ROS, Luciano. Dífícil hierarquia: A avaliação do Supremo Tribunal Federal pelos magistrados da base do poder Judiciário no Brasil. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 47-64, jan./jun. 2013.

ENGELMANN, Fabiano. *Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006a.

ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e ativismo judicial: as causas coletivas. *Lua Nova*, São Paulo, n. 69, p. 123-146, 2006b.

ENGELMANN, Fabiano. La Reforma judicial en Brasil: la movilización de los juristas. In: SANTAMARIA, Ángela; VECCHIOLI, Virgínia (orgs.). *Derechos Humanos en América Latina: mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico*. Bogotá: Ed Universidad del Rosario; Centro de Estudios Políticos Internacionales, 2008a. p. 114-129.

ENGELMANN, Fabiano. Estudos no exterior e mediação de modelos institucionais: o caso dos juristas brasileiros. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 16, p. 145-157, ago. 2008b.

ENGELMANN, Fabiano. Globalização e poder de estado: circulação internacional de elites e hierarquias do campo jurídico brasileiro. *Dados*, v. 55, n. 2, p. 487-516, 2012.

ENGELMANN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Ed. UFRGS/CEGOV, 2017.

ENGELMANN, Fabiano; CUNHA FILHO, Marcio Camargo. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, p. 57-72, 2013.

ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana. Política na forma da lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil democrático. *Lua Nova*, v. 92, n. 1, p. 6-37, 2014.

FONTAINHA, Fernando de Castro; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; SATO, Leonardo Seiichi Sasada (orgs.). *História oral do Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A Sociologia do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec: USP, 1998.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

LOSEKANN, Cristiana. Mobilização do direito como repertório de ação coletiva e crítica institucional no campo ambiental brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 2, p. 311-349, abr./jun. 2013.

MACIEL, Débora Alves. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 26, n. 77, p. 97-112, out. 2011.

MADEIRA, Lígia Mori; ENGELMANN, Fabiano. Estudos sociojurídicos: apontamentos sobre teorias e temáticas de pesquisa em sociologia jurídica no Brasil. *Sociologias*, v. 15, p. 182-209, 2013.

MATTOS, Marco Aurélio Vannuchi Leme. *Os cruzados da ordem jurídica: a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) 1945-1964*. São Paulo: Alameda, 2013.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves; MACHADO, José Angelo. Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: individual rights versus collective rights. *Brazilian Political Science Review*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 33-68, 2010.

PANG, Eul Soo; SECHIRINGER, Ron. The mandarins of imperial Brazil. *Comparative studies in society and history*, v. 14, n. 2, p. 215-44, mar. 1972.

PEREIRA, Anthony. *Political (In)justice: Authoritarianism and the rule of law in Brazil, Chile, and Argentina*. Pittsburg: University Pittsburg Press, 2005.

PETRARCA, Fernanda. Ativismo jurídico e usos militantes do direito na luta pela igualdade racial. *Revista de Antropologia da USP*, São Paulo, v. 56, n. 1, p. 112-145, jun. 2013.

SADEK, Maria Tereza. *O judiciário em debate*. São Paulo: IDESP, Sumaré, 1995.

SADEK, Maria Tereza. *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: IDESP, Sumaré, 1995b.

SADEK, Maria Tereza. *O Ministério Público e a justiça no Brasil*. São Paulo: IDESP, Sumaré, 1997.

SADEK, Maria Tereza. *O sistema de justiça*. São Paulo: IDESP, Sumaré, 1999.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of Judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

# CONSTITUIÇÃO DE 1988 E PROFISSÕES JURÍDICAS: 30 ANOS

MARIA DA GLORIA BONELLI

## INTRODUÇÃO

Este capítulo aborda como as profissões jurídicas e seu estudo no âmbito da Sociologia se influenciam no contexto da aprovação da Constituição de 1988 e nos 30 anos que se seguem.

O texto apresenta as mudanças que ocorreram nessas profissões durante o período mencionado, seja como decorrência do processo de globalização e seu impacto no mundo do Direito, seja pelas especificidades locais na conformação das carreiras. O modelo profissional dominante focado na coesão do grupo em torno do profissionalismo cívico perdeu a posição estabelecida com a expansão da cultura dos negócios na profissão em vários países do Norte. O argumento é que o caso brasileiro hibridiza o modelo tradicional com transformações contemporâneas fragmentárias, que descentram identidades profissionais.

Baseia-se em informações coletadas em diversas fontes sobre a mudança na composição das carreiras jurídicas quanto ao sexo e cor/raça de seus membros, na análise de dados sobre o corpo docente e discentes dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito, extraídos do Censo Nacional do Ensino Superior, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) e da Plataforma Sucupira, Capes (2015) e em entrevistas qualitativas com homens e mulheres dessas carreiras.

## SOCIOLOGIA DAS PROFISSÕES JURÍDICAS NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Sociologia das Profissões Jurídicas no Brasil ganha visibilidade nos anos 1980, acompanhando a consolidação dessas profissões na Constituição Federal de 1988, com a definição de papéis institucionais e

**1** Disponível em: [https://www.academia.edu/32641729/A\\_PARTICIPAÇÃO\\_DOS\\_BRASILEIROS\\_NO\\_INSTITUTO\\_INTERNACIONAL\\_DE\\_SOCIOLOGIA\\_JURÍDICA\\_DE\\_OÑATI\\_1989-\\_2015](https://www.academia.edu/32641729/A_PARTICIPAÇÃO_DOS_BRASILEIROS_NO_INSTITUTO_INTERNACIONAL_DE_SOCIOLOGIA_JURÍDICA_DE_OÑATI_1989-_2015).

**2** As três características mais importantes do profissionalismo são a autonomia, a *expertise* e o credencialismo (Freidson, 2001). O credencialismo controla o ingresso no mercado pela exigência de diploma superior e em alguns casos pela realização de exame ou concurso. A autonomia é definida em termos da discricionariedade para realizar o diagnóstico e a *expertise* é de caráter mental, ligada à obtenção e produção de conhecimento abstrato, por meio do ensino superior em vez de no local de trabalho.

das atribuições. Legislações complementares vão estabelecer as garantias e regulamentações daquelas carreiras que ainda tinham tais pendências.

Os estudos sociológicos voltados para a compreensão das mudanças que estavam em curso no Brasil não eram desarticulados das redes internacionais voltadas à análise dessas profissões. Apoiados pelo *Research Committee on Sociology of Law*, em 1988 é organizado o Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati<sup>1</sup> (País Basco). É também o período de lançamento dos três volumes de *Lawyers in Society*, organizado por Richard Abel e Philip Lewis, comparando internacionalmente as profissões jurídicas no mundo.

No Brasil, em 1979, tem início as atividades do grupo de trabalho Direito e Sociedade, da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (Fontainha; Oliveira; Veronese, 2017). O encontro entre uma iniciativa de “bacharéis de Direito sociologicamente orientados” (Junqueira, 1996, p. 389) com sociólogos interessados nos bacharéis de Direito (Adorno, 1988) e na advocacia constituiu os alicerces do campo de estudos, que foi se firmando na Sociologia.

Os precursores de estudos que focaram os advogados no Brasil foram Noéli C. Melo Sobrinho e Yolanda Catão (1982), Joaquim Falcão (1984), Edmundo Lima Arruda Junior (1988) e Marcelo Jacques M. da C. Marinho (1985). Nessas análises, predominavam os diagnósticos duais como o da divisão da profissão em “dois hemisférios”, da atribuição técnica e das atividades jurídico-políticas da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), do assalariamento e proletarianização da advocacia, da crítica ao controle burocrático do Estado sobre o credenciamento profissional em contraponto a uma organização societal da profissão.

## PROFISSÕES JURÍDICAS NA CONTEMPORANEIDADE GLOBAL

Atualmente, as profissões jurídicas vivenciam os processos de globalização contemporâneos, marcados pela presença das grandes corporações jurídicas e pelas macrotransformações desconstruindo o modelo profissional tradicional de prática liberal em escritórios (Cunha *et al.*, 2018). O profissionalismo<sup>2</sup> que deu sustentação ao modelo estabelecido fomenta o ideário de prestar serviços especializados com excelência e autonomia em relação aos interesses específicos da política, do cliente e do capital, visando o bem da sociedade. Para isso, contava com o monopólio da *expertise* e do mercado de trabalho, garantindo que seus credenciados tinham a

competência e a ética exigida para a prática, enfatizando a semelhança dos pares e a coesão do grupo em torno de sua Ordem (Bonelli, 2002).

Os reflexos da globalização foram sentidos na padronização das formas de organização da advocacia e na estratificação da distribuição de serviços localmente e entre aqueles países que produzem novas *expertises* e os que executam atividades rotineiras do litígio massificado. Observa-se a formação de um precariado de bacharéis de Direito<sup>3</sup>. Outros fatores que se desdobram dos processos globalizantes e alteram o modelo tradicional e o ideário dominante na profissão são o neoliberalismo econômico, a mercantilização e as inovações tecnológicas. Eles abriram espaço para que a cultura cívica estabelecida fosse deslocada pela cultura dos negócios. Verifica-se também um declínio na confiança pública nos profissionais, com a erosão da autoridade da *expertise* (Sommerlad, 2016).

O profissionalismo como produção da homogeneidade se depara com uma composição mais heterogênea do grupo com o ingresso de mulheres e de minorias nas profissões jurídicas. Apesar da força que o discurso da neutralidade do conhecimento tem para apagar tais diferenças, elas são percebidas e vivenciadas no cotidiano da atividade. Considerando o conjunto dessas mudanças, o modelo profissional tradicional mostra-se obsoleto mesmo que vestígios dele persistam.

Como consequência dessas transformações globais, as profissões apresentam mais fragmentações do que dualismos. A visão de que ela forma uma comunidade que partilha uma identidade sustentou o profissionalismo como semelhança, mas é difícil encontrar sujeitos com esse forte senso de pertencimento a um grupo (Strauss, 1999), havendo intersecções com outros pertencimentos e identificações. A identidade profissional com um sentido comunitário dá lugar a identidades múltiplas, menos coletivas e mais dos sujeitos (Dubar, 2016).

**3** Sobre essas condições no Brasil ver: Fröhlich e Rodriguez (2017).

## AS PROFISSÕES JURÍDICAS NO BRASIL

Observa-se a diversificação do perfil profissional dos membros das carreiras privadas e das carreiras jurídicas públicas. As formas de organização das práticas profissionais se modificaram em decorrência da padronização globalizante, novo grupo de elite jurídica dos negócios se consolidou ampliando o leque composto pelas elites tradicionais dos notáveis do Direito, das lideranças profissionais e lideranças institucionais

(Almeida; Nassar, 2018). A cultura e os valores profissionais refletiram essa nova configuração.

A partir dos anos 2000 intensifica-se o processo de fragmentação decorrente dos novos modelos de advocacia corporativa (Gabbay; Ramos; Sica, 2018), da proliferação dos cursos de graduação em Direito (Observatório do Ensino do Direito, 2014), do impacto da aprovação da Reforma do Judiciário (Engelmann, 2015), e da expansão das carreiras públicas, inclusive com a organização da Defensoria Pública nacionalmente (Moreira, 2017).

Comparado a outros países, em especial de direito consuetudinário, o modelo brasileiro apresenta-se mais hibridizado entre o tradicional e o padronizado global. As transformações no trabalho e na composição das carreiras jurídicas apontam para o processo fragmentário e o hibridismo. Elas vivem a pressão por metas e a quantificação dando novos sentidos às práticas da justiça, com a métrica dos resultados predominando sobre o conteúdo das decisões.

O acesso à justiça concebido como um direito e garantia fundamental na Constituição de 1988 é ressignificado, ganhando o sentido de custo a ser economizado em contraponto ao entendimento de ser um investimento social na cidadania (Gidi; Zanetti Jr, 2015; Sadek, 2014).

Tabela 1 — Bacharéis e profissionais segundo o ano de coleta do dado, o sexo, a cor/raça e o total

| Bacharéis e profissionais do Direito | Ano  | Homens<br>p (%) | Brancos<br>(%) | Nº        |
|--------------------------------------|------|-----------------|----------------|-----------|
| Bacharéis em Direito                 | 2010 | 53.9            | 79.7           | 1.300.000 |
| Advogados                            | 2016 | 52.8            | -              | 956.740   |
| Professores                          | 2015 | 60.0            | 77             | 32.249    |
| Magistrados                          | 2018 | 62              | 80.3           | 18.168    |
| Ministério Público                   | 2016 | 70              | 77             | 12.326    |
| Min. Pub. Estaduais                  | 2016 | 59              | -              | 10.650    |
| Advocacia Geral                      | 2016 | 58,1            | -              | 5.703     |
| Defensoria Pública                   | 2015 | 52.5            | 74.5           | 6.052     |
| Delegados de Polícia Federal         | 2014 | 85.0            |                | 1.690     |
| Delegados de Polícia Civil           | 2013 | 75.0            |                | 11.479    |

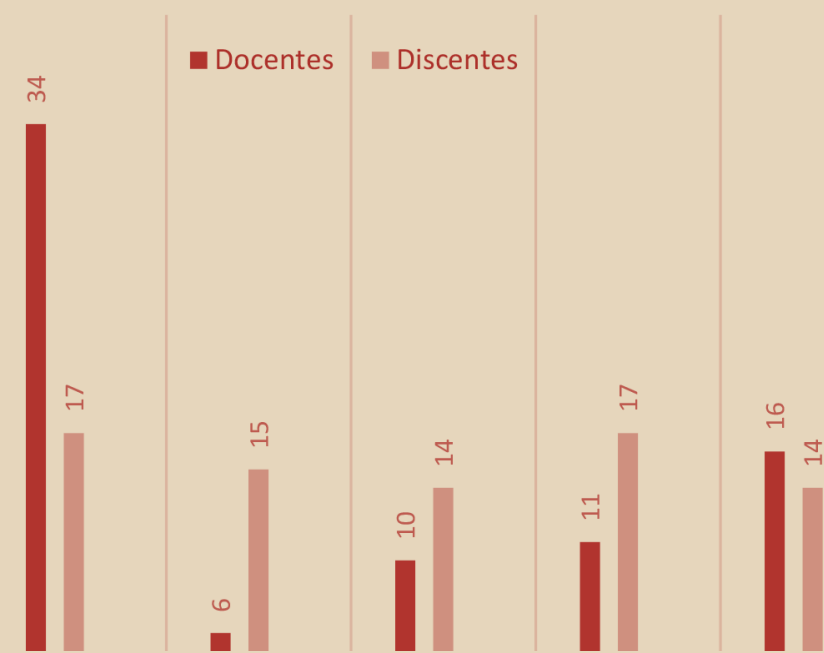
Fonte: Elaboração da autora, a partir de diversos censos e pesquisas profissionais (2018).

Tabela 2 — Discentes e docentes de graduação e de pós-graduação em Direito segundo o sexo

| Discentes<br>Sexo | Graduação<br>(%) | Mestrado<br>(%) | Doutorado<br>(%) | Docentes<br>Sexo | Graduação<br>(%) | Pós<br>(%) |
|-------------------|------------------|-----------------|------------------|------------------|------------------|------------|
| Homem             | 46               | 58.3            | 60.5             | Homem            | 60               | 71         |
| Mulher            | 54               | 41.7            | 39.5             | Mulher           | 40               | 29         |
| Total             | 1.107.405        | 8.360           | 2.933            | Total            | 32.249           | 2.159      |

Fonte: Censo Nacional do Ensino Superior (Inep) e Plataforma Sucupira (Capes) 2015.

Gráfico 1 — Distribuição dos docentes e discentes de graduação dos cursos de Direito, segundo o sexo e a cor/raça



Fonte: Censo Nacional do Ensino Superior (Inep) 2015.

A Tabela 1 mostra a composição recente das profissões jurídicas. Na vigência destes 30 anos da Constituição de 1988, há uma grande mudança no tamanho desses grupos, em especial o dos de bacharéis em Direito e dos advogados inscritos na OAB que se multiplicam cinco vezes. No início da década de 1980, havia 221.321 bacharéis e 186.321 advogados. Na magistratura, o montante de magistrados triplica (eram 6.057, em 1983), mostrando uma tendência de crescimento expressiva, porém mais

controlada nas carreiras públicas. Naquele contexto a presença masculina entre bacharéis de Direito era de 75%, entre os inscritos na OAB era de 78% e na magistratura era de 90%. Embora a participação dos homens siga maior nos dados referentes à década de 2010, tem-se uma significativa ampliação das mulheres, que no decorrer desse período passam a ser a maioria de concluintes na graduação em Direito, no Brasil.

É a partir dessa base de titulados que as carreiras podem recrutar seus quadros, e vê-se que há uma oferta maior de profissionais mulheres na advocacia (Bertolin, 2017) do que as que estão ocupando posições nas carreiras públicas, com exceção para as defensoras públicas (Bonelli, 2013). Há um crescimento na proporção das magistradas nestes 30 anos, saindo de uma participação de 10% para 38%.

Para a composição de cor/raça desses profissionais, a disponibilidade de dados é mais precária. A ideologia do profissionalismo sustentada na neutralidade do conhecimento alimenta tal invisibilidade, não coletando esse indicador de desigualdade, mantendo como referência o profissional branco. As informações existentes apontam para um ponto de partida menor entre os formados em Direito que se diferenciam desse padrão que o das mulheres (20.3% e 46.1%). Esse patamar mantém-se equivalente na baixa presença deles nas poucas carreiras para as quais há alguma referência. A ausência de dados dá o tom na maioria das ocupações.

A Tabela 2 apresenta o crescimento da proporção de homens no corpo discente conforme avança o grau de titulação, no corpo docente e na atuação em ensino de graduação e de pós-graduação (mestrado e doutorado). De uma base de 54% de mulheres na graduação, em 2015, essa presença vai diminuindo no curso de mestrado e de doutorado, e na docência de graduação e de pós, chegando a esta última com 29%.

O Gráfico 1 detalha mais o gradiente de discriminação interseccional (Deo, 2019), em que o gênero é potencializado pela cor/raça multiplicando em vez de somar uma discriminação a outra. Isso favorece o docente homem branco, que atinge o dobro da proporção de sua presença no corpo discente. As mulheres brancas estão igualmente presentes no alunado e no professorado, sendo os homens negros sub-representados e as mulheres negras ainda mais, com uma participação duas vezes e meia menor na docência que na graduação em Direito.

## DIVERSIFICAÇÃO, FRAGMENTAÇÃO E IDENTIDADES

Arranjos sociodemográficos mais diversos nas carreiras jurídicas privadas e públicas recortam as identidades profissionais concebidas na perspectiva da semelhança como fixas e centrais ao *self*. Nesta visão, os membros da Ordem dos Advogados partilham o pertencimento comum à sua profissão como o núcleo de sua identidade social, invisibilizando outros aspectos que conclamam sua identificação. A presença de diferenças de gênero, cor/raça, sexualidade, deficiência se somam a outras percepções de alteridade quanto à origem social, geração, titulação mais elevada, além do regime de trabalho e desempenho de outras ocupações que conclamam as pertencas. Uma advogada negra, que ingressa como defensora pública e docente universitária tem muitas interações complexas com outros sujeitos, reexames de pertencimentos e transformações de identidade que desafiam as concepções equilibradas e estáveis (Strauss, 1999).

O descentramento das identidades e como os sujeitos suturam suas identificações e seu senso de um *self* articulado não são idênticos (Hall, 2000). As diferenças não são experimentadas da mesma forma por todos, podendo gerar percepções distintas que decorrem das subjetividades, das experiências, das relações sociais e das identidades publicamente compartilhadas (Brah, 2006).

Tornando mais complexo o cenário das fragmentações nas profissões jurídicas tem-se a pluralidade de ideários profissionais. Quanto aos ideários, destacam-se três concepções de profissionalismo: a tecnocrática, a cívica e a democrática.

A *expertise* como técnica valoriza o conhecimento em si, como autoridade que se impõe aos demais dissociada do bem comum presente na perspectiva cívica. O profissionalismo cívico enfatiza a neutralidade e o apoliticismo. Segundo Terence Halliday (1999), os custos da politização para as profissões foram elevados, e fazendo uma política própria, elas se caracterizaram como antipolíticas. As profissões jurídicas se protegem da política convencional mediante a *expertise* e a autonomia. A habilidade em converter autoridade moral em *expertise* é a forma como o Direito exerce poder, com legitimidade social, apoiando-se nos valores do formalismo legal, do procedimentalismo e do conhecimento técnico-jurídico. As profissões jurídicas não conseguiriam combinar a politização e essa autoridade moral, sem perder a legitimidade.

Para Susan Olson e Albert Dzur (2004), o profissionalismo democrático dá a volta nas críticas radicais à tecnocracia, reconfigurando o sentido do profissionalismo como exclusão ao propor a ampliação da participação leiga na escolha e na prestação de serviços reservados aos profissionais, combatendo o monopólio desse mercado. No lugar de ser amortecedor entre elite e cidadãos, o profissionalismo democrático se retira dessa posição e estimula a ação cívica. As redes de advocacia de causas sociais seriam uma das formas dessa prática.

As múltiplas combinações de formas de trabalho, ideários, interações e identificações produzem práticas híbridas, não havendo uma correspondência linear entre a cultura profissional e o resultado dessa ação, na relação entre os profissionais do direito e a sociedade.

## PROFISSÕES JURÍDICAS FRAGMENTADAS OU FRATURADAS?

Três visões sobre as profissões jurídicas foram apresentadas aqui: 1) como semelhança e pertencimento partilhado; 2) como dualidade polarizada; e 3) como heterogeneidade fluida e fragmentada. Em diálogo com esta última tem-se o entendimento de que a profissão se apresenta fraturada em países com predomínio da cultura dos negócios e da virada neoliberal nas corporações jurídicas globais (Sommerlad, 2016; Thorton, 2016).

Essa fratura produziu novas ocupações, diferenciando as credenciais. As atividades de apoio ao serviço jurídico encontram-se organizadas como paralegais em vários países, havendo inclusive a profissionalização do grupo de *legal executives* em alguns deles (Francis, 2011). No Brasil, a contestação da OAB tem conseguido deter no Congresso a regulamentação dos paralegais, argumentando que o mundo do Direito não precisa de bacharéis malformados, reprovados no exame da Ordem, mas daqueles que buscam a qualificação da credencial (Siqueira, 2015).

O caso brasileiro mostra-se fragmentário e heterogêneo possibilitando hibridismos e a intersecção das identificações. Este estudo entende que a fluidez difere da fratura, na qual ocorre a ruptura nas relações equivalentes seja das disputas discursivas entre os grupos seja nas credenciais para ingresso. A fratura produz novas ocupações, mas o que se observa é a profissionalização de carreiras jurídicas públicas que já tinham se constituído como instituição, com a inserção na Constituição de 1988, como a Defensoria Pública.

Há, nas relações entre os grupos profissionais jurídicos, lutas por hegemonia, resistências e subalternidades. Por exemplo, na docência do Direito as disputas discursivas pela hegemonia profissional são perpassadas por forças jurídicas extra-acadêmicas, entrecortando critérios de excelência no âmbito da universidade com os do sucesso na profissão.

As lutas concorrenciais ocorrem nas demais carreiras, tanto no interior de cada uma quanto entre elas, configurando um complexo jurídico com especificidades regionais, para favorecer ou dificultar os processos de institucionalização, em decorrência da presença ou ausência de apoio entre os grupos profissionais nesses espaços. As diferenças nas trajetórias de instituição da Defensoria Pública nos estados é um reflexo dessas interações (Madeira, 2014).

O entrecruzamento das posições dos sujeitos favorece a fragmentação, mas torna a fratura mais difícil, combinando interações com outros profissionais e reexame das identidades. O exercício da docência do Direito simultâneo a outra ocupação configura essa situação, como quando um promotor de justiça é também aluno de doutorado em uma instituição pública e professor em uma faculdade de Direito privada, ou um magistrado que tendo prestígio e sucesso profissional leciona na graduação, mas não em um programa de pós-graduação.

No momento, parece pouco provável a coesão das profissões jurídicas em torno da percepção de semelhança entre pares. O quadro delineado pelas evidências reunidas neste trabalho não aponta para isso, embora a ideologia que saiu vitoriosa das urnas, nas eleições de 2018, queira caminhar na direção de retroceder a democracia e a visibilidade das diferenças.

O voluntarismo profissional e político se entrecorta no apoio ao Estado de Direito e no embate com as “releituras” mais autoritárias da Constituição. A força do profissionalismo cívico como ideário que vê a *expertise* acima da política convencional e o profissional do Direito tendo o mandato moral de defender a sociedade segue dominante embora enfrente disputas que buscam a reconfiguração de forças profissionais. As carreiras jurídicas se organizam principalmente na lógica do profissionalismo, mesmo que ela esteja hibridizada a outras lógicas como a dos negócios, da gestão eficiente visando resultados e pela interpelação da radicalização política.

A “nova política” vitoriosa prioriza uma visão homogênea, construindo pertencimentos centrados e identidades coesas, mas as profissões jurídicas

na sua dinâmica interna estão vivendo outras condições. Esse descompasso dá mais sustentação ao apostar na Constituição, que contempla a diversidade e a fluidez contemporâneas.

## ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

O modelo profissional tradicional foi desafiado com as novas formas de trabalho, as novas ideologias, o predomínio das lógicas de mercado, da cultura do negócio e da globalização.

No Brasil, as evidências indicam que o controle profissional está mais preservado que em outros países, embora isso reforce a visão sobre o papel corporativo da OAB perante sua função social, o que também se reflete nas carreiras públicas. A fragmentação das profissões jurídicas deu mais visibilidade às disputas internas, que ajudam a fragilizar a autoridade do especialista distanciada da opinião pública. Isso enfraquece a confiança profissional, gerando mais enfrentamentos entre colegas e desacatos de leigos.

A crise política vivida no Brasil nos últimos anos trouxe a possibilidade de retomada do papel tradicional desses profissionais como defensores da sociedade. Eles enfrentam a fragmentação e a radicalização com o ideal do profissionalismo cívico. No lugar das pressões por eficiência, desempenho, números e metas que caracterizam carreiras atualmente, eles retomam a produção do sentido de “justiça” das decisões, seja punindo exemplarmente alguns políticos e empresários, seja discursivamente constituindo-se em empreendedores morais (Becker, 2008).

O contexto brasileiro demanda mais do papel cívico das profissões jurídicas, seja como resposta às transformações da cultura dos negócios, seja enfatizando o bem comum sem perder de vista os interesses específicos. A Constituição torna-se, assim, símbolo e espaço desse embate fragmentário.

## REFERÊNCIAS

ABEL, Richard; LEWIS, Philip (eds.). *Lawyers in Society*, 3 vs. Berkeley: University of California Press, 1988.

ADORNO, Sergio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

ALMEIDA, Frederico; NASSAR, Paulo André. The Ordem dos Advogados do Brasil and the politics of professional regulation in Brazil. In: CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela

M.; GHIRARDI, José G.; TRUBEK, David M.; WILKINS, David B. (eds.). *The Brazilian legal Profession in the Age of Globalization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima. *Advogado e mercado de trabalho: um ensaio sobre a crise de identidade socioprofissional dos bacharéis em Direito no Brasil*. Campinas: Julex, 1988.

BECKER, Howard S. *Outsiders*. Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008 [1963].

BERTOLIN, Patrícia T. M. *Mulheres na advocacia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BONELLI, Maria da Gloria. *Profissionalismo e política no mundo do direito*. São Carlos: EDUFSCar/FAPESP, 2002.

BONELLI, Maria da Gloria. *Profissionalismo, gênero e diferença nas carreiras jurídicas*. São Carlos, EDUFSCar/FAPESP, 2013.

BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. *Cadernos Pagu*, n. 26, p. 329-376, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/fcp/a/B33FqnvYyTPDGwK8SxCPmhy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 abr. 2019.

CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela M.; GHIRARDI, José G.; TRUBEK, David M.; WILKINS, David B. *The Brazilian Legal Profession in the Age of Globalization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

DEO, Meera E. *Unequal Profession: Gender and race in legal academia*. Stanford: Stanford University Press, 2019.

DUBAR, Claude. Classe e identidade: substituição ou mistura? In: SALLUM JR., Brasília João; SCHWARCZ, Lília Moritz; VIDAL, Gonçalves; CATANI, Afrânio Mendes (orgs.). *Identidades*. São Paulo: Edusp, 2016.

ENGELMANN, Fabiano. Sentidos políticos da reforma do judiciário no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 395-412, 2015.

FALCÃO, Joaquim. *Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco: Massangana, 1984.

FONTAINHA, Fernando; OLIVEIRA, Fabiana Luci; VERONESE, Alexandre. Por uma sociologia política do direito no Brasil. *Revista Brasileira de Sociologia*, n. 11, p. 29-47, 2017. Disponível em: <https://rbs.sbsociologia.com.br/index.php/rbs/article/view/311/174>. Acesso em: 02 abr. 2019.

FRANCIS, Andrew. *At the Edge of Law: Emergent and Divergent Models of Legal Professionalism*. Londres: Routledge, 2011.

FREIDSON, Eliot. *Professionalism: the third logic*. Oxford: Polity Press, 2001.

FRÖHLICH, Nicolas B.; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *O precariado: os estagiários e as estagiárias nos tribunais de justiça brasileiros*. 2017. Disponível em: [https://www.academia.edu/32839308/O\\_PRECARIADO.\\_OS\\_ESTAGI%C3%81RIOS\\_E\\_AS\\_ESTAGI%C3%81RIAS\\_NOS\\_TRIBUNAIS\\_DE](https://www.academia.edu/32839308/O_PRECARIADO._OS_ESTAGI%C3%81RIOS_E_AS_ESTAGI%C3%81RIAS_NOS_TRIBUNAIS_DE). Acesso em: 30 mar. 2019.

GABBAY, Daniela; RAMOS, Luciana; SICA, Ligia P. Corporate Law Firms: The Brazilian case. In: CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela M.; GHIRARDI, José G.; TRUBEK, David M.; WILKINS, David B. (eds.). *The Brazilian legal Profession in the Age of Globalization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

GIDI, Antonio; ZANETTI JR., Hermes. Brazilian Civil Procedure in an Age of Austerity. *Erasmus Law Review*, n. 4, p. 245-257, 2015.

HALL, Stuart. Quem precisa de identidade? In: SILVA, Tomaz Tadeu (org. e trad.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis: Vozes, 2000.

HALLIDAY, Terence. Politics and civic professionalism: legal elites and cause lawyers. *Law & Social Inquiry*, n. 24, p. 1013-1060, 1999.

JUNQUEIRA, Eliane B. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Estudos Históricos*, v. 18, n. 1, p. 389-402, 1996.

MADEIRA, Lígia. Institutionalization, Reform, and Independence of the Public Defender's Office in Brazil. *Brazilian Political Science Review*, v. 8, n. 2, p. 48-69, 2014.

MARINHO, Marcelo Jacques M. da Cunha. *Profissionalização e credenciamento: a política das profissões*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) — Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1985.

MELO SOBRINHO, Noéli Correa; CATÃO, Yolanda. *O advogado e a crise na administração da justiça — o perfil do advogado*. 2. ed. Rio de Janeiro: OAB, 1982.

MOREIRA, Thiago M. Q. A constitucionalização da Defensoria Pública: disputas por espaço no sistema de justiça. *Opinião Pública*, v. 23, n. 3, p. 647-681, 2017.

OBSERVATÓRIO DO ENSINO DO DIREITO — FGV — Direito-SP, v. 1, n. 1, out. 2013. Relatório. Disponível em: 09/relatorio\_oed\_out\_2013quem\_e\_o\_professor\_de\_direito\_no\_brasil.pdf. Acesso em: 30 mar. 2019.

OLSON, Susan M.; DZUR Albert W. Revisiting informal justice: Restorative justice and democratic professionalism. *Law Society Review*, 38, p. 1, 2004.

SADEK, Maria Teresa. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, v. 93, p. 55-66, 2014.

SIQUEIRA, Wellington L. *Paralegais na cidade de São Paulo: um estudo sobre processos e discursos de profissionalização*. Monografia (Graduação em Ciências Sociais) — Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2015.

SOMMERLAD, Hilary. The new professionalism in England and Wales: talent, diversity and a legal precariat. In: HEADWORTH, Spencer; NELSON, Robert L.; DINOVIETZER, Ronit; WILKINS, David B. (eds.). *Diversity in Practice: Race, gender and class in legal and professional careers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

STRAUSS, Anselm. *Espelhos e máscaras*. São Paulo: Edusp, 1999.

THORNTON, Margaret. Squeezing the Life Out of Lawyers: Legal Practice in the Market Embrace. *Griffith Law Review*, v. 25, n. 4, p. 471-491, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2956228>. Acesso em: 02 abr. 2019.

# PODER JUDICIÁRIO, ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA

1 Ver, a respeito, Ferraz Jr. (1989, p. 11).

GISELE CITTADINO

A expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. O protagonismo do Poder Judiciário pode ser observado tanto nos Estados Unidos como na Europa, ainda que nos países da *common law* esse ativismo judicial seja mais favorecido pelo processo de criação jurisprudencial do direito. De qualquer forma, mesmo nos países de sistema continental, os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, já sendo até mesmo possível falar em um “direito judicial”. No Brasil, do mesmo modo, também se observa uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecida pela Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.<sup>1</sup> Como assinala Luiz Werneck Vianna (1996), após a Segunda Guerra, seja na preferência da bibliografia especializada, seja no âmbito da opinião pública,

[...] à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, [...] seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida — Justiça”. (Vianna, 1996, p. 263)

Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa, as

**2** Ver, a respeito, Michel Guénaire, *La Constitution ou la fin de la politique*. Este texto foi publicado pela revista *Le Débat* (n. 64, mar./abr. 1991), juntamente com mais quatro artigos de autores franceses que, ao contrário de Guénaire, não vislumbram qualquer relação perversa entre o direito e a política: Louis Favoreu, *De la démocratie à l'État de droit*; Stéphane Rials, *Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme*; Dominique Rousseau, *La Constitution ou la politique autrement*; e Michel Troper, *Le droit, la raison et la politique*.

transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas, seja em países europeus ou latino-americanos, e a consequente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público. Há, ainda, as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular. Se considerarmos qualquer uma dessas chaves interpretativas, podemos compreender por que a expansão do poder judicial é vista como um reforço da lógica democrática. Com efeito, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como “judicialização da política”.

É importante ressaltar, em primeiro lugar, que esse processo de “judicialização da política” — por mais distintas que sejam as relações entre justiça e política nas democracias contemporâneas — é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positivista, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O crescente processo de “juridificação” das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade. Em segundo lugar, ainda que o processo de judicialização da política possa evocar um vínculo entre “força do direito” e “fim da política”<sup>2</sup> — ou seja, a ideia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras —, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político. Finalmente, é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade — o juiz só se manifesta mediante provocação —, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas.

São, portanto, várias as razões através das quais podemos compreender o processo de “judicialização da política”. Esta ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não representa qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países. De qualquer modo, se o atual protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto positivamente, “[...] essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular” (Guarnieri; Pederzoli, 1999, p. 27). Afinal, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.

É importante ressaltar, todavia, que são muitos os autores que, por reservar aos tribunais a função de estabelecer uma síntese interpretativa dos valores constitucionais forjados pelo povo, não manifestam qualquer temor de que o processo de judicialização da política venha a atuar contrariamente ao “império da lei” e seus fundamentos democráticos. Em um dos seus mais importantes trabalhos, Bruce Ackerman (1991), por exemplo, afirma que contra as grandes decisões políticas tomadas por uma cidadania fortemente mobilizada, a Suprema Corte Americana não pode legitimamente invocar nem mesmo o argumento de que tal deliberação viola os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Ackerman explicita o seu argumento recorrendo a um caso hipotético: ele imagina uma situação em que o avanço do fundamentalismo religioso no mundo islâmico encontraria como contrapartida no mundo ocidental uma formidável renovação dos compromissos do povo com a fé cristã. Como decorrência dessa religiosidade revigorada, o povo americano, através de um forte movimento político, tomaria uma decisão revolucionária — representada por uma significativa “transformação no sistema”<sup>3</sup> — que terminaria por resultar na promulgação de uma nova Emenda Constitucional, que revogaria parcialmente a Primeira<sup>4</sup>, e cujo conteúdo seria o seguinte: “O Cristianismo é estabelecido como a religião oficial do povo americano e o culto público de outros deuses está,

**3** Ressalte-se, no entanto, que, segundo Ackerman, uma decisão política revolucionária apenas se traduz em efetiva mudança constitucional quando três condições são obtidas. Em primeiro lugar, o movimento político que a deflagra deve convencer um número extraordinário de cidadãos a discuti-la com seriedade. Em segundo lugar, todos aqueles que a ela se opõem devem ter assegurado o direito de expor amplamente os argumentos que sustentam sua posição contrária. Finalmente, a maioria dos cidadãos deve continuamente apoiar esta decisão e seus efeitos, quando ela é discutida nos foros constitucionais adequados, especialmente no âmbito da Suprema Corte.

**4** A Primeira Emenda à Constituição Americana impede que o Congresso institua qualquer religião oficial, proíba o exercício de cultos religiosos, restrinja a liberdade de expressão e de imprensa, limite o direito do povo de reunir-se pacificamente ou o direito de petição aos poderes públicos. As dez primeiras emendas constitucionais americanas, ratificadas em 15 de dezembro de 1791, constituem a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*).

- 5 É necessário ressaltar que a chamada cláusula do “não obstante” não pode ser invocada em relação à legislação que limite as liberdades religiosas, de expressão, de assembleia, de associação, o direito ao *habeas corpus* e outros direitos considerados básicos. Ao mesmo tempo, as leis imunes ao controle judicial devem ser renovadas após cinco anos, pois, caso contrário, estão automaticamente derogadas. Ver, a respeito, Carens (1995, p. 53).
- 6 A cidade de Quebec integra o Estado canadense, mas é reconhecida como “sociedade distinta” por uma emenda constitucional, designada como Emenda Meech.

pela presente, proibido” (Ackerman, 1991, p. 14). Em face da promulgação desta hipotética XXVII Emenda Constitucional, os juízes da Suprema Corte Americana não poderiam declarar a sua inconstitucionalidade, através do *judicial review*, precisamente porque os direitos fundamentais, segundo Ackerman, não são prioritários nem podem subordinar a deliberação soberana do povo. Ao contrário, até mesmo as liberdades mais fundamentais — como a religiosa, por exemplo — dependem do processo público de autodeterminação.

Não é apenas no âmbito de discursos doutrinários e relatos de casos hipotéticos que a prioridade conferida à autonomia pública autoriza restrições aos cidadãos em nome de objetivos coletivos. Se observarmos, por exemplo, o caso do Canadá, veremos que este país, da mesma forma como outras democracias contemporâneas, instituiu, em 1982, como parte integrante de sua Constituição, uma declaração de direitos — a “Carta de Direitos e Liberdades” —, destinada a proteger os direitos fundamentais de todos os cidadãos canadenses. Com efeito, essa declaração de direitos assegura um conjunto de direitos e liberdades individuais (liberdade religiosa, liberdade de expressão, direito ao devido processo etc.), tanto quanto um tratamento igualitário para todos os cidadãos, proibindo práticas discriminatórias em razão de raça, sexo ou religião. Ao mesmo tempo, esses direitos individuais e as exigências de tratamento igualitário constituem base para a revisão judicial (*judicial review*) da legislação canadense em qualquer nível de governo. No entanto, ainda que o Tribunal Supremo do Canadá possa declarar a inconstitucionalidade das leis que violam a declaração de direitos, o instituto do *judicial review* é limitado por uma cláusula constitucional — a chamada cláusula do “não obstante” (*notwithstanding clause*) —, segundo a qual o Parlamento ou as Assembleias Provinciais podem instituir legislações imunes à revisão judicial, durante um certo período<sup>5</sup>. Foi com base nesta cláusula que algumas leis relativas à proteção cultural dos franco-canadenses foram promulgadas em Quebec, dentre elas a que os proíbe de matricular seus filhos em escolas de língua inglesa. A validade dessa legislação, que impõe restrições aos direitos constitucionalmente assegurados, decorreria do fato de que foi instituída em nome de um objetivo comum, ou seja, a sobrevivência cultural dos franco-canadenses. Esta seria a única forma de lidar com a “pretensão homogeneizante” do Canadá inglês, contrária ao reconhecimento de Quebec como “sociedade distinta”<sup>6</sup>, evitando, dessa maneira, a violação da autodeterminação do seu povo e a imposição de “[...] uma forma de sociedade

liberal que lhes é alheia e à qual não podem acomodar-se sem sacrificar sua identidade” (Taylor, 1993, p. 90).

O que nos resta agora é perguntar se o vínculo entre ativismo judicial e reforço da lógica democrática, que subjaz ao processo de “judicialização da política”, pode viabilizar essa quebra de limites normativos à soberania popular, por mais legítimo que seja o movimento político a dar-lhe sustentação. Em outras palavras, a indagação é se o Poder Judiciário, para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve atuar como regente republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados. Dar uma resposta positiva a essa pergunta significa, na verdade, autorizar os tribunais, especialmente as cortes supremas, a atuar como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional” e imunizando “[...] a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita [...], pois quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social...” (Maus, 2000, p. 186-187).

Não se pode negar que as constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram e, neste sentido, as decisões dos tribunais — especialmente em face de conflitos entre direitos fundamentais — têm necessariamente o caráter de “decisões de princípio”. No entanto, a despeito do fato da dimensão inevitavelmente “criativa” da interpretação constitucional — dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco a lógica da separação dos poderes —, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos. As decisões de princípio proferidas pelas cortes supremas não podem ser equiparadas a emissões de juízos que “[...] ponderam objetivos, valores e bens coletivos” (Habermas, 1996a, p. 239-240), pois, dado que normas e princípios constitucionais, em virtude do seu sentido deontológico de validade, são vinculantes e não especialmente preferidos, a interpretação constitucional deve decidir “[...] qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito e não como equilibrar interesses ou relacionar valores” (Habermas, 1996a, p. 260-261).

De outra parte, uma interpretação constitucional orientada por valores, que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo. A concepção de comunidade ética de valores compartilhados parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas. É precisamente por isso que em um Estado Democrático de Direito, a corte constitucional deve

[...] entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político. (Habermas, 1997, p. 99)

Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão, tanto pública quanto privada, e a legitimidade do direito. É precisamente do fato de que são autores e destinatários do ordenamento normativo que decorre, portanto, o direito dos cidadãos de tomar parte na interpretação da Constituição, ampliando aquilo que Peter Häberle (1997) designa como “comunidade de intérpretes da Constituição”, ou, de outra forma, favorecendo o processo de “judicialização da política”. O que importa ressaltar, portanto, é que se o vínculo entre ativismo judicial e cidadania ativa não pode considerar o direito como um entrave ao processo democrático, isso não significa que o processo de “judicialização da política” não tenha espaço em uma sociedade que valoriza a associação entre direito legítimo e democracia. Em outras palavras, o processo de “judicialização da política” pode ser desvinculado das concepções valorativas de uma comunidade ética, para referir-se ao processo através do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na

Constituição, sem que seja preciso apelar para aquilo que Jürgen Habermas (1996b) designa como “confiança antropológica nas tradições”.

Com efeito, é preciso observar que em muitos contextos históricos — o caso norte-americano, por exemplo — o contínuo desenvolvimento constitucional viabiliza modelos hermenêuticos que asseguram uma interpretação racionalmente construída a partir de princípios substantivos. No entanto, em outras sociedades, não se pode apelar para uma visão substantiva da democracia constitucional, ancorada na confiança em tradições e práticas constitucionais. Nos casos em que a história constitucional é marcada por rupturas e não por continuidades, quando não é possível apelar para uma “comunidade de destino” ou para a “confiança antropológica nas tradições”, o processo de “judicialização da política” deve representar um compromisso com a concretização da Constituição, através do alargamento do seu círculo de intérpretes, especialmente em face do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, quando não podemos recorrer a valores compartilhados ou conteúdos substantivos, temos a alternativa de substituir a “nação de cultura” pela “nação de cidadãos” (Habermas, 1996b).

No Brasil, a “nação de cidadãos” não será constituída diante de um Supremo Tribunal Federal que acredita, como hoje, que pode substituir-se à vontade soberana do povo brasileiro, como se fosse legítima uma “razão sem voto” ou um sistema de justiça cuja racionalidade técnica seja considerada superior à racionalidade política inscrita nos poderes Executivo e Legislativo. Nesta hipótese, a judicialização da política transforma-se em ativismo judicial, forma camuflada de retorno ao histórico autoritarismo presente na cultura política do país.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- CARENS, Joseph. Complex Justice, Culture and Politics. In: MILLER, David; WALZER, Michael (eds.). *Pluralism, Justice and Equality*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- FAVOREU, Louis. De la démocratie à l'État de droit. *Le Débat*, n. 64, p. 154-158, mar./abr. 1991.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Constituição de 1988*. Legitimidade, vigência e eficácia normativa (em colaboração com Maria Helena Diniz e Ritinha A. Stevenson Georgakilas). São Paulo: Atlas, 1989.
- GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los Jueces y la Política*. Poder Judicial y Democracia. Madrid: Taurus, 1999.

GUÉNAIRE, Michel. La Constitution ou la fin de la politique. *Le Débat*, n. 64, p. 146-153 mar./abr. 1991.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1996a.

HABERMAS, Jürgen. *La Necesidad de Revisión de la Izquierda*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996b.

HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

RIALS, Stéphane. Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme. *Le Débat*, n. 64, p. 159-175, mar./abr. 1991.

ROUSSEAU, Dominique. La Constitution ou la politique autrement. *Le Débat*, n. 64, p. 176-180, mar./abr. 1991.

TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

TROPER, Michel. Le droit, la raison et la politique. *Le Débat*, n. 64, p. 181-186, mar./abr. 1991.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, “Positivação” do Direito Natural e Política. *Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, p. 263-281, 1996.

# A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A APOSTA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DO OTIMISMO AO PESSIMISMO<sup>1</sup>

MARIA PIA GUERRA

<sup>1</sup> Este artigo foi publicado anteriormente no livro *Seminário Bicentenário da 1ª Assembleia Constituinte 1823*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2023, p. 99-128, com poucas alterações.

## INTRODUÇÃO

As comemorações dos 30 anos e agora dos 35 anos da Constituição Federal de 1988 são oportunidade importante para realizar um balanço dos avanços e dos limites do processo de redemocratização brasileiro. Os avanços foram muitos. Um processo participativo e inclusivo inédito na história do Brasil marcou o fim do regime militar e viabilizou o caminho para a construção de uma sociedade democrática. O regime constitucional permitiu que as disputas políticas fossem travadas sem violência política, com respeito às regras do jogo, tendo em vista a afirmação de direitos fundamentais. As práticas autoritárias, violentas e discriminatórias por certo ainda estão presentes no cotidiano das pessoas, mas o Brasil é hoje um país menos desigual, menos pobre, com melhores índices de saúde, educação e bem-estar material.

Os limites desse processo, porém, também são muitos. São promessas de transformação social ainda por se fazer, manifestas, por exemplo, no fato de o país concentrar 11% dos homicídios no mundo, em sua maioria de jovens, negros e pobres. Nos últimos anos, foram também muitos questionamentos sobre a própria viabilidade de a Constituição permanecer sendo o fundamento da organização política do país. Pela primeira vez em mais de 30 anos, circulou nos meios acadêmicos e sociais um receio em relação à sobrevivência do regime constitucional tal como idealizado em 1988.

Neste artigo, aproveito a oportunidade de comemoração dos trinta e cinco anos da Constituição para observar as possibilidades e limites

do projeto constitucional de 1988 tal como compreendidos no universo acadêmico. Para tanto, faço uma comparação entre as principais publicações acadêmicas das efemérides de dez, vinte e trinta anos da Constituição Federal de 1988. A seleção não será exaustiva, mas buscaremos os textos representativos de diferentes linhas acadêmicas de direito constitucional.

O resultado da comparação, veremos, é a constatação de um movimento que vai do otimismo a um pessimismo, ambos, porém, ancorados em uma visão parcial sobre as possibilidades da Constituição. Sobretudo no aniversário dos vinte anos, uma grande quantidade de obras e dossiês, mais do que um balanço do passado, descreveu com otimismo as expectativas de futuro que davam papel de destaque à jurisdição constitucional. Já no aniversário dos trinta anos, as mesmas expectativas, que se referem a um dos elementos da Constituição de 1988, foram agora motivo para o pessimismo. O texto que segue busca aprofundar esta constatação, a da existência de uma crença na jurisdição constitucional como mecanismo de sustentação da Constituição de 1988, indagando o seu significado para a compreensão do nosso regime constitucional. Arriscamos dizer que as desconfianças nos últimos anos em relação à viabilidade do projeto constitucional de 1988 decorreram menos das crises políticas ou do próprio projeto constitucional do que de uma particular interpretação da literatura acadêmica, que reduziu a dinâmica constitucional à atuação da corte.

No primeiro tópico, descrevemos o avanço da produção científica sobre a jurisdição após 1988. Veremos que o tema se tornou significativamente influente na academia brasileira e que orientou a perspectiva a partir da qual o regime constitucional foi avaliado. O destaque não foi uma coincidência, mas foi, sobretudo, uma aposta nas possibilidades deste mecanismo sustentar o regime democrático. No segundo tópico, avançaremos para compreender os seus termos. Partimos das comemorações dos 20 anos para demonstrar qualitativamente a extensão da crença e do otimismo que se seguiu a ela. Por fim, concluímos com anotações sobre os seus limites. Para tanto, faremos uma breve comparação com textos produzidos sobre os 30 anos da Constituição. Esperamos, assim, jogar luz sobre um dos trilhos que nos conduziu à percepção de uma crise atual.

## O REGIME CONSTITUCIONAL E OS ESTUDOS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO

Existe algum consenso teórico no Brasil a respeito do fortalecimento do Poder Judiciário no regime constitucional de 1988. As primeiras constatações neste sentido foram formuladas mesmo antes da promulgação da Constituição, quando juristas notaram em tom alarmista, por exemplo, que o judiciário ficaria sobrecarregado com o vácuo legal produzido pelas normas constitucionais a ser regulamentadas (O Brasil, 1987). Já aí se vislumbrava o judiciário como uma nova arena de deliberação social.

A partir de meados dos anos 2000 a linha de estudos tornou-se bastante influente e capilarizada no país. Em 2008, Oscar Vilhena Vieira publicou um texto, “Supremocracia”, que se tornaria uma referência — quiçá espécie de marco inicial — de uma variação desta linha que identificava o fortalecimento no Supremo Tribunal Federal (Vieira, 2008). Daí em diante, as explicações para o fenômeno no que se refere ao STF variaram. Alguns autores ressaltaram as modificações produzidas pelo texto constitucional. Uma delas seria o redesenho do controle de constitucionalidade, que teria expandido o acesso ao tribunal ao ampliar o escopo e a legitimidade ativa para as ações constitucionais (Arantes, 1997). Uma segunda seria a inscrição de garantias contra a intervenção direta na corte, por meio de regras de composição (*court-packing*), competência ou emendas superadoras da interpretação (Arguelles, 2016). Uma terceira, ainda, seria de modo mais geral a amplitude temática do texto, que constitucionalizou e, assim, judicializou a vida social junto com seus dilemas morais (Barroso, 2008).

Outros autores, por vezes os mesmos, ressaltaram a dinâmica social. Atores políticos teriam incorporado o comportamento estratégico que revê derrotas majoritárias no judiciário (Taylor; Da Ros, 2007). A sociedade teria, no crescente movimento de consolidação da democracia e da cidadania, mobilizado a si mesma para a busca de direitos ante uma frustração com as omissões do legislativo e do executivo (Barroso, 2008). Outros autores ainda ressaltaram a atuação dos próprios ministros do STF, que recriaram os impedimentos e as exigências do texto constitucional original por meio de suas interpretações, passando de uma atuação restritiva para uma atuação expansiva igualmente criativa, sendo, portanto, tão responsáveis pelos resultados quanto o texto constitucional e os novos atores sociais (Arguelles, 2016).

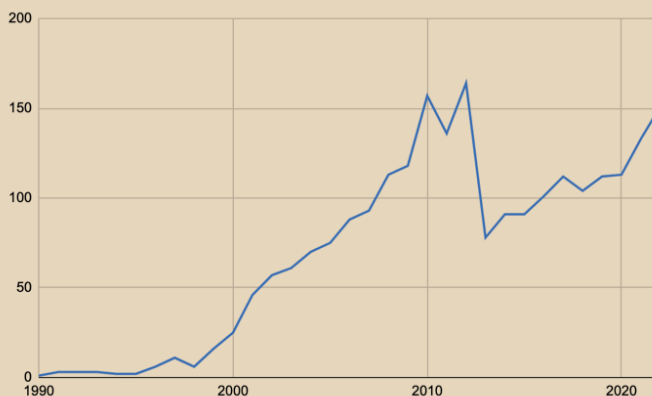
**2** Cálculo realizado em 14 de julho de 2023. Ferramenta disponível no sítio eletrônico: <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>. Acesso em: 14 jul. 2023.

A isso combinou-se a extensa literatura nacional e internacional que interpretava o fenômeno sob a perspectiva ampla e global de judicialização da política. Em todo o mundo, são desde as primeiras análises que ligavam o novo arranjo ao movimento pró-direitos humanos no pós-Segunda Guerra, passando pelos estudos de referência de C. N. Tate e T. Vallinder (1996) sobre o ativismo dos juízes nas arenas políticas em democracias contemporâneas, até análises como a de R. Hirschl (2004), que associam o arranjo não às democracias, mas ao controle das demandas sociais fora das arenas populares.

O que estava presente em todas as explicações, de uma forma ou de outra, era a constatação de uma nova forma de atuação do Poder Judiciário no quadro constitucional pós-1988. Analisar esta atuação seria fundamental para compreender a efetividade e as potencialidades da Constituição Federal.

O crescimento da linha de estudos sobre o assunto também pode ser medido em números. No âmbito nacional, do conjunto de teses e dissertações produzidas no país, disponíveis no catálogo da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoa de Nível Superior (Capes) em seu sítio eletrônico, 2.358 se referem ao Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>. De 1990 a 1995 os números são irrelevantes, a partir de 2000 entram em trajetória crescente e chegam a um ápice em 2010 (157 trabalhos). Sofrem um declínio em 2013 (78 trabalhos), chegam um novo ponto alto em 2017 (112 trabalhos), retomando trajetória de crescimento acentuado de 2020 (113 trabalhos) a 2022 (151 trabalhos).

GRÁFICO 1 — JUDICIALIZAÇÃO EM TESES E DISSERTAÇÕES



Fonte: Banco de teses Capes (2023).

Algo semelhante ocorreu com os estudos sobre judicialização. A partir do banco de dados da Capes, foram 1421 produções referentes ao tema. Até meados da década de 2000 o número era insignificante (menor do que um por ano). A partir da década de 2010 assumiu uma trajetória de crescimento acentuado, com queda apenas em 2013 (78 produções) e ápice em 2017 (194 trabalhos). O número é inferior ao de estudos sobre o Supremo Tribunal Federal, mas a proporção de crescimento é equivalente ou ainda maior.

Certamente isso tem relação com a formulação de um conceito (*judicialização*, ou mais específico, *judicialização da política*), uma vez que os debates sobre o Poder Judiciário ocorriam anteriormente, em outros termos. Mas isto, a elaboração de um conceito antes confirma do que nega a tese da crescente influência do campo (Koselleck, 2011). É algo visto também, como afirmamos antes, nos estudos internacionais, que se desenvolvem em conexão aos nacionais. Com auxílio da ferramenta Google NGram, disponível para pesquisas em língua inglesa, vê-se que também aí existe uma inflexão acentuada no número de estudos sobre *judicialization*, notadamente a partir dos anos 2000 (Gráfico 2).

GRÁFICO 2 — ESTUDOS SOBRE JUDICIALIZATION



Fonte: Google NGram (2023).

As diversas correntes explicativas, assim como o crescimento acentuado do número de estudos sobre o tema, revelam a existência de uma voga analítica. Esta, por sua vez, indica existir um fenômeno social de alteração do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, especialmente nas últimas duas décadas, face aos demais poderes de Estado e à sociedade civil. No Brasil, a voga buscou compreender o que considerava um dos elementos mais relevantes da nova ordem constitucional. Foi

**3** Em anexo estão os sumários das três edições. Na edição da *Revista de Informações Legislativas* constam os seguintes autores: Paulo Roberto de Almeida, Luís Roberto Barroso, Maristela Basso, Luiz Olavo Baptista, Luiz Fernando Bellinetti, Paulo Bonavides, Pedro Braga, Bernardo Cabral, Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Eduardo Caputo Bastos, Antenor Madruga, Clèmerson Merlin Clève, Jorge Miranda, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Bruno Dantas, René Ariel Dotti, Luiz Edson Fachin, Jorge Fontoura, Márcio P. P. Garcia, Eros Roberto Grau, Samuel Pinheiro Guimarães, Gilmar Mendes, Stéphane Monclaire, Walter Costa Porto, Aldacy Rachid Coutinho, André de Carvalho Ramos, Miguel Reale Júnior, Francisco Rezek, Agacieli da Silva Maia, Carlos Fernando Mathias de Souza, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Marcelo Dias Varella e Márcia Dieguez Leuzinger, Arnaldo Wald, Friedmann Wenzel e Rosane Kolotelo. Já na edição da *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* constam os seguintes autores: Roberta Magalhães Gubert e André Karam Trindade, Alexandre Moraes da Rosa, Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Thiago Henrique Barouch Bregunci, Cristiano Paixão e Leonardo de Andrade Barbosa, Fernando Scaff, Flávia Piovesan de Magalhães Barros, Gilberto Bercovici, Ingo Sarlet, José Luiz Quadros de Magalhães, Lenio Streck, Leonel Ohlweiler, Luiz Alberto David Araujo, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Paulo de Tarso Brandão, Rogério Gesta Leal, Vera Karam de Chueiri. Por fim, na *Revista Direito GV* constam os seguintes autores: Antonio Gomes Moreira Maués e Élica Lauris dos Santos, Loiane Prado Verbicario, Marcos Paulo Verissimo, Oscar Vilhena Vieira, Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro, Fábio Portela Lopes de Almeida, Ademir Antonio Pereira Júnior, Daniel Wei Liang Wang.

uma relevância temática atribuída não por um grupo restrito, mas por um contingente amplo de juristas e acadêmicos. Para o que nos interessa aqui, queremos notar que além de uma opção de análise, foi em grande medida também uma aposta no potencial deste novo arranjo de poderes, principalmente quando formulado como jurisdição constitucional. Esta teria sido uma das mais importantes modificações institucionais, que daria sentido e efetividade à nova ordem constitucional democrática.

Senão vejamos.

## A APOSTA DOS 20 ANOS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Passado: é o futuro, usado.

Millôr Fernandes

Os textos produzidos nas comemorações de aniversário dos 20 anos da Constituição Federal de 1988 são bons condutores para desenvolver nosso argumento. Eles produzem uma memória da Constituição, por meio de balanços do passado com perspectivas de futuro. Seguindo Pierre Nora (1993), o presente cria “[...] instrumentos da comemoração, moldando-os conforme suas necessidades e especificidades”, de modo que essas avaliações, mais do que meras descrições, são seleções do passado engajadas em projetos de futuro. Ainda, continua, a própria simultaneidade das efemérides produz a sua relevância nas relações políticas e no imaginário nacional. O resultado é um debate público condensado sobre os diversos projetos em disputa, que tanto se referem ao significado e às marcas da Constituição, como às expectativas de futuro por ela abertas.

A seleção não será exaustiva, mas buscaremos os textos representativos de diferentes linhas acadêmicas de direito constitucional. Recorremos a três coletâneas que consideramos representativas: a “Edição especial em comemoração aos vinte anos da promulgação da Constituição de 1988” da *Revista de Informações Legislativas* (Brasília, ano 45, nº 179, jul./set. 2008), o dossiê “20 Anos de Constitucionalismo Democrático — E Agora?” da *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* (Belo Horizonte, ano 1, n. 6, jan./dez. 2008) e o dossiê “O Futuro da Constituição Brasileira: 20 anos depois” da *Revista Direito GV* (São Paulo, n. 8, 2008). Demos preferência aos autores do campo do direito constitucional, excluindo, portanto, autores igualmente reconhecidos de outras áreas jurídicas. Ocasionalmente, complementamos a análise com textos publicados em outras obras<sup>3</sup>.

O aniversário de 10 anos da Constituição não fomentou uma quantidade expressiva de estudos com balanços da experiência constitucional. Possivelmente as reflexões sobre o modelo ocorreram nos anos imediatamente anteriores, por ocasião da revisão constitucional da 1993. Os 20 anos da Constituição, ao contrário, mobilizaram o debate em torno dos percalços do Estado Democrático de Direito, proporcionando, como indicamos anteriormente, uma simultaneidade de efemérides que produziu a sua própria relevância.

Parte dos textos se dedicou a reconstruir a experiência da Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Assim, por exemplo, o relator da Comissão de Sistematização da ANC, Bernardo Cabral (2008), publicou um relato em primeira mão sobre as negociações para a elaboração do anteprojeto. Ressaltou a participação popular e a expectativa de transformação social por meio dos debates constituintes: “Abriu-se mão da comodidade do pré-moldado e das estruturas pré-fabricadas, em nome da proposta de realizar-se artigo por artigo a construção político-jurídica do novo Brasil” (Cabral, 2008, p. 82). O potencial de transformação da Constituição estaria intimamente ligado às características da ANC. No mesmo espírito de entender e homenagear o processo constituinte, a *Revista de Direito GV* e a *Revista de Direito Administrativo* publicaram o discurso do presidente da ANC, deputado Ulysses Guimarães (2008), na sessão de promulgação da Constituição Federal. Stephanie Monclair (2008) descreveu “[...] as grandes características do último processo constituinte brasileiro”, resultado de suas pesquisas com fontes e materiais ainda inéditos constantes do acervo do Congresso Nacional<sup>4</sup>. E, ainda que não dedicados exclusivamente ao tema, a maior parte dos artigos interpretou os elementos ou características da ANC — e do regime militar — para construir a sua argumentação. O livro de Adriano Pillati (2008) daquele ano representa bem o momento, ainda que fora do circuito exclusivamente jurídico. O autor produziu um estudo de fôlego sobre a ANC, com dois objetivos. Em primeiro plano, buscou explicar a perplexidade de um agrupamento majoritariamente conservador ter produzido um texto preponderantemente progressista. No pano de fundo, porém, tentou vislumbrar as potencialidades democráticas do texto que viria a ser defendido mesmo por alguns de seus opositores iniciais, como o presidente Lula, dando ao estudo o tom de um retorno

<sup>4</sup> Em 2009, Daniel Sarmiento publicou um artigo com intuito semelhante: analisar as conquistas e perspectivas de democracia a partir da descrição do processo da ANC (Sarmiento, 2009). Também em 2008, Adriano Pillati publicou o livro *A Constituinte de 1987-1988. Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. O livro é resultado de sua tese de doutorado e contém descrição e análise pormenorizada do processo constituinte (Pillati, 2008). Na edição da *Revista de Direito GV* conferir: “Estabilidade constitucional e acordos constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978)”, de Antonio Gomes Moreira Maués e Élica Lauris dos Santos (2008). Na edição da *Revista de Informações Legislativas*, conferir o texto de René Dotti (2008).

5 Já aparecia, vale notar, em seu texto para as comemorações dos 10 anos da Constituição, intitulado "Dez anos da Constituição de 1988: foi bom para você também?": "[...] sem embargo das dificuldades, dos avanços e dos recuos, das tristezas e decepções do caminho, a história que se vai aqui contar é uma história de sucesso. Sorria, você está em uma democracia" (Barroso, 1998, p. 2).

ao momento original instituinte de um modo de operação política e jurídica contemporâneo.

Os recortes temáticos a partir daí são tão diversos quanto os interesses dos autores. São estudos de teoria política e constitucional (e.g. Cattoni, 2008; Almeida, 2008; Chueiri, 2008; Paixão; Barbosa, 2008). Estudos sobre as transformações em direitos fundamentais em espécie (e.g. Sarlet, 2008; Araujo, 2008; Ramos, 2008) e organização dos poderes (e.g. Rezek, 2008; Vieira, 2008; Bercovici, 2008). Estudos sobre os efeitos da constitucionalização dos outros ramos do direito público e privado (e.g. Fachin, 2008; Coutinho, 2008; Ohlweiler, 2008; Wald, 2008). Assim como estudos sobre a hierarquia constitucional das normas de direito internacional, uma variação do debate sobre a normatividade da Constituição (e.g. Medeiros, 2008; Madrugá, 2008; Garcia, 2008; Piovesan, 2008; Rezek, 2008).

Em comum, podemos indicar dois traços. O primeiro, que pode ser entendido como uma avaliação de conjuntura ou mesmo um estado de espírito, é um otimismo em relação ao trajeto da democratização, que perpassa em maior ou menor medida todos os textos. São poucas as vozes que mantiveram o diagnóstico pessimista formulado no momento de promulgação da Constituição. Como veremos, embora alguns juristas continuassem a denunciar a *ingovernabilidade* produzida pelo texto constitucional, não apenas ressalvavam a estabilidade política vivenciada nas últimas duas décadas, mas também identificavam o problema no excessivo caráter analítico, não exatamente nas possibilidades de o texto constitucional regular a sua própria transformação. Partilharam, portanto, da tônica otimista em relação à atualidade do projeto constituinte. O segundo é um assunto predominante, transversal, ainda que em menor extensão comparado ao primeiro. Os textos partiram de uma afirmação da normatividade da Constituição para discutir as possibilidades — de *efetivação* — da jurisdição constitucional.

O otimismo aparece com mais força, por exemplo, no texto de Luís Roberto Barroso (2008): "O modelo vencedor chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas do novo milênio. Os últimos vinte anos representam, não a vitória de uma constituição específica, concreta, mas de uma ideia, de uma atitude diante da vida".<sup>5</sup> Ou, de modo semelhante, no texto de Jorge Miranda (2008, p. 129), "A Constituição de esperança":

Os vinte anos de vigência da Constituição são vinte anos de democracia, de liberdade e de progresso econômico-social como o Brasil nunca antes conhecera. São vinte anos de paz, em que foi possível a destituição, sem perturbação das instituições, de um Presidente da República em processo de impeachment. São vinte anos de afirmação progressiva de cidadania. E são, a despeito de todas as contrariedades, vinte anos de abertura à esperança.

O otimismo, certamente, veio acompanhado de ressalvas. Mesmo os textos de Barroso e de Miranda sugerem que a Constituição pode ser melhorada e apontam para o longo caminho da conquista da efetividade<sup>6</sup>. Em sentido próximo, Sarlet (2008) e Schier (2008) advertem contra a exortação da qualidade do texto original face a um projeto em constante construção. E, indo além em relação à efetividade, Chueiri (2008) adverte contra um apaziguamento das tensões entre constitucionalismo e democracia (ver, também, Carvalho Netto; Scotti, 2008). Voltaremos a isto depois.

No mais, porém, a marca do período seria a estabilidade política: “Este é o mais longo período de estabilidade institucional da nossa história republicana. Em termos de tradição democrática, temos a comemorar” (Mendes, 2008b). Tal estabilidade seria definida como o reconhecimento de disputas democráticas — com críticas mais à esquerda ou à direita — elaboradas de acordo com os procedimentos constitucionais:

A Constituição de 1988 parece ter de fato inaugurado nova etapa da vida nacional, em que aceitar as regras do jogo é um pressuposto necessário do debate público e em que a possibilidade de questionar as ações de agentes públicos e sociais perante o Poder Judiciário não é mais sinônimo de “ingovernabilidade”, “censura”, “insegurança jurídica” ou qualquer outro instrumento simbólico construído para colocar, arbitrariamente, um ponto final no debate democrático. O país está se acostumando a discutir seus problemas por meio das instituições, e não apesar delas, e a pensar eventuais reformas a partir dos procedimentos democráticos, e não em nome de argumentos externos ao direito e à política. (Barbieri, 2008)

O ponto de partida era o reconhecimento da normatividade do texto constitucional. O resultado era o protagonismo da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário<sup>7</sup>. Assim descreve Clève (2008, p. 4), receoso, porém, dos excessos:

**6** Assim, “[...] vários sectores da opinião jurídica e política têm-na, por estes ou por outros motivos, criticado e alguns — de linha conservadora — gostariam até de a reformar de alto a baixo ou de a substituir por outra [...]. Mas essas vozes não a têm conseguido abalar — o que não significa que ela não possa ser melhorada” (Miranda, 2008).

**7** Como afirmamos anteriormente, parte dos textos, embora otimistas, destacam outros temas que não o Poder Judiciário. Assim, Bonavides (2008) escolhe como tema central a proposta de emenda constitucional que permitiria emendas constitucionais por iniciativa popular. O protagonismo é expressamente reconhecido por Luís Roberto Barroso (2008): “[...] o Poder Judiciário, por sua vez, vive um momento de expressiva ascensão política e institucional. Diversas são as causas desse fenômeno, dentre as quais se incluem a recuperação das garantias da magistratura, o aumento da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente, a criação de novos direitos e de novas ações pela Constituição, em meio a outros fatores. Nesse cenário, ocorreu entre nós uma expressiva judicialização das relações sociais e de questões políticas”.

Com a Constituição de 1988, fez-se valer a tese da força normativa das disposições constitucionais, o que acarretou maior atuação da jurisdição constitucional. Mas se, por um lado e em um primeiro momento, a tônica do constitucionalismo brasileiro foi a efetividade das normas constitucionais, aprendida essa lição, chega-se ao momento de pontuar as tensões que o crescimento da atividade judicial encerra com os postulados democráticos.

A crítica dos excessos é paralela ao reconhecimento do protagonismo do judiciário e do STF e busca matizar o otimismo, ou *ufanismo*, na expressão de Sarlet (2008). Ela surge nas discussões sobre a efetivação de direitos sociais e implementação de políticas públicas, junto a conceitos como o de escassez de recursos, custo de direitos e reserva do possível (cf. Sarlet, 2008; Wang, 2008); e surge também nas discussões sobre o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. É da edição da *Revista Direito GV* o texto “Supremocracia”, de Oscar Vilhena (2008), referido no início deste trabalho (cf., ainda, Verbicaro, 2008; Veríssimo, 2008).

Com isso não se quer dizer que não existissem diferenças. Assim, Gilmar Mendes (2008a) engajava-se em reposicionar o Supremo Tribunal Federal, face à competência do Senado para suspender lei declarada inconstitucional. Para tanto, refaz a história dessa previsão constitucional no período republicano e os debates na ANC, em uma disputa que valia a extensão do poder normativo do tribunal. Em sentido diverso, por exemplo, pois menos confiante na concentração de poderes do STF, Carvalho Netto e Scotti (2008) comprometiam-se com uma comunidade aberta de intérpretes constitucionais e Chueiri (2008) com as tensões entre constitucionalismo e democracia. Dizia a professora Vera Karam que o texto constitucional possui uma dupla abertura, política e jurídica, paradoxal — portanto, potente — porque é ao mesmo tempo abertura e fechamento hermenêutico. O resultado, porém, era também o destaque para a jurisdição constitucional: “Isto é notável, especialmente no exercício da jurisdição constitucional que, no caso brasileiro, nos remete ao Supremo Tribunal Federal, como também às instâncias judiciais de menor grau que, de maneira difusa, a exercem” (Chueiri, 2008). No mesmo sentido, Carvalho Netto e Scotti (2008, p. 1) seguem:

A revisita à nossa história institucional recente nos autoriza, assim, a afirmar a potencialidade democrática presente no incremento dos fragmentos de racionalidade que têm informado decisões, também no âmbito do Judiciário. Pois, apesar da descrição

expressa em suas fundamentações, essas decisões revelam-se como as únicas corretas no sentido dworkiano, ou seja, são capazes de impedir o abuso e de coibir a tendência ao uso abusivo e meramente instrumental do Direito, fazendo dos direitos fundamentais condicionantes das políticas públicas.

As críticas à aposta na jurisdição constitucional partiram de duas frentes. De um lado, alguns textos retomam o debate sobre a Constituição dirigente para advertir contra um constitucionalismo sem Estado e sem política (cf. Bercovici, 2008, Streck, 2008; Souza Cruz; Bregunci, 2008. Ainda, como já visto, cf. Chueiri, 2008).<sup>8</sup> Nas palavras de Bercovici (2008, p. 317):

A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria “autosuficiente” da Constituição. Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Consequentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política.

São limites que já aparecem também no texto de Paixão e Barbosa (2008), sob outra perspectiva. Os autores, ao analisar a cláusula de exclusão de apreciação judicial durante o regime militar, anunciam a fragilidade da tradução das disputas políticas no judiciário, frente às demais instituições do mundo político. Vale retomar as suas conclusões:

Tomada por si só, tal cláusula pode ser considerada uma construção frágil e paradoxal. Em alguns momentos, o Judiciário foi capaz de desvelar essa fragilidade e pôr à mostra o paradoxo que lhe era proposto: decida que você não deve decidir, diga que você deve se calar. Entretanto, na medida em que a interferência sobre a independência da magistratura se intensificava, a disposição para explorar os sentidos intrinsecamente emancipatórios da constituição arrefecia. O regime não era ingênuo e percebera rápido que, isoladamente, normas jurídicas não seriam capazes de pôr em “segurança” a obra revolucionária. Era preciso enfraquecer o ânimo das instituições, interferir em sua composição e em sua estrutura de funcionamento. Essa interferência parece

**8** No texto de Souza Cruz e Bregunci (2008, p. 1): “[...] o reconhecimento da Constituição brasileira como dirigente demanda a investigação sobre a correlação necessária entre o jurídico e o político, pois o projeto contido na lei fundamental restringe/vincula a atuação dos órgãos estatais e, em certa medida, na escolha das políticas públicas. Ainda, uma vez sedimentado na Constituição, inaugura-se a possibilidade de concretização judicial, interferindo no planejamento e orçamento públicos a decisão que determinar o cumprimento das normas que se revestem de caráter pecuniário. Diante disso, a existência de exaustiva normatividade pode atribuir ao Poder Judiciário o papel de supremacia diante dos demais poderes, em decorrência da ampliação da atividade judicial.”

9 No texto de Bercovici (2008): “[...] ao dirigismo constitucional foi imputada a responsabilidade maior pela ‘ingovernabilidade’. O curioso é que são apenas os dispositivos constitucionais relativos a políticas públicas e direitos sociais que ‘engessam’ a política, retirando a liberdade de atuação do legislador. E os mesmos críticos da constituição dirigente são os grandes defensores das políticas de estabilização e de supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais. A imposição, pela via da reforma constitucional e da legislação infraconstitucional, das políticas ortodoxas de ajuste fiscal e de liberalização da economia, não houve qualquer manifestação de que se estava ‘amarrando’ os futuros governos a uma única política possível, sem qualquer alternativa. Ou seja, a constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da ‘ingovernabilidade’. A constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta, a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada”.

10 Já a doutrina brasileira do neoconstitucionalismo — ao menos nos ensinamentos que apreendi — não se sustenta. O seu pós-positivismo — peça central do modelo é simplista e não traz inovações, mas usa, sem dizê-lo, de ideias de há muito conhecidas no plano do direito. Na verdade, para o bem da causa, a doutrina anterior é referida de modo caricatural e simplista, quando não convenientemente ignorada. O neoconstitucionalismo à brasileira — apesar da sustentação científica de sua principal estrela — não é, essencialmente, senão uma ideologia, uma roupagem pretensamente científica, para coonestar um ativismo de operadores do direito. Ele serve de instrumento para implantar o politicamente correto, “reformar” o mundo e, de passagem, o país, num arremedo de socialismo utópico (para lembrar a lição de Marx).

decisiva para explicar o sucesso das tentativas de interditar a interpretação constitucional. (Paixão; Barbosa, 2008, p. 9)

De outro lado, alguns textos retomam o debate da ingovernabilidade da Constituição. É um debate que estava presente no pano de fundo, em parte das críticas sobre o excesso, ainda que aplacado pelo otimismo do reconhecimento da estabilidade política. Governabilidade, o seu contrário, sustentava Bercovici (2008), era a da Constituição dirigente invertida, a que lia na Constituição os preceitos de linhas econômicas liberais<sup>9</sup>. Assim, no mesmo contexto de comemoração dos 20 anos da Constituição, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008) publicou um texto crítico ao neoconstitucionalismo na *Revista de Direito Administrativo*, no qual relaciona uma teoria da interpretação, o fortalecimento do judiciário, a ingovernabilidade produzida pela Constituição e a necessidade de *desconstitucionalizar*.

Em defesa da competência dos demais poderes face ao crescimento do judiciário, escreve:

Designa-se como “constitucionalização do direito” um fenômeno novo. Trata-se da aplicação direta e imediata das normas constitucionais pelo juiz no equacionamento dos casos concretos, pondo-se de lado a legislação infraconstitucional cabível (sem que ocorra a declaração de inconstitucionalidade desta). Esse posicionamento é, todavia, condenável. Tal menosprezo à lei (já apontado) contraria, por um lado, a separação dos poderes, por outro, a própria democracia. A separação dos poderes, porque o juiz se substitui ao legislador e é função deste densificar os princípios constitucionais e intermediar pela regulamentação que edita a sua aplicação a casos concretos. A democracia, porque ele faz do juiz um governante, não tendo, contudo, legitimidade para tanto. Como registra a Constituição brasileira, o povo exerce o poder, ou diretamente, ou por meio de representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único). (Ferreira Filho, 2008, p. 164)

O texto pode ser lido também como uma crítica à doutrina da efetividade. Como continua: “O neoconstitucionalismo à brasileira — apesar da sustentação científica de sua principal estrela — não é, essencialmente, senão uma ideologia, uma roupagem pretensamente científica, para coonestar um ativismo de operadores do direito”<sup>10</sup>. (Ferreira Filho, 2009, p. 165).

Os termos, vale notar, são semelhantes aos de um texto publicado pelo autor no contexto das reformas constitucionais da década de 1990. Assim,

em 1994 e 1995 afirmava que também no Brasil ocorria o fenômeno da *judicialização da política*, algo prejudicial para a justiça e para os indivíduos<sup>11</sup>. Isso não seria opção consciente, mas uma omissão do constituinte originário, associada a emendas constitucionais posteriores, como a de criação da ação declaratória de constitucionalidade:

[...] a reestruturação do Poder Judiciário não era prioridade de qualquer das correntes que predominavam na constituinte de 87-88. Por isso, o tema não suscitou maiores controvérsias. Mas, apesar dessa apatia, uma reestruturação de monta houve, decorrente de uma combinação de propostas desconexas e de variada inspiração. (Ferreira Filho, 1994)

Era, contudo, algo que poderia e deveria ser corrigido em uma revisão constitucional, que “virá inexoravelmente” (Ferreira Filho, 1994, p. 17). Esta revisão poderia, por exemplo, criar uma justiça constitucional especializada, fora das mãos de juízes inexperientes no trato das questões políticas (Ferreira Filho, 1995a). O autor sustentava, em seguida, que o caráter dirigente da Constituição deveria ser atenuado por meio de uma *desconstitucionalização*, que “[...] não passa da retirada da constituição de parte do que, não sendo fundamental para a estrutura do poder ou sua limitação, nela está enxertado. Mas é tímida a proposta governamental, é preciso ir bem mais longe” (Ferreira Filho, 1995b, p. 2). Desconstitucionalizar, aqui, é criticar o modelo constitucional que se desenhava, mudá-lo, retirando a Constituição do eixo de disputas políticas do cotidiano. Mantém-se, no entanto, a viabilidade de parte importante do projeto constitucional de 1988, a de regulação da estrutura da política.

Vale notar, porém, que já existia aí uma tensão em relação à adesão ao projeto constituinte. Em primeiro lugar, porque o projeto constitucional de 1988 incluía a constitucionalização de direitos fundamentais e de políticas públicas (cf. Couto; Arantes, 2005). Em segundo lugar, principalmente, porque previa procedimentos específicos de garantia da supremacia constitucional. Ou seja, porque incluía a expectativa de o texto constitucional transformar a sociedade, bem como de regular a sua própria transformação. O autor, no entanto, elastece a interpretação sobre os procedimentos para emenda constitucional. Como se vê em seu texto sobre cláusulas pétreas, afirma que “[...] não tem elas fundamento seguro, mesmo quando fruto do poder constituinte originário, pois este não goza de

**11** Nas suas palavras: “[...] a Constituição em vigor propiciou uma judicialização da política, no sentido de que, de mais em mais, decisões políticas são postas sob o crivo do Judiciário. [...]. Esta judicialização da política reflete-se numa politização da justiça que facilmente se reconhece pela simples leitura dos jornais. Ora, isto é muito mau para a Justiça, dita comum, que afeta a todos os indivíduos. Para evitá-lo, talvez conviesse, por um lado, criar uma justiça constitucional nos moldes europeus, por outro uma justiça de contas, especializadas ambas. Com isto o eventual aspecto político de questões de ampla repercussão na opinião pública ficará em mãos de pessoas preparadas para tanto e especializadas no seu trato. Não nas mãos de juízes não raro inexpertos e inexperientes, bitolados na rotina das questões entre particulares, que olham problemas políticos como de mera aplicação da letra da lei” (Ferreira Filho, 1995a, p. 8). Conferir também Ferreira Filho (1994).

**12** Trecho integral: “[...] por outro lado, a intocabilidade das ‘cláusulas pétreas’ não é um dogma. Ao contrário, a lógica da história e o ensinamento de ilustres juristas a rejeitam. Do ângulo do direito positivo, a experiência brasileira mostra ser possível a uma Emenda afastar a aplicabilidade de ‘cláusulas pétreas’, como a uma Constituição, obra de uma ‘reforma constituinte’ estabelecer diversas, sem, todavia, restaurar uma delas, anteriormente afastada. De qualquer modo, as matérias protegidas por ‘cláusulas pétreas’ não podem ser abolidas — porque só o abolir é que estas impedem — salvo por um processo em duas etapas, a primeira, de supressão da cláusula protetora, a segunda, atingindo o princípio, regra ou instituto envisado. Isto já não é pouco” (Ferreira Filho, 1994, p. 17).

uma ‘qualidade’ superior ao poder de que goza a representação popular” (Ferreira Filho, 1994, p. 16). Elas poderiam ter sua aplicabilidade afastada por emenda ou mesmo poderiam ser abolidas, desde que por “[...] processo em duas etapas, a primeira, de supressão da cláusula protetora, a segunda, atingindo o princípio, regra ou instituto envisado. Isto já não é pouco” (Ferreira Filho, 1994, p. 17)<sup>12</sup>.

Sua relação com o projeto constituinte, assim, é ambígua — ao menos com aquele tal como descrito, por exemplo, no texto de Bernardo Cabral (2008). Adere em sentido abstrato, rejeita algumas partes em concreto (tal como a inserção de políticas públicas que deixariam o país ingovernável), rejeita a teoria da interpretação que carrega consigo a voga analítica da judicialização e propõe a alteração por meio de procedimentos constitucionais (o que chama de desconstitucionalização). Abre caminho, por fim, para a rejeição em sentido abstrato, ao colocar a soberania da representação popular acima da soberania da constituição.

Em suma, no conjunto das obras sobre os 20 anos da Constituição percebemos que existia um otimismo generalizado, amparado nas possibilidades da jurisdição constitucional. Esta linha comportava pesquisadores com distintas visões de mundo, surpreendentemente reunidos na mesma voga. Percebemos também que existiam críticas ao modelo. Parte delas acusava já ali a fragilidade da aposta, seja por esquecer da teoria do Estado e da política, seja por ignorar o papel que as instituições desempenharam durante o regime militar. Outra parte acusava o excesso e dentre elas algumas se ligavam às desconfiças, inicialmente apresentadas na promulgação da Constituição e nas comemorações dos 10 anos, a respeito da ingovernabilidade da Constituição (Ferreira Filho, 1994; O Brasil, 1987). Por fim, destacamos que existia uma adesão em relação geral ao projeto constituinte, definido com a expectativa de o texto constitucional, em posição de supremacia, orientar a transformação da sociedade, assim como a sua própria transformação. Isso ocorria embora já ali existissem posições dissidentes, que idealizavam uma democracia sem (esta) Constituição.

## OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Assim como nos 20 anos, as comemorações do aniversário dos 30 anos da Constituição resultaram em um grande número de publicações, que realizaram um balanço da experiência constitucional democrática diante do

contexto de crise política desencadeado em 2016 com o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff.

Parte das publicações dedicou-se a entender os regimes constitucionais setoriais, os quais haviam sido menos explorados nas comemorações dos 20 anos. O livro *A Carta* (Portela e Menezes, 2019), bom exemplo do gênero, incluiu artigos sobre o regime constitucional de educação, assistência social, tributos e sistema de justiça para o público geral. Os dossiês em revistas acadêmicas — a exemplo da *Revista de Informações Legislativas* — também estiveram repletos de artigos sobre estes regimes setoriais, combinando análises históricas da Assembleia Nacional Constituinte com uma lente de análise preocupada com as disputas e questões contemporâneas (e.g. Guerra e Machado Filho, 2018).

De um modo geral, a leitura dos escritos em comemoração aos 30 anos da Constituição revela uma tônica distinta, mais pessimista em relação aos limites e possibilidades do arranjo constitucional. Sem a certeza da estabilidade política que sustentava as análises nas comemorações dos 20 anos, apareceram novos dilemas, assim como antigas críticas com nova roupagem. Quanto a estas, é interessante observar o comentário de Ives Gandra Martins em entrevista de 2018 intitulada “A Constituição precisa de lipoaspiração”: “A forma como a Constituição foi feita nos fez chegar a uma Constituição em que tinha de haver conflito. E isso foi sendo demonstrado desde o início. Passamos um processo de reação contra o regime anterior, mas não criamos um texto constitucional” (grifo nosso, Martins, 2018, p. 1). Para Martins, o processo constituinte teria dado origem a uma Constituição promotora do conflito, *ingovernável*, algo que se mensura pela quantidade de emendas constitucionais nos anos seguintes. Ainda, teria levado a um excesso na atuação do poder Judiciário e em particular do STF. Neste sentido, existe uma semelhança em relação aos argumentos anteriores, a respeito do caráter analítico e ingovernabilidade da Constituição, acentuados, porém, com a expressão “não criamos um texto constitucional”.<sup>13</sup>

A denúncia de uma crise constitucional é mesmo onipresente. A Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), em publicação própria, atestou veementemente que “Os arranjos formais e informais que, apesar de limites e tensões importantes, equilibraram a vida política do país nas últimas três décadas já não são capazes de acomodar as demandas dissonantes da cena contemporânea” (Hollanda; Amaral; Veiga, 2018). Outros, como Marta Arretche, menos assertivos, colocaram a crise e a herança constitucional em

**13** O autor, não obstante, rejeita a conveniência de uma nova constituinte e aposta nas modificações dentro dos trâmites previstos pela Constituição. Trecho integral: “Que avaliação o senhor faz do texto constitucional hoje? — A forma como a Constituição foi feita nos fez chegar a uma Constituição em que tinha de haver conflito. E isso foi sendo demonstrado desde o início. A Constituição americana tem sete artigos e 27 emendas em 231 anos. [...]. A Constituição brasileira, em 30 anos, teve 105 emendas. [...]. Passamos um processo de reação contra o regime anterior, mas não criamos um texto constitucional. Infelizmente, nada obstante a inquestionável qualidade dos ministros da Suprema Corte, tem eles invadido as competências dos Poderes Legislativo e Executivo, legislando e tomando decisões administrativas, sem reação dos respectivos titulares, acusados que estão seus membros por denúncias e investigações”. Continua: “A Constituição tem mais aspectos positivos ou negativos? Eu diria que se equivalem. A espinha dorsal é inteiramente positiva. Direitos e garantias individuais e equilíbrio e harmonia entre os poderes. Agora, há adiposidade. Por exemplo, detalhamento da CLT dentro da Constituição, o sistema tributário. Estudamos mais ou menos uma centena de textos constitucionais para fazer os nossos comentários. Em todos eles, apresentamos direito anterior e direito comparado. Nenhuma Constituição do mundo tem um capítulo de direito tributário tão pormenorizado quanto a nossa. Então, cada mudança tributária que se fez teve de ser pela Constituição”. (Martins, 2018).

**14** Um certo triunfalismo do constitucionalismo da primeira década de vigência da Constituição, com constitucionalismo da efetividade e a crença de que todos os problemas da refundação da democracia constitucional no Brasil seriam respondidos por meio da sua aplicação pelo poder judiciário, sugeriu uma eliminação da tensão entre constitucionalismo e democracia (Paixão; Chueiri, 2018).

questão: “Trinta anos da Constituição de 1988: razões para comemorar?” (Arretche, 2018).

Em meio às denúncias de crise, amontam críticas ao poder judiciário e ao Supremo Tribunal Federal, que vem de várias frentes, tanto de grupos que nos anos anteriores criticavam o modelo de jurisdição constitucional como dos grupos que nela apostavam. O Supremo Tribunal Federal, nas comemorações dos 30 anos, parece ter conseguido a façanha de desagradar a todos. Cristiano Paixão e Vera Karam, em texto publicado no portal jurídico JOTA, identificaram nas expectativas postas na jurisdição constitucional o *ovo da serpente* do constitucionalismo brasileiro dos últimos 30 anos:

[...] o protagonismo das Cortes, o crescente incentivo à judicialização de questões políticas, a mobilização de grupos sociais em torno da judicialização deram a sensação de que o constitucionalismo da redemocratização havia conquistado um lugar seguro, eis o ovo da serpente. (Paixão; Chueiri, 2018) **14**

De outra parte, mesmo o Ministro Luís Roberto Barroso, em texto publicado no portal jurídico CONJUR, em que pese mantenha o tom otimista para o futuro, faz concessões à crítica: “A efetividade da Constituição — i.e., sua concretização perante os tribunais — avançou tanto que, ultimamente, tenho feito reflexões sobre os riscos da judicialização excessiva em determinadas áreas” (Barroso, 2018).

Nas revistas acadêmicas, as críticas de opinião combinam-se a estudos que buscam escrutinar o tribunal com metodologias as mais diversas e que reconhecem tanto o aumento da presença do tribunal no cenário público como o aumento dos estudos acadêmicos sobre o tema (e.g. Del Rio e Arguelhes, 2018). Em particular, os textos aludem a uma espécie de “mal-estar” sobre o Supremo Tribunal Federal, um reconhecimento generalizado sobre “problemas da sua atuação” (e.g. Dossiê STF em Discussão, *Novos Estudos Cebrap*, 2018). Tais problemas são assim resumidos por Barbosa no referido dossiê:

A corte estaria fragmentada, não atua como um colegiado que delibera conjuntamente para firmar uma jurisprudência que sirva de parâmetro geral (Silva, 2013; Rodriguez, 2013). As evidências disso são muitas. Mais e mais os ministros decidem sozinhos (monocraticamente). Pedidos de vista sem maiores justificativas suspendem os julgamentos do colegiado, mesmo para aqueles casos que

já têm maioria para serem concluídos. Cada ministro tem ampla margem para priorizar o que vai julgar. Não por último, ministros decidem liminarmente contra a orientação fixada pelo colegiado. Tudo se passa como se cada ministro gozasse de um poder de veto que limita a atuação do STF enquanto corte. Nos julgamentos do plenário, a fragmentação se revela na dispersão das razões de decidir apresentadas pelos magistrados, levando ao paroxismo de ementas em desacordo com os votos individuais. (Barbosa, 2018)

**15** No original: "It illustrates not merely the limits of achieving progress in the courts when you haven't won enough elections to be able to turn your policy priorities into law, but also how weak last-ditch judicial "resistance" is when the people elect politicians from the other side of the aisle. (Ironically, this strategy has gone global even as it has proved flimsy at home: In more than one Eastern European country, judges have failed as the bulwark of progressive values, even before authoritarians began replacing them when liberals failed to win at the ballot box" (Moyn, 2018b).

Nesta literatura, as críticas ao funcionamento interno do tribunal são o trilha por meio do qual a academia denuncia o papel do STF na crise política. De promotor da ordem, o Supremo Tribunal passa a ser associado à desordem constitucional. O novo entendimento majoritário questiona em primeiro lugar a responsabilidade particular do tribunal na gestão da crise política, mas questiona também, em segundo lugar e de um modo mais geral, a possibilidade de a jurisdição constitucional salvaguardar o regime da Constituição Federal de 1988, conjecturando se as expectativas em relação à jurisdição não estavam de fato mal posicionadas, ou superdimensionadas nos anos anteriores. Compreender a dupla crítica é importante para o tribunal entender a natureza das respostas que é chamado a dar nos próximos anos, caso queira enfrentar o *mal-estar*. São respostas, por um lado, a uma acusação de disfuncionalidade interna, assim como, por outro, a uma descrença relativamente difusa nas possibilidades democráticas da judicialização e da jurisdição constitucional.

Por certo, este não é um fenômeno exclusivo do Brasil, ao menos no que se refere à segunda parte da dupla-crítica, relativa à judicialização. Para ficar em 2018, o professor norte-americano Samuel Moyn, escrevendo no contexto de polarização decorrente da eleição de Trump para a presidência do país, diria que se frustravam tanto direita como esquerda política ao buscarem "[...] obter pelos juízes, por meio de interpretações evolutivas, os avanços que a política não entregava" (Moyn, 2018b). Como continuava: é fraca por demais a contenção da resistência judicial quando a população opta por outra orientação política, tal como se vê "[...] em mais de um país europeu, cujos juízes falharam em servir como baluarte de valores progressistas, mesmo antes de autoritários os substituírem após a derrota dos liberais nas urnas".<sup>15</sup> Com outros fundamentos, a crítica encontra-se também em textos mais recentes, a exemplo do texto de Martin Loughlin (2022), para quem, em crítica ácida contra tudo e todos (Gargarella, 2023), o esquema teórico e prático do constitucionalismo nos últimos duzentos anos sacrifica

a democracia ao privilegiar a realização do discurso dos direitos por meio da judicialização (Loughlin, 2022).

É certo também que a jurisdição constitucional tem os seus defensores, a exemplo de Dieter Grimm (2020), para quem a autoridade das cortes constitucionais está sendo globalmente questionada e deve, em contrapartida, receber do meio acadêmico a mais veemente defesa.

Deste contexto, porém, mais do que argumentarmos por uma ou outra linha de interpretação, o que queremos é salientar que o que fica para o Supremo Tribunal Federal é um duplo desafio: enfrentar críticas ao seu funcionamento interno em um contexto muito mais hostil do que aquele que vivenciou nos últimos vinte anos.

## LIMITES DA APOSTA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Retomando o mote inicial, neste artigo, a pretexto de olhar para o passado das comemorações da Constituição Federal de 1988, buscamos olhar para o presente do Supremo Tribunal Federal. Aqui, as comemorações nos revelaram a nós mesmos, nossas esperanças, nossas críticas, nossas crises. O que percebemos foi um percurso, um movimento da literatura acadêmica brasileira. Em 2008, o campo acadêmico compartilhava de um grande otimismo em relação às possibilidades democráticas da jurisdição constitucional, algo presente nos mais diversos matizes acadêmicos e ideológicos. Já em 2018, o jogo se inverteu: de otimismo, o campo passou a um evidente pessimismo, ora direcionado à própria viabilidade do projeto constitucional, ora direcionado mais restritamente ao Supremo Tribunal Federal. Em 2023, para além da superação ou não das crises políticas do país, o contexto para o Supremo Tribunal parece de crise não superada. O tribunal é chamado não apenas a responder às críticas de suas disfuncionalidades internas, mas o é diante de críticas globais à autoridade das cortes constitucionais, em um cenário, portanto, mais adverso. Resta neste momento aproveitar o ensejo das comemorações de aniversários das nossas constituições e, celebrando o passado comum, modelar o tribunal que queremos e assim reconstituir a nossa adesão comunitária aos elementos centrais do pacto constituinte.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 493-515, jul./dez. 2008.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Fapesp, 1997.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Rev. Direito GV*, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016.
- BARBIERI. Carta do Editor. O futuro da Constituição Brasileira: 20 anos depois. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom Para Você Também?). *Revista de Direito Administrativo*, n. 214, p. 1-25, out./dez. 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, ano 45, n. 179, p. 25-37, jul./set. 2008.
- BERCOVIVI, Gilberto. Ainda faz sentido a constituição dirigente? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica — RIHJ*, ano 1, n. 6, p. 149-162, jan./dez. 2008.
- BONAVIDES, Paulo. A primeira emenda à Constituição por iniciativa popular. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, ano 45, n. 179, p. 53-55, jul./set. 2008.
- BRAGA, Pedro. O Ministério Público na Constituição de 1988. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, ano 45, n. 179, p. 57-80, jul./set. 2008.
- CABRAL, Bernardo. A palavra do relator: ontem, há vinte anos. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, ano 45, n. 179, p. 81-88, jul./set. 2008.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização de direitos. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (orgs.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CHUEIRI, Vera Karam de. A Constituição brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica — RIHJ*, ano 1, n. 6, p. 354-366, jan./dez. 2008.
- COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Rev. Bras. Ci. Soc.*, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; BREGUNCI, Thiago Henrique Barouch. Constituição dirigente e reformismo constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica — RIHJ*, ano 1, n. 6, p. 35-56, jan./dez. 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A reforma de Estado. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 201, p. 1-10, out./dez. 1995a.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 202, p. 11-17, out./dez. 1995b.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 250, p. 151-167, 2009.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 5 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 595-601, jul./dez. 2008.

HALL, Peter; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 58, p. 193-223, 2003.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Judiciário, reformas e cidadania no Brasil. *Estado, Instituições e Democracia: República*, Brasília, v. 9-1, p. 131-174, 2010.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução de Wilma Mass e Carlos Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, 2017.

MARTINS, Ives Gandra. Entrevista com Ivens Gandra Martins: “A Constituição precisa de lipoaspiração”. *Correio Braziliense*, Brasília, 5 out. 2018.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; SANTOS, Élide Lauris dos. Estabilidade constitucional e acordos constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 349-387, jul./dez. 2008.

MENDES, Gilmar. 20 anos CF: estabilidade democrática é maior qualidade da Carta de 1988. *Portal de notícias STF*, Brasília, 4 out. 2008. Disponível em: <https://asmego.org.br/noticias/especial-20-anos-da-constituicao-federal-estabilidade-democratica-e-maior-qualidade-da-carta-de-1988>. Acesso em: 24 nov. 2023.

MOYN, Samuel. Resisting the Juristocracy. *Boston Review*: a political and literary forum, Boston, 5 out. 2018.

MOYN, Samuel. Stop worrying about Kavanaugh, liberals. Start winning the political argument. *The Washington Post*, 8 ago. 2018.

NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. *Projeto História*, v. 10, 1993.

O ESTADO DE SÃO PAULO. O Brasil fora da lei. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 28 jul. 1987.

OHLWEILER, Leonel. Constitucionalismo democrático e direito administrativo: frustrações e perspectivas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica — RIHJ*, ano 1, n. 6, p. 314-336, jan./dez. 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Processo e jurisdição na constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica — RIHJ*, ano 1, n. 6, p. 354, jan./dez. 2008.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo de Andrade. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica — RIHJ*, ano 1, n. 6, jan./dez. 2008.

PAIXÃO, Cristiano; CHUEIRI, Vera Karam. 30 anos da Constituição: os desafios do nosso tempo. *Jota*, Brasília, 5 out. 2018.

PERLATTO, Fernando. Progressistas, conservadores e a disputa política na Assembleia Constituinte de 1987-1988. *CEDES — Centro de Estudos Direito e Sociedade*. Boletim, jan./fev. 2009.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica — RIHJ*, ano 1, n. 6, p. 1-20, jan./dez. 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. A constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (law and economics). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica — RIHJ*, ano 1, n. 6, p. 15-34, jan./dez. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica — RIHJ*, ano 1, n. 6, jan./dez. 2008.

SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988. *Revista de Direito Público*, v. 6, n. 30, p. 7-41, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. República, tributação, finanças. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica — RIHJ*, ano 1, n. 6, p. 347-366, jan./dez. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas concretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica — RIHJ*, ano 1, n. 6, p. 273-311, jan./dez. 2008.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados*, v. 50, n. 2, p. 229-57, 2007.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, jul./dez. 2008.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema corte e Ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, jul./dez. 2008.

# A PELEJA PELA BALZAQUIANA CONTRA O SEU RÉQUIEM HERMENÊUTICO<sup>1</sup>

ANTONELLA GALINDO

Quando temos 20 anos, estamos convencidos de que resolvemos o enigma do mundo. Aos 30, começamos a refletir acerca dele. Aos 40, descobrimos que ele não tem solução.

Honoré de Balzac

## INTRODUÇÃO:

### BALZAC E A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

É bem conhecido, embora provavelmente não tão lido, o romance de Honoré de Balzac, intitulado *A mulher de trinta anos* (*La Femme de trente ans*), de 1842, parte integrante da sua “Comédia Humana”. O romance psicológico do fundador do realismo na literatura moderna gira em torno de Julie D’Aiglemont, de sua infelicidade no casamento às paixões quando jovem e aos 30 anos, as depressões e os dramas familiares, compreendendo igualmente a história um período de pouco mais de 30 anos. O ponto fulcral para o objetivo deste ensaio, contudo, é o aspecto qualitativo da balzaquiana, termo que se consagra posteriormente à obra para designar as mulheres de 30 anos, sendo vistas por Balzac de modo exultante e valoroso, contrastando com a percepção da época (quicá de nossos dias) de que só na tenra juventude poderiam as mulheres serem exaltadas.

A Constituição do Brasil completou 30 anos de sua promulgação em 5 de outubro de 1988. O momento atual, de muitas incertezas jurídicas e políticas, ante intensos relativismos no campo hermenêutico-constitucional e jurídico, aliados à ascensão da aceitação de discursos e práticas políticas autoritárias, apesar do aparente respeito aos procedimentos e formas democráticas, cabe indagar o quanto a balzaquiana Carta cidadã ainda é

<sup>1</sup> Parte dessas reflexões foi desenvolvida em meu texto “A balzaquiana brasileira e o constitucionalismo semântico: é possível evitar o réquiem hermenêutico da Constituição de 1988?”, publicado na coletânea “Constituição da república: um projeto de nação — homenagem aos 30 anos” (LAMACHIA, Claudio; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (orgs.). Brasília: OAB Conselho Federal, 2018. p. 61-66) e exploradas na conferência que tive oportunidade de ministrar no Seminário “30 Anos da Constituição: O Brasil que Queremos Ainda Cabe na Constituição que Temos?”, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, em 7 de novembro de 2018. Dada a velocidade dos acontecimentos em torno da sobrevivência da Constituição de 1988 em seus aspectos fundamentais, fez-se necessária uma revisitação temática e uma série de reflexões adicionais, que é o que apresento aqui na publicação escrita do conteúdo daquela fala. Agradeço à querida amiga Roberta Camineiro Baggio e aos membros de seu grupo de pesquisa da FD da UFRGS pela enorme gentileza de me conferirem esse espaço. A utilização da expressão “réquiem hermenêutico” é uma licença alegórica em referência ao magnífico Réquiem em Ré Menor, de Wolfgang Amadeus Mozart, obra musical somente concluída após sua morte por Franz Xaver Süssmayr e Joseph Leopold Eybler, compositores admiradores de sua obra. Tratava-se de uma missa fúnebre composta por encomenda do Conde Franz von Walsegg para homenagear sua falecida esposa, morta prematuramente naqueles dias. *O Dies Irae* (em vernáculo, dias de ira) é o nome dado pelo compositor austríaco ao início da *Sequentia*, logo após a introdução musical.

devidamente exaltada e respeitada ou, diversamente, se se encontra em situação de vilipêndio e constantes ataques por parte de muitos que têm por atribuição institucional a sua defesa.

Nesse contexto, estes escritos trazem algumas breves linhas reflexivas sobre o percurso histórico-normativo de nossa Constituição de 30 anos, situando-o nos conceitos de constituição quanto à conformação do processo político, propostos por Karl Loewenstein, e analisando como chega à terceira década em termos de normatividade o texto constitucional que, ainda que com muitos percalços, garantiu (ao menos até recentemente) o mais longo período ininterrupto de um Estado democrático de direito no Brasil.

## **A CONSTITUIÇÃO DE 30 ANOS: DA CONSTITUIÇÃO NOMINALISTA À ESPERANÇA DE SUA FORÇA NORMATIVA**

A nossa hoje Constituição balzaquiana nasceu dos escombros de um regime autoritário que durou mais de 20 anos. Em relação à anterior Constituição de 1967/1969, embora tenha preservado algumas estruturas do dito regime, como o pouco modificado capítulo das Forças Armadas e a permanência de uma Justiça Militar própria, a Carta de 1988 trouxe sensíveis modificações em praticamente todos os demais campos. Destaque-se o fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais como controle democrático do poder e o reforço do sistema de freios e contrapesos, com maior autonomia dos poderes Legislativo e Judiciário frente ao Executivo. Um estado de coisas significativamente diferente da onipotência do Executivo no regime anterior.

Em 1988, quando de sua promulgação, a Constituição brasileira entronizava em seu texto todo um substrato cultural jurídico dos constitucionalismos dos mais avançados países em termos de densidade e qualidade de suas democracias. O Estado democrático de direito e todo o seu rol de princípios e regras são assumidos explicitamente pela “Carta Cidadã” que buscava plantar sementes de maior civilização e humanismo, inspirada nas experiências democráticas mais avançadas e consolidadas do mundo.

Por óbvio, o fato de que as normas constitucionais promulgadas contenham dispositivos emancipatórios, democráticos e humanistas não faz com que isso se transforme automática ou rapidamente em realidade. Os textos constitucionais são, sem dúvida, importantes pontos de partida, mas a

conformação destes ao processo político e do processo político a eles é algo que aproxima teoria e realidade constitucionais, fomentando influxos recíprocos entre estas e densificando os efeitos pretendidos pelo poder constituinte que elabora uma constituição (Galindo, 2006, p. 59-60; Heller, 1998).

A doutrina alemã do pós-guerra no século XX traz algumas reflexões teóricas relevantes à compreensão do tema. Em especial, no fim dos anos 1950, destaque-se a obra de Karl Loewenstein, que esboçou em sua teoria importantes conceitos a respeito. Vale a pena trazê-los à tona para refletir sobre nossa Carta balzaquiana.

Em sua classificação das constituições, que poderíamos denominar de “ontológica”, a questão fundamental de se tornar realidade a conformação específica do poder político prevista constitucionalmente depende do meio social e político no qual a constituição está inserida. Destaca que quando a constituição é implantada sem uma prévia educação política e uma democracia constitucional plenamente articulada (uma espécie de “treinamento democrático”), em um Estado recém-saído de uma autocracia ou de um regime colonial, é quase um milagre fincar raízes imediatamente. É necessário um ambiente nacional favorável à sua realização (Loewenstein, 1964, p. 217). De acordo com a conformação da realidade do processo político em um país, Loewenstein classifica as constituições em três tipos básicos: normativas, nominalistas e semânticas, articulando estreitamente direito constitucional e política concreta. Destaco que tais conceitos se classificam como conceitos típico-ideais no sentido weberiano, de tal modo que na realidade social e política não haveria constituições puramente normativas, nominais e semânticas, havendo vários graus de normatividade, caracterizando-se as constituições pela predominância de um desses aspectos apontados pelo autor (Neves, 2007, p. 106; Galindo, 2015a, p. 96-100).

Para ser considerada normativa, uma constituição deve ser potencialmente observada com lealdade pelos interessados, havendo uma simbiose entre a Lei Maior e a comunidade. As normas de uma Carta normativa dominam o processo político e este se adapta e se submete a elas. Ao direcionar de fato o processo de poder, os agentes deste e as relações pertinentes se sujeitam generalizadamente às suas determinações substantivas e ao seu controle procedimental. Nos dizeres do autor, a constituição normativa é como uma roupa que cai bem e se pode realmente utilizar (Loewenstein, 1964, p. 217; Neves, 2007, p. 105).

A constituição nominal/nominalista, por sua vez, é vigente formalmente, mas a dinâmica do processo político não se adapta às suas normas, havendo insuficiente concretização constitucional. Não é simplesmente uma prática diversa do texto constitucional — já que as próprias divergências interpretativas podem conduzir a caminhos diferentes na concretização da constituição — mas uma ausência de ressonância de suas normas no processo de conformação do poder. Loewenstein atribui à falta de pressupostos sociais e econômicos, tais como a ausência de educação política generalizada e a inexistência de uma classe média autônoma, essa discrepância entre as normas e a realidade do processo de poder. É como se a decisão política de instituir aquela constituição pudesse ter sido prematura e é necessária uma mudança cultural naquele país para que as normas constitucionais conformem de fato as relações políticas, sendo educativa a função primordial da constituição nominalista. É preciso mais treinamento democrático. Utilizando mais uma vez o exemplo da roupa, trata-se de uma delas que se coloca no guarda-roupa e se aguarda o “corpo nacional” crescer e estar apto a usá-la (Loewenstein, 1964, p. 218). Contudo, apesar da discrepância, é plausível considerar a transformação gradativa de tal constituição em uma carta normativa.

A constituição semântica/instrumentalista, por sua vez, é basicamente um mero reflexo da realidade existente do processo político, servindo, não como um corpo normativo de controle e limitação do poder, mas, ao contrário, como mero instrumento dos seus detentores. A conformação do poder político está congelada em benefício destes, independentemente de serem uma pessoa (ditador), uma junta, um comitê, uma assembleia ou um partido. Se não houvesse uma constituição formal, o desenvolvimento concreto do processo político não seria significativamente diferente, demonstrando desimportância flagrante — mesmo retórica — da Constituição. Em lugar de servir à limitação do poder, a Constituição é aqui mero instrumento de estabilização e de eternização das intervenções dos poderosos de fato na comunidade. Não é possível uma mudança pacífica de governo, apelando muitas vezes os setores oposicionistas para expedientes como a luta armada e as insurreições contra os governantes. Ainda utilizando o exemplo da roupa, o autor alemão destaca que não se trata efetivamente de uma roupa, mas de um disfarce. Loewenstein ainda ressalta que há um conjunto de caracteres que permite reconhecer uma constituição semântica de modo relativamente seguro: quando o presidente

da República pode permanecer no cargo sem limitação temporal; quando unilateralmente e sem recorrer ao eleitorado possa vetar a legislação proveniente do parlamento; quando a confirmação das decisões políticas fundamentais estiver reservada a plebiscitos/referendos manipulados em vez de discutidas em um parlamento livremente eleito; quando o regime eleitoral só permita a existência de um único partido (Loewenstein, 1964, p. 218-219; Neves, 2007, p. 106).

Em seus primeiros tempos, classifico a Carta brasileira como nominalista, de acordo com o conceito loewensteiniano. Uma Constituição com muitos direitos e garantias fundamentais, um sistema federativo e de freios e contrapesos logicamente bem estruturado, mas carente de efetividade. Os próprios intérpretes constitucionais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, ainda possuíam um horizonte hermenêutico voltado ao passado. Na década de 90 do século passado, aproximadamente entre os anos de 1988 e 2000, é possível afirmar que o STF em seu papel de guardião da Constituição continuou com um olhar hermenêutico *old-fashioned* em relação à então nova Constituição. A título de exemplo, a Corte continuou enxergando os tratados de direitos humanos como equivalentes às leis ordinárias, seguindo o precedente estabelecido no RE 80004/SE, de 1977, em dissintonia com a doutrina internacionalista mais inovadora da época, que via, por exemplo, no art. 5º, § 2º, abertura suficiente à implementação dos tratados de direitos humanos no Brasil como equivalentes às normas constitucionais (Piovesan, 2006, p. 52ss.; RE 80004/SE, Pleno, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29/12/1977). Também não conferiu efetividade ao mandado de injunção em seu comando constitucional, tornando-o inócuo em termos práticos com a prevalência da tese denominada “não concretista” (MI 107, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02/08/1991).

Diferentemente disso, na década seguinte, em um caminho de maior concretização normativa dos dispositivos constitucionais a partir de novas percepções hermenêuticas de leitura constitucional do direito em geral, o STF alterou essas interpretações e avançou em relevantes temas de direitos e garantias fundamentais. A título de exemplo, destaque-se a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, alterando anterior jurisprudência da Corte, o reconhecimento de igualdade de direitos aos casais homoafetivos e a consolidação em 2009 da tese que só permite a prisão para cumprimento de pena com o trânsito em julgado da condenação, tal como expressamente afirmado em seu art. 5º, LVII.

Ao tratar do caso da prisão do depositário infiel autorizada pela CF em seu art. 5º, LXVII, o STF reconheceu que a adesão sem reservas do Estado brasileiro a tratados de direitos humanos como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 11) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, 7) implica em posição política nacional prestigiadora desses diplomas normativos, reforçada com o advento da EC 45/2004 que acresceu dois parágrafos ao art. 5º da CF com essa diretriz. Isso fez com que a Suprema Corte reconhecesse que a legislação infraconstitucional não poderia contrariar esse conteúdo e se a previsão da prisão do depositário infiel fosse legal, não teria validade ante a superioridade hierárquica normativa dos tratados aludidos em relação a ela. Firmou a posição de que esses tratados estariam abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional, consagrando, assim, o entendimento de que os referidos tratados são supraleais, editando, inclusive, súmula vinculante (SV 25) tratando do tema (RE 349703/RS, Pleno, Rel. Min. Carlos Britto (p/ o Acórdão Min. Gilmar Mendes), DJe 05/06/2009).

Por sua vez, a igualdade de direitos e seu dimensionamento a partir da consideração da diferença enquanto calibração da igualdade como princípio de justiça, como afirma Rawls (1997, p. 64ss.; Galindo, 2015b, p. 45ss.), permite ao STF reconhecer que a referência a homem e mulher no art. 226, § 3º não impede o exercício desses direitos quando um casal fosse de pessoas do mesmo sexo biológico, igualando em direitos e deveres em termos de união estável os casais heteroafetivos e homoafetivos (ADI 4277, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 14/11/2011). Posteriormente, veio o desdobramento disso em casamento, com a regulamentação normativa dada pela Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça.

A perspectiva garantista da Constituição de 1988 também foi amplamente contemplada nesse período, sendo de se destacar a consolidação em 2009 na Suprema Corte da tese da incompatibilidade da prisão de indivíduo condenado para cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da condenação, conforme dispõe de modo claro o art. 5º, LVII, da Carta acerca da presunção de não culpabilidade (HC 92578/SP, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 01/07/2009). Tal tese, aliás, tornada pacífica no final da década passada, inspirou a alteração feita pela Lei nº 12403/2011 na redação do art. 283 do Código de Processo Penal, adequando-o à jurisprudência da Corte e tornando ainda mais explícita a impossibilidade de prisão para cumprimento da pena antes do trânsito em

julgado da condenação, subsistindo, por óbvio, as possibilidades de prisão cautelar (preventiva e temporária) sempre que presentes os requisitos legais destas.

Parecíamos caminhar de um constitucionalismo nominalista a uma fase de sedimentação da força normativa de nossa Constituição cidadã. Lamentavelmente, parece que nos perdemos no meio do caminho e demos marcha à ré, abrindo mão por ora de um constitucionalismo efetivamente normativo, como parecia se afigurar no horizonte constitucional nacional.

## **A CONSTITUIÇÃO DE 30 ANOS: A BALZAQUIANA ESTÁ FORA DE FORMA?**

O constitucionalismo nominalista brasileiro parecia caminhar rumo à normatividade da Constituição, mas a jurisdição constitucional deu uma significativa guinada nos últimos anos em relação a direitos e garantias fundamentais e ao sistema de freios e contrapesos. Alimentada pelo discurso do necessário combate à chaga da corrupção endêmica no Brasil, a jurisdição constitucional, e em especial o STF, parece tropeçar em seus próprios pés, comportando-se como dona e não guardiã da Constituição, o que tem ocasionado a maior crise hermenêutica da história da atual Carta, resultando em um recrudescimento autoritário por via judicial e relativizando-se direitos e garantias fundamentais tão duramente conquistados, com consequências ainda imprevisíveis para a democracia e o Estado de direito brasileiros.

É possível situar as origens desse fenômeno no famoso Caso do “Mensalão” (AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09 a 11/10/2012). O escândalo da compra de votos de parlamentares federais envolvendo pessoas do alto escalão governamental e do mundo político brasileiro foi vastamente investigado, chegando-se no âmbito do Supremo a uma série de condenações penais, na esteira de um endurecimento das cortes no que diz respeito a casos de corrupção e congêneres na esfera maior do poder político nacional. Em si mesmo, isso não é exatamente um problema, ao contrário, é indiscutível que atos dessa natureza precisam de rigorosa reprimenda. Entretanto, no dito caso, o STF agiu de modo a promover inovações interpretativas um tanto descontextualizadas de seus fundamentos, cujo melhor exemplo é o da “teoria do domínio do fato”, popularizada pelo famoso penalista alemão Claus Roxin. A referida teoria foi utilizada no caso para condenar pessoas que figuravam no alto escalão governamental (com destaque para o ex-Ministro José Dirceu) que, embora

**2** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-01/clus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>. Acesso em: 27 maio 2019.

**3** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-05/lewandowski-supremo-agravou-penas-evitar-prescricao>. Acesso em: 27 maio 2019.

não fosse plausível seu completo desconhecimento dos fatos que as circundavam, carecia o Tribunal de elementos probatórios mais completos e objetivos para responsabilizá-las naquele grau. O próprio Roxin, em evento na Universidade Presbiteriana Mackenzie realizado em setembro de 2014, fez críticas a essa utilização de sua teoria, em especial por que não teria sido ela concebida para tornar mais severas as penas das pessoas que comandam as estruturas políticas, mas para punir os responsáveis pelas ordens e as pessoas que as executam em uma estrutura hierarquizada que atue fora da lei<sup>2</sup>. O caso do aumento das penas para evitar a prescrição, algo feito à revelia da legislação e admitido publicamente pelo Relator da AP 470, Min. Joaquim Barbosa, é outro exemplo de que nesta ação a Suprema Corte abre um precedente “fora da curva” no que diz respeito à relativização de garantias fundamentais penais que termina por se tornar uma Caixa de Pandora neopunitivista<sup>3</sup>.

Também o episódio do *impeachment* da ex-presidente Dilma Roussef foi emblemático no gradativo distanciamento brasileiro de um constitucionalismo normativo. Como já tratei em três outros escritos anteriormente publicados, o dito processo, à revelia do que afirma a Constituição e a construção hermenêutica em torno desse mecanismo de destituição de presidentes da República no sistema presidencialista, o Congresso Nacional decidiu interromper o mandato presidencial outorgado pelos eleitores em 2014 à ex-presidente Dilma Roussef, utilizando como pretexto para dar uma justificativa jurídica a uma condenação em verdade estritamente política ilícitos que não configuram crimes de responsabilidade. Mais grave ainda foi a omissão do STF a respeito, recusando-se a se pronunciar acerca da tipificação das “pedaladas fiscais” e dos decretos de suplementação orçamentária “ilegais” como crimes dessa natureza, que foi objeto de minha crítica em recente trabalho, com o adicional do que afirmou, ainda que *obiter dictum*, o falecido Min. Teori Zavascki em sua decisão cautelar, apontando para a hipertrofia dos aspectos políticos *stricto sensu* em detrimento dos jurídicos no processo de *impeachment*, desconsiderando aspectos essenciais de uma construção teórica de muitas décadas a respeito (Galindo, 2016; Galindo, 2018a; Galindo, 2018b, p. 404ss.; MS 34371, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 12/09/2016 — decisão monocrática).

Outro episódio emblemático é a guinada jurisprudencial do STF em relação à possibilidade de prisão após decisão em segundo grau de jurisdição

para cumprimento de pena. Como já destacado, o tema restara pacificado na Corte em 2009. Sem nenhuma razão plausível para uma alteração tão brusca em um tema recentemente incontroverso, em fevereiro de 2016, em sede de controle difuso, o STF decide denegar *habeas corpus*, entendendo que seria cabível a prisão para cumprimento da pena após a condenação em segunda instância, sem qualquer base normativa constitucional ou mesmo legal e à completa revelia do art. 5º, LVII, da Constituição, e do supracitado art. 283 do CPP, com a redação de 2011 (HC 126292/SP, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 17/05/2016). Subitamente volta a discussão outrora pacificada e o dissenso retorna, propiciando que, de modo casuísta e voluntarista, seja determinada automaticamente a prisão para cumprimento da pena após condenação em segundo grau de modo generalizado no Brasil, como se a dita decisão fosse vinculante e trouxesse entendimento consolidado da Suprema Corte a respeito.

Tal situação tornou-se ainda mais grave nos primeiros meses de 2018, face à injustificável conduta da então presidente do STF, Min. Carmem Lúcia, de manejar a pauta dos julgamentos do Tribunal de modo aleatório e descriterioso, fazendo pairar sobre a Corte a frequente suspeita de manobras para beneficiar ou prejudicar interesses políticos concretos em vez de privilegiar a segurança jurídica e a estabilização das expectativas normativas, bem como cumprir efetivamente a Constituição, dever máximo de qualquer corte. Nesse particular, me refiro à não inclusão na pauta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, prontas para serem levadas a Plenário desde fevereiro de 2018 e somente julgadas em novembro de 2019, já na Presidência do Min. Dias Toffoli. Tal omissão terminou por resultar em decisão denegatória por apertada maioria (6x5) do HC impetrado pelo ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, condenado em segunda instância pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, mas sem ainda ter ocorrido o trânsito em julgado da condenação, como exige a Lei Maior para o encarceramento em sede de execução da pena privativa de liberdade (HC 152752/PR, Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 27/06/2018). Como disse em outra oportunidade, “fulanizaram” a discussão em torno do ex-presidente, intensificando e agravando a divisão política na sociedade em vez de debater a questão em tese e resolvê-la para todo e qualquer caso em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, independentemente de ser paciente alguém como um ex-presidente ou um cidadão comum (Galindo, 2018c).

Trata-se, aliás, de uma prática de uma espécie de “litigância estratégica” por parte do STF, com excessiva preocupação consequencialista e desapego aos limites da lei e da Constituição. Lamentavelmente isso tem se repetido nas ações engendradas por agentes estatais (polícia, ministério público e judiciário) no combate à corrupção no sistema político, resultando em inúmeras violações de direitos e garantias fundamentais e comprometendo julgamentos equânimes, seja pela flagrante ausência de imparcialidade dos julgadores e membros do MP em alguns casos, seja pela disposição dessas instituições em ignorar a Constituição e as leis para supostamente “fazer justiça” e “combater a corrupção e a impunidade” (Galindo, 2018d). Evidentemente, não se confere a essas instituições a faculdade de agir arbitrariamente e à revelia da legislação, ainda que para finalidades consideradas nobres. Em suas missões institucionais, por certo não está a máxima dos fins justificarem os meios.

Uma última questão nesse contexto do possível avanço de um constitucionalismo semântico no Brasil merece referência, qual seja, o descumprimento contumaz do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) pelo Estado brasileiro nos últimos anos. Pode parecer estranho falar em semantismo constitucional quando o problema é o descumprimento de tratados internacionais. Porém, não o é se considerarmos que: 1) a CF de 1988 prestigiou o DIDH ao abrir a possibilidade de incorporação deste ao ordenamento jurídico interno com *status* constitucional (CF, art. 5º, §§ 2º e 3º); 2) o art. 4º estabelecendo princípios humanitários para a atuação do Brasil na ordem internacional, bem como a exortação de um compromisso de integração latino-americana; 3) a assinatura e ratificação pelo Estado brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos, incluindo a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), assim como de diversos outros tratados de DIDH; 4) a criação de mecanismos processuais como o incidente de deslocamento de competência (art. 109, V-A e § 5º) para assegurar julgamentos pelo poder Judiciário interno sintonizados com o DIDH, com vistas a evitar a impunidade de perpetradores de graves crimes contra os direitos humanos e a responsabilidade internacional do Estado brasileiro em razão disso; 5) as inclinações mais internacionalistas da jurisprudência do STF na primeira década do século XXI, em especial no já referido caso envolvendo a prisão do depositário infiel.

Todavia, a segunda década deste século mostrou uma Suprema Corte mais refratária ao DIDH, a ponto de desconsiderar compromissos jurídicos assumidos pelo Estado brasileiro na ordem internacional. Em 2010, a decisão do STF na ADPF 153 afirmou a aplicabilidade da Lei da Anistia aos casos de criminosos de lesa humanidade que agiram em nome do Estado, contrariando tradicional jurisprudência da Corte Interamericana no sentido oposto. Isso levou à condenação do Brasil nesta última Corte no Caso Gomes Lund/“Guerrilha do Araguaia”, ainda em 2010, e dado o fato de que até o presente momento o Estado brasileiro não cumpriu a Sentença da CIDH nesse ponto, sofreu nova condenação no Caso Wladimir Herzog, em 2018, no qual a CIDH reafirmou a inanistiabilidade e imprescritibilidade de crimes de lesa humanidade, tais como tortura, estupro, homicídio e desaparecimento forçado de opositores políticos, pugnando pela realização de justiça material e punição dos agentes que cometeram esse tipo de crime. Também é de se apontar o descumprimento parcial da Sentença da mesma Corte no Caso Sétimo Garibaldi, de 2009, bem como, mais recentemente, a recusa do judiciário eleitoral brasileiro em dar cumprimento à medida cautelar determinada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU no que diz respeito à preservação dos direitos políticos do ex-presidente Lula da Silva em relação à sua candidatura às eleições presidenciais de 2018 (Galindo, 2018e; Galindo, 2018f).

Embora Loewenstein não cogitasse na segunda metade do século passado uma onipotência do Judiciário, parece que este último poder assumiu uma condição de protagonista político no Brasil. Contudo, na medida em que o Judiciário (e em grande medida também o Ministério Público e a polícia judiciária) age a partir de estratégias políticas de ocupação de espaços de poder em vez de se colocar como guardião da Constituição e das leis, esse fortalecimento do protagonismo judicial pode paradoxalmente conduzir a um constitucionalismo semântico no modelo loewensteiniano. Se a Constituição deixa de ser parâmetro decisório e é substituída pela “opinião pública” ou pela “voz das ruas”, como já dito por ministros da atual composição do Excelso Pretório, o risco deste semantismo constitucional é considerável e é possível alegoricamente encomendar um réquiem hermenêutico para a Constituição balzaquiana brasileira.

## O DESAFIO CONSTITUCIONAL PÓS-30:

### A PELEJA PELA CONSTITUIÇÃO NORMATIVA CONTRA OS *DIES IRAE* HERMENÊUTICOS

O espaço destas pequenas digressões não permite uma incursão empírica mais abrangente, mas a situação apontada se repete em relação a vários direitos e garantias fundamentais frente a práticas como as delações premiadas, as tentativas de legalização de provas obtidas por meios ilícitos, à elasticidade interpretativa quanto às competências, condenações penais a partir de “provas” indiciárias, a preocupante despreocupação quanto à imparcialidade do juízo (Galindo, 2018d), magistrados fazendo manobras e “litigância estratégica” para fazer valerem seus posicionamentos, dentre outras.

Ainda mais grave é fazer tudo isso ignorando o texto constitucional, como se se pudesse dizer qualquer coisa que se queira sobre ele. Ainda que possamos admitir interpretações divergentes de um mesmo texto, não se afigura possível afirmar que o que está escrito ali não está escrito. O texto normativo é ponto de partida e ponto de chegada, como admite até mesmo Friedrich Müller (2000), autor de uma das mais engenhosas teorias sobre a concretização constitucional, normalmente denominada de metódica estruturante ou teoria estruturante do direito. Como reiteradamente tem escrito Lenio Streck, não se pode simplesmente dizer que onde está escrito “x”, leia-se “y”. Cabe ao STF ser o guardião, não o dono da Constituição. Não pode o judiciário tornar-se uma espécie de Humpty Dumpty constitucional, dando às palavras o sentido que quiser a partir de seus juízos morais ou políticos *stricto sensu* (Streck, 2018a; 2018b). Como defensor da Constituição e da legalidade, o poder Judiciário tem falhado bastante na atual conjuntura de crise política e social. Não é à toa que a aceitação de ideias autoritárias e atentatórias ao Estado democrático de direito, desde a ascensão ao poder político de candidaturas politicamente extremistas e abertamente contrárias ao regime democrático até a igualmente aberta defesa de “intervenção militar”, eufemismo para novos golpes de Estado no Brasil, para não falar de investidas autoritárias mais específicas, como projetos de lei de censura acadêmica (“Escola Sem Partido”) e tentativas de criminalização de movimentos sociais.

Em verdade, nenhuma conformação dos processos políticos nos países se dá sem tensão. Por vezes, um ou mais dos poderes do Estado têm comportamentos contrários à Lei Maior, o que exige um desdobrado esforço dos demais poderes, da sociedade civil organizada e dos próprios

setores minoritários do poder que exacerba suas atribuições para colocar a situação em seus devidos eixos. As democracias não são perfeitas, mas as soluções precisam ser dadas dentro de seus marcos, não rompendo com eles. Fazê-lo é ter, sobretudo, respeito irrestrito aos comandos da jovem balzaquiana de 1988 e isso implica em politicamente estarmos dispostos a lutar por sua preservação e observância nos campos acadêmico, político e jurídico em sentido estrito.

Embora a situação atual seja a de *Dies Irae* contra a Lei Maior e as próprias instituições constitucionais como o Congresso Nacional e o STF, torna-se necessário manter a peleja dos democratas, constitucionalistas e demais defensores do Estado democrático de direito, para que a Julie D'Aiglemont constitucional possa atravessar essas águas turvas e emergir delas mais forte, retomando seu caminho rumo à normatividade e abandonando as tendências de retorno a um constitucionalismo semântico. A normatividade será possível se o judiciário nacional, em especial o STF, o Ministério Público e os demais agentes da lei, tais como Charles de Vandenesse, se (re)apaixonarem pela Julie de 1988 e seus irresistíveis atrativos, como no romance de Balzac. E, contrariando este, esperando que o mundo tenha solução...

## REFERÊNCIAS

GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GALINDO, Bruno. Constitucionalismo e justiça de transição: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 75-104, 2015a.

GALINDO, Bruno. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (orgs.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015b.

GALINDO, Bruno. *Impeachment à luz do constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016.

GALINDO, Bruno. *Impeachment à luz do constitucionalismo contemporâneo: um necessário posfácio*. In: COELHO, Marcus Vinícius Furtado (org.). *A Constituição entre o Direito e a Política: o futuro das instituições* (estudos em homenagem a José Afonso da Silva). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018a.

GALINDO, Bruno. *Impeachment* em Brasil Pos-Dilma: ¿Ulises Desatado por Hermes? El “Canto de las Sirenas” Hermenéutico-Constitucional. *Revista Videre*, Dourados, v. 10, n. 19, p. 385-418, 2018b.

GALINDO, Bruno. *A fulanização do debate constitucional no Brasil: um desserviço da presidência do STF*. [S.l.: s.n.], 2018c. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com>.

br/2018/03/23/fulanizacao-do-debate-constitucional-no-brasil-um-desservico-da-presidencia-do-stf/. Acesso em: 27 maio 2019.

GALINDO, Bruno. *A imparcialidade e sua imagem: uma preocupante despreocupação no Judiciário brasileiro*. [S.l.: s.n.], 2018d. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/05/03/a-imparcialidade-e-sua-imagem-uma-preocupante-despreocupacao-no-judiciario-brasileiro/>. Acesso em: 27 maio 2019.

GALINDO, Bruno. “No longo prazo, estaremos todos mortos”: o caso Herzog e a justiça de transição no Brasil. [S.l.: s.n.], 2018e. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/08/03/no-longo-prazo-estaremos-todos-mortos-caso-herzog-e-a-justica-de-transicao-no-brasil/> Acesso em: 27 maio 2019.

GALINDO, Bruno. Transitional Justice in Brazil and the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: A Difficult Dialogue with the Brazilian Judiciary. *Sequência*, Florianópolis, n. 79, p. 27-44, 2018f.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. 2. ed. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Direito 4.0 produz delações ilícitas e conduções inconstitucionais*. [S.l.: s.n.], 2018a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/streck-direito-40-produz-delacoes-ilicidas-conducoes-inconstitucionais>. Acesso em: 30 jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Decisão em HC Penal vira “Precedente” no Direito Trabalhista! Socorro!* [S.l.: s.n.], 2018b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/streck-decisao-hc-penal-vira-precedente-direito-trabalhista>. Acesso em: 30 jun. 2018.

# PARTE III

DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS



# ENCARCERAMENTO DE MULHERES: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA

VANESSA DORNELES SCHINKE

## INTRODUÇÃO

Após alguns segundos de uma música tema ao estilo da década de 1980, o “Diário da Constituinte” exibido em 12 de setembro de 1988 dedicou parte de sua edição ao registro de algumas das pautas das mulheres constituintes nos trabalhos da Assembleia Nacional. Alguns temas como a licença-maternidade de 120 dias, a licença-paternidade, a aposentadoria proporcional das mulheres aos 25 anos, o direito à creche, à igualdade salarial e questões relacionadas ao aborto foram os tópicos frisados pelas entrevistadas, dentre as quais estavam as constituintes Moema São Thiago, Dirce Tutu Quadros e Beth Azize (Brasil, 1988a). Em março do mesmo ano, a constituinte Irma Passone afirmara “[...] ser preciso que cada mulher brasileira, cada cidadão, tenha a cópia dessa nova Constituição na mão, para que lute, para que esta lei valha na prática e não seja letra morta” (Brasil, 1988b).

Em fevereiro de 1988, Paulo Brossard, então ministro da Justiça, afirmou em entrevista que se fossem mantidas as redações sugeridas sobre o instituto da prisão na nova Constituição, a “prisão ficaria impossível”. Referia-se à previsão de restringir as prisões aos casos de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente. Segundo Brossard, o Brasil realizava poucas prisões em flagrante delito e os casos de restringir a decretação de prisão a uma ordem judicial burocratizaria o sistema e engessaria esse instituto penal de privação da liberdade (*Gazeta Mercantil*, 1988, p. 29). A redação proposta foi mantida e atualmente consta no inciso LXI da Constituição Federal.

Ainda sobre os trabalhos da Constituinte, durante os debates, em primeiro turno, do projeto de Constituição, a constituinte Benedita da Silva proferiu discurso (em um plenário vazio), na sessão de 26 de julho de 1987, defendendo a inclusão de dispositivo constitucional que proibisse relações diplomáticas, comerciais ou culturais com países que adotassem políticas oficiais de discriminação de cor. O dispositivo constou no art. 68 do anteprojeto da Comissão de Ordem Social, suprimido pela Comissão de Sistematização sob o argumento de ser incompatível com o princípio de que o Brasil, nas relações internacionais, primaria pela não ingerência nos assuntos internos de outros Estados. Na época, o art. 9º do projeto de Constituição trazia em seu inciso II a previsão de que o Brasil, nas relações internacionais, pregaria pela “intocabilidade dos direitos humanos”. A interpretação da Comissão de Sistematização, todavia, prevaleceu.

Citando a obra de Gilberto Freyre e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Benedita da Silva defendeu a ideia de que o Brasil não mantivesse relações com Estados que assassinassem em massa a população negra e que discriminassem apenas pela cor da pele. Ao longo de sua fala, Benedita previu que o debate sobre discriminação racial seria longo nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, afirmando que o Brasil tinha uma responsabilidade com sua população negra por ser o “segundo país mais negro do mundo” (Brasil, 1987, p. 7).

Ainda que a própria constituinte Benedita da Silva tivesse feito menção ao longo caminho que o combate à seletividade e à discriminação trilharia na história do país, provavelmente as 26 mulheres eleitas para a Câmara dos Deputados em 1986 não imaginariam que, passados 31 anos, as mulheres e, em especial, as mulheres negras, receberiam especial atenção de políticas voltadas para a marginalização e criminalização da miséria, cuja representação mais notória ocorre desde o advento da Lei nº 11.343/2006, responsável por fazer a população carcerária feminina crescer com cifras alarmantes e sem precedentes. A preocupação manifestada por Paulo Brossard sobre a inviabilização da prisão se condicionada à ordem judicial também parece não ter se concretizado. Ao contrário, o sistema criminal brasileiro e, de forma geral, a própria estrutura do Estado parecem fornecer condições bastante férteis para o uso seletivo e massivo da privação de liberdade.

Este texto procura fazer um mapeamento do quadro de hiperencarceramento de mulheres no Brasil, sobretudo a partir da aplicação da Política de Combate às Drogas e da instrumentalização das estruturas

do sistema de justiça criminal para o recrutamento e marcação dos corpos femininos, dentro de um quadro de subcidadania (Souza, p. 224, 2018) e de criminalização da miséria que incide nas mulheres de forma desproporcional e especialmente violenta, sobretudo nas mulheres negras.

## O HIPERENCARCERAMENTO DE MULHERES

Trinta e um anos após as manifestações de Benedita da Silva e de Paulo Brossard, o Brasil adota uma política estrutural clara em relação às mulheres, com uma particular incidência nas mulheres negras. Através da operacionalização de institutos e instituições azeitadas para que essa população ingresse em circuitos penais de marginalização e de criminalização da miséria, o hiperencarceramento de mulheres ganha contornos de política de Estado, em que as barricadas burocráticas e discursivas do circuito construído pelo sistema de justiça criminal tornaram-se um obstáculo intransponível.

O crescimento vertiginoso do número de mulheres em situação de prisão no Brasil não encontra precedentes e não é alvo de ações públicas estruturais destinadas a conter esse quadro. Em 2017, o número de mulheres em situação de prisão representava aproximadamente 7% da população carcerária mundial, sendo que, entre 2000 e 2016, o número de mulheres nessa condição aumentou 53%, enquanto a população masculina aumentou 20% (International Drug Policy Consortium, 2018, p. 1). Dentro desse contexto global, a América Latina concentra mais de um terço de toda a população de mulheres em situação de prisão do mundo (Walmsley, 2017, p. 6), com aspectos peculiares relacionados ao colonialismo e à manutenção de estruturas masculinas de poder.

No Brasil, entre 2000 e 2017, a população carcerária de mulheres quintuplicou, fazendo com que o país passasse a ocupar a quarta posição no ranking mundial de países com maior número de mulheres encarceradas. No período de 2000 a 2016, o aumento da população carcerária feminina, em números absolutos, foi de 656%, chegando a um total de 42 mil, enquanto a população masculina cresceu 293% (Thandara, 2017, p. 14).

Nesse contexto, a política de drogas adotada pelo Brasil fez com que aproximadamente 65% das mulheres em situação de prisão estejam privadas de liberdade por crimes relacionados a drogas (International Drug Policy Consortium, 2018, p. 3). Conforme o levantamento publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional sobre mulheres encarceradas,

quase metade delas estão em situação de prisão em decorrência de prisões cautelares (Thandara, 2017, p. 20), situação que reflete o estado da arte na América Latina, cujo encarceramento é marcado pelo cooptação das populações vulneráveis e pelo uso abusivo dos institutos repressivos penais. Os dados publicados em 2023 pela Secretaria Nacional de Políticas Penais informam que 67,78% das mulheres em situação de prisão no Brasil são pretas e pardas (Brasil, 2023).

Embora a política de drogas seja uma tragédia estrutural em termos gerais, ela afeta de forma desproporcional as mulheres. No que tange às redes de tráfico de drogas, as mulheres encarceradas são facilmente substituídas por outras mulheres, que realizam as mesmas funções, de forma que a utilização da prisão pouco ou em nada altera o comércio ilegal nem tem impacto na segurança pública. Ao contrário, a prisão costuma piorar a situação, dificultando ainda mais o acesso a trabalhos legais e formais após elas saírem da prisão, perpetuando um círculo vicioso de pobreza e envolvimento com mercados de drogas e encarceramento (Organização dos Estados Americanos, 2016, p. 4). Ademais, o encarceramento da mulher tem impactos específicos no núcleo familiar.

O encarceramento de mulheres — mães e cuidadoras em particular — pode ter consequências devastadoras para suas famílias e comunidades. Na ausência de redes de proteção social fortes, as pessoas delas dependentes ficam expostas a situações de abandono e marginalidade. O encarceramento da mulher pode inclusive, embora paradoxalmente, aumentar a probabilidade de as pessoas sob sua responsabilidade consumirem drogas ou se vincularem às redes ilegais de tráfico. Tudo isso aumenta a demanda de proteção social por parte dos Estados que, em geral, não costuma ser atendida. (Organização dos Estados Americanos, 2016, p. 4)

Estudos recentes sugerem que o encarceramento da mulher tende a desestruturar o núcleo familiar, uma vez que os laços afetivos e de responsabilidade em relação aos dependentes dificilmente são mantidos pelo companheiro. Os filhos e dependentes das mulheres encarceradas costumam ficar sob os cuidados de outras mulheres próximas à mulher presa, o que já foi chamado de feminilização da guarda, fenômeno com raízes tanto no fator cultural — é quase naturalmente atribuído às mulheres o cuidado da casa e das crianças — quanto em um fator conjuntural — a maior parte das presas

relatou que seus maridos ou companheiros também se encontram presos (Brasil, 2015b, p. 43).

O perfil das mulheres em situação de prisão também é bastante claro: a maioria da população feminina em situação de prisão é jovem, preta ou parda, de baixa renda e de baixa escolaridade e mãe. Conforme o Infopen-Mulheres, apenas 26% das mulheres presas no Brasil não são mães (Thandara, 2017, p. 50).

## **O RECRUTAMENTO E A MARCAÇÃO DOS CORPOS FEMININOS**

Nesse passo, o sistema de justiça enquanto espaço de luta e de disputas significativas é marcado por uma heteronormatividade que assinala um lugar social para a mulher inferiorizado e excepcional em relação ao homem. As políticas, as instituições, as leis são pensadas a partir do homem (Brasil, 2015, p. 21), o que possibilita a constante reatualização de desigualdades sociais dentro das instituições, a partir da aplicação de institutos disponíveis para reforçar a vulnerabilidade da mulher (Smart, 1994, p. 41).

Rita Segato (2016a, p. 59) denomina de pedagogia da crueldade o papel central que os corpos das mulheres adquiriram nos conflitos atuais. A partir de um recorte de gênero e do deslocamento da ideia de território, a autora afirma que os conflitos sociais envolvendo Estados e organizações paramilitares assumem traços de uma guerra administrada (Segato, 2016a, p. 62). Assim, a violência contra os corpos das mulheres não seria um efeito colateral desses conflitos, mas um elemento central de manifestação de poder e de força dentro de um contexto violento e de drástica desigualdade social, que adota uma técnica pastoral para definir e marcar seu território. Através dessa forma contemporânea e fluida de territorialidade, os corpos são atraídos, recrutados e marcados.

Apesar das vitórias em termos de políticas públicas, do estabelecimento de diretrizes internacionais e da multiplicação de leis de proteção às mulheres, a vulnerabilidade das mulheres aumentou, especialmente em relação à ocupação predatória dos corpos femininos ou feminizados no contexto das novas linguagens bélicas. Essa mudança no modelo tradicional dos conflitos posiciona na centralidade das disputas de poder o controle sobre os corpos femininos, cujas violências permaneceram por muito tempo invisíveis e apagadas sob o discurso de serem apenas um efeito reflexo dos objetivos realmente importantes. O atual cenário difuso do exercício da violência,

cujos participantes não comportam insígnias nem uniformes, manifesta sobre o controle dos corpos femininos um importante sinal de força. Nesse cenário fluído, os corpos das mulheres seriam os bastidores em que as disputas de poder se manifestariam através de marcas de pertencimento e de posicionalidades, em um contexto em que suas escrituras indicariam as equações de força entre os interesses em disputa.

Elizabeth Grosz (2000, p. 47) chama a atenção para o discurso binário que acompanha a construção política e epistemológica do conceito de corpo, classificado e subalternizado em relação à mente, termo privilegiado e relacionado ao conhecimento, historicamente relacionado à figura masculina e a outras dicotomias opressoras. Esses corpos não são vistos como lugar de inscrições e construções políticas e sociais, pois a estrutura político-epistemológica do binarismo corpo-mente desvaloriza o corpo e, assim, caminha de mãos dadas com a opressão das mulheres (Grosz, 2000, p. 46). Dentro dessa redução dicotômica, a produção do conhecimento tem sido espaço de apropriação masculina e branca, em especial nos campos de saber e poder do direito, enquanto o corpo é o lugar subalternizado das mulheres, sobretudo das populações negras e indígenas (Braga; Prando, 2016, p. 11). O corpo subalternizado, portanto, é reduzido a objeto de análise de mentes livres que produzem conhecimento sobre os corpos que cumprem pena, que trabalham e que cuidam (Braga; Prando, 2016, p. 12).

Desconstituir a subalternidade das mulheres em situação de prisão requer levar à sério o reconhecimento de que essas mulheres estão inscritas em recortes espaço-temporais concretos, são interlocutoras de relações sociais e constituem um grupo vulnerável com necessidades e exigências específicas (International Drug Policy Consortium, 2018, p. 4).

## DIRETRIZES PARA POLÍTICAS PÚBLICAS

Dentro do quadro do encarceramento feminino, existem diversas recomendações dirigidas às políticas públicas para alteração da realidade das mulheres em situação de prisão, as quais sugerem e incentivam a participação das mulheres nas etapas de análise, avaliação e planejamento de políticas públicas, a exemplo da Regra 67 das Regras de Bangkok (Brasil, 2016, p. 36) e do art. 8º da Convenção de Belém do Pará (Organização dos Estados Americanos, 1994). O Brasil possui alguns esforços no sentido de dar cumprimento a essas recomendações, a exemplo do Grupo

de Trabalho Interministerial sobre mulheres presas e egressas, instituído pela Portaria nº 885, de 22 de maio de 2012, do Ministério da Justiça, e da Portaria Interministerial nº 210, de 16 de janeiro de 2014, do Ministério da Justiça e da Secretaria de Políticas para Mulheres, que prevê a criação e reformulação de bancos de dados em âmbito estadual e nacional sobre o sistema prisional, com recorte de gênero.

Em que pese serem as Regras de Bangkok as normas específicas para mulheres em situação de prisão, foi a Convenção de Belém do Pará a responsável por inserir sob a lupa dos direitos humanos a realidade enfrentada por milhares de mulheres da região, ao adotar como novo paradigma dos direitos humanos — especialmente os direitos humanos das mulheres — a fluidez entre as tradicionais concepções de esferas pública e privada, remetendo aos Estados o dever indelegável de prevenir, erradicar e responsabilizar os casos de violência contra as mulheres e de observar seus direitos e garantias, sobretudo os processuais relacionados ao devido processo legal e ao julgamento de forma célere e imparcial (Guerrero, 2012, p. 11).

O enorme leque de pesquisas recentes desenvolvidas por diferentes instituições e organizações sociais sobre as múltiplas formas de violência contra a mulher, juntamente com campanhas de promoção, não raro impulsionadas por políticas públicas mais ou menos eficientes, levaram ao reconhecimento de que a violência contra mulher, expressão aqui utilizada de forma ampla, é um fenômeno global e de natureza sistêmica, enraizada em desequilíbrios de poder e na desigualdade estrutural entre homens e mulheres. Neste sentido, vários trabalhos indicam ser fundamental a identificação do vínculo entre a violência contra a mulher e os processos de discriminação (Organização das Nações Unidas, 2006, p. 9).

O trabalho do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra Mulheres (CEDAW), órgão criado em 1982 para monitorar a implementação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres, tem contribuído significativamente para o reconhecimento da violência contra as mulheres como uma questão de direitos humanos. A Convenção não faz referência explícita à violência contra as mulheres, mas o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres deixou claro que todas as formas de violência contra as mulheres se enquadram na definição de Discriminação contra as Mulheres estabelecidas no âmbito da Convenção. Como praxe, o Comitê solicita aos Estados Partes que tomem as medidas necessárias para pôr fim a essa violência. Ilustrativamente,

na sua Recomendação Geral nº 12 (1989), destacou-se para os Estados Partes a obrigação de proteger as mulheres contra a violência prevista em vários artigos da Convenção e pediu-lhes para incluir em seus relatórios periódicos encaminhados à Comissão informações relativas à frequência dessas violências e as medidas tomadas para erradicá-las (Organização das Nações Unidas, 2006, p. 11).

No mesmo sentido, a Recomendação Geral nº 19 (1992) estabelece uma relevante conexão ao afirmar, inequivocamente, que a violência contra as mulheres constitui uma forma de discriminação de gênero e que essa discriminação é uma das principais causas da violência. A análise inseriu a violência contra as mulheres nos termos da Convenção, bem como a norma jurídica internacional de não discriminação em razão do sexo. A partir de então, políticas públicas locais, regionais e nacionais têm sido estimuladas conforme o marco internacional de proteção e de erradicação da violência contra a mulher, o que abriu um arcabouço jurisprudencial de denúncias e procedimentos ao abrigo do Protocolo Facultativo da Convenção, em vigor desde 2000, permitindo que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tenha uma sólida jurisprudência na matéria.

A Comissão estabeleceu o direito da mulher de viver livre de violência e discriminação como um desafio prioritário em sistemas de proteção dos direitos humanos nos níveis regional e internacional. O entendimento é que a promulgação de instrumentos internacionais de direitos humanos que protegem o direito da mulher de viver livre de violência reflete um razoável consenso e o reconhecimento pelos Estados de que suas sociedades conferem, historicamente, um tratamento discriminatório às mulheres. O fato de a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) ser o instrumento mais amplamente ratificado do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, junto ao fato de que a maioria dos Estados latino-americanos também ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, bem como seu Protocolo Facultativo, refletiria certo consenso regional de que a violência contra as mulheres é um problema em aberto e generalizado que requer a ação do Estado para alcançar sua prevenção, investigação, punição e reparação.

Não obstante, a leitura dos instrumentos internacionais e regionais de proteção aos direitos humanos das mulheres e, em especial, voltados para o combate da violência contra a mulher, não parece refletir as novas

formas de conflito, que se manifestam nos corpos das mulheres. As Regras de Bangkok, por exemplo, que estabelecem diretrizes para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, são comumente interpretadas ao lado das Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela), do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão e das Regras Mínimas das Nações Unidas Sobre Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio).

Em um primeiro plano, a interpretação das regras de proteção à mulher em situação de prisão não comporta aspectos como a utilização do sistema de justiça como forma instrumental de identificação e de recrutamento de perfis indesejáveis. Os novos modelos de conflito, sobretudo os que se impõem sobre os corpos femininos, não são identificados por esses instrumentos, os quais ainda caminham em um plano ideal de aplicação do direito e de funcionamento do sistema de justiça, restringindo-se a aspectos como direitos básicos de acesso à justiça, utilização de recursos processuais, instalações adequadas, defesa técnica, julgamento por autoridade judicial competente etc. As linguagens atuais dos conflitos entre interesses e as modulações por elas operadas dentro da estrutura estatal continuam a operar em um limbo dentro da organização clássica de criação e imposição de regras jurídicas. As linguagens tradicionais, portanto, não dão conta das novas manifestações da violência, dentre as quais se encontram o hiperencarceramento de mulheres e o controle sobre o presente e o futuro dos seus corpos.

## CIRCUITOS PENAIS E A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA

A decretação da prisão da mulher envolvida com o tráfico de drogas localiza-se em um contexto de contenção punitiva, denominada por Wacquant (2003, p. 44) de política de criminalização das consequências da miséria do Estado. Partindo da ideia de sociedade disciplinar (Foucault, 1993) e da cultura do controle (Garland, 2008), o autor sugere que a expansão do braço penal do Estado, que por sua vez encontra-se centrado na prisão, é um dos elementos centrais na tentativa de confinar os grupos vulneráveis, sobretudo os pobres, e de tratá-los como inimigos (Wacquant, 2014, p. 150; Zaffaroni, 2011), através da tolerância de uma discriminação judicial rotineira, com a desconsideração da aplicação desproporcional das consequências extrapenais da utilização da prisão.

O acionamento da suposta guerra às drogas serviu como pretexto para enxugar a atividade de bem-estar do Estado, ao passo em que foram inchados os espaços responsáveis por atividades de correição, sobretudo os ligados às instituições judiciais e policiais, o que produziu elites pouco sofisticadas (o que parece ser um paradoxo) que concentram as competências e os poderes para acionar os mecanismos estruturais de recrutamento de pobres pelo processo de encarceramento. O deslocamento da finalidade da estrutura estatal, no contexto dos novos formatos de disputa de interesses, produziu, ao mesmo tempo, um processo bem desenvolvido de oferecimento de trabalhos precários e mal-remunerados, os quais abastecem o próprio sistema de criminalização da miséria que encontra na falta de oferta de trabalhos dignos seu mercado final. Nesse sentido, o caráter coercitivo do sistema penal é mais eficiente na regulação dos segmentos pobres da sociedade e na administração dos ilegalismos do que linguagens como a da seguridade social e da legislação trabalhista, que funcionam em rotações mais lentas e menos incisivas.

O judiciário, portanto, ao atuar no campo burocrático (Bourdieu, 2014, p. 197; Wacquant, 2014, p. 152), seria um dos responsáveis pela manutenção da *prisonfare*, uma rede de políticas que incluem agências burocráticas, programas e discursos de justificação para resolver as misérias do Estado e que, concomitantemente, alimentam as práticas de oferta de trabalhos precários. A contenção punitiva pode significar a “[...] circulação infinita através de circuitos penais (polícia, tribunal, cadeia, liberdade vigiada, liberdade condicional, bases de dados da justiça etc.” (Wacquant, 2014, p. 155).

Os sujeitos que falam e que ao mesmo tempo produzem as almejadas versões de verdade nos discursos de justificação do encarceramento mantêm o controle sobre a população pobre e, neste recorte, feminina, em códigos para o controle pós-correcional que encontra circuitos infinitos, capazes de controlar os corpos recrutados mesmo após o encarceramento. As trajetórias interrompidas pelo hiperencarceramento inserem as mulheres pobres em circuitos de controle e de produção da miséria, em que o direito pleiteado encontra seu ápice no acesso a trabalhos subalternizados e degradantes, controlados por uma gama de restrições legais e obrigações civis responsáveis por garantir que os circuitos sejam mantidos e que seus sujeitos não escapem. O hiperencarceramento das mulheres, com a

acentuada representação das mulheres negras, delimita os territórios de populações consideradas supérfluas política e economicamente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Valendo-se da remissão a algumas passagens da Assembleia Nacional Constituinte, o texto procurou localizar e problematizar o atual quadro de hiperencarceramento de mulheres no Brasil, para além das disposições normativas idealizadas dos instrumentos internacionais de regulamentação da violência contra a mulher e das regras sobre encarceramento. Nesse plano, as diretrizes internacionais e regionais não alcançam a movimentação estrutural e discursiva da estrutura estatal e dos interesses em disputa, mantendo-se no plano da formalidade legal, com o estabelecimento de normas sobre o devido processo legal e aplicação da lei. A definição dos ilegalismos e sua gestão articulada em circuitos de criminalização da miséria não são atingidas por esses instrumentos. Apesar de o Brasil possuir a quarta maior população feminina encarcerada do mundo, em números absolutos, o estado da arte parece não ter um horizonte de alteração. O sistema de gestão de interesses dentro do Estado, responsável por administrar interesses supranacionais sem fronteiras e sem uniformes, construiu um circuito de criminalização da pobreza, capaz de identificar, cooptar e marcar os corpos destinados ao acesso a sistemas e serviços subalternizados e precários.

A criação de nichos de controles institucionais, através do desenvolvimento de capacidades burocráticas e de construção de discursos de justificação, assegura que os pobres sejam identificados e não consigam sair do controle pós-correcional, voltado para garantir que essas populações permaneçam em espaços marginalizados, os quais recebem constantes doses de novas obrigações legais e deveres cívicos. A alimentação desses circuitos encontra no seu braço penal um importante e eficiente aliado e, nos agentes do judiciário e das polícias, suas indispensáveis autoridades, interessadas em manter o sistema de hierarquias e responsáveis pelos discursos de justificação dos caminhos da precarização, não raro com a utilização de um discurso populista punitivista, baseado na necessidade infinita e pouco reflexiva de recrudescimento penal. Os discursos moralizantes de direitos e deveres emanados dessas instituições fornecem substrato e legitimam discursivamente a construção da verdade jurídica dentro do circuito de criminalização e de encarceramento, marcando os

corpos e definindo as identidades que farão parte do labirinto dos efeitos penais secundários.

O hiperencarceramento de mulheres aparece como um efeito central e desproporcional produzido pelo aparato de controle e de gestão da miséria. O público-alvo dessa seleção extrema, que encontra claramente nas mulheres negras seu assento, serve ao mesmo tempo para justificar e manter os espaços precários de trabalho e de serviços, definindo corporalmente quem integra o perfil descartável e sem relevância política e economicamente. Passados 30 anos da promulgação da Constituição Federal, a política de produção e de retroalimentação de miséria através do instituto penal da prisão é um sucesso e aparenta não ter um fim a curto prazo. Paulo Brossard estava enganado ao afirmar que a previsão constitucional de limitação da prisão aos casos de flagrante e ao seu condicionamento ao exercício da jurisdição iriam dificultar o uso da prisão. Ao contrário, a prisão (provisória ou com trânsito em julgado) é um dos instrumentos mais eficientes para o controle dos corpos das mulheres e para a administração e confinamento de populações vulneráveis.

## REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, A. Miguel. La redefinición de lo público y lo privado. In: CONGRESSO ESTATAL DE INTERVENÇÃO SOCIAL, 5. Atas... Madrid: Ministério de Trabalho e Assuntos Sociais, 1998.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

BARCOS, Guzmán Virginia; VIRREIRA, Sonia Montaña. *Políticas públicas e institucionalidad de género en América Latina (1985-2010)*. Série Mujer y Desarrollo, n. 118 (LC/L.3531). Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2012.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Práticas pedagógicas feministas e criminologia crítica: liberdade, transgressão e educação. *Boletim IBCCRIM*, v. 1, p. 10-13, 2016.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1984.

BRASIL. Discurso proferido na sessão de 26 de julho de 1987. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, de 27 de julho de 1987, p. 3655. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/107anc28jul1987.pdf#page=19>. Acesso em: 25 abr. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. *Diário da Constituinte nº 727, de 12 de setembro de 1988a*. Brasília, vídeo. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/mulher-constituente>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. *Diário da Constituinte* nº 464, de 08 de março de 1988b. Brasília, vídeo. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/mulher-constituente>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015a.

BRASIL. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015b.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbfb9580f67e8947.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A DROGA E O CRIME. *Caracterización de las personas privadas de libertad por delitos de drogas, con enfoque socio-jurídico del diferencial por género en la aplicación de justicia penal*. 2017. Disponível em: <http://www.seguridadciudadana.gob.pa/wp-content/uploads/2017/06/Genero-Carcel-y-Droga.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2019.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1993.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GAZETA MERCANTIL. *Prisão ficará impossível, diz Brossard*. São Paulo, 22 fev. 1988, p. 29. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/124114>. Acesso em: 24 abr. 2019.

GIACOMELLO, Corina. *Mujeres, delitos de drogas y sistema penitenciários en America Latina*. International Drug Policy Consortium. 2013. Disponível em: [http://filesserver.idpc.net/library/IDPC-Briefing-Paper\\_Women-in-Latin-America\\_SPANISH.pdf](http://filesserver.idpc.net/library/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf). Acesso em: 08 jan. 2019.

GOETZ, Anne Marie. Justicia de género, ciudadanía y derechos. Conceptos fundamentales, debates centrales y nuevas direcciones. In: SINGH, Navsharan. *Justicia de género, ciudadanía y desarrollo*. Colômbia: Mayol, 2007. p. 13-46.

GROSZ, Elisabeth. Corpos reconfigurados. *Cadernos Pagu*, n. 14, p. 45-86, 2000.

GUERRERO, Luz Patricia Mejía. La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, v. 56, p. 189-213, 2012.

INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM. *Women deprived of liberty: submission to the Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice*. 2018. Disponível em: [http://filesserver.idpc.net/library/OHCHR-WG-discriminations-against-women\\_Contribution\\_Sept-2018.pdf](http://filesserver.idpc.net/library/OHCHR-WG-discriminations-against-women_Contribution_Sept-2018.pdf). Acesso em: 22 abr. 2019.

LAGARDE, Marcela; VALCARCEL, Alicia. *Feminismo, género e igualdad*. Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia. Cuadernos inacabados. Madrid: Ed. Horas y Horas, 2011.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Pacto São José da Costa Rica. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher* ("Convenção de Belém do Pará"), 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Mulheres, políticas de drogas e encarceramento: um guia para a reforma de políticas públicas na América Latina e no Caribe*, 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cim/docs/WomenDrugsIncarceration-PO.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Mecanismos de cumprimento da Convenção de Belém do Pará (MESECVI)*. Tercer informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará, 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/mesecvi/biblioteca.asp>. Acesso em: 10 jan. 2019.

SEGATO, Rita Laura. *Las estructuras elementales de la violencia*. 2. ed. Buenos Aires: Prometeo, 2013.

SEGATO, Rita Laura. *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de sueños, 2016.

SMART, Carol. La mujer del discurso jurídico. In: LARRAUI, Elena. *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.

SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

THANDARA, Santos (org.). *Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Mulheres*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Loic. Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica. *Tempo Social* [on-line], v. 26, n. 2, p. 139-164, 2014.

WALMSLEY, Roy. *World prison brief: world female imprisonment list*. 4. ed. Institute for Criminal Policy Research at Birkbeck, University of London, 2017. Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_female\\_prison\\_4th\\_edn\\_v4\\_web.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf). Acesso em: 08 jan. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

# DESMILITARIZAÇÃO DA POLÍCIA: UM DEBATE SOBRE SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NAS TRÊS DÉCADAS DE CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

YNGRID ALGARVE VIZZOTTO  
PABLO DOMINGUES DE MELLO  
MARÍLIA DE NARDIN BUDÓ

## INTRODUÇÃO

A desmilitarização das polícias é um tema que tem sido crescentemente pautado por diversos movimentos sociais, alguns grupos políticos e parte da intelectualidade há décadas no Brasil como medida necessária à redução da violência, sobretudo letal, causada por policiais. Contudo, ele enfrenta barreiras de diversos tipos, em especial com a perspectiva de que a desmilitarização da polícia significaria uma espécie de revanchismo em prol de extinguir a força policial, tornando ainda mais precária a segurança pública.

Para refletir sobre a desmilitarização da polícia é necessário discutir a efetividade das políticas públicas em matéria de segurança pública, especialmente diante da recorrência dos casos de violência policial praticada contra a sociedade civil. Mais ainda, serve à busca pela efetivação de direitos fundamentais dos próprios policiais, assegurando-lhes melhores condições de trabalho e maior segurança. Condições de trabalho precarizadas, descaso com a saúde mental dos agentes e desamparo institucional são marcas da política militarizada, que organizou as polícias desde a formação do Estado brasileiro.

Na construção do trabalho, partimos de um referencial teórico que considera a desmilitarização da polícia uma medida essencial para a concretização de uma segurança pública efetiva. Partimos também de um referencial teórico que compreende, em um contexto macrossocial, a militarização da sociedade como causa da violência estrutural e institucionalizada da polícia militar brasileira, especialmente orientada pelo racismo. Por fim, ainda como pressuposto, consideramos que a reforma das polícias não é pauta recente, já que, pelo menos desde a década de 1990, o movimento negro brasileiro propõe discussões voltadas à superação do caráter racial que estrutura a ação policial (Freitas, 2020).

Assim, o objetivo principal da presente pesquisa é compreender a militarização das polícias no Brasil, para traçar possíveis caminhos em direção oposta, especialmente identificando as implicações da estrutura militarizada da segurança pública para a sociedade civil e para os policiais. Para tanto, traçamos brevemente a historicidade das polícias no Brasil, com ênfase nas implicações sociopolíticas da opção política pela militarização. Num segundo momento, buscamos identificar possíveis discussões aptas a abrir espaço à desmilitarização da polícia. Por fim, discutimos a posição ideológica que fundamenta a manutenção do caráter militarizado da polícia, colocando o enfoque sobre o racismo estrutural.

O pensamento está orientado em um raciocínio dedutivo, ao partir da compreensão histórica e política da militarização da polícia, para posteriormente reconhecer seus efeitos mais evidentes na sociedade e os mecanismos de possível transformação. Antes disso, a abordagem metodológica serve à compreensão da militarização da polícia a partir de um fenômeno mais abrangente: a militarização ideológica da sociedade, sendo aquela uma consequência dessa.

Como consequência, o trabalho está dividido em duas seções. Num primeiro momento, tratamos sobre as raízes militarizadas da polícia, destacando as consequências dos governos autoritários do século passado sobre as instituições policiais, com enfoque na estruturação racial do Estado e das polícias. Num segundo momento, voltamo-nos a possíveis discussões que devem embasar um processo de desmilitarização das polícias, traçando cinco possíveis medidas para uma plena desmilitarização da polícia que esteja aliada à criação de uma política de segurança pública efetiva e se converta em garantia de direitos fundamentais, com a ênfase

de que qualquer transformação jurídico-normativa é insuficiente se não considerar a estrutura racial da sociedade brasileira.

## **A DOCTRINA POLICIAL MILITARIZADA:**

### **HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DA IDEOLOGIA POLICIAL BÉLICA BRASILEIRA**

A origem da Polícia Militar (PM) brasileira, seguindo a linha das narrativas de subjugação historicamente vista na América Latina, remonta à colonização. Ao chegar ao Brasil, uma das primeiras ações da Corte portuguesa foi a criação da Intendência Geral da Polícia da Corte e do Estado do Brasil, cujo chefe era o Intendente Geral, uma espécie de agente civilizador. Tratava-se de uma instituição estatal voltada à difusão dos valores e códigos de comportamento do país europeu, para disciplinar os costumes da civilização europeia na população da colônia (Cotta, 2009, p. 6).

Com o rompimento do modelo colonial para formação de Estados Nacionais na América Latina, o governo português enfrentou a desagregação e perda de poder político na colônia. Após as independências das colônias latino-americanas, a estrutura material de poder desses países passou a se basear no localismo, sendo exercida de forma descentralizada em contrapartida ao poder central e moderador exercido pela monarquia colonizadora (Milanez, 2014, p. 145).

A forma de constituição dos Estados latinos tem particularidades históricas que impactam diretamente nas funções atribuídas à polícia. Seja pela invasão que inclui a América Latina no mapa da subjugação europeia, pelos massacres das populações indígenas e africanas, pela exploração da biodiversidade, pelas ditaduras-civis-militares, muito influenciadas pelo imperialismo estadunidense, fato é que o autoritarismo e a violência estão diretamente imbricados na construção dos Estados em nossa região. Nesse cenário, coube às forças policiais o papel de controle dos corpos, sobretudo dos corpos negros, das massas populares e da população historicamente marginalizada.

Especificamente no Brasil, o genocídio físico e cultural dos povos indígenas e a instituição da escravidão e por consequência também o genocídio dos povos sequestrados, comercializados e transportados de África nos três séculos em que ela esteve vigente no Brasil são particularidades que conformam a relação entre o Estado e a polícia. Aqui, a violência se tornou tecnologia do Estado brasileiro para a administração estatal de conflitos sociais, que se realizava por intermédio da polícia

(Bueno, 2014). Por isso, na prática, o ato de policiar no Brasil sempre se constituiu em um processo autonomizado, informal e improvisado de exercer a força, o que se manifestou, historicamente, nas tensões entre o exercício de policiamento e os direitos fundamentais, especialmente dos grupos sociais historicamente excluídos (Muniz, 2019; Freitas, 2020). A conexão histórica entre segurança e autoritarismo fica evidente quando se constata que o conceito de segurança pública foi positivado, pela primeira vez no Brasil, na Constituição autoritária de 1937, promulgada a partir de um golpe de Estado (Bueno, 2014).

No Brasil, o processo de militarização tem início no século XIX, quando o Decreto nº 3.598, de 27 de janeiro de 1866, estabeleceu a divisão da força policial brasileira, dividindo-a em polícia civil e militar (Silveira, 2013, p. 2-3). Após 1906, graças à chegada da “Missão Militar Francesa”, contratada pelo governo do Estado de São Paulo para militarizar, disciplinar e moldar a cultura das forças de segurança pública paulista, o processo de militarização da polícia brasileira acentuou-se (Silveira, 2013, p. 3). É também neste contexto que o tráfico de pessoas escravizadas já estava proibido, além de diversas leis estarem surgindo no sentido de se encaminhar à abolição da escravidão. A preocupação da virada do Império para a República será também a do controle e extermínio do povo negro liberto, e das numerosas tentativas de branqueamento da população. O medo branco do povo negro, que historicamente autoriza a percebê-lo como o inimigo a ser combatido, está enraizado na história do Brasil (Batista, 2003b). Como nota Batista, “[...] a hegemonia conservadora na nossa formação social trabalha a difusão do medo como mecanismo indutor e justificante de políticas autoritárias de controle social”. Assim, “[...] o medo é a porta de entrada para políticas genocidas de controle social”. A criminalização de condutas típicas da cultura negra pelo primeiro código penal da República, como a capoeira, é um bom exemplo de como o sistema penal opera historicamente de forma direta e enraizada no controle dos corpos negros (Goes, 2016).

Na ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas (1937-1946), a polícia militar estabelece um padrão de atuação marcado pela violência e pela manutenção do modelo político racista vigente na época, evidenciada no veto, com base em argumentos racistas, à concessão de vistos aos judeus, ciganos, negros e japoneses. Além disso, a política da época foi marcada por uma ideologia nacionalista e calcada em uma criminologia

positivista (Silveira, 2013, p. 3), de raiz etiológica, que encarava o crime como uma marca de nascença em determinados indivíduos, constitutiva do seu ser. Nesse mesmo período e em decorrência dos pressupostos racistas da criminologia positivista, estudada por Luciano Goes (2016), houve a institucionalização de um modelo de polícia autoritário e violento, destinado ao controle de pessoas estereotipadas e vistas como inimigas e que, por isso, deveriam ser aniquiladas em uma lógica militar de combate ao inimigo (Silveira, 2013, p. 3).

Esse processo de militarização se dá de forma concomitante ao surgimento e crescimento de uma ideologia de defesa da nação, denominada Doutrina da Segurança Nacional, com a promulgação da Lei de Segurança Nacional por Getúlio Vargas, acentuando-se a partir do Estado Novo e, futuramente, na Ditadura Civil-Militar (Dal Ri Junior, 2013). A Lei de Segurança Nacional (LSN) de 1935 definia os crimes contra a ordem política e social e as respectivas sanções. Sua principal finalidade era transferir para um texto especial os crimes contra a segurança do Estado, submetendo-os a um regime rigoroso, com o abandono das garantias processuais (Dal Ri Junior, 2013, p. 527).

Por meio da doutrina da Segurança Nacional, aliada ao racismo estrutural da sociedade brasileira (Soares, 2019) e ao amplo poder conferido às polícias, a polícia militar recebeu o papel de enfrentar um inimigo interno, assimilando uma lógica de combate típica de guerras. Do comunista ao traficante, o *modus operandi* da polícia brasileira historicamente se destinou à eliminação de um inimigo que ameaçasse a ordem e a segurança brasileira, sem que houvesse uma definição precisa de tais conceitos (Batista, 2003a; Batista, 1997). Trata-se de um arcabouço ideológico que, ainda que pouco sistematizado, foi claramente incorporado às políticas dos governos militares na América Latina dos anos sessenta e setenta. É no tema da “segurança” ligado à “sobrevivência da nação”, no contraponto ao inimigo, que boa parte do que se tornou a institucionalização de práticas autoritárias em uma polícia militarizada no Brasil contemporâneo teve um ponto essencial de justificação. Na continuidade entre “segurança nacional” e “segurança pública”, o autoritarismo resiste no Brasil em pleno regime democrático.

Essa continuidade não se dá de forma aleatória, já que o autoritarismo está imbricado no racismo estrutural, que facilmente desumaniza os negros, a ponto de os seus direitos e garantias serem, nos mais diversos âmbitos da tal “segurança”, corriqueiramente suspensos. Conforme Freitas

(2020), o processo secular e estrutural de desumanização de pessoas negras se associa diretamente à chancela social à violência contra esses corpos. Violências letais, físicas e de toda ordem, quando direcionadas aos corpos negros, legitimam-se e não encontram qualquer resistência ou reação do coletivo social (Freitas, 2020, p. 127). Do direito à vida ao princípio da presunção de inocência, o autoritarismo disfarçado de “segurança pública” promove a exceção que se torna regra. Os inimigos são identificados, a sua eliminação é uma prática corrente, bem como a legitimação ideológica dessas práticas sob o primado da “emergência” (Zaffaroni, 1991, 1997, 2006; Budó, 2012).

A incorporação da doutrina da Segurança Nacional, aliada aos fatores acima expostos, culminou na militarização ideológica da sociedade, responsável por sedimentar uma racionalidade antagônica entre, de um lado, segurança pública e, de outro, direitos humanos e cidadania (Milanez, 2014, p. 149). E muito embora a lógica de militarização existisse desde a independência, é a partir do golpe civil-militar de 1964, quando as Forças Armadas tomam o poder do Estado brasileiro e passam a ocupar os postos políticos dirigentes do país, que a militarização ideológica da sociedade ganha contornos mais visíveis.

A partir da Ditadura Civil-Militar, a polícia militar brasileira se afasta da segurança pública, e reforça seu papel no exercício de políticas de controle social, econômico e político, em prol do Estado Militar, em um processo de militarização da própria sociedade, incutindo essa racionalidade beligerante e combativa no imaginário popular.

Por militarização da polícia compreende-se o processo de adoção e uso de modelos militares, conceitos e doutrinas, procedimentos e pessoal, em atividade de natureza eminentemente civil. Esse fenômeno ocorre quando os valores do Exército se aproximam dos valores da sociedade, isto é, quanto maior o grau de militarização, mais tais valores se superpõem (Zaverucha, 2006). Conforme alerta Menezes (2015, p. 69), o militarismo não está apenas na polícia. Ele está na sociedade que pede pena morte, redução da maioria penal, nos educadores que pedem polícia nas escolas, nas famílias que chamam a polícia para disciplinar seus filhos, na sociedade que chama a polícia para disciplinar os filhos dos outros, ou seja, na necessidade social de uma autoridade, na hierarquização de pessoas e na incapacidade de lidar com conflitos (Menezes, 2015, p. 69).

Com a intenção de aumentar a repressão contra o “inimigo comunista”, a Ditadura Civil-Militar alterou radicalmente o sistema de segurança do país por meio do Decreto Lei nº 667/69, fazendo com que todas as polícias estaduais (civis e militares) passassem a serem controladas e coordenadas pelo Exército (Silveira, 2013, p. 3). Com essa centralização nas mãos do Exército, as forças policiais estaduais passaram a exercer funções que, em um Estado de Exceção como era a Ditadura Civil-Militar, competem aos militares das três forças. Assim, a Ditadura poupou as Forças Armadas de uma exposição ostensiva e prologada nas guerrilhas urbanas, acentuando as características militarizadas das polícias estaduais e o seu padrão de atuação violento (Silveira, 2013, p. 3).

Marcando o fim do período ditatorial, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada com inegáveis avanços, mas sem proceder alterações significativas no sistema de segurança interna. Em verdade, viu-se a manutenção das estruturas policiais até então existentes, inovando somente na criação das polícias municipais. Schinke e Silva Filho (2016, p. 42) denominam “permanências autoritárias” o processo pelo qual o Poder Judiciário assimilou os modos e padrões de atuação durante os regimes autoritários brasileiros, o que intervém diretamente na qualidade e na estrutura da atividade judicial prestada na democracia. Apesar do conceito dos autores se referir ao Poder Judiciário, é facilmente transportado para a compreensão das polícias, como demonstra Menezes (2015), uma vez que a mera transição de um modelo ditatorial para um modelo democrático não promove a total alteração das estruturas sociais e culturais que determinam a instalação do regime ditatorial (Menezes, 2015, p. 67).

Ao manter as estruturas criadas e aperfeiçoadas desde o Estado Novo até a Ditadura Civil-Militar, o processo de redemocratização brasileiro manteve a confusão entre os atributos das forças militares e policiais. Nóbrega Júnior (2009, p. 120) chama à atenção que, na Constituição de 1988, as cláusulas relacionadas às Forças Armadas, policiais militares estaduais, sistema judiciário militar e de segurança pública em geral, permaneceram praticamente idênticas à Constituição autoritária de 1967-1969. Naquele contexto, as Forças Militares tiveram um papel de grande importância na manutenção de suas prerrogativas ao nomearem 13 oficiais superiores para a redação da proposta de constituição. Por exemplo, a Comissão de Organização Eleitoral Partidária e Garantia das Instituições (uma das oito comissões de elaboração da Constituição Federal) foi presidida pelo Senador

Jarbas Passarinho, encarregada dos capítulos ligados às Forças Armadas e à Segurança Pública. A questão é que o mesmo senador havia participado diretamente do Ato Institucional 5 (AI-5), em 1968, responsável por fechar o Congresso Nacional e dar início ao período de maior repressão da ditadura militar brasileira (Zaverucha, 2005, p. 60).

Tais fatores reforçam o conceito de permanências autoritárias e de militarização da polícia e da sociedade, demonstrando que a própria elaboração do texto constitucional esteve marcada por uma disputa político-ideológica que manteve o poder e a estrutura das polícias, assim como a sua conexão às Forças Armadas. Assim, tanto no plano normativo constitucional, como no político, a polícia militar manteve sua herança autoritária e contrária à defesa da segurança pública, em uma história marcada por episódios de violências contra a própria sociedade.

O princípio do fim da ditadura militar foi também marcado pela Lei de Anistia, com a característica de ser uma anistia recíproca, tanto para torturados quanto para torturadores. A falta de responsabilização dos autores dos crimes praticados por agentes do Estado no Brasil — que foi objeto de censura pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelo desrespeito à Convenção de São José da Costa Rica — também dificultou a produção de uma sólida memória coletiva a respeito dos crimes de Estado neste período, como consequência da atuação militar na esfera política. Da mesma forma, a doutrina de segurança nacional continuou sendo ensinada no exército brasileiro, assim como a lógica da perseguição ao inimigo interno. Têm sido enormes, até os dias atuais, as dificuldades em operar uma justiça de transição proporcional aos horrores praticados pela ditadura, sobretudo que seja abrangente o suficiente para reconhecer que o terror de Estado tem sido uma constante contra os povos indígenas e a população negra antes, durante e depois do período ditatorial (Flauzina; Freitas, 2017).

A consequência da equiparação das polícias (defesa da sociedade civil) e das Forças Armadas (defesa do território brasileiro) é a absorção, por parte daquelas, da doutrina e dos ensinamentos destas, em um contexto marcado pela hierarquização de corpos, saberes e territórios traçados pelo racismo estrutural. Estas últimas atuam com a lógica do inimigo externo, no contexto da guerra em que a morte é a regra, sob pena de perder o conflito. Contudo, com a militarização da polícia, há a importação dessa doutrina à prática diária das polícias, que passam a agir

como combatentes em face de um inimigo, dessa vez interno e membro da própria sociedade que deveria ela defender.

Diferentemente do que por vezes a crítica a essa doutrina parece apontar, não é que o inimigo interno possa ser qualquer um ou estar em qualquer lugar, flexibilizando-se os direitos e as garantias em nome da segurança. Como afirma Conceição Evaristo, a bala não erra o alvo. Após a superação da escravidão e o abandono das políticas oficiais de higienização da população, ao menos nos discursos oficiais, a sociedade racista se adapta às novas formas de poder para manter as práticas escravocratas, de forma que o racismo sustenta a produção da morte (Flauzina, 2008). Conforme Flauzina (2008, p. 98), “[...] dentro do esquema assumido pela modernidade, o racismo passa a ser a condição para o direito de matar, daí toda a sua centralidade para o funcionamento do Estado”. Por mais que a lógica do “inimigo” seja uma herança das elaborações teóricas da doutrina de segurança nacional, assim como a busca pela sua eliminação (Zaccone, 2017), é o racismo que permite a sua justificação cotidiana no contexto político supostamente democrático.

Portanto, em sua construção histórica, a polícia militar brasileira adquiriu marcas autoritárias e violentas típicas do passado colonial, escravista e genocida, consolidadas pela doutrina de Segurança Nacional e reforçadas nos períodos autoritários que marcaram a história do Brasil. Guiada por uma lógica beligerante, a polícia militar brasileira serve ao combate de um inimigo interno construído politicamente ao revés da sua missão constitucional de agir como órgão de segurança pública a serviço da cidadania. Há, portanto, um desvio da função constitucionalmente prevista, que se dá, não por coincidência ou equívoco político, mas em prol da manutenção de uma lógica de extermínio contra a população negra, que adquire roupagem democrática, mas que vem sendo denunciada como prática de um Estado genocida (Flauzina, 2008; Nascimento, 1978).

## **A SEGURANÇA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:**

### **CINCO POSSÍVEIS CAMINHOS PARA A DESMILITARIZAÇÃO DA POLÍCIA**

No capítulo anterior, mostramos que a superveniência da Constituição Federal de 1988 não importou em alteração substancial na lógica bélica presente na polícia militar brasileira, o que se reflete no próprio texto constitucional, praticamente inalterado, em matéria de segurança

pública, na Constituição cidadã. Assim, em termos formais, o processo de desmilitarização da polícia militar passa por um processo constitucional reformador. Para que seja plenamente democrático, esse processo deve partir da compreensão da segurança pública enquanto direito fundamental, nos modelos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (Mertens, 2007).

Direitos fundamentais existem como limitadores do poder, cuja finalidade é a própria realização dos direitos, do qual a ideia de justiça é indissociável (Sarlet, 2009, p. 59). A partir dessa conceituação, a segurança pública deveria ser lida não como garantidora do exercício livre do poder de punir do Estado, mas como baliza de limitação desse poder. Apesar de parecerem valores antagônicos, segurança pública e cidadania são conceitos complementares, que devem ser interpretados em conjunto, um colaborando à efetivação do outro. Na prática, esse debate invoca as ferrenhas críticas que pensadores autoritários têm ao universalismo típico do liberalismo ético-político. A lógica do inimigo interno típica da doutrina de segurança nacional operada através do racismo estrutural parte exatamente do pressuposto de que o Estado não pode tratar a todos igualmente, pois quem coloca em risco a própria “paz” e “estabilidade” da “nação” sequer pode ser percebido pelo Estado como cidadão. Aí se pode identificar também um outro aspecto típico da doutrina de segurança nacional que se aplica facilmente às operações de garantia da lei e da ordem e seus massacres resultantes: a tendência de a exceção se tornar regra (Zaffaroni, 2008; Budó, 2012).

Interpretar a segurança pública como meio de implementação da cidadania volta-se a duas nuances: de um lado, a garantia de direitos da sociedade civil e, de outro, a proteção dos agentes policiais, em termos de saúde, segurança e condições de trabalho. É que, para além de produzir uma polícia violenta, responsável por execuções sumárias e violações de direitos da população, a militarização retira direitos básicos dos policiais militares, inclusive rebaixando-os a uma subclasse do Estado.

Partindo de tais pressupostos, propomos cinco debates possíveis a compor o processo de desmilitarização das polícias, como forma de implementar a segurança pública como direito fundamental: (a) unificação das polícias civil e militar; (b) *status* autônomo da polícia desassociado da força militar; (c) organização da polícia sob os pilares da hierarquia e disciplina; (d) valorização da carreira de policial; e (e) aumento do controle público civil da polícia.

De início, é preciso firmar que os tais pilares não fazem sentido separadamente, mas unidos e em contínuo diálogo, para assegurar um processo de democratização da PM de forma plena. Como esse processo é necessário para assegurar um pleno exercício do direito à segurança pública, não podem ser ignoradas as diversas variáveis que estão em jogo, como investimento financeiro, melhoria na qualidade de trabalho do policial militar e extinção da ideologia belicista e militarização da polícia, Estado e população civil. Para que haja efetividade nesse processo, não é possível que se mantenha a estrutura, ou seja, não é possível que a busca pela eliminação do caráter militarizado da polícia culmine em uma instituição que preserva a estrutura e a ideologia militar.

Por isso, o processo de militarização implica, sumariamente, na extinção da polícia militar da forma como a concebemos, para a criação de uma nova instituição, com as atribuições de policiamento investigativo (da civil) e ostensivo (da militar). A *unificação das polícias* importaria eliminar a estrutura militarizada da polícia militar, organizada em muita semelhança com a estrutura do Exército, e garantiria a unificação em uma só corporação as funções de investigação e policiamento ostensivo. A medida não implicaria, por certo, na demissão em massa de todos os policiais militares, que deveriam ser realocados ao novo modelo, garantidos plano de reenquadramento, plano de carreira, salários, benefícios inerentes à nova estrutura.

Outro fator importante é que, no modelo atual, a hierarquia policial obedece a regras muito semelhantes às do Exército, como a divisão entre oficiais e praças e a presença de outros valores inerentes como obediência e subordinação (essa derivada da hierarquia). Esse rigor hierárquico, mais centralizado e com menos autonomia na ponta, ao contrário do que se pensa, não implica maior controle interno, menos corrupção, desmandos e brutalidade. Se assim fosse, as PMs seriam campeãs de virtude (Soares, 2019). No entanto, o que se vê é o inverso, episódios de insubordinação, ausência de controle interno, episódios de violação de direitos dos policiais e da população, execuções sumárias durante atividades policiais, impunidade de policiais envolvidos em chacinas e execuções.

O corpo de trabalhadores da PM é composto por servidores públicos pressionados diariamente com metas que, ao revés de serem ligadas à garantia de direitos e à redução da violência, são quantificadas com base no número de prisões: quanto mais prisões, mais eficiência. Esse raciocínio é uma falácia em si, porque não leva em consideração fatores como a

presunção de inocência daqueles que foram presos, ainda que em flagrante, e a existência da cifra oculta da criminalidade, representada por aqueles crimes cometidos e não perseguidos pelo Sistema de Justiça Criminal (Aniyar de Castro; 1983, p. 68). Tais questões tornam a seletividade da atuação da polícia uma condição inerente a esse sistema, como bem demonstra a criminologia crítica (Andrade, 2016, p. 59). A seletividade penal surge, justamente, da imposição de um projeto faraônico de segurança pública que conta com uma quantidade excessiva de tipos penais (Zaccone, 2017, p. 16) a ser perseguida por um baixo e precarizado efetivo da polícia, a quem é imposto um sistema de metas inatingíveis, relativas ao cumprimento de prisões (Soares, 2019).

Portanto, o processo de desmilitarização deve passar pela *eliminação da estrutura hierárquica militarizada* da Polícia Militar, que atua como uma instituição mista, que transita entre a função de segurança pública (polícia) e a segurança externa (militar), sem efetivar qualquer uma delas. À PM são impostos regulamentos disciplinares inspirados no regimento vigente no Exército (artigo 18 do Decreto-lei nº 667/69) e regulamentos de administração do Exército (artigo 47 do Decreto nº 88.777/83), o que denota confusão nas suas atribuições enquanto órgão da segurança pública.

Além disso, unificar as polícias retira da PM o *status* de força auxiliar do Exército (artigo 144, §6º, da Constituição Federal), *conferindo às polícias status autônomo* e garantindo maior autonomia aos comandos internos e o controle do estado federativo, visto que a polícia continuará sendo vinculada ao Governo estadual e sua Secretaria de Segurança Pública. Atualmente, ao Exército cabe o controle e a coordenação das polícias militares, enquanto às Secretarias estaduais de Segurança Pública cabe a orientação e o planejamento. Apesar da falta de exemplos práticos atuais, o Exército tem abertura constitucional para interferir nas ações das PMs, inclusive por meio de veto à nomeação de algum Diretor-Geral da PM, em verdadeiro resquício da Ditadura Militar (Soares, 2019).

Nesse mesmo sentido, o processo de desmilitarização está fundamentado na necessidade de se garantirem direitos básicos aos agentes policiais, por meio de salários dignos, oferta de melhores equipamentos e condições de atuação, sobretudo para proteção pessoal, e, principalmente, acompanhamento psicológico integral e permanente. Atualmente, por meio da hierarquia e dos códigos disciplinares excessivamente rígidos, o policial é impedido de reivindicar seus direitos e interesses ao receio de ser

punido (Soares, 2019). À polícia unificada a ser criada, seria preciso debater a garantia a direitos como a liberdade de expressão de seus integrantes e a possibilidade de pleitear melhores condições de trabalho e salários, que são impedidos pela estrutura atual da PM.

O número de suicídios entre policiais militares é demonstrativo da urgência na valorização e no cuidado desses agentes, chegando-se ao absurdo de que, no estado de São Paulo, mais policiais perderam a vida por suicídio do que em conflitos no ano de 2018 (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021b, p. 50). Entre as razões para os dados alarmantes de suicídio entre policiais, os quais não pretendemos minimamente exaurir, está o tratamento dado pelo Estado aos seus agentes, com baixos salários, condições precárias de equipamentos e, sobretudo, um ambiente de trabalho extremamente violento e estressante, marcado também por abusos hierárquicos em que pequenas transgressões disciplinares são tratadas com penas draconianas (Soares, 2019). Todos esses fatores, aliados com a negligência pela saúde mental do policial, confluem em uma polícia ineficiente impossibilitada de cumprir qualquer que seja a função a ela atribuída. A precarização da carreira de policial militar traz consequências sobre a autoestima desses policiais, que se veem como cidadãos de segunda classe, revelando uma autoimagem degradante e inferiorizante (Ratton, 2007, p. 143).

Os códigos militares, que penalizam cabelo comprido, coturno sujo e atraso com a prisão do soldado, mas acabam sendo transigentes com a extorsão, tortura, sequestro e assassinato (Soares, 2019), são elementos-chave na precarização do trabalho do policial. Exposto a imensos estresses no dia a dia normal de trabalho, arriscando a vida, o policial recebe dentro da instituição o oposto de disciplina. Em verdade, o que há é tratamento indigno, violento e degradante. Portanto, o processo de desmilitarização deve servir à preservação e à melhoria da qualidade e condições de trabalho do policial militar, garantindo aos agentes o pleno exercício de seus direitos fundamentais, tais como liberdade de expressão, integridade física e psicológica, para garantir a plena dignidade da pessoa humana.

Visualiza-se, portanto, que o processo de desmilitarização da polícia não consiste somente em um processo burocrático e jurídico de reforma do texto constitucional, mas deve passar por uma verdadeira transformação daquilo que se entende como segurança pública e como polícia no Brasil. Esse processo, necessariamente, deve passar pela *valorização do agente*

*policial* e pela preservação de seus direitos. Afinal, um projeto de segurança pública que busque a preservação da cidadania e da população, não uma verdadeira guerra civil, passa pela valorização daquele que executará a política de segurança pública, o policial.

Por fim, o *controle público sobre as polícias* não se volta à submissão da atividade policial cotidiana à chancela da população — o que é verdadeiramente incompatível com a atividade de policiamento. Em verdade, volta-se à adoção de sistema transparente e auditável dos dados da polícia, o que inclui seus orçamentos, conteúdos programáticos, pilares de escolas de formação e estatísticas de atuação. Tais medidas serviriam à identificação dos agentes policiais como funcionários públicos a serviço da população, sem distinção em relação às demais instituições, o que não se vê. Além disso, trariam maior controle sobre as medidas tomadas em relação àqueles que transgredirem efetivamente as regras basilares de atuação da polícia cidadã, respondendo às execuções sumárias e arbitrariedades cometidas contra a população e, mais importante, prevenindo-a.

A concepção de polícia enquanto serviço público caminha lado a lado com a valorização da instituição, capacitação profissional, aumento em investimentos infraestruturas e da carreira para, assim, aproximar policiais e cidadãos, de modo que policiais são, também, cidadãos. Pretende-se, assim, eliminar o antagonismo histórico (e justificável) que há entre sociedade civil e sociedade militar (Balestreri, 1998, p. 18).

Apesar disso, partindo-se do pressuposto, já firmado no capítulo anterior, de que a violência praticada não é distribuída de forma aleatória na sociedade, o debate acerca da violência policial deve ir além de mudanças jurídico-normativas e institucionais.

O Brasil registrou, em 2018, o maior número de mortes violentas no mundo de acordo com o banco de dados da entidade Small Arms Survey (2021). Para a ONG, mortes violentas incluem mortes por conflitos diretos, homicídios intencionais, homicídios não intencionais e mortes graças a intervenções legais (Hideg; Del Frate, 2021, p. 7). Corroborando com os dados mostrados, o Anuário brasileiro de Segurança Pública de 2021 revela que “[...] em 2020 o país atingiu o maior número de mortes em decorrência de intervenções policiais (MDIP) desde que o indicador passou a ser monitorado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública” (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021b, p. 59). Os policiais estaduais, especialmente os policiais militares responsáveis pela vigilância de rua, produziram, em

média, 17,6 mortes por dia, sendo que, desde 2013, quando se iniciou o monitoramento, o crescimento é de 190% (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021b, p. 59).

E não pode ser ignorado o perfil das vítimas dessa violência praticada pelo Estado. De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021b, p. 39), 78,9% das 6.416 pessoas mortas pela polícia no ano de 2020 eram negras. Esses assassinatos foram cometidos por agentes da segurança pública e o montante total aumentou em 18 das 27 unidades da federação se comparado com o ano de 2019. A cor da pele das vítimas de intervenção policial revela os alvos principais dessa política de violência institucionalizada na polícia brasileira. Para além da produção de dor e violência na população, a violência sofrida pelos policiais militares é igualmente relevante para demonstrar o cenário belicista de segurança pública no Brasil. Ao se analisar o perfil dos policiais vítimas de crimes violentos letais intencionais (CVLI) em 2020, chega-se a 62,7% de vítimas pessoas pretas, enquanto no ano de 2019, 65,1% das vítimas eram vítimas pessoas negras (2021b, p. 55).

A pele negra é, portanto, o denominador comum, o alvo principal dessa guerra, seja para o lado da população civil, seja para o lado dos trabalhadores policiais militares que, de certa forma, acabam sendo vítimas de uma política belicista instaurada nas raízes do imaginário popular e das instituições do Estado. Conforme Freitas (2020), enfrentar a temática da violência policial pressupõe visualizar a descartabilidade dos corpos negros: seja de quem atua nas polícias, seja de quem é controlado por elas. Numa análise mais detida, “[...] é o racismo que informa o conteúdo, a direção e o sentido das práticas policiais e, por consequência, o sentido da própria definição do mandato policial” (Freitas, 2020, p. 169).

Sustentado pelo racismo, o agir letal do Estado, concretizado pela polícia militarizada, torna-se socialmente aceitável na periferia global, isto é, dos países-alvo das políticas de colonização e imperialismo. Por isso, qualquer análise social, mesmo que não utilize diretamente categorias raciais, deve considerar as particularidades que a racialidade impõe à estrutura social, especialmente quando se trata da realidade histórica brasileira, marcada pela escravidão (Carneiro, 2005). No debate acerca da desmilitarização da polícia, não é diferente.

Conforme Silvio Almeida, “[...] a sociedade contemporânea não pode ser compreendida sem os conceitos de raça e de racismo” (Almeida, 2021, p.

20), que são, portanto, manifestações normais da sociedade. Ao denominá-lo estrutural, Almeida (2021, p. 20) sustenta que o racismo é um fator político que naturaliza desigualdades e legitima segregação e genocídio de grupos minoritários, sendo uma forma sistemática de discriminação baseada na raça, que se manifesta por “[...] práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial a que pertençam”.

Assim, a permanência da estrutura militar e autoritária das polícias brasileiras não é coincidência, assim como não são aleatórios os corpos vitimados, em cada lado dessa guerra, pela aplicação da lógica de combate em termos de segurança pública. A realidade social brasileira, marcada pela profunda desigualdade e pelo racismo, contribuiu para a produção e legitimação da violência policial, aferível pelos dados anteriormente expostos. Para além de haver uma incompatibilidade brutal entre a concepção militar de combate ao inimigo e a noção de segurança pública enquanto direito fundamental, desmilitarizar as polícias perpassa, necessariamente, pelo combate ao racismo estrutural, dentro e fora das instituições.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho, comemorativo das três décadas da Constituição Federal, apresentamos possíveis discussões no sentido de fortalecer uma perspectiva cidadã de segurança pública. A construção de uma polícia que atue em respeito a garantias e direitos, em que excessos sejam exceções rapidamente reprimidas, é um caminho para que, nos próximos trinta anos, a segurança pública seja efetivada como um direito fundamental.

A desmilitarização da polícia, longe de uma medida atentatória contra a segurança pública brasileira, é, na verdade, uma tentativa de conferir às polícias brasileiras o efetivo papel de garantidoras da segurança da população. Diferentemente do que apregoa a propaganda falaciosa, muitas vezes amplificada pela mídia, a desmilitarização não significa retirar poder dos policiais, mas abrandar os traços autoritários e de violência que orientam a atuação dos agentes. No outro lado da moeda, visa alterar o cenário de despreparo psicológico e técnico, bem como conferir dignidade e direitos aos policiais.

Cientes de que enfrentamos problemas estruturais e que as violências praticadas pela polícia não são casos isolados, mas a regra do

*modus operandi* de uma força policial militar treinada para matar o inimigo interno, debater a desmilitarização da polícia é debater a estrutura racial da sociedade. As estatísticas oficiais não deixam mentir a preferência de raça que a guerra promovida pela ideologia militarizada possui. Por isso, qualquer debate em torno da desmilitarização da polícia que não seja afroncentrado, isto é, que não coloque o racismo no enfoque e não discuta as relações de poder estruturais e institucionais acerca do racismo, não pode ser visto como um projeto de desmilitarização pleno.

De fato, a manutenção desse sistema beligerante de polícia e segurança em um Estado que se intitula Democrático de Direito, ou que pretende ser, mina completamente a possibilidade de livre exercício dos direitos fundamentais da população, sobretudo negra e periférica, alvo principal dessa política de extermínio que vitima, também, policiais. Vale dizer, trata-se de uma política de Estado e de Governo que vitima policiais e civis, preservando as estruturas autoritárias herdadas do passado e aprimoradas pelas Ditaduras brasileiras.

Desmilitarizar não significa extinguir a polícia e toda a estrutura estatal de segurança pública. Em fato, significa extinguir a estrutura militar da polícia, sim, mas sem deixar a segurança pública sem qualquer amparo. Significa, em uma medida menor, acabar com a estrutura de opressão interna e externa praticada pela polícia militar. Em um contexto macro, significa livrar-se da militarização ideológica que se perpetua há séculos na sociedade e nas instituições do Estado, responsável por manter um Sistema Penal seletivo, brutal e genocida. Serve, também, à valorização dos profissionais que atuam na atividade policial diária, enfrentando condições de trabalho indignas e infraestrutura precária. Volta-se a evitar a perpetuação do genocídio das populações negras e periféricas, buscando efetivar a atividade policial não como uma guerra ao inimigo, que exclui a alteridade e gera antagonismo entre atuação policial e cidadania. A desmilitarização serve a preservar vidas civis e policiais, elevando a segurança pública ao *status* efetivo de direito fundamental e a atividade policial como um serviço público, portanto, à serviço da população — sendo, portanto, uma diretriz a se mirar nas próximas três décadas.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Jandaíra, 2021.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x Cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BALESTRERI, Ricardo Brisola. *Direitos humanos: coisa de polícia*. Passo Fundo: Pater, 1998.
- BATISTA, Nilo. A violência do Estado e os aparelhos policiais. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 145-154, jul./dez. 1997.
- BATISTA, Vera Malaguti. Medo, genocídio e o lugar da ciência. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*, Rio de Janeiro, n. 7 e 8, p. 135-141, 1º e 2º sem. 1999.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003a.
- BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003b.
- BUDÓ, Marília de Nardin. Metáforas coletivas e a exclusão do outro: nação, segurança nacional e segurança pública. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XXI., 2012, Uberlândia. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 7230-7258.
- BUENO, Samira. *Bandido bom é bandido morto: a opção ideológico-institucional da política de segurança pública na manutenção de padrões de atuação violentos da polícia militar paulista*. Dissertação (Mestrado em Administração) — Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.
- CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. Tese (Doutorado) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- COTTA, Francis Albert. Olhares sobre a polícia no Brasil: a construção da ordem imperial numa sociedade mestiça. *Revista de História e Estudos Culturais*, v. VI, n. 2, abr./jun. 2009. Disponível em: <https://www.revistafenix.pro.br/revistafenix/article/view/140/130>. Acesso em: 30 nov. 2023.
- DAL RI JUNIOR, Arno. O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira: usos e representações do Estado Novo à ditadura militar brasileira (1935-1985). *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 525-543, jul./dez. 2013.
- FLAUZINA, Ana Lucia Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; FREITAS, Felipe Silva. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento negro no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 135. p. 49-71, 2017.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 15. ed. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2023.

FREITAS, Felipe Silva. *Polícia e racismo: uma discussão sobre mandato policial*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

GOES, Luciano. *A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

HIDEG, Gergely; DEL FRATE, Anna Alvazzi. Still not there: global violence deaths scenarios, 2019-30. *Small Arms Survey*, 2021, p. 7. Disponível em: <https://www.smallarmssurvey.org/sites/default/files/resources/SAS-SANA-BP-GVD-scenarios.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2023.

MENEZES, Natália Baldessar. *Desmilitarização da polícia no contexto da justiça de transição: desarticulando velhas engrenagens*. 144 p. Dissertação de Mestrado — Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

MERTENS, Fábio Alceu. *O direito fundamental à segurança pública e o serviço público de segurança pública no ordenamento jurídico nacional*. 117 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) — Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2007.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. A desmilitarização da polícia: elementos transdisciplinares para a afirmação de uma lógica policial constitucional. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, p. 143-160, jul./dez. 2014.

MUNIZ, Jacqueline. Fé cega, facas amoladas: regime do medo e práticas de exceção. *Trincheira Democrática: Boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Ano 2, n. 6, dez. 2019.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro, processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

NÓBREGA JÚNIOR, José Maria Pereira da. A militarização da segurança pública: um entrave para a democracia brasileira. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n. 35, p. 119-130, fev. 2010.

RATTON, José. Aspectos organizacionais e culturais da violência policial. In: RATTON, José; BARROS, Marcelo. *Polícia, democracia e sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHINKE, Vanessa Dorneles; 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.

SILVEIRA, Felipe Lazzari. Reflexões sobre a desmilitarização e unificação das polícias brasileiras. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2013. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/34.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2023.

SMALL ARMY SURVEY. Global Violente Deaths (GVD): the Small Arms Survey tracks statistics on violent deaths and compiles them in its Global Violente Deaths (GVD) database. *Small Arms Survey*, 2021. Disponível em: <https://www.smallarmssurvey.org/database/global-violent-deaths-gvd>. Acesso em: 30 nov. 2023.

SOARES, Luiz Eduardo. *Desmilitarizar: Segurança Pública e Direitos Humanos*. São Paulo: Boitempo, 2019.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 25-36, jul./dez. 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAVERUCHA, Jorge. *FHC, Forças Armadas e Polícia: entre o autoritarismo e a democracia 1999-2002*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

ZAVERUCHA, Jorge. De FHC a Lula: a militarização da Agência Brasileira de Inteligência. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 16, n. 31, p. 177-195, nov. 2008.

# PENSANDO PATERNIDADES E MATERNIDADES NO MARCO DO PARADIGMA DEMOCRÁTICO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA  
STANLEY SOUZA MARQUES

## CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Partimos, aqui, do pressuposto de que a redistribuição equitativa do trabalho doméstico e do cuidado de crianças tropeça em pelo menos dois obstáculos: de um lado, as concepções hegemônicas de paternidade, que atribuem ao pai o provimento financeiro da família, e, de outro, as concepções hegemônicas de maternidade, que, apoiadas na ideia de instinto materno, creditam preferencialmente, senão exclusivamente, à mãe o cuidado afetivo-material da prole.

E assumimos que uma reconstrução da constitucionalização da licença-paternidade, ainda que provisória e aberta, apresenta elementos para um debate sobre *como* e *em que medida* a sociedade política tem construído a identidade constitucional (cf. Rosenfeld, 2010) ou desdobrado o “projeto constituinte de sociedade” subjacente à Constituição de 1988 (cf. Cattoni de Oliveira; Marques, 2017, 2018, 2020).

Reconstruir significa, aqui, recuperar o debate sobre o direito fundamental à licença-paternidade que emerge no curso do processo constituinte de 1987-88. Significa, também, mapear, ainda que de modo seletivo, tentativas de regulamentação do direito fundamental à licença-paternidade e avanços recentes na legislação.

Tendo em conta nossos pressupostos e propósitos, dividimos o presente artigo em quatro blocos. No primeiro deles, procuramos explorar

alguns dos contornos da gramática das masculinidades. Privilegiamos alguns de seus aspectos-chaves, como a historicidade do gênero, a agência dos sujeitos, as hierarquias entre e intragêneros, as relações de cumplicidade com versões hegemônicas da masculinidade e as vantagens simbólicas, sociais, culturais e materiais subjacentes (cf. Connell; Messerschmidt, 2013; Connell, 1995, 2005). Procuramos apresentar, ainda, concepções de paternidade capturadas pelas ideias de provimento financeiro, autoridade e responsabilidade, todas elas também estruturantes de versões hegemônicas da masculinidade (cf. Olavarria, 2001; Ribeiro *et al.*, 2015).

Já no segundo bloco, buscamos recuperar elementos de um debate que reivindica, em especial, a intercambialidade de dimensões físicas, intelectuais e emocionais da paternidade, na contramão de variantes hegemônicas de paternidade. Na sequência, procuramos retomar um apanhado de pesquisas com o propósito de observar mais de perto dois aspectos dos comportamentos familiares contemporâneos, a variabilidade e a estabilidade. Desses estudos emergem um diagnóstico particularmente desvantajoso para as mulheres, o de que embora práticas maternas e paternas cotidianas desafiem modelos hegemônicos de maternidade e de paternidade, as mulheres ainda se dedicam muito mais do que os homens ao trabalho doméstico e de cuidado da prole.

No quarto e último bloco, por fim, procuramos reconstruir a constitucionalização da licença-paternidade e os seus desdobramentos legislativos mais recentes. Um empreendimento desse tipo deixa entrever uma Constituição que também desloca sentidos tradicionalmente atribuídos à paternidade e à maternidade. Mais ainda, esboça uma narrativa suficientemente consistente e complexa da identidade constitucional que nós temos construído nas últimas décadas.

## A GRAMÁTICA DAS MASCULINIDADES

Investigações dos anos 1990 no Brasil exploraram especialmente a ideia de um suposto mal-estar masculino, traduzido pela disseminada expressão “crise da masculinidade”, suscitando na academia um interesse mais sistemático sobre homens e masculinidades.

Dialogando pouco ou quase nada com trabalhos feministas, autores como Nolasco (1993, 1995) falam da masculinidade como paradoxo. A fragilidade seria, mais precisamente, a outra face da dominação masculina. A despeito das limitações desse enfoque teórico e do fato de provocarem

inadvertidamente desdobramentos reacionários antifeministas (Vigoya, 2007), até mesmo aqui, onde opera uma espécie de “discurso vitimário” (Oliveira, 2004), homens e masculinidades não são tomados como dados, senão como processos relacionais; num certo sentido, são problematizados.

Ao explorar a socialização dos meninos<sup>1</sup>, a perspectiva teórica de Nolasco (1993) resvala, contudo, naquilo que Connell (1995; 2005) chama de “narrativa convencional”, particularmente empobrecedora (i) por não captar ou mesmo encobrir expressões mais complexas (e sempre intrincadas) das configurações das masculinidades; (ii) por deixar escapar relações de poder, violência e desigualdade material; e (iii) por subestimar a criatividade, a resistência e a agência de muitos meninos e de muitos homens, próprias das dinâmicas de gênero e que ficarão claras mais adiante com a reconstrução do conceito de masculinidade hegemônica empregado por Connell (1995, 2005) e mais recentemente atualizado por Connell e Messerschmidt (2013).

A “narrativa convencional”, resumidamente, constrói esquemas argumentativos pouco esclarecedores no que diz respeito às tensões e às contradições imanentes às práticas de gênero. Parece insinuar a estabilidade da construção da identidade masculina ali onde a instabilidade que lhe é própria denuncia permanente e insistentemente o oposto. É contra esse esquema teórico-argumentativo que se voltam Connell (1995, 2005) e Connell e Messerschmidt (2013).

No influente *Masculinities*, de Connell<sup>2</sup>, uma premissa básica circula toda a obra, a de que os contextos sociais reproduzem múltiplas masculinidades numa dinâmica (inescapavelmente) relacional, tensa, complexa, hierárquica e excludente, precisamente o que escapa à “narrativa convencional” ou ao “discurso vitimário”, tomando de empréstimo, respectivamente, as expressões de Connell (2005) e de Oliveira (2004).

Falar de masculinidade significa, para Connell (1995, p. 188), falar de um processo “[...] de configuração de prática em torno da posição dos homens na estrutura das relações de gênero”. Resumidamente, a ideia de uma “configuração de prática” desloca a ênfase daquilo que é esperado para aquilo que de fato é feito (criativa e não mecanicamente) pelos sujeitos, ao passo que “prática” sugere racionalidade e significado histórico para a ação.

Já a referência à “posição dos homens” indica que falar de masculinidade significa falar de relações sociais e de corpos, afinal, “[o] gênero é, nos mais amplos termos, a forma pela qual as capacidades reprodutivas e as diferenças sexuais dos corpos humanos são

<sup>1</sup> Escreve Nolasco (1993, p. 42) que “[...] [o]s meninos aprenderão desde cedo a desvalorizar aquilo que sentem e que não está diretamente referido a seu pênis. Como também compreenderão a sensibilidade feminina como algo caótico, difuso e instável, que portanto não merece crédito”; que “[a]s conexões que ligam o mundo aos corações masculinos serão inicialmente rompidas pela família e posteriormente pela escola”; que “[u]m menino é educado nas precariedades de um cárcere, para quando crescer se tornar seu próprio carcereiro” (Nolasco, 1993, p. 47); que “[q]uando um menino nasce, o modelo de comportamento do macho é sua referência”; e que “[d]urante a socialização de um menino, em nenhum momento lhe é estimulado estabelecer com a menina uma relação que fique fora das fronteiras do objeto” (Nolasco, 1993, p. 131). A socialização, no singular e sempre homogênea, uma espécie de destino incontornável (e, neste sentido, dramático) é caracterizada, sobretudo, para autores como Nolasco, pelo silenciamento e pelo sufocamento dos sentimentos, então tragados por um processo de aprendizagem de gênero onde a complexidade interna, as complicações e contradições parecem não ter lugar (Connell; Pearse, 2015). Segundo o diagnóstico de Nolasco (1993, p. 47), o sujeito não escaparia do trágico abandono de si mesmo e “deste abandono nasc[eria] a ilusão de que a incorporação do estereótipo do macho lhe conceder[ia], quando adulto, o resgate do paraíso perdido na infância”.

<sup>2</sup> Nascida no ano de 1944, em Sidney, como Robert William Connell, Raewyn Connell submeteu-se recentemente à cirurgia para mudança de sexo e nem todas as suas publicações foram ainda reeditadas com o seu nome social. Tendo isso em conta, embora nos referamos a Raewyn Connell simplesmente como Connell, optamos por conservar nas referências bibliográficas as assinaturas originais (ora Raewyn Connell, ora Robert Connell) de toda a produção consultada.

trazidas para a prática social e tornadas parte do processo histórico” (Connell, 1995, p. 189).

“[E]strutura de relações de gênero”, por seu turno, remete à ideia de que o gênero extrapola a dinâmica relacional entre homens e mulheres, já que tem que ver com uma estrutura complexa, que reúne diferentes dimensões da vida social, como a economia, o Estado, a família, a escola, o mercado de trabalho e a sexualidade. E parte dessa complexidade é explicada, a um só tempo, (i) pela reconstrução de distintas masculinidades no interior de um mesmo contexto, sem que elas sejam vistas como “[...] formas de vida alternativas, ou seja, uma questão de seleção por um consumidor” (Connell, 2005, p. 116) e (ii) pelo caráter contraditório assumido por qualquer versão da masculinidade (Connell, 1995, p. 189).

Com uma abordagem multidimensional do gênero desse tipo, a masculinidade hegemônica é especificamente interpretada como produto da história e produtor de história ou como expressão de uma versão da masculinidade que ocupa a (sempre contestada porque em disputa) posição hegemônica em um modelo dado de relações de gênero sempre sujeito a transformações históricas (Connell, 2005). É dizer, “[u]m dado padrão de masculinidade [ou seja, uma versão ou variante da masculinidade] é hegemônico enquanto fornece uma solução [...] às] tensões [das relações de gênero], tendendo a estabilizar o poder patriarcal ou reconstituí-lo em novas condições” (Connell; Messerschmidt, 2013, p. 272).

Versões hegemônicas da masculinidade “[...] expressam, [em sua dimensão normativa,] em vários sentidos, ideais, fantasias e desejos muito difundidos” (Connell; Messerschmidt, 2013, p. 253). Mobilizam padrões de comportamento, de relações e de soluções para impasses entre e intragêneros que organizam ou disciplinam práticas contraditórias de gênero na concretude do cotidiano.

E, mais, os “padrões de hegemonia da masculinidade estão embutidos em ambientes sociais específicos”, de que são exemplos o mercado de trabalho, as famílias e as escolas, onde garotos e homens se aproximam, mas também se esquivam daqueles padrões; é dizer, se engajam (estrategicamente) na produção e na negociação de masculinidades num jogo de cumplicidade e resistência (Connell; Messerschmidt, 2013, p. 253).

E, nesse sentido, parece especialmente difícil pensar a masculinidade hegemônica como modelo fixo, de contornos clara e harmoniosamente delineados. Não fosse o gênero uma estrutura contraditória, a história

do gênero seria “um eterno e repetitivo ciclo das mesmas e imutáveis categorias” (Connell, 1995, p. 189). Assim, um certo nível de ambiguidade, desajuste e tensão lhe é imanente: “[u]m grau de sobreposição e indefinição entre as masculinidades hegemônica e cúmplice é extremamente provável se a hegemonia é efetiva” (Connell; Messerschmidt, 2013, p. 253). Níveis de justaposição, ambivalência e pressão mútua também são projetados sobre a dinâmica entre masculinidades globais, regionais e locais, em movimentos de influência mais ou menos acentuada em diferentes direções. Atores da tevê, do cinema e nomes do esporte são particularmente ilustrativos desses movimentos: “[a]pesar de os modelos locais de masculinidade hegemônica poderem se diferenciar uns dos outros, eles geralmente se sobrepõem”. Sobreposição explicada, em parte, pela “ação recíproca entre dinâmicas de gênero sociais mais amplas” (Connell; Messerschmidt, 2013, p. 268). Mais adiante, Connell e Messerschmidt (2013, p. 269) escrevem que “[...] as construções da masculinidade hegemônica têm certa ‘semelhança familiar’, para usar um termo de Wittgenstein, em vez de uma identidade lógica”. Aqui, a “‘semelhança familiar’, dentre as variantes locais, é comumente representada por um modelo simbólico no nível regional, nunca por múltiplos modelos”.

Falamos, aqui, de uma dinâmica relacional, ambivalente, complexa, tensionada nas arenas local, regional e global não apenas pelo poder exercido por grupos dominantes, mas também por configurações subversivas de grupos subordinados, aspecto solenemente encoberto pela “narrativa convencional” (Connell, 2005) ou pelo “discurso vitimário” (Oliveira, 2004). Vale de Almeida (1997, p. 1), não por outra razão, fala da masculinidade hegemônica como “um consenso vivido”: “[a]s masculinidades subordinadas não são versões excluídas, existem na medida em que estão contidas na hegemonia, são como que efeitos perversos desta, já lá estão potencialmente”. Ou ainda, tensões e contradições cercam qualquer variante da masculinidade e a dinâmica entre diferentes variantes. Parte da história não é contada pela “narrativa convencional” (Connell, 2005) ou pelo “discurso vitimário” (Oliveira, 2004), daí a sua precariedade. São relegados fluxos e contrafluxos, os movimentos sutis de influência e condicionamento recíprocos. Perdem-se as tensões e ambivalências imanentes às múltiplas versões da masculinidade e próprias da dinâmica entre elas.

Esquivando-se da confusão entre “totalitarismo de gênero” e hegemonia de gênero, tão comum às “narrativas convencionais” (Connell,

2005) ou ao “discurso vitimário” (Oliveira, 2004), Connell e Messerschmidt (2013, p. 265) exploram a complexidade dessa hegemonia que “[...] pode se realizar pela incorporação de [...] masculinidades [alternativas] em uma ordem de funcionamento do gênero, em vez de uma opressão ativa na forma de descrédito ou violência”. É dizer, “[n]a prática, tanto a incorporação como a opressão podem ocorrer juntas”. Um exemplo disso pode ser encontrado nas masculinidades gays que, enquanto contraponto e antiparadigma, tensionam versões hegemônicas da masculinidade em centros urbanos ocidentais: ora violenta e escandalosamente reprimidas, porque ainda interpretadas no interior de uma ordem patriarcal de gênero como “[...] o depósito de tudo aquilo que a masculinidade hegemônica descarta simbolicamente” (Connell, 2005, p. 78), ora toleradas ou mesmo celebradas. As relações entre a masculinidade hegemônica e a masculinidade bissexual também parecem lançar luzes sobre o caráter intrincado da dinâmica entre variantes hegemônicas e subordinadas da masculinidade: “[a] percepção de que o outro ousa atravessar a fronteira (seja esta uma fronteira de gênero ou da sexualidade) é motivo de desprezo e ao mesmo tempo de curiosidade e fascínio, o que explica”, para Seffner (2003, p. 243), o fato de “[...] a masculinidade bissexual oscil[ar] entre a condenação por ser sinal de indefinição e a louvação por ser sinal do sexo do futuro”.

A masculinidade hegemônica, que, para Connell (2005, p. 76-77) e como já pudemos parcialmente explorar, não se confunde com um tipo de personalidade fixa, inclui, mas não se restringe, às relações complexas de dominação masculina, largamente denunciadas pelos feminismos. Para além delas, mobiliza a produção e a legitimação social de hierarquias específicas entre masculinidades. Algumas de suas versões, muito mais do que outras, são investidas de autoridade e poder social, aparecem como “corretas” e “naturais” e, precisamente por isso, convertem-se em padrão de referência, avaliação e eventual outorga de “dividendos patriarcais”.

Autores como Connell (2005), Badinter (1993), Kimmel (1997), Olavarría (2001) e Gilmore (1994) desdobram a ideia de um processo de avaliação permanente do desempenho dos garotos e dos homens, uma espécie de “prova implacável” (cf. Kimmel, 1997) ou de uma “virilidade ‘sob pressão’” (cf. Gilmore, 1994). Pesa sobre eles uma interpelação recorrente: “prove que você é homem” (cf. Badinter, 1993, p. 4). Aqui, as masculinidades hegemônicas operam antes como negação de uma feminilidade forjada.

Independentemente de categorias como raça, classe, idade, etnia ou orientação sexual, versões hegemônicas da masculinidade repudiam uma feminilidade fabricada: “[...] ser homem significa não ser feminino; não ser homossexual; não ser dócil, dependente ou submisso; não ser efeminado na aparência física ou nos gestos; não ter relações sexuais nem relações muito íntimas com outros homens; não ser impotente com as mulheres” (Badinter, 1993, p. 117)<sup>3</sup>. Um tipo específico de paternidade, aquela que se confunde com o provimento financeiro da família, com a autoridade e com a responsabilidade, ou ainda, aquela que recalca conexões corporais e emocionais mais intensas e abrangentes com crianças, porque associadas a uma feminilidade forjada, é elucidativo do processo de definição, aquisição e manutenção das masculinidades e dos “dividendos patriarcais” subjacentes. É dizer, encarnar a figura do pai provedor, do pai autoridade, do pai herói ou responsável se traduz em vantagens reais, embora diferenciadamente acessíveis e usufruídas pelos homens na concretude da vida cotidiana.

Considerando o que foi dito até aqui, e partindo da premissa de que os corpos são, a um só tempo, objetos e agentes na prática social, há uma relação imbricada entre circuitos de práticas sociais, processos corporais, estruturas sociais e o “processo histórico no qual a sociedade é incorporada” (Connell; Messerschmidt, 2013, p. 270)<sup>4</sup>. Ou ainda, as masculinidades também são “[...] certas sensações na pele, certas formas e tensões musculares, certas posturas e modos de se movimentar, certas possibilidades no sexo”. Mais ainda, “a experiência corporal é muitas vezes central na memória de nossas próprias vidas e, portanto, em nossa compreensão de quem e o que somos” (Connell, 2005, p. 52-53). Falar sobre variantes da masculinidade significa falar sobre formas particulares, ora estimuladas, ora reprimidas, de caminhar, falar e atuar, de usar vestimentas e acessórios, de se alimentar. E se, como argumenta Kimmel (1997, p. 58), “cada maneirismo, cada comportamento contém uma linguagem codificada de gênero”, a ideia de corporificação social também anuncia a possibilidade de recomposição radical dos gêneros, sugerindo novas formas de se experimentar masculinidades e paternidades, de estimular novas necessidades, desejos e capacidades corporais. Emergem também, aqui, possibilidades sempre renovadas de se conformar novas estruturas sociais e novas trajetórias pessoais.

**3** Isso também é observado por Adriano Beiras (2007, p. 60-61) em pesquisa acerca da negociação de sentidos sobre masculinidades e paternidades em contextos populares de Florianópolis. Para alguns dos entrevistados, diferentemente das entrevistadas, a feminilidade e a homossexualidade estão associadas às expressões de afeto e cuidado e orientam concepções da masculinidade. Suscitados a falar sobre masculinidade, alguns dos entrevistados recorreram ora à feminilidade ora à homossexualidade, para eles associadas, entre outras dimensões, às afetividades e ao cuidado. Um deles, indagado sobre sua percepção sobre o masculino e a masculinidade, disse: “[o]lha... Eu sou um homem assim que não tem preconceito com os outros tipos de sexo, entendeu? [...] é cara aí que gosta de mulher, homem com homem, tem gente que já não tem um respeito, perde o respeito todo, homem com homem, eu respeito a vontade dos outros. Então eu, como homem eu... Show de bola, entendeu?”. O pai desse entrevistado, também provocado a se pronunciar sobre a masculinidade, igualmente projeta sua identidade masculina em oposição à homossexualidade: “[i]sso está crescendo muito em Florianópolis. Isso não quer dizer que os homens hoje não têm poder de fogo mais isso vem do ser humano, acho que a gente tem que respeitar, cada ser humano, isso aí eu digo assim que não é... é uma doença né, já vem do próprio ser humano e a gente não tem como mudar...” (Beiras, 2007, p. 62).

**4** Exemplo disso é encontrado na reconstrução de Mosse (2000, p. 25) de imagens modernas da masculinidade hegemônica. A associação cuidadosamente costurada entre a ginástica, o esporte e as virtudes masculinas parece ter sido central em diferentes nações europeias na projeção de versões hegemônicas da masculinidade: “[i]ndependentemente do grau de recepção pelas distintas nações”, escreve ele, “a ginástica foi considerada um meio de se alcançar o padrão adequado de masculinidade, meio que, independentemente de sua finalidade, afirmou e fortaleceu o estereótipo masculino mediante a ênfase na estrutura e na disposição corporais”.

5 A literatura científica tem destacado mais recentemente as implicações da gravidez para o homem. É o caso da pesquisa de Bornholdt, Wagner e Staudt (2007), cujos informantes relataram compartilhar com sua parceira sentimentos de estar grávido no curso do período gestacional. A fala dos pais entrevistados pelas pesquisadoras exploram algumas das experiências emocionais e corporais descritas por Laqueur (1992): “[...] olha eu acho que a gente carrega o peso junto com a mãe na barriga, é como se a gente tivesse grávido, a sensação que a gente tem, a ansiedade que a gente fica...”; “uma tensão que reflete no físico, mas fisicamente é só um cansaço, acho que de estresse, é só um cansaço, menos disposição para as coisas como eu tinha, se eu tô em casa parado dá mais vontade de ficar dormindo do que de ficar acordado...” (Bornholdt; Wagner; Staudt, 2007, p. 81); “tu fica mais sensível, tu nota mais as coisas, começa a analisar a coisa mais para o lado sentimental, isso aí...; a coisa que eu notei é que me arreventou uma dor de dente do nada... quando minha avó teve grávida de um tio meu, meu avô morreu de dor de dente e não tinha nada... Eu tive isso durante uma semana. Fui no dentista e não tinha nada nos dentes!...” (Bornholdt; Wagner; Staudt, 2007, p. 87). Esta última fala, em especial, parece iluminar a crítica que Figueroa Perea (2011) faz dos limites de uma linguagem cotidiana, científica e política que ainda não reconhece e ainda não nomeia contradições, embaraços ou situações críticas ligadas às masculinidades e às paternidades.

## TEORIZANDO AS PATERNIDADES:

### A INTERCAMBIALIDADE DE DIMENSÕES FÍSICAS, INTELECTUAIS E EMOCIONAIS

Encontramos em Thomas W. Laqueur uma teoria do trabalho da paternidade dirigida, em primeiro lugar, pela primazia do trabalho emocional masculino, uma opção teórico-metodológica que evoca a própria experiência do historiador com o nascimento de sua filha. Laqueur (1992, p. 123-124) relata que, quando Hannah, então uma bebê prematura de 1430 gramas nascida por cesárea, agarrou o seu dedo, sentiu-se “imensamente poderoso, e antes disso se passar, senti[u] laços inconcebivelmente fortes com ela”. Diz, ainda, que “[t]alvez se estivessem presentes alguns profissionais [...] da endocrinologia, poderiam ter medido [...] ondas de neurotransmissores e de outros hormônios, tão abundantes como as que acompanham o parto”<sup>5</sup>. Em uma teoria desse tipo, a reivindicação dos atos e sentimentos reprodutivos do pai e o reconhecimento de sua complexidade combinam-se com uma outra reivindicação, a do corpo masculino, afinal, indaga Laqueur (1992, p. 124-125), “[d]e que outra forma se pode sentir senão com o corpo?”. Sara Ruddick (1992, p. 156), concordando com Laqueur (1992) neste ponto, e somente neste ponto, como ficará claro mais adiante, escreve que “quem quer que cuide de uma criança, cuida de uma vida corporal particular”.

Uma teoria do trabalho da paternidade que recupera e coloca em primeiro plano experiências reprodutivas emocionais e físicas dos homens, tal como delineada por Laqueur (1992), embora provocativa por subverter dicotomias totalizantes, como mulher-cuidadora/homem-provedor, parece não ser suficiente. E isso porque, segundo Ruddick (1992, p. 149), o amor paterno tem menos que ver com a solução do que com o problema: “o amor paternal é frequentemente uma parte do problema dos pais precisamente porque este ‘amor’”, argumenta ela, “além de ligar crianças a pais que as ferem — serve para estabelecer as demandas paternas de autoridade sobre os filhos independentemente de terem participado de fato ou não do trabalho de cuidá-los”. De todo modo, Laqueur (1992) propõe um deslizamento fundamental dos sentidos tradicionais de masculinidade e de paternidade pelo resgate da emoção, que aparece, aqui, como cerne e qualidade distintiva do trabalho parental. Para Ruddick (1992, p. 149), contudo, é preciso dar mais um passo, um passo que Laqueur (1992) não deu. Falta, em suas palavras, “[...] um gesto inclusive mais proveitoso de associar o trabalho da maternidade e da paternidade com tipos distintos de pensamento”.

Mais ainda, uma teoria do trabalho da paternidade, tal como delineada por Laqueur (1992, p. 119), falharia, sobretudo, por superestimar o “trabalho emocional”, um “trabalho que se faz com o coração, não com a mão”, muito embora Laqueur (1992, p. 130) ressalte logo em seguida que “o coração, obviamente, faz seu trabalho através da mão; [porque] sentimos com o corpo”. Superestimar a dimensão emocional significa, aqui, negligenciar as responsabilidades físicas e intelectuais das experiências paternas, principalmente num cenário que não suspeita do envolvimento afetivo da mãe com a prole, que lhe nega consciência reflexiva e no qual recai sobre ela a maior parte senão todos os encargos do cuidado: “[...] embora proponha elaborar uma teoria do trabalho da paternidade, Laqueur tampouco se ocupa da paternidade como certo tipo de trabalho” (Ruddick, 1992, p. 148). Laqueur parece perder de vista que a paternidade, assim como a maternidade, envolve antes uma combinação de atividades físicas, intelectuais e emocionais, muitas vezes pouco discerníveis entre si. Recuperar dimensões da paternidade subfocalizadas, como o afeto, o prazer e a autorrealização, como o faz Laqueur, sem ter adequadamente em conta o trabalho de cuidado, muitas vezes desgastante e enfadonho, pode favorecer, em última instância, uma definição de “ser pai” unilateral, distorcida e pouco complexa. Muito mais, parece antes reproduzir do que subverter a divisão desigual do trabalho doméstico e de cuidado.

No debate com Laqueur, Ruddick (1992, p. 147) desdobra a ideia de uma “maternidade livre de gênero ou plena de gênero”. Ela volta sua atenção para uma concepção mais elástica de maternidade, abrangente o suficiente para incluir um conjunto de tarefas diárias, como alimentação, proteção e educação dos/as filhos/as, e cujo desempenho envolve, necessariamente, homens e mulheres, na contramão, portanto, do “mito do Pai Provedor”. A manutenção econômica da prole tradicionalmente compreendida como “obrigação paterna distintiva” encobre que muitas mães se ocupam (e sempre se ocuparam) do sustento econômico dos/as filhos/as, afinal, amor e trabalho materno nunca foram suficientes para a criação de crianças. O exercício da maternagem por homens e mulheres abrange, a seu ver, o sustento econômico da prole não como encargo distintivo, mas como “obrigação social”. A “maternidade livre de gênero ou plena de gênero” de que fala Ruddick se opõe rigorosamente, também, a qualquer tentativa de trivialização da experiência feminina de dar à luz. Ela assume o parto como “projeto eletivo, ativo e socialmente complexo”

(Ruddick, 1992, p. 156) e propõe a construção social, material e política de práticas de procriação atentas às especificidades dos implicados. É dizer, insiste, a um só tempo, na experiência reprodutiva emocional e física do pai e na heterogeneidade das vivências reprodutivas dos progenitores. Daí por que falar de práticas nas quais “[...] mulheres e homens possam participar não igualmente, mas com respeito realista por si mesmos, cuidando-se mutuamente e comprometendo-se com o bem-estar dos/as filhos/as” (Ruddick, 1992, p. 157-158).

## **DINÂMICAS FAMILIARES CONTEMPORÂNEAS:**

### **A REPRODUÇÃO E O DESLOCAMENTO DE CONCEPÇÕES HEGEMÔNICAS DE PATERNIDADE (E DE MATERNIDADE)**

Cresce o interesse da literatura científica, sobretudo nos últimos 40 anos, pela participação dos homens nas atividades de cuidado e educação da prole. Esse interesse tem contribuído para o reconhecimento das masculinidades e das paternidades como categorias de análise pertinentes para uma compreensão mais complexa das relações familiares (cf. Vieira *et al.*, 2014; Barker; Aguayo, 2011; Souza; Benetti, 2009; Borsa; Nunes, 2011; Cia *et al.*, 2005; Oliveira; Silva, 2011). Pesquisadoras e pesquisadores, por diferentes ângulos de análise e em uma variedade de campos disciplinares, começam a preencher uma lacuna histórica, também apontada por R. Parry Scott (1990, p. 46), para quem “[r]elegar a análise do grupo doméstico ao lado feminino da equação, seja qual for a razão, seria tratar de apenas a metade da história”. Pesquisas e relatórios convergem num diagnóstico particularmente desfavorável às mulheres, o de que “[o] envolvimento dos homens no cuidado está aumentando em algumas partes do mundo, mas em nenhum lugar ele se iguala ao das mulheres” (Levtov, *et al.*, 2015b, p. 5). As mulheres ainda se dedicam aos encargos domésticos e de cuidado não remunerados, em média, pelo menos duas vezes e meia a mais do que os homens. Eles, porque socialmente desobrigados desse tipo de encargo, podem dedicar mais tempo ao trabalho remunerado. Cenário diverso daquele que contabiliza o trabalho remunerado e o trabalho não remunerado: neste caso, as mulheres trabalham mais do que os homens. Acumulando funções dentro e fora de casa, elas trabalham cada vez mais (OIT, 2016). Diferentes estudos apontam, também, para um cenário onde modelos tradicionais concorrem com modelos alternativos de maternidade e de paternidade. Reconhecem que a agência de homens

e de mulheres, homossexuais, transexuais e heterossexuais, em diferentes arranjos familiares, desafia concepções hegemônicas de maternidade e de paternidade. (cf. Vieira et al., 2014; Barker; Aguayo, 2011; Souza; Benetti, 2009; Borsa; Nunes, 2011; Cia et al., 2005; Oliveira; Silva, 2011).

Pesquisas têm destacado que representações tradicionais da paternidade e da masculinidade e, mais especialmente, as ideias de ordem, responsabilidade e autoridade ainda orientam a formulação e implementação de políticas públicas (cf. Barker; Aguayo, 2011; Moreira; Toneli, 2013). Definem ou conformam, também, expectativas e experiências reprodutivas e sexuais de homens e mulheres heterossexuais de estratos médios urbanos (cf. Arilha, 1998; Unbehau, 2000; Moreira; Toneli, 2013) e de camadas populares (cf. Beiras, 2007; Scott, 1990; Perucchi; Beirão, 2007) e de gays, transexuais e travestis em configurações familiares não heteroparentais (cf. Zambrano, 2006). “Quando se é jovem”, escreve Margareth Arilha (1998, p. 59), “a vida é uma vida de ‘zoeira’, de ‘descompromisso’ associada à ideia de liberdade”, muito diferente das expectativas e das experiências masculinas da fase adulta, especialmente demarcada pela constituição do casamento e pelo nascimento da prole. Esses elementos também são captados por José Olavarría (2001, p. 16), para quem “[a] paternidade é um dos passos fundamentais do trânsito da juventude à fase adulta, um dos desafios” lançados pela masculinidade hegemônica. Mais ainda, “é o culminar de um longo rito de tornar-se ‘homem’”: se “fazer filhos” implica validação da masculinidade e da paternidade em sua dimensão física, o provimento material bem-sucedido implica, a seu passo, reconhecimento da masculinidade e da paternidade em sua dimensão moral (Ribeiro et al., 2015, p. 3591).

Se por um lado a repressão de emoções, necessidades, possibilidades e competências historicamente forjadas como femininas diz muito sobre versões hegemônicas da masculinidade e da paternidade, por outro lado, diferentes pesquisas têm identificado, entre muitos pais, uma expectativa latente de uma paternidade diferente daquela que conheceram na posição de filhos. Muitos deles se dizem comprometidos com práticas paternas afetivamente mais intensas ou abrangentes, sobretudo se comparadas com os modelos de paternidade que conheceram na infância. Em pesquisa com pais de camadas médias urbanas, Vera Regina Ramires (1997, p. 108) conclui que “[...] essa mudança é consciente neles, pois a maioria pôde

manifestar um desejo de reformulação, reparação e resgate, na relação com os filhos/filhas, da vivência com o próprio pai”, conservando suas qualidades e subvertendo aspectos que julgavam negativos. Sandra G. Unbehau (2000, p. 194), muito semelhantemente, em pesquisa com homens de nível socioeconômico médio, observa “[...] um desejo muito presente de ser diferente do que o próprio pai foi em relação ao envolvimento com os filhos. Estar mais presente no cotidiano familiar e, mais do que isso, ser mais afetivo”. Bernardo Jablonski (2010, p. 269), por sua vez, identifica as mesmas tensões de que falam Ramires (1997) e Unbehau (2007) no comportamento masculino em casais heterossexuais de classe média: “[p]erguntados sobre o que fariam de diferente do casamento de seus pais [...], notamos a importância do diálogo e da maior liberdade, além da busca de criar com os filhos uma relação mais amigável”.

Diferentes estudos, todos eles apoiados sobre o primeiro *survey* de âmbito nacional de percepções de homens e mulheres sobre a conciliação entre vida familiar e trabalho, têm ressaltado, sobretudo, dois aspectos dos comportamentos familiares, o da variabilidade e o da estabilidade: as esferas domésticas e não domésticas se democratizam internamente, mas conservam-se muitas das percepções convencionais sobre maternidade e paternidade e muitas das práticas familiares tradicionais (Araújo; Scalón, 2005). Se por um lado homens e mulheres de diferentes estratos e segmentos sociais, sobretudo as mulheres, percebem o trabalho como “parte constitutiva da vida da mulher”, por outro, persiste, particularmente para os homens, em todas as situações de residência urbana, uma valorização da domesticidade feminina, com especial destaque para o aspecto maternal. São elucidativos dessas tensões e contradições (i) o consenso generalizado de que mulher/mãe de criança com menos de cinco anos não deveria trabalhar em período integral ou de que crianças sofrem mais quando a mãe trabalha fora e (ii) a alta concordância entre homens e mulheres quanto à contribuição compartilhada para a renda familiar. Quanto ao último aspecto, em especial, “[...] entre os homens, permanece como percepção uma necessidade pragmática relacionada com a escassez orçamentária e uma ideia de trabalho [feminino] que é aceita, mas com a conotação de ‘auxiliar’, embora de fato não o seja” (Araújo; Scalón, 2005, p. 33-34).

Esse apanhado de pesquisas, a outra “metade da história” (Scott, 1990, p. 46), enquanto herança sociocultural de uma sociedade política

específica, informa e conforma os passos dados a seguir. Recupera-se, na sequência, o debate sobre o direito fundamental à licença-paternidade que emerge no curso do processo constituinte de 1987-88. Mapeia-se, também, as tentativas de regulamentação do direito fundamental à licença-paternidade e os avanços legislativos mais recentes. Um empreendimento desse tipo explícita, em última análise, um processo irremediavelmente aberto de reinvenção constitucional e democrática das paternidades. E é precisamente daqui, do confronto de discursos constitucionais e legislativos controversos, que se projetam imagens da identidade constitucional que nós temos construído nos últimos 30 anos (cf. Cattoni de Oliveira; Marques, 2017, 2018, 2020).

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE NO BRASIL E OS DESDOBRAMENTOS LEGISLATIVOS MAIS RECENTES

A Constituição da República de 1988 assegura licença de 120 dias à gestante e atribui ao legislador infraconstitucional a tarefa de definir a extensão da licença-paternidade<sup>6</sup>. Já o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixa em cinco dias a duração da licença-paternidade, enquanto pendente regulamentação da matéria<sup>7</sup>. Desse arranjo constitucional desdobram-se duas leituras que não só não se excluem mutuamente como se sobrepõem. Se por um lado a Constituição retoma e encobre articulações históricas relativas à maternidade e à paternidade, por outro ela denuncia e tensiona a historicidade dessas categorias.

Os 120 dias de licença-maternidade se contrapostos aos cinco dias de licença-paternidade revelam, por um lado, a reprodução constitucional da distância historicamente forjada entre a maternidade e a paternidade. Em outras palavras, a história dessas categorias, porque precede e condiciona seus usos contemporâneos, explica o enquadramento constitucional dissonante da maternidade e da paternidade. Essa mesma Constituição, por outro lado, e pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, alça a licença-paternidade à condição de direito fundamental, o que sugere o deslocamento de sentidos tradicionalmente atribuídos à paternidade (e à maternidade).

A linguagem constitucional (já) denuncia aquilo que modelos hegemônicos de maternidade e de paternidade tanto dissimulam: nem essência, nem destino, a maternidade moderna — aquela que entrelaça

**6** "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII — licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX — licença-paternidade, nos termos fixados em lei" (Brasil, 2016, p. 18).

**7** "Art. 10. [...] §1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias" (Brasil, 2016, p. 143).

instinto, cuidado e domesticidade — é uma fabricação. Assim como os modelos hegemônicos de paternidade, capturados todos eles, no mais das vezes, pelas ideias de provimento material, autoridade e responsabilidade.

Em outras palavras, a maternidade e a paternidade aparecem no projeto constituinte subjacente à Constituição de 1988 como categorias vazias, “porque não têm nenhum significado último, transcendente”, e transbordantes, “porque mesmo quando parecem estar fixadas, ainda contêm dentro delas definições alternativas, negadas ou suprimidas” (Scott, 1995, p. 93).

Mais ainda, dizer que o projeto constituinte subjacente à Constituição de 1988 — de caráter irremediavelmente inconcluso, aberto à reconstrução da normatividade constitucional, ao reconhecimento de novos sujeitos e de novos direitos — incorpora a maternidade e a paternidade como questões de primeira ordem significa dizer que se entreabre à comunidade política um horizonte de reconstrução constitucional e democrática dessas categorias.

Assumindo o quadro teórico da identidade do sujeito constitucional (cf. Rosenfeld, 2010), sugerimos a hipótese de que a constitucionalização do direito fundamental à licença-paternidade pode ser retrospectivamente lida como *um* corte nas concepções tradicionais ou pré-constitucionais de paternidade. É dizer, o reconhecimento da licença-paternidade como direito fundamental tensiona concepções de paternidade que correlacionam o “ser pai” com o “ser provedor” e, em alguma medida, também subverte modelos tradicionais de maternidade.

Os constituintes, quando reconstroem concepções tradicionais de paternidade e de maternidade, resgatam e explicitam a historicidade dessas categorias; e daí por que dizer que paternidades e maternidades emergem, aqui, como problema de caráter constitucional com o qual a sociedade terá de lidar, embora jamais definitivamente.

O direito fundamental à licença-paternidade pode ser retomado a cada vez que se pretenda explorar os potenciais democráticos abertos pela Constituição, ou ainda, o direito fundamental à licença-paternidade pode ser recuperado a cada vez que se pretenda redistribuir as obrigações intrafamiliares e reconstruir modelos convencionais de maternidade e de paternidade.

E isso pode mesmo ser observado nas tentativas de regulamentação do direito fundamental à licença-paternidade e nos avanços recentes na legislação, mesmo que muito tímidos e isolados. Mais ainda, do confronto de

discursos sobre a licença-paternidade, observado já no processo constituinte de 1987-1988, desponta imagens de uma identidade constitucional irremediavelmente aberta e jamais monopolizada ou privatizada por quem quer que seja, constituintes, autoridades encarregadas de interpretar a Constituição ou cidadãos e cidadãos desta e das gerações vindouras (cf. Rosenfeld, 2010).

A atuação organizada das mulheres no curso do processo constituinte de 1987-1988, inédita na história do constitucionalismo brasileiro, é particularmente elucidativa de uma Constituição que *também* desestabiliza significados enraizados da maternidade e da paternidade. A reinvenção constitucional da paternidade (e da maternidade) que emerge ali, na Assembleia Nacional Constituinte, está indissociavelmente ligada à articulação suprapartidária, horizontal e polifônica entre constituintes, feministas do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e militantes feministas (Silva, 2011; Cattoni de Oliveira; Marques, 2018)<sup>8</sup>. O relato de Jaqueline Pitanguy (2011, p. 25), que presidia naquela altura o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, é revelador disso: “[q]uando apresentamos a proposta de licença-paternidade, fomos duramente criticadas e até mesmo ridicularizadas por amplos setores do Congresso Nacional. Argumentavam”, continua ela, “que estaríamos incentivando a ausência dos homens do trabalho. Estávamos, no entanto, convencidas da relevância desta licença como um instrumento de mudança ideológica no papel dos homens frente à paternidade”.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, diferentes projetos de lei foram propostos na tentativa de explorar os potenciais democráticos abertos pela constitucionalização da licença-paternidade<sup>9</sup>. E é para eles que agora voltamos nossa atenção. É que o debate parlamentar suscitado pelos projetos de lei que procuram ampliar a licença-paternidade, assim como as discussões travadas já pelos constituintes, pode ser lido tendo-se em conta a dinâmica de que fala Rosenfeld (2010) entre negação, identidade e diferença, ou entre negação, metáfora e metonímia.

É a partir desse aparato, em interação imbricada, que a identidade constitucional e categorias como paternidade e maternidade ganham corpo. As proposições legislativas aludidas repudiam, num primeiro momento, concepções tradicionais de paternidade, aquelas que definem a figura do pai, sobretudo, pelas ideias de provimento material, autoridade e responsabilidade. Opõem-se, também, à distância historicamente

<sup>8</sup> Estima-se que 80% das reivindicações do *lobby* do batom, como ficou conhecido o grupo de pressão das mulheres no curso do processo constituinte de 1987-1988, foram constitucionalizadas (Silva, 2011, p. 269-270). O direito fundamental à licença-paternidade faz parte do legado da agência das mulheres naquele cenário.

<sup>9</sup> Excluímos de nossa análise os Projetos de Lei que condicionam a ampliação da licença-paternidade a hipóteses de invalidez permanente ou temporária, abandono ou falecimento da mãe, de que são exemplos os Projetos de Lei nº 6.753/10, nº 3.212/12, nº 3.231/12, nº 3.281/12, nº 3.417/12, nº 3.445/12, nº 5.473/13 e nº 5.566/13. Esta opção metodológica se justifica, sobretudo, porque, nesses casos, as Proposições Legislativas parecem mais atualizar concepções naturalizadas da maternidade e da paternidade do que desestabilizá-las: aqui, é o impedimento ou a ausência da mãe que impõem a redistribuição das responsabilidades parentais. Foram analisados os Projetos de Lei nº 3325/12, nº 1131/2015, nº 879/2011, nº 4878/2016 e nº 2534/2015, propostos, respectivamente, pelos/as então deputados/as Edivaldo Holanda Júnior (PTC/MA), Rôney Nemer (PP/DF), Érika Kokay (PT/DF), Franklin Lima (PP/MG) e Veneziano Vital do Rêgo (PMDB/PB). Foram também avaliados os Projetos de Lei do Senado nº 666/2007 e nº 879/2011, propostos, respectivamente, pelas então senadoras Patrícia Saboya (PDT/CE) e Vanessa Grazziotin (PCdoB/AM) e a Proposta de Emenda Constitucional nº 41/2015, proposta pelo então senador Alvaro Dias (PV/PR). Por fim, foram também examinados o Parecer do então deputado Silvio Costa (PTB/PE) na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público referente ao Projeto de Lei nº 3935/2008 e apensos, o Parecer do então deputado Júlio Delgado (PSB/MG) na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público referente ao Projeto de Lei nº 3935/2008 e apensos, o Voto em Separado do então deputado Assis Melo (PCdoB/RS) na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público referente ao Projeto de Lei nº 3935/2008 e apensos e o Voto em Separado do então deputado Eudes Xavier (PT/CE) na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público referente ao Projeto de Lei nº 3935/2008 e apensos.

**10** Para uma reconstrução mais detalhada da constitucionalização da licença-paternidade no marco da teoria da identidade do sujeito constitucional, ver Cattoni de Oliveira e Marques (2018).

**11** O Projeto de Lei do Senado nº 879/2011, da senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB/AM), “[a]crescenta dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para dispor sobre a licença-paternidade” (Senado Federal, 2015a).

fabricada entre maternidade e paternidade. Os contornos mais precisos dessa reconstrução demandam, contudo, uma dialética entre identidade e diferença ou entre metáfora e metonímia que dê continuidade ao trabalho da negação.

É quando entram em cena os argumentos que privilegiam as semelhanças compartilhadas por homens e mulheres, igualmente capacitados/as para o exercício do cuidado, e as diferenças que, a juízo dos parlamentares, fazem diferença e cobram amparo jurídico, a exemplo do momento de fragilidade pelo qual passa a mãe, seja em razão da gravidez, seja em razão da recuperação pós-parto. São esses alguns dos elementos constitutivos da concepção de paternidade evocada por projetos de lei, pareceres e votos em separado. Despontam, em todo caso, imagens mais inclusivas ou mais democráticas da paternidade, da maternidade e da identidade constitucional<sup>10</sup>.

Essas representações tropeçam, contudo, em alguns limites. Os projetos de lei que propõem a ampliação da licença-paternidade repudiam, no mais das vezes, o período vigente de exercício da licença-paternidade e argumentam que o aumento proposto, seja ele de quinze, trinta ou noventa dias, embora “longe do ideal”, representa um incremento da igualdade de gênero, precisamente porque, com a prorrogação, o pai poderá “auxiliar” ou “apoiar” a mãe no cuidado da prole.

Enquanto discursos constitucionais e legislativos situados explicitam tensões e contradições imanentes às práticas maternas e paternas mais cotidianas. Diferentemente do Projeto de Lei do Senado nº 652/2015<sup>11</sup>, que fixa a licença-paternidade em 120 dias e é expressamente justificado, entre outros aspectos, pela “consolidação dos casamentos homoafetivos” (Senado Federal, 2015a), para as demais proposições analisadas, a paternidade surge antes como função coadjuvante, colaborativa ou periférica.

Há uma correlação mais ou menos explícita entre a paternidade e a família nuclear heterossexual, como se se tratasse de níveis distintos de responsabilidade, a responsabilidade da mãe, mais absorvente, e a responsabilidade do pai, mais apagada. Como se a igualdade de gênero não reclamasse antes a redivisão radical dos encargos domésticos e de cuidado das crianças do que a mera “ajuda” ou “apoio” paterno. Como se as paternidades, ainda que mais elásticas, se circunscrevessem aos arranjos familiares heterossexuais normalizados e normalizadores.

Ou, ainda, os Projetos de Lei mobilizam concepções de paternidade ancoradas, sobretudo, num modelo familiar específico, o nuclear, monogâmico, heteronormativo. Não por outra razão, muitas vezes se justifica a ampliação do direito fundamental à licença-paternidade, como o faz a Proposta de Emenda à Constituição nº 41/2015<sup>12</sup>, como medida de “proteção à maternidade, à gestante, à infância [...] à família [...] e à criança” (Senado Federal, 2015b), mas não ao pai, não à paternidade, aqui meramente instrumentalizados.

Feitas algumas considerações sobre a constitucionalização da licença-paternidade e sobre as tentativas mais recentes de sua regulamentação, detenhamo-nos, por fim, no Marco Legal da Primeira Infância e no Decreto nº 8.737, que exploram os potenciais democráticos imanentes a uma Constituição cujo complexo sistema de direitos inclui a licença-paternidade. Tanto o Marco Legal da Primeira Infância como o Decreto nº 8.737 retomam e desdobram o processo de reinvenção constitucional e democrática da paternidade que emerge no curso do processo constituinte de 1987-88.

A Lei nº 13.257/2016, também conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, sancionada pela então presidenta da república Dilma Rousseff, inova ao traçar princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas dirigidas à promoção e ao atendimento dos direitos das crianças de até seis anos. Cria a Política Nacional Integrada para a Primeira Infância, de caráter intersetorial, e corresponsabiliza União, Estados, Distrito Federal, Municípios, famílias e sociedade.

Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) para, entre outros aspectos, expressamente responsabilizar mãe e pai, ou responsáveis, pelo cuidado e educação da criança. Também modifica a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para assegurar ao empregado, sem prejuízo do salário, até dois dias para acompanhar sua esposa ou companheira, quando grávida, em consultas médicas e exames complementares e um dia por ano para acompanhar filho de até seis anos em consulta médica.

O maior destaque fica por conta da alteração da Lei nº 11.770/2008, que cria o Programa Empresa Cidadã, para prorrogar por 15 dias a duração da licença-paternidade, além dos cinco dias já estabelecidos pelo ordenamento jurídico. A prorrogação beneficia pais biológicos ou adotivos empregados de pessoas jurídicas inscritas no Programa Empresa Cidadã. No período de prorrogação da licença-paternidade, semelhantemente ao que já previa a

<sup>12</sup> A PEC 41/2015, apresentada pelo senador Alvaro Dias (PV/PR), “[a]ltera a Constituição para ampliar a duração da licença-maternidade e da licença-paternidade” (Senado Federal, 2015b).

legislação nos casos de prorrogação da licença-maternidade, o empregado, que terá direito à remuneração integral, está proibido de exercer qualquer atividade remunerada, devendo manter a criança sob seus cuidados.

Para Vital Didonet, assessor legislativo da Rede Nacional Primeira Infância, “[a] força maior desta lei e o seu resultado mais profundo, duradouro e transformador está em promover a ‘cultura do cuidado integral’ da criança, da concepção aos seis anos de idade”. E, mais, continua ele, “[t]odos os seus dispositivos partem de um olhar de cuidado, no sentido amplo do termo, dirigido às crianças como sujeitos singulares e diversos, pessoas e cidadãs, capazes e participantes daquilo que lhes diz respeito, porém necessitadas, como direito, da atenção mais terna, mais competente e mais responsável” (Rede Nacional Primeira Infância, 2016).

O Marco Legal da Primeira Infância vai ainda mais longe, porque reconhece o pai como agente no processo de promoção da “cultura do cuidado integral da criança”. Contribui, assim, para um processo de desconstrução de representações convencionais, como aquela que confina a paternidade ao provimento material e aquela que credita preferencialmente senão exclusivamente às mães o cuidado físico-emocional da prole.

O Decreto nº 8.737/2016, que institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112/1990, também editado pela então presidenta da República Dilma Rousseff, é outro exemplo de impulso institucional que desdobra os potenciais democráticos abertos pela constitucionalização da licença-paternidade.

Semelhantemente ao Marco Legal da Primeira Infância, o Decreto prorroga a licença-paternidade por 15 dias, além dos cinco dias já assegurados pelo ordenamento jurídico (artigo 208, Lei nº 8.112/1990). O Decreto também alcança os casos de adoção e de obtenção de guarda judicial para fins de adoção de criança.

Quando do anúncio da ampliação da licença-paternidade para servidores federais como parte de um pacote de reajuste de programas sociais e direitos trabalhistas, em São Paulo, no Dia do Trabalhador, Dilma Rousseff enfatizou a importância de pais e mães se comprometerem com o cuidado da prole: “[...] estamos propondo a ampliação da licença-paternidade para os funcionários públicos, em vez de cinco, [vão] gozar de 20 dias. Estamos incentivando os homens funcionários públicos desse País a ajudar as mulheres” (Honorato, 2017).

Muito embora o verbo “ajudar” implique atuação secundária, à sombra do protagonismo materno, e, neste sentido, a fala da então presidenta possa se chocar, em algum nível, com as exigências de liberdade e de igualdade de gênero, que reclamam antes a redivisão dos encargos domésticos e de cuidado das crianças do que a mera ajuda ou apoio paterno, o discurso é revelador das tensões e contradições que atravessam a realidade social.

Ainda que a prorrogação promovida pelo Marco Legal da Primeira Infância e pelo Decreto nº 8.737/2016 seja modesta, sobretudo se comparada à extensão da licença-maternidade, e mais, ainda que se restrinja a um universo particular de pais e evoque em primeiro lugar um arranjo familiar específico, o nuclear, monogâmico e heteronormativo, é um passo importante no processo irremediavelmente inacabado de complexificação da liberdade, da igualdade, da paternidade e da identidade constitucional. Resgata e desdobra o processo de reinvenção constitucional e democrática das paternidades (e das maternidades) subjacente à Constituição de 1988.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização da licença-paternidade, as tentativas de regulamentação do direito fundamental à licença-paternidade, o Marco Legal da Primeira Infância e o Decreto nº 8.737/2016 se voltam contra representações naturalizadas do masculino, do feminino, da paternidade e da maternidade; atribuem novas dimensões à masculinidade e à paternidade; transpõem a dicotomia reificadora homem-provedor/mulher-cuidadora; resgatam não sem denunciar a historicidade da paternidade e da maternidade; desestabilizam, em algum nível, a divisão sexual do trabalho, um dos eixos fundamentais da opressão e das desigualdades de gênero; contribuem para um projeto de justiça social mais amplo e mais intrincado nas relações de gênero, onde os corpos não aparecem como limites senão como possibilidades mais ou menos inexploradas; projetam, enfim, imagens mais democráticas de uma identidade constitucional irremediavelmente aberta a novos desdobramentos normativos.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi. *Gênero, família e trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

ARILHA, Margareth. Homens: entre a “zoeira” e a “responsabilidade”. In: ARILHA, Margareth; RIDENTI, Sandra G. Unbehaum; MEDRADO, Benedito. *Homens e masculinidades: outras palavras*. São Paulo: ECOS: Ed. 34, 1998. p. 51-77.

BADINTER, Elisabeth. XY: sobre a identidade masculina. Tradução de Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

BARKER, Gary; AGUAYO, Francisco (coords.). *Masculinidades y políticas de equidad de género: reflexiones a partir de la encuesta IMAGES 0151 — una revisión de políticas en Brasil, Chile y México*. Rio de Janeiro: Promundo, 2011.

BEIRAS, Adriano. *A negociação de sentidos sobre masculinidades e paternidades em contextos populares de Florianópolis*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

BIROLI, Flávia. Redefinições do público e do privado no debate feminista: identidades, desigualdades e democracia. In: MIGUEL, Luis Felipe (org.). *Desigualdades e democracia: o debate da teoria política*. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 223-257.

BORNHOLDT, Ellen Andrea; WAGNER, Adriana; STAUDT, Ana Cristina Pontello. A vivência da gravidez do primeiro filho à luz da perspectiva paterna. *Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 75-92, 2007.

BORSA, Juliane Callegaro; NUNES, Maria Lucia Tiellet. Aspectos psicossociais da parentalidade: o papel de homens e mulheres na família nuclear. *Psicologia Argumento*, v. 29, n. 64, p. 31-39, jan./mar. 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 3935/2008*. Acrescenta arts. 473-A a 473-C à Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para regulamentar a licença-paternidade a que se refere o inciso XIX do art. 7º da Constituição Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 879/2011*. Acrescenta art. 473-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, para estipular em 30 (trinta) dias a licença-paternidade. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Parecer do Deputado Silvio Costa (PTB/PE) na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público referente ao Projeto de Lei n. 3935/2008 e apensos*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012a.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 3325/2012*. Regulamenta a Licença Paternidade a que se refere o artigo 7º, inciso XIX, da Constituição Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012b.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Parecer do Deputado Júlio Delgado (PSB/MG) na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público referente ao Projeto de Lei nº 3935/2008 e apensos*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013a.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Voto em Separado do Deputado Assis Melo (PCdoB/RS) na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público referente ao Projeto de Lei nº 3935/2008 e apensos*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013b.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Voto em Separado do Deputado Eudes Xavier (PT/CE) na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público referente ao Projeto de Lei nº 3935/2008 e apensos*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013c.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1131/2015*. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para ampliar a licença-paternidade para trinta dias. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4878/2016*. Altera a redação do Inciso III, do art. 473 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5452, de 1º de maio de 1943, e o artigo 208, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 para definir a duração da licença-paternidade. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da Constituição*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MARQUES, Stanley Souza. Direito fundamental à licença-paternidade e masculinidades no Estado Democrático de Direito. *Revista Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 9, p. 222-248, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MARQUES, Stanley Souza. Paternidades e a identidade do sujeito constitucional no Brasil: um estudo a partir do direito fundamental à licença-paternidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 63, n. 2, p. 9-38, ago. 2018.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MARQUES, Stanley Souza. Contribuições para uma reconstrução crítica da gramática moderna da maternidade. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 28, n. 1, e68037, 2020.

CIA, Fabiana; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque; AIELLO, Ana Lúcia Rossito. Influências paternas no desenvolvimento infantil: revisão da literatura. *Psicologia Escolar e Educacional*, v. 9, n. 2, p. 225-233, 2005.

CONNELL, Robert W. Políticas da masculinidade. *Educação & Realidade*, n. 20, v. 2, p. 185-206, 1995.

CONNELL, Robert W. *Masculinities*. Berkeley: University of California Press, 2005.

CONNELL, Robert W.; MESSERSCHMIDT, James W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. *Rev. Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, abr. 2013.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global*. Tradução e revisão técnica de Marília Moschkovich. São Paulo: nversos, 2015.

EHRENSAFT, Diane. Las feministas pelean contra (por) padres. *Debate Feminista*, v. 6, p. 93-118, 1992.

FIGUEROA-PEREA, Juan Guillermo. Algunas propuestas analíticas para interpretar la presencia de los varones en los procesos de salud reproductiva. In: VALDÉS, Teresa; OLAVARRÍA, José (orgs.). *Masculinidades y equidad de género en América Latina*. Chile: FLACSO-Chile, 1998. p. 175-198.

FIGUEROA-PEREA, Juan Guillermo. El cultivo de la paternidad. *Violeta. Por una Cultura de Equidad*: Revista Trimestral del Instituto Estatal de las Mujeres, n. 3 p. 18-19, set. 2004a.

FIGUEROA-PEREA, Juan Guillermo. La representación social de los varones en estudios sobre masculinidades y reproducción: un muestrario de reflexiones. In: MEDRADO, Benedito; FRANCH, Monica; LYRA, Jorge; BRITO, Maira (orgs.). *Homens: tempos, práticas e vozes*. Recife: Instituto PAPA/UFPE, 2004b. p. 22-34.

FIGUEROA-PEREA, Juan Guillermo. Paternidad, mortalidad y salud: ¿es posible combinar estos términos? In: FIGUEROA-PEREA, Juan Guillermo. *Estudios sobre Varones y Masculinidades para la generación de políticas públicas y acciones transformadoras*. Montevideo: UNFPA; Naciones Unidas Uruguay, 2011. p. 71-78.

FIGUEROA-PEREA, Juan Guillermo. Tensiones y contradicciones en el ejercicio de la paternidad: la experiencia de algunos varones. *Boletín Info Familias*, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Peru, n. 2, p. 11-14, jul. 2012.

FIGUEROA-PEREA, Juan Guillermo. Algunas propuestas dialógicas para relacionar paternidad, salud y mortalidad. *Iztapalapa*, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, n. 77, p. 55-75, jul./dez. 2014.

GILMORE, David D. *Hacerse hombre*. Concepciones culturales de la masculinidad. Traducción de Patrik Ducher. Barcelona: Paidós, 1994.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Caderno de Pesquisa*, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007.

HONORATO, Ludimila. Licença-paternidade ampliada é mudança de paradigma social. *Estadão*, 2017.

JABLONSKI, Bernardo. A divisão de tarefas domésticas entre homens e mulheres no cotidiano do casamento. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 30, n. 2, p. 262-275, 2010.

KIMMEL, Michael. Homofobia, temor, vergüenza y silencio en la identidad masculina. In: VALDÉS, Teresa; OLAVARRÍA, José (eds.). *Masculinidad/es: poder y crisis*. Santiago: Isis Internacional, 1997. p. 49-62.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges e revisão da tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAQUEUR, Thomas W. Los hechos de la paternidad. *Debate Feminista*, v. 6, p. 119-141, 1992.

LEVTOV, Ruti et al. *A situação da paternidade e cuidado no Brasil*. Washington: Promundo, Rutgers, Save the Children, Sonke Gender Justice, and the MenEngage Alliance, 2015a.

LEVTOV, Ruti et al. *A situação da paternidade no mundo: resumo e recomendações*. Washington: Promundo, Rutgers, Save the Children, Sonke Gender Justice, and the MenEngage Alliance, 2015b.

LEVTOV, Ruti et al. *State of the World's Fathers*: A MenCare Advocacy Publication. Washington: Promundo, Rutgers, Save the Children, Sonke Gender Justice, and the MenEngage Alliance, 2015c.

MARQUES, Stanley Souza. Ampliar a licença-paternidade para despatriarcalizar o Estado e a Sociedade. *Gênero & Direito*, Paraíba, n. 1, p. 241-260, 2015.

MOREIRA, Lisandra Espíndula; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. Paternidade, família e criminalidade: uma arqueologia entre o direito e a psicologia. *Psicologia & Sociedade*, v. 26, p. 36-46, 2014.

MOSSE, George L. *La imagen del hombre: la creación de la moderna masculinidad*. Madrid: TALASA Ediciones S.L., 2000.

NOLASCO, Sócrates. *O mito da masculinidade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

NOLASCO, Sócrates. A desconstrução do masculino: uma contribuição crítica à análise de gênero. In: NOLASCO, Sócrates (org.). *A desconstrução do masculino*. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Mulheres no trabalho*. Tendências 2016. Genebra: OIT, 2016.

OLAVARRÍA, José A. *Y todos querían ser (buenos) padres*. Varones de Santiago de Chile en conflicto. Santiago, Chile: FLACSO-Chile, 2001.

OLIVEIRA, Aline Grazieli de; SILVA, Rosanna Rita. Pai contemporâneo: diálogos entre pesquisadores brasileiros no período de 1998 a 2008. *Psicologia Argumento*, v. 29, n. 66, p. 353-360, jul./set. 2011.

OLIVEIRA, Pedro Paulo. Discursos sobre a masculinidade. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 1-22, 1998.

OLIVEIRA, Pedro Paulo. *A construção social da masculinidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.

PERUCCHI, Juliana; BEIRÃO, Aline Maiochi. Novos arranjos familiares: paternidade, parentalidade e relações de gênero sob o olhar de mulheres chefes de família. *Psicol. Clin.*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 57-69, 2007.

RAMIRES, Vera Regina. *O exercício da paternidade hoje*. Rio de Janeiro: Record/Rosa dos Tempos, 1997.

REDE NACIONAL PRIMEIRA INFÂNCIA. RNPI pede à Presidenta Dilma Rousseff que sancione integralmente o Marco Legal da Primeira Infância. *Rede Nacional Primeira Infância*, 2016.

RIBEIRO, Cláudia Regina et al. A paternidade e a parentalidade como questões de saúde frente aos rearranjos de gênero. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 20, n. 11, p. 3589-3598, 2015.

ROSENFELD, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*. London and New York: Routledge, 2010.

RUDDICK, Sara. Pensando en los padres. *Debate Feminista*, v. 6, p. 142-158, 1992.

SCOTT, R. Parry. O homem na matrifocalidade: gênero, percepção e experiências do domínio doméstico. *Cadernos de Pesquisa*, v. 73, p. 38-47, maio 1990.

SEFFNER, Fernando. *Derivas da masculinidade: representação, identidade e diferença no âmbito da masculinidade bissexual*. Tese (Doutorado em Educação) — Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 666/2007*. Regulamenta a licença-paternidade a que se refere o inciso XIX, do art. 7º, da Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 2007.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 652/2015*. Acrescenta dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para dispor sobre a licença-paternidade. Brasília: Senado Federal, 2015a.

SENADO FEDERAL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 41/2015*. Altera a Constituição Federal para ampliar a duração da licença-maternidade e licença-paternidade. Brasília: Senado Federal, 2015b.

SOUZA-LOBO, Elisabeth. *A classe operária tem dois sexos: trabalho, dominação e resistência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

UNBEHAUM, Sandra G. *Experiência masculina da paternidade nos anos 1990: estudo de relações de gênero com homens de camadas médias*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

VALDÉS, Teresa; OLAVARRÍA, José. Ser hombre em Santiago de Chile: a pesar de todo, un mismo modelo. In: VALDÉS, Teresa; OLAVARRÍA, José (eds.). *Masculinidades y equidad de género en América Latina*. Chile: FLACSO-Chile, 1998. p. 12-35.

VIEIRA, Mauro Luís; BOSSARDI, Carina Nunes; GOMES, Lauren Beltrão; BOLZE, Simone Dill Azeredo; CREPALDI, Maria Aparecida; PICCININI, Cesar Augusto. Paternidade no Brasil: revisão sistemática de artigos empíricos. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 66, n. 2, p. 36-52, 2014.

VIGOYA, Mara Viveros. Teorías feministas y estudios sobre varones y masculinidades. Dilmeas y desafíos recientes. *La manzana de la discordia*, v. 4, p. 25-36, dez. 2007.

ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 123-147, jul./dez. 2006.

# OS DIREITOS DOS ADOLESCENTES APÓS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

ANA PAULA MOTTA COSTA

## INTRODUÇÃO

A ausência de reconhecimento pleno das crianças e dos adolescentes e de seus direitos por parte do Estado dá-se em estreita relação com a concepção social que se tenha sobre os sujeitos titulares de tais direitos. De outra parte, a frágil produção doutrinária sobre a dogmática jurídica destinada ao público em questão também reflete o estágio de reconhecimento logrado ao longo da história recente da produção jurídica sobre o tema. Sendo assim, ganha importância a descrição e conceituação dos direitos de crianças e adolescentes, positivados no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto estratégia instrumental na evolução da aplicação desses em conformidade com as necessidades sociais.

A Constituição Federal Brasileira reconhece a especificidade dos sujeitos de direitos. Tem como objetivo a redução de desigualdades e o respeito à equidade ou às diferenças, propósitos que concretizam a opção pelo projeto de sociedade expresso no texto constitucional de um Estado Democrático de Direito de caráter horizontalizado. No que se refere aos direitos das crianças e dos adolescentes, o texto constitucional buscou sua fundamentação no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, incorporando ainda diretrizes dos Direitos Humanos no plano internacional, especificamente, seguindo os caminhos traçados na elaboração da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

A constitucionalização dos direitos de crianças e adolescentes brasileiros, compreendida desde um enfoque histórico, representou uma importante mudança normativa na medida em que se propõe à superação

de um modelo de tratamento jurídico da infância e juventude, que vigorava até o final do século XX na maioria dos países ocidentais. Assim, a nova normatividade superou a antiga “doutrina da situação irregular”, uma vez que fez opção pela “Doutrina da Proteção Integral”, base valorativa que fundamenta os direitos infantojuvenis no plano internacional.

Considerando o conjunto normativo descrito, vê-se que os direitos dos adolescentes positivados no ordenamento jurídico brasileiro não encontram grandes limites para eficácia normativa. De outra parte, a realidade da infância e da adolescência em questão, depois de 30 anos de vigência da Constituição, ainda não reflete tal normatividade, ou seja, longe se está de considerar-se atingidos os objetivos programáticos adotados pelo Brasil. Vê-se, portanto, que o limite de efetividade está para além da norma, encontra-se no plano social. Talvez esse limite esteja no campo das dificuldades de reconhecimento, em especial da condição peculiar de desenvolvimento dos respectivos sujeitos, portanto, de sua especificidade e diferença, em relação à coletividade social. Talvez tais limites estejam na vulnerabilidade histórica deste público. Assim, a proposta deste texto está em problematizar a realidade normativa, refletir sobre ela e confrontá-la, a partir do olhar crítico de sua contextualização social.

Na primeira parte do texto apresenta-se a previsão constitucional dos direitos das crianças e dos adolescentes e seus fundamentos. Logo a seguir passa-se a analisar dados que demonstram a evolução, ou não, da situação social deste público após 30 anos da Carta Magna. A situação do presente reflete uma importante conjuntura de vulnerabilidade. Porém a vulnerabilidade de hoje não nasce do presente. Assim, passa-se a refletir acerca da vulnerabilidade histórica do público em questão. Uma história do presente, ou seja, uma narrativa que se propõe como uma busca de contextos explicativos da complexidade do que se vive.

## **DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA, ENQUANTO FUNDAMENTO NORMATIVO**

A Constituição Federal Brasileira, assim como a maioria das constituições dos países ocidentais identificados como constitucionalismo contemporâneo, reconhece a especificidade dos diferentes sujeitos de direitos. Entre seus objetivos está a redução de desigualdades, mas, sobretudo, o respeito à equidade ou às diferenças que constituem a realidade social, enquanto expressão de origem, raça, sexo, cor e idade.

Assim, o projeto de sociedade expresso na Constituição afirma a opção por um Estado Democrático de Direito de caráter horizontalizado, com ênfase na redução de desigualdades, desde o reconhecimento das diferenças e especificidades.

No que se refere aos direitos das crianças e adolescentes, o texto constitucional buscou sua fundamentação no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mas incorporou também diretrizes dos Direitos Humanos no plano internacional, especificamente, seguindo os caminhos traçados na elaboração da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

No contexto latino-americano, a partir do início da década de 1980 do século passado, começou a difundir-se o processo de discussão da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Observou-se, de modo particular, a atuação e a influência dos movimentos sociais emergentes na construção de textos jurídicos da área dos direitos da infância. Na situação específica do Brasil, tal movimento coincidiu com os debates que antecederam a convocação da Assembleia Nacional Constituinte e que prosseguiram durante a elaboração da Constituição. Assim, a situação das crianças e dos adolescentes foi um dos temas das lutas populares por assegurar a positivação de direitos<sup>1</sup>.

Toda essa mudança legislativa somente pode ser compreendida a partir da perspectiva histórica, na medida em que representou a superação de um modelo de tratamento jurídico da infância e juventude, que já vigorava há cerca de um século na maioria dos países ocidentais. Trata-se das “legislações de menores”, fundamentadas na “doutrina da situação irregular” — como ficou conhecida na América Latina —, que se caracterizava pela legitimação jurídica da intervenção estatal discricionária. Entre o final do século XIX e quase final do século XX, as legislações fundadas nesses preceitos doutrinários foram a manifestação objetiva do pensamento considerado avançado em relação à situação anterior<sup>2</sup>. Assim, em um período não superior a 20 anos, todas as leis latino-americanas adotavam a concepção tutelar, tendo por objetivo central o “sequestro social” de todos aqueles em “situação irregular”, também do ponto de vista jurídico.

O enfoque principal da referida doutrina estava em legitimar a potencial atuação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes em situação de dificuldade. Tendo como foco o “menor em situação irregular”, deixava-se de considerar as deficiências das políticas sociais, optando-se por soluções individuais que privilegiavam a institucionalização (Méndez, 1996, p. 88-96). Em nome dessa compreensão individualista, biologista, o

<sup>1</sup> Uma comissão popular, conhecida como “Comissão Nacional Criança e Constituinte”, reuniu 1.200.000 assinaturas para sua emenda, que buscava a inclusão na Constituição do art. 227 (Pereira, 1998, p. 33).

<sup>2</sup> Antes do final do século XIX não havia tratamento jurídico específico para a infância e para a adolescência; alguns doutrinadores, que fundamentam tal análise histórica, entendem tratar-se da fase de “pré-história dos direitos da infância” (Méndez, 2000, p. 7-10).

juiz aplicava a lei de menores sempre a partir de uma justificação positiva, a qual transitava entre o dilema de satisfazer um discurso assistencialista e uma necessidade de controle social.

A partir da contribuição de Mary Beloff (1999, p. 13-15), podem-se resumir as características da “doutrina da situação irregular”:

As crianças e os jovens eram considerados como objetos de proteção, tratados a partir de sua incapacidade. As leis não eram para toda infância e adolescência, mas para uma categoria específica, denominada de “menores”. Para designá-los eram utilizadas figuras jurídicas em aberto, como “menores em situação irregular”, em “perigo moral ou material”, “em situação de risco”, ou “em circunstâncias especialmente difíceis”. Ainda, prossegue a autora, configurava-se do ponto de vista normativo uma distinção entre as crianças e aqueles em “situação irregular”, entre crianças e menores, de sorte que as eventuais questões relativas àquelas eram de competência do Direito de Família e desses dos Juizados de Menores. As condições em que se encontravam individualmente convertiam as crianças e adolescentes em “menores em situação irregular” e, por isso, objeto de uma intervenção estatal coercitiva, tanto em relação a eles como em suas famílias.

Diante do conceito de incapacidade, a opinião da criança fazia-se irrelevante e a “proteção” estatal frequentemente violava ou restringia direitos, na medida em que não era concebida a partir da perspectiva dos Direitos Fundamentais. O juiz de menores não era uma autoridade de quem se esperava uma atuação tipicamente judicial, deveria identificar-se com um “bom pai de família”, em sua missão de encarregado do “patronato” do Estado sobre esses “menores em situação de risco ou perigo moral ou material”. Disso resulta que o juiz de menores não estava limitado pela lei e tinha faculdades ilimitadas e onipotentes de disposição e intervenção sobre a família e a criança, com amplo poder discricionário (Belloff, 1999, p.15).

De outra parte, não havia distinção em relação ao tratamento das políticas sociais e de assistência destinadas às crianças e adolescentes que cometiam delitos ou outros em situação geral de pobreza. Tratava-se, conforme a autora, de “sequestro e judicialização dos problemas sociais”. Como consequência, desconheciam-se todas as garantias reconhecidas pelos diferentes sistemas jurídicos no Estado de Direito e a medida por excelência adotada pelos Juizados de Menores, tanto para os infratores da lei penal quanto para as “vítimas” ou “protegidos”, era a privação de liberdade,

sendo esta imposta por tempo indeterminado, não sendo aplicada em decorrência de qualquer processo judicial que respeitasse garantias individuais (Belloff, 1999, p. 16).

Em síntese, pode-se dizer que, segundo as legislações fundamentadas na doutrina da situação irregular, a centralização do poder de decisão estava no Estado, através da figura do juiz, com competência ilimitada e discricional, sem praticamente nenhuma limitação legal. Nesse contexto, buscava-se a judicialização dos problemas vinculados à infância empobrecida e a patologização dos conflitos de natureza social, portanto, a criminalização da pobreza (Méndez, 1996, p. 26).

A partir do advento da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de acordo com o critério proposto por Emílio Garcia Méndez, caracterizou-se uma nova fase dos direitos da criança e do adolescente (Méndez, 2000, p. 7-10). No caso brasileiro, essa nova etapa expressou-se através da Constituição Federal e, em 1990, no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, bem como, no mesmo ano, confirmou-se com a ratificação da Convenção Internacional pelo Congresso Nacional. Tratava-se da consolidação na legislação internacional, com influência gradativa nas Constituições dos vários países, da “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança”.

A Doutrina da Proteção Integral (Machado, 2003, p. 47-54, entre outros autores que tratam do tema) é a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude. Parte do reconhecimento normativo de uma condição especial, ou peculiar, das pessoas desse grupo etário (zero a 18 anos), que devem ser respeitadas enquanto sujeitos de direitos. Crianças e adolescentes, a partir de então, ainda que no texto normativo, foram reconhecidos em sua dignidade, pessoas em desenvolvimento, que necessitam de especial proteção e garantia dos seus direitos por parte dos adultos: Estado, família e sociedade.

Logo, são os adultos, no desempenho de seus papéis sociais, que devem viabilizar as condições objetivas para que os sujeitos “crianças” e, em especial — no caso deste livro —, “adolescentes” possam crescer de forma plena, ou seja, desenvolver suas potencialidades. Proteção integral, nesse sentido, nada mais é do que a responsabilização dos adultos pelo cuidado<sup>3</sup> e garantia de condições para que crianças e adolescentes possam exercer sua cidadania, com dignidade.

**3** A compreensão do “cuidado” como valor jurídico tem sido desenvolvida por alguns autores e identifica-se com a ideia, protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente de inspiração constitucional, que envolve, além de circunstâncias materiais, a especificidade da proteção, que significa defesa, socorro, ajuda, ter aos cuidados os interesses de alguém, portanto, inserida em dispositivos de ordem imaterial, mas que podem ser identificados racionalmente na medida em que se evidencia a sua existência (Coltro; Oliveira; Telle, 2008, p. 112).

Vê-se que está em questão o reconhecimento da condição de titularidade de direitos dessa parcela da população, cujo tratamento histórico e legislativo foi sempre de indiferença em relação à sua peculiaridade, ou de consideração como objeto do poder e da decisão dos adultos, com o intuito de tutela, ou controle. Crianças e adolescentes, titulares de direitos, são considerados sujeitos autônomos, mas com exercício de suas capacidades limitadas em face de sua etapa de desenvolvimento. Titulares de direitos e, também, de obrigações ou responsabilidades, as quais são graduais na medida de seu estágio de desenvolvimento.

Trata-se do reconhecimento de diferenças que constituem a identidade de determinados grupos de sujeitos em relação ao contexto mais amplo da sociedade. Como contribui Flávia Piovesan (2010), o reconhecimento é condição para a viabilização das condições necessárias ao pleno desenvolvimento das potencialidades das pessoas: a garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas (Piovesan, 2010, p. 76).

A Doutrina da Proteção Integral tem nesses pressupostos seus fundamentos e é complementada a partir de princípios jurídicos positivados na Convenção Internacional e na Constituição Federal, entre os quais, destacam-se: princípio da prioridade absoluta; princípio do melhor interesse; princípio da brevidade e excepcionalidade; princípio da condição peculiar de desenvolvimento; e princípio da livre manifestação, ou direito de ser ouvido. Todos serão abordados de forma mais aprofundada na continuidade deste trabalho.

Essa Doutrina encontra-se presente nos seguintes documentos e tratados internacionais: Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores, Regras de Beijing, de 1985; Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, de 1990; Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, Diretrizes de Riad, de 1990; Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, Regras de Tóquio, também de 1990.

O conjunto de documentos internacionais superou, portanto, no âmbito normativo, a antiga concepção tutelar, trazendo a criança e o adolescente para a condição de sujeitos de direitos perante o Estado e a sociedade; estabelecendo a esses, por conseguinte, obrigações e limites de intervenção. A positivação de direitos destinados ao público infantojuvenil, em consonância com a base doutrinária, tem especial significado na medida em que rompeu com o tratamento jurídico destinado a esse público, até então: o “direito do menor”.

Assim, a Doutrina da Proteção Integral tem significado e sentido contextualizado e deve ser entendida como proteção especial aos direitos da pessoa em desenvolvimento e não das pessoas em si. Caso contrário, continuar-se-ia a considerar a pessoa como se objeto fosse, o que fez parte da tradição histórica do tratamento de crianças e adolescentes pela sociedade e pelo Estado. “Lo que se protege son precisamente derechos y no directamente a la persona, pues de esta última forma pasa a ser ella el objeto protegido” (Morales, 2001, p. 19).

Nesse contexto, as alterações normativas no plano internacional, com forte influência nos Estados nacionais, em especial no caso brasileiro, significaram um importante avanço. De outra parte, tal compreensão histórica e contextualizada ajuda no entendimento acerca das razões pelas quais, no contexto de complexidade dos dias de hoje, ainda se observam intervenções sobre a vida de crianças e adolescentes como se ainda estivesse vigente a “situação irregular”. Na percepção de Emílio García Méndez, trata-se da predominância de uma cultura que faz parte da “epiderme ideológica”, que perpassava o conteúdo de tais leis, sendo superada no plano internacional e constitucional da maioria dos Estados nacionais democráticos, e que, no entanto, continua presente na “epiderme” institucional e judicial, ao menos no caso brasileiro, em muitos momentos e circunstâncias (Méndez, 2001, p. 42). Nesse plano, subliminar, situa-se, em alguma medida, a dificuldade de reconhecimento, em especial do público de adolescentes, como sujeitos de direitos.

## OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

No Brasil, uma coincidência histórica fez com que o momento político internacional de formulação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança fosse paralelo à elaboração da primeira Constituição Federal

posterior ao período de abertura política, permitindo que fossem incluídos, na Constituição de 1988, os artigos 227 e 228, que positivaram princípios básicos contidos na Convenção Internacional, mesmo antes que ela fosse aprovada em 1989.

A Constituição Brasileira estabelece, portanto, como sistema máximo de garantias, direitos individuais e sociais, dos quais são titulares todas as crianças e os adolescentes, independente de sua situação social, pessoal, ou mesmo de sua conduta. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Estado a efetivação desses direitos, assegurando as condições para o desenvolvimento integral de quem se encontra nessa faixa etária (CF, artigo 227). Portanto, o estágio de desenvolvimento humano do público infantojuvenil, em razão de suas peculiaridades, justifica um tratamento especial.

Trata-se, assim, do reconhecimento constitucional de um conjunto de direitos destinados a tal parcela da população brasileira, os quais correspondem aos valores estabelecidos a partir do modelo de Estado Democrático de Direito. São Direitos Fundamentais que podem ser observados em vários momentos do texto constitucional, como, por exemplo, nos capítulos destinados à educação, à saúde, à assistência social, entre outros.

Conforme Ingo Sarlet (2007), Direitos Fundamentais são aqueles previstos no ordenamento jurídico nacional, dotados de suficiente relevância e essencialidade, logo, de “fundamentalidade material”. Previstos no art. 5º da CF, ou não, estão sujeitos à lógica de eficácia direta (Sarlet, 2007, p. 281).

De modo específico, os artigos 227 e 228 da CF tratam da proteção especial das crianças e adolescentes. Logo, além do reconhecimento da condição peculiar, como pessoas em desenvolvimento, ao positivar tais direitos, o texto constitucional busca a efetivação de outra realidade social para essa parcela da população. Trata-se de uma estratégia de efetivação também dos objetivos constitucionais, em especial no que se refere à redução das desigualdades, pois, à medida que a sociedade brasileira conseguir efetivar direitos desde a infância, a tendência social é de se atingir melhores condições de acesso por todos a oportunidades, o que deve contribuir com uma melhor condição de igualdade material.

De acordo com João Batista da Costa Saraiva (2002), o sistema constitucional estabelece Direitos Fundamentais destinados a crianças e

adolescentes em três níveis, ou subsistemas de garantias, todos inter-relacionados entre si e parte integrante da constitucionalidade como um todo: o primeiro nível de garantias define como direito de todas as crianças e adolescentes os Direitos Fundamentais, como vida, educação, saúde, habitação, convivência familiar e comunitária, cultura, esporte, lazer, entre outros; o segundo nível de garantias caracteriza-se pelo direito de proteção especial para todas as crianças e adolescentes que sejam vítima de violência, negligência e maus-tratos; o terceiro nível de garantias diz respeito à responsabilização e destina-se a adolescentes que cometem atos infracionais (Saraiva, 2002, p. 50-51).

A cada um desses níveis de garantias de direitos correspondem políticas públicas a serem ofertadas por parte do Estado, em caráter vertical. De outra parte, a responsabilidade de efetivação de tais direitos é também da família e da sociedade em caráter horizontal (Sarlet, 2007, p. 339). Ou seja, o efetivo significado da proteção integral de crianças e adolescentes ou, em outras palavras, da proteção constitucional adiada pelo Brasil para suas crianças e adolescentes, é de que os adultos, por meio de suas várias instituições, e pessoalmente, são responsáveis por garantir o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, sejam estas seus filhos ou os filhos da sociedade do seu tempo.

## APÓS 30 ANOS, O QUE ACONTECEU?

Em meio a todas as contradições sociais vivenciadas pela sociedade brasileira nos últimos anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei nº 8069/90 — (ECA) completou 28 anos no ano de 2018. Os dados oficiais brasileiros quanto aos direitos de crianças e adolescentes revelam avanços e retrocessos nesse período. Algumas informações guardam o significado de grandes conquistas produzidas, como a redução dos índices de mortalidade infantil: em 1990 morriam no Brasil 51,6 a cada 1.000 nascidos vivos até 1 ano de idade. Em 2013 essa cifra foi 12,9/1000 (Relatório 2013 — Unicef, OMS, Banco Mundial, ONU). Tal redução reflete melhora nas condições de saúde e de saneamento da população mais pobre.

Quanto ao trabalho infantil também é possível destacar avanços: em 1992 computavam-se 8.400 milhões de crianças e adolescentes trabalhando; em 2013 o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) registrou um decréscimo de 56%, um total de 3.600 milhões nesta situação, sendo que se registra uma redução importante quanto às crianças e uma concentração

**4** Segundo o Levantamento Anual do Sinase, em 2009 havia 16.940 adolescentes privados de liberdade no Brasil e, em 2010, 17.703, com um aumento de 4,5%. Em 2011, o número vai para 19.595 adolescentes (aumento de 10,5%). Em 2012, o total de 20.532 representa um aumento menor em relação ao ano anterior, correspondendo a 4,7%. Um segundo aumento significativo — de 11,7% — ocorre em 2013, com o total de 23.066. Em 2014, totalizando 24.628 adolescentes — aumento de 6,3%. De 2014 para 2015, nota-se uma variação quanto ao tipo de atendimento, pois houve aumento no número de adolescentes em internação, de 16.902 para 18.381, e também no número de adolescentes em semiliberdade, de 2.173 para 2.348. De 2015 para 2016, nota-se aumento no número de adolescentes em internação, de 18.381 para 18.567, diminuição do número de adolescentes em semiliberdade, de 2.348 para 2.178. Assim, de 2015 para 2016 ocorreu aumento na medida de internação e redução na semiliberdade e na internação provisória. Totalizando 26.450, em 2016. Nota-se que, ano a ano, vem acontecendo aumento constante e quase regular de adolescentes/jovens em privação e restrição de liberdade (Levantamento Anual Sinase, 2017).

maior dos adolescentes trabalhando, em especial no meio rural. Trabalho infantil é uma temática que expressa o grau de desigualdade material das sociedades. Conforme dados do Informe da OIT — 2015, no mundo existem 168 milhões de crianças e adolescentes trabalhando, e 70 milhões de jovens em condições não decentes de trabalho. O trabalho sem condições decentes é reflexo da baixa escolaridade, ou seja, está diretamente relacionado ao tempo de escola da população infantojuvenil.

Quanto ao envolvimento de jovens com a violência não há avanços. A intervenção do Estado ao aplicar medidas socioeducativas segue uma tendência nacional de crescimento<sup>4</sup>, tem como espelho reverso o desamparo estatal à criança e ao adolescente para viver em sociedade. A adolescência, juntamente com a infância, são fases da vida carentes de políticas de Estado no Brasil. A desigualdade de oportunidades, a falta de acesso a empregos formais, as lacunas entre o consumo simbólico e o consumo material, a segregação territorial, a ausência de espaços públicos de participação social e política e o aumento da informalidade são exemplos das violências sofridas pelas gerações em desenvolvimento no Brasil. Simone de Assis (1999), ao pesquisar sobre a realidade de jovens marginalizados no Brasil, traça considerações quanto aos projetos de vida da juventude: enquanto o adolescente das classes média e alta costuma ter projetos ambiciosos e ainda fantasiosos, o jovem das classes populares evidencia aspirações restritas ao momento que vive e limita suas expectativas pela posição social que a ele é atribuída desde seu nascimento, refletindo alto grau de imediatismo e ceticismo em relação ao futuro (Assis, 1999, p. 89).

Como resultado da negligência e carência de direitos observada no que tange às classes populares, os jovens da periferia acumulam uma série de fatores que servem de base à atribuição de estereótipos e depreciações. Robert Castel percebe que os jovens das periferias das grandes cidades do mundo acumulam “contraperformances sociais”, as quais caracterizam-se por fracasso escolar e ausência de perspectivas quanto ao futuro profissional. A precariedade de projetos de vida leva a que usem estratégias informais e, eventualmente, fora da lei (Castel, 2008, p. 10).

O autor pontua que uma evocação conhecida desses adolescentes os apresenta como símbolos da inutilidade social, pois são considerados incapazes de integrarem-se à ordem produtiva, e símbolos da periculosidade,

visto que são observados como os principais responsáveis pelo aumento da insegurança (Castel, 2008, p. 10-14).

É nesse ponto que se faz presente a violência simbólica. No plano simbólico, a violência se expressa por meio de distintas manifestações de linguagem e representações culturais que a sociedade impõe a indivíduos e grupos. De acordo com Pierre Bourdieu (2003), é uma violência, insensível e invisível para as próprias vítimas, que acontece essencialmente por meio dos caminhos simbólicos da comunicação e do conhecimento, exercida por meio de sentimentos (Bourdieu, 2003, p. 7-8). A violência simbólica sofrida pelos adolescentes relaciona-se diretamente com a generalização de suas identidades e a padronização de suas condutas. A partir de estigmas imputados aos jovens da periferia, constituem-se maniqueísmos que acabam por justificar menor credibilidade em relação aos adolescentes das classes populares.

A partir do exposto, evidenciam-se dois dentre os infinitos componentes da violência sofrida pela juventude brasileira: a violência negativa de direitos e a violência simbólica permeada pelas representações sociais e pelos estigmas depreciativos da condição adolescente, sobretudo quando vinculada à pobreza. Evidencia-se, portanto, a omissão do Estado em relação à juventude, cuja função é a de provedor de subsídios para o desenvolvimento digno e autônomo, o que só se faz possível numa concepção de Estado social forte, responsável e mobilizador de uma reversão quanto à trajetória de violência em que se vê inserida a infância e a adolescência.

O Brasil não é um país em que as crianças e os adolescentes nasçam e cresçam em meio a conflitos militares tradicionalmente nominados como estados de guerra, como pode-se citar contemporaneamente o caso da população infantil da Síria, ou recentes, como na Guerra do Iraque, ou nas guerras civis na Somália ou Sudão, e guerrilhas como na Colômbia. Não há, no território brasileiro, desastres naturais que ensejam mobilizações internacionais em favor da infância, como se pode dizer no caso do Haiti. Não há uma condição de miséria econômica, como se observa em vários contextos do continente africano. Entre outras realidades pelas quais se justifica mobilizar todos os esforços possíveis na afirmação dos direitos humanos desta parcela da população.

Porém, no Brasil, morrem jovens em percentual ascendente, tendência que fica clara ao analisar-se os vários Mapas da Violência. O Mapa da

Violência é um estudo interinstitucional (Unesco, Organização dos Estados Ibero-americanos para Educação, Ciência e Cultura, Ministério da Justiça, Instituto Sangari e Flacso/Cebela), organizado em uma série histórica com dados oficiais analisados entre os anos de 1980 e 2014, especialmente tendo como fonte o Ministério da Saúde, acompanhado de cruzamentos de dados entre o número de vítimas por armas de fogo em relação à faixa etária, unidades da federação, capitais, municípios, raça e cor e sexo das vítimas. A análise desses dados deixa claro que as pessoas mais vulneráveis à morte por armas de fogo no Brasil contemporâneo são jovens, negros do sexo masculino, vivendo em municípios mais populosos.

Morrem adolescentes e jovens adultos invisíveis aos olhos da sociedade interna nacional e do exterior, especialmente porque suas mortes estão associadas ao seu próprio envolvimento com a violência e com o contexto do tráfico de drogas. Morre um, outro já ocupa seu posto. Morrem vários, iguais em estereótipo. Em contraponto, são diferentes, porque são individualidades, identidades, pessoas, especiais para suas famílias, em suas escolas, em suas comunidades. Pessoas que são descartáveis aos olhos da população dos aglomerados urbanos, porém pessoas que fazem falta, cuja ausência traz uma dor irreparável às mães, aos pais, irmãos, professores e amigos, que se não sentem sua profunda falta é porque naturalizaram a violência em que eles próprios estão inseridos. Para sobreviver, e continuar vivendo, é preciso considerar natural que mais um se foi.

De outra parte, a pesquisa coordenada por Jaqueline Sinhoretto, a partir de dados da Ouvidoria da Polícia do Estado de São Paulo, referentes aos anos de 2009 e 2011, aponta que as vítimas de mortes em decorrência de atuação policial naquele Estado são predominantemente negras, 61% (sessenta e um por cento); homens, 97% (noventa e sete por cento), sendo 25% (vinte e cinco por cento) na faixa etária entre 15 e 19 anos, 57% (cinquenta e sete por cento) entre 15 e 24 anos e o total de 78% (setenta e oito por cento) até 29 anos (Sinhoretto et al., 2014, p. 9-12). Ainda que a pesquisa realizada no âmbito da Universidade de São Carlos, em São Paulo, não possa estender-se à realidade nacional, muito desigual quanto às formas de atuação das forças policiais, pode-se afirmar que para além do perfil das vítimas por armas de fogo concentrar-se na faixa etária de jovens adultos urbanos, meninos e negros, tal perfil é coincidente com o perfil de mortos pela polícia. A partir de tais dados pode-se afirmar que, as mortes invisíveis, justificadas pelos meios de comunicação, muitas vezes

como sendo entre os envolvidos na criminalidade, são também causadas por agentes do Estado.

Os dados estatísticos não explicam por si só o contexto, pois são fotografias estáticas do momento. Assim, é necessário refletir sobre o comportamento das instituições sociais frente a tais realidades. Nas pesquisas desenvolvidas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), pelo Grupo de Pesquisa (UFRGS/CNPQ), constata-se que persiste na sociedade e nas instituições uma mentalidade punitivista, distante da realidade dos adolescentes, especialmente no que diz respeito aos parâmetros de legitimidade. Nas decisões judiciais identificam-se discursos interpretativos fundados na situação irregular, na culpabilização das famílias, na subjetividade da execução das medidas socioeducativas, além da constatação de práticas truculentas nas abordagens institucionais e policiais.

Para combater o envolvimento com a criminalidade e a decorrente mortalidade de jovens, é preciso efetivar políticas públicas que fortaleçam projetos de vida de adolescentes em situação de vulnerabilidade, os quais permitam destacar as potencialidades de cada sujeito. A proposta política e social protagonizada no ECA está em disputa na sociedade brasileira, desde 1990, até os dias de hoje. A unanimidade de sua aprovação, por circunstâncias políticas específicas, não se verificou nestes 28 anos em atitudes políticas e institucionais. Tal contradição evidencia-se na conjuntura atual, em que tramitam no Congresso Nacional proposta de emenda à Constituição que pretende reduzir a idade de responsabilidade penal, já aprovada na Câmara dos Deputados e em análise no Senado Federal.

Frente a todo o exposto: conta-se com um modelo normativo avançado, mas uma realidade social de pequenos avanços e muitos riscos de retrocesso. Em outras palavras, pode-se dizer que a realidade constitucional da infância e da adolescência é vulnerável ao contexto da sociedade brasileira. Sempre foi, mais ainda nos tempos em que se vive nestas primeiras décadas do século XXI. É preciso refletir sobre a vulnerabilidade do público de crianças e adolescentes.

## **VULNERABILIDADE**

### **UMA HISTÓRIA DO PRESENTE**

A tarefa de buscar compreender, em alguma medida, a complexidade de hoje, ou uma de suas manifestações, como as vulnerabilidades que envolvem crianças e adolescentes, requer uma leitura para além do tempo

**5** De acordo com Schwarcz e Starling (2015, p. 77), as mulheres e as crianças eram em regra menos bem avaliadas. Manter crianças, vistas assim até os 8 anos de idade, era considerado um problema para os senhores donos dos escravos. Depois dos 8 anos e até os 12 considerava-se adolescentes. Logo a seguir já atingiam a fase adulta e produtiva, até chegar aos 35 anos, já velhos, pouco aproveitados para o trabalho.

atual. Um modo de interpretar a realidade contemporânea, portanto, é buscar reconstruir historicamente o tempo presente. Como afirma Michel Foucault (1987), existem forças que nos levam a inquirir sobre o arranjo que compartilhamos com nossos contemporâneos, ou seja, entender o presente, pressupõe uma “história do presente” (Foucault, 1987, p. 29). Desde tal perspectiva metodológica, buscar-se-á neste texto resgatar aspectos históricos da vulnerabilidade de crianças e adolescentes.

O Brasil começou muito antes de 1500. Quando iniciou nestas terras a colonização portuguesa havia um vasto contingente populacional, estimado em dois milhões de pessoas (hoje menos de 800 mil indígenas vivem no Brasil), que era remanescente de um período que se estima pode ter sido de 12 mil ou de até 35 mil anos atrás (Schwarcz; Starling, 2015, p. 40).

No entanto, naquele ano emblemático de 1500 chegou aqui o homem branco, com suas caravelas e sede de exploração. Teve início o sistema de estratificação social que nos constitui até os dias de hoje. Crianças indígenas foram apresentadas ao homem branco, que as via como não seres humanos ou, na melhor das hipóteses, nativas que necessitavam ser civilizadas pela evangelização, além de batizadas pela Igreja Católica, deveriam trabalhar para tornar-se humanas (Schwarcz; Starling, 2015, 41). Neste contexto, instalou-se nestas terras o modelo de colonização extrativista e depredatório, que iniciou com a extração de pau-brasil e foi seguido de outros produtos, os quais, em mais de 300 anos, acumularam riquezas, que se juntaram a outras extraídas das demais colônias portuguesas e espanholas, e possibilitaram a acumulação de capital necessário ao processo de industrialização europeu.

Trazidas pelo homem branco também vieram para cá, junto com suas famílias, ou já apartadas delas, algumas poucas crianças negras (2 a 3% da população de escravizados), oriundas do continente africano. Seu valor seria medido pela sua força potencial de trabalho ou de reprodução (no caso das meninas), expressa em sua condição genética, origem e etnia<sup>5</sup>. Aqui os negros chegaram já inferiores quanto à sua condição de humanidade. Seus filhos nasciam escravos brasileiros e, também, não eram considerados humanos, mas seres inferiores na evolução natural e biológica. Além disso, seu modo de ser e cultura de classe, diferente do branco europeu, legitimava sua escravização (Souza, 2006, p. 85).

Crianças indígenas e negras, se não mortas, pelas doenças contraídas do homem branco, visto que a mortalidade infantil era altíssima entre natimortos e crianças que não chegavam à primeira infância, eram desde já vulneráveis (Schwarcz; Starling, 2015, p. 94). Quando sobreviventes, eram submetidas a toda sorte de violências naturalizadas. Abusos sexuais de adolescentes indígenas ou de crianças nas senzalas. Maus-tratos físicos justificados pela necessidade de educação evangelizadora, adestramento para a docilidade e para o suporte de dores físicas, úteis ao trabalho. A miscigenação, tão propagada como parte da natureza positiva do nosso povo, nada mais foi do que a expressão concreta do resultado dos abusos a que negras e índias foram submetidas em um modelo patriarcal familiar (Souza, 2017, p. 49).

Durante todo o período colonial e escravagista, a vulnerabilidade de crianças à morte e à violência esteve emoldurada pelo modelo de exploração a que estavam sujeitas, o qual contou, desde sempre, com racionalizações que justificavam as boas intenções dos homens brancos.

Quando se alcançou o período da suposta independência nacional, o Império e a abolição da escravatura — período recente, de pouco mais de um século atrás — já se contava em terras nacionais com uma elite branca estabelecida, com os meios de produção privatizados e com a crença instituída de que o futuro civilizatório seria vislumbrado desde que o processo de miscigenação fosse eficaz no branqueamento do povo e no espelhamento da elite nacional com a elite europeia dita civilizada<sup>6</sup>. Crianças libertas restaram sem donos, sem pais e sem mães, depois da Lei do Ventre Livre (1871). Mais uma manobra política do que uma efetiva abolição, as crianças negras nascidas a partir daquela data eram consideradas livres, mas permaneciam com suas mães até os oito anos de idade. Deste marco em diante, os seus senhores poderiam optar por uma indenização a ser recebida do Estado, ou poderiam usar os serviços do menor até que completasse 21 anos (Schwarcz; Starling, 2015, p. 299). A Lei Áurea (1888), tão festejada como redentora, também não veio acompanhada de políticas públicas que fossem capazes de viabilizar a inclusão da população negra liberta no mercado de trabalho remunerado, em condições de moradia, ou de acesso à educação (Schwarcz; Starling, 2015, p. 342).

Desde lá até hoje, negros, miscigenados, não brancos, em geral, têm lugar nas periferias das cidades e nas rebarbas das políticas públicas (Schwarcz; Starling, 2015, p. 343). Para tais sujeitos e, principalmente, para seus filhos, basta alguma sinalização de política pública, mas não efetivos

<sup>6</sup> Em 1911, o diretor do Museu Nacional do Rio de Janeiro, João Batista de Lacerda, representou o país no “I Congresso Nacional das Raças”, em Paris, onde proferiu palestra na qual defendia que, com a entrada no novo século, os mestiços desapareceriam no Brasil, fato que estaria vinculado com a progressiva extinção da raça negra. Seu pronunciamento utilizava o argumento biológico para afirmar a promissora sociedade branqueada em que se transformaria o Brasil (Schwarcz; Starling, 2015, p. 343).

processos de inclusão e acolhimento em condições de efetiva seguridade social. Acompanhando os fatos, vê-se que a visão de mundo que sustenta tal desigualdade também se constitui em violência simbólica. Se são pobres, se não têm sucesso na educação, ou não são adequados para o trabalho, “isso é pela falta de méritos individuais”. Em uma sociedade dita livre, não racista e de mercado, aqueles que têm mérito aproveitam as oportunidades. Por isso, o problema não é social, mas é individual, dos piores, dos fracassados, daqueles que não têm inteligência, disciplina ou persistência individual. Para estes, desajustados, inadequados, ou outros atributos que os qualificam, cabem políticas públicas de controle e de mais direcionamento no sentido da correção dos seus ditos defeitos individuais, “sub-humanos” (Souza, 2017, p. 153).

Nesse contexto, o século XX foi marcado por políticas públicas de institucionalização de crianças. Ainda que acompanhadas de discursos higienistas e assistencialistas, tais políticas têm servido à segregação e à reprodução da realidade estratificada. Como afirma Irene Rizzini (2015), a passagem do tempo tem sido perdida no sentido de não ter sido feito o que deveria ser feito, ou seja, tratar as crianças e os adolescentes do Brasil como cidadãos brasileiros, sujeitos constituintes de uma nação (Rizzini, 2015). Ao contrário, crianças e adolescentes sempre foram vistos como a parte indesejável da nação e, por isso, adestráveis ou passíveis de civilização. Os problemas do Brasil não são vistos, portanto, desde muito tempo, como parte de sua estrutura social, mas com origem no seu povo de pior qualidade, com “natureza” desqualificada e desprovida de méritos individuais. Em outras palavras, pode dizer-se que os pobres, não brancos ou vulneráveis, são não reconhecidos socialmente como portadores de méritos individuais e, em consequência, com baixa autoestima (Souza, 2006, p. 40). As crianças ora são vistas como salvação, como esperança de um futuro melhor civilizatório, na medida em que ajustáveis; ora são vistas como problema, principalmente se estiverem em número maior, enchendo as ruas, as periferias, as praias, as praças (Rizzini, 2015, p. 24).

Onde seria o lugar das crianças e dos adolescentes do Brasil que não no seu território, junto com o seu povo, respaldadas e atendidas em seus direitos pelo seu Estado nacional? Um país que tem um projeto de nação precisa de um projeto coletivo e inclusivo, isto aqui não teve lugar nos 500 anos de nossa constituição.

Soltos pelas ruas e pelos cortiços, o tempo foi passando, e foram crescendo pobres e vulneráveis. Vulneráveis ao maior empobrecimento, à perda do emprego dos pais, às doenças que matam, ao medo diante das várias manifestações de violência.

A vulnerabilidade social a que estão sujeitos crianças e adolescentes não é de hoje e não se resolve apenas desde a institucionalidade da norma constitucional (também vulnerável). São vulneráveis à pobreza, ao racismo, ao preconceito, à cultura da desresponsabilidade. São vulneráveis, como é a maioria da população brasileira, só mais um tanto, decorrente das especificidades da faixa etária.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos principais deveres decorrentes dos direitos das crianças e dos adolescente, contextualizados no projeto constitucional em que estão inseridos, é a obrigação negativa de não adotar medidas de regressividade. Ou seja, tendo em vista o objetivo constitucional de redução de desigualdades e de promoção do bem de todos, sem discriminações — conforme previsto no artigo terceiro da Carta Magna, a centralidade do dever estatal está em incidir na realidade social, promovendo direitos, de forma a que progressivamente altere-se o quadro de violação de direitos em questão. Nesse sentido, entende Gerardo Pisarello (2007) que o princípio da não regressividade está diretamente relacionado ao princípio da progressividade, o qual autoriza o poder público a desenvolver a política pública destinada à satisfação do direito de maneira gradual, o que não quer dizer, por outra parte, postergar de maneira indefinida a satisfação do direito em questão (Pisarello, 2007, p. 66). Portanto, não regredir é também uma postura negativa, com o objetivo de satisfazer direitos.

O conteúdo constitucional dos direitos de crianças e adolescentes abrange o necessário reconhecimento da Dignidade Humana do público em questão, ou seja, o reconhecimento de sua condição de sujeitos de direitos. Isso tem como consequência o dever do Estado de prestação de serviços públicos destinados à garantia de direitos sociais e individuais; e o dever do Estado de omissão de intervenção no âmbito privado e familiar de crianças e adolescentes, ou no campo da liberdade dos adolescentes.

Em outras palavras, como a Dignidade da Pessoa Humana é o princípio reitor e unificador da Constituição Federal e, no caso específico, tratando-se da efetivação dos Direitos Fundamentais de que são titulares

crianças e adolescentes, o objetivo deve ser a concretização da dignidade e a promoção da condição de pessoa de tais sujeitos (Sarlet, 2005, p. 84-96). Assim, a divisão dos Direitos Fundamentais em catálogo normativo, ou para fins didáticos, como aqui proposto, não autoriza sua aplicação nos casos concretos de forma fragmentada.

Em síntese, cabe afirmar que o conteúdo constitucional dos direitos das crianças e dos adolescentes enseja responsabilidade pela sua efetivação, a qual é da família, do Estado e da sociedade. O dever de efetivar tais direitos é interdependente, ou de corresponsabilidade, e o enfoque de sua efetivação deve ser de valoração do sujeito, em todas as suas dimensões.

Para além da perspectiva normativa da responsabilidade, portanto, a efetividade dos direitos depende da consideração de tal responsabilidade em uma perspectiva inter-humana. Como afirma Emmanuel Lévinas (2009, p. 141):

A perspectiva inter-humana pode subsistir, mas também pode perder-se na ordem política da cidade em que a Lei estabelece as obrigações mútuas entre os cidadãos. O inter-humano propriamente dito está numa não-indiferença de uns para com os outros, numa responsabilidade de uns para com os outros [...].

É no âmbito das relações intersubjetivas que se criam as condições de reconhecimento dos sujeitos e de sua importância social, a ponto de que é nesse plano que a responsabilidade específica dos devedores de direitos pode ganhar significado. O reconhecimento jurídico dos sujeitos depende de seu reconhecimento social, porém o avanço na efetividade dos direitos no plano social depende da instrumentalidade dogmática, propiciada pela fundamentação necessária à interpretação e aplicação.

## REFERÊNCIAS

BELLOFF, Mary. Modelo de la Protección Integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y outro para desarmar. In: BELLOFF, Mary. *Justicia y derechos del niño*. Santiago de Chile: Unicef, 1999.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Levantamento Anual Sinase 2014*. Brasília: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos, 2017.

CASTEL, Robert. As armadilhas da exclusão. In: WANDERLEY, Mariângela; BÒGUS, Lúcia; YAZBEK, Maria Carmelita. *Desigualdade e a questão social*. São Paulo: EDUC, 1997.

CASTEL, Robert. *A discriminação negativa — cidadãos ou autóctones?* Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2008.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; OLIVEIRA E TELLE, Marília Campos. O cuidado e a assistência como valores jurídicos imateriais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (orgs.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 1987.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós*. Ensaios sobre a austeridade. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MENDEZ, Emílio Garcia. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1996.

MÉNDEZ, Emílio Garcia. Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino-americano. In: MÉNDEZ, Emílio Garcia. *Por uma reflexão sobre o arbítrio e o garantismo na jurisdição socioeducativa*. Porto Alegre: AJURIS, Escola Superior do Ministério Público, FESDEP, 2000.

MÉNDEZ, Emílio Garcia. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. In: MÉNDEZ, Emílio Garcia; BELOFF, Mary (orgs.). *Infância, lei e democracia na América Latina*. Blumenau: Edifurb, 2001. v. 1.

MORALES, Julio Cortés. El concepto de protección y su relación con los Derechos Humanos de la infancia. In: GONZALÉZ, Helena Hidalgo (org.). *Infancia y Derechos Humanos: discurso, realidad y perspectivas*. Santiago do Chile: Corporacion Opcion, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais — teoria jurídica dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PEREIRA, Almir Rogério. *Visualizando a política de atendimento*. Rio de Janeiro: Kroart, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e Direitos Humanos: perspectivas regional e global. In: PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela (orgs.). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

RIZZINI, Irene. *O século perdido*. Raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 2015.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil — percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: PUCRio; São Paulo: Loyola, 2004.

SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o mito da impunidade: um ensaio de Direito Penal Juvenil*. Brasília: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang

(org.). *Dimensões da dignidade — ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22-26.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWARCZ, Lilian M.; STARLING, Heloísa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SINHORETTO, Jaqueline; SILVESTRE, Giane; SCHLITTER, Maria Carolina. *Desigualdade racial e segurança pública no estado de São Paulo*. Letalidade policial e prisões em flagrantes. São Carlos: UFSCar, 2014.

SOUZA, Jessé (org.). *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso*. Da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

WAISELFSZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência*. Juventude. Mortes matadas por arma de fogo no Brasil. Secretaria Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional da Juventude, Secretaria da Igualdade Racial, 2015.

WAISELFSZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência*. Homicídios por armas de fogo no Brasil. FLACSO/Brasil, 2016.

# PRETOS E PARDOS NAS AÇÕES AFIRMATIVAS: DESAFIOS E RESPOSTAS DA AUTODECLARAÇÃO E DA HETEROIDENTIFICAÇÃO

ROGER RAUPP RIOS

## INTRODUÇÃO

Não bastasse a polêmica em torno da constitucionalidade de ações afirmativas baseadas na identidade étnico-racial, já equacionada pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2014), remanescem várias questões na implementação dessas políticas, em especial quanto à identificação dos seus destinatários. De fato, antes mesmo do desenho da política pública (englobando, por exemplo, a oportunidade de adoção das ações afirmativas, os percentuais de vagas reservadas e a ordenação de candidatos aprovados simultaneamente em listas classificatórias distintas), a primeira pergunta a ser enfrentada é a definição dos beneficiários de tais medidas positivas. A resposta, que depende da compreensão do fenômeno identitário, revela-se assaz desafiadora, sobretudo em uma nação onde, ao mesmo tempo que a mestiçagem é fenômeno marcante, a injustiça racial é tão pronunciada.

Não surpreende que os repertórios de jurisprudência compilem às centenas litígios em que candidatos que se apresentaram como beneficiários das ações afirmativas foram rejeitados com base em sua identidade étnico-racial declarada. Nesses julgados, a controvérsia ultrapassa muito a legalidade dos ritos e procedimentos administrativos para a aferição da respectiva autodeclaração: o que está em questão é a identificação étnico-racial em si mesma.

A presente reflexão debruça-se sobre este primeiro e mais fundamental desafio: a identificação dos beneficiários de ações afirmativas

fundadas no critério étnico-racial. Diante da experiência das ações afirmativas nas universidades públicas federais e dos efervescentes debates contemporâneos havidos na jurisprudência, nos movimentos sociais e na sociedade em geral, objetiva-se, sem qualquer pretensão de encontrar respostas exaustivas ou acabadas, apresentar algumas diretrizes que podem auxiliar nesse esforço coletivo e institucional de aperfeiçoamento de tão necessárias políticas públicas. Para tanto, inicia-se propondo uma colocação da questão identitária no contexto mais amplo da política pública (primeira parte), seguida da exposição dos elementos e conceitos fundamentais para o tratamento jurídico das ações afirmativas (segunda parte), para ao final tecer considerações sobre o papel dos comitês de aferição de autodeclaração étnico-racial e acerca da extensão da revisão judicial nesses casos (terceira parte).

## **AÇÕES AFIRMATIVAS: EQUACIONANDO POLÍTICAS PÚBLICAS E IDENTIDADES ÉTNICO-RACIAIS**

A relação entre a implementação de ações afirmativas com base em critérios étnico-raciais e a identificação de seus beneficiários pode ser proposta, pelo menos, de dois modos. O primeiro caminho inicia-se pela definição das identidades étnico-raciais em si mesmas que, uma vez estabelecidas, possibilitam a aplicação das medidas positivas intentadas; dito de outro modo e resumidamente, primeiro definem-se as identidades e depois vai-se para a execução da política pública. O segundo itinerário inverte, por assim dizer, esse percurso: parte-se da compreensão da política pública para, na sua concretização e em seu interior, identificar quem são, para a finalidade da política pública, seus beneficiários.

Tendo em mente a execução das medidas, trata-se de duas equações cuja ordem dos termos altera de modo significativo e dramático os desafios para sua concretização.

Iniciemos, portanto, pela explicitação dos objetivos das ações afirmativas, relacionando-os com o debate identitário. Como ora se propõe, esse roteiro parece revelar-se promissor, ainda que não seja panaceia, nem “receita de bolo” para toda a rica e complexa realidade social incrustada pelos fenômenos identitários étnico-raciais.

## AÇÕES AFIRMATIVAS: OBJETIVOS

Ações afirmativas são medidas que, conscientes da situação de discriminação vivida por certos indivíduos e grupos, visam a combater tal injustiça, por meio da adoção de medidas concretas e benéficas (Rios, 2008, p. 156); como deflui desse conceito, no desenho das respectivas políticas públicas, a identificação de seus destinatários é elemento crucial, sem o que se compromete a legitimidade e a efetividade das medidas positivas.

No campo do direito da antidiscriminação, a indicação dos indivíduos e dos grupos destinatários das medidas afirmativas dá-se a partir dos critérios proibidos de discriminação. Para os fins e o objeto desta reflexão, destaca-se o critério da identidade étnico-racial, encarnado na rica complexidade das relações sociais brasileiras, tópico que reclama visitar as principais proposições sobre os fenômenos identitários, possibilitando assim relacioná-los com as políticas públicas afirmativas.

## O FENÔMENO IDENTITÁRIO

Considerando o objetivo desta reflexão, adota-se, dentre as várias abordagens possíveis do fenômeno identitário, a dicotomia entre duas concepções de identidade: o essencialismo e o construcionismo (Jardim, 2018, p. 134).

Em linhas muito amplas e apertadas, pode-se dizer que, na perspectiva essencialista, às diversas identidades correspondem certos traços distintivos, essenciais à identificação do indivíduo e do grupo, distinguíveis de modo imutável ao longo do tempo, em suma, a presença de algo da “natureza da coisa”. Umbilicalmente conectado ao projeto iluminista e da modernidade política, o essencialismo identitário, de base biológica ou histórica, tende a reificar, cristalizar e naturalizar as relações sociais e as posições que indivíduos e grupos nelas ocupam. Já a perspectiva construcionista percebe as identidades como resultantes da atribuição de significado a certos atributos que são tomados como diferenças relevantes, engendradas de acordo com os processos históricos concretos, onde certas características (biológicas ou históricas) estruturarão uma relação constitutiva do binômio identidade/diferença<sup>1</sup>. Nesse diapasão, à afirmação da diversidade, no quadro do essencialismo identitário, corresponde a ênfase na diferença, no painel do construcionismo identitário.

<sup>1</sup> Na esteira do construcionismo, sem descuidar das diferenças metodológicas e filosóficas, pode ser relacionada a perspectiva pós-moderna, dentro da qual a teoria da performatividade é emblemática, como desenvolvida pela filósofa J. Butler (1997).

Na esfera das relações étnico-raciais, com a primazia das ciências sociais para a compreensão dos conceitos de raça e de racismo, sem referência necessária a um “realismo ontológico” calcado em “biologias vulgares” (Guimarães, 1999, p. 28), importa avançar a consideração das ações afirmativas sob a ótica da perspectiva construcionista quanto ao fenômeno identitário étnico-racial.

## **AÇÕES AFIRMATIVAS, RAÇA E RACISMO: UMA QUESTÃO SOCIOLÓGICA**

Superado o essencialismo biológico e assentada a dinâmica relacional, profundamente desigual, entre as identidades raciais branca e negra no Brasil, evidencia-se não só a propriedade como a premente necessidade da consideração das identidades étnico-raciais no desenho e na implementação das políticas públicas. No caso das ações afirmativas conhecidas como “cotas raciais” nas universidades públicas, pode-se então progredir por meio da afirmação de que são destinatários das medidas positivas todos os *indivíduos racializados pretos e pardos* na sociedade brasileira.

“Racialismo”, conforme Guimarães (1999), é conceito sociológico que independe de realismos ontológicos, designando uma ideologia ou teoria taxonômica em que o conceito de raça faz sentido. Ele descreve o fenômeno cultural que se utiliza de diferentes regras para traçar filiação e pertença grupal, conforme o contexto histórico, demográfico e social, “[...] um sistema de marcas físicas (percebidas como indelévels e hereditárias), ao qual se associa uma ‘essência’, que consiste em valores morais, intelectuais e culturais.” Nesse sistema, apesar da necessidade da ideia de “sangue” como transmissor dessa “essência”, “[...] as regras de transmissão podem variar, amplamente, segundo os diferentes racialismos” (Guimarães, 1999, p. 28).

Nessa altura, pode-se prosseguir conjugando as duas premissas até aqui assentadas. A primeira, quanto ao objetivo da política pública, que é combater os efeitos do racismo, compreendido como todo preconceito e discriminação que pressupõem ou se referem à ideia de raça (Guimarães, 1999, p. 34); a segunda, que esse enfrentamento do racismo opera mediante medidas concretas conscientes que tomam por base a identidade racial para a distribuição de benefícios determinados, identidade racial resultante de um processo de racialização de indivíduos e grupos sociologicamente

identificados como pretos e pardos. Da junção dessas ideias parece correto postular que sempre que os executores da política pública se depararem com indivíduos racializados como pretos e pardos estaremos diante de destinatários das ações afirmativas.

Pode-se objetar que essa conclusão não passa de um truísmo: dizer que os destinatários são *indivíduos racializados* pretos e pardos é somente repetir, sem nada acrescentar, o que desde o início da colocação do problema já se sabe. Sem esquecer do acréscimo da ideia de racialização, nem querer abusar da leitura bondosa que me permito solicitar, retomo a segunda equação indicada nos primeiros parágrafos, caminho reflexivo mais promissor. Assim, uma vez mais explicitando o desafio da identificação racial, agora enfatizo um elemento central, cujo desenvolvimento servirá de bússola para a segunda parte deste esforço: a racialização sobreleva o caráter contextual do processo de identificação étnico-racial, cujo influxo informará o tratamento jurídico da identificação étnico-racial nas ações afirmativas.

## **APORTES FUNDAMENTAIS PARA O TRATAMENTO JURÍDICO DA IDENTIFICAÇÃO ÉTNICO-RACIAL**

A percepção dos processos sociais de formação identitária é decisiva para a reflexão sobre o desenho e os critérios adotados na concretização das ações afirmativas. Dentre esses processos, a compreensão sociológica da raça e das identidades étnico-raciais depende da consideração da racialização de indivíduos pretos e pardos, de observância fundamental seja qual for o método da política pública e o desenho institucional adotado. Sob essa ótica é que as técnicas da autodeclaração e da heteroidentificação devem ser realizadas, bem como a tomada de decisões sobre a enumeração de critérios (como o fenotípico), a adoção de medidas de aferição de autodeclaração, presença e composição de comitês, e até mesmo regras procedimentais e de distribuição de competências entre autoridades administrativas.

Todos esses são elementos a reclamar um adequado tratamento jurídico, informados a partir da compreensão sociológica da raça, da identidade étnico-racial e do processo de racialização. Nesse contexto é que ganharão mais consistência respostas diante de preocupações com falsidade de autodeclaração e, mais importante ainda, a praticabilidade das políticas no cenário da mestiçagem.

**2** Tomo aqui emprestada a pesquisa de Carolina Pannizi (2017), que resultou em dissertação de mestrado acadêmico defendida, sob minha orientação, intitulada *Identidade racial e teoria jurídica da raça eletiva no contexto brasileiro*.

## TÉCNICAS DE IDENTIFICAÇÃO ÉTNICO-RACIAL: HETEROIDENTIFICAÇÃO E AUTODECLARAÇÃO

Diante da necessidade de identificar os destinatários de ações afirmativas, prevalecem duas técnicas: a autodeclaração e a heteroidentificação<sup>2</sup>.

A heteroidentificação é o método de identificação que utiliza a avaliação de um terceiro para a identificação étnico-racial de um indivíduo. Ela pode se valer de diversos critérios, tais como elementos biológicos, como o fenótipo e a cor da pele; ancestralidade, ou até mesmo servir-se do construcionismo identitário. Os partidários dessa técnica argumentam com (1) maior objetividade em relação à classificação racial e (2) maior efetividade às políticas públicas destinadas às minorias raciais, tendo em vista a adequada alocação desses benefícios, evitando casos de fraude (Ballentine, 1983, p. 686); os opositores dessa técnica advertem para o perigo de (1) reforçar os estereótipos estigmatizantes de certas categorias raciais e de (2) criar a necessidade de enquadramento dos indivíduos analisados em padrões estabelecidos por terceiros, bem como (3) tratar-se de um modo de imposição das identidades raciais e (4) de circunstâncias em que a identificação seja vulnerável a influências externas (Rodriguez, 2008, p. 1409).

Por sua vez, a autodeclaração étnico-racial é o método de identificação racial que tem como pressuposto a ideia de que a identidade racial se relaciona à subjetividade, cabendo somente ao indivíduo atribuir-se identidade. Em favor da autodeclaração, argumenta-se que esse método (1) dá espaço para o reconhecimento do caráter social das identidades étnico-raciais; (2) respeita coerentemente direitos como a dignidade, a liberdade e a privacidade dos indivíduos (Rich, 2013) e (3) possibilita agência pelo próprio indivíduo diante de sua história e contexto social. Contrariamente, defende-se que tal método (1) não é adequado ao contexto de mestiçagem brasileiro (Fry, 2005, p. 238); (2) pode deixar de alocar adequadamente os benefícios das ações afirmativas, favorecendo indevidamente quem não pertence ao grupo discriminado e (3) desconsidera a percepção de terceiros quanto à identidade étnico-racial.

## AUTODECLARAÇÃO E HETEROIDENTIFICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO:

### PREVALÊNCIA E HARMONIA<sup>3</sup>

Do ponto de vista normativo, o ordenamento jurídico brasileiro privilegia a autodeclaração como critério de reconhecimento de pertença a determinado grupo, seja no âmbito da raça, seja nas discussões sobre etnia, conforme a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1989, tudo dentro de uma perspectiva não assimilacionista. A Convenção 169 garante a proteção destes povos, o respeito à sua cultura, às formas de vida, às tradições e costumes próprios, prevendo seu direito a continuarem existindo e determinar suas formas de desenvolvimento (OIT, 2003). Esta perspectiva tem consequências na determinação de quem são os grupos protegidos pela Convenção. Este diploma internacional conjuga um critério objetivo (art. 1º)<sup>4</sup>, ao mesmo tempo que reconhece a autodeclaração como critério fundamental de pertencimento aos grupos por ela protegidos (OIT, 2003). Ou seja, a “[...] persona se identifica a sí misma como perteneciente a este grupo o pueblo; o bien el grupo se considera a sí mismo como indígena o tribal de conformidad con las disposiciones del Convenio”<sup>5</sup> (OIT, 2003, p. 8). Esta é uma inovação no direito internacional, sendo o primeiro instrumento internacional que reconhece o direito à autodeclaração (OIT, 2003).

A autodeclaração também é prevista no Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 2010), com o objetivo de “[...] garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (Brasil, 2010). O parágrafo único do art. 1º do Estatuto da Igualdade Racial (Brasil, 2010), ao trazer a definição de quem é a população negra, adota a autodeclaração como método de identificação do pertencimento étnico-racial:

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

[...]

IV — população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga.

<sup>3</sup> Nesta seção e na seguinte, valho-me de considerações desenvolvidas em coautoria com Alice Hertzog Resadori, em artigo intitulado “Identidades de gênero e o debate étnico-racial brasileiro: autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória” (2018).

<sup>4</sup> Artigo 1º: 1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção. 3. A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

<sup>5</sup> A pessoa se identifica a si mesma como pertencente a este grupo ou povo; ou o grupo se considera a si mesmo como indígena ou tribal em conformidade com as disposições deste Convênio (OIT, 2003, p. 8, tradução nossa).

**6** Grupos minoritários são aqueles que estão em posição inferior em determinada sociedade, ficando subordinados pelo grupo dominante em termos de status social, educação, emprego, saúde ou poder político (Pap, 2014-2015).

Ainda, a autodeclaração foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, que analisa a constitucionalidade da reserva de vagas para negros na Universidade de Brasília (UnB). Apesar de o objeto desta ADPF não versar especificamente sobre a autodeclaração, o seu uso foi discutido, tendo o Relator, ministro Ricardo Lewandowski, se manifestado pela possibilidade da autodeclaração nos sistemas de seleção para o ingresso do ensino superior, combinada ou não com sistemas de heteroidentificação.

Este quadro normativo é muito importante. Ele confere à autodeclaração um lugar especial, sem, todavia, descartar a possibilidade de identificação objetiva. Pode-se dizer que, sistematicamente, ao menos três conclusões se colocam: (1) a autodeclaração é preferida pelo ordenamento jurídico, não só pela sua previsão destacada no instrumento internacional e na legislação interna, como também pela concordância prática com outros direitos fundamentais, como a liberdade, a privacidade e a dignidade humana; (2) a autodeclaração, como a heteroidentificação, tem a mesma finalidade: materializar mecanismos de proteção antidiscriminatória, atuando conjuntamente, e não competindo, em face da maior proteção jurídica possível à igualdade e à dignidade; (3) dada a prevalência da autodeclaração, a combinação de técnicas de heteroidentificação é admitida, sempre visando a correta aplicação e concretização das políticas afirmativas.

## IDENTIDADE ÉTNICO-RACIAL: MULTIPLICIDADE E “ELETIVIDADE”

A proteção antidiscriminatória de grupos minoritários<sup>6</sup> (sejam eles raciais, étnicos, sexuais) envolve um dilema constitucional: de um lado, os mecanismos de proteção dependem da institucionalização da definição de quem são estes grupos ou pessoas por eles protegidos; de outro, a determinação clara de pertença a grupos minoritários é um desafio, especialmente porque se parte da premissa equivocada de que para definir quem faz parte de um grupo minoritário deve-se levar em conta certas características fixas e imutáveis a ele associadas. Contudo, as características de um grupo que merece especial proteção e reconhecimento variam de acordo com a história e com a sociedade em questão, estando, portanto, em constante transformação.

Ainda, a inclusão de um grupo na proteção às minorias depende de como as suas demandas são vistas e compatibilizadas com a cultura majoritária. Desta forma, a escolha de quais grupos ou características merecem proteção é uma questão política, mais do que uma análise objetiva de certos critérios (Pap, 2014-2015). Salienta-se, ademais, que a atribuição da identidade racial para determinado grupo traz consigo um perigo, pois pode servir a propósitos políticos diversos. Ou seja, pode ser utilizada tanto na luta por direitos, como para subordinar grupos.

Pap (2014-2015) analisa este dilema constitucional partindo da tradicional tríade “minorias étnicas, raciais e nacionais”, para demonstrar que os conceitos de raça, etnia e minorias nacionais são difíceis de serem definidos e muitas vezes se confundem. Ademais, o conceito de minoria é, em verdade, fluido e ambíguo, não havendo um critério fixo e universal para estabelecer quem deve ou não ser reconhecido como pertencente a um grupo minoritário. Nos casos de demandas étnico-raciais antidiscriminatórias, por exemplo, as percepções externas são usadas como base de classificação do grupo. Já os pleitos por tratamento diferenciado ou por certos privilégios são analisados com base em critérios legais objetivos, somados à identificação subjetiva do grupo.

A percepção tradicional de raça, que a relaciona com critérios objetivos e determináveis de modo preciso, é incompatível com a compreensão de que a raça é um construto social e político e que pode ser exercida e avaliada de diversas formas.

Neste sentido, como alternativa ao modelo tradicional, Rich (2013-2014) trabalha com a perspectiva da “raça eletiva”, que reconhece a possibilidade de mudança na definição e na compreensão da raça, abrindo espaço para compatibilizar a proteção antidiscriminatória com a definição da identidade racial pelos próprios indivíduos. Assim, na abordagem tradicional da discriminação por motivo de raça esta ocorre a partir do status incontestado entre dois grupos raciais bem definidos. Já a perspectiva da raça eletiva, pode solucionar casos que envolvem indivíduos que ocupam as margens das categorias raciais, cujas demandas se relacionam com o controle dos desdobramentos das definições de raça e dos termos em que seus corpos recebem sentidos raciais. Segundo seus termos, há quatro diferentes formas de reconhecimento racial: a raça documental, constante em documentos e formulários administrativos; a raça social, atribuída pela sociedade de forma heterônoma; a raça privada, que corresponde à visão da

pessoa sobre a sua própria identidade; e a raça pública, que é a identidade racial que a pessoa está preparada para ser reconhecida pelos outros. Todas estas formas de reconhecimento racial coexistem, especialmente levando-se em conta a realidade complexa de sujeitos multirraciais, fenotipicamente ambíguos ou que estão no limiar entre raças, e podem ser invocadas conforme o contexto específico (Rich, 2013-2014).

A performatividade é um conceito-chave para a compreensão da raça eletiva, pois o ato de autodeclaração contribui para a construção da identidade racial de uma pessoa. Este ato pode ter efeitos sociais diversos, dependendo de como a pessoa o utilizará. Muitas vezes um sujeito declara sua raça levando em conta como é percebido pelos outros, como acha que se espera que se identifique ou mesmo de forma a se adequar à maioria, evitando o estigma e a discriminação. Desta forma, uma mesma pessoa pode declarar diferentes raças, conforme o modo usado para a sua identificação, sem que estas inconsistências comprometam a aplicação da legislação antidiscriminatória, nem sejam relacionadas a fraudes raciais (Rich, 2013-2014). Apesar do reconhecimento de que os sujeitos podem declarar sua raça ora de um jeito, ora de outro, o enfoque da raça eletiva não impede que o Estado utilize uma forma de reconhecimento racial diversa daquela declarada pelo sujeito para fins de acesso a políticas afirmativas, para proteção deste sujeito contra a discriminação ou mesmo para alimentar registros de dados para consumo interno (Rich, 2013-2014). Esta movimentação fluida dos sujeitos entre as diversas identidades raciais se relaciona com a ideia de performatividade (Butler, 2003), na medida em que estas identidades vão sendo colocadas ao longo da vida das pessoas de forma voluntária e involuntária, a fim de identificá-las com um ou outro grupo. Ou seja, as diversas raças não são dadas e estanques, são produto das próprias forças de poder que criam e classificam os sujeitos.

Diante da complexidade inerente à raça, percebe-se a insuficiência de modelos e compreensões que trabalham com conceitos rígidos e fixos. Assim, há a necessidade, do ponto de vista institucional, de que as normas e as decisões judiciais se adequem para dar conta dessas identidades inconstantes, reconhecendo-as e protegendo-as da discriminação (Rich, 2013-2014).

Os aportes aqui arrolados (1 — os objetivos das ações afirmativas; 2 — a compreensão sociológica da raça, do racismo e do racialismo nas formações identitárias; 3 — as técnicas de identificação e sua relação;

4 — a multiplicidade (“eletividade”) das identidades a depender dos contextos em que experimentadas) subsidiam a construção e os caminhos necessários para a implementação das ações afirmativas no Brasil.

## **AUTODECLARAÇÃO ÉTNICO-RACIAL: COMISSÕES DE AFERIÇÃO E REVISÃO JUDICIAL**

A regulação jurídica, no que tange ao reconhecimento de beneficiários das ações afirmativas, combina técnicas de autodeclaração e de heteroidentificação. No regime vigente, por “população negra” entende-se o “conjunto de pessoas *que se autodeclaram* pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam *autodefinição análoga*” (Estatuto da Igualdade Racial, art. 1, p. único, III), ao lado da *adoção da autodeclaração* nas ações afirmativas para o acesso às universidades (Lei nº 12.711, de 2002, art. 3) e para os concursos públicos (Lei nº 12.990, de 2014, art. 2); ao mesmo tempo, prevê-se *comissão de heteroidentificação complementar à autodeclaração*, com função deliberativa (Orientação Normativa nº 4, de 2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão).

A preocupação com a possibilidade de declaração falsa é explícita, penalizada com eliminação do concurso (ou anulação de admissão no serviço público, conforme o caso), em procedimento sujeito ao contraditório e à ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Com relação à heteroidentificação complementar da autodeclaração, a comissão só pode avaliar “exclusivamente o critério fenotípico” de forma presencial ou, excepcionalmente e por decisão motivada, telepresencial, mediante utilização de recursos de tecnologia de comunicação”, e por “membros distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade”, nos termos da citada orientação normativa (respectivamente, art. 8, p. 1; art. 9; art. 6, p. 4).

Esses elementos fazem mais que dispor sobre o regime jurídico da identificação étnico-racial brasileiro, centrado na autodeclaração, sujeita à verificação heterônoma (heteroidentificação), por comissão plural e diversa em termos de gênero, cor e naturalidade; eles informam as diretrizes para o desenho administrativo e a praticabilidade das políticas públicas positivas. É da confluência dos aportes expostos nas seções anteriores com esse referencial normativo que devem ser respondidas as perguntas sobre

as deliberações identitárias étnico-raciais das respectivas comissões e a repressão a eventual declaração falsa.

## COMISSÕES DE VERIFICAÇÃO E DELIBERAÇÃO SOBRE A IDENTIDADE ÉTNICO-RACIAL

A instituição e o funcionamento das comissões de verificação de autodeclaração, previstas na regulamentação do art. 2 da Lei nº 12.990/2014 (que institui a reserva de vagas para candidatos negros nos concursos), alcança não só a administração pública federal, como também os demais poderes além do Executivo, como exemplifica a Resolução nº 203, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça. Cabe à comissão confirmar a autodeclaração de identidade preta ou parda (O.N. nº 4, de 2018, art. 3), de acordo com métodos de verificação previstos e detalhados no edital do respectivo concurso público (O.N. nº 4, de 2018, art. 4). Acerca dos métodos de verificação de veracidade da autodeclaração, a regulamentação avançou, ao dispor que “[...] serão consideradas as características fenotípicas do candidato ao tempo da realização do procedimento de heteroidentificação”, desconsiderando explicitamente “[...] quaisquer registros ou documentos pretéritos eventualmente apresentados, inclusive imagem e certidões referentes a confirmação em procedimentos de heteroidentificação realizados em concursos públicos federais, estaduais, distritais e municipais” (art. 9, p. 1 e 2).

No que respeita à identificação étnico-racial, e em especial à concorrência da autodeclaração pelo candidato e à atuação posterior da comissão, pode-se constatar o encontro de dois pontos de vista: um subjetivo, decorrente da participação do candidato; outro objetivo, respeitante à atribuição da comissão.

Essa divisão de papéis, relevantes e necessários para a concretização dos objetivos das ações afirmativas e dos direitos fundamentais dos indivíduos participantes, atende às necessidades de higidez da política pública, voltada para o enfrentamento e a superação da discriminação, mediante o uso correto dos recursos públicos direcionados aos legítimos destinatários dos benefícios disponíveis (neste sentido, a O.N. nº 4, art. 1, p. único, V e VI). De fato, a compreensão equivocada das ações afirmativas, por parte de uns, e até mesmo a eventual intenção de beneficiar-se indevidamente, por parte de outros, devem ser evitadas e reprimidas, seja pela proibição e repressão de comportamentos de má-fé, seja antes de mais nada pelos objetivos de combate à discriminação e de promoção da igualdade de oportunidades.

Num esforço sistematizador, tendo presentes os aportes das seções 2.2. (Autodeclaração e heteroidentificação no direito brasileiro: prevalência e harmonia) e 2.3. (Identidade étnico-racial: multiplicidade e “eletividade”), pode-se assinalar que:

- I. a autodeclaração é ponto de partida legítimo para a definição identitária quanto ao pertencimento aos grupos destinatários das ações afirmativas;
- II. a tarefa heteroidentificatória da comissão não implica derrogação da autodeclaração, mas atividade complementar e necessária, dissipando dúvidas e via de regra confirmatória da autodeclaração, visando a consecução dos objetivos das ações afirmativas;
- III. no exercício de sua tarefa heteroidentificatória, a comissão deve corrigir eventual autoatribuição identitária equivocada, à luz dos fins da política pública, iniciativa que não se confunde com lugar para a confirmação de percepções subjetivas ou satisfação de sentimentos pessoais, cuja legitimidade não se discute nem menospreza, mas que não vinculam, nem podem dirigir, a política pública;
- IV. na atividade de identificação étnico-racial, o que importa, tanto para a autodeclaração, quanto para a heteroidentificação, é a raça social, uma vez que a discriminação e a desigualdade de oportunidades atuam de modo relacional, no contexto das relações sociais e intersubjetivamente;
- V. a previsão de consideração exclusiva dos aspectos fenotípicos, presente na política pública, deve ser compreendida contextualmente, uma vez que a compreensão da raça social, da identidade racial e do racismo subjacentes às ações afirmativas é sociológica, política, cultural e histórica, e não em investigações biológicas;
- VI. a autodeclaração requer interpretação cuidadosa, livre de preconceitos ou desconfiças prévias de dolo maldoso ou simulação quando legitimamente questionada a identidade autoatribuída, dada a complexidade do fenômeno identitário, onde um mesmo indivíduo pode experimentar uma multiplicidade de identidades nos diversos ambientes em que vive e transita, num mesmo momento ou ao longo de sua trajetória de vida;
- VII. a comissão pode deliberar por identidade étnico-racial diversa daquela inicialmente autodeclarada, com a consequente exclusão do certame do candidato autodeclarante, sem que esteja presente má-fé, em virtude de conclusão por identidade étnico-racial social diversa daquela autodeclarada;

- VIII.** a imputação de declaração falsa na autoatribuição identitária, decorrente do compromisso institucional com a higidez da política pública, deve ser reservada somente para a hipótese em que efetivamente o candidato tenha agido conscientemente de má-fé, em situações em que não pare dúvida;
- IX.** as decisões da comissão, sempre que concluírem por atribuição identitária diversa daquela autodeclarada, requerem decisão fundamentada, sempre possibilitando a presença, a ampla defesa e o contraditório pelo candidato.

Proposta essa síntese como contribuição para o debate sobre a praticabilidade da identificação étnico-racial nas ações afirmativas, resta avançar acerca da tarefa heteroidentificatória embasada, nos termos da regulamentação, “exclusivamente no critério fenotípico”. Esse tópico merece especial destaque, dada a intensidade do debate público e do desafio das comissões nele presente, apontado por uns inclusive como um aparente nó górdio da política pública.

## **PARDOS E IDENTIDADE ÉTNICO-RACIAL NO BRASIL: MESTIÇAGEM, RAÇA SOCIAL E FENÓTIPO**

Ao cumprir sua tarefa institucional, as comissões de verificação de autodeclaração são chamadas a pronunciarem-se diante de impugnações à identidade racial autoatribuída de candidatos às ações afirmativas. Tirante as hipóteses em que indivíduos ostentam fenótipo indiscutivelmente branco, e aquelas outras em que não paira qualquer controvérsia sobre a negritude daqueles que se apresentam como pretos, o desafio se apresenta em face da identidade étnico-racial de indivíduos pardos, cuja negritude autodeclarada é controvertida ou ao menos posta em dúvida.

As premissas para essa reflexão, acima explicitadas, podem ser assim resumidas: (a) os objetivos das políticas públicas positivas são enfrentar a discriminação e incrementar a igualdade de oportunidades, considerada a realidade social vivida pela população negra (pretos e pardos); (b) para esses fins, a identidade étnico-racial que importa vincula-se à raça social, pois é nessa esfera que o estar no mundo implica a indivíduos e grupos o preconceito e a discriminação, o que corresponde plenamente aos objetivos das ações afirmativas; (c) os aspectos fenotípicos são decisivos para o trabalho da comissão, pelo efeito que têm para a racialização subordinante de indivíduos pretos e pardos e pelo papel que desempenham na constituição do racismo.

Feito o encadeamento de tais premissas, o próximo passo é tentar desenlear o, para alguns invencível, nó górdio: como pode a Comissão concluir por identidades étnico-raciais pardas, quando contestadas, num Brasil mestiço e miscigenado? A mestiçagem brasileira implicaria, em muitos casos, uma ambiguidade insuperável, tornando a tarefa ingrata e arbitrária de aferir a “veracidade” da autodeclaração.

Antes de avançar nesse destrinchar dessa fiação intrincada, um esclarecimento. Quando a regulamentação da política pública fala de “aferir”, “verificar” a “veracidade”, não se trata de uma pretensa “verdade sobre a raça”, no sentido de um realismo ontológico, apelando para dados biológicos, essências irredutíveis, fixas e cristalizadas, ou porta-vozes indiscutíveis e “donos da verdade”. Como visto, o que importa para as ações afirmativas é a “raça social”, resultante histórico, social e cultural, dos processos de racialização onde atribuídas identidades, socialmente engendradas, a indivíduos e grupos. Nada a ver, portanto, com oficializar “a verdade sobre a raça” (Hofbauer, 2003, p. 95), mas sim com a tarefa de investigar os sentidos que, ao longo da história e no presente, quando concretizada a política, são socialmente atribuídos mediante a construção social da identidade racial, como já visto. Verificar a veracidade, portanto, encerra dupla tarefa: desvendar a que identidade racial (documental, privada, pública, social) referiu-se o autodeclarante, além de aferir se a vivência declarada atende, de modo concreto, à centralidade que os objetivos da política pública dão à raça social.

Desembaraçado esse primeiro fio, o desemaranhar agora se detém nos “aspectos fenotípicos”, notadamente referidos na regulamentação como *critério exclusivo* para a consideração da comissão. Assim como na “verificação da veracidade”, é preciso cautela: a indicação do fenótipo como elemento fundamental não deve ser mal-entendida, para o que mais uma vez chamo o já citado A. S. A. Guimarães. Reconhecer ao fenótipo papel decisivo decorre da constatação de que, no racismo e na atribuição de identidades étnico-raciais, organiza-se uma taxinomia de indivíduos e de grupos humanos a partir da ideia de raça, fenômeno cultural que se utiliza de diferentes regras para traçar filiação e pertença grupal, conforme o contexto histórico, demográfico e social, “[...] um sistema de marcas físicas (percebidas como indelévels e hereditárias), ao qual se associa uma ‘essência’, que consiste em valores morais, intelectuais e culturais”, associação esta que se

**7** Oracy Nogueira, em seu clássico *Tanto Preto, Quanto Branco: estudos de relações raciais* (1985, p. 6), explica e ilustra a contextualidade desse fenômeno cultural no Brasil: “Como observou certa vez Sérgio Milliet, enquanto nos Estados Unidos há uma linha de cor a separar os brancos dos não-brancos, no Brasil há uma zona intermediária, fluida, vaga, que flutua, até certo ponto, ao sabor do observador ou das circunstâncias. Enquanto nos Estados Unidos exclui-se da categoria ‘branco’ todo indivíduo que se saiba ter ascendência não-branca, por mais remota e imperceptível que seja, no Brasil mesmo indivíduos com leves porém insofismáveis traços negroides são incorporados ao grupo branco, principalmente quando portadores de atributos que implicam *status* médio ou elevado (riqueza, diploma de curso superior e outros). No Brasil, mesmo de um grupo de irmãos, filhos de um casal misto, cuja cor varie do claro ao escuro, uns se incorporarão sem problema ao grupo branco, outros terão uma situação ambígua e outros, finalmente, terão sempre contra si o percalço da cor. Numa das localidades onde fiz pesquisa conheci uma família assim. O irmão mais velho era bem escuro, enquanto o caçula era claro e loiro. Bem-dotado para artes plásticas, o primeiro era professor de desenho em estabelecimento público de ensino médio e, sendo bem-humorado, explicava sua cor, em contraste com a dos irmãos, dizendo que ‘a primeira fornada queimou’. Vi, nos Estados Unidos, negros identificarem como de seu grupo estadistas, poetas e outros personagens brasileiros que, entre nós, usualmente não são vistos como tal — Nilo Peçanha, Floriano Peixoto, Castro Alves — aplicando-lhes o conceito de ‘negro’ a que estavam habituados.”

**8** Sobre rigidez ou maleabilidade das fronteiras raciais nos Estados Unidos, a partir da consideração do critério da “gota de sangue”, Appiah (1996, p. 76) pondera o papel conjunto de outros fatores nesse processo identificatório.

valeu, ao longo da história, de vários marcadores, desde a cor, até outras características antropológicas e psíquicas)<sup>7</sup>.

A invocação do fenótipo, aqui, responde precisamente ao reconhecimento de uma dinâmica social, e não de uma tipologia de grupos humanos por caracteres biológicos em si mesmos, tais como pigmentação abdominal, cor e tipo de cabelo, formato nasal e labial; até porque, mesmo nesses, não há como fugir de avaliações subjetivas e de critérios arbitrários (Santos, 1996).

Desenleado o emprego do fenótipo no processo de atribuição de identidade étnico-racial, passa-se a desfiar outro dos fios que alegadamente impediriam qualquer conclusão razoável e não arbitrária por parte das comissões: a ambiguidade insuperável decorrente da mestiçagem, ao menos em face de uma zona cinzenta tão extensa, de um gradiente tão esticado, onde a indeterminação cromática e fenotípica não se deixa encaixar na pureza da dicotomia branco/preto. Pelo fato de o Brasil não ter institucionalizado um sistema classificatório racial rígido e inequívoco, tal qual ocorreu em outros cantos do mundo (o caso dos Estados Unidos, pela regra da “gota de sangue” é o perfeito contraste<sup>8</sup>), pelo fato de a miscigenação aqui ter campeado como em nenhum outro lugar, resultando na “festejada” mestiçagem (ao menos a partir da metade do século XX, na pena de clássicos como Gilberto Freyre), por tudo isso e muito mais, teríamos desembocado numa “democracia racial” praticamente livre de racismo e, daí decorrente, numa sociedade onde a raça não importaria, mas sim a classe, ao lado de outras formações identitárias (tais como sexo, região, idade, orientação sexual etc.) para a promoção da igualdade de oportunidades.

Não me deterei aqui nas alegações sobre a inexistência de racismo, ou sobre o mito da “democracia racial”. Não porque não seja muito necessário e importante disputar o senso comum que não quer ver a presença e os efeitos mortais do racismo entre nós, o que para muitos é um obstáculo paralisante e desresponsabilizador que concorre para a manutenção da injustiça racial, nem porque a Constituição e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já tenham superado este estágio. Por uma razão metodológica e diante dos limites deste artigo, tem-se por indiscutível o racismo e a falácia do mito de democracia racial; interessa agora examinar a alegada impossibilidade de aferir a negritude como identidade étnico-racial quando declarada por indivíduos pardos, em especial por aqueles

que, situados em posição intermediária no espectro de cor no Brasil, são posicionados (ou se posicionam) mais perto da branquitude.

Retome-se o enredo para desfazer-se o nó górdio. Do estabelecer (a) os objetivos das ações afirmativas, (b) a compreensão de identidade étnico-racial e de racismo e (c) a raça social como identidade fundamental para a concretização da política pública, decorre a necessidade de aferir se à autoatribuição identitária proposta pelo candidato corresponde a identificação do lugar social que caracteriza a negritude. Para os fins da política pública, são beneficiários das ações afirmativas indivíduos negros (pretos e pardos), dado que são estes que experimentam a discriminação cujos efeitos se objetiva enfrentar, sem depender da autopercepção subjetiva de cada indivíduo.

Nesse desenleio, o fato de coexistirem diversos sistemas classificatórios de identidades étnico-raciais no Brasil contemporâneo (o oficial, o múltiplo e o bipolar; ver Moutinho, 2004, p. 192) em nada prejudica a tarefa da comissão. Ao contrário, enriquece e possibilita, de forma mais concreta, a avaliação, sempre contextual, de como a racialização dos indivíduos e grupos produz a negritude como raça social, inclusive para aqueles que se autodeclararam pardos. Desse modo, pode-se acompanhar a dinâmica social e política que articula “cor”, “raça”, “gênero” e “sexualidade” como aspectos de fundamental importância para o acesso a bens, status, serviços e prestígio social, o que nos auxilia “[...] a compreender alguns dos sentidos e significados relativos a ‘raça’, ‘cor’ e ‘racismo’, gênero e sexismo — e suas complexas dimensões e mais maléficas atuações” (Moutinho, 2004a, p. 193).

Para os fins desta investigação, o que interessa para a política pública e perpassa todos os sistemas de classificação é a persistência da negritude como condição identitária subordinada, razão legítima da adoção das ações afirmativas. De fato, um olhar mais atento à realidade e ao estado atual do debate nas ciências sociais demonstra que tais alegações de impraticabilidade e de impossibilidade de verificação de identidade étnico-racial, para os fins das ações afirmativas, não se sustentam. Basicamente, em virtude da (a) possibilidade de verificação de processos subordinantes e hierárquicos de formação de identidade étnico-racial parda, conforme o contexto em que situado o indivíduo e (b) a permanência de hierarquias raciais nos arranjos sociais da mestiçagem, em vez da superação do racismo. Início pela segunda, mais ampla e pano de fundo onde a primeira toma contornos mais nítidos.

Com efeito, admitir a mestiçagem inter-racial como dado da realidade brasileira, ilustrada pelas famosas 135 categorias de autoatribuições cromáticas e fenotípicas pelo IBGE, não significa, nem daí decorre logicamente, a superação de hierarquias raciais, muito menos a inexistência de racismo. Na linha de pesquisadores como Jacques d'Adesky (2001), Antônio Sérgio Alfredo Guimarães (1999) e Luiz Felipe de Alencastro (1985), trata-se de “[...] uma forma de organização e de exclusão baseada na suposta existência de raças superiores e inferiores, de raças valorizadas e de raças depreciadas” (D’Adesky, 2001, p. 36); trata-se, portanto, de

[...] uma realidade concreta [...] que permite [...] reunir mulatos, morenos, sararás, jambos numa categoria única — negro — [que] é, exatamente, a relação de oposição entre dominadores e dominados, que impõe um modelo estético inadequado para o conjunto da população, bem como o critério de hierarquização que subvaloriza mulatos, morenos, sararás e jambos à categoria branco. Pode-se igualmente dizer que o que reúne louros, ruivos, castanhos, etc., na categoria única branco é essa mesma relação de dominação que, associada ao critério de hierarquização, valoriza os louros, ruivos, etc., em relação aos mulatos, sararás, etc. (D’Adesky, 2001, p. 35)

Colaboram para superar quaisquer dúvidas acerca da natureza hierarquizante inerente à ideia de mestiçagem as advertências quanto à forma como a mistura racial é representada, a perversa dimensão “arqueológica” da mestiçagem e o aprisionamento estereotipado da negritude que caracteriza esse discurso. Conforme alerta Moutinho (2004b, p. 110), a “[...] mistura racial nunca é representada exatamente como fusão; opera, seja positivamente (no branqueamento) ou negativamente (quando pensada como enegrecimento), algum tipo de hierarquia”. Machado (2002, p. 400), ao analisar evento preparatório para as comemorações dos 500 anos do Brasil, desvenda a perversidade no discurso da miscigenação,

[como se ela]... tivesse, num passado remoto, resolvido e criado um povo brasileiro que, embora misturado, quer ter uma cara branca, europeia (a velha e conhecida ideia de branqueamento). Joga-se para um passado remoto o conflito e deixa-se implícito que a história o resolveu. Embora algumas poucas palavras tenham lembrado a situação atual de populações negras e indígenas, todas as situações de conflito foram sufocadas no encontro, com a mágica da expressão “águas passadas não movem moinhos”.

Sueli Carneiro (2011, p. 70), por sua vez, diante da vivência de negros de pele clara, denuncia que

[...] uma das características do racismo é a maneira pela qual ele aprisiona o outro em imagens fixas e estereotipadas, enquanto reserva para os racialmente hegemônicos o privilégio de serem representados em sua diversidade. [Branços]... são individualidades, são múltiplos, complexos, e assim devem ser representados. Isso é demarcado também no nível fenotípico, em que se valoriza a diversidade da branquitude: morenos de cabelos castanhos ou pretos, loiros, ruivos, são diferentes matizes da branquitude que estão perfeitamente incluídos no interior da racialidade branca, mesmo quando apresentam alto grau de morenidade, como ocorre com alguns descendentes de espanhóis, italianos ou portugueses, os quais, nem por isso, deixam de ser considerados ou de se sentir brancos. A branquitude é, portanto, diversa e policromática. A negritude, no entanto, padece de toda sorte de indagações.

Tudo isso ponderado e bem entendido, conclui-se que, especialmente em cenários de mestiçagem, é salutar a atuação de comissões de aferição de autodeclaração. Isso porque são necessários a aquisição e o acúmulo de expertise, conhecimentos e de experiência, diante da riqueza e da complexidade do mundo globalizado e da sociedade brasileira em particular. Sem esse conjunto de saberes e de práticas, a tarefa de empregar, de modo simultâneo e complementar, as técnicas de autodeclaração e de heteroidentificação, visando a constatação da identidade étnico-racial social, para o cumprimento das finalidades das ações afirmativas, fica dificultada de modo extremo.

A concretização das ações afirmativas requer, de modo inescapável, a capacidade de compreensão da raça, do racismo, dos processos de racialização, das nuances e dinâmicas dos processos de subjetivação e constituição, no mundo social, das identidades étnico-raciais, de modo contextualizado, ou, como disse Oracy Nogueira (1985, p. 6) ao introduzir seu estudo clássico sobre as relações raciais,

[...] a percepção da cor e outros traços negroides é “gestáltica”, dependendo, em grande parte, a tomada de consciência dos mesmos pelo observador, do contexto de elementos não-raciais (sociais, culturais, psicológicos, econômicos) a que estejam associados — maneiras, educação sistemática, formação profissional,

estilo e padrão de vida — tudo isso obviamente ligado à posição de classe, ao poder econômico e à socialização daí decorrente.

Desse modo, atendem-se às exigências de não cair na tentação de uma taxinomia artificial, enrijecedora da dinâmica cultural, da fluidez e da transformação típicas das formações identitárias ao longo da história, bem como de possibilitar a praticabilidade das ações afirmativas, mantendo a higidez da política pública, empregando-se da forma mais efetiva e justa os recursos públicos destinados ao enfrentamento do racismo e à promoção da igualdade de oportunidades.

Muito importante salientar que, ao cabo de sua tarefa, a decisão pela confirmação ou não de autoatribuição de identidade racial social preta ou parda, firma-se, repita-se uma vez mais, no horizonte e para os fins da implementação da política pública; vale dizer, trata-se de uma definição operacional (Abbagnano, 1970, p. 220), que expressa a compreensão das identidades étnico-raciais, particularmente pardas, no contexto das ações afirmativas dada a mestiçagem na sociedade brasileira contemporânea. Não se trata, de modo algum, de pretender legitimar ou instituir, no seio do Estado ou de ações afirmativas em iniciativas privadas, comissões encarregadas de dizer “a verdade sobre a raça”, ou desautorizar sentimentos e percepções subjetivas, ou afirmações identitárias positivas, vivenciadas em outros ambientes, espaços e dinâmicas.

## REVISÃO JUDICIAL DA DECISÃO ADMINISTRATIVA SOBRE A IDENTIFICAÇÃO DOS DESTINATÁRIOS

Rumo ao final deste artigo, anoto algumas observações sobre o cabimento e os limites de revisão judicial das decisões das comissões, no que respeita à atribuição de identidade étnico-racial, a partir dos conteúdos e conceitos aqui consignados. Essas notas se concentram no mérito das deliberações das comissões, uma vez que, tratando-se de atos administrativos inseridos num procedimento administrativo complexo, aspectos relativos a requisitos formais, andamento e regularidade procedimental, e atendimento de garantias processuais, como as expressamente aludidas como ampla defesa e contraditório, sempre estarão sujeitas à revisão judicial.

Em primeiro lugar, assentada a natureza definitiva operacional da identidade étnico-racial inerente à implementação das ações afirmativas,

parece-me que não estão em questão direitos fundamentais como a intimidade, a vida privada e a imagem, ou direitos de personalidade como o direito à identidade e ao respeito. Isso porque a tarefa da comissão limita-se a identificar, à luz dos fins e do horizonte da política pública, quem é destinatário das ações afirmativas como beneficiário, jamais proceder a classificações identitárias étnico-raciais ou atribuição delas para outros fins, para outras políticas ou para outras esferas. Como dito, a conclusão, sempre fundamentada, objetiva e cuidadosa, tomada em regular procedimento administrativo, quanto à atribuição de identidade étnico-racial *para os fins e no horizonte da política pública* não traduz manifestação ou classificação estatal heterônoma quanto à “verdadeira” identidade étnico-racial dos indivíduos. Não é objetivo, não está no âmbito da política pública, não há repercussões jurídicas perante terceiros, muito menos desautoriza a liberdade, a privacidade e a autoimagem do candidato, eventual deliberação da comissão em dissonância com a autopercepção identitária do indivíduo.

Daí que, não incorrendo em arbitrariedade (por qualquer vício material ou processual, tais como contradição, tratamento anti-isonômico em relação a outros candidatos, procedimento desrespeitoso ao indivíduo e à sua autopercepção, falta de fundamentação, inobservância de regramento procedimental e ou de garantias processuais), a princípio autoridades judiciais, no exercício da jurisdição, não podem adentrar no mérito das deliberações relativas à qualidade de beneficiários das políticas públicas.

Acaso se entender que é possível revisão judicial do mérito da deliberação da comissão, relativa à identificação identitária necessária para a qualificação de determinado indivíduo como destinatário da política pública, será de rigor observar a finalidade restrita e circunscrita da atribuição identitária para os fins e nos limites da implementação da política pública. Também será impositiva a observância do regime jurídico vigente, onde as técnicas de autodeclaração e de heteroidentificação coexistem e se complementam visando o mesmo fim antidiscriminatório por meio de ações afirmativas; nisso se incluem o acatamento do desenho administrativo institucional onde não só a compreensão de raça, racismo e identidade étnico-racial radicam-se nas ciências sociais, como também a atenção à raça social dentre os diversos tipos de identidade racial experimentadas pelos indivíduos em sociedade (aporte este que será fundamental também para juízo acerca de imputação de declaração falsa ou

má compreensão quanto à multiplicidade de identidades experimentadas pelos indivíduos, por exemplo).

Nesse diapasão, admitida por hipótese a revisão judicial do mérito da deliberação administrativa, o procedimento judicial há que se cercar de todas as cautelas inerentes à atividade jurisdicional, em especial a prudência na produção probatória, à distribuição dos ônus argumentativos (visto que a comissão tem caráter deliberativo na política pública) e à necessária fundamentação de mérito que não pode ser furta a considerar os aportes das ciências sociais para a compreensão da rica, complexa e contextual realidade fática subjacente ao litígio, tudo, evidentemente, informado pelos comandos constitucionais antidiscriminatórios e indicativos na adoção e implementação de ações afirmativas (Rios, 2008, cap. 4).

No eventual cabimento de exame judicial de mérito, portanto, há que se empregar extremada cautela e ponderação. Devem-se evitar juízos apressados ou simplistas, dada a falta de formação nas questões étnico-raciais e as dificuldades culturais disseminadas no senso comum em face das políticas públicas positivas, no que não se distinguem, em geral, os operadores do direito. Para exemplificar uma situação processual onde cautela e cuidado são muito necessários, imagine-se o manejo de mandado de segurança, onde só cabe prova documental e limitada ao início do processamento, em que se pleiteie, forte em documento fotográfico indicativo de fenótipo (sujeito, em sua produção e observação, a um sem número de variações de luz, sombra, cor, perspectiva, nitidez etc.), o reconhecimento de alguém havido pela comissão deliberante não contemplado dentre os beneficiários das ações afirmativas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção de uma sociedade democrática, pautada nos direitos humanos e fundamentais, traz desafios específicos e concretos; mais ainda quando se propõe a implementação de políticas públicas concretizadoras de ações afirmativas, atentas a critérios étnico-raciais, em contextos marcados historicamente por formas persistentes, disseminadas e sofisticadas de racismo. Nesse cenário, não se pode deixar de reconhecer o valor da proposição de ações afirmativas, políticas estatais que buscam abrir caminhos e conquistar espaços em domínios antes reservados aos privilegiados, cujas regalias alimentaram formações identitárias raciais

marcadas pelas vantagens da branquitude e subordinação violenta e histórica de pretos e pardos.

Na efetivação das ações afirmativas, o regramento institucional e a prática dos agentes públicos e da sociedade civil são constantemente postos à prova. A necessidade de conhecimento, prática e responsabilidade pessoais e institucionais, à altura da riqueza e da complexidade de nossas relações étnico-raciais, impele esforços de compreensão da realidade, para que o debate das ciências sociais e a dedicação de muitos possam colaborar de modo decisivo. Os aportes acerca da compreensão social da raça, do racismo, dos processos de racialização e de construção das identidades étnico-raciais, passo a passo com a elucidação da autodeclaração e da heteroidentificação como técnicas de identificação coexistentes e complementares, fornecem instrumentos para definições operacionais aptas a informar os objetivos da política pública e contextualizar a raça social como conceito-chave nas ações afirmativas.

Assim compreendida, a tarefa das comissões de verificação de autodeclaração mostra-se salutar e necessária, dada a expertise requerida na concretização da política pública, num ambiente onde a mestiçagem, em vez de superar de modo igualitário e respeitoso as diferenças e a diversidade étnico-racial, institui novas e mais aprimoradas hierarquias sociais. Aos agentes públicos e aos operadores do direito cabe desemaranhar esses nós, tecendo encontros e cruzamentos despregados de opressão e comprometidos com o horizonte da justiça e da paz étnico-raciais. Essa tarefa e esse desafio, muito ao contrário do anátema aqui e ali decantado contra as ações afirmativas, alegadamente por instituírem “tribunais raciais”, consubstancia o dever de enfrentar o racismo como ele se apresenta na realidade, sob pena a instituições estatais desvirtuarem-se, tornando-se reprodutores conscientes ou involuntários de preconceito e discriminação contra tudo e todos que não se amoldam aos desígnios do privilégio da branquitude.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ALENCASTRO, Luiz Felipe. Geopolítica da mestiçagem. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n 11, p. 49-63, 1985.

APPIAH, Kwame Anthony. *Race, Culture, Identity: Misunderstood Connections. Color conscious: the political morality of race*. Princeton: PYP, 1996.

BALLENTINE, Chris. Who is a Negro — Revisited: Determining Individual Racial Status for Purposes of Affirmative Action. *U.Fla. L. Rev.*, v. 35, p. 683, 1983.

BRASIL. *Lei nº 12.288*, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. Brasília, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, de 26 de abril de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 20 out. 2014.

BUTLER, Judith. *Excitable speech: A politics of the performative*. New York: Psychology Press, 1997.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARNEIRO, Sueli. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011.

D'ADESKY, Jacques. *Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

FRY, Peter. *A persistência da raça: ensaios antropológicos sobre o Brasil e a África Austral*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

HOFBAUER, Andreas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. São Paulo: Ed. Unesp, 2006.

JARDIM, Irene. *Identities e narrativas*. 2018. p. 124-158. Disponível em: [https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/4360/4360\\_6.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/4360/4360_6.PDF). Acesso em: 18 jul. 2018.

MACHADO, Igor José de Renó. Mestiçagem arqueológica. *Estud. afro-asiát.*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 385-408, 2002.

MOUTINHO, Laura. “Raça”, sexualidade e saúde: discutindo fronteiras e perspectivas. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 191-196, 2004a.

MOUTINHO, Laura. Condenados pelo desejo? Razões de Estado na África do Sul. *RBCS*, v. 19, n. 56, p. 95-112, out. 2004b.

MOUTINHO, Laura. *Razão, “cor” e desejo: uma análise comparativa sobre relacionamentos “afetivo-sexuais” “inter-raciais” no Brasil e na África do Sul*. São Paulo: Ed. Unesp, 2004c.

NOGUEIRA, Oracy. *Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1985.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenio nº 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*. Genebra: OIT, 2003.

PANIZZI, Carolina Santos. *Identidade racial e teoria jurídica da raça eletiva no contexto brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) — Centro Universitário Ritter dos Reis, UniRitter, Porto Alegre, 2017.

PAP, András. Is there a legal right to free choice of ethno-racial identity? Legal and political difficulties in defining minority communities and membership boundaries. *Columbia Human Rights Law Review*, n. 153, p. 153-232, 2014-2015.

RESADORI, Alice Hertzog; RIOS, Roger Raupp. Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro: autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória. *Civitas — Revista de Ciências Sociais*, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 10-25, 2018.

RICH, Camille Gear. Affirmative Action in the Era of Elective Race: Racial Commodification and the Promise of the New Functionalism. *Geo. LJ*, v. 102, p. 179, 2013a.

RICH, Camille Gear. Elective Race: Recognizing Race Discrimination in the Era of Racial Self-Identification. *Geo. LJ*, v. 102, p. 1501, 2013b.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RODRIGUEZ, Cristina. Against Individualized Consideration. *Indiana Law Journal*, v. 83, p. 1405-1422, 2008.

SANTOS, Ricardo Ventura. Da morfologia às moléculas, de raça à população: trajetórias conceituais em antropologia física no século XX. In: MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura (orgs.). *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz/CCBB, 1996. p. 125-140.



# O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET: A LEI Nº 12.965/2014 E O SEU REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR CONTEÚDOS DE TERCEIROS

ALEXANDRE VERONESE  
GABRIEL CAMPOS SOARES DA FONSECA

## INTRODUÇÃO

A ascensão da chamada “revolução digital” — com a difusão comercial de novas tecnologias da informação e da comunicação (TIC) — alterou sensivelmente as condições tecnológicas e os meios sociais pelos quais o direito à liberdade de expressão é exercido (Balkin, 2018, p. 1151; Callamard, 2010).

Não por acaso, a despeito dos níveis ainda preocupantes de exclusão digital no mundo, os fluxos de informação e de comunicação de parcela substancial da população ocorrem diariamente por meio dessas TIC, sobretudo a partir das infraestruturas privadas propiciadas pelas empresas multinacionais por trás das chamadas plataformas digitais. Consequentemente, essas empresas se tornaram cada vez mais influentes em relação a como os cidadãos exercem esse direito, na prática (Balkin, 2004, 2008).

Diante desse contexto é que, na última década, diversos trabalhos acadêmicos têm investigado a ascensão de iniciativas políticas e de documentos normativos voltados à limitação desse poder político-econômico

privado, especialmente para assegurar direitos e garantias fundamentais no ambiente digital, tais como: privacidade, devido processo legal e liberdade de expressão (Mendes; Fernandes, 2020).

No âmbito brasileiro, o Marco Civil da Internet — Lei nº 12.965/2014 (doravante MCI) — pode ser considerado o principal marco normativo-regulatório dessa tendência na medida em que expressamente pretende estabelecer “princípios, garantias e deveres para o uso da internet no Brasil” (art. 1º), tendo como *fundamento* para tanto o próprio “respeito à liberdade de expressão” (art. 2º).

Por essa razão, o presente texto tem como *objetivo geral* descrever a construção do Marco Civil da Internet, analisando o seu intuito participativo/democrático e valorando os seus impactos para a fruição do direito à liberdade de expressão no Brasil. Entretanto, o *objetivo específico* deste artigo consiste em investigar os contornos de um debate particular que chamou atenção nesse processo de construção do MCI: o regime de responsabilidade civil de provedores de aplicações de internet (*intermediary liability*) adotado pelo art. 19, do MCI, e suas repercussões para o exercício da liberdade de expressão dos cidadãos brasileiros.

Para desenvolver essa reflexão, além da introdução e das considerações finais, o texto será desenvolvido em duas partes — ambas redigidas após revisão bibliográfica sobre o tema e análise documental, sobretudo, das legislações pertinentes à discussão.

A primeira parte do trabalho narra sucintamente o contexto político, os atores sociais e os eventos relevantes em torno da tramitação e da aprovação do MCI, dentro e fora do Congresso Nacional brasileiro. Isso, com o objetivo de realizar inferências acerca da influência desse processo de construção política e embates de interesses no resultado final do texto, estudando os princípios e as motivações por trás da legislação a partir da literatura especializada e dos documentos oficiais sobre o tema.

Por sua vez, a segunda parte do artigo aborda especificamente as discussões acerca do regime geral de responsabilidade civil de provedores de aplicações inaugurado pelo art. 19 do Marco Civil da Internet e suas exceções legais, expondo os argumentos que o originaram e que permanecem sendo utilizados para defendê-lo. Além disso, apresenta — em linhas gerais — as críticas sofridas por esse dispositivo legal nos âmbitos acadêmico e judicial.

Por fim, nas considerações finais, o texto apresenta um “balanço” dos avanços e das insuficiências do Marco Civil da Internet para proteção do direito à liberdade de expressão on-line, especialmente frente ao advento de novas legislações sobre a moderação de conteúdo e dos desafios sociotécnicos trazidos pelas chamadas plataformas digitais.

**1** Esta seção adapta trechos de texto redigido pelos autores do presente artigo, no qual realizaram uma revisão pormenorizada dos eventos relevantes para a aprovação do Marco Civil da Internet (Veronese; Fonseca, 2021, p. 18-27).

## PERCURSOS E PERCALÇOS NA CONSTRUÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET<sup>1</sup>

### DA “LEI AZEREDO” AO MARCO CIVIL DA INTERNET: DEBATES INICIAIS

Os primórdios do processo político que originou o MCI estão relacionados, em larga medida, a uma mobilização social de reação ao movimento legislativo vigente à época que buscava criminalizar excessivamente condutas e práticas comumente realizadas pelos usuários de internet. Esse movimento era precipuamente representado pelo Projeto de Lei nº 84/1999, cujo substitutivo apresentado pelo senador Eduardo Azeredo (PSDB/MG) ganhou força no meio político, ficando popularmente conhecido como “Lei Azeredo” (Veronese; Fonseca, 2021, p. 18).

Como reação a essa proposta, acadêmicos e entidades da sociedade civil envolvidos no debate sobre a regulação e a governança da internet se movimentaram intensamente para organizar manifestações contrárias ao PL, apelidado por eles de “AI-5 digital”. A ideia central dos opositores à “Lei Azeredo” era a de que seria preciso assegurar e demarcar os direitos dos cidadãos na internet, antes de restringir práticas e criminalizar condutas nesse ambiente, sob pena de vulnerar seriamente direitos fundamentais como liberdade de expressão, privacidade e proteção de dados pessoais:

Em síntese, propunha-se delimitar legislativamente os direitos e os deveres dos cidadãos na internet. Desse modo, as liberdades e os direitos fundamentais estariam garantidos. Entretanto, acordos e consensos seriam necessários para que essas previsões pudessem coexistir com os modelos de negócio de atores econômicos privados (e.g. a proteção de direitos autorais) e com a tarefa do Estado de reprimir atividades criminosas e conduzir investigações preventivas, por exemplo. (Veronese; Fonseca, 2021, p. 19)

Esse debate se expandiu em atos públicos, petições on-line e mobilizações sociais concretas como o “Mega Não; diga não ao vigilantismo”,

fazendo com que certos autores o parametrizassem com movimentos sociais ocorridos nos Estados Unidos da América contra o advento de duas propostas parlamentares de leis enfáticas na proteção dos direitos de autor, a PIPA — *Protect Intellectual Property Act* — e a SOPA — *Stop Online Piracy Act* (O'Maley, 2015, p. 53-54).

A despeito de toda essa resistência, o Projeto de Lei ganhou força no Congresso Nacional, especialmente a partir do intuito de prever punições mais duras ao cometimento de crimes cibernéticos (Veronese; Fonseca, 2021, p. 20). Apenas no ano de 2012, a Lei Azeredo foi sancionada pela Presidência da República, transformando-se na Lei nº 12.735/2012.

Entretanto, a intensa mobilização social e política não ocorreu em vão. Os dois dispositivos mais criticados e vistos como perigosos aos direitos fundamentais — artigos 2º e 3º — acabaram sendo vetados pela então Presidente da República.

Assim, apenas “sobreviveram” os artigos 4º e 5º da referida Lei. O artigo 4º define a necessidade de criar políticas públicas para investigação e repressão de crimes que usem a internet ou sejam praticados no seu âmbito. Já o artigo 5º modificou um dispositivo da Lei nº 7.776/1989 que criou o tipo criminal de prática, indução ou incitação de preconceito ou discriminação racial, por cor, etnia, religião ou nacionalidade. A modificação incluiu a possibilidade de que um magistrado possa determinar a retirada de conteúdo violador de “transmissões eletrônicas ou de publicações em qualquer meio” (art. 20, § 3º, II da referida Lei nº 7.776/1989).

## AS CONSULTAS PÚBLICAS ON-LINE E O VIÉS PARTICIPATIVO DE CONSTRUÇÃO DO MCI

Entre os anos de 2008 e 2009, a partir de uma parceria entre o Ministério da Justiça e o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas (CTS/FGV), foi lançada a ideia de se realizar uma consulta pública on-line sobre o MCI, visando a elaborar um projeto de lei colaborativo e que envolvesse a própria internet como instrumento de democracia digital direta e participativa, a partir da plataforma on-line “Cultura Digital”, desenvolvida pelo Ministério da Cultura e disponibilizada no sítio eletrônico [www.culturadigital.org/marcocivil](http://www.culturadigital.org/marcocivil) (Solagna, 2015, p. 73-74).

Esse processo de consultas públicas on-line permitiu que os atores interessados não só colaborassem com suas sugestões normativas, como também dialogassem entre si por meio de comentários na referida plataforma.

Para tanto, foi dividido em duas fases. Na primeira fase, realizada em outubro de 2009 e aberta por aproximadamente 45 dias, o grupo responsável pela elaboração do anteprojeto do MCI recebeu opiniões e diretrizes gerais acerca dos temas mais amplos que deveriam constar nele. Além disso, os participantes discutiram quais princípios e direitos deveriam nortear o uso e o funcionamento da internet no Brasil, destacando-se o tema da privacidade e da proteção de dados pessoais (Veronese; Fonseca, 2021, p. 22).

Em 30 de maio de 2010, a partir dos mais de 686 comentários realizados nessa plataforma e as 800 contribuições apresentadas diretamente ao grupo responsável pela formulação da “Minuta de Anteprojeto de Lei para Debate Colaborativo”, iniciou-se a segunda fase de consultas públicas justamente a fim de validar esse Anteprojeto perante a população interessada.

O documento disponibilizado foi estruturado em 34 artigos, divididos em cinco capítulos, organizados da seguinte maneira: (1) disposições preliminares; (2) dos direitos e garantias dos usuários; (3) da provisão de conexão e de serviços de internet; (4) da atuação do poder público; e (5) disposições finais. E o público poderia oferecer comentários a cada um dos capítulos, seções, artigos, parágrafos e incisos da Minuta, além de comentar as manifestações realizadas por outros usuários na plataforma (Lemos *et al.*, 2015).

Já o conteúdo dessa minuta foi substancialmente influenciado pelos princípios expostos pelo “Decálogo da Internet”, do Comitê Gestor da Internet (CGI.br), o qual prevê os seguintes princípios de governança e regulação da internet: “liberdade, privacidade e direitos humanos; governança democrática e colaborativa; universalidade; diversidade; inovação; neutralidade da rede; inimizabilidade da rede; funcionalidade, segurança e estabilidade; padronização e interoperabilidade; e ambiente legal e regulatório”. Assim, o intuito era dúplice: demarcar civilmente os direitos e os deveres dos cidadãos no uso da internet, em contraposição à pura e simples criminalização; e estabelecer uma legislação que espelhasse a governança multissetorial da internet (DeNardis, 2013), equilibrando os variados interesses envolvidos (Veronese; Fonseca, 2021, p. 21-24).

Após esse processo — ao menos intencionalmente — multissetorial e participativo, três questões controversas se destacaram, orientando a elaboração

do que viria a ser o MCI: privacidade e proteção de dados, neutralidade da rede e liberdade de expressão (Veronese; Fonseca, 2021, p. 23).

Porém, de modo mais específico, duas discussões se notabilizaram intensamente dentro desses três eixos centrais. São elas: (1) “o eventual dever de retenção de dados para identificação de usuários de internet” e (2) “o modelo de responsabilização de provedores por conteúdo hospedado em sua plataforma, mas gerado por terceiros” (Cruz, 2015, p. 81).

A consulta se encerrou no último ano do segundo governo do presidente Luís Inácio Lula da Silva (PT), em 2010. Porém, o Projeto de Lei nº 2.126/2011, acompanhado da exposição de motivos, somente foi encaminhado à Câmara dos Deputados entre os meses de julho e agosto do ano de 2011, já no governo da presidente Dilma Rousseff (PT).

## O MARCO CIVIL DA INTERNET NO CONGRESSO NACIONAL

Em março de 2012, esse Projeto de Lei do MCI (PL nº 2.126/2011) começou a ter sua tramitação formal intensificada na Câmara dos Deputados, sendo o deputado federal Alessandro Molón (à época PT/RJ) escolhido como o seu relator.

Em linhas gerais, o intuito dos seus idealizadores era o de se estabelecer um diploma legal que abarcasse um constante balanço de poderes entre representantes da indústria privada, dos governos, das instituições internacionais de regulação técnica e da sociedade civil, no sentido do que autores como Laura DeNardis denominam de governança da internet (DeNardis, 2013).

O relator Molón começou a se esforçar para colocar o assunto em pauta. Para tanto, realizou sete audiências públicas, dentro e fora de Brasília, tentando reunir representantes dos diversos setores sociais e empresariais envolvidos. Além disso, estabeleceu uma nova consulta on-line na recém-criada plataforma digital colaborativa do Parlamento brasileiro: a *e-democracia* ([www.edemocracia.camara.gov.br](http://www.edemocracia.camara.gov.br)).

Apesar de importantes críticas acerca da efetividade desse caráter participativo e multissetorial (Veronese; Fonseca, 2021, p. 22-23), relevantes autores consideram a iniciativa como uma medida bem-intencionada em prol da utilização da internet como ferramenta participativa para legitimar o projeto pela abertura de seu texto aos *inputs* da população (Freitas; Lima; Lima, 2015, p. 649-653; Santos Neto; Santos, 2010, p. 13).

No entanto, no ano de 2012, o cenário para aprovação do MCI parecia desfavorável. Em conjunto com a força política no sentido de promulgar a já mencionada “Lei Azeredo”, três outros elementos geravam esse impasse:

Primeiro, a resistência do setor de telecomunicações ao tema da neutralidade de rede, especialmente com o incremento da articulação política do setor a partir da estruturação do SindiTeleBrasil em Brasília. Segundo, a resistência do setor de mídia, criação e produção de conteúdo em relação aos dispositivos legais sobre direitos autorais, liderada pela movimentação política da Rede Globo. Terceiro, o escândalo envolvendo a atriz Carolina Dickmann que reacendeu as discussões, na sociedade e no legislativo, sobre a necessidade de serem criados novos tipos penais para condutas enquadradas como “crimes informáticos”. (Veronese; Fonseca, 2021, p. 25)

Diante dessa conjuntura, os ativistas do MCI tiveram que realizar acordos, por exemplo, apoiando a Lei Carolina Dieckmann (Lei nº 12.737/2012), porém buscando afastar os aspectos mais problemáticos do desenho original da “Lei Azeredo” (Solagna, 2015, p. 87-92).

Paralelamente, o deputado Alessandro Molon apresentou novas redações do PL, sobretudo retirando o tema do regime de responsabilidade civil por infrações a direitos autorais e direitos conexos. Assim, o deputado relator estrategicamente atendeu aos interesses político-econômicos dos conglomerados de mídia e das empresas/indivíduos relacionados à criação e à difusão de conteúdo. Isso foi altamente relevante para angariar o apoio do setor empresarial da mídia brasileira, retirando a força política contrária de um setor de peso na tramitação (Solagna, 2015, p. 93).

Contudo, foi somente em 2013 que o cenário político guinou favoravelmente aos apoiadores do MCI. Primeiro, com o advento das chamadas “jornadas de junho” (Holston, 2014) majoritariamente organizadas pela internet, em geral, e pelas “redes sociais”, em particular. Segundo, com o escândalo internacional baseado nos relatos de Edward Snowden sobre a vigilância eletrônica em massa realizada pelo governo dos Estados Unidos da América em relação a outros Estados-nação soberanos (caso PRISM ou NSA — *National Security Agency*) (Veronese; Fonseca, 2021, p. 25-26).

O caso repercutiu de forma intensa ao redor do mundo, inclusive no Brasil, o qual havia alegadamente sofrido também com as práticas de “espionagem”. O governo brasileiro reagiu com ênfase na esfera internacional e inseriu o MCI na pauta política do Governo Federal daquele momento como um ato político de reafirmação da soberania nacional (Lemos et al., 2015). Assim, em setembro de 2013, foi determinada a tramitação do MCI sob o regime de urgência.

Após intensas disputas na Câmara dos Deputados, o PL foi aprovado, em 25 de março de 2014, de forma quase unânime, com votos contrários partindo apenas do antigo Partido Popular Socialista, hoje, Cidadania. No Senado Federal, o PL tramitou rapidamente com sua aprovação já na data de 22 de abril de 2014.

No dia seguinte, o PL foi simbolicamente sancionado pela então presidente Dilma Rousseff durante o evento NETMundial, idealizado em conjunto com Fadi Chehadé (então presidente da ICANN — *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) e realizado na cidade de São Paulo com a presença de vários líderes mundiais.

## LIBERDADE DE EXPRESSÃO, O MCI E A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDORES POR CONTEÚDO DE TERCEIROS

Como se observou na seção anterior do artigo, de fato, o exercício do direito à liberdade de expressão on-line pelos cidadãos brasileiros deteve atenção especial não só por parte do Poder Legislativo durante os debates parlamentares relativos ao MCI, como também dos demais atores sociais que participaram ativamente dessas discussões no campo político (Veronese; Fonseca, 2021, p. 23).

Não por acaso, como resume Carlos Affonso Souza (2015, p. 383), a redação final do MCI conferiu a esse direito fundamental uma envergadura destacada, mencionando-o, pelo menos, cinco vezes ao longo de seu texto.

Primeiro, o art. 2º determina que a disciplina do uso da internet tem como *fundamento* o respeito à liberdade de expressão. Em seguida, o art. 3º fixa a liberdade de expressão como *princípio* do uso da internet no Brasil. Já o seu art. 8º define a garantia desse direito como *condição* para o pleno exercício do direito de acesso à internet no Brasil.

Por fim, o art. 19, do MCI estabelece, em seu *caput*, a liberdade de expressão e o rechaço à censura como os principais *objetivos* do

regime brasileiro de responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet<sup>2</sup> por conteúdo gerado por terceiros. E, logo adiante, apesar de delegar à futura legislação específica a regulamentação do regime de responsabilidade civil por infrações a direitos de autor ou a direitos conexos<sup>3</sup>, o §2º desse art. 19 já explicita que esse regime “deverá respeitar a liberdade de expressão”.

Ocorre que essa redação final não decorreu do acaso. A literatura aponta que o chamado “tripé do Marco Civil da Internet” era formado justamente pelos temas (i) da privacidade e da proteção de dados, (ii) da neutralidade de rede e (iii) da liberdade de expressão (Solagna, 2015, p. 82).

Além disso, dentro desse “tripé”, dois debates específicos se destacaram: (1) a discussão sobre eventuais deveres de retenção de dados a fim de identificar a atividade de usuários da internet (fortemente ligada ao tema da proteção de dados); e (2) o já mencionado debate sobre qual regime de responsabilidade civil de provedores de aplicações pelo conteúdo gerado por seus usuários deveria ser adotado no Brasil (Cruz, 2015, p. 81).

De fato, esse segundo tema está diretamente relacionado ao exercício do direito à liberdade de expressão on-line. Isso, porque a adoção de determinado regime de responsabilidade civil pode gerar diferentes impactos à fruição desse direito, por exemplo, incentivando que os provedores de aplicações de internet adotem posturas mais, ou menos, intensas quanto à moderação do conteúdo postado por seus usuários (Souza, 2015, p. 398).

Antes do advento do MCI, esse regime de responsabilidade era “regulado” esparsamente pelo Poder Judiciário brasileiro, o que — muitas vezes — produzia entendimentos altamente conflitantes entre si (Keller, 2021).

Não por outro motivo, Marcel Leonardi (2005, p. 136) aponta que a insegurança jurídica à época era tamanha que, mesmo em situações semelhantes, decisões judiciais variavam desde o regime de responsabilidade objetiva, com base no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), até a ausência total de responsabilização civil por eventuais conteúdos danosos.

A ausência de uma legislação específica ou orientação jurisprudencial minimamente majoritária/uniforme conturbava o modelo de negócios dos atuais provedores de aplicações, mantendo-os em um contexto de alta imprevisibilidade (Veronese; Fonseca, 2021, p. 49).

**2** Segundo o art. 5º, incisos I, II e VII, do MCI, os provedores de aplicações de internet podem ser definidos como provedores de um conjunto de funcionalidades acessadas mediante um computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet (terminal).

**3** Nesse tópico, o art. 31, do MCI, estabeleceu uma espécie de regra de transição: até que advenha essa legislação específica prevista no §2º do art. 19, “a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor” do MCI.

Tanto é que a empresa estadunidense Google interpôs o Recurso Extraordinário nº 1.057.258/MG, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Exmo. Min. Luiz Fux (Relator) e pelos demais integrantes do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de dirimir controvérsia acerca do dever da empresa de fiscalizar o conteúdo publicado nos seus domínios e de retirar do ar conteúdos reputados ofensivos, sem necessidade de intervenção do Judiciário para tanto. Tudo isso à luz do direito à liberdade de expressão e da proibição constitucional à censura prévia (Veronese; Fonseca, 2021, p. 49).

No entanto, em larga medida, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) uniformizou o entendimento jurisprudencial sobre essa discussão. Assim, fixou que o regime de responsabilidade civil seria subjetivo e o marco inicial para configuração dessa responsabilidade seria a ciência do possível ato danoso/ilícito, a qual usualmente seria constatada mediante o recebimento de notificação extrajudicial da vítima. Inclusive, à época, os provedores poderiam ser solidariamente responsabilizados com o autor do dano, caso não realizassem “diligências médias” para retirar esse conteúdo (Lima, 2015).

Sobretudo diante da jurisprudência majoritária do STJ e de legislações comparadas, inicialmente a minuta-base de texto do MCI previa esse regime de responsabilidade civil subjetiva mediante notificação extrajudicial da vítima. Entretanto, ao longo da segunda fase de consultas públicas on-line, o texto foi alterado para a redação que futuramente originaria o atual art. 19, do MCI (Souza; Steibel; Lemos, 2017, p. 9-10).

Nessa segunda fase da consulta pública on-line, aberta aos comentários dos cidadãos brasileiros, surgiu um debate acalorado sobre qual seria o “melhor” regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicações por conteúdos danosos de terceiros. Debate esse capitaneado, sobretudo, por dois acadêmicos de relevo e cujas linhas gerais já foram resumidas nos seguintes termos (Veronese; Fonseca, 2021, p. 50-52):

Ainda no período das consultas públicas on-line, a plataforma de discussões do MCI assistiu ao debate acalorado entre Marcelo Thompson e Marcel Leonardi, que bem sintetizou as posições em jogo (CRUZ, 2015, p. 85-88). De um lado, Marcelo Thompson defendia o arranjo jurídico no qual a notificação extrajudicial do particular ofendido à empresa teria um papel de maior relevo, presente em legislações comparadas como o Digital Millennium Copyright Act. Ao receber a notificação, a plataforma deveria “intimar” o usuário que postou o conteúdo para apresentar suas

“contrarrazões” e, em seguida, apurar o caso. De outro lado, Marcel Leonardi defendia a importância de se conferir ao Poder Judiciário o papel de julgador da licitude ou da ilicitude do conteúdo questionado. Desse modo, apenas após não cumprir com a ordem judicial específica de remoção de conteúdo é que o provedor poderia ser responsabilizado civilmente (judicial order and take down). [...]. Os defensores dessa segunda sistemática acreditam que ela seria a que melhor se compatibiliza com a proteção à liberdade de expressão. Segundo essa linha, o modelo de “notificação e retirada” desencorajaria as plataformas a permitir com que os diversos pontos de vista (inclusive os ácidos e polêmicos) fossem expostos e, ainda, incentivaria a prática de censura prévia por parte dos agentes privados. Nesse sentido, o notice and take down incentivaria o intermediário privado (v.g. o provedor de aplicações de Internet tal como o Facebook), para evitar a responsabilização civil pelo conteúdo gerado por terceiros [...]. Assim, por precaução, [retirariam] manifestação de sua plataforma que levantasse qualquer possibilidade de ser enquadrada como ilegal ou danosa [ou enfrentariam o litígio judicial]. [...] De outra forma, os defensores da sistemática de “notificação e retirada” acreditam que a necessidade de decisão judicial para retirada do conteúdo traz uma proteção reduzida aos direitos de personalidade do ofendido, pois ele teria de esperar a morosidade do Judiciário. Nesse meio tempo, o conteúdo poderia se difundir e “viralizar”, além de inundar o Poder Judiciário com ações, o que potencialmente tornaria as empresas praticamente irresponsáveis.

Ao fim e ao cabo, de fato, o MCI não adotou a sistemática da “notificação e retirada”, mas, sim, da necessidade de descumprimento ou inércia após eventual ordem judicial. No tocante aos (a) *provedores de conexão*<sup>4</sup> (v.g. empresas de telecomunicações), o art. 18 do MCI explicitamente os isentou de responsabilizações civis “por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”<sup>5</sup>.

Já no que diz respeito aos (b) *provedores de aplicações*, o supracitado art. 19 do MCI determinou que a responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros somente se configurará nos casos em que — mesmo após o advento de uma *ordem judicial específica* (por exemplo, determinando a retirada de certo vídeo, imagem, texto) — esses provedores não adotarem as providências necessárias para, dentro de suas possibilidades técnicas, tornar indisponível o conteúdo apontado como danoso/ilícito, dentro do prazo judicialmente estabelecido. Tudo isso,

**4** Segundo o art. 5º, incisos II e V, do MCI, os provedores de conexão à internet são os responsáveis pela habilitação de um computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet (terminal) para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço de IP.

**5** Art. 18, do MCI: o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

**6** 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.

**7** STJ, Resp nº 1.629.255/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 25/08/2017.

mediante o declarado “intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”<sup>6</sup>.

Mais do que isso, o §1º desse art. 19 assenta que tal ordem judicial deve identificar clara e especificamente o conteúdo apontado como danoso/ilícito a fim de permitir a localização inequívoca do material, sob pena de nulidade.

Inclusive, esse requisito de validade já foi interpretado pelo STJ. Segundo esse Tribunal Superior, é necessário que a requerente e a consequente ordem judicial indiquem o específico localizador URL em que o conteúdo danoso/ilícito possa ser encontrado. Esse requisito seria justamente uma “forma de reduzir eventuais questões relacionadas à liberdade de expressão”, bem como de verificação segura acerca do “cumprimento das decisões judiciais que determin[em] a remoção de conteúdo na internet”<sup>7</sup>.

Em suma, portanto: (1) o Brasil adotou o sistema de responsabilidade civil subjetiva dos provedores de aplicações por conteúdos danosos produzidos por seus usuários e outros terceiros; (2) como regra, o MCI incorporou a inércia do provedor em realizar as devidas diligências determinadas judicialmente como o “marco inicial” para que essa responsabilização ocorra; (3) para que essa ordem judicial seja válida, ela deve apontar ao provedor de aplicações qual seria o conteúdo danoso/ilícito, mediante indicação clara e específica do localizador URL no qual tal conteúdo poderia ser localizado.

No entanto, a própria legislação estabeleceu duas exceções a esse regime geral.

A *primeira* exceção diz respeito a eventuais conteúdos que infrinjam *direitos de autor e direitos conexos*. De acordo com o §2º do art. 19 e o art. 31, ambos do MCI, essas hipóteses serão regidas por legislação específica que, até o momento, é representada pela Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998).

Conforme narrado na seção anterior deste texto, a primeira exceção relativa às infrações a direitos autorais on-line foi extremamente importante para que os conglomerados do setor de mídia brasileiro (v.g. Rede Globo), bem como relevantes empresas do setor de criação e de produção de conteúdo audiovisual e fonográfico apoiassem a aprovação do Marco Civil da internet, estrategicamente retirando as forças contrárias que esses atores

com grande “peso” político exerciam no Congresso Nacional (Veronese; Fonseca, 2021, p. 25).

Assim, a regulamentação do regime de responsabilidade civil para infrações a direitos autorais poderia ser tratada na reforma da Lei de Direitos Autorais que estava sendo discutida no mesmo período em que o MCI, sob a liderança do Ministério da Cultura à época (Veronese; Fonseca, 2021, p. 50).

Por sua vez, a *segunda exceção* ao referido regime geral de responsabilidade civil é a relativa às “violações da intimidade de cidadãos brasileiros por meio da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado” — popularmente conhecida como pornografia de vingança (*revenge porn*) (Meinero; Dalzotto, 2021; Correa; Lana, 2021).

Nos termos do art. 21, do MCI, nessas hipóteses, os provedores de aplicações serão: (1) *subsidiariamente responsáveis* por eventuais conteúdos danosos de terceiros, caso (2) dentro de suas limitações técnicas não adotem medidas diligentes para torná-los indisponíveis após o recebimento de *notificação extrajudicial* do participante (ou de seu representante legal). Porém, (3) essa notificação deve apresentar elementos que identifiquem o material específico “apontado como violador da intimidade do participante”, bem como que atestem a legitimidade ativa do/a indivíduo/a para realizar o pedido de retirada do conteúdo.

Nessa “disputa”, foram apresentados variados pontos para justificar o descumprimento de ordem judicial como o marco inicial mais adequado, em face do direito à liberdade de expressão, para configurar a responsabilidade civil subjetiva dos provedores pelo conteúdo de terceiros. Entretanto, para os fins deste trabalho, voltado à análise do direito à liberdade de expressão no MCI, interessa os argumentos da *censura colateral* e do *efeito inibidor*.

A título de exemplo, Ronaldo Lemos e Carlos Affonso Souza (2016, p. 86-87) defendem o regime adotado pelo art. 19 do MCI, justamente nessas linhas:

[...] ao se afirmar que o provedor responde se não remover o conteúdo depois de cientificado, abrem-se duas alternativas igualmente prejudiciais à diversidade do discurso na rede: ou bem o provedor retira logo que recebe a notificação e isso dá ensejo à toda série de abusos e à facilidade para se retirar do ar conteúdos que possam

ser prejudiciais a terceiros (com forte impacto na liberdade de expressão, de imprensa, direito de crítica e etc.), ou bem o provedor luta para manter o conteúdo no ar por entender que ele não tem motivos para ser removido e assim assume o risco de ser reconhecido judicialmente como responsável pelo mesmo conteúdo. Essa situação parece ser pouco estimulante para a defesa da liberdade de expressão e cria forte desestímulo para pequenos provedores que não suportariam o ônus de um litígio judicial.

Em linhas gerais (Fonseca, 2019, p. 65-66), a censura colateral (*collateral censorship*) representa a hipótese em que o intermediário privado (v.g. provedores), e não o Estado, realiza a censura da manifestação alheia dos cidadãos. Entretanto, isso decorre indiretamente da atuação estatal. Por exemplo, por meio de pressões estatais (formais ou informais) e/ou de regimes de responsabilidade civil mais estritos (v.g. responsabilidade objetiva), os quais podem gerar incentivos normativos e econômicos para que intermediários privados “pequem pelo excesso”. Isto é, controlem ou bloqueiem, com rigor, os conteúdos e as manifestações que circulam em seus serviços a fim de evitar eventual responsabilização civil.

A consequência dessa moderação excessiva dos conteúdos e dos comportamentos publicados por seus usuários (“terceiros”) seria justamente um efeito inibidor (*chilling effect*) em relação ao exercício do direito à liberdade de expressão. Com o receio de sofrer sanções legais posteriores, os provedores desencorajariam a publicação de certos conteúdos. A título de exemplo, conteúdos que possivelmente incitem o debate sobre temas considerados “polêmicos”/“tabus” ou publicações que contenham críticas ferrenhas que detenham o potencial de gerar violações à honra alheia etc. (Fonseca, 2019, p. 66).

De outra sorte, variados autores ligados à metodologia do chamado Direito Civil Constitucional têm apontado a necessidade de o STF conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 19 do MCI a fim de comportar novas exceções a essa regra geral da necessidade de inércia ou descumprimento de ordem judicial para responsabilização civil.

Isso, porque, alegadamente, tal dispositivo teria elevado a liberdade de expressão ao patamar de “superdireito”, prevalecendo em detrimento da tutela da dignidade, da honra, da intimidade e da vida privada das pessoas humanas (Thompson, 2012; Schreiber, 2015; Queiroz, 2019; Frazão; Medeiros, 2021).

Além disso, também se critica a opção legislativa adotada pelo art. 19 do MCI por ingenuamente visualizar os provedores de aplicações como agentes neutros, os quais apenas intermediam o fluxo comunicativo on-line sem, contudo, interferir-lo. Assim, tornam-se atores com vastas prerrogativas, porém sem responsabilidades legais condizentes com esse poder sobre a liberdade de expressão (Thompson, 2016).

De todo modo, essas discordâncias extrapolaram a academia e, também, ecoaram no Poder Judiciário brasileiro. A constitucionalidade do art. 19 se encontra pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) mediante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.037.396/SP, de relatoria do Exmo. Min. Dias Toffoli, o qual já contou — inclusive — com a realização de audiências públicas e a admissão de vários *amici curiae*.

Em síntese, por meio desse *leading case*, o STF reconheceu a repercussão geral da discussão relativa à compatibilidade do art. 19 do MCI com a Constituição Federal ao determinar “[...] a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros” (Tema nº 987 de RG).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após descrever a tramitação e apresentar o resultado das forças sociopolíticas que giraram em torno da promulgação do MCI, conclui-se que sua aprovação representou uma iniciativa pioneira no âmbito da discussão mundial sobre regulação e governança da internet, com saldo majoritariamente *positivo* para o Brasil — sobretudo diante das circunstâncias históricas da época.

Em primeiro lugar, essa relevância decorre de o MCI ter conseguido rechaçar os fortes e perigosos movimentos legislativos da época (v.g. “Lei Azeredo”) no sentido de criminalizar condutas sem, contudo, prever salvaguardas correspondentes para a fruição de direitos e de garantias fundamentais na internet pelos cidadãos brasileiros.

Em segundo lugar, não só o conteúdo do Marco Civil da Internet foi extremamente relevante para estimular o debate sobre o tema da regulação e da governança da internet no contexto normativo-institucional brasileiro então vigente, como também o seu próprio processo de construção é digno de destaque.

Isso porque o MCI foi construído mediante uma metodologia multissetorial (com envolvimento de atores de diferentes setores) e participativa (aberta a contribuições e efetiva ingerência desses atores no resultado final), cujos procedimentos narrados neste texto serão importantes alicerces para a construção de posteriores legislações voltadas à proteção de direitos fundamentais no ambiente digital, como foi o caso da Lei Geral de Proteção de Dados que também se valeu dessas plataformas participativas para a sua criação (Keller; Mendes; Fernandes, 2023, p. 67).

Mais especificamente quanto ao direito à liberdade de expressão, o regime de responsabilidade civil de provedores de aplicações (*intermediary liability*) adotado pelo Brasil no MCI se coadunou com documentos internacionais sobre direitos humanos, porém também se mostrou pioneiro diante das legislações comparadas vigentes nas democracias ocidentais à época, em vez de apenas reproduzir/transplantar acriticamente as opções legislativas encontradas no Norte Global (Saldías, 2014; Zingales, 2015).

É dizer: em maior ou menor medida, não é exagero afirmar que o art. 19 representa uma solução ponderada para as particularidades da quadra histórica vivenciada pelo Brasil. Isto é, rechaçando os movimentos legislativos de criminalização excessiva sem, contudo, permitir a proliferação de manifestações e de condutas ilícitas. Pelo contrário, apresentando-se como um marco regulatório voltado ao estabelecimento de princípios gerais e de diretrizes normativas basilares para o uso da internet no Brasil, com o objetivo precípuo de salvaguardar o direito à liberdade de expressão dos usuários brasileiros.

Indo além, boa ou ruim, a opção legislativa apaziguou a desproporcional insegurança jurídica que o país experimentava sobre o tema, variando desde a aplicação de um regime de responsabilidade objetiva para os provedores de aplicações pelos conteúdos de terceiros até a ausência integral de responsabilização dessas empresas.

Entretanto, nem tudo são glórias. Primeiramente, na elaboração de novas legislações mediante mecanismos participativos on-line, como foi o caso pioneiro do MCI, é preciso repensar novos desenhos que permitam a participação de um número mais abrangente de cidadãos, inclusive a partir de perfis plurais no tocante a recortes populacionais sensíveis como renda, gênero, região de origem, entre outros (Freitas; Fiuza; Queiroz, 2015).

Segundo, o MCI deixou importantes lacunas/deficiências regulatórias (Melo, 2016). Para os fins deste trabalho, cujo enfoque

é o direito à liberdade de expressão, é cada vez mais visível a crítica elaborada por Clara Iglesias Keller, Laura Schertel Mendes e Victor Oliveira Fernandes (2023, p. 83-84) no sentido de que o regime de responsabilidade civil adotado pelo art. 19 do MCI “[...] não está apto, por si, para garantir uma governança democrática de conteúdo on-line”, pois — na prática — confere demasiado poder à moderação de conteúdo realizada pelas empresas privadas que disponibilizam as chamadas “redes sociais”.

Assim, é crucial que o Brasil avance na moderna agenda de discussão sobre regulação das plataformas digitais e governança democrática do conteúdo on-line. Isso, mediante a formulação de políticas regulatórias e a promulgação de marcos normativos que, por um lado, não desnaturem a experiência bem-sucedida do Marco Civil da Internet, sobretudo no tocante à proteção à livre expressão e à sua construção participativa e multissetorial. Porém que, por outro, possam atualizá-lo para endereçar os novos desafios sociais e jurídicos relacionados às mudanças político-econômicas e ao desenvolvimento tecnológico ocorridos nessa sua década de existência (Keller; Mendes; Fernandes, 2023, p. 84).

Atualmente, a principal iniciativa legislativa brasileira nesse sentido é o PL 2630/2020 que pretende instaurar uma “Lei de Liberdade, Transparência e Responsabilidade na Internet” e, após sua aprovação no Senado Federal em junho de 2020, encontra-se em debate perante a Câmara dos Deputados.

A prescrição de possíveis caminhos para superar os desafios apontados ou guiar o referido PL está fora do escopo deste trabalho. No entanto, desde já, é importante pontuar a importância de que eventuais novas políticas regulatórias ou novos marcos normativos observem o processo de construção e o conteúdo substancial de documentos normativos que surgiram no cenário internacional nesses últimos anos, tais como: a chamada *NetzDG* alemã, o *Online Safety Act* britânico, o Regulamento Serviços Digitais da União Europeia, as Diretrizes da Unesco para regulação das plataformas digitais, entre outros.

Esse aprendizado recíproco não significa mero transplante acrítico dos dispositivos previstos em legislações de países do Norte Global ou de documentos internacionais. Pelo contrário, é preciso incorporar as críticas direcionadas a essas normas e, acima de tudo, discuti-las a partir das particularidades do contexto brasileiro.

Por fim, é relevante também ponderar os acertos e os equívocos de recentes iniciativas brasileiras sobre o tema como, por exemplo, a rejeitada Medida Provisória nº 1.068/2021 e a polêmica Portaria nº 351/2023 do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

## REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack M. How rights change: freedom of speech in the digital era. *Sydney Law Review*, v. 26, n. 1, p. 5-16, 2004. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/1734>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BALKIN, Jack M. The future of free expression in a digital age. *Pepperdine Law Review*, v. 36, n. 1, p. 427-444, 2008. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol36/iss2/9/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: Big Data, private governance and new school speech regulation. *UC Davis Law Review*, v. 51, n. 3, p. 1148-1210, 2018. Disponível em: [https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3\\_Balkin.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3_Balkin.pdf). Acesso em: 21 nov. 2023.

BRAUN, Caroline; MARTINS, Rafael D'Errico. O Marco Civil da Internet — a guarda e fornecimento de registros por provedores de conexão e de acesso a aplicações de internet: limites legais e questões probatórias. In: ARTESE, Gustavo (coord.). *Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CALLAMARD, Agnès. Accountability, transparency, and freedom of expression in Africa. *Social Research: an International Quarterly*, v. 77, n. 4, p. 1211-1240, 2010. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/4d9428912.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2023.

CORREA, Adriana Espíndola; LANA, Alice de Perdigão. Revenge Porn e o Corpo Exposto nas Decisões do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 98, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.5240>. Acesso em: 30 nov. 2023.

CRUZ, Francisco Carvalho Brito. *Direito, democracia e cultura digital: a experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet*. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-08042016-154010/en.php>. Acesso em: 21 nov. 2023.

DENARDIS, Laura. Multistakeholderism: the Internet governance challenge to democracy. *Harvard International Review*, v. 24, n. 4, p. 40-44, 2013.

FONSECA, Gabriel Campos Soares da. *O mercado de ideias: liberdade de expressão, plataformas digitais e regulação da internet*. 105 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/25489>. Acesso em: 30 nov. 2023.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela. *Responsabilidade civil dos provedores de internet: a liberdade de expressão e o art. 19 do Marco Civil*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/340656/responsabilidade-civil-dos-provedores-de-internet>. Acesso em: 30 nov. 2023.

FREITAS, Christiana; FIUZA, Fernanda; QUEIROZ, Fernanda. Os desafios ao desenvolvimento de um ambiente para participação política digital: o caso de uma comunidade virtual legislativa do projeto e-democracia no Brasil. *Organizações & Sociedade*, v. 22, p. 639-657, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revistaoes/article/view/9296>. Acesso em: 21 nov. 2023.

HOLSTON, James. Come to the street! Urban protest — Brazil 2013. *Anthropological Quarterly*, v. 87, n. 3, p. 887-900, 2014.

KELLER, Clara Iglesias. Policy by judicialisation: the institutional framework for intermediary liability in Brazil. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 35, n. 3, p. 185-203, 2021. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13600869.2020.1792035>. Acesso em: 30 nov. 2023.

KELLER, Clara Iglesias; MENDES, Laura Schertel; FERNANDES, Victor. Moderação de conteúdo em plataformas digitais: caminhos para a regulação no Brasil. *Cadernos Adenauer*, São Paulo, v. XXIV, n. 1, 2023.

LEMOS, Ronaldo. Feet on the ground: Marco Civil as an example of multistakeholderism in practice beyond NETmundial. In: DRAKE, William J.; PRICE, Monroe (eds.). *Beyond NETmundial: the roadmap for institutional improvements to the global Internet governance*. Center for Global Communication Studies, 2014. p. 62-64. Disponível em: [https://cdt.org/wp-content/uploads/2014/09/BeyondNETmundial\\_FINAL.pdf](https://cdt.org/wp-content/uploads/2014/09/BeyondNETmundial_FINAL.pdf). Acesso em: 21 nov. 2023.

LEMOS, Ronaldo; STEIBEL, Fabro; SOUZA, Carlos Affonso; NOLASCO, Juliana. *A bill of rights for the Brazilian Internet ("Marco Civil")*: a multistakeholder policymaking case. Plubixphere, 2015. Disponível em: [https://publixphere.net/i/noc/page/IG\\_Case\\_Study\\_A\\_Bill\\_of\\_Rights\\_for\\_the\\_Brazilian\\_Internet.html](https://publixphere.net/i/noc/page/IG_Case_Study_A_Bill_of_Rights_for_the_Brazilian_Internet.html). Acesso em: 21 nov. 2023.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14). *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 110, n. 1, p. 155-176, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115489>. Acesso em: 21 nov. 2023.

MELO, Mariana Cunha. *The "Marco Civil da Internet" and its unresolved issues: free speech and due process of law*. Curitiba: Editora CRV, 2016.

MEINERO, Fernanda S.; DALZOTTO, Júlia V. A responsabilidade civil dos provedores de internet nos casos de pornografia de vingança. *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa*, v. 13, n. 1, p. 1-30, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11066>. Acesso em: 30 nov. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, jan./abr. 2020.

O'MALEY, Daniel Patrick. *Networking democracy: Brazilian Internet freedom activism and the influence of participatory democracy*. Tese (Doutorado em Antropologia) — Vanderbilt University, Nashville, 2015. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2757853](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2757853). Acesso em: 21 nov. 2023.

QUEIROZ, João Quinelato. *Responsabilidade civil na rede: danos e liberdade à luz do Marco Civil da Internet*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

SALDÍAS, Osvaldo. *Coded for Export! The Contextual Dimension of the Brazilian Marco Civil da Internet*. Berlin: HIIG Discussion Paper Series, 2014. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2526117](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2526117). Acesso em: 21 nov. 2023.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton et al. (orgs.). *Direito e Internet III — Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SOLAGNA, Fabrício. *A formulação da agenda e o ativismo em torno do Marco Civil da Internet*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) — Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/117545>. Acesso em: 21 nov. 2023.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no marco civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton et al. (orgs.). *Direito & Internet III — Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editora Associada, 2016.

SOUZA, Carlos Affonso; STEIBEL, Fabro; LEMOS, Ronaldo. Notes on the creation and impacts of Brazil's Internet Bill of Rights. *The theory and practice of legislation*, v. 4, n. 3, p. 1-22, 2017. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/20508840.2016.1264677>. Acesso em: 30 nov. 2023.

TEFFÉ, Chiara Antônia S. de. Responsabilidade civil e liberdade de expressão no Marco Civil da Internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. *Revista de Direito Privado*, v. 16, n. 63, p. 59-83, jul./set. 2015.

THOMPSON, Marcelo. Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v261.2012.8856>. Acesso em: 21 nov. 2023.

THOMPSON, Marcelo. Beyond Gatekeeping: The Normative Responsibility of Internet Intermediaries. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, v. 18, n. 4, p. 783-848, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/jetlaw/vol18/iss4/4/>. Acesso em: 30 nov. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Diretiva 2000/31/CE, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno ("Directiva sobre o comércio electrónico")*. 8 jun. 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>. Acesso em: 21 nov. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Diretiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE*. 17 abr. 2019. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>. Acesso em: 21 nov. 2023.

VERONESE, Alexandre. *Article 13 and the vigilance dilemma, UNIO — The oficial blog: thinking and debating Europe*. 7 jan. 2019. Disponível em: <https://officialblogofunio.com/2019/01/07/editorial-of-january-2019>. Acesso em: 21 nov. 2023.

VERONESE, Alexandre; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Interesses empresariais e divergências no processo de construção do Marco Civil da Internet: uma análise crítica a partir de entrevistas de campo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 59, p. 12-65, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1224>. Acesso em: 30 nov. 2023.

VERONESE, Alexandre; BRAGA, Rafaela Valentina Ferreira. Uma nova regulação dos direitos autorais no ciberespaço: o artigo 17 da Diretiva de Direitos de Autor no Mercado Único Digital da União Europeia. In: FARRANHA, Ana Claudia (org.). *Direito ao acesso à informação: perspectivas no âmbito da tecnologia e da governança digital*. Campinas: Pontes Editores, 2022. p. 211-226.

ZINGALES, Nicolo. The Brazilian approach to internet intermediary liability: blueprint for a global regime? *Internet Policy Review*, v. 4, n. 4, 2015. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/brazilian-approach-internet-intermediary-liability-blueprint-global-regime>. Acesso em: 21 nov. 2023.



# SOBRE OS AUTORES E AS AUTORAS

## ALEXANDRE VERONESE

Professor associado de Teoria Social e do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IUPERJ). Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pesquisador associado do Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da Universidade de Brasília (CCOM/UnB) e do Centro de Excelência Jean Monnet sobre Cidadania Digital e Sustentabilidade Tecnológica da Universidade do Minho (UMinho, Portugal).

## ANA PAULA MOTTA COSTA

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Vice-diretora da Faculdade de Direito da UFRGS (2020-2024). Pós-doutora em Criminologia e Justiça Juvenil junto ao Center for the Study of Law and Society (Berkeley Law) da Universidade da Califórnia (EUA). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Advogada e socióloga.

## ANTONELLA GALINDO

Professora associada da Faculdade de Direito do Recife/ Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e doutora em Direito pela UFPE/ Universidade de Coimbra-Portugal (PDEE). Também vice-coordenadora da graduação em Direito da UFPE e presidente da Comissão de Direito Constitucional da Ordem dos Advogados de Pernambuco (OAB/PE). É mulher trans e seu nome de nascimento foi Bruno Galindo, nome sob o qual está registrada a maioria de seus textos (livros, artigos e demais) já publicados.

## **CECÍLIA CABALLERO LOIS**

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), mestre e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi professora dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da UFSC. Em 2011, tornou-se professora titular em Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Foi bolsista produtividade do CNPq e coordenava o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ.

## **FABIANO ENGELMANN**

Professor titular de Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), coordena o Núcleo de Estudos em Elites, Justiça e Poder Político (NEJUP/UFRGS).

## **GABRIEL CAMPOS SOARES DA FONSECA**

Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador associado ao Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da Universidade de Brasília (CCOM/UnB). Coordenador de Pesquisa e Inovação no Centro de Direito, Internet e Sociedade do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (CEDIS/IDP). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Ex-chefe de Gabinete, assessor especial e assessor de Ministro na Presidência do Supremo Tribunal Federal (2020-2022).

## **GISELE CITTADINO**

Professora associada da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bolsista I-C em Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

## **KATYA KOZICKI**

Professora titular de Teoria do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e da Universidade Federal do Paraná (UFPR) nos programas de graduação e pós-graduação em Direito. Coordenadora do Centro de Estudos da Constituição, CCONS/PPGD/UFPR. Pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

## **MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA**

Professor titular de Direito Constitucional e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bolsista produtividade do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) (1D). Mestre e doutor em Direito (UFMG). Pós-doutor em Teoria do Direito (Roma TRE).

## **MARIA DA GLORIA BONELLI**

Professora titular sênior do Departamento de Sociologia da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) e pesquisadora produtividade do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Realiza pesquisas em profissões jurídicas, gênero e diferenças.

## **MARIA PIA GUERRA**

Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

## **MARÍLIA DE NARDIN BUDÓ**

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e professora na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

## **PABLO DOMINGUES DE MELLO**

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e advogado.

## **ROBERTA CAMINEIRO BAGGIO**

Professora associada da graduação e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

## **ROGER RAUPP RIOS**

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e desembargador Federal do TRF4 — Porto Alegre/RS.

## **STANLEY SOUZA MARQUES**

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

## **VANESSA DORNELES SCHINKE**

Professora adjunta do curso de Direito da Universidade Federal do Pampa (Unipampa). Pós-doutora pelo Departamento de Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Coordenadora do Núcleo do Pampa de Criminologia no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

## **VERA KARAM DE CHUEIRI**

Professora titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná (UFPR) nos programas de graduação e pós-graduação em Direito. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR (PPGD/UFPR). Membro do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia, CCONS/PPGD/UFPR. Pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

## **YNGRID ALGARVE VIZZOTTO**

Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).



---

Livro disponibilizado no site da Editora UFPR, em dezembro de 2025.

---

