



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 60

238

abril a junho de 2023

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2023 – 2024

Senador Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE

Senador Veneziano Vital do Rêgo

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Rodrigo Cunha

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Rogério Carvalho

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Weverton

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Chico Rodrigues

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Styvenson Valentim

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senadora Mara Gabrilli

Senadora Ivete da Silveira

Senador Dr. Hiran

Senador Mecias de Jesus



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 60

238

abril a junho de 2023

SENADO FEDERAL





MISSÃO

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito e de Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, conseqüentemente, em debate no Congresso Nacional.

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Gustavo A. Sabóia Vieira

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Rafael A. Chervenski da Silva

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Britto Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Britto Vieira. EDITOR EXECUTIVO: Raphael Melleiro. GESTÃO DE SUBMISSÃO: Glaucia Cruz. REVISÃO: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO: Gilmar Rodrigues e Rejane Campos. Não são objeto de revisão artigos ou segmentos de texto redigidos em língua estrangeira.

POLÍTICA DE ACESSO E DIREITO DE USO: A RIL oferece acesso aberto livre a seu conteúdo (disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/>), sendo publicada sob uma licença Creative Commons na modalidade “atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença” (CC BY-NC-SA 3.0 BR).

INDEXADORES: Diadorim – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras, EZB – Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Google Scholar, Ibict CCN – Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas, Latindex, Livre – Revistas de Livre Acesso, Portal de Periódicos Capes, Redib – Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas, Ulrichsweb.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal. – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília, DF : Senado Federal, 1964-.

Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835X (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 8, Mezanino, Setor 11
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Florivaldo Dutra Araújo, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luis Fernando Barzotto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Octavio Campos Fischer, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wremyr Sciar, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

PARECERISTAS

Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Ma. Aline Vitalis, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, Joinville, SC, Brasil / Dr. Alvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Andre Vicente Pires Rosa, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Rede Metodista de Educação, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antonio Teixeira de Barros, Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Me. Ariel Engel Pessa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Arthur Cristóvão Prado, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Gomes Borges da Fonseca, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, Brasil / Me. Caio Alexandre Capelari Anselmo, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil / Me. Caio Gentil Ribeiro, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Augusto Daniel Neto, Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. César Augusto Baldi, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Cachoeira do Sul, RS, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Daniel Bogéa, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Fabiano da Silva Pereira, Universidade da Amazônia, Belém, PA, Brasil / Dra. Fabíola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando César Costa Xavier, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. Francisco Humberto Cunha Filho, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Francisco Lisboa Rodrigues, Faculdade Terra Nordeste, Caucaia, CE, Brasil / Dr. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro, Centro Universitário de Lavras, Lavras, MG, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procuradoria da República de São Paulo, Marília, SP, Brasil / Me. João Paulo Medeiros de Araújo, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. José Carlos

Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Filomeno de Moraes Filho, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Juliana Teixeira Esteves, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Ma. Layla Salles McClaskey, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério da Economia, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Leonardo Geliski, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Leonardo Netto Parentoni, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Leonel Pires Ohlweiler, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Ma. Lorena Abbas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Lucas Fucci Amato, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luciano Moreira de Oliveira, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Marcelo Casseb Continentino, Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Marcelo Leonardo Tavares, Justiça Federal, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marciano Seabra de Godoi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcio Camargo Cunha Filho, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcio Ricardo Staffen, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Ma. Maria Angélica dos Santos, Universidade Salgado de Oliveira, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Maria Inês Caetano Ferreira, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cachoeira, BA, Brasil / Me. Maurício Buosi Lemes, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dra. Nina Trícia Disconzi Rodrigues, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Onofre Alves Batista Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Orione Dantas de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, RN, Brasil / Dr. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dra. Patrícia Silva de Almeida, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Santa Salete, SP, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Fernando Soares Pereira, Advocacia-Geral da União, São Luís, MA, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Me. Rafael Borges de Souza Bias, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Rafael Fonseca Ferreira, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Ravi de Medeiros Peixoto, Procuradoria Geral do Município de Recife, Recife, PE, Brasil / Dra. Regina Stela Corrêa Vieira, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dr. Ricardo Victor Ferreira Bastos, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dra. Roberta Simões Nascimento, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecedes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Rubia Carneiro Neves, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Ma. Suzana Maria Fernandes Mendonça, Grace Mendonça Advogados, Brasília, DF, Brasil / Dra. Tarsila Ribeiro Marques Fernandes, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Thales Torres Quintão, Instituto Guaicuy, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Victor Carvalho Pinto, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Wagner Artur de Oliveira Cabral, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauri, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wilson Coimbra Lemke, Faculdade Pio XII, Caraciaca, ES, Brasil

AUTORES

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno é doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Emmanuel Pedro Ribeiro é mestre em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Campina Grande, PB, Brasil; mestre em Filosofia pela UFPB, João Pessoa, PB, Brasil; ex-professor de Sociologia Geral e Jurídica da Universidade Estadual da Paraíba e do Centro Universitário de João Pessoa, PB, Brasil. / Jacques A. Wainberg é doutor pela Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor titular dos programas de graduação e pós-graduação da Escola de Comunicação e Artes da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; pesquisador do CNPq. / Jair Aparecido Cardoso é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre e graduado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil. / João Paulo Souza Rodrigues é mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Itaúna, Itaúna, MG, Brasil; especialista em Compliance e Integridade Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera, Divinópolis, MG, Brasil; professor da graduação em Direito da Faculdade Pitágoras de Divinópolis, Divinópolis, MG, Brasil; advogado. / José Emílio Medauar Ommati é doutor e mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Serro, MG, Brasil; professor do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Universidade de Itaúna, Itaúna, MG, Brasil. / José Tadeu Fanis Júnior é mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. / Júlio Aguiar de Oliveira é doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Lise Tupiassu é doutora e mestra em Direito Público pela Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, França; mestra em Direito Tributário pela Université Paris 1 Panthéon/Sorbonne, Paris, França; mestra em Instituições Jurídico-políticas pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Belém, PA, Brasil; *visiting scholar* na Columbia University, Nova Iorque, EUA; professora da UFPA e do Centro Universitário do Pará, Belém, PA, Brasil; procuradora federal. / Luiz Carlos Goiabeira Rosa é doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; professor dos programas de graduação e pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil. / Milla Christi Pereira da Silva é mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil; pós-graduada *lato sensu* em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, São Paulo, SP, Brasil; pós-graduada *lato sensu* em Direito Sociário e Contratos Empresariais pela Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil; pós-graduada *lato sensu* em Direito Urbanístico e Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; advogada. / Rodrigo Monteiro Pessoa é doutor em Direito pela Universidad de Chile, Santiago, Chile; mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil; especialista em Direito Previdenciário pela Uniderp, Ribeirão Preto, SP, Brasil; pós-doutorando em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil. / Rogério Alexandre de Oliveira Castro é doutor em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Educação, Administração e Comunicação pela Universidade São Marcos, São Paulo, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; advogado. / Sílvia Mugnatto Macedo é doutora em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestra em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; graduada em jornalismo pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; analista legislativa, técnica em comunicação social da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. / Simone Cruz Nobre é mestra em Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, PA, Brasil; doutoranda em Direito na Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil, em regime de cotutela com a Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne (École Doctorale de Droit de la Sorbonne), Paris, França; auditora fiscal de Receitas Estaduais do Pará, Belém, PA, Brasil. / Thais Onofre Caixeta de Freitas é mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil; pós-graduada *lato sensu* em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-graduada *lato sensu* em Direito Imobiliário pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogada. / Valter Rodrigues de Carvalho é doutor e mestre em Ciência Política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor, pesquisador e consultor.

Sumário

- 11 **As condições e a estrutura da ponderação de princípios na Teoria Discursiva do Direito**
O STF realmente pondera?
Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
Júlio Aguiar de Oliveira
- 33 **Constituição, Constituinte exclusiva e reforma do sistema representativo**
Procedimentos, veto *players* e mudanças constitucionais
Valter Rodrigues de Carvalho
- 59 **A batalha entre os Poderes no Estado constitucional contemporâneo**
Crise da democracia e o paradigma da separação dos Poderes
José Tadeu Fanis Júnior
- 79 **Retrocesso social na reforma da aposentadoria especial operada pela EC nº 103/2019**
Uma análise crítica
Rodrigo Monteiro Pessoa
Jair Aparecido Cardoso
Rogério Alexandre de Oliveira Castro
- 107 **Racionalidade e integridade do Direito**
Proselitismo jurisdicional e a ADPF 701
João Paulo Souza Rodrigues
José Emílio Medauar Ommati
- 123 **Democracia, direitos humanos e cultura política de esquerda no Brasil**
Um diálogo com Luciano Oliveira
Emmanuel Pedro Ribeiro
- 147 **Nostalgia e império**
Política e emoções coletivas
Jacques A. Wainberg
- 165 **O espaço deliberativo nas audiências públicas das comissões permanentes da Câmara dos Deputados**
Sílvia Mugnatto Macedo

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

189 A solidariedade como fator de reequilíbrio contratual nas relações de consumo atingidas pela pandemia da Covid-19

Luiz Carlos Goiabeira Rosa

Milla Christi Pereira da Silva

Thaís Onofre Caixeta de Freitas

209 A (in)compatibilidade entre a desoneração das operações com minérios destinadas ao comércio exterior e a redução da desigualdade regional

Simone Cruz Nobre

Lise Tupiassu

As condições e a estrutura da ponderação de princípios na Teoria Discursiva do Direito

O STF realmente pondera?

ALEXANDRE TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO
JÚLIO AGUIAR DE OLIVEIRA

Resumo: O artigo reconstrói a estrutura e as condições da ponderação conforme a Teoria Discursiva do Direito concebida por Robert Alexy, especialmente em sua Teoria dos Princípios, e verifica se essas condições estão presentes na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF). Ao fim dessa investigação, conclui que a Teoria dos Princípios de Alexy não é de fato aplicada no STF, razão pela qual não pode ser responsabilizada por decisões arbitrárias ou decisões com déficit de fundamentação exaradas por ele.

Palavras-chave: Teoria dos Princípios; condições da ponderação; Robert Alexy.

Conditions and structure of balancing principles according to the discourse theory of law: is there really balancing at STF?

Abstract: This paper reconstructs the structure and the conditions of balancing as they appear in Robert Alexy's Discourse Theory of Law, particularly in his Principles' Theory. It checks whether these conditions are met within the practice of the Brazilian Supreme Court (STF). The conclusion is that Alexy's Principles' Theory cannot be held accountable for problems of legal application in Brazil, for such theory is not in fact applied in STF.

Keywords: Principles' Theory; conditions of balancing; Robert Alexy.

Recebido em 12/8/22
Aprovado em 1/11/22

1 Introdução

Desde a segunda metade do século XX, a ponderação de princípios tem desempenhado papel de destaque na aplicação do Direito na Alemanha. Com base nessa experiência, Robert Alexy desenvolveu uma Teoria dos Princípios que discute e reconstrói teoricamente a prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* (BVerfG)). O objeto dessa Teoria é, portanto, a jurisprudência do BVerfG, sobretudo no que diz respeito à aplicação das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais. Em virtude de sua capacidade de reconstruir o modelo decisório alemão, a Teoria dos Princípios tem repercutido em vários países, incluindo o Brasil.¹ Em tempos recentes, é comum encontrar, em julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), referências a conceitos, estruturas, fórmulas e autores da Teoria dos Princípios alemã, em cujo centro se encontra a ponderação de princípios.

De acordo com essa teoria, os princípios implicam a ponderação, e a ponderação implica a existência de princípios. Isso significa não só que, havendo princípios (no sentido da Teoria dos Princípios de Alexy), deve haver ponderação – e, acima de tudo, só pode haver ponderação se há princípios. Neste artigo, investigaremos quais são, de acordo com Alexy, as condições necessárias para a ponderação de princípios. Pretendemos demonstrar que, embora algumas dessas condições estejam presentes no Brasil, outras não estão, motivo por que não pode ser aceita a frequente alegação de “aplicação” da ponderação de princípios pelo STF. Na origem dessa incorreta alegação estão presentes, em nosso entendimento, compreensões equivocadas a respeito tanto de como se desenvolve uma teoria quanto da função que ela desempenha. Na Alemanha, a Teoria dos Princípios, sobretudo na forma desenvolvida por Alexy, por um lado, parte de conceitos e estruturas da Filosofia prática e da Ciência do Direito; mas, por outro, baseia-se numa prática decisória institucional – a do BVerfG. É justamente essa ancoragem na realidade institucional da prática judicativa do BVerfG que confere à teoria a capacidade de reconstruir analiticamente a práxis decisória alemã sem, contudo, afastar-se do modo como o BVerfG de fato julga. No Brasil, não há a construção de uma teoria com base num compromisso com a reconstrução da prática judicante do STF, mas a simples importação da teoria alemã. A Teoria

¹ Como exemplo dessa influência global da Teoria dos Princípios pode-se citar o fato de a obra *Teoria dos direitos fundamentais*, de Robert Alexy, ter sido traduzida em várias línguas, como espanhol (1993; 2ª reimpressão 2001; nova tradução 2007), inglês (2002; 2ª reimpressão 2004; reimpressão em brochura 2010), coreano (2007), português (2008; 2ª edição 2011; 5ª reimpressão 2017), polonês (2010), italiano (2012). Inúmeros artigos de Alexy sobre a Teoria dos Princípios têm sido traduzidos para o inglês, espanhol, português, italiano, coreano, chinês, japonês etc.

dos Princípios é importada não apenas sem o cuidado básico com sua adequação ao contexto local, como também sem a verificação cuidadosa da existência real das condições de aplicação. Dito de outra forma: na Alemanha a teoria é fundada na análise da prática jurisprudencial do BVerfG, ao passo que no Brasil a teoria alicerçada na prática jurisprudencial alemã é “aplicada” pelo STF sem os devidos ajustes e, o que é mais grave, sem observar o conjunto completo de condições essenciais da própria teoria. Desse modo, se na Alemanha a função da Teoria dos Princípios é tornar possível uma compreensão inteligível da prática jurisprudencial e a construção de uma dogmática coerente relativa a direitos fundamentais, no Brasil um simulacro da Teoria dos Princípios tem por função construir uma fundamentação pretensamente racional de uma prática jurisprudencial bem carente de racionalidade.

Não é nova a constatação de que a Teoria dos Princípios tem sido aplicada no Brasil sem o rigor técnico originário.² Moraes (2016, p. 249), por exemplo, afirma que “o que se vê no STF é apenas um simulacro da teoria de Robert Alexy” e que a proporcionalidade é uma espécie de disfarce para a manifestação da discricionariedade do julgador (MORAIS, 2016, p. 250).³ No entanto, embora esteja correto ao qualificar como simulacro a Teoria dos Princípios no contexto de sua aplicação pelo STF, Moraes equivoca-se quando atribui à Teoria dos Princípios, e não a um seu simulacro, a função de disfarce para a manifestação da discricionariedade do julgador (OLIVEIRA, 2016, p. 146, 151-152).

O caminho seguido e o objetivo a ser buscado neste artigo são, porém, diferentes dos das críticas já realizadas. Pretendemos aqui reconstruir analiticamente a estrutura e as condições da ponderação para, num segundo momento, verificar se, e em que medida, essas condições estão presentes na prática jurisprudencial do STF.

Com a finalidade de cumprir esse objetivo, começaremos com uma explicação geral da Teoria Discursiva do Direito de Robert Alexy, na qual se insere a Teoria dos Princípios (seção 2). Em seguida (seção 3),

² Ver trabalho pioneiro de Silva (2002).

³ Recentemente, Poscher (2020, p. 137) voltou a defender a antiga crítica de que a Teoria dos Princípios de Alexy concederia poder demais aos juízes. Dessa vez, ele a conecta a uma pobre tradição em Direitos Fundamentais de algumas culturas jurídicas, o que ocorreria na Ásia e na América do Sul. Após isso, cita especificamente o Brasil, onde, segundo ele, “os juízes não perdem o seu tempo decifrando a complexa legislação social, confiando antes na ponderação de princípios constitucionais e decidindo casos com base em seus caprichos pessoais” (POSCHER, 2020, p. 137, tradução nossa); no original: “Judges do not waste their time deciphering complex social legislation but rather rely on balancing constitutional principles and deciding cases on the basis of their own personal whims”. Contra o argumento de Poscher de que a teoria de Alexy tem feito um grande estrago no Brasil, pode-se apresentar exatamente a mesma objeção apontada contra a conclusão de Moraes (2016): como no País o que se aplica não é Teoria dos Princípios, mas um simulacro dela, não se pode deduzir que o fato de juízes muitas vezes ultrapassarem os limites de seus poderes decorre da Teoria dos Princípios, já que ela não é de fato aplicada no Brasil.

segundo a Teoria dos Princípios de Alexy, serão apontadas as condições necessárias para a ponderação de princípios. Na seção 4, analisaremos rapidamente se, e em que medida, essas condições estão presentes na prática do STF. E, na conclusão (seção 5), analisaremos alguns efeitos da aplicação da Teoria dos Princípios no Brasil sem que as condições necessárias à sua efetivação estejam presentes.

2 A Teoria dos Princípios de Robert Alexy no contexto de sua Teoria Discursiva do Direito

A Teoria dos Princípios de Alexy insere-se no contexto de sua teoria, um sistema abrangente de conhecimento que engloba tanto o conceito quanto a aplicação do Direito: a Teoria Discursiva do Direito. A fim de se identificarem as condições necessárias para a realização da ponderação de princípios, é preciso compreender a Teoria dos Princípios no contexto da Teoria Discursiva do Direito. Uma compreensão da Teoria dos Princípios fora desse contexto impede a identificação completa das condições necessárias para a ponderação. Por isso, serão identificados a seguir os elementos centrais da Teoria Discursiva do Direito de Alexy.

2.1 Os elementos fundamentais da Teoria Discursiva do Direito de Alexy

A obra de Alexy é consideravelmente vasta, tendo sido elaborada durante mais de quarenta anos. É constituída basicamente por três livros monográficos e mais de 140 artigos, alguns deles reunidos em coletâneas publicadas em alemão e em outras línguas. As três obras monográficas são a *Teoria da argumentação jurídica*, publicada em 1978 (ALEXY, 1996, 2011), a *Teoria dos direitos fundamentais*, em 1985 (ALEXY,

1994b, 2008), e *Conceito e validade do Direito*, em 1992 (ALEXY, 1992a). A cada uma delas corresponde um elemento fundamental de sua Teoria Discursiva do Direito: o primeiro deles é o discurso jurídico, tematizado na *Teoria da argumentação jurídica*; o segundo é a Teoria dos Direitos Fundamentais (destacando-se a Teoria dos Princípios), tematizada na *Teoria dos direitos fundamentais*; e o conceito de *Direito*, tematizado em *Conceito e validade do Direito*.⁴ Esses elementos fundamentais precisam ser explicados.

2.2 A argumentação jurídica ou discurso jurídico

A teoria do discurso jurídico foi desenvolvida por Alexy, sobretudo na *Teoria da argumentação jurídica*, obra em que procura desenvolver uma metodologia de aplicação do Direito que transcenda à subsunção. Como metodologia de aplicação, a subsunção seria insuficiente. Alexy (1996, p. 17, 2011, p. 19) apresenta quatro razões que justificam essa constatação: a vagueza do Direito, a possibilidade de conflitos entre normas, a existência de casos para os quais não pode ser encontrada uma norma jurídica e a necessidade de decisões *contra legem*.

Segundo Alexy, um juízo jurídico que decorre logicamente de um conjunto de normas válidas e proposições empíricas pode ser considerado fundamentável com base nessas normas e nessas proposições empíricas. Todavia, nos casos em que um juízo não decorre logicamente de tal conjunto de normas válidas e de determinadas proposições empíricas, surge a questão sobre como esse juízo pode ser fundamentado. Segundo Alexy (1996, p. 18, 2011, p. 20), esse é o problema fundamental da metodologia jurídica.

Supondo-se que há casos em que a decisão não pode ser logicamente fundamentada nos

⁴ Klatt (2012), por exemplo, fala em três “pilares”.

meios geralmente disponíveis – normas válidas, proposições normativas adicionais, premissas empíricas e regras da metodologia jurídica –, apresenta-se, para aquele que tem o dever de decidir, uma margem de manobra⁵ para escolher a solução (ALEXY, 1996, p. 22, 2011, p. 23). A escolha de uma das opções envolve um juízo de valor, o que, segundo Alexy (1996, p. 23, 2011, p. 23-24), é reconhecido por praticamente todos os autores envolvidos na discussão sobre a metodologia jurídica.

Para criar uma proposta de fundamentação de juízos de valor e de dever, Alexy (1996, p. 31-32, 2011, p. 30-31) sugere partir das discussões modernas sobre a Ética, a Filosofia contemporânea da linguagem e o desenvolvimento da Teoria da Argumentação, para discuti-las de forma crítica e aplicá-las ao Direito. Nessa investigação, a atividade linguística relacionada à correção de afirmações normativas é denominada *discurso prático geral*, e o discurso jurídico é considerado um caso especial desse discurso prático geral (ALEXY, 1996, p. 32, 2011, p. 31).

No âmbito do discurso prático geral, Alexy (1996, p. 234-257, 2011, p. 187-205) apresenta um conjunto de regras e formas de argumentos que, juntos, devem ser capazes de garantir a correção da fundamentação de juízos de valor e de dever. A observância dessas regras do discurso (que não têm como ser analisadas aqui) não garante que o discurso prático geral sempre torne possível um consenso sobre uma questão prática, mas aumenta a possibilidade de que isso aconteça. Quando as regras do discurso tornam possível excluir determinados juízos de valor e de dever – por exemplo, regras impondo o *status* de escravo

a algumas pessoas –, pode-se falar em *necessidade* e *impossibilidade* discursivas. Há casos, contudo, em que duas sentenças normativas incompatíveis podem ser fundamentadas sem violar as regras do discurso. Esses casos são os de *possibilidade discursiva*. Tal limite do discurso prático geral – ou seja, a impossibilidade de ele dar uma solução para todos os casos – fundamenta a necessidade de regras jurídicas e de um discurso jurídico (ALEXY, 1996, p. 256-257, 2011, p. 204-205). De todo modo, no âmbito do discurso prático geral, não se discute se uma ação é juridicamente correta, mas se é correta em termos práticos gerais. A correção jurídica de uma ação é analisada no campo do discurso jurídico.

Para Alexy, a questão sobre o que diferencia a argumentação jurídica da argumentação prática geral é um dos problemas centrais da teoria do discurso. A tese que ele defende é a de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, o que significa que o discurso jurídico é uma forma de discurso prático geral que se desenvolve mediante determinadas condições (ALEXY, 1996, p. 263, 2011, p. 210-211).

A tese do caso especial defende que o discurso jurídico, assim como o discurso prático geral, ocupa-se de questões práticas (levantando, como no discurso prático geral, uma pretensão de correção). Contudo, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, no caso específico do discurso jurídico há condições determinadas pelo vínculo ao Direito válido (ALEXY, 1996, p. 263, 2011, p. 210-211) – isto é, à lei, à ciência do Direito (dogmática) e aos precedentes, bem como a regras processuais no caso da discussão em juízo.

2.3 A Teoria dos Princípios Jurídicos

Alexy começou a desenvolver sua Teoria dos Princípios num artigo publicado em 1979, denominado *Sobre o conceito de princípio jurídico*

⁵No original figura o termo *Spielraum* (ALEXY, 1996, p. 22); na edição em português, *campo de ação* (ALEXY, 2011, p. 23), que será traduzido aqui como *margem de manobra*. Na edição em inglês da *Teoria da argumentação jurídica*, a palavra foi traduzida como *discretion*, que em português corresponde a *discricionariedade* ou *poder discricionário*; ver Alexy (2010, p. 5).

(ALEXY, 1979, 2014f). Contudo, seu texto inicial mais marcante sobre a Teoria dos Princípios é o Capítulo III de *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 1994b, 2008). Como o objetivo desta exposição não é apresentar um desenvolvimento histórico completo da Teoria dos Princípios de Alexy, mas identificar seus principais elementos, limitaremos a abordagem a algumas marcas essenciais da teoria, apresentadas em *Teoria dos direitos fundamentais*.

Para Alexy (1994b, p. 75-76, 2008, p. 90-91), “o ponto decisivo para se distinguir regras de princípios é que princípios são comandos que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas”. Em outros termos: “são comandos de otimização, caracterizados por poderem ser cumpridos em graus diversos”, e pelo fato de o grau desse cumprimento “depender não apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. Essas possibilidades jurídicas “são determinadas por princípios e regras colidentes”. Regras, por outro lado, “são normas que podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Quando uma regra é válida, é então comandado fazer exatamente o que ela exige, nem mais e nem menos”. Regras conteriam determinações precisas no âmbito daquilo que é possível sob os pontos de vista fático e jurídico (ALEXY, 1994b, p. 76, 2008, p. 91). Em virtude dessa característica, regras são comandos definitivos (ALEXY, 1994b, p. 88, 2008, p. 104). Por isso, “a distinção entre regras e princípios é qualitativa, e não uma questão de grau”. Isso significaria que “toda norma é uma regra ou um princípio” (ALEXY, 1994b, p. 76-77, 2008, p. 90-91).

Alexy passa, então, a investigar as colisões entre princípios e os conflitos entre regras. Tanto regras conflitantes quanto princípios colidentes levam a juízos concretos de dever ser incompatíveis, mas o modo de solução do conflito

entre regras é diferente do modo de solução da colisão entre princípios (ALEXY, 1994b, p. 77, 2008, p. 91).⁶

Um conflito de regras é resolvido com a inserção de uma cláusula de exceção ou com a declaração da invalidade de uma das regras.⁷ A escolha da regra a ser declarada inválida pode ocorrer de acordo não só com regras como *lex posterior derogat legi prior* e *lex speciali derogat legi generali*, mas também com a importância das regras em conflito (ALEXY, 1994b, p. 78, 2008, p. 92-93). Em todo caso, segundo Alexy (1994b, p. 78, 2008, p. 92-93), o conceito de validade não admite gradações.

Colisões entre princípios não seriam resolvidas com a declaração da invalidade de um deles, nem com a introdução de uma cláusula de exceção. Quando dois princípios colidem, um deles tem que retroceder (*zurücktreten*), porque, entre outras coisas, esses mesmos princípios podem voltar a colidir, ensejando uma solução diferente – isto é, o princípio que tinha cedido em determinadas circunstâncias pode prevalecer em outras. Por essa razão, princípios têm pesos diferentes em casos diferentes. Com base em Ronald Dworkin, afirma Alexy (1994b, p. 79, 2008, p. 94) que conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.

⁶ Alexy ressalta que o termo *conflito* é usado, por alguns autores, como Stanley Paulson, para referir-se tanto a regras quanto a princípios, assim como a expressão *colisão de normas* foi usada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, para referir-se indistintamente a regras e a princípios (ALEXY, 1994b, p. 77, 2008, p. 91; PAULSON, 1980, p. 487-490; DEUTSCHLAND, 1970, v. 26, p. 116-135, 1974, v. 36, p. 342-363).

⁷ Como exemplo de inserção de uma cláusula de exceção numa regra, Alexy menciona o conflito entre a regra que proíbe sair da sala antes de a campainha soar e a regra que comanda sair da sala em caso de alarme de incêndio. Esse conflito entre regras pode ser resolvido com a inserção, na primeira regra, de uma cláusula de exceção permitindo sair da sala de aula caso soe o alarme de incêndio (ALEXY, 1994b, p. 77, 2008, p. 91). Esse exemplo já aparecera em Alexy (1979, p. 71, 2014f, p. 179).

Da ponderação de princípios colidentes surge uma regra que atribui a precedência de um princípio (P_1) sobre outro princípio (P_2) em determinadas condições (C) ($[P_1 P P_2] C$). C é o pressuposto normativo dessa regra, que determina que as consequências de P_1 se aplicam. Segundo Alexy (1994b, p. 84, tradução nossa, 2008, p. 99), com base nisso pode ser formulada a seguinte “lei de colisão”: “Se o princípio P_1 tem precedência sobre o princípio P_2 nas circunstâncias C : ($P_1 P P_2$), e se de P_1 , mediante as circunstâncias C , resulta a consequência jurídica CJ , vale então uma regra que tem C como pressuposto normativo e CJ como consequência jurídica: $C \rightarrow CJ$ ”.

Uma formulação menos técnica dessa lei: “As condições mediante as quais um princípio tem precedência sobre outro constituem o pressuposto de uma regra que enuncia a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 1994b, p. 84, tradução nossa, 2008, p. 99-100). A lei de colisão é um dos pontos fundamentais da teoria dos princípios de Alexy, pois reflete o caráter dos princípios como comandos de otimização, entre os quais não há relações absolutas de precedência. Outro ponto essencial é a lei da ponderação, analisada em seguida.

Para explicar melhor a estrutura da ponderação, Alexy analisa a relação entre a ponderação e a máxima da proporcionalidade. Defende haver uma conexão extremamente próxima entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, de modo que “a teoria dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela” (ALEXY, 1994b, p. 100, tradução nossa, 2008, p. 116).

Antes de investigar esse tópico da Teoria dos Princípios, é preciso enfatizar que Alexy não cria artificialmente a máxima da proporcionalidade. Ela decorre da análise da prática do Tribunal Constitucional Federal alemão, que não só a utiliza como a ela se refere com o termo *máxima da ponderação*. O que Alexy faz em *Teoria dos direitos fundamentais* é reconstruir o modo como o Tribunal utiliza a máxima da proporcionalidade (DEUTSCHLAND, 1968, v. 19, p. 342; ALEXY, 1994b, p. 100, 2008, p. 117).

A máxima da proporcionalidade contém três máximas parciais: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) ou “comando do meio mais brando” (*Gebot des mildesten Mittels*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne*). Esta última constitui, segundo Alexy (1994b, p. 100, 2008, p. 117), o “próprio comando de ponderação” (*eigentliches Abwägungsgebot*), que decorre da natureza dos princípios como comandos de otimização relativamente àquilo que é juridicamente possível; diferentemente, as outras duas máximas parciais, a da adequação e a da necessidade, decorrem do fato de princípios serem comandos de otimização relativamente àquilo que é possível do ponto de vista fático (ALEXY, 1994b, p. 101, 2008, p. 117).

Quando um princípio colide com outro, as possibilidades jurídicas de realização desse princípio dependem do princípio colidente, de modo que, para se chegar a uma decisão, torna-se necessário realizar uma ponderação, nos termos da mencionada lei de colisão (ALEXY, 1994b, p. 100-101, 2008, p. 117-118). A máxima da adequação analisa se determinado meio leva de fato à realização de um fim. Assim, se dentre os meios M_1 e M_2 apenas M_2 leva à realização do fim F , que se baseia em P_1 , então M_1 está proibido, pois ele afeta P_2 sem, contudo, levar à realização de P_1 (ALEXY, 1994b, p. 100-101, 2008, p. 117-118).

A máxima parcial da necessidade, que se refere às possibilidades fáticas do caso, determina que o meio mais brando deva ser escolhido. Ela determina que, quando dois meios levam ao mesmo fim, o meio mais brando deve ser escolhido. Isso é explicado por Alexy da seguinte forma: imagine-se que dois meios distintos, M_1 e M_2 , levam à promoção do fim F , que por sua vez se baseia em um princípio P_1 . Suponha-se que ambos os meios, M_1 e M_2 , promovem F e com isso P_1 na mesma medida, mas que eles (os meios M_1 e M_2) afetam outro princípio P_2 em graus diferentes: M_2 afeta P_2 de forma mais branda que M_1 . Do ponto de vista da otimização relativa àquilo que é factualmente possível, M_2 é permitido e M_1 é proibido (ALEXY, 1994b, p. 101-102, 2008, p. 118-119).

A máxima parcial da necessidade não resolve a colisão entre dois princípios, P_1 e P_2 ; ou seja, ela não determina qual dos dois deve ser escolhido. Ela aponta apenas que, entre dois meios que efetivam o mesmo princípio, deve ser escolhido o que viola em menor medida o outro princípio. A escolha entre dois princípios colidentes, P_1 e P_2 , decorre não da aplicação da máxima parcial da necessidade, mas da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, pois envolve a questão daquilo que é juridicamente possível. Assim, a máxima parcial da necessidade deve ser considerada antes da máxima da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação em sentido estrito) (ALEXY, 1994b, p. 102-103, 2008, p. 119-120).

Segundo Alexy (1994b, p. 146, tradução nossa, 2008, p. 167), na ponderação em sentido estrito, deve-se observar a lei da ponderação, que determina que, “[q]uanto mais elevado for o grau de não cumprimento ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

De acordo com a máxima da proporcionalidade, da colisão de princípios resulta uma regra de Direito Fundamental oriunda de uma ponderação adequada (racional) entre princípios colidentes. É preciso observar que esse procedimento, quando realizado pelo Poder Judiciário, não pode substituir a ponderação realizada pelo legislador. Ao produzir leis, o legislador ordinário pondera princípios constitucionais – mais ainda: regras que compõem a ponderação de dois princípios podem ser encontradas na própria

Constituição. Em ambos os casos não se pode desconsiderar a competência do legislador para produzir normas. No caso de regras produzidas pelo legislador ordinário, o Poder Judiciário tem competência apenas para verificar se a ponderação realizada não é inconstitucional. Ela será inconstitucional se o teste de proporcionalidade revelar que o resultado é desproporcional. Nesse caso, deve o legislador reconhecer a inconstitucionalidade da regra legislada.

Há, portanto, duas ponderações: a ponderação realizada pelo legislador ao produzir a regra e a ponderação realizada pelo Poder Judiciário ao verificar a proporcionalidade dessa regra. Desconsiderar a competência do legislador constitui violação de um princípio formal (ALEXY, 2014e), o do respeito ao legislador democrático, bem como o desrespeito a um requisito básico do discurso jurídico, que se caracteriza por seu vínculo ao Direito válido, cuja expressão mais forte é o vínculo à lei.

Depois de *Teoria dos direitos fundamentais*, a Teoria dos Princípios de Alexy tem experimentado contínuo desenvolvimento⁸, o que envolve o enfrentamento de várias críticas – entre as principais, a de que a ponderação não é um procedimento racional (o que acabaria concedendo poderes demais aos juízes, levando a decisões arbitrárias)⁹ e a de que a ponderação é um procedimento que retira poder demais dos juízes.¹⁰

⁸ Esse desenvolvimento apareceu em diversos escritos, sobretudo no *Pós-escrito* da edição em inglês da *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 2002), no artigo *A fórmula do peso* (ALEXY, 2003), no artigo *Dever ser ideal* (ALEXY, 2009, 2014c) e no artigo *Princípios formais* (ALEXY, 2014e).

⁹ Essa crítica foi apresentada por Habermas. Em *Facticidade e validade*, Habermas (1994, p. 315) afirma que princípios jurídicos não devem ser concebidos como comandos de otimização, porque a ideia de padrões que podem ser cumpridos em grau suprimiria o código binário do Direito (lícito-ilícito), não havendo, além disso, um critério racional para a ponderação. Para a resposta de Alexy a essa crítica, ver, entre outros, Alexy (1994a, 2002, 2016).

¹⁰ Essa crítica foi apresentada por Böckenförde (1990). Para a resposta de Alexy, ver sobretudo Alexy (2002).

Alexy respondeu a essas críticas em várias ocasiões. Como nosso objetivo aqui não é verificar se, e em que medida, a Teoria dos Princípios resiste às objeções que lhe são feitas, mas desvelar quais são, de acordo com ela, as condições da ponderação, pode ser deixada de lado a análise das críticas mencionadas e das respostas de Alexy a elas. Isso não significa, porém, que entendemos não terem essas críticas e as respectivas respostas de Alexy relevância para a compreensão e a avaliação da Teoria dos Princípios.¹¹

2.4 O conceito de Direito

Alexy começou a abordar diretamente o conceito de Direito a partir de 1990 em dois artigos esparsos: *Crítica ao positivismo jurídico* (ALEXY, 1990, 2014a) e *Defesa de um conceito de Direito não positivista* (ALEXY, 1992b, 2014b). Porém, como já se ressaltou, a principal obra de Alexy sobre essa temática é o trabalho monográfico *Conceito e validade do Direito* (ALEXY, 1992a).¹² Nessa obra, Alexy (1992a, p. 15-17) identifica duas posições fundamentais que podem ser tomadas diante do conceito de Direito: o positivismo e o não positivismo jurídicos. Após isso, procede a uma análise crítica do positivismo jurídico, da qual resultam argumentos críticos em relação a ele e, conseqüentemente, favoráveis à adoção do não positivismo (ALEXY, 1992a, p. 39-136). Segue-se, então, uma discussão sobre a validade do Direito – ou, melhor dizendo, sobre um conceito de Direito que inclua o conceito de *validade* (ALEXY, 1992a, p. 139-197).

¹¹ Há também críticas internas à teoria, ou seja, realizadas pelos próprios defensores da Teoria dos Princípios, como Sieckmann (1990, 2009) e Borowski (2013, 2017, 2018).

¹² Os artigos *Crítica ao positivismo jurídico* (ALEXY, 1990, 2014a) e *Defesa de um conceito de Direito não positivista* (ALEXY, 1992b, 2014b) foram integrados, em sua totalidade, na obra monográfica *Conceito e validade do Direito*. Isso não quer dizer, porém, que ela seja mera compilação de artigos pré-existentes, já que grande parte da obra não havia sido publicada.

Segundo Alexy, todos os positivistas defendem a tese da separação (*Trennungsthese*), segundo a qual o Direito deve ser definido sem a inserção de elementos morais. Essa tese pressupõe não haver conexão conceitual necessária entre Direito e Moral ou, em outros termos, entre aquilo que o Direito ordena e aquilo que a justiça determina (ALEXY, 1992a, p. 15). Alexy (1992a, p. 16) também ressalta que o conceito positivista de Direito contém dois elementos: a legalidade em conformidade com a ordem jurídica ou legalidade autoritativa (*ordnungsgemäße oder autoritative Gesetztheit*) e a eficácia social (*soziale Wirksamkeit*).

Por outro lado, segundo Alexy, os não positivistas defendem a tese da conexão (*Verbindungsthese*), de acordo com a qual o conceito de Direito deve incluir elementos morais. Isso não significa que não positivistas excluam os elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social do conceito de Direito, mas que incluem outro elemento: a correção material (ou correção moral, *moralische Richtigkeit*) (ALEXY, 1992a, p. 17).

2.5 A relação entre a Teoria dos Princípios, a Teoria da Argumentação Jurídica e o conceito de Direito

Alexy afirmou expressamente a conexão entre a Teoria dos Princípios e a Teoria do Discurso Jurídico em várias ocasiões. O cerne da conexão é que a Teoria dos Princípios reconstrói, mediante sua análise, a estrutura da ponderação, e a fundamentação das premissas nela usadas é realizada pela Teoria do Discurso Jurídico.

Na *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy (1994b, p. 520, 2008, p. 573) ressalta que o discurso dos Direitos Fundamentais é um procedimento que se destina a garantir resultados corretos em conformidade com a Constituição, ou seja, resultados constitucionais. Essa ideia é absolutamente compatível com a tese do caso especial, pois ela implica que a correção que se busca no discurso dos Direitos Fundamentais é a correção no âmbito de um sistema jurídico válido. Assim, no discurso dos Direitos Fundamentais argumenta-se considerando a lei, a dogmática e os precedentes, bem como as normas processuais quando se trata do exame de um caso em juízo. Isso não significa não poder haver, no discurso dos Direitos Fundamentais, o uso de argumentos do discurso prático geral. Esse uso continua possível nos moldes estabelecidos por Alexy em *Teoria da argumentação jurídica* e reafirmados em *Teoria dos direitos fundamentais*, ou seja, quando argumentos jurídicos são insuficientes (ALEXY, 1994b, p. 521, 2008, p. 574).

Tão importante quanto isso é o fato de que a identificação da estrutura da ponderação realizada pela Teoria dos Princípios não esgota a teoria da aplicação do Direito de Alexy. O discurso jurídico e a Teoria dos Princípios

complementam-se na medida em que as premissas identificadas nesta só podem ser fundamentadas por meio daquele, como ressalta Alexy (1994b, p. 498-520, 2008, p. 544-573) em *Teoria dos direitos fundamentais*, o que foi repetido em outras ocasiões (ALEXY, 2014d).

A integração entre, por um lado, a Teoria da Argumentação Jurídica e a Teoria dos Princípios e, por outro lado, entre a Teoria dos Princípios e o conceito de Direito ocorre por meio do “argumento dos princípios” (*Prinzipienargument*): todo sistema jurídico minimamente desenvolvido necessariamente contém princípios (ALEXY, 1992a, p. 121). Essa tese, denominada por Alexy (1992a, p. 122) *tese da incorporação*, pode, segundo ele, ser aceita por um positivista. Contudo, o que um positivista não pode aceitar é que ela conduza a uma conexão entre Direito e Moral. Como o objetivo deste artigo é identificar as condições da ponderação, não é preciso aqui analisar os argumentos que Alexy apresenta para sustentá-la, bastando constatar que a tese da incorporação implica uma conexão necessária entre Direito e Moral.

Apresentadas as principais características da Teoria Discursiva do Direito de Alexy, sobretudo de sua Teoria dos Princípios, passemos à identificação das condições para a ponderação de princípios.

3 As condições da ponderação

A descrição dos elementos centrais da Teoria dos Princípios demonstra que as condições fundamentais para sua aplicação são: (i) a existência, no ordenamento jurídico, de princípios jurídicos (comandos de otimização); (ii) a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade; (iii) o exercício do controle de constitucionalidade de forma discursiva; e (iv) a existência de uma dogmática jurídica. E essas condições também precisam ser explicadas.

3.1 A existência de princípios jurídicos

A existência, no ordenamento jurídico, de normas jurídicas com a estrutura atribuída pela Teoria dos Princípios aos princípios jurídicos é a primeira condição para a existência da ponderação e, consequentemente, para que se aplique a máxima da proporcionalidade. Com base nessa análise, depreende-se que, segundo a Teoria dos Princípios, regras não podem ser ponderadas: o conflito entre elas resolve-se na dimensão da validade, e não na dimensão do peso.

Por outro lado, um conflito entre uma regra e um princípio deve ser reconstruído em conformidade com a Teoria dos Princípios, como

uma colisão entre dois princípios. Não existe, segundo a Teoria dos Princípios, colisão ou conflito entre um princípio e uma regra, mas antes colisão entre um princípio e o princípio por trás de uma regra, ou seja, o princípio que sustenta essa regra. Retomemos, de forma modificada, o exemplo da campainha. Imagine-se que em determinado ordenamento esteja positivado, ao lado da regra que proíbe sair da sala de aula antes de soar a campainha, o princípio da segurança. A situação fática “o alarme de incêndio soa antes de soar a campainha” não será interpretada como uma colisão entre a regra que proíbe sair antes de soar a campainha e o princípio da segurança, mas entre o princípio por trás dessa regra – ou seja, o princípio da manutenção da ordem em sala de aula – e o princípio da segurança (BOROWSKI, 2018, p. 132). Isso não só não invalida o fato de que, segundo a Teoria dos Princípios, não existe ponderação entre regras, mas, na verdade, confirma esse fato.

A existência de princípios num ordenamento jurídico não é, contudo, uma questão tão simples. Não se trata de verificar se determinado ordenamento jurídico contém normas designadas como princípios, mas se determinado ordenamento jurídico apresenta normas que são comandos de otimização. É irrelevante, para a Teoria dos Princípios, o fato de um ordenamento jurídico atribuir o nome *princípio* a determinada norma. Relevante é que ele contenha normas jurídicas que possam ser interpretadas como comandos de otimização. Assim, uma norma que certo ordenamento jurídico denomina *princípio* pode ser, do ponto de vista da Teoria dos Princípios, uma regra, se for um comando definitivo. Por outro lado, uma norma que determinado ordenamento jurídico não denomina *princípio* será um princípio, no sentido da Teoria dos Princípios, se for um comando de otimização.

A repercussão da existência de princípios no conceito de Direito pode ser deixada de lado, pois neste artigo pretendemos apenas verificar quais são as condições da ponderação, e não determinar se a ponderação – que tem como uma de suas condições a existência, em determinado ordenamento, de princípios jurídicos – de fato implica um conceito não positivista de Direito.

3.2 A possibilidade de controle judicial de constitucionalidade

A ponderação é, a rigor, uma estrutura não só do raciocínio jurídico, mas também da razão prática. Contudo, no que diz respeito à possibilidade da ponderação em juízo, e conseqüentemente a da aplicação da máxima da proporcionalidade em juízo, é necessário que o ordenamento jurídico preveja a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Sem essa possibilidade, o Judiciário não poderia aplicar o

teste da proporcionalidade para questionar se determinada lei é inconstitucional.

Sabe-se que existem diversas formas de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Destacam-se, de forma paradigmática, o modelo difuso, que surgiu nos EUA a partir do caso *Madison vs. Marbury*, e o modelo concentrado, oriundo da Constituição da Áustria, elaborada em grande medida por Hans Kelsen (CAPPELLETTI, 1992). No modelo difuso é atribuído a qualquer juiz o poder de verificar a constitucionalidade da lei ou ato normativo, ao passo que no modelo concentrado essa tarefa é restrita a uma corte constitucional. Há também a possibilidade de modelos mistos, como o brasileiro. Em nosso entendimento, a ponderação pode ocorrer tanto no modelo concentrado quanto no difuso – e, por conseguinte, também no modelo misto. Importante é a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade.

3.3 O exercício do controle de constitucionalidade de forma discursiva (deliberativa)

As duas primeiras condições mencionadas têm duas características em comum: em primeiro lugar, são condições quase óbvias da ponderação; e, em segundo, são consagradas no ordenamento jurídico por obra do legislador – mais precisamente, do legislador constitucional. A terceira condição não apresenta as duas características típicas das duas primeiras: ela não é tão óbvia nem é obra do legislador, mas advém da prática judicial.

Como se viu, a proporcionalidade e a argumentação jurídica ou discurso jurídico conectam-se entre si em virtude da própria estrutura da ponderação. Uma vez que, segundo a lei da ponderação – “quanto mais elevado for o grau de não cumprimento ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do

cumprimento do outro” (ALEXY, 1994b, p. 146, tradução nossa, 2008, p. 167) –, a ponderação envolve basicamente: avaliar se, e em que grau, determinada medida realiza determinado princípio e interfere em outro; comparar o grau em que essa medida efetiva um princípio e o grau em que ela restringe o outro; e, por fim, decidir se essa medida é proporcional, isto é, se o grau de importância do cumprimento de um princípio é maior que o grau de restrição do outro. A Teoria dos Princípios identifica essa estrutura, mas nada afirma a respeito da fundamentação dos juízos sobre os graus de interferência e cumprimento; antes, é a Teoria da Argumentação Jurídica que fornece os meios para a fundamentação desses juízos.

De acordo com a Teoria da Argumentação Jurídica, a correção desses juízos depende de sua *fundamentabilidade*, isto é, da capacidade de serem fundamentados de forma explícita e verificável num discurso jurídico racional. Isso significa que, a fim de que sejam obtidos juízos racionais sobre graus de interferência e importância de cumprimento de princípios, as cortes precisam sustentar uma prática real de deliberação. Como já salientou Oliveira (2016, p. 150), no âmbito da argumentação jurídica, a máxima da proporcionalidade é, antes de tudo, a descrição do melhor roteiro – como especificação do procedimento argumentativo – para a efetivação dos direitos fundamentais. A deliberação envolvida no teste da proporcionalidade representa o encontro da democracia com a razão e justifica-se, pois, com base tanto num argumento de justiça quanto num argumento epistêmico (OLIVEIRA, 2016, p. 150).

Isso não significa haver deliberação apenas quando se decide em conjunto. Uma pessoa pode deliberar consigo mesma e, por isso, um juiz monocrático pode aplicar a máxima da proporcionalidade para verificar a constitucionalidade de certa medida legal. Do mesmo modo, quando

um tribunal decide por agregação de votos, seus membros podem aplicar a proporcionalidade na construção de seus votos individuais. Nesses casos, não há deliberação em sentido estrito, mas em sentido derivado – a deliberação do indivíduo consigo próprio (OLIVEIRA, 2016, p. 150-151).

Nessa deliberação derivada, o julgador individual precisa assumir uma postura discursiva, ou seja, deve analisar, de modo explícito e rastreável, os argumentos e contra-argumentos que justificam as possíveis decisões. Do ponto de vista da Teoria Discursiva do Direito de Alexy, essa deliberação individual deve ocorrer em conformidade com as regras e as formas da argumentação jurídica, mencionadas na seção 2.2 deste artigo. Na deliberação colegiada, a probabilidade de observação dessas regras e, assim, de obtenção de um resultado mais racional, são maiores, uma vez que necessariamente se ganha em racionalidade por meio da crítica recíproca das opiniões num contexto argumentativo (OLIVEIRA, 2016, p. 150; AUBENQUE, 1963, p. 115-116).

O fato de um órgão colegiado ser preferível a um órgão monocrático vale não só para a função jurisdicional como também para a função legislativa. Como afirma Paley (1838), se a satisfação e o bem-estar de um povo fossem tão bem estudados e previstos nas publicações de um príncipe despótico quanto nas resoluções de uma assembleia popular, uma forma absoluta de governo poderia garantir a liberdade na mesma medida que uma democracia. No que diz respeito à função jurisdicional, vale um raciocínio análogo: se fosse possível a um julgador monocrático conhecer o Direito na mesma medida que um órgão colegiado, órgãos monocráticos poderiam sempre proferir decisões tão racionais quanto órgãos coletivos.

Por conseguinte, no caso de órgãos jurisdicionais colegiados, a deliberação (discussão

argumentativa) entre os membros do colegiado compõe não apenas o contexto próprio da aplicação da máxima da proporcionalidade, mas também uma condição necessária de sua aplicação. Os membros de um órgão colegiado só podem apresentar os fundamentos de uma decisão se, de fato, esses fundamentos tiverem sido objeto de discussão entre eles. Ao término da discussão, chega-se a uma decisão da corte, acompanhada necessariamente da fundamentação da decisão – e não de um conjunto desorganizado urdido com os fundamentos dos votos vencedores e vencidos.

3.4 A existência de uma dogmática jurídica desenvolvida

Assim como a terceira condição, e diferentemente das duas primeiras, a quarta não é uma condição evidente da ponderação, além de não ser obra do legislador. Trata-se de uma dogmática jurídica desenvolvida – o que se constitui, em síntese, pelo saber jurídico expresso por aquilo que tradicionalmente se denomina *doutrina*. Essa condição não é mencionada por Alexy na Teoria dos Princípios, constituindo antes uma decorrência da conexão entre ela e a Teoria da Argumentação Jurídica. Como se viu, a tese do caso especial significa que o discurso jurídico é uma forma de discurso prático geral que se desenvolve mediante certas condições (ALEXY, 1996, p. 263, 2011, p. 210-211), determinadas pelo vínculo ao Direito válido – ou seja, o vínculo à lei, à ciência do Direito (dogmática) e aos precedentes (bem como às regras processuais, no caso da discussão em juízo) (ALEXY, 1996, p. 263, 2011, p. 210-211).

É bem verdade que, sem uma dogmática jurídica desenvolvida, a aplicação da máxima da proporcionalidade na via judicial não se torna impossível de imediato; mas essa aplicação em juízo é problemática, pois uma das funções da

dogmática jurídica é analisar de forma crítica o trabalho jurisprudencial, contribuindo para o desenvolvimento de uma jurisdição racional.

4 As condições da ponderação no Brasil

Identificadas as principais condições de ponderação em abstrato, cumpre agora verificar se, e em que medida, essas condições estão presentes no Brasil.

4.1 A existência de princípios jurídicos no Brasil

A primeira condição para a ponderação – a existência de normas constitucionais às quais pode ser atribuída a estrutura de princípios jurídicos – é facilmente identificável no Brasil. Em várias disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) há normas que podem ser interpretadas como comandos de otimização – por exemplo, as normas da igualdade, da liberdade, da proteção à saúde, da dignidade, entre outras. Constata-se, nesse ponto, certo paralelismo entre a CRFB e a Constituição alemã. Isso significa que conteúdos presentes na CRFB correspondem a muitos conteúdos da Constituição alemã considerados princípios jurídicos pela Teoria dos Princípios.

4.2 A possibilidade de controle judicial de constitucionalidade no Brasil

A segunda condição para a ponderação, a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, também é facilmente identificável no Brasil. Como se sabe, o País adota um sistema misto de controle: a constitucionalidade das leis e dos atos normativos pode ser verificada tanto por juízes das várias instâncias judiciais no julgamento de casos concretos (controle incidental difuso) quanto pelo STF, que exerce originariamente, na maioria dos casos, o controle concentrado.

4.3 Deliberação no Poder Judiciário brasileiro

O fato de o controle de constitucionalidade ser misto no Brasil significa que a verificação da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo mediante o teste da proporcionalidade poderá ser realizada tanto por juízos monocráticos e tribunais de instâncias inferiores no âmbito do controle difuso, quanto sobretudo pelo STF no âmbito do controle concentrado. Quando um juiz monocrático aplica o teste de

proporcionalidade, ocorre *deliberação* no sentido derivado (como se mostrou na seção 3.3); quando essa aplicação é realizada por órgãos colegiados, há (ou pelo menos deveria haver) deliberação *originária*.

É difícil realizar um diagnóstico cientificamente fundado na aplicação da máxima da proporcionalidade por juízes monocráticos no Brasil: são mais de dezoito mil magistrados¹³, e grande parte deles trabalha como juízes monocráticos. Carece de credibilidade qualquer afirmativa sobre a aplicação da máxima da proporcionalidade pelos juízes monocráticos que não se baseie em evidências empíricas apuradas segundo metodologia científica. Assim, deixaremos de lado a análise do caráter deliberativo da atuação de juízes monocráticos para nos concentrarmos na análise da deliberação no STF. Isso se justifica por vários motivos: em primeiro lugar, o STF é único, o que facilita a identificação de sua atuação; em segundo, sendo órgão de cúpula, sua atuação repercute em todo o Judiciário, o que significa que a análise da sua atuação é, ainda que indiretamente, uma análise do próprio Poder Judiciário em geral; e, em terceiro lugar, já há estudos bem fundamentados analisando o modo como o STF delibera.

Segundo Rodriguez (2013), à semelhança das cortes brasileiras em geral, o STF decide por simples agregação de opiniões dos ministros (votos) e adota a invocação de autoridades como modelo de raciocínio jurídico. Além disso, o que Rodriguez observa de decisivo é a falta de relevância da fundamentação das decisões, uma decorrência evidente da inexistência de deliberação. O STF decide por agregação de opiniões e não elabora uma fundamentação explícita e unificada de sua argumentação. Cada voto contém uma decisão e os argumentos que a fundamentam, mas a decisão final, a da corte, não indica os fundamentos em que se sustenta. Em sentido estrito, há *onze* opiniões, e não *uma* opinião do tribunal (RODRIGUEZ, 2013, p. 83).

Para Silva (2013), o STF é uma corte marcada pelo desempenho deliberativo pobre. O modelo decisório, que se expressa ao final numa decisão desacompanhada de uma fundamentação específica é também indicador da ausência de deliberação. Como afirma o autor, “cada ministro escreve seu próprio voto e todos os votos são publicados. A forma da publicação é, desse modo, *seriatim*” (SILVA, 2013, p. 568, tradução nossa).

Baseando-se em Silva, Oliveira (2016, p. 148) considera ser a forma de comunicação entre os ministros do STF um fator decisivo para a interdição da deliberação conjunta, na medida em que, no lugar do diálogo, o que se observa nas sessões de julgamento é uma sequência de onze monólogos. Como ressalta Oliveira (2016, p. 149), “a falta de

¹³ Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2020, p. 86), o número total de magistrados no Brasil em 2019 era de 18.091.

interação voltada para o consenso é, nesse contexto, algo simplesmente incontornável. Não é possível deliberar sem buscar o consenso. É justamente para isso que argumentos são trocados”. Oliveira (2016, p. 149) sustenta que, embora a dissidência seja sempre uma possibilidade mesmo em cortes de alta *performance*, o consenso deve ser sempre buscado, o que simplesmente não ocorre no STF. Desse modo, “não se trata apenas de um tribunal com baixa *performance* deliberativa, como o qualifica Silva. Na verdade, a estrutura da prática jurisdicional do STF constitui a institucionalização da impossibilidade da deliberação enquanto procedimento argumentativo”, donde se conclui que a alegação de aplicação da máxima da proporcionalidade pelo STF não tem base real (OLIVEIRA, 2016, p. 150, grifo nosso). Em síntese, como a ponderação de princípios e, conseqüentemente, o teste da proporcionalidade pressupõem deliberação. E, como não há deliberação no STF, pode-se afirmar que ele não aplica a máxima da proporcionalidade como estruturada na Teoria dos Princípios – a despeito da compreensão contrária de alguns de seus membros.

4.4 A dogmática dos direitos fundamentais no Brasil

Não cabe aqui analisar em termos quantitativos e qualitativos a dogmática dos direitos fundamentais no País; isso só seria possível no âmbito de um estudo mais amplo. Contudo, é preciso observar que no Brasil estão presentes as condições para o desenvolvimento de uma dogmática dos direitos fundamentais que colabore para a efetivação da jurisdição constitucional. Temos liberdade de pensamento e tradição em pesquisa no âmbito da ciência do Direito. Para o desenvolvimento da dogmática dos direitos fundamentais no Brasil, é necessária atenção à especificidade da realidade das práticas do Poder Judiciário, especialmente do STF, de modo a tornar possível a elaboração de críticas concretas, capazes de conduzir a um conjunto de propostas de soluções elaboradas pela própria dogmática. Em suma, como sistema de conhecimento que busca soluções práticas para problemas jurídicos, ela precisa apresentar propostas concretas baseadas em metodologia cientificamente verificada.

5 Conclusão

A análise demonstra que um dos maiores entraves para a aplicação da Teoria dos Princípios pelo STF é a ausência de deliberação. Como vimos, em relação a juízos monocráticos, pouco se pode dizer em termos científicos, pois uma pesquisa abrangente sobre sua atuação ainda não

foi realizada. A atuação deliberativa de juízos monocráticos tem a ver com vários fatores, como formação pessoal e profissional, condições de trabalho, mas também com condições institucionais. Em relação a estas, pode-se dizer que há uma interseção da atuação de órgãos colegiados (como o STF) com juízos monocráticos. Por ser a corte de cúpula do Poder Judiciário, a atuação não deliberativa do STF institucionaliza uma prática prejudicial à consolidação de uma jurisdição verdadeiramente democrática. Por que deveria um juiz “deliberar” em prática judicativa individual – ou seja, empenhar-se em verificar racionalmente e registrar explicitamente em sua decisão todos os argumentos apresentados, bem como agir de acordo com os princípios da reciprocidade e da universalidade (*Universalisierbarkeit*), que determinam, respectivamente, que ele deve colocar-se no lugar de ambas as partes e que sua decisão deve poder ser aceita por todos os participantes de um discurso racional –, se o órgão colegiado com maior capacidade de fazer isso no Brasil, o STF, não o faz?

Em vez de adotar a Teoria dos Princípios, com sua elevada exigência de argumentação, alguns ministros do STF preferem adotar um simulacro dessa teoria. Um simulacro que não exige argumentação, deliberação, discurso; um simulacro que, por meio da ponderação de princípios sem exigência de argumentação, atribui poder aos juízes para desconsiderar, sem qualquer justificação racional, regras legisladas estabelecidas pelo legislador democrático. Esse simulacro da Teoria dos Princípios diferencia-se da Teoria dos Princípios não só pela ausência de argumentação, mas por violar o vínculo defendido pela Teoria da Argumentação Jurídica entre o discurso jurídico e o sistema de normas jurídicas válidas.

Sobre os autores

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno é doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil.
E-mail: travessoni@pucminas.br

Júlio Aguiar de Oliveira é doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil.
E-mail: j.aguiardeoliveira@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. As condições e a estrutura da ponderação de princípios na Teoria Discursiva do Direito: o STF realmente pondera? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 238, p. 11-31, abr./jun. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p11

(APA)

Trivisonno, A. T. G., & Oliveira, J. A. de (2023). As condições e a estrutura da ponderação de princípios na Teoria Discursiva do Direito: o STF realmente pondera? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(238), 11-31. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p11

Referências

ALEXY, Robert. *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*. Translated by Ruth Adler and Neil MacCormick. Oxford, UK: Oxford University Press, 2010.

_____. Basic rights and democracy in Jürgen Habermas's procedural paradigm of the law. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 227-238, July 1994a. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1994.tb00177.x>.

_____. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg: Alber, 1992a.

_____. Crítica ao positivismo jurídico. In: _____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014a. p. 241-270.

_____. Defesa de um conceito de direito não-positivista. In: _____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014b. p. 271-300.

_____. Dever ser ideal. In: _____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014c. p. 199-223.

_____. Die Gewichtsformel. In: JICKELI, Joachim; KREUTZ, Peter; REUTER, Dieter (ed.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 771-792.

_____. Entrevista a Aguiar de Oliveira e a Travessoni Gomes Trivisonno. In: _____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014d. p. 359-370.

_____. Ideales Sollen. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard (hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 21-38.

_____. Postscript. In: _____. *A theory of constitutional rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford, UK: Oxford University Press, 2002.

_____. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (org.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014e. p. 3-36.

_____. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: _____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014f. p. 163-198.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e apresentação à edição brasileira de Cláudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & Direito Público).

_____. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994b. (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 582).

_____. *Theorie der juristischen Argumentation*: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 436).

_____. Unbestimmtheit des Rechts und Rationalität der Rechtsprechung. In: KOLLER, Peter; HIEBAUM, Christian (hrsg.). *Jürgen Habermas*: Faktizität und Geltung. Berlin: De Gruyter, 2016. p. 85-97.

_____. Zum Begriff des Rechtsprinzips. *Rechtstheorie*, [s. l.], v. 1, p. 59-87, 1979.

_____. Zur Kritik des Rechtspositivismus. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, [s. l.], n. 37, p. 9-26, 1990.

_____. Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs. In: KRAWIETZ, Werner; WRIGHT, Georg Henrik von (hrsg.). *Öffentliche oder private Moral?: Vom Geltungsgrunde und der Legitimität des Rechts*: Festschrift für Ernesto Garzón Valdés. Berlin: Duncker & Humblot, 1992b. p. 85-108.

AUBENQUE, Pierre. *La Prudence chez Aristote*. Paris: Presses Universitaires de France, 1963. (Bibliothèque de Philosophie Contemporaine).

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Der Staat*, [s. l.], v. 29, n. 1, p. 1-31, 1990.

BOROWSKI, Martin. Formelle Prinzipien und Gewichtsformel. In: KLATT, Matthias (hrsg.). *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 151-199.

_____. *Grundrechte als Prinzipien*. 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2018. (Kieler rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 11).

_____. Robert Alexys drittes Modell formeller Prinzipien. In: BOROWSKI, Martin; PAULSON, Stanley L.; SIECKMANN, Jan-Reinard (hrsg.). *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*: Robert Alexys System. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 449-476.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves; revisão de Jose Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*: Band 11-20. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968. v. 19.

_____. Bundesverfassungsgericht. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1970. v. 26.

_____. Bundesverfassungsgericht. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1974. v. 36.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: _____ (ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 1-26.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: JusPODIVM, 2016. (Coleção Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação).

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito*, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 146-153, jul./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n2p146-153>. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1620>. Acesso em: 16 nov. 2022.

PALEY, William. The principles of moral and political philosophy. In: PALEY, William; PALEY, Edmund. *The works of William Paley, D.D.: and an account of the life and writings of the author, by the Rev. Edmund Paley, A.M., vicar of Easingwold*. New ed. London: Longman and Co., 1838. 4 v.

PAULSON, Stanley L. Zum Problem der Normenkonflikte. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, [s. l.], v. 66, n. 4, p. 487-506, 1980.

POSCHER, Ralf. Resuscitation of a phantom?: on Robert Alexy's latest attempt to save his concept of principle. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 33, n. 2, p. 134-149, July 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1111/raju.12286>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/raju.12286>. Acesso em: 16 nov. 2022.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2013.

SIECKMANN, Jan-Reinard. *Recht als normatives System: die Prinzipientheorie des Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2009. (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 51).

_____. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990. (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 1).

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 11, n. 3, p. 557-584, July 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1093/icon/mot019>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/11/3/557/789359?login=false>. Acesso em: 16 nov. 2022.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

Constituição, Constituinte exclusiva e reforma do sistema representativo

Procedimentos, *veto players* e mudanças constitucionais

VALTER RODRIGUES DE CARVALHO

Resumo: O artigo analisa a proposta de uma Assembleia Constituinte exclusiva como meio de realizar a reforma da representação política no Brasil. Conclui-se que reforma por essa via é questionável tanto quanto à constitucionalidade quanto à possibilidade de êxito em forjar instituições dotadas de conteúdo qualitativamente superior às criadas pelo constituinte reformador. É equivocado supor que contexto e regras eleitorais que elegeriam uma Constituinte exclusiva levariam ao poder representantes virtuosos, magnânimos e de racionalidade desinteressada, se comparadas ao contexto e às regras que elegem legisladores ordinários. Conclui-se também que as propostas de reformas apresentam dois modelos alternativos: a representação proporcional de lista fechada e a representação distrital mista. Os dois modelos gerariam maiores incentivos à responsabilização dos representantes e à construção de coalizão, mas a primeira teria maior probabilidade de êxito por ser uma reforma incremental.

Palavras-chave: mudanças constitucionais; racionalidade; *accountability* eleitoral.

Constitution, exclusive constituent and reform of the representative system: procedures, veto players and constitutional changes

Abstract: The article analyzes the proposal for an exclusive Constituent Assembly as a means of carrying out the reform of representation in Brazil. It is concluded that reform in this way is questionable not only in terms of constitutionality, but also in terms of the possibility of success in forging institutions endowed with qualitatively superior content to those forged by the reforming constituent. It is a mistake to suppose that the electoral context and rules that will elect an exclusive Constituent

Recebido em 19/9/22
Aprovado em 9/11/22

would bring to power virtuous, magnanimous and disinterested rational representatives, if compared to the electoral context and rules that elect ordinary legislators. It is also concluded that the reform proposals present two alternative models: the closed list proportional representation and the mixed district representation. Both models generate greater incentives for representative accountability and coalition building, but the former will be more likely to succeed because it is an incremental reform.

Keywords: constitutional changes; rationality; electoral accountability.

1 Introdução

O objetivo geral deste artigo é analisar a proposta de Constituinte exclusiva como meio extraordinário, em detrimento dos meios ordinários, de realizar a reforma política no Brasil. Reformas constitucionais mobilizam atores com poder de veto (*veto players*), coletivos e individuais, que reagem a possíveis perdas e incertezas delas advindas. A mobilização dos *veto players* está diretamente vinculada à intensidade com que o conteúdo da reforma atinge os interesses e expectativas dos atores interessados. Assim, reformas incrementais têm mais chances de lograr êxito que reformas radicais, porque estas, entre outras coisas, afetam as expectativas dos atores políticos e geram incertezas sobre o futuro.

A proposta de uma Constituinte exclusiva é vista por juristas, políticos e atores políticos como alternativa capaz de “insular” as expectativas e interesses mais imediatos da classe política na criação de novas regras eleitorais. Aqui emerge o problema deste estudo: em que medida uma Constituinte exclusiva seria mais bem-sucedida em reformar as instituições eleitorais que a via prevista pelo constituinte originário? Dito de outra forma: conhecendo seus interesses e valores, qual a razoabilidade da afirmação de que constituintes exclusivos atuariam de forma altruísta e desinteressada na urdidura de novas instituições?

A hipótese que norteia este trabalho é a de que o recurso a reformas por via não prevista pelo constituinte originário é questionável quanto à possibilidade de êxito em forjar instituições dotadas de conteúdos qualitativamente superiores às forjadas pelo constituinte reformador – além dos aspectos de constitucionalidade. Em outras palavras, não é razoável conceber que o contexto e as regras eleitorais que elegeriam uma Constituinte exclusiva levariam ao poder homens públicos virtuosos e magnânimos, altruístas e de racionalidades desinteressadas – capazes

de construir instituições superiores em valores e interesses –, se comparadas ao contexto e às regras eleitorais que elegem legisladores ordinários.

Quanto aos objetivos específicos, analisaremos as propostas de reformas em seus aspectos técnicos, vantagens e desvantagens. Assim, as críticas e as propostas de reformas mais recorrentes dirigidas ao sistema eleitoral em vigor – o da representação proporcional de lista aberta – destacam os déficits de *accountability* (responsabilização) que impingem à representação. Trata-se da ausência de *accountability vertical*, que opera do eleitor para o representante, e das dificuldades de construção do consenso governamental (custos de governabilidade). As propostas de reformas da representação apresentam dois modelos alternativos: a representação proporcional de lista fechada, bloqueada ou flexível, e a representação distrital mista. Ambos são reputados como geradores de maiores incentivos à responsabilização dos representantes pelos representados e incentivos à construção de coalizão. O modelo eleitoral misto combina a modalidade de pluralidade uninominal – que simplifica e reduz os custos informacionais de escolha para o eleitor, vinculando o representante ao distrito – com a representação proporcional, que permite maior grau de igualdade de participação. Contudo, sua implantação é complexa e custosa. A representação proporcional de lista fechada, bloqueada ou flexível, gera maior responsabilização, pois incentiva o voto partidário e reduz os custos informacionais de escolha do eleitor. Além disso, sua implantação é simples e barata.

2 Metodologia

A metodologia utilizada é qualitativa, combinada com três técnicas de investigação: bibliográfica, documental e histórica. Quanto à pesquisa

qualitativa, bibliográfica e documental, Flick (2013, p. 125) afirma que “os documentos oficiais permitem conclusões sobre o que seus autores ou as instituições que eles representam fazem ou pretendem fazer”. Assim, a análise documental precisa formular questões que sejam capazes de sanar as limitações presentes no conteúdo dos documentos. “Ao analisá-los para propósito de pesquisa, você deve sempre considerar quem produziu um documento, para quem e com que propósito” (FLICK, 2013, p. 126). Portanto, se necessário, o pesquisador deve desvencilhar-se das limitações dos documentos oficiais.

A respeito da variedade de técnicas aplicadas à pesquisa, Marconi e Lakatos (2007, p. 176) postulam que “toda pesquisa implica o levantamento de dados de variadas fontes, quaisquer que sejam os métodos ou técnicas empregadas”. Similarmente, Bittar (2007, p. 175) afirma que “as técnicas de pesquisas deverão variar, conjugar-se ou se adequar conforme o campo de trabalho em que esteja situada a temática de discussão que se queira abordar”.

Relativamente à pesquisa em fontes bibliográficas – fontes secundárias –, Marconi e Lakatos (2007) afirmam que, além de representar meios para se conhecer o tema da pesquisa, oferecem recursos para explorar áreas cujos problemas ainda não se sedimentaram. Ou seja, “a pesquisa bibliográfica não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras” (MARCONI; LAKATOS, 2007, p. 189). Em outros termos, se explorada com rigor e método, a análise bibliográfica oferece respostas aos questionamentos da pesquisa.

Com efeito, a análise bibliográfica realizada neste estudo procurou atingir dois objetivos: i) explorar os textos mais representativos e autorizados sobre o tema dos sistemas eleitorais, suas propriedades técnicas e seus efeitos concretos;

e ii) interpretar esses textos de forma rigorosa, a fim de buscar respostas inovadoras para o problema levantado na pesquisa.

A análise qualitativa com fonte documental – fontes primárias – é recurso muito frequente nos estudos de ciências humanas. As chamadas *fontes imediatas formais* implicam analisar a forma como os fenômenos políticos, jurídicos e sociais se expressam de forma concreta (BITTAR, 2007). Como estamos diante de um fenômeno jurídico-político – a reforma de leis eleitorais –, o estudo de textos legais é imprescindível para responder ao problema da pesquisa. Assim, para Marconi e Lakatos (2007, p. 180), os “documentos jurídicos constituem uma fonte rica e fidedigna [...], mostrando como uma sociedade regula o comportamento de seus membros e de que forma se apresentam os problemas sociais”. As fontes jurídico-formais são relevantes porque nelas se corporifica o Direito, as instituições e, com base nelas, podem-se reconhecer os valores implícitos. Desse modo, “*ius scriptum* se tem, modernamente, assentado como fonte majoritária do direito, sobretudo para os Estados que constroem suas práticas jurídicas na esteira do modelo jurídico romanístico” (BITTAR, 2007, p. 186).

À análise documental aplica-se a técnica de apreciação de documentos históricos, a fim de reconstruir, com fundamento na constância dos fatos sacralizados nos documentos, não apenas “a ‘verdade histórica’, da descrição verossimilhante dos fatos, mas também coligir elementos históricos e conjuntural [...] que podem permitir ao pesquisador chegar a conclusões demonstráveis sobre o fenômeno estudado” (BITTAR, 2007, p. 186). Assim, a análise qualitativa documental empreendida recaiu sobre textos de leis, de Constituições brasileiras, de resoluções, de jurisprudência etc.

3 Soberania popular, representação proporcional e participação no regime constitucional de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), embora assegure residualmente mecanismos de participação direta (art. 14, I, II e III) – plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei –, assenta que o exercício da soberania popular é concretizado de forma indireta por meio da representação. Assim, de acordo com a CRFB, “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei” (art. 14). Quanto à forma de eleição, a CRFB dispõe que “a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal” (art. 45 (BRASIL, [2022a])). A adoção do sistema de representação proporcional (RP) – extensiva às

Assembleias e Câmaras municipais – dá continuidade a uma tradição que data dos anos 1930. No entanto, quanto à adoção da RP, mais que seguir uma tradição, pretendeu-se assegurar a mais ampla participação possível, já que o Brasil tem uma sociedade que se enquadra no paradigma da “sociedade consensual” – pluralista e altamente conflitiva – na conceituação de Lijphart (2003, p. 53).

Os sistemas eleitorais são técnicas jurídico-institucionais deliberadamente escolhidas com a finalidade de converter votos em representação (TAVARES, 1994, p. 33-34; SARTORI, 2000, p. 39). Por isso, por meio da competição, podem impor fortes constrangimentos às escolhas estratégicas dos atores políticos nas eleições, além de limitarem a igualdade entre os eleitores, expressa no princípio *um eleitor, um voto* (LIJPHART, 2003, p. 169). O sentido ético e filosófico da RP adotada na CRFB é ser um esteio de inclusão numa sociedade marcada por diversidades étnicas, culturais, econômicas, lealdades regionais etc. Como anotou Lijphart (2003, p. 169), nas sociedades com divisões profundas, o sistema constitucional precisa promover “a inclusão, em vez da exclusão, e que tente ampliar a maioria governante, em vez de satisfazer-se com uma pequena maioria: essa é a democracia de consenso”. Desse modo, contrariamente ao método da *pluralidade uninominal* (no qual o vencedor leva tudo), a RP tem como “objetivo básico [...] representar tanto as maiorias quanto as minorias, em vez de representar exagerada ou insuficientemente qualquer um dos partidos, proporcionalmente à votação em termos de cadeiras parlamentares” (LIJPHART, 2003, p. 169). A preocupação que justificou a adoção da RP na Constituição foi “assegurar que a diversidade de opiniões de uma sociedade esteja refletida no Legislativo e garantir uma correspondência entre os votos recebidos pelos partidos/coligação e sua representação” (NICOLAU, 2004, p. 37). Para

sociedades heterogêneas como a brasileira, a RP ostenta a flexibilidade necessária para acomodar os interesses e aspirações e alcançar justiça na alocação da representação das forças em disputa, resultando em incentivos e a lealdades ao regime democrático.

Para viabilizar a representação, o Constituinte de 1987-1988 “optou por um modelo de democracia representativa que tem como sujeitos principais os partidos políticos [...] no processo decisório governamental” (SILVA, 2008, p. 145). Os partidos ganharam centralidade e monopólio como canais de representação. E o monopólio da representação pelos partidos afirma-se na exigência constitucional (art. 14 (BRASIL, [2022a])) de filiação partidária como uma das condições inafastáveis de elegibilidade, o que lhes garante centralidade na ordem jurídica.

Não é sem razões práticas e operacionais que os partidos ganham centralidade na CRFB. Hans Kelsen, há bastante tempo, já havia apontado que nos regimes democráticos o indivíduo isolado não pode influenciar as decisões governamentais; ele só poderá influenciar o governo se formar associações coletivas que unam opiniões semelhantes. Desse modo, “surgem os partidos políticos. Em uma democracia parlamentar, o partido político é um veículo essencial para a formação da vontade pública” (KELSEN, 1998, p. 421). A natureza jurídica dos partidos políticos torna-se, então, assunto polêmico e controverso. Os partidos são “meras associações livres de indivíduos, buscando alcançar o poder dentro de um estado, ou se, mais do que meras entidades civis, os partidos políticos seriam verdadeiros órgãos oficiais do estado” (TAVARES, 2017, p. 693). Juridicamente, o partido transitou da condição de pessoa jurídica de Direito público a pessoa jurídica de Direito privado de caráter associativo e permanente (JARDIM, 1996, p. 90). E essa mudança conferiu-lhe ampla liberdade (art. 17 (BRASIL, [2022a])): “[o] controle judicial

dos partidos tornou-se, destarte, mais restrito, e apenas para o que defluir dos princípios postos na Constituição” (JARDIM, 1996, p. 91). Assim, a liberdade partidária é *objetiva e subjetiva*. A liberdade *objetiva* expressa-se na liberdade externa dos partidos – livre criação, função e incorporação de partidos. Na acepção de Tavares (2017, p. 694), a liberdade objetiva é a liberdade “de criar os partidos [...], de transformar os partidos pela fusão e pela incorporação [...], de extinguir os partidos”. Por seu turno, a liberdade *subjetiva* mostra-se na autonomia interna dos partidos: “liberdade partidária subjetiva diz respeito aos sujeitos que compõem o partido político, implicando: 1º) liberdade de inscrever-se em algum partido político; 2º) liberdade de retirar-se de determinado partido político” (TAVARES, 2017, p. 694). Por fim, a liberdade subjetiva assegura aos partidos a definição de suas estruturas internas, organização e funcionamento.

Retomando a questão da centralidade e do monopólio, ressalte-se que a constitucionalização dos partidos como atores institucionais monopolizadores da representação tem como razão de ser o combate ao personalismo e à oligarquização, característicos da construção do Estado nacional brasileiro; e, por isso, o caráter nacional dos partidos políticos tornou-se exigência com *status* constitucional (SOUZA, 1976, p. 114; NUNES, 1997, p. 81). Em outros termos, o monopólio da representação partidária é também uma clara vedação à candidatura avulsa (tema em debate hoje).

A Constituição democrática de 1946 não apresentou expressamente a exigência de nacionalização, inserida em lei infraconstitucional – a *Lei Agamenon*, que instituiu o Código Eleitoral de 1945 (SOUZA, 1976, p. 114). O Decreto-lei nº 7.586/1945 (art. 109 (BRASIL, [1946])) estabeleceu a necessidade de apoio eleitoral nacional como exigência para a fundação de partidos políticos.¹

Na CRFB, a constitucionalização e a centralidade dos partidos obtiveram novos contornos. Em relação à organização partidária, é livre a criação e a fusão de partidos políticos, e é vedado o financiamento por entidades estrangeiras (item I e II), respeitados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e as liberdades fundamentais (art. 17, *caput* (BRASIL, [2022a])). Na CRFB, pela primeira vez, figura o *caráter nacional* como uma das exigências para fundar um partido. O dispositivo constitucional foi regulamentado por legislação infraconstitucional, que definiu com mais precisão e rigor a aferição concreta da exigência de caráter nacional (CARVALHO, 2014, p. 23-25; CÂNDIDO, 2003, p. 374-375). Esse caráter é verificado pelo mero apoio (mediante

¹ De acordo com a Constituição de 1946, para a fundação de agremiação partidária, era necessário o apoio de cinquenta mil filiados, distribuídos em pelo menos cinco unidades da federação, com não menos que quinhentos mil em cada unidade.

assinaturas) ao registro do partido no órgão de controle judicial – a Justiça Eleitoral.²

Além da obrigatoriedade de filiação partidária como exigência de elegibilidade (art. 14 (BRASIL, [2022a])), entre as provas que atestam a centralidade dos partidos como instrumentos de mediação da representação podem ser arroladas medidas legislativas e decisões judiciais dos últimos anos que reforçam esse papel dos partidos, fazendo cessar incentivos institucionais que fortalecem os interesses individuais e locais em detrimento das organizações partidárias (CARVALHO, 2020, p. 175-178). Essas decisões comprovam a opção do Poder Constituinte Ordinário e do Poder Constituinte Reformador pelo monopólio dos partidos como mediadores da representação. Trata-se da *fidelidade partidária* instituída por virada jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Supremo Tribunal Federal (STF). A infidelidade partidária foi uma das mais fortes causas de desorganização, instabilidade, volatilidade dos partidos e desvio das finalidades do sistema representativo (MELO, 2004, p. 152; GOMES, 2011, p. 91; AGRA, 2018, p. 99-100). Em função disso, em 2007 o TSE firmou, em sede de consulta, o entendimento de que o mandato pertence ao partido, não ao parlamentar eleito (GOMES, 2011, p. 91; AGRA, 2018, p. 99-100).³ A *cláusula de barreira* é um óbice instituído por todos os sistemas de representação proporcional com o fim de evitar o excesso de partidos representados (NOHLEN, 1995, p. 65). Em 2006

o STF declarou inconstitucional a *cláusula de barreira*, sob os argumentos de que ela “compromete o bom funcionamento parlamentar, além de violar o princípio da igualdade e da proporcionalidade entre os partidos” (COELHO, 2016, p. 146). São argumentos razoáveis para o funcionamento parlamentar – porque o alcance da cláusula de barreira deveria restringir-se ao acesso ao parlamento, não ao funcionamento parlamentar –, mas são ilusórios ao esposarem a ideia de igualdade absoluta, pois todos os sistemas eleitorais limitam o princípio da igualdade do voto (LIJPHART, 2003, p. 189-190; TAVARES, 1994, p. 49-56). Assim, por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 97/2017, o Poder Constituinte Reformador reintroduziu a *cláusula de barreira*.⁴

4 Reforma constitucional da representação e instituição do sistema eleitoral distrital misto

Na exata medida em que os partidos de massas irromperam como atores centrais no exercício da soberania, os sistemas eleitorais tornaram-se instituições centrais, que disciplinam e racionalizam a busca pelo poder. A forja dos partidos políticos confunde-se com a própria construção da democracia. Na origem do governo representativo moderno os partidos inexistiam, a representação parlamentar era *avulsa*. Foi a era do domínio dos *notáveis aristocratas* (WEBER, 1979, p. 122; DUVERGER, 1970, p. 19; OPPO, 1998, p. 899). No século XVIII, os partidos eram alvo de forte condenação, pois a ideia de *partido* era sinônima de *facção* (SARTORI,

² O caráter nacional é aferido com o apoio eleitoral de 0,5% dos votos válidos obtidos na eleição da Câmara dos Deputados no escrutínio imediatamente anterior e “distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles” (art. 7º, § 1º (BRASIL, [2022b])).

³ Os casos de desfiliação sem perda de mandato são: i) incorporação ou fusão a outra agremiação; ii) criação de nova agremiação; iii) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; e iv) grave discriminação pessoal (AGRA, 2018, p. 101).

⁴ Para o funcionamento parlamentar, a cláusula de barreira exigia a obtenção de 5% do eleitorado em um terço dos estados (art. 13 da Lei nº 9.096 (BRASIL, [2022b])). O art. 17 da CRFB foi modificado e impôs exigências para os partidos terem acesso a recursos do fundo partidário e a rádio e televisão.

1982, p. 32). Voltaire, em meados do séc. XVIII, estabeleceu na *Encyclopédie* uma das primeiras distinções importantes entre partidos e facções, ao afirmar que *partido* não é, necessariamente, algo repulsivo; ao contrário disso, *facção*, desde tempos antigos, foi sempre repulsiva (SARTORI, 1982, p. 32).

Entre o fim do século XVII e o começo do século XIX, opera-se uma importante distinção entre *partido* e *facção* (WEBER, 1979, p. 122; SARTORI, 1982, p. 32). O filósofo David Hume (em 1770), embora com reservas, concebe os partidos como inerentes ao governo livre. Para Hume (apud SARTORI, 1982, p. 29, grifo do autor), “os partidos ultrapassam as *facções* porque se baseiam não apenas em interesses, e não apenas em afetos [...], mas também, e principalmente, em princípios comuns”. O passo decisivo foi dado pelo filósofo e estadista conservador Edmund Burke, para quem “os fins exigem meios, e os partidos ‘são o meio’ que permite a esses homens ‘levar seus planos comuns à prática, com todo o poder e autoridade do Estado’” (BURKE apud SARTORI, 1982, p. 29). Burke, além de depurar o conceito da carga pejorativa que continha, empresta aos partidos legitimidade para a defesa dos interesses nacionais.

Entretanto, nesse período inexistiam partidos na acepção que têm hoje. Aponta Duverger (1970, p. 19) que, à exceção dos EUA, pelo menos até 1850, era mais comum encontrar “tendências de opiniões, clubes populares, associações de pensamento, grupos parlamentares, mas partidos nenhum propriamente dito”. Na Inglaterra, o *Act Reform* de 1832 ampliou o sufrágio – beneficiando setores sociais ligados à indústria e ao comércio – e com isso surgiram os primeiros embriões dos partidos modernos (OPPO, 1998, p. 899). Eram “associações locais promovidas por candidatos ao Parlamento ou grupos de pessoas notáveis que tinham lutado pelo alargamento do sufrágio” (OPPO, 1998,

p. 899). Ao organizarem comitês eleitorais, os grupos parlamentares realizaram posteriormente as necessárias ligações permanentes entre eles (WEBER, 1979, p. 122; DUVERGER, 1970, p. 20). Da crescente democratização, que adentra o século XIX com a expansão do sufrágio, resultou a inclusão das massas no processo político e, conseqüentemente, deu origem aos partidos políticos (WEBER, 1979, p. 122). Em estudo clássico, Weber (1979, p. 124) afirma que “essas formas modernas são filhas da democracia, do direito de voto das massas, da necessidade de [...] organizar as massas, e desenvolver a maior unidade de direção e a disciplina mais rigorosa”. A massificação do sufrágio e, como corolário, a das franquias políticas, resulta em ampla democratização da esfera pública institucionalizada. Isso, por conseguinte, gera a necessidade de organizar, selecionar candidatos e disciplinar o processo de acesso à representação.

Assim, quando os partidos de massas surgem num quadro de sufrágio amplo – rumo à universalidade –, os sistemas eleitorais tornam-se mecanismos estrategicamente escolhidos para lidar com o fenômeno da democracia. Com efeito, “os sistemas eleitorais [...] obrigaram todos os partidos a efetuar o salto desde os partidos dos notáveis até o dos partidos de filiados, a disciplinar sua direção central e a construir um aparato eficaz” (NOHLEN, 1995, p. 198, tradução nossa). Nesse sentido, os sistemas eleitorais são regras técnicas jurídico-institucionais deliberadamente escolhidas para converter votos em representação política (SARTORI, 2000, p. 39; TAVARES, 1994, p. 33-34; COX, 2004, p. 44-45), de modo que os sistemas eleitorais acabam por exercer fortes constrangimentos sobre as escolhas estratégicas dos atores políticos em competição, bem como limitam a igualdade entre os eleitores consubstanciada no princípio *um eleitor, um voto* (LIJPHART, 2003, p. 169). Segundo Lijphart (2003), os sistemas eleitorais

que hoje vigoram nas democracias apresentam-se sob grandes modelos: a *representação majoritária* (RM) e a *representação proporcional* (RP). Ambos são escolhas possíveis e têm implicações: i) no grau de representatividade do sistema político; ii) no maior ou menor custo na formação de coalização de governo; e iii) na maior ou menor responsabilização dos representantes pelos representados – *accountability vertical*. Essas duas grandes famílias puras são subdivididas em modelo misto – a exemplo do sistema eleitoral misto alemão. Ou podem também vir a sofrer a introdução de regras que incrementam a proporcionalidade ou a desproporcionalidade na representação proporcional – a exemplo da cláusula de barreira, do sistema de quociente eleitoral e da regra de distribuição de sobras.

O que se convencionou chamar *sistema eleitoral misto* teve sua primeira experiência concreta na Alemanha logo após a Segunda Guerra Mundial. A opção por esse sistema resultou do conflito entre os que defendiam a manutenção da representação proporcional que vigorara na República de Weimar (1919-1933) – defensores dos pequenos partidos e ideólogos do proporcionalismo – e os que advogavam a introdução do sistema de *pluralidade uninominal* de origem inglesa – os democratas-cristãos (NOHLEN, 1995, p. 199; CINTRA, 2000, p. 7; SARTORI, 2000, p. 32-33; NICOLAU, 2004, p. 68-69). Na verdade, no cerne do debate estava a responsabilização da RP pura pela fragmentação partidária que levou os nazistas ao poder. Nohlen (1995, p. 199, tradução nossa) chama a atenção para isso, afirmando que a RP “contribuiu, sem dúvida alguma, para o fracionamento do sistema de partidos”, mas, a despeito de atribuir ao sistema eleitoral – seja ele RP pura ou pluralidade uninominal – a radicalização política e ascensão do nazismo é “conceder excessiva importância à função do sistema eleitoral e ignorar quase

que por completo as circunstâncias básicas econômicas e históricas”. Apesar disso, num quadro de radicalização como o de Weimar, as instituições têm um papel que pode agravá-la ou atenuá-la. De acordo com Zimmerling (1991, p. 80-81), a representação proporcional instituída em Weimar propiciou a emergência de um pluripartidarismo excessivo, em virtude de o sistema não estabelecer *cláusula limitadora* do acesso à representação. Os custos de formação de maioria levaram a curtas legislaturas: “em apenas catorze anos houve vinte governos, dos quais somente oito tiveram maioria no Parlamento” (ZIMMERLING, 1991, p. 81). A excessiva fragmentação produzida pela RP pura levou ao parlamento a forte disciplina de facções dirigidas pelos partidos contra o governo (ZIMMERLING, 1991, p. 81). As facções disciplinadas estavam não apenas fora do controle do governo como se voltavam contra o governo.

Após o fim do regime nazista em 1945, na ausência de consenso sobre o sistema a adotar – se proporcional ou majoritário –, uma solução de compromisso proposta na Alemanha foi encampada pelo SPD⁵. Consistiu na combinação dos dois sistemas eleitorais – pluralidade uninominal e representação proporcional – num só modelo que veio a ser chamado *sistema misto alemão* (NOHLEN, 1995, p. 200; SARTORI, 2000, p. 31; CINTRA, 2000, p. 7; NICOLAU, 2004, p. 68). Assim, “colhem os alemães as vantagens do voto em candidatos, não em partidos, em pequenos distritos, sem perder, contudo, as virtudes do voto partidário, programático, que o sistema de listas permite praticar” (CINTRA, 2000, p. 7). Portanto, o sistema misto alemão foi “uma solução de compromisso a que teve de chegar o Conselho Parlamentar durante as deliberações

⁵ SPD é a sigla utilizada pelo Sozialdemokratische Partei Deutschland (Partido Social-Democrático da Alemanha), um dos partidos mais relevantes do país e da Europa.

relativas à lei fundamental” (NOHLEN, 1995, p. 200, tradução nossa). Desse modo, as virtudes peculiares a cada sistema foram retidas e aplicadas à vida institucional: formação de governos eficientes e responsáveis, e igualdade de participação ou justiça alocativa da representação, consubstanciada no princípio da proporcionalidade (TAVARES, 1994, p. 114).

O sistema de origem alemã tem duas modalidades: *misto de superposição* e *misto de correção* (NOHLEN, 1995, p. 201; TAVARES, 1994; NICOLAU, 2004, p. 65). No caso alemão, trata-se de sistema misto de correção. Sua fórmula consiste em duas escolhas diferentes (*vote-splitting*) na eleição dos representantes: majoritária e proporcional, em que se associam as duas fórmulas (na *superposição* não há). O eleitor dispõe de “um primeiro voto para a eleição direta de um deputado nas circunscrições por maioria relativa e [de] um segundo voto numa lista fechada e bloqueada de partido” (NOHLEN, 1995, p. 201, tradução nossa). Antes, a lista existia no âmbito dos estados (*Länder*), adotada a partir de 1956; e as listas partidárias têm escala nacional (NOHLEN, 1995, p. 201; SARTORI, 2000, p. 31). Assim, no sistema *misto de correção* alemão, dos 656 assentos no Bundestag, 328 são eleitos nos distritos uninominais por *escrutínio de maioria simples* e os demais (228), pelo sistema proporcional em *listas partidárias fechadas e bloqueadas* – como sistema de correção, visando dar acesso à representação dos pequenos partidos e minorias (TAVARES, 1994, p. 105-106; NICOLAU, 2004, p. 69; NOHLEN, 1995, p. 201). Há uma associação entre as fórmulas eleitorais utilizadas. Em outros termos, “para calcular o número de assentos que corresponde a cada partido [...] tomam-se unicamente em consideração o percentual de votos dos partidos em escala [...] nacional” (NOHLEN, 1995, p. 201, tradução nossa). Os candidatos podem concorrer simultaneamente nos distritos e nas listas. No caso de

vitória no distrito, o candidato é eliminado da lista, permitindo que sejam eleitos seus companheiros posicionados na sequência (NICOLAU, 2004, p. 71).⁶ A votação obtida na segunda opção do eleitor nacional determina, proporcionalmente, a quantidade de assentos de cada partido (NICOLAU, 2004, p. 69; MENDES, 2008, p. 786-787). Por conseguinte, “o segundo voto determina quantos deputados envia cada partido ao Bundestag” (NOHLEN, 1995, p. 201, tradução nossa). Dito de outro modo, a via proporcional do sistema é determinante para o cálculo de alocação da representação. A via proporcional do sistema exclui da representação os partidos que não ultrapassam a cláusula de barreira de 5% dos votos válidos nacionais ou a eleição de três representantes pela via majoritária (NOHLEN, 1995, p. 207; TAVARES, 1994, p. 112).

Entre o fim da Segunda Guerra e a queda dos regimes comunistas (1989), diversos países adotaram o sistema misto. O sistema misto de superposição é utilizado pelo Japão, Coreia do Sul, Ucrânia, Taiwan, Rússia etc. (NICOLAU, 2004). Esse sistema elege os representantes por meio de duas fórmulas distintas em que “a eleição dos representantes da parte proporcional não é afetada pela majoritária” (NICOLAU, 2004, p. 64). O Japão, por exemplo, utiliza o sistema misto de superposição e, pela fórmula majoritária de maioria simples em distritos uninominais, elege 300 membros numa Câmara de Representantes com 500 eleitos. Os outros 200 membros são eleitos pela fórmula proporcional de lista fechada. Assim como no sistema alemão, o eleitor tem direito a duas escolhas: uma no distrito e outra na lista (NICOLAU, 2004, p. 65). Porém, como se trata de um sistema de superposição, a alocação das cadeiras nos dois níveis

⁶ Nas eleições de 1998, 47% dos candidatos concorreram simultaneamente nos distritos e nas listas. Ver Nicolau (2004, p. 71).

é realizada de forma isolada: “a representação final de um partido é o resultado do que ele obteve na proporcional *mais* o que ele conquistou nos distritos” (NICOLAU, 2004, p. 65, grifo do autor). Além do duplo voto, a semelhança com o modelo alemão evidencia-se no direito de os candidatos disputarem nas duas modalidades de eleições (é o caso também da Lituânia e da Ucrânia). Outro dado importante diz respeito ao percentual de assentos eleitos pela via proporcional, que é de 48% no Japão, 50% na Rússia, 50% na Lituânia, 50% na Ucrânia, 18% em Taiwan, por exemplo (NICOLAU, 2004, p. 67). Quanto maior o número de assentos eleitos pela via proporcional, maior a proporcionalidade e a oportunidade para pequenos partidos elegerem representantes.

Os críticos costumam afirmar que o sistema de correção misto alemão é muito complexo, mas que, no final das contas, nele prevalece o princípio majoritário. Em 1949, as primeiras eleições evidenciaram uma fragmentação partidária não muito diferente do sistema anterior: “Com as eleições para o *Bundestag* em 1953 se iniciou o processo de concentração do sistema partidário” (NOHLEN, 1995, p. 203, tradução nossa). Esse processo aprofundou-se a partir de 1961, quando “em todas as eleições posteriores [...], somente três partidos obtiveram assentos parlamentares: CDU/CSU, SPD e FDP” (NOHLEN, 1995, p. 203, tradução nossa). Do lado do sistema majoritário, apenas dois grandes partidos saem vitoriosos nas eleições, porque têm condições de superar a barreira da eleição majoritária nos distritos – representada por escrutínio de maioria simples. Por outro lado, a presença de pequenas agremiações, a exemplo dos verdes e dos liberais, “é assegurada pela prática dos segundos votos, e a função desses partidos [...] consiste em assegurar a alternância partidária no governo, num sistema de dois partidos e meio” (NICOLAU, 2004, p. 120). Embora o voto diferencial não

ultrapasse dado percentual, o eleitor utiliza-o de forma estratégica, com “a intenção de impedir a maioria absoluta de um partido e lograr a formação de coalizões políticas” (NOHLEN, 1995, p. 211, tradução nossa). O princípio majoritário prevalece, mas a representação proporcional garante a presença dos pequenos partidos e das minorias. Mais que isso: garante também a alternância de poder entre os dois grandes partidos, que podem contar com o apoio dos pequenos para formar maioria em oposição ao partido que estiver no governo.

Em linhas gerais, entre as razões invocadas para a implantação do sistema misto alemão no Brasil está a de que poderia incrementar a responsabilização dos representantes, ao mesmo tempo em que permitiria manter a igualdade de acesso à representação promovida pela via proporcional. Assim, “o voto personalizado pode ser mantido. O sistema alemão o oficializa como um aspecto positivo, mas o permite exercitado na escala apropriada para obter-lhe os efeitos salutares, ou seja, o distrito de menor extensão geográfica do que o estado” (CINTRA, 2000, p. 12). As duas lógicas convergiram para tornar mais *accountable* o sistema representativo, porque a personalização da representação seria promovida pela pluralidade uninominal e a identidade partidária seria reforçada pelo sistema proporcional de lista fechada e bloqueada (TAVARES, 1994; NICOLAU, 2006).

Segundo a literatura (MAINWARING, 2001; AMES, 2003; NICOLAU, 2006; ALMEIDA, 2006), há consenso em que nosso sistema proporcional de lista aberta gera sérios problemas de *accountability vertical*, além de enfraquecer a institucionalização dos partidos, dado o excesso de personalização. De acordo com Mainwaring (2001, p. 306), “os partidos admitem uma ampla diversidade de candidatos sem fazer exigências ideológicas ou organizacionais”. Por fim, a via proporcional do modelo misto deve instituir,

a exemplo da Alemanha, a lista fechada e bloqueada, em que o eleitor não teria a liberdade de alterar a lista preordenada; caso contrário, estaríamos diante dos mesmos problemas do sistema atual: custos altos das campanhas, fragilização dos partidos, custos excessivos para os eleitores fazerem sua escolha e, como corolário de tudo isso, a fraca *accountability vertical*.

Resta apontar algumas questões relativas à implantação desse sistema. Trata-se de sistema complexo, cuja operacionalização no contexto brasileiro tem elevado custo. São entraves: i) as dificuldades de ordem administrativa e geográfica, já que seria necessário recortar o País em distritos de representação uninominal; ii) na verdade, seria dupla a tarefa da reforma, pois seria fundado um sistema de pluralidade uninominal e reformado o atual sistema de representação proporcional de lista aberta, para se instituir a lista fechada; e iii) no caso alemão, os estudiosos apontam que a vertente *majoritária tem predominância* sobre a proporcional e traz consigo não só as virtudes – como responsabilização e governos eficientes – como também os vícios, que são a concentração partidária e a exclusão dos pequenos partidos – prática estratégica a fim de não “desperdiçar” o voto (COX, 2004, p. 109; SARTORI, 2000, p. 32; TAVARES, 1994, p. 108). Isso eleva as precauções quanto à introdução do sistema numa nação plural e diversa como o Brasil.

Sobre o segundo voto no sistema alemão – o voto na lista –, Sartori (2000, p. 32, tradução nossa) postula que “a maioria dos votantes não está consciente de que o voto decisivo é o segundo [...] e crê, ao contrário, que é somente uma indicação de segunda preferência”. A concentração partidária resulta do fato de a vertente majoritária ser dominante; e é dominante porque são declarados eleitos todos os candidatos que alcançam a maioria dos votos nos distritos uninominais de turno único (TAVARES, 1994,

p. 108). Diferentemente, os “candidatos que integram a lista [...] serão eleitos residualmente, na medida em que ocuparem, segundo a ordem da lista, as cadeiras que ainda couberem ao partido no estado” (TAVARES, 1994, p. 108).

A vertente majoritária do sistema orienta a decisão do segundo voto, porque há uma lógica bipolar e plebiscitária na eleição, presente na disputa ao cargo de chanceler. Não raro, isso leva o leitor a abandonar listas ou candidatos nos distritos, tornando o sistema muito parecido com o modelo inglês – concentrador e excludente (TAVARES, 1994, p. 121; LIJPHART, 2003, p. 55-56; COX, 2004, p. 109). É claro que, além de orientar e promover a concentração, a cláusula de exclusão de 5% dos votos válidos ou três mandatos distritais muito contribui para a lógica majoritária. Sobre o voto estratégico no sistema alemão – em que o eleitor evita “desperdiçar” o voto –, Cox (2004, p. 109, tradução nossa) afirma: “os coeficientes de deserção do FDP alcançaram 61,8% em 1972, 70% em 1983 e 61,3% em 1987”.⁷ Sobre a segunda opção do eleitor – o voto diferencial ou *split vote* –, Nohlen (1995, p. 211, tradução nossa) afirma que “90% dos eleitores não praticam *split vote*: elegem com o primeiro voto o candidato da circunscrição e, com o segundo, a lista do *Land* [estado] do mesmo partido”. Apenas 10% dos eleitores escolhem partidos de forma divergente do primeiro voto. E, segundo Nohlen (1995), fazem isso de forma estratégica, para evitar a maioria absoluta de um só partido.

O sistema misto de origem alemã, por sua vez, não toca em pontos sensíveis da crise de representação que assola o Brasil: a complexidade do sistema e os custos das campanhas eleitorais. O sistema misto não contribui para incrementar a responsabilização dos representantes

⁷ FDP é a sigla adotada pelo Freie Demokratische Partei (Partido Democrático Liberal).

(*accountability vertical*), pois: i) *não permite a redução dos custos informacionais* para o eleitor escolher e monitorar o representante – podendo torná-lo ainda mais complexo, dado que o eleitor ainda teria de escolher entre diversas listas partidárias e candidatos; e ii) *não permite a redução dos custos de campanha eleitoral*. Ao manter a quantidade excessiva de candidatos e as listas, pelo menos nesse ponto o sistema não é muito diferente do sistema proporcional de lista aberta em vigor. Assim como no atual sistema, haveria grandes circunscrições e milhares de candidatos a incentivarem campanhas individualistas e excessivamente caras.

5 Reforma constitucional da representação e instituição da representação proporcional de lista fechada

As instituições eleitorais têm papel decisivo na racionalidade dos atores políticos e dos eleitores. Aliás, somente no quadro das instituições é possível falar em racionalidade de atores políticos e eleitores, pois “as instituições predominantes (as regras do jogo) determinam o comportamento dos atores, os quais, por sua vez, produzem resultados políticos e sociais” (TSEBELIS, 1998, p. 51). As instituições – e no caso aqui, as eleitorais – delimitam o campo da racionalidade de eleitores e políticos. O ato de escolha política não pode ser deixado ao reino do individualismo, porque a complexidade das escolhas e os custos exigem dos não versados em assuntos públicos um *atalho informacional* (DOWNS, 1999, p. 119) que simplifique e torne mais fáceis as escolhas. Não é sem razão que os partidos, segundo Downs (1999), desempenham o papel de *atalhos informacionais*, que facilitam as escolhas dos eleitores, ao simplificarem e tornarem acessíveis, a baixo custo, informações de que o eleitor necessita para fazer escolhas.

Representação proporcional e representação majoritária têm virtudes e vícios inerentes a cada uma delas. Além de altamente concentradora e excludente, a filosofia da representação majoritária (RM) visa à formação de maiorias governantes. A RP tem entre suas maiores virtudes a *inclusividade*. Dependendo das fórmulas de alocação da representação, a RP inclui ao máximo possível partidos que competem nas eleições, até o limite da proporcionalidade perfeita entre votos e cadeiras (LIJPHART, 2003, p. 57; SARTORI, 2000, p. 16-17). Por isso, os defensores da RP sempre a comparam com a RM, ressaltando que a RM – instituída nos EUA, Inglaterra e Barbados – é um sistema em que “o vencedor leva tudo” e, por essa razão, é profundamente antidemocrático (LIJPHART, 2003, p. 52-53). De acordo com Nohlen (1995, p. 94, tradução nossa), “o objetivo político da representação da maioria é que o governo (majoritário)

de um partido se apoie numa minoria (maioria relativa) de votos”. Por sua vez, “a ideia-chave do princípio da representação proporcional é refletir, com a maior exatidão possível, as forças sociais e grupos políticos da população. A quantidade de votos e cadeiras dos partidos deve corresponder de modo aproximado uns com os outros” (NOHLEN, 1995, p. 94, tradução nossa). A RP possibilita aos competidores organizados em partidos, ao obterem certa quantidade de votos, a eleição de representantes numa proporção relativamente próxima dos sufrágios recebidos.

A experiência concreta dos sistemas proporcionais revela que o grau de proporcionalidade varia conforme o caso e relaciona-se às fórmulas eleitorais e barreiras utilizadas para evitar que o excesso de justiça alocativa na distribuição da representação torne o sistema disfuncional – baixa *accountability vertical* e altos custos de formação de coalizões. Assim, para sanar os vícios mais frequentes da RP, mecanismos institucionais foram concebidos e largamente utilizados. Um deles é a magnitude distrital (M) – o número de representantes eleitos por circunscrição. A magnitude distrital (M) tem forte relação de causa e efeito entre votos e assentos para os partidos (NOHLEN, 1995, p. 53-56; LIJPHART, 2003, p. 175-178). Com base na observação dos efeitos da magnitude distrital – em sistema de escrutínio de maioria simples, ao longo do tempo –, Duverger (1970, p. 253, grifo do autor) formulou sua clássica lei sociológica: o “escrutínio majoritário de um só turno *tende ao dualismo partidário*”; inversamente, “o escrutínio majoritário de dois turnos ou a representação proporcional *tendem ao multipartidarismo*” (DUVERGER, 1970, p. 253, grifo do autor). Duverger aponta os efeitos de sistemas eleitorais diferentes: o majoritário e o proporcional. Porém, independentemente do sistema, a magnitude distrital produz efeitos

concentradores em maior ou menor grau.⁸ Assim, distrito de magnitude 1 (M=1) – típico de RM pura – produz enormes desproporcionalidades, ao esterilizar contingentes enormes de votos. Reduzida a magnitude distrital, aumenta a concentração da representação em poucos partidos. “Inversamente, reforça-se o efeito proporcional de um sistema eleitoral ao aumentar o tamanho das circunscrições eleitorais” (NOHLEN, 1995, p. 56, tradução nossa).

O sistema eleitoral proporcional impõe igualmente o quociente eleitoral como barreira de entrada. A intenção é a mesma: evitar que partidos sem capilaridade eleitoral e densidade de interesses alcancem representação (TAVARES, 1994, p. 131-133; NOHLEN, 1995, p. 69-70). Trata-se do que se convencionou chamar de *cota Hare*⁹, operada com base na divisão dos votos da circunscrição pelo número de assentos. Assim, “o quociente eleitoral é obtido mediante divisão, em que o dividendo é sempre igual ao total de votos válidos emitidos; por sua vez, o divisor muda segundo a fórmula aplicada” (NOHLEN, 1995, p. 69, tradução nossa). Na verdade, a barreira do quociente eleitoral está relacionada à magnitude distrital. Então, quanto maior a magnitude distrital, menor será a barreira do quociente eleitoral e mais fácil será o acesso dos pequenos partidos (TAVARES, 1994, p. 102-103).

Para conter o excesso de justiça alocativa na RP, há o uso de fórmulas de alocação de sobras. Em relação a elas, pode-se dizer que todas são mais concentradoras que a RP pura – como a

⁸ Pode-se tomar como exemplo o caso brasileiro, em que o mesmo sistema eleitoral tem efeitos variáveis de uma circunscrição para outra. É evidente que em São Paulo, a maior magnitude do País, há maior pluralidade nas eleições e mais partidos representados do que no Piauí, por exemplo, cuja magnitude é imensamente distinta. Sobre isso, ver Carvalho (2017).

⁹ O nome é uma homenagem ao seu criador, o matemático Thomas Hare.

que, por exemplo, vigorou em Weimar de 1919 a 1933. A RP de método automático previa a atribuição de um assento a cada 60 mil votos (NOHLEN, 1995, p. 196). A barreira, que era mínima, tornava-se ainda mais irrelevante porque “os votos restantes das 35 circunscrições se juntavam a uma união de circunscrições na qual se atribuía novamente um assento por cada 60 mil votos” (NOHLEN, 1995, p. 196, tradução nossa). Como barreira para impedir excesso de partidos, há algumas fórmulas eleitorais. As mais utilizadas são as seguintes: i) *D’Hondt*, cujo método é de maiores médias (utilizado na Alemanha com o novo sistema); *D’Hondt* de maiores médias, que beneficia os grandes partidos, porque é a série de divisores sequenciais (1, 2, 3, 4, 5 etc.); ii) *Sainte-Laguë*, que beneficia os pequenos partidos ao produzir maior proporcionalidade, pois opera mediante divisores ímpares (1, 3, 5, 7 etc.); e iii) *Sainte-Laguë modificada*, que é menos proporcional devido à modificação na versão original, que altera o primeiro divisor de 1 para 1,4 (NICOLAU, 2004, p. 44-45).

Por fim, as experiências concretas de RP têm uma barreira que talvez seja a mais elevada e utilizada: a *cláusula de exclusão*. Trata-se de um óbice com o fim de dificultar a entrada de partidos sem relevância eleitoral que produzam excesso de fragmentação partidária. Um sistema que produza “a proporcionalidade extrema poderia produzir um legislativo muito fragmentado, que afetaria a governabilidade” (NICOLAU, 2004, p. 49). Mais uma vez, foi a experiência alemã com a RP pura que motivou a criação dessa barreira. Os alemães instituíram a mais elevada (só é menor que na Turquia e Polônia) barreira de entrada com cláusula de exclusão de 5% – e só terão assentos os partidos que a alcançarem. Submetida a exame do Tribunal Constitucional alemão, este decide que “uma barreira legal de 5%, como limite máximo, ainda seria compatível com a representação

proporcional. [...] A capacidade funcional do sistema parlamentar foi considerada mais importante que os aspectos de uma representação justa” (NOHLEN, 1995, p. 207, tradução nossa). Segundo Nicolau (2004, p. 52), a quase totalidade dos regimes democráticos de RP instituíram barreiras à entrada que são baseadas em critérios nacionais. Alguns exemplos: na Noruega é de 4%; na Romênia, 3%; em Israel, 1,5%; na Polônia, 7%; na Argentina, 3%; na Bulgária, 4%; na Turquia, 10%; na Espanha, 3%; e na Grécia, 3%.

Assim como a barreira representada pela cláusula de exclusão, outro elemento utilizado pela quase totalidade das democracias de RP é a lista fechada, bloqueada ou flexível. Ainda no fim do século XIX e no início do XX, Kelsen (1998, p. 423) evidenciou o caráter amplo do corpo eleitoral nos sistemas de representação proporcional, ao pontuar que “o sistema de representação proporcional é aplicável apenas à eleição de um corpo representativo, mas não às decisões do corpo em si. Estas decisões devem ser tomadas de acordo com o princípio da maioria”. Ou seja, a representação proporcional funciona em grandes circunscrições com sistema de lista – que pode ser fechada ou aberta. Nessa mesma direção, Nohlen (1995, p. 198) afirma que a representação proporcional surge unida à lista fechada e bloqueada e conduz os partidos a uma importância crescente no processo de recrutamento e seleção dos candidatos. Dessa forma, “o decisivo era agora a confirmação pela burocracia do partido, já que, ao cabo de um consenso continuado dentro da organização do partido, costumava haver um lugar na lista desse partido nas eleições legislativas” (NOHLEN, 1995, p. 198, tradução nossa).

Portanto, os sistemas eleitorais põem em marcha incentivos e constrangimentos que podem contribuir ou não para institucionalizar os partidos. E isso tem implicações no grau de

accountability dos representados sobre os representantes. A institucionalização é condição necessária para os partidos funcionarem como *atalhos informacionais* para o eleitor. E isso, por seu turno, depende muito do sistema eleitoral (MAINWARING, 2001, p. 57-58, 302). Panebianco (2005) definiu *institucionalização partidária* nos seguintes termos: i) autonomia do partido em relação ao ambiente social em que está inserido; e ii) alto grau de sistematicidade e interdependência das partes que compõem o partido. Na primeira dimensão, é mensurada a capacidade de controle direto que o partido exerce em relação aos processos de trocas; quando o partido é pouco institucionalizado, “exerce pouco controle sobre o próprio ambiente; [...] mais se adapta a ele do que o faz adaptar-se a si própria” (PANEBIANCO, 2005, p. 103-104). Na segunda dimensão, o partido tem elevada autonomia e, conseqüentemente, controla o processo de trocas ambientais; o grau de sistematicidade é elevado e, por isso, há “o controle sobre as zonas de incerteza organizativa, principalmente sobre as relações com o ambiente” (PANEBIANCO, 2005, p. 106). Dito de outro modo: partidos institucionalizados apresentam padrões estáveis de competição eleitoral (baixa ou nenhuma volatilidade dos percentuais eleitorais de uma eleição a outra), laços sociais fortes, vínculos estáveis com os eleitores, consistência ideológica em seus posicionamentos, primazia dos interesses coletivos do partido sobre os interesses individuais dos membros etc. (MAINWARING, 2001, p. 302).

Um dos mais notáveis *vícios* do sistema da representação entre nós é a lista aberta – utilizada apenas na Finlândia e no Chile (NICOLAU, 2004, p. 56-67). A RP de lista aberta estimula o individualismo em detrimento da organização partidária. A lista aberta favorece o individualismo das campanhas “porque quanto mais votos um candidato recebe mais cresce seu poder e prestígio. Este e outros sistemas em que o voto preferencial determina [...] a ordem dos candidatos na lista exige que os políticos cultivem votos pessoais” (MAINWARING, 2001, p. 302). Assim, “na lista aberta os partidos têm fortes incentivos para atrair nomes de lideranças e personalidades com alta popularidade” (MAINWARING, 2001, p. 302). Embora até pareça uma “virtude” – porque permite ampla liberdade de escolha ao eleitor –, os efeitos negativos – como desinstitucionalização dos partidos e déficits de *accountability vertical* – neutralizam e desestruturam os partidos. Com efeito, a reforma é urgente para sanar essa que certamente é a maior das distorções da RP no Brasil.

Uma alternativa ao atual modelo de lista aberta seria a lista fechada bloqueada ou flexível, cuja introdução pode trazer vantagens, apontadas a partir de agora.

Em primeiro lugar, o sistema de lista fechada, bloqueada ou flexível, incentiva a responsabilização dos representantes – *accountability*

vertical – ao privilegiar campanhas partidárias contra o individualismo (MAINWARING, 2001, p. 301-302; AMES, 2003, p. 89; NICOLAU, 2004, p. 30-31) e ao reduzir os custos informacionais para os eleitores escolherem – reduz o número excessivo de nomes, sem diminuir as opções de escolhas. Porém, sem a lista fechada bloqueada ou flexível é impossível a existência de incentivos à responsabilização dos representantes devido ao custo informacional que gera para a escolha do eleitor. Desse modo, “o Brasil tem um sistema de representação proporcional que deixa ao eleitor uma ampla margem de escolha entre candidatos individuais e enfraquece o controle dos partidos” (MAINWARING, 2001, p. 302). A lista fechada, bloqueada ou flexível, facilita para o eleitor informar-se e decidir sobre em quem votar – porque são poucas as listas (NICOLAU, 2006, p. 32; ALMEIDA, 2006, p. 43-44). A lista aberta gera confusão e custos para o eleitor decidir sobre o voto e controlar seu representante.

Em segundo lugar, a lista fechada, bloqueada ou flexível, incrementa a institucionalização partidária, outra variável que incentiva a responsabilização. O senso comum rejeita partidos fortes porque não compreende o que seja isso. O conceito de partidos fortes tem o sentido de maior *accountability vertical* entre os eleitores e os eleitos. Os especialistas são unânimes em apontar que os partidos no Brasil são fracos institucionalmente também em função do sistema de lista aberta (AMES, 2003, p. 73-74; MAINWARING, 2001, p. 301; ALMEIDA, 2006, p. 43-44). Regras institucionais como a lista aberta enfraquecem os partidos ao incentivar uma forma de recrutamento de candidatos pautada nos atributos pessoais, em detrimento do partido.

A lista fechada, bloqueada ou flexível, tem uma grande vantagem sobre a lista aberta porque reduz os custos informacionais para o eleitor escolher e promover a responsabilização

posterior (ALMEIDA, 2006, p. 36-37). Pesquisas mostram que o grau de lembrança do voto pelo eleitor decresce à medida que o processo de escolha se torna mais complexo e se elevam os custos informacionais. Por exemplo, Almeida (2006, p. 37-42) mostra que, após a eleição de 2002, o grau de *amnésia* eleitoral foi de 9% para presidente, 12% para governador, 31% para senador, 71% para deputado federal e 69% para deputado estadual. Em países como Hungria, Alemanha, Nova Zelândia e Bulgária, o grau de *amnésia eleitoral* no mesmo período foi de 10%, 10%, 19% e 25%, respectivamente. A Polônia, que utiliza a lista aberta, apresenta percentual mais próximo do brasileiro – 49%.

Em terceiro lugar, o sistema proporcional de lista fechada promove a redução dos custos de campanha eleitoral, o que tem impacto relevante numa variável de capital importância para a democracia: *os custos de campanhas*. A RP de lista aberta em grandes circunscrições incentiva campanhas individualistas e o excesso de candidatos à procura de votos. “A RP de lista aberta com distritos de grande magnitude deixa à própria campanha a determinação dos segmentos do eleitorado que obterão representação” (AMES, 2003, p. 74). Como consequência, acarreta incertezas para os próprios pretendentes a cargos eletivos, custo informacional elevado para o eleitor filtrar as candidaturas e a explosão dos custos de financiamento de campanhas (MELO, 2004, p. 59-60; NICOLAU, 2006, p. 30-31). A introdução da lista fechada, bloqueada ou flexível, reduziria consideravelmente os custos de campanha porque o eleitor usaria a lista como *atalho informacional*, em vez de selecionar uma gama ampla de nomes entre diversos partidos. Por fim, o sistema de lista fechada facilitaria também a fiscalização da aplicação dos recursos nas campanhas dado o enxugamento do mercado eleitoral com a redução do número de candidatos.

6 Constituinte exclusiva e reforma constitucional da representação

Há consenso de que as instituições representativas devem ser reformadas. Como já se analisou, as propostas de reformas constitucionais visam combater a baixa institucionalização dos partidos; os elevados dispêndios em campanhas; a complexidade do sistema, que eleva os custos informacionais e dificulta para o eleitor escolher e monitorar o representante (a *amnésia eleitoral*); e, o que é mais importante, combater os déficits de *accountability vertical* mediante a responsabilização dos representantes pelos representados.

Diante disso, é necessário responder a algumas indagações sobre o tema da reforma constitucional da representação. Em primeiro lugar, por que tem sido muito difícil reformar o sistema representativo no Brasil? E por quê, a despeito do consenso entre os atores políticos e a sociedade, nos últimos 30 anos muito pouco se reformou esse sistema?

As respostas a essas questões exigem um pragmatismo analítico que aceite e reconheça a legitimidade de um *pressuposto de racionalidade*, na acepção de Tsebelis (1998), nas ações dos atores políticos no interior das instituições – e, no caso do objeto deste artigo, o Legislativo. Por instituição, segundo Peters (2003, p. 51, tradução nossa), entende-se “um conjunto de regras e valores [...], como também o conjunto das rotinas que se desenvolvem para pôr em execução e impor esses valores”. Dito de outro modo, as instituições moldam o comportamento racional dos indivíduos nelas inseridos. A ação do indivíduo adapta-se ao conjunto institucional e às interações com as outras pessoas, de modo a aperfeiçoá-las (TSEBELIS, 1998, p. 51). Além do mais, o que é essencial para nossas conclusões aqui, “as instituições se definem por sua durabilidade e sua capacidade para influir na conduta dos indivíduos durante gerações”

(PETERS, 2003, p. 51, tradução nossa). Desse modo, o exame das instituições, como no caso das representativas, deve ser de longo prazo, porque sua função é aumentar a estabilidade do jogo de poder, ao facilitar os cálculos dos atores políticos nesse jogo (TSEBELIS, 1998, p. 51). Isso quer dizer que os interesses dos atores – se admitido o pressuposto de racionalidade –, além dos interesses dos cidadãos, são construídos nos limites permitidos pelas instituições (POWELL; DIMAGGIO, 2001, p. 68; TSEBELIS, 1998, p. 117). O que põe em questão as mudanças das institucionais, as quais têm peso formidável na realização dos interesses dos atores e dos cidadãos. Powell e Dimaggio (2001, p. 68, tradução nossa) formularam uma pergunta essencial: “se as instituições exercem uma influência tão poderosa sobre os modos como as pessoas podem formular desejos e trabalhar para obtê-los, então como ocorre a mudança institucional”? Em outras palavras, as mudanças institucionais encontram forte resistência endógena nos atores interessados em suas regras, pois constituem um atalho para ações racionais dos atores diante das incertezas que permeiam o mundo social.

Como consequência, embora as instituições não sejam inalteráveis, mudanças globais ocorrem com menor frequência que mudanças incrementais. Na quase totalidade das experiências, as reformas são incrementais. Isso quer dizer que uma proposta que visa alterar o sistema eleitoral por completo dificilmente terá êxito na aprovação – a exemplo do sistema misto. Formulador teórico do conceito de mudanças incrementais, Lindblom (2014, p. 192) sentencia que “o incrementalismo consiste em mudanças políticas por meio de pequenos passos”. Como as questões são complexas e a racionalidade limitada – por isso as instituições importam, já que constituem um seguro contra as incertezas –, a mudança incremental é exploratória,

pois associa-se à tentativa de acertos e erros. Mais importante que isso, “em toda controvérsia política, ela diminui a proporção das apostas e, assim, anima os perdedores a suportar suas perdas, sem quebra do sistema político” (LINDBLOM, 2014, p. 198). Desse modo, para lograrem êxito, mudanças nas regras eleitorais que afetem as expectativas futuras dos atores precisam apresentar caráter incremental – até mesmo como forma de verificar, pela tentativa de acertos e erros, os resultados concretos ao longo do tempo.

Por outro lado, reformas constitucionais, sejam de que natureza forem, mobilizam atores com poder de veto – *veto players* –, coletivos e individuais, que veem nas mudanças possíveis perdas ou aumento das incertezas quanto ao futuro. Segundo Tsebelis (2009), os regimes constitucionais diferem quanto ao número de *veto players*. Por conseguinte, constituições parlamentaristas e presidencialistas são distintas quanto ao número de *veto players*; o mesmo ocorre com constituições federativas e unitárias, e com os governos multipartidários e unipartidários (TSEBELIS, 2009, p. 392). Dessa maneira, é importante considerar os *veto players* porque, “para mudar o *status quo* (legislativo) [...], um certo número de atores individuais ou coletivos deve concordar com a mudança proposta” (TSEBELIS, 2009, p. 17). Logo, “as alterações significativas do *status quo* são impossíveis quando o *conjunto vencedor* é pequeno [...], quando têm distâncias ideológicas importantes entre si e quando são internamente coesos” (TSEBELIS, 2009, p. 17, grifo do autor). Em outros termos, o *conjunto vencedor* do *status quo* precisa ser maior que a *estabilidade de decisão* (consenso em torno do *status quo*) numa democracia constitucional.

Nesse aspecto, o Brasil apresenta um sistema constitucional com muitos *veto players*. Embora dentre os países democráticos o Brasil não seja tão rígido sob o ponto de vista do

poder de reforma da Constituição – a exemplo dos Estados Unidos, de quem copiou o modelo –, os *veto players* imprimem maior ou menor resistência, dependendo do tema da reforma e dos setores afetados. No Brasil, os *veto players* compõem-se de: um sistema presidencialista com duas instâncias de poder legitimadas (o Executivo e o Legislativo); um sistema federalista, com fortes tendências localistas, já que a carreira política no Brasil tem origem localista (ABRUCIO; SAMUELS, 1997, p. 139); um sistema multipartidário excessivamente fragmentado e pouco institucionalizado (MAINWARING, 2001, p. 58); e um Judiciário autônomo e forte. Assim, o “judiciário deve ser visto como ator adicional com poder de veto somente nos casos em que há revisão jurídica” (TSEBELIS, 2009, p. 398). Sob a CRFB, pela primeira vez na República o Judiciário passou a gozar de ampla autonomia e forte poder de revisão judicial – difuso-incidental e concentrado no STF. Esses atores institucionais representam fortes barreiras às reformas quando atingem interesses enraizados e concentrados em setores com poder de barganha. É o caso da reforma do sistema representativo, que atinge as expectativas futuras e gera incertezas para a classe política – uma classe fortemente corporativa e ciosa de seus privilégios.

As instituições, obviamente, não são imutáveis. Evidente também que é meia verdade a clássica tese de Schumpeter (1961, p. 335), amplamente aceita – a de que a vontade política é endógena, urdida pelos políticos por meio de propaganda manipuladora –, pois são instâncias de poder delegadas pelo povo que, bem ou mal, são responsabilizadas. Assim, as instituições não são imutáveis e as mudanças não resultam apenas de processos endógenos. Afirmar o contrário é mais absurdo quando se trata dos membros do Legislativo, cujo poder constitui delegação do povo mediante representação

fiduciária (BOBBIO, 2000, p. 58). Torna-se necessário, então, referir-se “aos efeitos dos impactos exógenos que impedem a reprodução dos padrões institucionais e induzem, dessa maneira, a mudança” (POWELL; DIMAGGIO, 2001, p. 70, tradução nossa). Ou seja, “as limitações institucionais sempre deixam espaço para o jogo autônomo dos interesses e improvisações” (POWELL; DIMAGGIO, 2001, p. 70, tradução nossa). Aliás, como já dito, só é possível falar em racionalidade dos atores num quadro institucional, o que significa dizer que há espaço para os atores buscarem a maximização dos seus interesses.

A reforma da representação é tema de amplo e acalorado debate; trata-se de um anseio amplamente difundido na sociedade – vontade *exógena* –, mas sofre forte resistência da classe política – vontade *endógena*. Diante do impasse entre as pressões da sociedade por reformas e as resistências da classe política, cogita-se da reforma política por um meio não previsto pela Constituição: a Constituinte exclusiva. O que justifica a proposta é a conclusão de que os atores políticos não têm interesse em mudar as regras por intermédio das quais alcançam o poder e nele se mantêm. Não adentraremos a celeuma constitucional que o assunto implica: a CRFB (BRASIL, [2022a]) não prevê reforma fora da hipótese assentada no art. 60, com todos os limites procedimentais e materiais. Importa atentar para os aspectos falaciosos, teóricos e empíricos que a ideia de Constituinte exclusiva contém. Voluntariamente ou não, trata-se de uma concepção com atores políticos desinteressados: os constituintes teriam a missão de fazer uma reforma política na qual seus próprios valores e interesses não seriam impressos nas novas instituições.

A hipótese de constituintes desinteressados ou que desconhecem seus interesses e valores remete-nos à tese do *véu de ignorância* de John Rawls – conceito filosófico procedimental de refundação do contrato social (RAWLS, 2000, p. 146-153), conforme o qual originariamente ninguém sabe o “seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou seu *status* social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força” (RAWLS, 2000, p. 147). Na posição original, os indivíduos não conhecem também “sua própria concepção de bem” e “não têm informação sobre a geração a que pertencem” (RAWLS, 2000, p. 147). Num contexto sob o *véu de ignorância*, afirma Rawls (2000), a racionalidade é mutuamente desinteressada e, por isso, as pessoas estão em condições de refundar um *contrato social equitativo*, alicerçado na *justiça como equidade*. Fazem isso porque “as partes não buscam conceder benefícios ou impor prejuízos umas às outras; [...] não são movidas nem pela afeição nem pelo rancor” (RAWLS, 2000, p. 147). Não nos interessa perscrutar as implicações filosóficas mais ricas que esse conceito acarretou para a Filosofia do Direito e a Filosofia

Política, mas deve-se ressaltar a ingenuidade de se conceber Constituinte exclusiva, cujos atores estariam sob o *véu de ignorância* de John Rawls, ou que, mesmo conhecendo seus interesses e valores, atuariam de modo altruísta, abstendo-se de considerá-los na feitura das novas instituições. É mais provável – e a experiência evidencia isso – que esses Constituintes incorrerão na defesa desses mesmos interesses, privilégios e concepções de instituições representativas em que o poder reformador autorizado pela Constituição, acusado dessas práticas, normalmente incorre.

Por fim, é falaciosa a hipótese de que, autorizados a reformar a representação, tais Constituintes se absteriam de imprimir nas instituições seus interesses e valores. Não é razoável, para dizer o mínimo, a concepção de que o contexto e as regras de eleição de uma Constituinte exclusiva produziram homens públicos virtuosos e magnânimos, de racionalidades desinteressadas, que o contexto e as regras de eleição das legislaturas ordinárias não produziram. Esses eventuais Constituintes seriam eleitos dentre os mesmos estratos sociais nos quais são escolhidos os representantes das legislaturas ordinárias. Logo, numa hipótese otimista – pois poderia até piorar o que já é ruim¹⁰ –, entrariam em pauta, seriam formuladas e postas em prática as mesmas concepções de representação.

7 Conclusão

O artigo partiu do seguinte problema: em que medida a Constituinte exclusiva será bem-sucedida em reformar as instituições eleitorais que a via prevista pelo Constituinte Originário não logrará? Nossa hipótese é que o recurso a reformas por via não prevista pelo Constituinte Originário é questionável não apenas nos aspectos de constitucionalidade mas também quanto à possibilidade de êxito em forjar instituições dotadas de conteúdos qualitativamente superiores às criadas pelo constituinte reformador. Daí o consenso de que o sistema representativo padece de sérios déficits de *accountability* que demandam reformas. Quanto à viabilidade, a reforma da representação proporcional com a instituição da lista fechada, bloqueada ou reflexível, apresenta-se como a mais fácil e passível de ser bem-sucedida. Como reforma, tem baixo custo decisório e de implementação. Contrariamente, o sistema misto de origem alemã representa

¹⁰ Desde 2006, tem sido aventada a ideia de Constituinte exclusiva. Entre as propostas ventiladas a serem decididas por esse meio estão: o fim da reeleição, a autorização de candidatura avulsa, os dois turnos nas eleições para cargos legislativos, o *recall* de representantes, as instruções obrigatórias, o sistema misto etc. Por gerarem instabilidades, algumas dessas propostas (como o *recall* de representantes e as instruções obrigatórias) foram banidas pelas Revoluções Francesa e Americana. O fim da reeleição, por sua vez, retiraria do eleitor o único momento de avaliar o desempenho de governantes.

uma reforma mais radical, com alto custo decisório e de implementação. Além do mais, para sanar os déficits de *accountability*, o sistema misto realizaria duas reformas: a criação dos *distritos* e a instituição do *sistema de lista fechada* para a via proporcional. Do contrário, não tocaria num dos pontos sensíveis da crise de representação: a *complexidade do sistema* e os *custos das campanhas eleitorais*. Não contribui para incrementar a responsabilização dos representantes porque *não permite a redução dos custos informacionais* para o eleitor escolher e monitorar o representante. Ao invés disso, poderia tornar o sistema ainda mais complexo. Mesmo com a instituição da lista fechada, o eleitor continuaria escolhendo entre diversas listas partidárias e candidatos individuais. Com isso, *não se reduziriam* os custos de campanha eleitoral, porque haveria uma quantidade excessiva de candidatos e listas em grandes circunscções, gerando custos para a escolha e monitoramento de mandatos – o que ocorre no sistema proporcional de listas abertas atualmente em vigor.

Reformas constitucionais de quaisquer naturezas mobilizam atores com poder de veto – *veto players* –, coletivos e individuais, que nelas veem possíveis perdas ou aumento das incertezas quanto ao futuro. O Brasil é uma democracia constitucional com muitos *veto players*, e sua mobilização depende da intensidade com que o conteúdo da reforma atinge os interesses e expectativas desses atores. Uma reforma incremental, a exemplo da instituição da lista fechada, tem mais chances de lograr êxito que uma reforma radical, como a instituição do sistema misto. Para serem exitosas, as mudanças nas regras eleitorais, que afetam as expectativas futuras dos atores e geram incertezas, precisam apresentar um caráter incremental, com mudanças pontuais, até mesmo como forma de verificar, pelos acertos e erros, os resultados concretos ao longo do tempo.

Por fim, o recurso a reformas por via não prevista pelo constituinte originário – a Constituinte exclusiva – é questionável não apenas nos aspectos de constitucionalidade mas também quanto à possibilidade de ser bem-sucedida. É falaciosa a concepção de que numa Constituinte exclusiva seus atores, mesmo conhecendo seus interesses e princípios, atuariam de modo altruísta e abster-se-iam de considerá-los na urdidura de novas instituições. Não é razoável, para dizer o mínimo, a ideia de que o contexto e regras eleitorais de uma Constituinte exclusiva produziram homens públicos virtuosos e magnânimos, de racionalidades desinteressadas, que o contexto e as regras eleitorais que resultam nas legislaturas ordinárias já não produziram: esses eventuais constituintes seriam eleitos dentre os mesmos estratos sociais em que são escolhidos os representantes das legislaturas ordinárias. Logo, numa hipótese otimista, as mesmas concepções de representação entrariam na pauta e seriam aprovadas pela reforma.

Sobre o autor

Valter Rodrigues de Carvalho é doutor e mestre em Ciência Política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor, pesquisador e consultor. E-mail: valter.carvalhosp@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

CARVALHO, Valter Rodrigues de. Constituição, Constituinte exclusiva e reforma do sistema representativo: procedimentos, *veto players* e mudanças constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 238, p. 33-57, abr./jun. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p33

(APA)

Carvalho, V. R. de (2023). Constituição, Constituinte exclusiva e reforma do sistema representativo: procedimentos, *veto players* e mudanças constitucionais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(238), 33-57. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p33

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz; SAMUELS, David. A nova política dos governadores. *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 40-41, p. 137-166, ago. 1997. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451997000200007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/3Bw7vKDKHCqwLcc3z5CGWBv/?lang=pt>. Acesso em: 17 nov. 2022.

AGRA, Walber de Moura. *Manual prático de direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALMEIDA, Alberto. Amnésia eleitoral: em quem você votou para deputado em 2002? E em 1998? In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (org.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 34-46.

AMES, Barry. *Os entraves da democracia no Brasil*. Tradução de Vera Pereira. São Paulo: Ed. FGV, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945*. Regula, em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4º da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1946]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del7586.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

_____. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamentação dos arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2003.

CARVALHO, Valter Rodrigues de. *Atores partidários e entrada estratégica em competição eleitoral de múltiplas arenas: a experiência brasileira*. Teresina: EDUFPI; Jundiá: Paco Editorial, 2014.

_____. Democracia, representação e *accountability*: o *trade-off* entre justiça alocativa da representação e governo responsivo no sistema proporcionalista brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 161-186, abr./jun. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p161. Acesso em: 17 nov. 2022.

_____. “Distritão”: “prefeitização” e esterelização da representação. *Teoria e Debate*, [São Paulo], ed. 163, 28 ago. 2017. Política. Disponível em: <https://teoriaedebate.org.br/2017/08/28/distritao-prefeitizacao-e-esterelizacao-da-representacao/>. Acesso em: 17 nov. 2022.

CINTRA, Antônio Octávio. O sistema eleitoral alemão como modelo para a reforma do sistema eleitoral brasileiro. *Consultoria Legislativa*, Brasília, DF, p. 1-16, jun. 2000. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2201>. Acesso em: 17 nov. 2022.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. *Direito eleitoral, direito processual eleitoral e direito penal eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COX, Gary W. *La coordinación estratégica de los sistemas electorales del mundo: hacer que los votos cuenten*. Traducción de Gabriela Ventureira. Barcelona: Gedisa, 2004. (Ciencia Política, 7).

DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Edusp, 1999. (Clássicos, 15).

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

FLICK, Uwe. *Introdução à metodologia de pesquisa: um guia para iniciantes*. Tradução de Magda Lopes. Porto Alegre: Penso, 2013.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

JARDIM, Torquato. *Direito eleitoral positivo: conforme a nova Lei dos partidos políticos e a Lei eleitoral municipal de 1996*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LINDBLOM, Charles E. *Muddling through 2: a ubiquidade da decisão incremental*. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análises*. 3. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 2014. p. 181-202.

MAINWARING, Scott P. *Sistemas partidários em novas democracias: o caso do Brasil*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2001.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, Carlos Ranulfo. *Retirando as cadeiras do lugar: migração partidária na Câmara dos Deputados (1985-2002)*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos políticos na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; Brasília, DF: IDP, 2008. p. 731-798.

NICOLAU, Jairo. Sistema eleitoral e *accountability*: voto personalizado e reforma eleitoral no Brasil. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (org.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 23-32.

_____. *Sistemas eleitorais*: uma introdução. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2004. (Coleção FGV Prática).

NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales y partidos políticos*. México, DF: UNAM: Fondo de Cultura Económica, 1995. (Sección de Obras de Política y Derecho).

NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil*: clientelismo e insulamento burocrático. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

OPPO, Anna. Partidos políticos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1998. 2 v., p. 898-905.

PANEBIANCO, Angelo. *Modelos de partido*: organização e poder nos partidos políticos. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e Direito).

PETERS, B. Guy. *El nuevo institucionalismo*: la teoría institucional en ciencia política. Traducción de Verónica Tirota. Barcelona: Gedisa, 2003. (Ciencia Política, 4).

POWELL, Walter W.; DIMAGGIO, Paul J. Introdução. In: _____ (comp.). *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional*. Traducción de Roberto Ramón Reyes Mazzoni. México, DF: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A. C.: UAEM: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 33-75. (Sección de Obras de Administración Pública. Serie Nuevas Lecturas de Política y Gobierno).

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Ensino Superior).

SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada*: una investigación de estructuras, incentivos y resultados. Traducción de Roberto Ramón Reyes Mazzoni. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2000. (Sección de Obras de Política y Derecho).

_____. *Partidos e sistemas partidários*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Sergio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1961.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiro, 2008.

SOUZA, Maria do Carmo C. Campello de. *Estado e partidos políticos no Brasil (1930 a 1964)*. São Paulo: Alfa-Omega, 1976. (Biblioteca Alfa-Omega de Ciências Sociais. Série 1, v. 3).

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas*: teoria, instituições, estratégia. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto*: como funcionam as instituições políticas. Tradução de Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2009.

_____. *Jogos ocultos*: escolha racional no campo da política comparada. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edusp, 1998. (Ponta, 17).

WEBER, Max. A política como vocação. In: _____. *Ensaio de sociologia*. Organização e introdução de H. H. Gerth e C. Wright Mills. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. p. 97-153. (Biblioteca de Ciências Sociais).

ZIMMERLING, Ruth. Alemanha: parlamentarismo e o fantasma de Weimar. Tradução de Gabriel Cohn. *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 24, p. 73-84, set. 1991. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451991000200005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/ln/a/N67zLZSzQNHjJ9QrXTMFKNg/?lang=pt>. Acesso em: 17 nov. 2022.

A batalha entre os Poderes no Estado constitucional contemporâneo

Crise da democracia e o paradigma da separação dos Poderes

JOSÉ TADEU FANIS JÚNIOR

Resumo: As instituições políticas são catalisadoras cruciais do processo de consolidação da democracia constitucional, atuando como instrumentos para a resolução de conflitos capazes de afetar a ordem pública. Consequentemente, a democracia funciona bem quando esses conflitos são processados no âmbito institucional. Ocorre que estamos atravessando um período de descrença e contestação das instituições políticas com reflexos sobre a democracia constitucional. Desde 2013, cada vez mais frequentemente têm-se registrado no Brasil turbulências e confrontos entre os Poderes. Uma nova realidade, centrada no desejo de protagonismo no exercício do poder político, tem gerado embates e até mesmo abusos nas prerrogativas constitucionais dos Poderes e submetido a democracia brasileira a tensões. O objetivo deste artigo é analisar o impacto desses enfrentamentos na estabilidade política. Com base no trabalho realizado, infere-se que a democracia brasileira está em crise devido ao enfraquecimento do paradigma constitucional da separação dos Poderes e dos freios e contrapesos.

Palavras-chave: constitucionalismo contemporâneo; separação dos Poderes; crise constitucional; democracia.

The battle between Powers within the contemporary constitutional State: crisis in democracy and the paradigm of Power separation

Abstract: Political institutions are crucial as catalysts to the process of consolidating constitutional democracy, acting as an instrument for solving conflicts capable of affecting public order. As a result, democracy works well when conflicts are worked through within an institutional

Recebido em 30/9/22
Aprovado em 5/12/22

framework. What happens is that we are going through a period of skepticism and contestation regarding the political institutions, with reflections on constitutional democracy. Since 2013, turbulence and disharmony between the Powers have been registered in Brazil. A new reality, centered on the desire for protagonism in the exercise of political power, has generated episodes of clashes and even abuses in the constitutional prerogatives of the three Powers, which have stressed Brazilian democracy. The aim of this paper is to probe into the impact of these clashes on political stability. Based on the work carried out, it is inferred that Brazilian democracy is in crisis due to the weakening of the constitutional paradigm of the separation of Powers and of checks and balances.

Keywords: contemporary constitutionalism; separation of Powers; abusive constitutionalism; constitutional crisis; democracy.

1 Introdução

Na história da humanidade, as tentativas de ordenar o poder e estabelecer limites para o seu exercício acompanham o desenvolvimento das sociedades politicamente organizadas e da teoria constitucional desde o seu nascedouro.

Na panóplia dos princípios que regem a organização político-institucional e a estruturação do arranjo governamental, o princípio da separação dos Poderes tornou-se fundamental no discurso sobre o arcabouço constitucional do Estado, da democracia e do Estado de Direito.

Por um lado, praticamente todas as democracias constitucionais assentam suas estruturas no modelo de divisão dos Poderes em três ramos distintos – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário –, invocada como ideal na formação do Estado moderno; por outro, o sistema de separação de Poderes, que permite a interpenetração dos três, tem passado por instabilidades que, em última análise, podem afetar a própria democracia constitucional.

Atualmente atravessamos um período de descrédito e contestação das instituições políticas, de descontentamento e de questionamentos quanto aos rumos da democracia constitucional como sistema hegemônico. A apoteose da democracia, que parecia incontestável, vê-se ameaçada mesmo em países onde parecia mais estável, e esse panorama sugere o epílogo da tendência global de democratização dos últimos trinta anos.

Os sinais visíveis de que a democracia constitucional está em crise incluem perda súbita de apoio aos partidos estabelecidos, diminuição da confiança popular nas instituições democráticas e nos políticos, conflitos explícitos entre instituições democráticas ou incapacidade dos governos de manterem a ordem pública sem repressão. A primeira lição aprendida com experiências recentes é que as democracias não dispõem de mecanismos institucionais que impeçam sua subversão por governos eleitos segundo normas constitucionais (PRZEWORSKI, 2020, p. 47).

Nesse cenário, segue ativo e intenso o debate entre juristas e cientistas políticos sobre o significado dos vários eventos que, ocorridos em especial a partir do início da década de 2010, sinalizam o enfraquecimento da democracia constitucional, até então considerada o sistema político triunfante e aparentemente consolidado após o fim do socialismo soviético.

Para que o processo de construção democrática obtenha êxito contínuo, e não ocorra uma ruptura no tecido institucional com riscos a direitos e garantias, é necessária a legitimação do funcionamento das instituições políticas, pois não existe hipótese de exercício do Poder sem a obediência a essas instituições.

Ademais, situações de desequilíbrio e de grave polarização política entre os Poderes podem promover distorções no arcabouço legal de *checks and balances* e favorecer resultados promotores de instabilidade política. No Brasil, a luta entre os Poderes tem-se refletido negativamente sobre a identidade constitucional democrática delineada em 1988.

Os eventos dos últimos anos, que culminaram nas eleições de 2018, introduziram um novo e premente conjunto de questões para a teoria constitucional. Assim, cabe uma indagação: o que há de errado com o sistema constitucional de separação dos Poderes? O embate entre os Poderes constituídos evidencia que estamos diante de uma crise da democracia constitucional? Nossa resposta preliminar é positiva, pois nos confrontos entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm sido corriqueiros os abusos das prerrogativas constitucionais, sugerindo a fragilização da democracia constitucional.

2 Crise da democracia constitucional: o caso brasileiro

Até a década de 2010, apesar dos prognósticos pessimistas, o Brasil conseguiu caminhar com firmeza na transição e consolidação da democracia constitucional iniciada em 1988. Numa perspectiva otimista, sugeriria-se que se manteria no caminho de estabilidade.

No entanto, a partir de 2013, o País começou a derivar para a instabilidade política com consequências institucionais para o regime democrático.

Desde então, uma série de acontecimentos têm submetido a democracia brasileira a testes de estresse, com forte impacto sobre os Poderes da República.

Segundo Avritzer (2019), em seu livro *O pêndulo da democracia*¹, entre 2013 e 2018, o País conheceu um processo de depreciação dos valores e das instituições democráticas, e de crescimento do sentimento de *antipolítica*, com um número crescente de protestos (CASTELLS, 2013)², reflexo da recessão econômica e dos escândalos de corrupção. Esse sentimento gerou forte rejeição às instituições e ao sistema político (AVRITZER, 2019)³, culminando no impedimento da presidenta da República.

O ambiente que tomou conta do Brasil nos últimos anos tem sido marcado por turbulência e desarmonia entre os Poderes. Uma nova realidade, centrada no desejo de protagonismo no exercício do poder político, tem gerado episódios de ativismo do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação às competências do Congresso Nacional, prisão e suspensão de mandatos de parlamentares, além do controverso processo de *impeachment* da presidenta.⁴

¹ Com a metáfora do pêndulo, o autor aponta que ao longo dos anos o regime político brasileiro tem oscilado entre o autoritarismo e a democracia. A justificativa para isso seria o fato de convivermos com elementos autocráticos e democráticos em nossa institucionalidade e, como resultado, alternam-se períodos de expansão de direitos (1989-2013) e de retrocessos institucionais (2013-2018) (AVRITZER, 2019).

² “São movimentos emocionais e que se unem pela recuperação de uma dignidade que se perdeu. Às vezes eles começam pequenos e parecem que se mobilizam por pouca coisa, mas que funcionam como apenas uma gota a mais em uma indignação que existe em todos os setores sociais, que as pessoas não aguentam mais” (CASTELLS, 2013, p. 4).

³ Para Avritzer (2019), alguns episódios são sintomáticos para a conjuntura política recente: as manifestações de junho de 2013, a ascensão da Operação Lava-Jato, a política de combate à corrupção, a conturbada reeleição de Dilma Rousseff (PT) em 2014, os protestos contra o Governo Federal em 2015 e 2016, as constantes intervenções do Poder Judiciário na rotina política, o processo de *impeachment* da presidenta, a posse de Michel Temer (PMDB) na Presidência e, por fim, a escalada do conservadorismo expresso no apoio a candidatos da extrema direita, como Jair Bolsonaro (PSL), nas eleições de 2018.

⁴ Segundo Avritzer (2019, p. 273), “o mal-estar” democrático começou “com manifestações importantes, ainda em 2013, por melhores políticas públicas, potencializadoras de um conjunto de ações que dificilmente contribuíram para o fortalecimento da democracia. Entre elas, valeria a pena destacar a hostilização pública de membros do sistema político e a concentração da atenção da sociedade em questões ligadas à corrupção, que acabaram sendo tratadas de forma anti-institucional e antipolítica pela Operação Lava Jato. No ano de 2015, manifestações fortemente conservadoras no Brasil reforçaram o clima de forte intolerância entre diferentes grupos sociais. Em 2016, ocorreu o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, baseado em alegações extremamente frágeis, já que a ideia de pedalada fiscal não constituía um diferencial de comportamento da presidente em relação a outros presidentes ou aos governadores, e devido a fortes evidências posteriores ao *impeachment* de acordos políticos com o intuito de retirada de Dilma Rousseff da presidência. No mesmo ano, teve lugar também o afastamento do presidente da Câmara dos Deputados, sua prisão posterior e a tentativa de afastamento do presidente do Senado. Por fim, a população brasileira tem assistido, pasma, a conflitos importantes entre o Judiciário e o Congresso Nacional. Esses conflitos se expressaram em 2016 na tentativa de reversão de lei aprovada na Câmara dos Deputados contra abusos de autoridade e em conflitos entre o STF e o ex-presidente do Senado, Renan Calheiros. O ano de 2017 acrescentou, a todos esses fatores, um conflito *interna corporis* ao Poder Judiciário acerca da corrupção que terminou com a proibição da assim chamada ‘condução coercitiva’ em dezembro de 2017, um dos instrumentos ‘jurídicos’

De modo geral, a maioria das reflexões acadêmicas sobre a instabilidade política indica que estamos diante de uma crise que se arrasta desde 2013⁵, acirrou-se depois do *impeachment* da presidenta da República em 2016 e modificou a maneira como os Poderes da República se relacionam.

A característica mais marcante do declínio das democracias na atualidade relaciona-se ao desrespeito a valores e princípios constitucionais, e não a golpes de Estado ou a qualquer tipo de ruptura estrutural.

Apesar da natureza conflituosa da democracia, decorrente da heterogeneidade e do pluralismo cultural da sociedade, o respeito aos princípios e às normas da Constituição cria as condições jurídicas para a sua concretização e exige instituições sólidas e harmônicas para evitar arbítrios. Nesse aspecto, nota-se no Brasil uma tensão nas relações entre os Poderes em suas funções típicas e atípicas, que se manifesta no uso instrumental de mecanismos constitucionais aparentemente democráticos, ocasionando rupturas e desestruturando institutos caros à democracia, ou seja, atacando a própria *ratio essendi* do Estado.

Conforme ressalta Dallari (2007), a disputa de poder e a interpenetração entre os Poderes estatais são passíveis de ocorrer, pois o paradigma da separação dos Poderes é dinâmico, o que propicia a atuação mais proativa ou contida, conforme o ambiente político (MENDES, 2008; VIEIRA, 2018).

Todavia, segundo Vieira (2018), a partir de 2013 o embate entre os Poderes constituídos no Brasil tornou-se mais duro, e o paradigma de conciliação que prevalecia foi substituído por um comportamento conflitivo. Para o autor,

prerrogativas institucionais e mandatos políticos passaram a ser utilizados de forma mais incisiva, ora com o objetivo de entrincheirar-se no poder. A coordenação política parece ter sido substituída por uma constante e recíproca retaliação institucional, em que ferramentas voltadas à estabilização de expectativas jurídicas e procedimentos concebidos para favorecer a competição democrática passaram, em determinadas circunstâncias, a ser empregados como facas afiadas na luta pelo poder (VIEIRA, 2018, p. 16).

amplamente utilizados pela Operação Lava Jato. A todos esses elementos institucionais se soma um conjunto de elementos extrainstitucionais, tais como os enfrentamentos nas redes sociais entre esquerda e direita, o novo nível de repressão dos movimentos populares e padrões renovados de violência policial que culminaram com a intervenção federal no Rio de Janeiro em fevereiro de 2018 e a designação de um general como chefe da segurança no estado. Todos esses elementos apontam para a necessidade de uma análise mais cuidadosa da democracia brasileira e do seu estágio de consolidação.”

⁵“Desde 2013, quando os jovens se rebelaram contra políticas sociais insuficientes, corrupção sistêmica, impunidade e viés na aplicação das leis (o movimento de exigir promessas constitucionais aos políticos), o debate político tornou-se turbulento, com crescente intolerância, uma postura conflitante entre o corpo jurídico e o corpo político, onde prerrogativas institucionais e mandatos políticos são usados como forma de garantir o direito e a integridade do jogo democrático ou como forma de enfraquecer adversários e ‘entrincheirar-se’ no poder” (VIEIRA, 2018, p. 16).

Em regimes constitucionais, é a Constituição a ferramenta mais importante dos Estados para garantir a estabilidade e a ordem democrática. Eventualmente, porém, situações de tensionamento entre os Poderes constituídos a ameaçam, perturbando o sistema político.

É certo que a ideia de crise constitucional, caracterizada pelo confronto entre os Poderes, a princípio parece irremediavelmente vaga. No entanto, atendo-se a nossa realidade político-institucional, não há como deixar de reconhecer um esgarçamento das instituições e um ambiente belicoso, capazes de comprometer a própria Constituição.

O Brasil tem-se mostrado instável, muito em razão do modo como cada Poder interpreta seu papel na Constituição. Em tempos políticos e econômicos turbulentos como os atuais, é importante lembrar os elementos definidores do Estado de Direito, que sujeitam os Poderes constituídos ao ordenamento jurídico não apenas quanto à forma mas também ao conteúdo (FERRAJOLI, 2006). O conceito de separação de Poderes é um princípio de organização política (KELSEN, 2000), que vincula esses Poderes a preceitos substantivos contidos nas normas constitucionais que enaltecem o equilíbrio (ZAGREBELSKY, 2007).

3 O uso abusivo das prerrogativas constitucionais na relação entre os Poderes no Brasil

Ocorrida no final da década de 1980, a transição democrática requereu uma enorme mobilização política de diversos atores, forças políticas e setores da sociedade civil. Apesar do alto grau de ceticismo em torno da elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), o projeto foi capaz de agregar as instituições e estabelecer a democracia constitucional no País.

Passados mais de 30 anos, o cenário atual demonstra que não escapamos do processo de declínio da democracia constitucional presente no mundo. A democracia brasileira tem vivido em constante crise, refletindo a insatisfação com o não cumprimento de anseios e demandas da sociedade por seus representantes políticos. É esse desapontamento o responsável pelo sentimento *antipolítico* que tem erodido as instituições democráticas.

O acirramento da crise iniciada em 2013 e a radicalização do embate político marcam o intensivo uso instrumental do texto constitucional pelos Poderes para ampliar o próprio predomínio ou arbítrio, tornando cada vez mais frequentes os episódios que ilustram a dinâmica de confronto instaurada no País. Um dos primeiros foi a promulgação pelo Congresso Nacional do Decreto nº 424/2013 (BRASIL, 2013a), que, com fundamento no art. 49, XI, da CRFB (BRASIL, [2022a]), sustou a Resolução do Tribunal

Superior Eleitoral (TSE) nº 23.389/2013, que modificava o número de deputados por estado e Distrito Federal (DF) para as eleições de 2014 (BRASIL, 2013b).

Com o argumento de que o TSE não teria poder para definir o tamanho das bancadas nos estados e no DF na Câmara dos Deputados, a resolução foi julgada inconstitucional na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 33 e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 4.947, 4.963, 4.965, 5.020, 5.028 e 5.130 (BRASIL, 2014). No mesmo julgamento, o decreto legislativo também foi considerado inconstitucional pelo STF, sob a alegação de que não haveria previsão constitucional para a edição de decretos legislativos com o objetivo de sustar atos do Poder Judiciário. Nesse caso, o uso do instrumento do decreto legislativo para a superação da decisão exarada pelo TSE foi uma reação do Congresso Nacional com o intuito de zelar por sua prerrogativa constitucional frente à invasão de suas competências pela Corte Eleitoral.

No intuito de frear a atuação mais ativista do STF sobre o que os congressistas acreditam ser competência do Poder Legislativo, têm sido apresentadas várias Propostas de Emenda à Constituição (PECs) que autorizariam a revisão de atos do Poder Judiciário. Um exemplo dessa articulação legislativa é a PEC nº 93/2019 (BRASIL, 2019a), de autoria da deputada Chris Tonietto (PSL-RJ), que sugere alterar o art. 49, V, da CRFB para ampliar o poder do Legislativo para sustar atos do Poder Judiciário, alterando a atuação do STF principalmente no que se refere ao controle de constitucionalidade de normas que alterem a CRFB, isto é, o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais.

No texto da PEC, faculta-se ao Poder Legislativo sustar os atos do Poder Judiciário que exorbitem o poder regulamentar e invadam a competência exclusiva do Congresso Nacional.

O objetivo é claro: desacelerar o ativismo. É provável que o mérito da proposta tenha sua constitucionalidade questionada, pois não explicita as competências e os atos que poderiam ser sustados.

Para melhor compreender os objetivos da proposta, é preciso entender o conceito de atos normativos: atos de natureza infralegal, cujo objetivo é regulamentar ou explicitar uma lei, como decretos, regulamentos, regimentos, resoluções. Atos normativos não podem criar direito novo ou obrigações que não estejam previamente estabelecidos em lei e têm como característica a generalidade e a abstração. Não podem inovar o ordenamento jurídico, devem respeitar o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da CRFB (BRASIL, [2022a]) e podem ser impugnados por meio de ação direta de inconstitucionalidade, desde que respeitados os procedimentos corretos para essa ação.

A sustação de atos normativos do Poder Executivo pelo Legislativo tem previsão constitucional (natureza de controle de constitucionalidade); mas, para que ocorra, há que se configurar exorbitância do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, a critério do Poder Legislativo. Em ambas as situações, configura-se inconstitucionalidade. De acordo com essas definições e com os termos da PEC, não fica claro que atos do Poder Judiciário poderiam ser sustados. Atos referentes às funções típicas do Poder Judiciário, como acórdãos, sentenças? Ou somente os atos normativos atípicos do Judiciário, não jurisdicionais, como as resoluções da Justiça Eleitoral?

Ainda sobre os questionamentos relativos à invasão de competências, o deputado Sóstenes Cavalcante (PSD-RJ) apresentou o Projeto de Lei (PL) nº 4.754/2016 (BRASIL, 2016a), para tipificar como crime de responsabilidade dos ministros do STF a usurpação de competência do Poder Legislativo. Outros 23 deputados

assinaram a proposta em apoio à iniciativa do autor, que altera a Lei nº 1.079/1950, conhecida como *Lei do Impeachment*, que regula os procedimentos para o afastamento de presidente da República, ministros do STF, procurador-geral da República e governadores por crime de responsabilidade. Para o autor, o PL tem como objetivo evitar que as decisões emanadas pelo STF esvaziem as atribuições do Poder Legislativo. Em 2021 a matéria foi rejeitada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, mas voltou à baila após a decisão da Primeira Turma do STF no *Habeas Corpus* (HC) nº 124.306 (BRASIL, 2016h), que descriminalizou o aborto no primeiro trimestre da gravidez. O colegiado considerou não recepcionados os artigos do Código Penal (CP) que criminalizam o aborto, segundo o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso.

A decisão foi muito criticada pelos deputados e levou o presidente da Casa a criar uma comissão especial para analisar a PEC nº 58/2011 (BRASIL, 2011) e nela inserir uma regra clara sobre o aborto. O presidente da Câmara dos Deputados à época, Rodrigo Maia (DEM-RJ), justificou a medida como uma resposta à decisão do STF de descriminalizar o aborto (SIQUEIRA, 2016).

Ainda em 2016 o STF julgou, nos autos da ADI nº 4.983 (BRASIL, 2016g), a inconstitucionalidade da prática desportiva denominada *vaquejada*. Como reação, o Congresso Nacional aprovou e encaminhou à sanção o PL nº 24/2016, convertido na Lei nº 13.364/2016 (BRASIL, 2016e, [2019d]), que reconheceu a *vaquejada* como patrimônio cultural e imaterial do Brasil. Além disso, para reverter a decisão sobre a inconstitucionalidade da *vaquejada*, os parlamentares promulgaram a Emenda Constitucional (EC) nº 96/2017 (BRASIL, 2017), conhecida como *Emenda da Vaquejada*,

acrescentando o § 7º ao art. 225 da CRFB, que deixa de considerar cruéis as práticas desportivas em que se utilizam animais, se forem reconhecidas legalmente como manifestações culturais. Em seu papel de constituinte reformador, o Congresso claramente procurou reverter o entendimento do STF quanto à *vaquejada*.

Em outra frente de confronto entre o Judiciário e o Legislativo estão as decisões monocráticas exaradas por ministro da Corte Suprema. Um caso emblemático de uso abusivo dos poderes constitucionais foi a liminar concedida pelo então ministro do STF Marco Aurélio de Mello nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 402, em 2016, que afastou o presidente do Senado Federal da linha sucessória da Presidência da República.

Em reação à decisão liminar, a Mesa Diretora do Senado Federal decidiu não cumprir a determinação emanada do STF (BRASIL, 2016d). Tanto a liminar quanto a decisão da Mesa do Senado foram criticadas por agravarem o risco de uma crise institucional entre o Legislativo e o Judiciário. Somente após a derrubada da liminar, os ânimos se restabeleceram.

Outra decisão polêmica do STF foi a suspensão da tramitação no Senado Federal – com o consequente reenvio para a Câmara dos Deputados – do PL nº 4.850/2016 (BRASIL, 2016b). O projeto, conhecido como *Dez medidas contra a corrupção* – apresentado na Câmara dos Deputados como iniciativa popular depois da coleta de milhares de assinaturas –, continha propostas do Ministério Público Federal de combate à corrupção. O ministro do STF Luiz Fux deferiu liminar no Mandado de Segurança (MS) nº 34.530 (BRASIL, 2016i). Para o então presidente do Senado Federal, Renan Calheiros (MDB-AL), a decisão de Fux de encaminhar de volta para a Câmara o pacote anticorrupção era “indefensável” e uma interferência indevida

no Legislativo (CLÁUDIO; CARAM, 2016). Segundo ele,

[a] prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade (NOTA..., 2016).

Na mesma linha do presidente do Senado Federal, o então presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, manifestou-se contrário à decisão do STF, afirmando que se tratava de supressão de um direito parlamentar, que poderia trazer insegurança jurídica e impactar outros projetos já aprovados. Na ocasião, citou o projeto da *Lei da Ficha Limpa* (BRASIL, 2009), também de iniciativa popular (CARAM, 2016).

Aqui cabe fazer um parêntese e lembrar os ensinamentos do jurista e ex-ministro do STF, Paulo Brossard, que, num dos momentos mais críticos da história brasileira pós-redemocratização – o *impeachment* do presidente Fernando Collor em 1992 –, apresentou o seguinte voto no MS nº 21.564, que questionava atos do Poder Legislativo:

Senhor Presidente, hoje, mais do que ontem, estou convencido de que o STF não deve interferir em assuntos da competência privativa do Congresso Nacional, agora da Câmara, depois do Senado, da mesma forma que ao Congresso não cabe introduzir-se nas decisões do Supremo, nem mesmo na ordem de seus trabalhos. Cada poder tem sua área própria de atuação, da qual decorre a regra segundo a qual a ele, e só a ele, compete dispor. Tenho como sacrilégio a interferência do Poder Judiciário na intimidade de outro

poder, para dizer o que ele pode e como pode obrar (BRASIL, 1992, p. 289).

No caso específico da tramitação de proposições nas Casas parlamentares, a intromissão do STF em assuntos privativos do Congresso Nacional motivou – na mesma semana em que os presidentes das duas Casas do Congresso Nacional manifestaram contrariedade à decisão exarada pelo ministro Fux – a discussão do PL nº 280/2016, de autoria do senador Renan Calheiros. Tal projeto define os crimes de abuso de autoridade cometidos por membro de Poder ou agente da Administração Pública, servidor público ou não, da União, estados, Distrito Federal e municípios, que, no exercício de suas funções, ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe foi conferido (BRASIL, 2016f).

Segundo a justificativa do autor, o projeto estaria calcado na necessidade de atualizar os crimes de abuso de autoridade em situações específicas, para coibir e punir condutas que escapem ao Estado Democrático de Direito. Entretanto, várias entidades representativas dos magistrados e do Ministério Público alegaram que o projeto atacava as prerrogativas do Poder Judiciário⁶. Após a ameaça de votá-lo com urgência, o presidente do Senado encaminhou o projeto à Comissão de Constituição e Justiça da Casa para análise e discussão mais aprofundadas.

Entretanto, após o episódio, outras decisões monocráticas continuaram sendo proferidas, as quais, no entendimento dos parlamentares, invadiam a competência do Congresso Nacional. Para enfrentar o problema dessas

⁶Em encontro ocorrido em julho de 2016, na cidade de Curitiba (PR), que teve o apoio da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) e das entidades que compõem a Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público da União (Frentas), a AMB alertou que “a pauta do Congresso Nacional precisa estar alinhada com os anseios da sociedade em temas que fortaleçam leis e medidas de combate à corrupção, e não ao contrário” (ATO..., 2016).

decisões monocráticas, foi apresentada pelo senador Oriovisto Guimarães (Podemos-PR) a PEC nº 82/2019 (BRASIL, 2019e) com o propósito de limitar a concessão de medidas cautelares pelo presidente do STF e impedir a concessão de liminares e cautelares de forma monocrática em procedimento de controle concentrado de constitucionalidade.

Em sua justificativa, o autor defende que o desenvolvimento da jurisdição constitucional tem avançado perigosamente na direção de transformar o STF em um legislador positivo e que no Brasil haveria grandes riscos à separação dos Poderes e ao Estado de Direito “provocados pelo ativismo irrefletido, pela postura errática, desconhecedora de limites e, sobretudo, pela atuação francamente atentatória ao princípio da colegialidade [no STF]” (BRASIL, 2019e). A proposta acabou sendo rejeitada, mas o autor afirmou ter a intenção de apresentar uma nova PEC com o mesmo objetivo.

Ainda no âmbito dos embates entre os Poderes, o Congresso Nacional e o presidente da República também já protagonizaram algumas batalhas. Até 2015, o orçamento federal tinha natureza autorizativa na relação entre os Poderes Legislativo e Executivo. A situação mudou após um processo de constitucionalização da obrigação das emendas parlamentares com a aprovação da EC nº 86/2015, que tornou obrigatória a vinculação de recursos para a execução de emendas parlamentares individuais (BRASIL, [2016c]).

Em 2019, o Congresso Nacional novamente modificou a Constituição e promulgou a EC nº 100/2019, que tornou obrigatória a execução das emendas apresentadas pelas bancadas estaduais ao Orçamento federal. De certa forma, essas ECs revelam o ativismo legislativo do Congresso Nacional, já que a medida tira do Poder Executivo o manejo das contas públicas (BRASIL, 2019c).

A obrigação de executar as emendas parlamentares altera o caráter autorizativo do orçamento, segundo o qual o Poder Executivo detém predominância quanto às decisões de gastos. Além disso, introduz o modelo impositivo, que fortalece o Poder Legislativo na definição das políticas públicas e gera a preocupação de que a obrigatoriedade possa engessar a máquina estatal, já que o Governo Federal fica com uma margem menor para remanejar o orçamento. Quando da aprovação da primeira EC relativa ao modelo de orçamento impositivo, houve preocupação com a possibilidade de a PEC afetar a separação dos Poderes, “na medida em que o Legislativo não poderia interferir no caráter autorizativo do orçamento, impedindo o equilíbrio fiscal e impossibilitando o exercício de funções administrativas” (BRASIL, 2015a, p. 11).

Todavia, não é somente o Poder Legislativo que tem mantido um acirrado embate com o Poder Judiciário. O quadro institucional tem sido afetado também por desentendimentos entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Durante a última década, a combinação de diversos acontecimentos tem criado riscos para o equilíbrio entre esses Poderes e a estabilidade das instituições.

Em setembro de 2019, o presidente Jair Bolsonaro editou o Decreto nº 10.003/2019, alterando a estrutura do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). Ao reduzir de 56 para 36 o número de representantes no Conselho, o decreto enfraqueceu o principal órgão do Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente. A destituição de todos os membros eleitos, bem como a alteração da quantidade de organizações da sociedade civil presentes no Conanda, a garantia de um controle majoritário do Estado e as reuniões ordinárias trimestrais e à distância alteraram significativamente o funcionamento

do Conselho e suas características democráticas (BRASIL, 2019b).

Ao alterar a composição, reduzir a representatividade e a autonomia do Conselho, o decreto atentou contra a Lei nº 8.242/1991, que regulamenta o Conanda. O art. 5º da Lei permite que o presidente da República nomeie ou destitua o presidente do Conselho, mas não autoriza a alteração completa do colegiado nem a destituição de membros eleitos (BRASIL, 1991). Ademais, o decreto fere o art. 227 da CRFB, que estabelece ser

dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, [2022a]).

Como resposta ao Decreto nº 10.003/2019, o STF julgou a ADPF nº 622 (BRASIL, 2021e), que considerou inconstitucional toda norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos. Além disso, o ministro relator Luís Roberto Barroso alertou sobre a eventualidade de o decreto inserir-se no conceito de *constitucionalismo abusivo*.

Outra polêmica entre os Poderes ocorreu em abril de 2020, quando o ministro Alexandre de Moraes do STF suspendeu a nomeação do delegado Alexandre Ramagem para a direção geral da Polícia Federal. O ministro sustentou na decisão do MS nº 37.097 (BRASIL, 2020b) que o presidente da República feriu o princípio da impessoalidade, da moralidade e do interesse público. Em sua decisão, o ministro argumentou que o presidente detém diversas atribuições, mas

seus atos devem ser balizados pelos princípios constitucionais.

Um novo episódio da batalha entre os Poderes ocorreu em 20/8/2021, quando, pela primeira vez na história do País, o presidente da República protocolou no Senado Federal um pedido de *impeachment* de um ministro do STF (BRASIL, 2021d). Encaminhada ao presidente do Senado Federal, a peça aponta uma série de desvios que estariam sendo praticados em afronta à Lei nº 1.079/1950 (*Lei do Impeachment*), e pede que o ministro do STF Alexandre de Moraes seja destituído do cargo por crime de responsabilidade, além da aplicação da pena de oito anos de inabilitação para exercer cargo público.

O argumento principal defendido pelo então presidente Jair Bolsonaro foi o de que o ministro perseguia seu governo, procedendo de modo incompatível com a honra e o decoro necessários às suas funções.

[N]ão se pode [*sic*] tolerar medidas e decisões excepcionais de um Ministro do Supremo Tribunal Federal que, a pretexto de proteger o direito, vem ruindo com [*sic*] os pilares do Estado Democrático de Direito. Ele prometeu a essa Casa (Senado Federal) e ao povo brasileiro proteger as liberdades individuais, mas vem, na prática, censurando jornalistas e cometendo abusos contra o Presidente da República e contra cidadãos que vêm tendo seus bens apreendidos e suas liberdades de expressão e de pensamento tolhidas (BRASIL, 2021d).

Em outro trecho, o presidente destaca que o STF “vem ocupando um verdadeiro espaço político no cotidiano do país” e critica algumas decisões que extrapolariam os limites constitucionais daquele Poder (BRASIL, 2021d).

Um dia após o pedido feito pelo presidente da República, coube ao presidente do Senado Federal anunciar a rejeição da petição. Para

motivar o arquivamento da peça, o senador Rodrigo Pacheco invocou a independência dos Poderes, alegou tratar-se de petição sem justa causa e acolheu o parecer da Advocacia do Senado Federal (BRASIL, 2021c), que incluiu o alerta de que a continuidade do processo de *impeachment* poderia afetar o sistema de freios e contrapesos e, conseqüentemente, o próprio regime democrático.

Em 2022 presenciamos outro embate entre o presidente da República e o STF. Dessa vez, a crise deveu-se ao fato de o Supremo ter condenado o deputado federal Daniel Silveira (PTB-RJ), aliado político do presidente, a oito anos e nove meses de reclusão, à perda do mandato eletivo e à suspensão dos direitos políticos enquanto durassem os efeitos da condenação. No entendimento da Corte, o deputado ultrapassara seu direito de livre expressão e exercício do mandato parlamentar, tendo incorrido no crime de coação no curso do processo (art. 344 do CP) e tentado impedir o livre exercício dos Poderes da União (art. 23 da Lei nº 7.170/1983, mais conhecida como *Lei de Segurança Nacional*) (BRASIL, [2021a], [2022b]).

O relator da Ação Penal (AP) nº 1.044, ministro Alexandre de Moraes, destacou em seu voto que, além de promover ameaças físicas, o réu pediu a cassação de ministros do STF e disse que desejava “um novo AI-5” para essa finalidade. Para o relator, a gravidade das intimidações teve potencial danoso relevante, especialmente porque foram disseminadas em ambiente virtual e amplamente divulgadas pela mídia e entre os seguidores de Silveira (BRASIL, 2022d, p. 123).

No entanto, antes mesmo da publicação do acórdão da decisão do STF, o presidente Jair Bolsonaro publicou o Decreto s/n de 21/4/2022 (BRASIL, 2022c), nos termos do art. 84, *caput*, XII, da CRFB, combinado com o disposto no art. 734 do Decreto-lei nº 3.689, de 3/10/1941

(Código de Processo Penal), concedendo graça constitucional ao deputado Daniel Silveira.

De acordo com o texto do decreto, o Presidente concedeu o perdão judicial e determinou a anulação de todos os efeitos secundários da condenação, incluindo a inelegibilidade resultante da condenação do deputado. Esse ato do Presidente foi motivo de críticas e alegações de abuso de poder e desvio de finalidade – além dos temores de novo embate entre os Poderes da República.

Por fim, deve-se apontar o abuso das funções constitucionais na relação entre o Congresso Nacional e o presidente da República. Nesse sentido, tem sido cada vez mais frequente a utilização do instituto da “devolução” de medidas provisórias (MPs) pelo Congresso Nacional ao Poder Executivo.

Por definição, as MPs são normas com força de lei, editadas pelo presidente da República em situações de relevância e urgência. Apesar de produzir efeitos jurídicos imediatos, a MP precisa da posterior apreciação pelas Casas do Congresso Nacional para converter-se definitivamente em lei ordinária. Contudo, ultimamente o Congresso Nacional tem devolvido ao presidente da República medidas provisórias sem a apreciação colegiada quanto ao atendimento dos pressupostos constitucionais necessários à edição da norma. Na maioria desses casos, o presidente do Congresso Nacional alegou que o presidente da República estaria violando a prescrição constitucional prevista no art. 62. Foi o que aconteceu, por exemplo, em relação às MPs nºs 669/2015, 979/2020 e 1.068/2021.

No caso da MP nº 669/2015 (BRASIL, 2015b), o presidente do Congresso Nacional à época, senador Renan Calheiros, decidiu pela devolução da medida provisória sob a alegação de que a presidenta Dilma Rousseff fora além do poder de legislar ao encaminhar com urgência ao Congresso uma proposta que visava

umentar impostos, sem respeitar o prazo constitucional de 90 dias. Em 2020, o senador Davi Alcolumbre (DEM-AP), então presidente do Congresso Nacional, devolveu a MP nº 979/2020 (BRASIL, 2020a), que concedia ao ministro da Educação a prerrogativa de nomear livremente, em caráter *pro tempore*, os reitores de instituições do sistema federal de ensino, enquanto durasse a pandemia da Covid-19. Como justificativa para a devolução, alegou-se que a MP violava os princípios constitucionais da autonomia e da gestão democrática das universidades dispostos no art. 207 da CRFB e, desse modo, não merecia ser analisada pelo Congresso.

O presidente do Congresso Nacional, o senador Rodrigo Pacheco, devolveu a MP nº 1.068/2021 (BRASIL, 2021b) – que versava sobre alterações de critérios no uso das redes sociais, de regras para a moderação de conteúdos e que dificultava a remoção de publicações ou a suspensão de contas – com a justificativa de que a medida atingia a atividade legiferante do Poder Legislativo e tinha consequências sobre o processo eleitoral.

Todavia, a devolução de medidas provisórias pelos presidentes do Congresso Nacional não tem previsão constitucional. Sobre a sua edição e deliberação, o art. 62 da CRFB (BRASIL, [2022a]) estabelece a eficácia das medidas provisórias desde a sua edição por decisão do presidente da República, observado o devido prazo legal.

Nos casos apresentados, a análise dos requisitos constitucionais foi feita monocraticamente pelo presidente do Congresso Nacional. Contudo, a Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional, que define os procedimentos para a apreciação das MPs, determina que uma comissão mista formada por deputados e senadores deve emitir parecer sobre os pressupostos constitucionais, encaminhar a MP ao Plenário de cada Casa para a deliberação e prevê, no parágrafo

único do art. 8º, que, “[s]e o Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal decidir no sentido do não atendimento dos pressupostos constitucionais ou da inadequação financeira ou orçamentária da Medida Provisória, esta será arquivada” (BRASIL, [2012]). Assim, para rejeitar preliminarmente uma MP, é necessária a decisão colegiada de ao menos um dos plenários das Casas do Congresso Nacional. Não se permite a rejeição preliminar da matéria por decisão monocrática do chefe do Poder Legislativo.

Os fatos aqui descritos ilustram a luta política entre os Poderes por prerrogativas, o que fragiliza o sistema democrático constitucional.

4 Conclusão

Numa análise superficial, constata-se que não há harmonia entre os Poderes, e sim uma competição política por mais espaço de poder e por meios de operacionalizá-lo. O conflito tem ocorrido devido ao fato de os próprios Poderes contrariarem e desrespeitarem as decisões uns dos outros.

Os sinais são difusos, visto que embates pontuais entre um Poder e outro são naturais e até saudáveis numa democracia, mas o que tem ocorrido é uma guerra de todos contra todos: os Poderes da República têm testado os limites da Constituição e gerado sucessivas crises políticas. Contudo, apesar da invasão de competências de um Poder por outro, o acirramento de ânimos, ao menos por enquanto, ainda não transbordou para uma crise da democracia constitucional. Os Poderes parecem estar numa fase de equalização de seus limites, de calibragem institucional.

O pluralismo, a diversidade das sociedades contemporâneas e o aumento de suas demandas têm promovido quase um reordenamento institucional, com o deslocamento cada vez maior

das resoluções políticas dos centros naturais de decisão – Executivo e Legislativo – para o Poder Judiciário.

Há de se reconhecer uma crise política, cujo cerne indicaria que o princípio da separação de Poderes tem falhado na função de conter o arbítrio. Assim, é necessária uma reformulação institucional que restabeleça a representatividade, a harmonia entre os Poderes e, conseqüentemente, fortaleça a democracia.

Sobre o autor

José Tadeu Fanis Júnior é mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: tadeufj@senado.leg.br

Este trabalho foi desenvolvido com base na dissertação de mestrado do autor, defendida em 2022 no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Como citar este artigo

(ABNT)

FANIS JÚNIOR, José Tadeu. A batalha entre os Poderes no Estado constitucional contemporâneo: crise da democracia e o paradigma da separação dos Poderes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 238, p. 59-77, abr./jun. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p59

(APA)

Fanis, J. T., Jr. (2023). A batalha entre os Poderes no Estado constitucional contemporâneo: crise da democracia e o paradigma da separação dos Poderes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(238), 59-77. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p59

Referências

ATO contra mudanças na Lei de Abuso de Autoridade reúne magistratura e entidades de outras carreiras jurídicas em Curitiba. *AMB Notícias*, [s. l.], 28 jul. 2016. Disponível em: <https://www.amb.com.br/ato-contramudancas-na-lei-de-abuso-de-autoridade-reune-magistratura-e-entidades-de-outras-carreiras-juridicas-em-curitiba/>. Acesso em: 7 dez. 2022.

AVRITZER, Leonardo. *O pêndulo da democracia*. São Paulo: Todavia, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº 518, de 2009*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina

outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=452953>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.754, de 2016*. Altera a redação do art. 39 da Lei 1.079, de 10 de abril de 1950. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.850, de 2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016b. Atual PL nº 3.855/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 58, de 2011*. Altera a redação do inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal para estender a licença maternidade em caso de nascimento prematuro à quantidade de dias que o recém-nascido passar internado. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=513290>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 93, de 2019*. Altera a redação do inciso V do art. 49 da Constituição Federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207351>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Congresso Nacional. *Decreto Legislativo nº 424, de 2013*. Susta os efeitos da Resolução nº 23.389, de 9 de abril de 2013, expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmaras Legislativas para as eleições de 2014. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2013/decretolegislativo-424-4-dezembro-2013-777558-publicacaooriginal-142140-pl.html>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Congresso Nacional. *Estudo técnico conjunto nº 1, de 2015: o regime do orçamento impositivo das emendas individuais – disposições da Emenda Constitucional nº 86, de 2015, e da LDO 2015*. [Brasília, DF]: Congresso Nacional, 2015a. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/ESTC01_2015.pdf. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Congresso Nacional. *Resolução nº 1, de 2002*. Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, [2012]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/561120/publicacao/27423643>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. *Decreto nº 10.003, de 4 de setembro de 2019*. Altera o Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018, para dispor sobre o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10003.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. *Decreto de 21 de abril de 2022*. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2022c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-de-21-de-abril-de-2022-394545395>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. *Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015*. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, [2016c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. *Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017*. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. *Emenda Constitucional nº 100, de 26 de junho de 2019*. Altera os arts. 165 e 166 da Constituição Federal para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária proveniente de emendas de bancada de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc100.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. *Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Revogada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. *Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991*. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8242.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. *Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016*. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. *Medida Provisória nº 669, de 26 de fevereiro de 2015*. Altera a Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, quanto à contribuição previdenciária sobre a receita bruta; a Lei nº 12.469, de 26 de agosto de 2011, a Lei nº 12.995, de 18 de junho de 2014, e a Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, quanto à tributação de bebidas frias [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Revogada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Mpv/mpv669.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. *Medida Provisória nº 979, de 9 de junho de 2020*. Dispõe sobre a designação de dirigentes *pro tempore* para as instituições federais de ensino durante o período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Revogada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv979.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. *Medida Provisória nº 1.068, de 6 de setembro de 2021*. Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, e a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre o uso de redes sociais. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Rejeitada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Senado Federal. *Decisão da Mesa [Diretora] do Senado Federal*. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2016d. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/noticia/decisao-da-mesa-do-senado-federal-em-face-da-decisao-do-ministro-marcos-aurelio-mello>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Senado Federal. *Petição nº 20, de 2021*: Parecer nº 659/2021. Denúncia por crime de responsabilidade contra o Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes. Art. 52, inc. II, da Constituição da República. Lei nº 1.079/50 [...]. Brasília, DF: Senado Federal, 2021c. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2021/08/25/parecer-da-advocacia-do-senado-federal>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Senado Federal. *Petição nº 20, de 2021*. Requer pedido de *impeachment* em face do Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, com fundamento no art. 52, inciso II, da Constituição, e no art. 39 da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Brasília,

DF: Senado Federal, 2021d. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149531>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 24, de 2016*. Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Brasília, DF: Senado Federal, 2016e. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125802>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 280, de 2016*. Define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2016f. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126377>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 82, de 2019*. Modifica os arts. 93, 97 e 102 da Constituição Federal, para disciplinar os pedidos de vista nos tribunais e dispor sobre a declaração de inconstitucionalidade e a concessão de cautelares por tribunais. Brasília, DF: Senado Federal, 2019e. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136913>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.947/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional eleitoral. Art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar nº 78/1993. Definição da representação dos estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados. Art. 45, § 1º, da Constituição da República [...]. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Redatora do acórdão: Min. Rosa Weber, 1º de julho de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081176>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE*. Processo objetivo – Ação direta de inconstitucionalidade – Atuação do Advogado-Geral da União [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Governador do Estado do Ceará; Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio, 6 de outubro de 2016g. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Penal nº 1.044/DF*. Ação penal originária. Deputado federal. Não incidência de liberdade de expressão ou de imunidade parlamentar (art. 53, *caput*, da Constituição Federal) nas hipóteses de propagação de discursos de ódio, ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado de direito [...]. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Daniel Lúcio da Silveira. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Revisor: Min. Nunes Marques, 20 de abril de 2022d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761505043>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 622/DF*. Direito da criança e do adolescente. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Decreto nº 10.003/2019. Composição e funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda. Procedência parcial do pedido [...]. Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso, 1º de março de 2021e. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755918124>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus nº 124.306/RJ*. Direito processual penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício [...]. Pacientes: Edilson dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 9 de agosto de 2016h. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança nº 21.564/DF*. Constitucional. “Impeachment”. Processo e julgamento: Senado Federal. Acusação:

admissibilidade: Câmara dos Deputados. Defesa [...]. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Octavio Gallotti. Relator para o acórdão: Min. Carlos Velloso, 23 de setembro de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85552>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 37.097/DF*. Impetrante: Partido Democrático Trabalhista. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 29 de abril de 2020b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MSRamagem.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF*. Impetrante: Eduardo Nantes Bolsonaro. Impetrada: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Interessado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Luiz Fux, 14 de dezembro de 2016i. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310978523&ext=.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2022.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.389, de 9 de abril de 2013*. Dispõe sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmara Legislativa para as eleições de 2014. Brasília, DF: TSE, 2013b. Declarada inconstitucional. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2013/resolucao-no-23-389-de-9-de-abril-de-2013>. Acesso em: 7 dez. 2022.

CARAM, Bernardo. Decisão de Fux ‘é supressão do direito do parlamentar’, diz Maia. *GI*, Brasília, DF, 15 dez. 2016. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/decisao-de-fux-e-supressao-do-direito-do-parlamentar-diz-maia.ghtml>. Acesso em: 7 dez. 2022.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CLÁUDIO, João; CARAM, Bernardo. Renan chama liminar de Fux de ‘indefensável’ e diz que vai pedir revisão. *GI*, Brasília, DF, 15 dez. 2016. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-diz-que-decisao-de-fux-e-indefensavel-e-interfereno-legislativo.ghtml>. Acesso em: 7 dez. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-464. (Coleção Justiça e Direito).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Justiça e Direito).

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em: 7 dez. 2022.

NOTA pública do presidente do Senado. *Agência Senado*, Brasília, DF, 15 dez. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/nota-publica-do-presidente-do-senado>. Acesso em: 7 dez. 2022.

PRZEWORSKI, Adam. *Crises da democracia*. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

SIQUEIRA, Carol. Depois de decisão do STF sobre aborto, Maia cria comissão para discutir tema. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília, DF, 30 nov. 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/503814-depois-de-decisao-do-stf-sobre-aborto-maia-cria-comissao-para-discutir-tema/>. Acesso em: 7 dez. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

Retrocesso social na reforma da aposentadoria especial operada pela EC nº 103/2019

Uma análise crítica

RODRIGO MONTEIRO PESSOA

JAIR APARECIDO CARDOSO

ROGÉRIO ALESSANDRE DE OLIVEIRA CASTRO

Resumo: Há algum tempo, na América Latina têm-se realizado reformas previdenciárias para cumprir determinações de viés neoliberal que pretendem a redução dos gastos públicos, a disciplina fiscal, a desregulamentação dos direitos sociais e a privatização, isentando o Estado moderno da garantia de direitos fundamentais, em especial os de segunda dimensão. No caso brasileiro, desde 1998 as reformas paramétricas dificultam a materialização dos direitos previdenciários com a mudança de critérios de acesso e regras que diminuem o valor dos benefícios. Com a EC nº 103/2019, a aposentadoria especial foi consideravelmente afetada. O presente estudo parte da hipótese de que a reforma representa retrocesso social no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Para colocar essa hipótese à prova, utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo. Os resultados apontam que as modificações paramétricas nas regras de transição e na nova aposentadoria especial representam retrocesso social conforme a classificação do DIDH.

Palavras-chave: reforma previdenciária; aposentadoria especial; proibição do retrocesso; direitos humanos.

Social retrocession in the special retirement reform operated by EC No. 103/2009: a critical analysis

Abstract: Latin America has been using social security reforms for some time to comply with developmentalist determinations that aim to reduce public spending, fiscal discipline, liberalization, deregulation of social rights and privatization, drying up the modern State in guaranteeing fundamental rights, especially those of second dimension. In the Brazilian

Recebido em 16/9/22
Aprovado em 17/11/22

case, the parametric reforms since 1998 make it difficult to materialize social security rights by changing access criteria and rules that reduce the value of benefits. With EC No. 103/2019, special retirement was considerably affected. The present study assumes that the reform represents a social setback as outlined in International Human Rights Law (IHRL). To put this hypothesis to the test, the hypothetical-deductive method will be used. The results indicate that the parametric changes in the transition rules and in the new special retirement represent social setback according to the classification of IHRL.

Keywords: social security reform; special retirement; prohibition of retrogression; human rights.

1 Introdução

A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária; assegurar o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, [2022a]). Com base nesses parâmetros, é difícil compreender o reducionismo que se esconde atrás do fantasma dos objetivos macroeconômicos de garantia do desenvolvimento nacional, impulsionados pelas diretrizes de controle dos gastos públicos e da diminuição do tamanho do Estado, principalmente no aspecto prestacional.

A seguridade social brasileira é um conjunto integrado de iniciativas do Poder Público e da sociedade que visa assegurar os direitos relativos à saúde pública, à previdência social e à assistência social. As várias reformas por que passou a estrutura previdenciária modificaram os requisitos de acesso aos benefícios e a forma como são calculados, dificultando o acesso ao direito fundamental à previdência social. O discurso oficial para justificar essas mudanças era supostamente fazer frente ao déficit orçamentário e garantir a política pública previdenciária.

A última reforma, operada pela Emenda Constitucional (EC) nº 103, de 2019 (BRASIL, 2019), provocou alterações em diversos aspectos previdenciários (seguindo a tendência das reformas paramétricas), entre eles a exigência de idade mínima para a concessão de aposentadoria especial por exposição a riscos físicos, químicos e biológicos, a qual antes era concedida

apenas com base na exposição continuada a tais agentes. A política pública previdenciária da aposentadoria especial tinha caráter preventivo: buscava retirar os trabalhadores expostos aos riscos de forma mais rápida, de modo a evitar o adoecimento ou a morte devido ao exercício de atividades em situação de constante insalubridade, periculosidade ou penosidade.

No Brasil, optou-se por cortar benefícios e dificultar o acesso a eles, em vez de se buscarem soluções alternativas que mantivessem a finalidade da previdência na ordem social e preservassem a dignidade humana. A mudança vai de encontro ao que se esperava para a proteção dos idosos, uma vez que a exposição a fatores de risco, que reduzem a saúde dos trabalhadores, monetiza a depreciação física na venda da força de trabalho para nichos que exploram atividades de risco.

Neste artigo, após a apresentação do panorama das reformas paramétricas no Brasil, serão analisadas as normas da aposentadoria especial por exposição a riscos laborais – as vigentes antes e depois da reforma previdenciária realizada pela EC nº 103/2019. Seguindo as etapas do método hipotético-dedutivo, o estudo parte da hipótese de que a última reforma representa um retrocesso social, conforme delinea o DIDH, inclusive com incompatibilidade vertical material com os documentos internacionais incorporados ao ordenamento jurídico nacional. Por meio de pesquisa bibliográfica e da análise dos dados coletados, essa hipótese é posta à prova.

2 As reformas previdenciárias no Brasil

No Brasil, a seguridade social é definida como um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 196 (BRASIL, [2022a])). Esse sistema tem por objetivo prevenir que as pessoas caiam na pobreza por meio da provisão de *standards* de vida adequados frente às contingências sociais eleitas como protegidas pelo ordenamento jurídico (CONFERÊNCIA INTERAMERICANA DE SEGURIDADE SOCIAL, 2008, p. 31).

Não obstante, como afirmam Pessoa e Cardoso (2022, p. 91),

diante deste glamuroso objetivo, estão os problemas enfrentados com os sistemas de seguridade social, que são parte da agenda de todos os países. Estes sistemas enfrentam dificuldades devido a diversos fatores, tais como o envelhecimento da população, as crises financeiras, o aumento do desemprego com a consequente ampliação do setor informal e da pobreza, o que diminui o acesso efetivo às prestações de saúde e diminui também a qualidade dos benefícios destes sistemas, bem como encontram dificuldades para materializar a solidariedade social e a equidade de gênero, que

geralmente são alcançados com sistemas de seguridade social redistributivos desenhados para atingir estes objetivos (MESA-LAGO, 2009, p. 5).

Os problemas orçamentários e as crises econômicas são comumente invocados para justificar as reformas nos sistemas de seguridade social da América Latina. Algumas dessas crises foram bastante nefastas para o desenvolvimento dos países do bloco sul, incluindo o Brasil, como a ocorrida nos anos 1970 (a crise do petróleo), a da década de 1980 (baixo crescimento e superendividamento de nações da América Latina, razão pela qual os anos 1980 são frequentemente identificados como a “década perdida”) e a crise europeia de 2008, cujos efeitos se agravaram em 2009 (MESA-LAGO, 2009, p. 7). Segundo Pessoa e Cardoso (2022, p. 91),

[a]s crises criam desequilíbrios financeiros na seguridade social porque a arrecadação diminui devido à queda na[s] contribuições salariais, contribuições fiscais, lucratividade do investimento e reservas, combinados com aumentos na evasão fiscal; além do que as despesas dos sistemas aumentam devido à maior demanda por benefícios de desemprego e assistência social, custos crescentes de medicamentos e equipamentos de saúde e pressão para ajustar os benefícios concedidos com a inflação (MESA-LAGO, 2009, p. 5).

Nos anos 1980, a maioria dos países da América Latina e do Caribe empreendeu esforços para retomar institucionalmente suas economias. Conforme Pessoa e Cardoso (2022, p. 91),

[a]s reformas estruturais para redirecionar o crescimento econômico por um caminho sustentável e estável [estiveram permeadas] da liberalização do comércio e das transações financeiras, da eliminação de todos os tipos de subsídios e controles de preços, da redução do tamanho do governo, e da desregulamentação substancial das atividades econômicas com fortes privatizações de empresas estatais e também de sistemas de seguridade social (CRUZ SACO; MESA-LAGO, 1998, p. 1).

Como destacam Pessoa e Cardoso (2022, p. 91-92), a seguridade social sempre esteve majoritariamente envolvida com as políticas econômicas porque os sistemas securitários representam

importantes gastos do Estado em benefícios e serviços para a população, e a forma como estão estruturadas (muito vinculadas ao mercado formal de trabalho ativo) não está isenta de críticas, por conta das transformações na organização do trabalho. Em 1996, o Banco Mundial já alertava sobre alguns desses problemas, demonstrando as projeções demográficas e a preocupante ampliação dos custos administrativos e da enorme dependência dos trabalhadores ativos que estes sistemas de cobertura social teriam que enfrentar para sobreviver (PALACIOS, 1996).

Para confrontar este cenário, a América Latina entrou em profundos processos de reformas dos sistemas de seguridade social, que podem ser [sintetizados] em quatro grupos: a) reformas substitutivas¹: Chile (1980), Bolívia (1997); b) reformas paralelas²: Peru: 1992; c) reformas mistas³: Argentina (1994), Uruguai (1995) [e] Costa Rica (2001); e d) reformas paramétricas⁴: Brasil (1998-1999 e 2019) (MESA-LAGO, 2009, p. 12).

As reformas previdenciárias tiveram relação direta com os modelos de desenvolvimento (de bem-estar, estadocêntricos, mercadocêntricos ou sociocêntricos) (MEJÍA-ORTEGA; FRANCO-GIRALDO, 2007), pois as experiências com a seguridade social sempre caminharam de mãos dadas com as políticas econômicas estabelecidas em cada momento histórico dos países (populistas, de transição de crescimento primário exportador para a substituição de importações, pré-capitalistas ou neoliberais) (MEJÍA-ORTEGA; FRANCO-GIRALDO, 2007).

Dessa forma, os sistemas de proteção social estatal ficaram no meio de uma disputa que julga os direitos sociais uma trava para a economia e, com base nesse discurso, passa-se a exigir reformas com foco nas consequências das garantias dos direitos econômicos, sociais e culturais. Os Estados passam a considerar a seguridade social apenas do ponto de vista financeiro, a despeito de se tratar de um direito humano fundamental.

A tônica das reformas paramétricas no Brasil deu-se exatamente nesse contexto. A tutela social passou pelo chamado *período de implantação* ou *formação*, com a Lei Eloy Chaves em 1923 até o Decreto nº 20.465 de 1931; por um *período de expansão*, desde a propagação dos institutos de aposentadoria e pensão até o surgimento da Lei Orgânica da Previdência Social (Lops) em 1960; em seguida, houve um *período de unificação*, iniciado com a Lops e consolidado com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) em 1966; o *período de reestruturação*, que se inicia em 1977 com a criação do Sistema Integrado Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas) até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB); e, por fim, o *período de seguridade social*, inaugurado pela CRFB, que significou

¹ Fecha o sistema público, não permite novos afiliados e substitui esse sistema público por um privado.

² Ao contrário das reformas substitutivas, esse tipo de reforma não fecha o sistema público, mas modifica-o parametricamente e cria o sistema privado, de modo que ambos competem entre si.

³ Conformado por um programa público, que não está fechado para novos afiliados e que concede benefícios básicos (primeiro pilar), sendo esses benefícios supridos com programa privado complementar (segundo pilar).

⁴ Essas reformas mantêm os sistemas totalmente públicos e introduzem modificações relacionadas com o cálculo dos benefícios. Concretizam-se com a ampliação da idade para aposentadoria, aumento da vida laboral ativa, modificações dos períodos exigidos para acesso aos benefícios, índices de cálculo dos benefícios segundo o número de anos de contribuição etc.

mudanças nos valores e no alcance da seguridade social (HORVATH JÚNIOR, 2020, p. 27-28).

Desde a promulgação da CRFB houve sucessivas reformas paramétricas. Em 1995, com a Lei nº 9.032, os cálculos dos benefícios foram alterados. Ocorreu a unificação das alíquotas do benefício auxílio-acidente⁵, o fim da possibilidade de conversão do tempo trabalhado em atividade especial⁶ em tempo comum, entre outras modificações. Em 1998, a EC nº 20 reformou o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e estabeleceu outras diretrizes para os demais regimes previdenciários. Em 1999, houve novamente modificações substantivas no cálculo dos benefícios e foi introduzido o chamado fator previdenciário⁷. Em 2003, com a EC nº 41, foram feitas reformas no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) com reflexos também no RGPS. Em 2019, com a EC nº 103, o eixo da discussão esteve novamente nas reformas que questionavam o papel estatal na garantia desse direito fundamental do ponto de vista da dívida pública, gerando novas incertezas e dificuldades para o planejamento de vida a médio e longo prazo (HORVATH JÚNIOR, 2020, p. 29).

Nas reformas paramétricas brasileiras, observa-se que o predomínio da lógica do

princípio do equilíbrio financeiro e atuarial previsto no art. 201 da CRFB está abrindo espaço para a primazia das preocupações financeiras em relação ao sistema. Entre os grandes desafios contemporâneos em matéria de seguridade social está o diálogo ampliativo dos sistemas que, migrando do direito à seguridade social para o direito à proteção social, expandem o espectro de tutela da seguridade social, modificando seu objeto de proteção, de contingências para estados de necessidade (CORTÉS GONZÁLEZ, 2009, p. 94).

As justificativas para a construção dos sistemas de proteção social abarcam diversos fatores: o crescimento da informalidade laboral e o aumento do desemprego entre jovens e idosos; a aplicação de esquemas de flexibilização laboral precarizante e a diluição do conceito da subordinação jurídica; a internacionalização das relações econômicas; o envelhecimento populacional (a aplicação de tecnologias garantem maior tempo de vida) e a inversão da pirâmide social; o incremento da pobreza e da exclusão social em diversas zonas do planeta; a recorrente degradação ambiental; a constitucionalização das instituições de proteção social e a incidência da jurisprudência em favor dos hipossuficientes quando tentam ter acesso aos benefícios da seguridade social (CORTÉS GONZÁLEZ, 2009, p. 41-42).

Enquanto o mundo discute formas de ampliar os sistemas já existentes, no Brasil luta-se para preservar o que já foi conquistado e não abrir espaço para reformas mais profundas que poderiam, inclusive, substituir completamente o sistema solidário atual.

Pelas reformas vinculadas a modelos de desenvolvimento e a experiências baseadas no contexto econômico – que também servem de justificativa para as sucessivas reformas no bloco latino-americano –, constata-se que existe uma agenda paralela buscando seus próprios

⁵ Trata-se de benefício indenizatório para aqueles que sofreram acidente de qualquer natureza, cujas sequelas, agora consolidadas, lhes reduzam a capacidade laborativa.

⁶ Tempo especial é aquele em que o trabalhador está exposto a riscos físicos (ruído, vibração etc.), químicos (hidrocarbonetos, solventes etc.) ou biológicos (vírus, bactérias etc.).

⁷ Trata-se de fórmula matemática que é utilizada para definir o valor das aposentadorias do INSS, tendo em consideração o valor fixo de 0,31, a idade do trabalhador, o tempo de contribuição para o RGPS e a expectativa de vida do segurado na data da sua aposentadoria, segundo informado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A ideia era que os trabalhadores jovens fossem desestimulados a aposentar-se cedo, e funcionou. Segundo o exposto por Gentil (2019), antes da introdução do fator, a média de idade da aposentadoria era de 48,9 anos. Depois do fator, a idade mínima subiu para 54,1 anos, o que ainda configura idade baixa em comparação com outros países europeus e latino-americanos (GENTIL, 2019, p. 104).

interesses na formação dos planos de menor espaço para a ingerência estatal, menores gastos públicos na tutela dos direitos fundamentais, em especial dos direitos de segunda geração ou dimensão. O alargamento da exploração do conteúdo prestacional dos direitos fundamentais por entes privados por si só já é bastante condenável pelos resultados agressivos à dignidade humana (GARCÍA MANRIQUE, 2013), pois, quando os direitos sociais são obtidos no mercado, aqueles que tiverem mais recursos poderão gozar de maior dignidade na garantia dos direitos à saúde, previdência, educação, habitação, alimentação etc.; em contrapartida, os hipossuficientes, que não podem buscar as mesmas condições no mercado privado, ficam reféns da caridade privada, como aconteceu em outros tempos da história do País.

Compreendidas essas modificações feitas pelas reformas paramétricas no Brasil, podemos agora verificar como esses critérios monetizam a saúde dos trabalhadores e impactam a aposentadoria especial, que acaba sendo benefício indesejado por ser desfavorável a quem está exposto a riscos físicos, químicos ou biológicos.

3 Aposentadoria especial no Brasil: as mudanças prejudiciais da EC nº 103/2019

A aposentadoria especial é uma espécie de benefício previdenciário de natureza preventiva destinado a garantir a proteção dos trabalhadores efetivamente expostos a agentes nocivos prejudiciais à sua saúde ou integridade física durante o período mínimo de 15, 20 ou 25 anos (LADENTHIN, 2020b, p. 31). Sua natureza preventiva decorre do fato de buscar retirar o trabalhador da atividade nociva para sua saúde antes que seja demasiado tarde (LADENTHIN, 2020b, p. 35). Nessa linha, Martinez (2007, p. 20) explica que se trata de indenização social pela exposição aos agentes nocivos ou pela possibilidade de algum prejuízo para a saúde ou a integridade física do trabalhador, distinguindo-se da aposentadoria por tempo de contribuição ou da espécie por invalidez em razão do sinistro (risco).

Portanto, não é necessário que o segurado se torne inválido ou simplesmente tenha tempo de contribuição no sistema para ter acesso ao benefício, mas deve exercer atividade considerada especial pela legislação e completar o número de anos de exposição aos agentes físicos, químicos ou biológicos previsto para a concessão do benefício.

A modalidade de aposentadoria especial, que surgiu em 1960 com a Lei nº 3.807/1960 (a Lops), permitia naquela época que uma pessoa se aposentasse em 15, 20 ou 25 anos, segundo a sua categoria profissional. O

Decreto nº 53.831/1964 apresenta no seu Anexo III a lista de ocupações classificadas como perigosas, insalubres ou penosas⁸. Para se aposentar nessa modalidade, bastava pertencer a uma dessas categorias profissionais, sem a necessidade de comprovar a efetiva exposição aos agentes químicos, físicos ou biológicos (SANTOS, 2020, p. 26).

Havia algumas situações em que os trabalhadores não alcançavam o tempo total de trabalho nas categorias profissionais, ou seja, tinham tempo de atividade especial e tempo de atividade comum. Para esses casos, o Decreto nº 63.230/1968 admitiu a conversão do tempo comum em especial (SANTOS, 2020, p. 26). Assim, de acordo com as tabelas de conversão, era possível “completar” o tempo de atividade especial com o tempo comum para efeitos de obtenção da aposentadoria especial.

O Decreto nº 83.080/1979 ratificou as profissões listadas no Anexo III do Decreto nº 53.831/1964, de modo que as categorias profissionais que já constavam da lista anterior continuaram protegidas pela aposentadoria especial.

Com a CRFB, a aposentadoria especial ganhou *status* constitucional, passando a fazer parte das modalidades de aposentadoria garantidas no art. 202 (em sua redação original), vinculada ao que a lei estabelecia como critérios de acesso ao benefício. Posteriormente, a Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS)) passou a tratar a aposentadoria especial em seus arts. 57 e 58 (BRASIL, [2022b]), condicionando o acesso por categoria profissional conforme listas de atividades que deveriam ser emitidas após sua promulgação, o que não ocorreu, razão pela qual o acesso ao benefício foi mantido de acordo com as listas dos Decretos

nºs 53.831/1964 e 83.080/1979 (SANTOS, 2020, p. 27).

A “facilidade” de comprovação do exercício de atividades especiais para o acesso à aposentadoria especial terminou com a Lei nº 9.032/1995, que modificou o art. 57 da LBPS, retirando do seu texto a expressão *atividade profissional* para incluir “nos termos da lei”. Assim, o reconhecimento da atividade especial por categoria profissional deu-se somente até 28/4/1995. Qualquer atividade posterior a essa data deve ter comprovação de exposição efetiva a agentes nocivos (físicos, químicos ou biológicos) (SANTOS, 2020, p. 28).

A comprovação de atividade exposta a agentes nocivos recebeu inovação pela Lei nº 9.528/1997, que passou a exigir um documento denominado *laudo técnico das condições ambientais do trabalho* (LTCAT) para todos os agentes nocivos, sob pena de multa (SANTOS, 2020, p. 29).

Com relação ao agente físico *ruído*, o documento comprobatório da exposição efetiva passou a ser o perfil profissiográfico previdenciário (PPP) a partir de 1º/1/2004, conforme regulamenta a Instrução Normativa INSS nº 99/2003, art. 146 (LADENTHIN, 2020a, p. 63; INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2003).

A aposentadoria especial por 15 anos de exposição é exclusiva dos trabalhadores da mineração que atuam permanentemente no subsolo das mineradoras, conforme dispõe o Anexo IV, código 4.0.2 do Decreto nº 3.048/1999 (BRASIL, [2020a]). A aposentadoria especial por 20 anos de exposição é exclusiva dos trabalhadores expostos ao amianto e aos que trabalham na mineração, mas na superfície, distante da área subterrânea, conforme Anexo IV, código 1.0.2 e 4.0.1, do Decreto nº 3.048/1999, respectivamente. A aposentadoria especial por 25 anos de exposição, modalidade mais

⁸ A título de exemplo: dentistas, médicos, engenheiros de minas, químicos, motoristas de ônibus, motoristas de caminhão, aeronautas, bombeiros, trabalhadores portuários etc. (BRASIL, [1968]).

concedida no sistema previdenciário brasileiro (LADENTHIN, 2020b, p. 40-41), abrange os demais trabalhadores expostos a outros agentes físicos, químicos ou biológicos.

Atualmente, a relação de agentes físicos para os quais é permitida a aposentadoria especial consta do Anexo IV do Decreto nº 3.048/1999 (ruídos, vibrações, radiações ionizantes, temperaturas anormais e pressão atmosférica anormal) (BRASIL, [2020a]). O agente físico *frio* pode ser reconhecido como especial devido ao Anexo 9 da Norma Regulamentadora (NR) nº 15 (Portaria nº 3.214/1978). O mesmo ocorre com a umidade excessiva, que também pode ser reconhecida como atividade especial pelo Anexo 10 da NR-15, e as radiações não ionizantes, conforme o Anexo 7 da mesma NR-15 (BRASIL, [2022c]).

Os agentes químicos constam do Anexo IV do Decreto nº 3.048/1999 (arsênio, benzeno, bromo, carbono mineral, chumbo, cloro, cromo, fósforo, mercúrio, petróleo, gás natural, sílica etc.), além de outros constantes na NR-15 (BRASIL, [2020a], [2022c]).

Por fim, são reconhecidos como atividades especiais sujeitas a agentes biológicos, que também constam da lista da NR-15, os labores em hospitais, serviços de emergência, laboratórios de análises clínicas, cemitérios etc. (LADENTHIN, 2020b, p. 99).

Para o enquadramento na categoria de atividades especiais existem alguns reconhecimentos judiciais por analogia, o que torna esse benefício um dos mais complexos da previdência social brasileira.

Contudo, as reformas paramétricas para a aposentadoria especial não terminam com o exposto até aqui. As maiores modificações foram introduzidas pela EC nº 103/2019.

Para começar, a EC nº 103 (BRASIL, 2019) proíbe o enquadramento por categoria profissional ou ocupação, o que já estava operativo com as modificações anteriores, mas aqui essa

proibição é constitucionalizada. Além disso, passa-se a exigir idade mínima para acesso à aposentadoria especial.

A chamada *regra transitória*, que vigorará até que lei complementar regule a aposentadoria especial, prevê, no art. 19 da EC nº 103 (BRASIL, 2019), que para ter acesso à aposentadoria especial é necessário ter 55 anos de idade quando se tratar de atividade que permite aposentadoria especial com 15 anos de contribuições; 58 anos de idade no caso de atividade especial que permita aposentadoria com 20 anos de contribuição; e 60 anos de idade no caso de atividade especial que permita aposentadoria com 25 anos de contribuições. Não há diferença de gênero para a idade exigida: tanto homens quanto mulheres se aposentarão com a mesma idade mínima mencionada quando expostos a agentes nocivos à saúde (LADENTHIN, 2020a, p. 23).

Essa regra transitória é para os segurados que ingressaram no sistema após 13/11/2019, quando entrou em vigor a EC nº 103. Para aqueles que já eram filiados antes dessa data, há uma *regra de transição*, no art. 21 da EC nº 103 (BRASIL, 2019), que exige a soma de pontos (idade + tempo de exposição). São 66 pontos para 15 anos de exposição em atividade em mineração subterrânea, ou seja, o trabalhador deverá ter no mínimo 51 anos (a soma de 51 anos com 15 anos resultará nos 66 pontos necessários). São exigidos 76 pontos para a aposentadoria especial com 20 anos de exposição efetiva e 86 pontos para a aposentadoria especial com 25 anos de exposição efetiva.

Anteriormente, não havia exigência de idade mínima para que as pessoas expostas a agentes nocivos pudessem retirar-se da atividade antes que ocorresse a completa depreciação de sua saúde, e garantia-se o recebimento de renda substitutiva do salário auferido quando em atividade laborativa. Cumprindo sua função preventiva, o critério era apenas a verificação da

exposição a agentes físicos, químicos ou biológicos pelo tempo requerido em cada modalidade (15, 20 ou 25 anos).

Com a exigência de idade mínima – seja na regra transitória, seja na regra de transição –, o segurado não poderá simplesmente deixar a atividade nociva antes de completar a idade mínima, o que retira o caráter preventivo da aposentadoria especial por exposição a agentes nocivos.

O tempo definido pela legislação (15, 20 ou 25 anos) está relacionado ao tempo de desgaste em razão do trabalho realizado. A retirada antecipada do trabalhador das atividades nocivas tenta impedir a ocorrência da contingência futura, pois a aposentadoria aconteceria antes de dano grave ou incapacitante à saúde do trabalhador (LADENTHIN, 2021, p. 98).

Além disso, após a reforma operada pela EC nº 103, outro desincentivo para que as pessoas busquem a aposentadoria especial é o cálculo do benefício. Houve várias modificações na forma de cálculo dos benefícios na cronologia das reformas paramétricas brasileiras. A última antes da EC nº 103 utilizou a média das 80% maiores contribuições (descartando as 20% menores para otimizar o valor da aposentadoria especial), multiplicada pela alíquota de 100% dessa média. Era benefício vantajoso em relação à taxa de substituição oferecida.

No entanto, os critérios de apuração da média mudaram novamente. O art. 26 da EC nº 103 (BRASIL, 2019) determina que a média das contribuições seja equivalente a 100%, isto é, sem descartar as 20% menores contribuições ao longo da vida ativa – o que, segundo estudiosos, caracteriza, em alguns casos, a redução entre 15% e 17% do valor final do benefício previdenciário em comparação ao cálculo baseado no critério anterior⁹.

O mesmo art. 26 da EC nº 103 (BRASIL, 2019) determina também que a alíquota da aposentadoria especial não será mais de 100% da média apurada, mas de 60% (valor base) +2% (variável) para cada ano de contribuição que exceder 20 anos para os homens e 15 anos para as mulheres.

Com esse critério, se um trabalhador exposto a agentes nocivos devido ao trabalho em mineração subterrânea (aposentadoria com 15 anos de efetiva exposição) tem idade suficiente para se aposentar hoje com a regra de transição (66 pontos, ou seja, 51 anos de idade), apurariamos 100% da média de todas as suas contribuições desses 15 anos e em seguida essa média seria multiplicada por 60%. Essa alíquota será aplicada (60% de alíquota base) se os 15 anos de atividade na mineração subterrânea conformam o único período de trabalho com contribuições do trabalhador. Se homem, como não ultrapassa 20 anos de contribuição, nada mais será acrescentado ao cálculo. Seria diferente se ele tivesse 25 anos de trabalho em mineração subterrânea, ou 15 anos de trabalho em mineração subterrânea e 10 anos de trabalho comum. Nesse caso, seu benefício seria calculado com base em 100% da média de todas as suas contribuições, multiplicado por 70%, pois 60% é a base da alíquota, e ele tem direito a 10% a mais (+2% para cada ano que supere os 20 anos de contribuição – $5 \times 2\% = 10\%$).

Completando as reformas paramétricas, a opção de conversão do tempo comum em especial já havia sido eliminada anteriormente e, após a EC nº 103, também foi eliminada toda conversão do tempo especial em comum (art. 25, § 2º (BRASIL, 2019)).

Como dito anteriormente, essas reformas removem completamente a razão de ser da aposentadoria especial, enterrando o benefício de natureza preventiva que antes funcionava bem. Vão ao encontro dos objetivos discutidos

⁹ Ver simulações em Kertzman (2020).

na primeira seção, na qual se afirmou que as reformas paramétricas no Brasil acompanham o discurso econômico, que vê a previdência como um alto gasto do Estado e busca reduzir o conteúdo prestacional dos direitos fundamentais com base no discurso de medo e insustentabilidade do sistema diante das mudanças globais.

É algo semelhante à analogia que Schuster (2021, p. 337-338) estabelece com o Direito Penal do Inimigo, de Günter Jakobs, especialmente quanto à flexibilização das garantias processuais e à demonização de determinados grupos. Segundo Schuster (2021), com as devidas proporções, os segurados são tratados como verdadeiros inimigos do Estado, que buscam enganar o sistema beneficiando-se de valores que substituam seus salários para viver sem trabalhar, tendo capacidade para isso. Aparentemente, há desconfiança de que todo segurado queira explorar o sistema previdenciário sem ter direito. Com isso, a previdência social se distancia de sua finalidade como direito humano fundamental para se tornar um conflito entre o Estado desconfiado e o suposto segurado fraudador (SCHUSTER, 2021, p. 353).¹⁰

Pode-se depreender dessa análise que mais uma vez as reformas paramétricas brasileiras atacam o problema do custo para financiar o sistema e o equilíbrio atuarial, destacando o discurso do ônus excessivo que representa para o Estado sustentar esse modelo, mas jamais busca modificar as bases do sistema – que privilegia a lógica do pleno emprego, a formalidade laboral e o maior número de pessoas em idade ativa na pirâmide etária – e encontrar alternativas para que o sistema continue funcionando de forma solidária e com excelentes taxas de substituição.

Juntamente com a atuação burocrática da autarquia previdenciária para a concessão de benefícios, as reformas paramétricas que modificam critérios de acesso e valores dos benefícios previdenciários representam, sim, um verdadeiro retrocesso social.

Na próxima seção, será comprovado que efetivamente essas reformas correspondem à vulneração do princípio da não regressividade ou proibição do retrocesso social. Portanto, são passíveis de controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário.

Em seguida, demonstrar-se-á que há bastante controvérsia em relação à cobrança do custo de financiamento do regime de aposentadoria especial, pois os empresários e o capital desfrutam da força de trabalho exposta a agentes nocivos. Assim, além de beneficiar-se da mais-valia na exploração do trabalho humano, esses empresários dividem com a sociedade os custos da saúde depreciada de quem tem nas ocupações de risco sua forma de sobrevivência.

¹⁰ Para o aprofundamento desse tema, ver Schuster (2021).

4 Vulneração do princípio da não regressividade ou proibição do retrocesso social na reforma da aposentadoria especial

A noção de regressividade é antagônica à de progressividade determinada pela Organização das Nações Unidas (ONU) nas normas para a elaboração de relatórios periódicos previstos no art. 19 do Protocolo de San Salvador. Por medidas regressivas entendem-se todas as disposições ou políticas cuja aplicação signifique um retrocesso no nível de gozo ou exercício de um direito protegido. Com base nessa concepção de retrocesso social serão analisadas as hipóteses em que a doutrina do DIDH autoriza a restrição de direitos fundamentais com base em argumentos econômicos. O objetivo é verificar se as modificações implementadas na aposentadoria especial pela EC nº 103/2019 representam de fato retrocesso social.

O art. 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc) determina que os países signatários devem alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Pacto – e a seguridade social é um deles, prevista no art. 9º (NAÇÕES UNIDAS, 1992)¹¹. A Observação Geral nº 3 (NACIONES UNIDAS, [1990]) considera que pode tomar tempo chegar à efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas o art. 11.1 do Pidesc determina a obrigação de que os Estados

melhorem continuamente as condições de gozo e exercício dos Desc (obrigação de mover-se o mais rápido possível).

Para Courtis (2006, p. 3), a obrigação assumida pelos Estados é ampliativa, de modo que a revogação ou redução dos direitos vigentes contradizem claramente o compromisso internacional assumido – e o Brasil é signatário do Pidesc. O autor explica que o princípio de não regressividade ou vedação ao retrocesso pode ser de dois tipos: (a) com respeito a políticas públicas (regressividade de resultados) – a política pública nova é pior que a anterior, requer indicadores ou evidências empíricas; e (b) com respeito a normas (regressividade normativa) – a nova norma suprime, limita ou restringe direitos ou benefícios concedidos pela norma anterior (COURTIS, 2006, p. 3-4).

A Observação Geral nº 3 (NACIONES UNIDAS, [1990]) exige que qualquer medida restritiva requer a mais cuidadosa consideração e deverá ser justificada plenamente por referência à totalidade dos direitos previstos no Pidesc e no contexto do aproveitamento máximo de recursos disponíveis para sua efetivação.

No caso brasileiro, a CPI da Previdência descartou o déficit do orçamento no relatório final emitido em 2017 (BRASIL, 2017, p. 208). Do mesmo modo, em sua tese de doutorado Denise Lobato Gentil chegou à conclusão de que não há déficit no orçamento da Previdência (GENTIL, 2019). Em contrapartida, há trabalhos (são minoria) que insistem na existência do déficit (TAFNER; NERY, 2018).

Se até mesmo a CPI chegou à conclusão de que inexistente déficit no orçamento da previdência, é difícil compreender por que todos os projetos de EC das reformas paramétricas da previdência social brasileira buscaram apoio no discurso econômico de superoneração do Estado brasileiro pelas políticas públicas previdenciárias para justificar mudanças que dificultam o acesso aos

¹¹ Cabe destacar que o texto em espanhol do Pidesc trata da seguridade social, inclusive a previdência, que seria o seguro social: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” (NACIONES UNIDAS, [1966]). No Decreto nº 591, de 6/7/1992, o art. 9º do texto do Pidesc traduzido para o português estabelece: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social” (NAÇÕES UNIDAS, 1992). Por essa razão, não devemos interpretar estritamente a aplicação mandamental do Pidesc apenas para fins previdenciários, mas também para fins da seguridade social como um todo.

benefícios ou reduzem o nível de gozo desses benefícios. A questão de ser ou não o sistema previdenciário brasileiro superavitário abre as portas para a discussão sobre o contexto do máximo aproveitamento de recursos disponíveis para a efetivação do direito fundamental à seguridade social.

É fácil argumentar objetivamente que não há o máximo aproveitamento de recursos disponíveis na garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, não há materialização do princípio da máxima eficiência no cumprimento dos direitos humanos fundamentais. Basta ter em mente o fundo eleitoral de 4,9 bilhões de reais (Portaria nº 579/2022 do TSE), os gastos em cartão corporativo da Presidência da República de 25,44 milhões de reais (GASTOS..., 2022), os gastos exorbitantes na manutenção do segundo parlamento mais caro do mundo (custa mais de 7 milhões de dólares por ano, perdendo apenas para o dos EUA) (PASSARINHO, 2018). Como justificar restrições no conteúdo prestacional dos direitos fundamentais – no caso, o direito previdenciário – com esse cenário de amplos gastos em âmbitos menos importantes para a vida digna da coletividade?

As Diretrizes de Maastricht sobre Violações dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1997, considera violadoras as medidas de revogação ou suspensão da legislação necessária para o gozo contínuo de um Desc de que já se desfruta. As medidas restritivas só podem ser usadas se buscam aumentar a igualdade e otimizar a realização dos Desc (o que não é o caso da reforma em seu aspecto econômico e fiscal). O Princípio 14(e) determina que é violadora a adoção de qualquer medida deliberadamente regressiva que reduza o alcance da garantia de direito já protegido (MAASTRICHT..., [1997]).

Em complemento, o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1992) também contempla a exigência de desenvolvimento progressivo, na medida dos recursos disponíveis. A Observação Geral nº 3 do Comitê dos Desc e os Princípios de Limburgo (relativos à aplicação do Pidesc, 1996) determinam que o art. 26 da Convenção consagram a realização dos Desc sem retrocessos, o que inclui a seguridade social. É importante lembrar que o Brasil ratificou o Pidesc com o Decreto nº 591, de 6/7/1992, e ratificou a CADH por meio do Decreto nº 678, de 6/11/1992. Esses mandamentos são, portanto, parte do ordenamento jurídico nacional.

As bases para a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso são fixadas pela doutrina. Há ordem de vedação ao retrocesso para o Legislativo (não regressividade normativa) e para o Executivo (não regressividade de políticas públicas). A obrigação veda ao legislador (ou ao poder que detém a titularidade regulamentar) suprimir ou reduzir o nível dos Desc. Garante o nível de gozo desde a sua implementação e toda melhora que

haja experimentado desde então. A proteção não é apenas do núcleo essencial, mas do conteúdo já garantido, cumprindo também com a progressividade (para melhor) (COURTIS, 2006, p. 39). Por essa razão, qualquer redução no nível de gozo de benefício previdenciário estaria proibida por aquele mandamento.

Courtis (2006) aborda essa fundamentação do ponto de vista da segurança jurídica e da proteção da confiança, que geram a possibilidade de previsibilidade. Essas premissas são próprias inclusive do Estado liberal, e o Estado social utiliza esses princípios também na garantia das conquistas sociais, não apenas como forma de tutela da propriedade (COURTIS, 2006, p. 39).

A vedação do retrocesso social ou da regressividade presume a invalidez da norma, invertendo a carga da prova para o Estado, que deverá demonstrar que empregou o máximo de recursos disponíveis e com razoabilidade na restrição, com o propósito de materializar a igualdade e o maior gozo possível do direito restrito. Se o Estado não consegue provar de forma taxativa os argumentos anteriores, confirma-se a invalidez da medida restritiva (COURTIS, 2006, p. 40) – o que tipifica a presunção de ilegitimidade.

Fica mais que demonstrado que as modificações paramétricas na aposentadoria especial ao longo dos anos têm dificultado e inviabilizado o acesso ao benefício. A última reforma (EC nº 103/2019) reduziu o nível de gozo quando modificou a fórmula de cálculo (alíquota de 100% da média para 60% + 2% para cada ano de contribuição que supere 20 anos de contribuição no caso dos homens e 15 anos de contribuição no caso das mulheres). Tais modificações representam, sim, retrocesso social.

Obviamente, os defensores do déficit no orçamento da previdência justificam a redução do gasto público com a política previdenciária alegando que a normativa internacional a autoriza, uma vez que os instrumentos que tratam de Desc determinam que os países em desenvolvimento devem concretizar esses direitos predominantemente prestacionais de acordo com a realidade econômica de cada um. Todavia, uma coisa é formatar a arquitetura sistêmica da seguridade social num país em desenvolvimento, outra é pretender modificar essa arquitetura para condições piores que as estabelecidas quando, supõe-se, o País estava num patamar inferior de desenvolvimento. Veja-se que em 1990 o IDH do Brasil era de 0,613 e em 2019 saltou para 0,765, o que indica melhoria nas condições de desenvolvimento. Não se justifica, portanto, qualquer redução no nível de gozo dos Desc, incluindo a seguridade social (HUMAN..., 2022). Mesmo em momento de crise econômica e de consequente estrangulamento das contas públicas, existe critério para a redução de gozo dos Desc, que jamais deve ser permanente.

As principais críticas à forma social e democrática de direito no Estado moderno referem-se às dificuldades econômico-financeiras de atendimento às demandas por prestações sociais. Contudo, a evolução da forma de Estado (de Liberal para Social) estabeleceu uma nova perspectiva em termos de direitos humanos, segundo a qual o ente público passa a ser garantidor do mínimo vital, e essa garantia não pode estar presente apenas em períodos de abundância. Todas as formas de Estado estão sujeitas a crises e terão que adotar políticas anticíclicas e garantias de direitos para superar essas crises com o menor custo econômico e social possível (PESSOA, 2020, p. 39).

Segundo o parágrafo 5 da Resolução S-10/1 do Conselho de Direitos Humanos, as crises financeiras não justificam a falta de proteção em matéria de direitos fundamentais.

Exhorta a los Estados a que tengan presente que las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades nacionales y la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos y los exhorta a que presten asistencia, en particular, a los más vulnerables a ese respecto, y en ese contexto insta a la comunidad internacional a que apoye los esfuerzos nacionales para, entre otras cosas, establecer y conservar las redes que aseguran la protección de los segmentos más vulnerables de su sociedad (NACIONES UNIDAS, 2009).

A crise econômica obriga os Estados a redistribuir os gastos públicos, o que é um verdadeiro teste de exigibilidade dos direitos fundamentais (SAURA ESTAPÀ, 2013, p. 67). Qualquer trava na garantia desses direitos, com especial destaque para os Desc, só será possível com a comprovação pelo Estado de que está aproveitando ao máximo os recursos disponíveis. Esse critério está definido no Comentário Geral nº 3 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no qual se afirma que

todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga (NACIONES UNIDAS, [1990]).

Mais que o ônus da prova, há outros critérios que os países devem observar sempre que, em períodos de crise, pretendam adotar medidas restritivas em relação à garantia de direitos fundamentais de natureza prestacional. Primeiro: que qualquer política restritiva seja temporária e cubra apenas o período de crise. Segundo: que a política restritiva não seja discriminatória e abranja todas as medidas possíveis, inclusive medidas fiscais para apoiar as transferências sociais e mitigar as desigualdades – que podem aumentar em tempos de crise – e garantir que o direito dos

indivíduos e grupos marginalizados não serão prejudicados de maneira desproporcional. Terceiro: que a política identifique o conteúdo mínimo básico dos direitos ou um piso de proteção social, como foi desenvolvido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), e garanta a proteção desse conteúdo central em todos os momentos (UNITED NATIONS, 2012).

Nessa mesma linha, Courtis (2009) define os critérios a serem observados pelos Estados na adoção de políticas que imponham freio ou retrocesso na garantia dos Desc. Para Courtis (2009, p. 86), será necessário demonstrar o caráter imperativo da medida, o interesse estatal qualificado e a falta de cursos de ação alternativos menos restritivos ao direito em questão.

Assim, juntamente com Bonet Pérez (2013, p. 185), podemos concluir que a crise econômica grave não pode *a priori* permitir a derrogação ou suspensão dos Desc; e, na hipótese de que isso seja possível, a afetação deve ser sempre pontual, temporária e muito particular. Em períodos de dificuldade, a melhor solução para evitar que a crise econômica se transforme em crise social é buscar a maior efetividade e proteção dos direitos fundamentais em sua totalidade, incluindo direitos prestacionais. Para que isso se torne realidade, é fundamental uma boa gestão interna dos recursos disponíveis, priorizando o essencial para uma vida digna, além de contar com a comunidade internacional para superar o momento de adversidade, sem prejudicar as garantias em matéria de direitos humanos e fundamentais (PESSOA, 2020, p. 41).

Estudos europeus mostram que, em períodos de crise, os países não adotam políticas públicas que preservem a garantia dos direitos fundamentais (ALIJA FERNÁNDEZ, 2013, p. 50-51), o que representa clara violação do conteúdo constitucional e dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos países europeus diante de crises econômicas (PESSOA, 2020, p. 41). A garantia desses direitos tampouco é a tônica no Brasil, uma vez que as reduções no nível de gozo dos benefícios previdenciários estão sendo impostas fora de períodos de crise e como modificações não temporárias.

Sem dúvida, as reformas na aposentadoria especial representam um retrocesso social. Resta verificar se algo pode ser feito com respeito ao controle dessas modificações na política pública previdenciária. Não se pretende explicar o surgimento, a configuração e as discussões doutrinárias sobre o controle de convencionalidade, mas se fará alusão direta ao seu uso para a atuação profissional na defesa dos interesses da sociedade.

Nesta pesquisa, parte-se da posição doutrinária que reconhece não apenas o *status* supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos (BASSETTO, 2021, p. 38-41), mas também o *status* constitucional

dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos (MAZZUOLI, 2018, p. 75-81). Adota-se essa posição porque, mesmo que os tratados de direitos humanos não sejam formalmente constitucionais – o que somente ocorre com a incorporação ao ordenamento jurídico nos termos do art. 5º, § 3º da CRFB¹² –, eles são materialmente constitucionais e devem ser tomados em conta na hora de verificar a compatibilidade das normas de Direito interno com o determinado no plano internacional. Isso quer dizer que as reformas previdenciárias devem seguir o critério da dupla compatibilidade vertical material que, conforme explica Mazzuoli (2018, p. 142, grifos do autor), exige que a produção normativa doméstica conte “não somente com limites *formais* (ou *procedimentais*), senão também com dois limites verticais *materiais*, quais sejam: (a) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e (b) os tratados internacionais comuns (de estatura superlegal)”.

Assim, se o controle de constitucionalidade não permite que a norma produzida em descompasso com a CRFB seja recepcionada pelo ordenamento jurídico – o que pode ocorrer pela via difusa ou concentrada –, da mesma forma o controle de convencionalidade impede a recepção daquela norma em descompasso com os tratados internacionais de direitos humanos que irradiam seu conteúdo no ordenamento jurídico nacional, o que também pode ser feito pela via difusa ou concentrada (MAZZUOLI, 2018, p. 156).

Com base nessas diretrizes, o profissional jurídico que atua na litigância previdenciária pode e deve arguir a inconvencionalidade

¹² “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, [2022a]).

das modificações efetuadas na aposentadoria especial antecipada, demonstrando que houve retrocesso social, pois contrariam os tratados de direitos humanos que o Brasil ratificou, seja no âmbito do sistema americano, seja no âmbito do sistema internacional. Com as devidas proporções, os resultados poderão ser similares aos do controle de constitucionalidade pela via difusa que tem marcado a atuação dos causídicos que requerem a declaração da inconstitucionalidade do art. 26, §§ 2º e 5º, da EC nº 103/2019 (BRASIL, 2019), o qual determina que o valor da aposentadoria por incapacidade permanente de natureza previdenciária é de 60% da média aritmética definida na forma prevista no *caput* e no § 1º do mesmo art. 26, com acréscimo de 2 pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição para homens e 15 anos de contribuição para mulheres. Tal distinção entre os cálculos dos benefícios por invalidez de natureza previdenciária ou acidentária não existia antes da EC de 2019. Isso fere o princípio da isonomia (art. 5º, CRFB), da seletividade e irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 195, CRFB), da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB (BRASIL, [2022a])), e o princípio da proibição de proteção deficiente¹³. Para solicitar o controle de convencionalidade dessa norma, a arguição de inconstitucionalidade poderia ser complementada pelo princípio da máxima eficiência e pelo princípio da não regressividade no âmbito dos direitos humanos, o que é plenamente aplicável também ao caso da aposentadoria especial.

¹³ Estes são apenas alguns precedentes: Procedimento do Juizado Especial Cível nº 1061812-45.2020.4.01.3400 do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região (BRASIL, 2020b); Recurso Cível nº 5005580-89.2021.4.04.7129 do TRF da 4ª Região (BRASIL, 2022d); Recurso Inominado Cível nº 0001901-60.2019.4.03.6323 do TRF da 3ª Região (BRASIL, 2021a); Recurso nº 0509761-32.2020.4.05.8500 do TRF da 5ª Região (BRASIL, 2021b).

Visto que as reformas paramétricas na aposentadoria especial antecipada representam retrocesso social e são passíveis de controle de constitucionalidade e de convencionalidade, vejamos se no ordenamento jurídico há alternativas para a tutela dos trabalhadores expostos a agentes nocivos.

5 Possível solução para atividades com exposição a agentes nocivos

O mecanismo de aposentadoria antecipada não é exclusivo do Brasil; ao contrário, existem diversas experiências no mundo que contemplam essa modalidade de aposentadoria como forma de preservar a integridade física e mental das pessoas expostas a riscos no seu trabalho¹⁴.

Os trabalhos penosos, perigosos, insalubres ou tóxicos representam um problema a ser enfrentado tanto no campo do Direito do Trabalho quanto no do Direito Previdenciário, que se cruzam e se relacionam de forma íntima e complementar, apesar de serem ramos jurídicos distintos. A previdência busca principalmente substituir a renda obtida pelo trabalho quando os trabalhadores sofrem alguma contingência e necessitam do sistema previdenciário. Quando nos deparamos com o problema de trabalhos realizados com exposição a fatores de risco físicos, químicos ou biológicos, verificamos que a contingência é iminente. Mais cedo ou mais tarde a saúde do trabalhador será seriamente afetada, afastando-o de sua atividade.

Nesse cenário, poderíamos pensar: por que não deixar essa situação a cargo dos benefícios já existentes no sistema previdenciário, como

a aposentadoria por invalidez? Se assim fosse, cobraríamos de toda a sociedade o ônus de pagar diversos benefícios por invalidez para aqueles que estão destruindo sua saúde com a exposição aos riscos mencionados. Além disso, não haveria previsão de saída antecipada do mercado de trabalho de risco para a saúde, e o trabalhador teria que trabalhar até atingir a idade da aposentadoria comum, ficar inválido no caminho ou morrer na esperança de um dia se aposentar. Este último aspecto destaca a importância da aposentadoria antecipada especial e já foi discutido na primeira seção deste trabalho. Ele é a própria essência desse benefício previdenciário, que tem caráter preventivo.

Quanto ao primeiro ponto, cabe destacar que há um pagamento denominado *Adicional SAT* (seguro de acidentes do trabalho) ou *Adicional RAT* (riscos ambientais do trabalho), criado pela Lei nº 9.732/1998 (BRASIL, [2009]), que acrescentou os §§ 6º e 7º ao art. 57 da Lei nº 8.213/1991, além de modificar o art. 22 da mesma lei. O percentual devido pelas empresas que exploram atividades nocivas à saúde é variável, dependendo do tipo de aposentadoria especial a que seus trabalhadores teriam direito. Se a aposentadoria especial for concedida com 25 anos de exposição a agentes nocivos, a empresa deverá pagar 6% da remuneração do segurado sujeito às condições especiais como contribuição adicional. No caso da aposentadoria especial concedida por 20 anos de efetiva exposição a agentes nocivos, a contribuição adicional será de 9% da remuneração. Se for concedida com 15 anos de exposição, a alíquota adicional é de 12% da remuneração.

Essas alíquotas não são suficientes para financiar a aposentadoria especial: têm muito mais um fim educativo que o de efetivamente atingir o equilíbrio atuarial desejado. Para que essas alíquotas lograssem financiar o benefício de aposentadoria antecipada especial, deveriam

¹⁴ Ladenthin (2021, p. 51-52), em livro publicado como resultado de sua tese de doutorado defendida na PUC-SP, apresenta um quadro de países que concedem regimes previdenciários especiais, tais como Áustria, Bélgica, Finlândia, Hungria, Itália, Espanha, Turquia etc.

ser de 74% sobre a remuneração do trabalhador no caso da aposentadoria especial concedida após 25 anos de exposição, 107% para a concedida após 20 anos de exposição e 177% sobre a remuneração do trabalhador para financiar a aposentadoria especial concedida após 15 anos de exposição (LADENTHIN, 2020b, p. 348). Assim, a maior parte do ônus de pagar esses benefícios previdenciários continua a recair sobre a sociedade como um todo.

Contudo, justifica-se a existência de benefício específico para lidar com atividades nocivas do ponto de vista previdenciário. A OIT afirma que

[1]a justificación principal consiste en señalar que si una profesión determinada acorta la esperanza de vida de un trabajador, es lógico que pueda acceder antes que otros trabajadores a la pensión ya que el consumo de su pensión también será inferior (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2014, p. 7).

Não obstante, a forma como a aposentadoria especial estava estruturada no sistema previdenciário brasileiro não favorecia a sociedade, que acabava arcando com os altos custos para financiar as aposentadorias antecipadas por exposição a agentes nocivos antes da idade mínima estabelecida pela EC nº 103 de 2019.

Não era justo que os demais membros da sociedade pagassem pela exploração de atividades nocivas realizada pelo capital. No entanto, não era necessário destruir o benefício, impondo idade mínima para o acesso e desencorajando as pessoas a aceitar essa modalidade antecipada com os novos critérios de cálculo: 100% da média de todas as contribuições multiplicada por 60% + 2% para cada ano que exceda 20 anos de contribuição para homens e 15 anos de contribuição para mulheres.

Conforme se argumentou, o legislador reformista voltou a pensar em cortes de benefícios em vez de buscar soluções alternativas que reequilibrassem o custeio e mantivessem a prestação social do sistema, que se baseia em direitos, e não no discurso econômico.

A análise do Direito estrangeiro revela que os países que apresentam regimes especiais de aposentadoria antecipada também exigem idades mínimas para o acesso à aposentadoria especial. Todavia, essas idades não podem ser utilizadas como parâmetro para o Brasil sem um estudo próprio da expectativa de sobrevida das pessoas em atividades nocivas, pois referem-se a realidade social alheia à brasileira.

Como bem apontado por Costa (2022), maciça parte dos segurados depende da rede de saúde pública e enfrenta dificuldades para realizar exames, conseguir atendimento, submeter-se a procedimentos cirúrgicos etc. (COSTA, 2022, p. 111). Podemos ir além e distinguir a realidade brasileira da de outros países em matéria de segurança e saúde no meio ambiente

do trabalho, na fiscalização do cumprimento da normativa laboral, além do papel dos sindicatos em muitos países europeus. Portanto, é preciso encontrar o devido equilíbrio entre o financiamento e o pagamento de pensões especiais com base na realidade social do País, e não na dos países europeus, onde, em geral, de forma “comparativa”¹⁵ se buscam soluções legislativas para problemas jurídicos.

Segundo o relatório da OIT *Jubilación anticipada por trabajos de naturaleza penosa, tóxica, peligrosa o insalubre: un estudio comparado*, é preciso haver uma justificativa plausível, baseada em critérios científicos, para a arquitetura de aposentadorias antecipadas especiais. Para isso, é necessária a análise do estado da arte sobre quais profissões são realmente penosas, tóxicas, perigosas ou insalubres. É preciso que haja estudos de sinistralidade laboral, de reconhecimento de doenças ocupacionais, de situações de incapacidade personalizada e de impacto na expectativa de sobrevida das pessoas expostas a agentes nocivos em sua atividade laboral (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2014, p. 27).

Não é possível continuar estabelecendo critérios legislativos nas reformas paramétricas brasileiras sem levar em conta estudos prévios essenciais para justificar o que está sendo reformado. Nesse ponto, a produção científica e o diálogo com pesquisadores que se dedicam ao tema é imprescindível se se deseja fazer reformas conectadas à realidade e garantidoras dos direitos fundamentais das pessoas, em especial, aqui, a seguridade social.

O mesmo estudo da OIT recomenda que os modelos de aposentadoria antecipada permitam a retirada antes da idade mínima estabelecida para os benefícios programáveis, mas com pagamentos proporcionais, admitindo que a pessoa se retire da atividade antes que sua saúde seja completamente deteriorada (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2014, p. 27).

É preciso considerar que a exploração do capital em alguns nichos de trabalho com exposição a agentes nocivos distribui o risco para toda a população, sem se responsabilizar integralmente pelo custo da garantia dos direitos fundamentais para o Estado. Com base nessa reflexão, propõe-se como solução plausível um sistema híbrido que pagaria parte da aposentadoria especial antecipada por meio de seguro privado a cargo dos empregadores, deixando o restante, que foi financiado até o momento da aposentadoria, a cargo do sistema público, de modo a reequilibrar a taxa de reposição ou substituição pela aposentadoria especial preventiva.

¹⁵ Colocamos a palavra *comparativa* entre aspas porque a comparação é metodologia própria de pesquisa, dependendo de diversas análises do ordenamento jurídico paradigma para materializar objetivo próprio. A mera citação de legislação estrangeira não corresponde ao Direito Comparado, e é isso que muitas vezes encontramos.

6 Conclusões

O presente estudo partiu da hipótese de que a reforma operada pela EC nº 103 de 2019 com respeito à aposentadoria especial representa retrocesso social conforme delineado nos Desc, inclusive com incompatibilidade vertical material com os documentos internacionais incorporados ao ordenamento jurídico.

Para pôr a hipótese à prova percorreu-se caminho doutrinário que pudesse revelar a finalidade da previdência social. Discorremos sobre as reformas previdenciárias no sistema brasileiro, sobre a tutela previdenciária de trabalhadores expostos a agentes nocivos e o significado da proibição do retrocesso social ou não regressividade. As principais conclusões estão elencadas a seguir.

A previdência social brasileira está estruturada como um conjunto integrado de iniciativas do Poder Público e da sociedade visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, sistema implantado no âmbito da Ordem Social da República Federativa do Brasil, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária; assegurar o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação.

Nesse panorama, as reformas paramétricas que buscam dificultar ou inviabilizar o acesso aos benefícios previdenciários contrariam o esperado de um Estado Social e Democrático de Direito, que deve buscar ativamente o bem comum público.

Entre as sucessivas reformas paramétricas efetivadas no Brasil, uma seguiu a linha da desconstrução da aposentadoria especial para trabalhadores sujeitos a agentes nocivos, modalidade preventiva de aposentadoria antecipada que busca evitar a deterioração completa da saúde dos trabalhadores e estabelece critérios de acesso favoráveis ao cumprimento de suas finalidades.

Ao longo do tempo, diversas reformas têm modificado essa modalidade de aposentadoria, não para melhorar o acesso, mas para burocratizar e dificultar o gozo do benefício previdenciário. A reforma operada pela EC nº 103 de 2019 estabeleceu idades mínimas sem estudos prévios de expectativa de sobrevivência no Brasil e reduziu consideravelmente o valor do benefício com as novas regras de cálculo previstas em seu art. 26. Qualquer reforma dessa natureza deveria estar amparada por estudos preliminares que a justificassem. Caso contrário, restará apenas o argumento econômico fatalista que justifica o colapso do sistema previdenciário, considerando-o “extremamente oneroso para os cofres públicos”.

Demonstramos que as reformas paramétricas que atingiram a aposentadoria especial antecipada representam verdadeiro retrocesso social, visto que mudanças de políticas públicas que diminuam o nível de gozo de prestações sociais já implementadas não estão conformes à axiologia do DIDH, a menos que sejam temporárias e altamente justificadas por critérios objetivos.

O fato de o Brasil incorporar no seu ordenamento jurídico diversos instrumentos internacionais de direitos humanos – que geram mandamentos de máxima eficiência e progressividade no conteúdo prestacional dos direitos sociais fundamentais – faz com que essas mudanças na aposentadoria especial possam ser contidas pela via do controle de convencionalidade por não passarem na prova da dupla compatibilidade vertical e material (CRFB + instrumentos internacionais de direitos humanos), não sendo, portanto, convencionais, pois diminuem o nível de gozo de benefício previdenciário já implantado.

As recomendações do estudo da OIT contemplam a possibilidade de aposentadoria antes de atingir a idade mínima estabelecida na legislação para benefícios programáveis, com pensão equivalente ao tempo de exigência da antecipação, o que não é mais possível no Brasil, pois a reforma exige a idade mínima, que não está tão distante da aposentadoria prevista para a contingência idade avançada.

Sugerimos como solução plausível o estabelecimento de um sistema híbrido que contemple um seguro privado financiado pelos empregadores, complementado pelo que foi financiado até o momento da aposentadoria no regime obrigatório, de forma a manter a taxa de reposição ou substituição.

Constatamos que há mais estudos corroborando a saúde financeira do sistema previdenciário nacional que estudos apontando déficit nas contas públicas para a garantia da política previdenciária. Logo, se o sistema tem conseguido pagar os benefícios com o custeio previsto, não há que se falar em redução de “gastos” públicos, considerando que essa redução representa prejuízo na tutela de direito humano fundamental, sem amparo em qualquer justificação plausível. Mais uma vez prevaleceu o discurso econômico apocalíptico e fatalista: não se buscaram alternativas de custeio que pudessem manter o estabelecido como direito fundamental à seguridade social.

Ao pensar nos desafios para a proteção do idoso, vemos que as modificações na pensão antecipada especial por exposição a agentes danosos contrariam a tendência de ampliação estabelecida na Recomendação nº 202 da OIT. No Brasil, após a EC nº 103 de 2019, planejar a velhice tornou-se mais complexo para o grupo de trabalhadores expostos a agentes nocivos.

Se for seguida a tendência latino-americana de tratar a previdência como despesa e os segurados como inimigos do Estado (Direito Previdenciário do inimigo), com foco no discurso do medo contra as garantias fundamentais (Constitucionalismo do medo e Direito Previdenciário do medo), não encontraremos soluções modernas para problemas modernos.

O desafio para a proteção dos idosos começa pelo abandono do discurso fatalista, que aposta no corte de gastos, e passa pela busca de alternativas que permitam financiar as necessidades previdenciárias de todos na velhice.

Sobre os autores

Rodrigo Monteiro Pessoa é doutor em Direito pela Universidad de Chile, Santiago, Chile; mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil; especialista em Direito Previdenciário pela Uniderp, Ribeirão Preto, SP, Brasil; pós-doutorando em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.

E-mail: rpjurista@gmail.com

Jair Aparecido Cardoso é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre e graduado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.

E-mail: rpjurista@gmail.com

Rogério Alessandre de Oliveira Castro é doutor em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Educação, Administração e Comunicação pela Universidade São Marcos, São Paulo, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; advogado.

E-mail: rpjurista@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

PESSOA, Rodrigo Monteiro; CARDOSO, Jair Aparecido; CASTRO, Rogério Alessandre de Oliveira. Retrocesso social na reforma da aposentadoria especial operada pela EC nº 103/2019: uma análise crítica. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 238, p. 79-105, abr./jun. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p79

(APA)

Pessoa, R. M., Cardoso, J. A., & Castro, R. A. de O. (2023). Retrocesso social na reforma da aposentadoria especial operada pela EC nº 103/2019: uma análise crítica. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 60(238), 79-105. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p79

Referências

ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana. La transversalidad de los derechos humanos en las políticas públicas y su eficacia en períodos de crisis. In: BONET PÉREZ, Jordi; SAURA ESTAPÀ, Jaume (ed.). *El derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 31-52.

BASSETTO, Marcelo Eduardo Rossitto. *Direito previdenciário e controle de convencionalidade: aplicação do direito internacional à prática previdenciária*. Curitiba: Juruá, 2021.

BONET PÉREZ, Jordi. Aproximación al tratamiento jurídico de las crisis de naturaleza económica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. In: BONET PÉREZ, Jordi; SAURA ESTAPÀ, Jaume (ed.). *El derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 157-186.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. *Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. *Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964*. Dispõe [sobre] a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807, de 26 de [agosto] de 1960. Brasília, DF: Presidência da República, [1968]. Revogado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d53831.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. *Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019*. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. *Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998*. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9732.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. Ministério do Trabalho e Previdência. *Norma Regulamentadora nº 15 (NR-15) – Atividades e Operações Insalubres*. [Brasília, DF]: Ministério do Trabalho e Previdência, [2022c]. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-15-nr-15>. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. Senado Federal. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal destinada a investigar a contabilidade da previdência social, esclarecendo com precisão as receitas e despesas do sistema, bem como todos os desvios de recursos (CIPREV): relatório final*. Brasília, DF: Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/539169>. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Seção Judiciária do Distrito Federal (26. Vara Federal). *Procedimento do Juizado Especial Cível nº 1061812-45.2020.4.01.3400*. Direito previdenciário (195) – Benefícios em espécie (6094) – Auxílio-doença previdenciário. Autor: Jose de Souza dos Santos. Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. 3 de novembro de 2020b. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Seção Judiciária de São Paulo (8. Turma Recursal). *Recurso Inominado Cível nº 0001901-60.2019.4.03.6323*. Recorrente: Instituto

Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrida: Ana Lucia Picoli Totti. Relator: Juiz Federal Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira, 9 de dezembro de 2021a. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/base-textual>. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul (2. Turma Recursal). *Recurso Cível nº 5005580-89.2021.4.04.7129*. Recorrente: Luciano Camargo Faleiro. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Juiz Federal Daniel Machado da Rocha, 13 de julho de 2022d. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Seção Judiciária de Sergipe (1. Turma Recursal). *Recurso nº 0509761-32.2020.4.05.8500*. Direito previdenciário – Benefícios em espécie – Pensão por morte (Art. 74/9). Recorrente: Josefa Maria de Jesus. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Juiz Federal Marcos Antônio Garapa de Carvalho, 12 de maio de 2021b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf5.jus.br/jurisprudencia/exibir.wsp?tmp.id_documento=132032. Acesso em: 29 nov. 2022.

CONFERÊNCIA INTERAMERICANA DE SEGURIDADE SOCIAL. *Relatório sobre a seguridade social na América 2009: avaliação nos sistemas da seguridade social*. México, DF: CISS, 2008.

CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Derecho de la protección social*. Bogotá: Legis, 2009.

COSTA, José Ricardo Caetano. *Perícia biopsicossocial: aplicabilidade, metodologia, casos concretos*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Alteridade, 2022.

COURTIS, Christian. *El mundo prometido: escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*. México, DF: Fontamara, 2009.

_____. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

CRUZ-SACO, María Amparo; MESA-LAGO, Carmelo (ed.). *Do options exist?: the reform of pension and health care systems in Latin America*. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press, 1998. (Pitt Latin American Series).

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *La libertad de todos: una defensa de los derechos sociales*. [Mataró]: El Viejo Topo, 2013.

GASTOS por cartões de pagamentos. In: PORTAL da Transparência. [Brasília, DF]: Controladoria-Geral da União, 2022. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/cartoes>. Acesso em: 29 nov. 2022.

GENTIL, Denise Lobato. *A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira: uma história de desconstrução e de saques*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2019.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

HUMAN Development Index (HDI). In: HUMAN Development Reports. [S. l.]: UNDP, 2022. Disponível em: <https://hdr.undp.org/data-center/human-development-index#/indicies/HDI>. Acesso em: 29 nov. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (Brasil). *Instrução Normativa nº 99, de 5 de dezembro de 2003*. Estabelece critérios a serem adotados pelas áreas de Benefícios e da Receita Previdenciária. [S. l.]: Normas Legais, 2003. Disponível em: https://www.normaslegais.com.br/legislacao/trabalhista/instruc_normat_99_ppp.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

KERTZMAN, Ivan. *Entendendo a reforma da previdência*. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Aposentadoria especial: dissecando o PPP de acordo com a EC 103/2019*. São Paulo: LuJur, 2020a.

_____. *Aposentadoria especial no Brasil: evolução, regime jurídico e reformas*. Curitiba: Alteridade, 2021.

_____. *Aposentadoria especial: teoria e prática*. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a EC 103/2019 (nova reforma da previdência). Curitiba: Juruá, 2020b.

MAASTRICHT Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights. [S. l.]: University of Minnesota, Human Rights Library, [1997]. Disponível em: http://hrlibrary.umn.edu/instreet/Maastrichtguidelines_.html. Acesso em: 29 nov. 2022.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria especial: 920 perguntas e respostas*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEJÍA-ORTEGA, Luz M.; FRANCO-GIRALDO, Álvaro. Protección social y modelos de desarrollo en América Latina. *Revista de Salud Pública*, Bogotá, v. 9, n. 3, p. 471-483, jul./sept. 2007. Disponível em: <https://scielosp.org/article/rsap/2007.v9n3/471-483/es/>. Acesso em: 29 nov. 2022.

MESA-LAGO, Carmelo. Efectos de la crisis global sobre la seguridad social de salud y pensiones en América Latina y el Caribe y recomendaciones de políticas. *Serie Políticas Sociales*, Santiago, CL, n. 150, p. 1-76, oct. 2009. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/6156>. Acesso em: 29 nov. 2022.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General nº 3: la índole de las obligaciones de los Estados Partes*. [S. l.]: Red-DESC, [1990]. Disponível em: <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-3-indole-obligaciones-estados-partes>. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. Consejo de Derechos Humanos. *S-10/1. Efectos de las crisis económicas y financieras mundiales en la realización universal y el goce efectivo de los derechos humanos*. [Ginebra]: Naciones Unidas, 2009. Disponível em: <https://cutt.ly/7roj6YE>. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. [S. l.]: Naciones Unidas, [1966]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>. Acesso em: 29 nov. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Jubilación anticipada por trabajos de naturaleza penosa, tóxica, peligrosa o insalubre: un estudio comparado*. Santiago, CL: OIT, 2014. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_244747.pdf. Acesso em: 29 nov. 2022.

PALACIOS, Robert J. *Averting the old-age crisis: technical annex*. Washington, DC: World Bank, 1996. (Policy Research Working Paper, 1572). Disponível em: https://documents1.worldbank.org/curated/en/539411468739501292/104504322_20041117180511/additional-multi-page.pdf. Acesso em: 29 nov. 2022.

PASSARINHO, Nathalia. Segundo mais caro do mundo, Congresso brasileiro tem parlamentares demais? *BBC News Brasil*, Londres, 7 dez. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46427803>. Acesso em: 29 nov. 2022.

PESSOA, Rodrigo Monteiro; CARDOSO, Jair Aparecido. A dialética econômica e ampliatria dos benefícios previdenciários e as considerações sobre o fim da aposentadoria por tempo de contribuição pela Emenda Constitucional nº 103 de 2019: uma reflexão. *Revista Paradigma*,

Ribeirão Preto, ano 27, v. 31, n. 1, p. 87-108, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2644>. Acesso em: 29 nov. 2022.

PESSOA, Rodrigo Monteiro. *El mínimo vital en Chile*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SANTOS, Taís Rodrigues dos. *Aposentadoria especial do motorista e do cobrador de ônibus: teoria e prática: direito ao reconhecimento da insalubridade após 28.04.1995*. Curitiba: Juruá, 2020.

SAURA ESTAPÀ, Jaume. La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). In: BONET PÉREZ, Jordi; SAURA ESTAPÀ, Jaume (ed.). *El derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 53-70.

SCHUSTER, Diego Henrique. *Aposentadoria especial e a nova previdência: os caminhos do direito previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2021.

TAFNER, Paulo Sérgio; NERY, Pedro Fernando de Almeida. *Reforma da previdência: por que o Brasil não pode esperar?* São Paulo: Elsevier, 2018. *E-book*.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *CESCR/48th/SP/MAB/SW*. Geneva: United Nations, 2012. Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/LetterCESCRtoSP16.05.12.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2022.

Racionalidade e integridade do Direito

Proselitismo jurisdicional e a ADPF 701

JOÃO PAULO SOUZA RODRIGUES

JOSÉ EMÍLIO MEDAUAR OMMATI

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar os aspectos processuais da decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 701/MG, que proibiu liminarmente que estados, municípios e o Distrito Federal impusessem restrições à realização de celebrações religiosas presenciais por motivos ligados ao combate à pandemia da Covid-19. Com base na Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, e em abordagem dedutiva, analisam-se os contornos processuais da decisão proferida naquela ADPF. Os resultados obtidos apontam que: (i) a Associação Nacional de Juristas Evangélicos não tem legitimidade para deflagrar a ação no processo objetivo, porque não é entidade de classe, conforme já havia sido decidido anteriormente pelo próprio Supremo Tribunal Federal; e (ii) a decisão que deferiu a medida liminar violou a literalidade da legislação federal, ao ferir a regra de excepcionalidade das liminares monocráticas em ADPF, já que não se tratava de caso de extrema urgência, tampouco de perigo de lesão grave.

Palavras-chave: ADPF 701; integridade; legitimidade; precedentes; ativismo.

Rationality and integrity of law: jurisdictional proselytism and the ADPF 701

Abstract: The present study aims to analyze the procedural aspects of the decision handed down in the Claim of Non-compliance with a Fundamental Precept (ADPF in Portuguese) n. 701/MG, which prohibited states, municipalities and the Federal District from imposing restrictions on the realization of face-to-face religious celebrations, for reasons related to combating the Covid-19 pandemic. Based on a deductive method approach, this study has as its state of the art the Ronald Dworkin's theory of law as integrity, and starts from this conception to analyze, in a

Recebido em 5/9/22
Aprovado em 12/12/22

specific way, the procedural contours of the decision handed down in that ADPF. The results obtained point out that: (i) the National Association of Evangelical Jurists does not have the legitimacy to trigger the action in the objective process, because it does not constitute itself as a class entity, as previously decided by the Supreme Federal Court itself; and (ii) the decision that granted the preliminary injunction violated the literality of federal legislation, by violating the rule of exceptionality of monocratic injunctions in ADPF, since it was not a case of extreme urgency, nor was it a danger of serious injury.

Keywords: ADPF 701; integrity; legitimacy; precedents; judicial activism.

1 Introdução

Em 3/4/2021, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 701/MG, ajuizada pela Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Kássio Nunes Marques monocraticamente deferiu liminar para determinar que os Executivos dos estados, dos municípios e do Distrito Federal se abstivessem de editar ou de exigir o cumprimento de decretos ou atos administrativos locais que proibissem a realização de celebrações religiosas presenciais por motivos ligados ao combate à pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) (BRASIL, 2021d). No mesmo dia em que a decisão monocrática foi proferida, o Brasil ultrapassava a marca de 330.000 óbitos por Covid-19 (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2022).

Além de discutir o mérito da controvérsia – isto é, se os atos normativos locais destinados ao enfrentamento da pandemia do novo coronavírus estariam ou não a violar o direito constitucional à liberdade de culto –, esta pesquisa, de vertente jurídico-teórica, procurará analisar os aspectos formais da ADPF nº 701/MG, com base na Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, e em dois pontos fundamentais: legitimidade do proponente e legalidade da decisão.

O estudo não se atém aos aspectos materiais da ADPF e ao eventual conflito entre a garantia constitucional da liberdade religiosa e o direito à vida, bens jurídicos teoricamente em xeque: em primeiro lugar porque muito já se debateu sobre o assunto, inclusive no âmbito do próprio STF (BRASIL, 2021c); em segundo, porque não nos parece sequer possível falar em conflito entre esses direitos fundamentais que, contextualizados,

não resistem a uma aferição com base na proporcionalidade (OMMATI, 2020b, p. 54) e adequação.

A proposta é revisitar a narrativa que guiou a alegada violação ao preceito fundamental da liberdade de culto e recobrar as razões que orientaram a decisão liminar. Com base nessas premissas, examinaremos a legitimidade da associação autora e a legalidade da decisão singular proferida na ADPF, com esteio na teoria de Ronald Dworkin e em precedentes do STF em temas semelhantes.

Ao final, o leitor será convidado a refletir sobre a possibilidade jurídica do processamento da ADPF nº 701/MG e, de modo específico, sobre os limites objetivos e subjetivos da atuação individual do magistrado no caso em análise, tendo como referência a lógica da integridade.

2 Um estudo da ADPF 701: petição inicial e decisão liminar

Para se compreenderem de forma adequada os fundamentos que subsidiaram a decisão liminar proferida na ADPF nº 701/MG, é preciso entender a pretensão deduzida pela Anajure perante o STF e em que contextos fático e jurídico se baseou.

Na própria petição inicial, a Anajure define-se como “uma entidade civil com fins não econômicos que congrega advogados, juízes, desembargadores, promotores, procuradores, acadêmicos e bacharéis em direito” (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS, 2020, p. [8]), cuja legitimidade para provocar o controle concentrado decorreria do estabelecido pelos arts. 102, § 1º, e 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e pelo art. 2º da Lei nº 9.882/1999 (BRASIL, [2001], [2022a]). Segundo este último dispositivo, os legitimados para a ADPF são os mesmos legitimados para a deflagração das ações diretas do controle abstrato de constitucionalidade previstos pelo art. 103 da CRFB.

Para a entidade autora, “abdicar do ajuntamento presencial tem sido um sacrifício [e, apesar disso,] diferentes Estados e Municípios têm vedado, sem ressalvas, o exercício de qualquer atividade religiosa e o funcionamento dos templos religiosos” (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS, 2020, p. [26]), o que constituiria, segundo o entendimento da associação, uma ofensa à liberdade religiosa assegurada pelo texto constitucional.

Conforme a inicial assinada pela Anajure, o objetivo da arguição era obter a declaração de incompatibilidade do art. 6º do Decreto nº 031/2020 do Município de João Monlevade (MG) e dos demais dispositivos presentes

em outros decretos estaduais e municipais que determinassem a suspensão/vedação/proibição das atividades religiosas e do funcionamento dos templos religiosos sem qualquer ressalva sobre a possibilidade de realização de práticas religiosas que não geram aglomeração, porque normas dessa natureza constituiriam violações à liberdade religiosa e ao Estado laico (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS, 2020, p. [30]).

Cautelarmente, a associação de juristas pretendia que fosse determinada a suspensão dos efeitos dos atos normativos locais (estaduais e municipais) que eventualmente determinassem a suspensão/vedação/proibição de atividades religiosas e do funcionamento dos templos religiosos.

De acordo com informações retiradas do sítio do STF na internet (BRASIL, 2021b), a ADPF nº 701/MG foi distribuída em 22/6/2020, tendo como relator originário o ministro Celso de Mello, que se aposentou em 13/10/2020 e foi sucedido pelo ministro Kássio Nunes Marques, que tomou posse em 5/11/2020.

Embora tivesse sido distribuída no mês de junho de 2020, a liminar reclamada pela Anajure na ADPF nº 701/MG somente foi apreciada em 3/4/2021 já pelo novo relator, às vésperas do feriado de Páscoa (BRASIL, 2021d). Àquela altura, diversas outras decisões já haviam sido proferidas pelo Plenário do STF, em controle concentrado, acerca da competência concorrente de estados, municípios e do Distrito Federal na gestão da pandemia e da constitucionalidade de medidas de restrição impostas por esses entes federativos. É o caso, por exemplo, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nºs 6.341/DF e 6.343/DF, e da ADPF nº 672/DF.

Bem analisada, a decisão monocrática que deferiu a liminar postulada pela Anajure parece problemática por uma série de razões que antecedem o mérito.

Inicialmente, as partes interessadas – governos locais cujos atos foram impugnados e a Advocacia-Geral da União (AGU) – somente foram intimadas a se manifestarem mediante um despacho proferido em 5/2/2021.

A Procuradoria-Geral da República (PGR), interveniente obrigatória, na forma do art. 7º, parágrafo único, da Lei da ADPF (BRASIL, [2001]), somente foi intimada em 30/3/2021. Sem aguardar qualquer manifestação do procurador-geral da República, o ministro relator da arguição expressamente presumiu¹ qual seria o conteúdo de seu parecer.

Finalmente, em 17/2/2021 o próprio STF já havia reconhecido por unanimidade a ilegitimidade ativa da Anajure na ADPF nº 703 AgRg/BA (BRASIL, 2021a), cuja suscitação era semelhante à trazida na ADPF nº 701/MG. Esse entendimento, aliás, foi ressaltado pela AGU como fundamento para que não se conhecesse da arguição.

Todavia, para conhecer da ADPF e superar, portanto, o entrave criado pela decisão colegiada anterior – a que deveria vincular-se –, invocou o ministro relator a necessidade de um *distinguishing* fundado: (i) numa pretensa divergência de situações fáticas entre a ADPF nº 703/BA e a ADPF nº 701/MG; (ii) numa suposta divergência jurisprudencial quanto à legitimidade da entidade, já que na ADPF nº 696 AgRg/DF teria sido reconhecida a legitimidade

¹“Nesse contexto, a Procuradoria-Geral da República se manifestou, em outras duas arguições de descumprimento de preceito fundamental com objeto análogo (ADPF’s ns. 810 e 811), ajuizadas posteriormente a esta, no sentido de se determinar ‘a suspensão de decretos municipais e estaduais em todo o país que proibem a realização de cultos, missas e outras atividades religiosas de caráter coletivo. Para o PGR, além de a Constituição assegurar a liberdade religiosa, a assistência espiritual é essencial para muitas pessoas enfrentarem a pandemia. Portanto, igrejas e templos devem poder abrir, desde que respeitados os protocolos sanitários para evitar a disseminação da covid-19’ [...]. Presume-se, portanto, que se manifestará nesse sentido nestes autos, sem prejuízo de oportuna reapreciação” (BRASIL, 2021d, p. 5).

da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD) – o que permitiria que, na dúvida, se empregasse igual interpretação para a associação autora da ADPF nº 701/MG; (iii) no direito de acesso à justiça; (iv) na instrumentalidade do processo e na primazia do mérito; (v) numa aparente correspondência entre o objeto da arguição e os fins institucionais da associação autora; e (vi) numa não oponibilidade da regra da subsidiariedade da ADPF prevista pelo art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 (BRASIL, [2001]).

A seguir, explicaremos por que a decisão liminar proferida na ADPF nº 701/MG não se sustenta nem mesmo em termos processuais.

3 Contornos processuais da ADPF 701: a legitimidade da Anajure

A CRFB confere legitimidade ativa, entre outros atores, às entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, IX) para deflagrarem as ações diretas do controle concentrado de constitucionalidade, estendendo-se essa legitimidade, por expressa disposição de lei, também para a propositura da ADPF (art. 1º da Lei nº 9.882/1999) (BRASIL, [2001], [2022a]).

Embora se apresente como entidade de classe e alegue que por esse motivo teria legitimidade para provocar o controle de constitucionalidade das leis de forma abstrata, a jurisprudência firmada no âmbito do STF há mais de 30 anos (ABBOUD, 2021) afasta de qualquer margem razoável de dúvidas o fato de que a Anajure não ostenta essa condição.

Segundo decisões reiteradas do STF, uma entidade de classe de âmbito nacional será assim caracterizada quando a atuação desse legitimado estiver associada à representação de categoria profissional ou empresarial (ADI nº 4.294/SP (BRASIL, 2016a)); à homogeneidade dessa representação, de sorte que não basta ao pretense legitimado que represente apenas parte da categoria (ADI nº 5.320/PR (BRASIL, 2015)); à atuação em âmbito nacional, requisito para cujo preenchimento a jurisprudência da Corte se inclinou a aplicar analogicamente uma disposição contida na Lei Orgânica dos Partidos Políticos (BRANDÃO; NUNES, 2018), exigindo prova da atuação dessa entidade em pelo menos 9 estados da federação (ADI nº 4.230/RJ (BRASIL, 2011)); e preenchimento do requisito da pertinência temática (ADI nº 4.722/DF (BRASIL, 2016b)).

A consolidação dessa jurisprudência é importante porque reforça no ordenamento o primado da segurança jurídica e cria – ou pelo menos deveria criar – uma situação de previsibilidade na atuação do STF no exercício da jurisdição constitucional. Contudo, é bem verdade que o STF tem ampliado o conceito de entidade de classe, como ressaltam Bahia,

Silva e Oliveira (2021), por entender que “não pode se circunscrever às atividades econômicas ou profissionais, mas abranger também membros unidos por vínculo que tenha em conta a defesa de direitos de grupos minoritários e vulneráveis”.

Todavia, mesmo em face desse alargamento interpretativo também abarcado pela jurisprudência do STF, não nos parece que seja o caso de se reconhecer a legitimidade da Anajure na ADPF nº 701/MG, que esbarra em outros elementos indicados anteriormente. Por exemplo, a associação de juristas evangélicos não é homogênea. Afinal, “a ANAJURE representa qual categoria exatamente? Os juristas ou os evangélicos?” (BAHIA; SILVA; OLIVEIRA, 2021). Denotativo de ilegitimidade da associação de juristas evangélicos, esse primeiro ponto, por si, já seria suficiente para implicar a extinção da ADPF nº 701/MG.

Sucedo que a decisão que conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental viciou-se também sob outros aspectos, o que termina por confirmar a ausência de legitimidade da proponente da ADPF.

O primeiro aspecto diz respeito ao fato de que a decisão monocrática contrariou, de forma expressa, uma decisão unânime – logo, com endosso do próprio relator da ADPF nº 701/MG – do Plenário do STF proferida dias antes, uma vez que em 17/2/2021 foi negado provimento ao agravo regimental interposto pela Anajure contra a decisão monocrática que negara seguimento à ADPF nº 703/BA, por ilegitimidade da parte (BRASIL, 2021a).

Observa Abboud (2021) que “obviamente fatos supervenientes podem tornar legítimo ente previamente considerado ilegítimo. Entretanto, no caso examinado nem sequer é possível vislumbrar qualquer mudança apta a justificar a legitimidade da Anajure”. Continentino (2021) acrescenta que

em uma decisão cuja compatibilidade com a Lei nº 9882 seja discutível, não se respeitou o precedente (que é vinculante) da ADI 6341, da ADI 6343 e, sobretudo, o da ADPF 703, de cujo julgamento o referido relator participou e votou favoravelmente à falta de legitimidade processual da Anajure para propositura de ADPF. Em todas essas ações, as decisões são vinculantes, pois, como lembrou a ministra Cármen Lúcia ao final de seu voto na ADPF 811, por força da parte final do § 2º do artigo 102 da Constituição Federal, os demais órgãos do Poder Judiciário são a elas vinculados.

O segundo aspecto que afasta a legitimidade da Anajure é perceptível na própria decisão liminar. Há uma denunciada dificuldade de se contornar o precedente recém-firmado na ADPF nº 703/BA e por essa razão recorreu-se à suposta necessidade de *distinguishing* – o qual também não se justificava.

De início, não há divergência de premissas entre a ADPF nº 703/BA e a ADPF nº 701/MG. Rigorosamente analisadas, o que as diferencia é exclusivamente a dimensão dos atos normativos impugnados, sendo as petições iniciais praticamente idênticas em conteúdo.

Na ADPF nº 701/MG, os atos inquinados determinavam a proibição ou a suspensão temporária de atividades presenciais, inclusive religiosas. Por sua vez, na ADPF nº 703/BA, os atos instituíam o chamado *toque de recolher*, o que feriria, sustentou a associação jurídico-religiosa, o direito constitucional de ir e vir, além da liberdade de culto. Ressaltado o fato de que não havia circunstância fática nova tampouco jurídica que contornasse a ilegitimidade já declarada anteriormente, não se haveria de dá-la por superada em tão pouco tempo.

Também não houve divergência jurisprudencial quanto ao conceito e aos contornos da legitimidade das associações de classe, a autorizar que, na dúvida, se preferisse o processamento da ADPF, como constou da decisão monocrática. Conforme constatam Pereira e Arguelhes (2021), a jurisprudência do STF é pacífica quanto à ilegitimidade da Anajure nas ações de controle concentrado.

De modo semelhante, os argumentos que sustentaram a decisão monocrática – haveria de se prestigiar o acesso à justiça, a instrumentalidade do processo e a primazia do mérito – sugerem um comportamento ativista próximo do proselitismo, a ponto de incursionar no mérito da arguição ainda que ela não reunisse os requisitos legalmente exigidos para que fosse sequer conhecida. Quanto a esse ponto, conclui corretamente Abboud (2021) que “as justificativas para o *distinguishing* serviriam para superar quaisquer óbices processuais, em essencialmente qualquer processo”. Logo, “a se aplicar a primazia do mérito como praticado na referida decisão, o STF seria obrigado a examinar praticamente

todas as ADIns ou ADPFs propostas inclusive por particulares”.

Não fossem bastantes as demonstrações de que se cuidou nos parágrafos anteriores, a limitar parece confundir – intencionalmente ou não – conceitos básicos da jurisdição constitucional. Ao invocar uma possível correspondência entre os fins institucionais da Anajure e o mérito da ADPF nº 701/MG, a decisão apresenta, como fundamento confirmador da suposta legitimidade, um tema que diz respeito ao interesse processual: a pertinência temática².

Para desfazermos a confusão entre legitimidade e pertinência temática é importante considerarmos que a pertinência temática é requisito subjetivo que deve ser demonstrado/comprovado por alguns entes legitimados do art. 103 da Constituição com o liame entre as suas finalidades institucionais e o ato normativo questionado no caso concreto. No caso da legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional deve ser cumulado o requisito subjetivo com os objetivos consistentes em saber o que é “entidade de classe” e qual o âmbito territorial que as fazem ser classificadas como “nacionais” (BAHIA; SILVA; OLIVEIRA, 2021).

Por fim, ao rejeitar o caráter subsidiário da arguição e considerá-la apta para debelar os atos normativos impugnados, a decisão inaugura uma nova dificuldade. Nesse ponto, ao sustentar que “a heterogeneidade dos instrumentos normativos impugnados, bem como a sua profusão em todo o território nacional, sob as mais diferentes configurações” (BRASIL, 2021d, p. 7), tornaria a ADPF adequada para debelar a inconstitucionalidade, a decisão monocrática volta a tratar o mérito da controvérsia como suficientemente apto a superar praticamente

² Sobre o tema, ver Rodrigues e Gomes Junior (2021).

quaisquer vícios formais que impedissem o conhecimento da ação direta.

Segundo reconhecem Bahia, Silva e Oliveira (2021), “a análise da subsidiariedade não passa pela extensão da violação à Constituição, nem assim à quantidade de normas impugnadas, mas substancialmente se haverá ou não outros meios eficazes aptos a sanarem a lesividade”.

Por tudo o que se viu até aqui, a alegada necessidade de se distinguir o precedente firmado na ADPF nº 703/BA da decisão monocrática proferida na ADPF nº 701/MG não resiste a um olhar crítico, que observa o Direito pela lógica de integridade.

Ao recorrer a um argumento de *discrimen* para contornar um precedente firmado havia pouco na ADPF nº 703/BA, a decisão tomada na ADPF nº 701/MG faz com que sejam indagados e revistos os limites da atuação jurisdicional nesse caso emblemático.

4 Contornos processuais da ADPF 701: atuação jurisdicional e integridade

Quando se propôs analisar a decisão monocrática proferida na ADPF nº 701/MG, este estudo partiu do pressuposto teórico de que o STF, como guardião da Constituição, atua com uma coerência argumentativa que verdadeiramente possa espelhar os “princípios de justiça, equidade [e] devido processo legal”, e oferecer “a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 1999, p. 272).

Em boa medida, esse pressuposto explica a opção por não nos atermos à controvérsia em termos materiais ou axiológicos: ao reafirmar a necessariamente superada “jurisprudência de valores”, a decisão liminar proferida na ADPF nº 701/MG sujeita-se a desconsiderar direitos

fundamentais e a adotar argumentos de cunho político em detrimento de princípios (CRUZ, 2014).

Por isso, parece-nos que a questão se problematiza antes de chegar a essa análise, repousando na convicção pessoal do magistrado que, contrariando a si e às decisões que o vinculam, decide solitariamente um tema que a lei lhe impunha que submetesse à democrática deliberação do Plenário do STF. O problema, então, passa a alcançar também a legalidade dessa decisão.

Conforme o art. 5º, *caput*, e § 2º da Lei nº 9.882/1999 (BRASIL, [2001]), a competência primeira para conceder liminar em ADPFs é do Plenário do STF e, somente em casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave ou em caso de recesso, de maneira absolutamente excepcional, a lei faculta ao relator que decida o pedido liminar monocraticamente, submetendo sua decisão a referendo do Tribunal Pleno.

São contundentes e de fato legítimas as críticas de Pereira e Arguelhes (2021) à quebra da regra de excepcionalidade mencionada no parágrafo anterior e à apropriação indevida do poder de decidir pelo relator da ADPF nº 701/MG sem que houvesse justificativa para tanto. Se a liminar pendia de decisão havia quase um ano, onde está a extrema urgência ou o perigo de lesão grave que agora, subitamente, justificaria proferir uma decisão sem a observância da regra geral de apreciação pelo Plenário do STF?

A data da Páscoa já era conhecida. As novas medidas restritivas já vêm de semanas. Não havia surpresa ou novidade. O absoluto silêncio de Marques manufacturou urgência totalmente desnecessária. Romper esse silêncio de meses no sábado garantiu que a decisão produzisse efeitos antes de o colegiado apreciá-la. Um caso claro e extremo de decisão individual contra o poder do plenário – como usurpação, e não delegação, da autoridade do colegiado (PEREIRA; ARGUELHES, 2021).

Continentino (2021) faz apontamento semelhante:

A justificar o perigo da demora, o relator limitou-se a indicar dados estatísticos do IBGE: “Estamos em plena Semana Santa, a qual, aos cristãos de um modo geral, representa um momento de singular importância para as celebrações de suas crenças – vale ressaltar que, segundo o IBGE, mais de 80% dos brasileiros declararam-se cristãos no Censo de 2010”. Contudo, a Lei nº 9882/1999 somente autoriza o relator a conceder liminar *ad referendum* nos casos de extrema urgência, de perigo de lesão grave ou de recesso do tribunal, o que não nos parece ser a hipótese (embora da tenha-se receado o perigo da demora reverso).

Como afirmam Bahia e Silva (2021, p. 18), uma decisão judicial que se pretenda legítima num Estado Democrático de Direito “deve estar adequada e fundamentada em uma concepção de democracia que promova a dignidade, entendida como igualdade e liberdade”. Daí por que não se comunicam, em bases racionais, argumentos de pragmatismo político e de racionalidade crítica do Direito.

Nas palavras de Cruz (2014, p. 213), ao entender os princípios em sentido estrito como trunfos essenciais à democracia, “Dworkin não admite sua ponderação diante de argumentos de cunho político”. Logo, apenas os princípios jurídicos podem justificar decisões judiciais nos chamados *hard cases*.

Por sua vez, se é verdade que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, como preconiza o art. 926 do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, [2022b]), não há dúvidas de que esse dever de coerência se opõe frontalmente a oscilações jurisprudenciais sempre e quando assim parecer razoável, conveniente ou justificável. A antítese da integridade é a própria insegurança.

O direito visto como integridade supõe que a vinculação ao direito beneficia a sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual, ou em algum outro aspecto instrumental, mas por assegurarem, entre os cidadãos, um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce (JESUS, 2021, p. 36).

Dito de outro modo, se o objetivo da ADPF é “garantir e proteger a integridade do Direito” (OMMATI, 2020a, p. 309), o caso da ADPF nº 701/MG é um eloquente exemplo de mau uso das regras processuais para assegurar que tivesse lugar um discurso pessoal, partidarizado e avesso a refletir a previsibilidade esperada, que espelhasse o que fora decidido, por exemplo, na ADPF nº 703/BA.

Como afirma Dworkin (1999), a integridade pressupõe uma comunidade de princípios, uma comunidade que se enxerga como unida não em razão de um acidente de percurso ou apenas por um conjunto de regras convencionalmente estabelecidas. A comunidade de princípios funda uma coesão social mais profunda e genuína: nós fazemos parte de uma mesma comunidade, porque partilhamos um projeto político comum baseado na ideia de que o Estado deve tratar a todos com igual respeito e consideração.³

Assim, a integridade está baseada em dois princípios ou dois momentos interdependentes e relacionados: a integridade na legislação e a integridade na aplicação (DWORKIN, 1999).

A integridade na legislação exige que o Direito seja visto e compreendido como tendo sido produzido por um único autor: a comunidade personificada. Aqui nos parece que Dworkin trabalha com a ideia de soberania popular: é toda a comunidade política

³ Sobre o tema, ver Dworkin (1999) e Ommati (2020a).

que democraticamente produz e se vincula ao Direito produzido (DWORKIN, 1999; OMMATI, 2020a).

Por sua vez, a integridade na aplicação, tão fundamental e necessária quanto a integridade na legislação, exige que o juiz – ao compreender, interpretar e aplicar o Direito democraticamente produzido – considere o corpo normativo como algo íntegro e coerente (DWORKIN, 1999).

Para que se observe a integridade na aplicação do Direito, os juízes devem compreender o fenômeno jurídico como uma história a ser contada e produzida a várias mãos, o que Dworkin (2000) denomina *romance em cadeia*.

A exigência do romance em cadeia ocorre na medida em que os juízes – ao interpretar, compreender e aplicar o Direito – estão submetidos ao império do Direito, à soberania popular, à integridade na legislação e têm como função dar continuidade a uma história já iniciada. Não podem, pois, começar uma nova história. Por isso, para o autor norte-americano, a interpretação jurídica é semelhante a um estranho exercício literário, à escrita de um romance a várias mãos. Assim, cada momento histórico, cada composição do STF deve voltar ao passado para tentar compreender como o Direito foi sendo desenvolvido e, com base nisso, buscar entender de que modo a decisão atual melhor apreende, interpreta e aplica não apenas o que foi produzido no passado mas também o momento histórico atual. Além disso, os magistrados, sobretudo os do STF, devem também imaginar as consequências práticas da decisão atual em termos de acréscimo e melhoria dos princípios da igualdade e liberdade. O consequencialismo da integridade está voltado para a igualdade, a virtude soberana de uma comunidade democrática (DWORKIN, 2000, 2005, 2010).

A atuação respeitosa da integridade e do próprio sistema jurídico brasileiro exigiria do ministro relator a suspensão de suas pré-compreensões⁴ e o diálogo com a própria história institucional do nosso Direito e do STF. Com isso, o relator teria percebido que diferença alguma havia que justificasse um *distinguishing* entre as ADPFs nºs 701/MG e 703/BA – esta última obteve inclusive votação por unanimidade para reconhecer a ilegitimidade ativa da Anajure.

Com maior razão, se houvesse genuinamente o entendimento de que a matéria transcendia os limites do entendimento firmado naquele precedente, o da ADPF nº 703/BA, a integridade do Direito e a própria

⁴Segundo a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, para produzir uma compreensão, interpretação e aplicação corretas do texto, o intérprete deve realizar a suspensão das suas pré-compreensões para dialogar com elas e perceber se elas se confirmam ou não em face da tradição, cujo fragmento é representado pelo próprio texto. Para mais detalhes, ver Gadamer (2003).

legislação regulamentadora do procedimento da ADPF (Lei nº 9.882/1999) exigiriam a submissão do tema, com a urgência legalmente pressuposta, ao Plenário do STF, sem que se decidisse sobre a matéria monocraticamente.

Por essa razão, adotamos pensamento mais rígido que o sustentado por Pereira e Arguelhes (2021), que questionam: “se a chance de confirmação é baixa, como falar em plausibilidade jurídica do pedido?”. Paramos antes.

Não se há de falar em plausibilidade jurídica do pedido – que vai ao encontro de um juízo de valoração absolutamente subjetivo quanto ao mérito da pretensão –, se não se cogita nem mesmo de possibilidade jurídica de a ADPF ser processada, uma vez que não parece vencer a barreira da legitimidade. Além disso, a pergunta retórica dos autores está baseada em um raciocínio consequencialista de todo incompatível com um sistema jurídico democrático, que deve compreender o Direito como um conjunto íntegro e coerente de princípios.⁵

O que sucede à superação da latente impossibilidade de se conhecer da ADPF faz com que se demonstre a absoluta insustentabilidade jurídica da decisão proferida pelo ministro relator na liminar.

5 Considerações finais

A gestão da pandemia do novo coronavírus trouxe desafios inéditos à Administração Pública da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, e pôs em xeque direitos fundamentais que, embora pertencentes

⁵ Mais uma vez, deixamos claro que o consequencialismo defendido por Dworkin se baseia na igualdade e não em argumentos políticos, econômicos ou de moralidade individual. Sobre o tema, ver Dworkin (2010). No mesmo sentido, ver Ommati e Pedron (2018).

à mesma estrutura normativa, pareciam até então não dialogar.

Em sentido semelhante, o Poder Judiciário tem sido provocado para responder a temas que impõem a reafirmação dos valores e dos princípios que formam uma estrutura de racionalidade do Direito e da atuação jurisdicional, e lhe conferem integridade.

O caso da ADPF nº 701/MG, cuja decisão liminar revisitamos neste estudo, é um exemplo simbólico de como a integridade do Direito se compromete quando a segurança jurídica – e a previsibilidade que lhe é inerente – dá lugar a uma tendência decisória fundada em valores subjetivos e pessoais do julgador, que não revelam o propósito de espelhar a compreensão, interpretação e aplicação do sistema jurídico lido à sua melhor luz e de traduzir os valores democráticos e de dignidade da pessoa humana.

Em contextos excepcionais, como o da pandemia da Covid-19, o dever de coerência argumentativa dos tribunais assume relevância ainda maior, e o compromisso com a estabilidade das relações deve ser a tônica do agir judicial. Por isso, a democratização do espaço decisório, com a afetação da discussão aos órgãos colegiados, possibilita que distorções sejam evitadas e se mantenha a coerência na atuação do Poder Judiciário, sobretudo em temas sensíveis, que podem comprometer as medidas de saúde pública adotadas localmente.

Como procuramos demonstrar, por toda a complexidade que envolve a gestão da pandemia do novo coronavírus, que reiteradamente tem sido objeto de judicialização, é fundamental que o Poder Judiciário se reafirme como membro do pacto pelo cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil previstos pelo art. 3º da CRFB e se comprometa com a realização da promoção do bem geral e a construção de uma sociedade fundada na

justiça e na solidariedade, com uma aplicação íntegra e coerente que consiga ler à sua melhor luz o princípio da igualdade, que já pressupõe o da liberdade, compreendido como a virtude soberana de uma comunidade democrática.

Sobre os autores

João Paulo Souza Rodrigues é mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Itaúna, Itaúna, MG, Brasil; especialista em Compliance e Integridade Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera, Divinópolis, MG, Brasil; professor da graduação em Direito da Faculdade Pitágoras de Divinópolis, Divinópolis, MG, Brasil; advogado.
E-mail: jpsrodrigues@outlook.com.br

José Emílio Medauar Ommati é doutor e mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Serro, MG, Brasil; professor do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Universidade de Itaúna, Itaúna, MG, Brasil.
E-mail: emilioommati@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

RODRIGUES, João Paulo Souza; OMMATI, José Emílio Medauar. Racionalidade e integridade do Direito: proselitismo jurisdicional e a ADPF 701. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 238, p. 107-121, abr./jun. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p107

(APA)

Rodrigues, J. P. S., & Ommati, J. E. M. (2023). Racionalidade e integridade do Direito: proselitismo jurisdicional e a ADPF 701. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(238), 107-121. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p107

Referências

ABBOUD, Georges. Os cinco equívocos da decisão que permitiu cultos presenciais na Páscoa. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 7 abr. 2021. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-07/abboud-equivocos-decisao-permitiu-cultos-presenciais>. Acesso em: 13 dez. 2022.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS. [Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701/MG]. Brasília, DF: Anajure, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=%20TP&docID=753070074&prcID=5944043>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A ADPF 701 como um caso emblemático de jurisprudência neoliberal. *Empório do Direito*, São Paulo, 7 abr. 2021. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-adpf-701-como-um-caso-emblematico-de-jurisprudencia-neoliberal>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. Supremo Tribunal Federal, devido processo legislativo e a teoria do direito como integridade: em busca da promoção dos valores democráticos. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Ed., 2021. p. 1-32. (Coleção Teoria Crítica do Direito, v. 2).

BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 164-196, 2018. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2018.29775>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/29775>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.230/RJ. Agravo regimental – Ação direta de inconstitucionalidade – Associação Nacional de Cidadania (Aspim) – Ilegitimidade ativa – Entidade de classe de âmbito nacional – Não caracterização [...]. Agravante: Associação Nacional de Cidadania – Aspim. Agravados: Câmara Municipal do Rio de Janeiro; Prefeito do Município do Rio de Janeiro. Relator: Min. Dias Toffoli, 1º de agosto de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 176, p. 21, 14 set. 2011. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20110913_176.pdf. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.294/SP*. Direito constitucional. Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa, art. 103, IX, da Constituição da República. Entidade de classe de âmbito nacional [...]. Agravante: Conselho Interdenominacional de Ministros Evangélicos do Brasil – Cimeb. Agravados: Governador do Estado de São Paulo; Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux, 1º de julho de 2016a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310227854&ext=.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.722/DF*. Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. Confederação sindical. Pertinência temática. Ausência. Ilegitimidade ativa [...]. Agravante: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM. Agravado: Estado de Pernambuco. Relator: Min. Dias Toffoli, 2 de dezembro de 2016b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311210877&ext=.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.320/PR*. Controle normativo abstrato – Entidade de classe que

representa fração de categoria funcional – Ausência de legitimidade ativa “ad causam” – Hipótese de incognoscibilidade [...]. Agravante: Associação Brasileira de Criminalística – ABC. Agravados: Governador do Estado do Paraná; Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Min. Celso de Mello, 25 de novembro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308320445&text=.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 703/BA*. Agravo regimental em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Decretos municipais. Medidas de recolhimento noturno relacionadas à Covid-19. Ilegitimidade ativa [...]. Agravante: Associação Nacional de Juristas Evangélicos – Anajure. Interessados: Prefeita do Município de Capim Grosso e outros. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 17 de fevereiro de 2021a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755138964>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701/MG*. Requerente: Associação Nacional de Juristas Evangélicos – Anajure. Interessados: Governador do Estado do Piauí e outros. Relator: Min. Nunes Marques, 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5944043>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 811/SP*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Art. 2º, II, “a”, do Decreto n. 65.563, de 12.3.2021, do Estado de São Paulo. Medidas emergenciais de combate à pandemia da Covid-19 [...]. Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Interessado: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 8 de abril de 2021c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756267154>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *[Medida Cautelar na] Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701/MG*. Proibição da realização de cultos religiosos presenciais. Extrapolação de poderes incompatível com a ordem constitucional vigente. Liberdade de consciência e de crença [...]. Requerente: Associação Nacional de Juristas Evangélicos – Anajure. Interessados: Governador do Estado do Piauí e outros. Relator: Min. Nunes Marques, 3 de abril de 2021d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346073545&text=.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Por um ‘pouco de sossego jurídico’: (des)caminhos do STF na ADPF 811. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 10 abr. 2021. Observatório Constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/observatorio-constitucional-sossego-juridico-descaminhos-stf-adpf-811>. Acesso em: 13 dez. 2022.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução por Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução por Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e Direito).

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica de Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Ensino Superior).

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Justiça e Direito).

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. v. 1. (Coleção Pensamento Humano).

JESUS, Alex Sander Silva de. Ronald Dworkin e os precedentes judiciais: o ganho hermenêutico no direito como completude. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Ed., 2021. p. 33-63. (Coleção Teoria Crítica do Direito, v. 2).

OMMATI, José Emílio Medauar; PEDRON, Flávio Quinaud. A teoria jurídica de Ronald Dworkin como expressão de uma teoria pragmática do direito. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, RS, v. 13, n. 31, p. 191-223, set./dez. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i31.2879>. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2879>. Acesso em: 13 dez. 2022.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 9. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Conhecimento Ed., 2020a.

_____. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Conhecimento Ed., 2020b.

PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck. A liberação de cultos por Nunes Marques, uma das piores decisões da história do STF. *JOTA*, São Paulo, 5 abr. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/a-liberacao-de-cultos-por-nunes-marques-uma-das-piores-decisoes-da-historia-do-stf-05042021>. Acesso em: 13 dez. 2022.

RODRIGUES, João Paulo Souza; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Verba cum effectu sunt accipienda* (a lei não contém palavras inúteis): então é preciso superar a pertinência temática no processo objetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 315, p. 281-309, maio 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. [*Coronavirus disease (Covid-19) situation dashboard*]. [S. l.]: WHO, 2022. Disponível em: <https://covid19.who.int/region/amro/country/br>. Acesso em: 13 dez. 2022.

Democracia, direitos humanos e cultura política de esquerda no Brasil

Um diálogo com Luciano Oliveira

EMMANUEL PEDRO RIBEIRO

Resumo: O presente artigo estabelece um diálogo com a obra de Luciano Oliveira, pondo em evidência o instante em que o pensamento político de esquerda no Brasil se abriu aos valores democráticos e passou a falar a linguagem dos direitos humanos. Inicialmente são fixados os procedimentos metodológicos e, em seguida, explicitadas as condições históricas que possibilitaram a emergência de uma nova cultura política de esquerda no Brasil. Na terceira e quarta seções, discute-se a mudança de sensibilidade e de mentalidade que constituiu a “nova esquerda”. Na quinta seção, aborda-se a proibição da tortura como um dos traços fundamentais nas sociedades modernas e, na sexta, a democracia e os direitos humanos como elementos constitutivos dessa nova sensibilidade. Por fim, discute-se o conceito de *trauma* e propõe-se uma caracterização do contemporâneo na obra de Luciano Oliveira.

Palavras-chave: democracia; direitos humanos; cultura política de esquerda no Brasil; Luciano Oliveira.

Democracy, Human Rights and Left political culture in Brazil: a dialogue with Luciano Oliveira

Abstract: This paper aimed at establishing a dialogue with the work of Luciano Oliveira and highlighted the moment in which Left political thought in Brazil opened itself to democratic values and began to speak the language of human rights. First, the methodological procedures were established. Second, the historical conditions that made possible the emergence of a new political culture of the Left in Brazil were explained. Third, a discussion about the change in sensibility that constituted the “new Left”. Fourth, a change in mindset considered “irreversible”. Fifth, the question of torture as one of the fundamental prohibitions in modern

Recebido em 11/10/22
Aprovado em 7/3/23

societies. Sixth, democracy and human rights as constitutive elements of this new sensibility. Finally, the issue of *trauma* and a characterization of the Contemporary in the work of Luciano Oliveira.

Keywords: democracy; human rights; Left political culture in Brazil; Luciano Oliveira.

1 Introdução

Começamos este texto – e esperamos contar com a tolerância e a atenção do leitor – com uma citação longa, mas muito elucidativa do que virá a seguir:

As raízes deste trabalho remontam ao ano de 1976. Era o fim da tarde de uma sexta-feira e nós tínhamos um encontro marcado no bar. “Nós” era um grupo de amigos que freqüentavam a Faculdade de Direito de Sergipe, bebiam cerveja e liam Politzer. Naturalmente éramos todos de esquerda e fazíamos oposição ao regime militar que, nessa época, já começava a se desagregar. Não éramos propriamente heróis e a crônica de nossas ações não comporta nenhuma epopéia. [...] Alguns de nós, mais ousados, já tinham pichado nos muros da cidade um desses “Abaixo a Ditadura!” que surgiam durante a noite e que de manhã eram rapidamente apagados pelos funcionários municipais. Outros tinham ligações com o clandestino PCB. Corria mesmo a boca pequena que um próximo da turma já havia feito um curso de marxismo-leninismo em Moscou... Mas era tudo. De repente, a má notícia explodiu no bar: um dos colegas com quem tínhamos encontro havia sido preso! A menos de 40 metros do local onde estávamos, um policial tinha-o “convidado” a segui-lo até uma delegacia, alegando uma história de cheque sem fundos. [...] Logo compreendemos o que estava se passando, tanto mais que, nas horas seguintes, tomamos conhecimento de que outras pessoas do nosso meio [...] tinham também recebido o mesmo “convite” [...]. No total, essa incursão dos “serviços especiais” do regime militar numa pacata cidade do nordeste brasileiro – Aracaju – seqüestrou cerca de 50 pessoas. Durante o longo, longuíssimo fim de semana que se seguiu, *todos* foram torturados. Quando reapareceram, tinham os cabelos cortados no estilo recruta, os barbudos tinham perdido a barba e, detalhe sinistro, *todos* tinham um pequeno ferimento na concavidade do alto do nariz, entre as sobrancelhas, seqüela de uma máscara de borracha que lhes tinha sido aplicada nos olhos desde o instante da prisão e que eles foram obrigados a usar ininterruptamente durante o “interrogatório” que durou todo o fim de semana. [...] Creio que este trabalho remonta a esses anos porque, desde então, nunca deixei de pensar nesses acontecimentos. Não apenas enquanto ser humano mas também enquanto pesquisador [...]. De qualquer forma,

fica claro que o lugar de onde falo é aquele dos direitos humanos. Mas esse novo engajamento não anula – ao contrário, enriquece – minhas antigas convicções (OLIVEIRA, 1995, p. 19-21, grifos do autor).

Esse testemunho revela as marcas profundas de uma experiência de sofrimento, de um trauma – a um só tempo, individual e coletivo –, que, emergindo continuamente como memória ao longo de anos, foi transformado pelo autor em objeto de pesquisa, em dissertação acadêmica e, posteriormente, em livro. Foi sobre esse livro e outras publicações de Luciano Oliveira que o autor deste artigo se debruçou para tratar das condições históricas que possibilitaram a emergência de uma nova cultura política de esquerda, que passou a falar a linguagem dos direitos humanos e a assumir a democracia como condição para atingir o objetivo que permanecia no horizonte – o socialismo (OLIVEIRA, 1992, p. 150-151).

A respeito dessa questão, Oliveira aponta que procurou traçar o percurso do pensamento político da esquerda brasileira do início dos anos de 1960, momento em que se confrontou com a ditadura, ao fim dos anos de 1980. Para ele, duas expressões podem traduzi-lo: “Revolução no ponto de partida, Democracia no ponto de chegada” (OLIVEIRA, 1992, p. 150, 1995, p. 21). Oliveira (1992, p. 151, 1995, p. 21) procurou colocar-se na brecha que caracterizou a cisão por ele identificada na cultura política de esquerda, para mostrar a “mudança de sensibilidade que se operou ao longo do caminho”.

Para Oliveira (1992, p. 153, 1995, p. 21, grifo do autor), a mudança de sensibilidade está relacionada à “descoberta literalmente *dolorosa* da questão dos direitos humanos”, e essa dimensão “subjetiva” do seu trabalho não diz respeito apenas a sua “sensibilidade pessoal”, traumatizada com a tortura imposta “a alguns amigos”, mas à sensibilidade de uma “subjetividade no plural, *vivida* por dezenas de militantes para quem o problema dos direitos humanos tornou-se uma questão teórica importante” (OLIVEIRA, 1995, p. 21, grifo do autor).

Para o autor, esse viés subjetivo atravessou, metodologicamente, o seu trabalho na medida em que buscou “prioritariamente nesse próprio *vivido* as razões que desencadearam essa mudança de perspectiva” (OLIVEIRA, 1995, p. 21, grifo do autor). Importa salientar, portanto, que a originalidade da sua *démarche* pode ser percebida quando afirma que “o lugar de honra foi como que atribuído a um fator tão pouco sociológico que sequer ousou escrevê-lo sem a proteção de duas aspas: ‘a experiência do sofrimento’” (OLIVEIRA, 1995, p. 21).

Observa-se que Oliveira (1992, p. 151) pôs em questão a hipótese central do seu trabalho, mostrando que ela pode ser sociologicamente ingênua e até politicamente menos astuta do que tantas outras, mas foi esse o problema que trabalhou de modo exaustivo, pois, apesar de reconhecido

por outros que já refletiram sobre o tema, foi pouco explorado. Assim, procurou “captar o sofrimento desses torturados em sua irredutibilidade e fazer dele o fator explicativo dotado do mesmo direito de cidadania na pólis sociológica como qualquer outro” (OLIVEIRA, 1995, p. 21).

O que quis fazer foi apenas colocar em evidência um fator que, na minha opinião, não tinha recebido o destaque que merece nas análises existentes sobre a mudança na cultura política de esquerda que se operou no Brasil ao longo das últimas duas décadas. Aqui, mas também na América Latina de um modo geral (OLIVEIRA, 1995, p. 21).

O autor está convencido de que os acontecimentos por ele narrados afetaram de tal modo o pensamento político de esquerda na América Latina, que este não saiu incólume. Para Oliveira (1992, p. 151, 1995, p. 23), “os direitos humanos ditos ‘burgueses’, a ética enquanto simples ‘fumaça superestrutural’, todos esses julgamentos foram revisados”. O que explicaria essa mudança parece basear-se num sentimento ético que “tem suas raízes plantadas num sofrimento inscrito na própria carne de um corpo torturado” (OLIVEIRA, 1995, p. 22).

O autor afirma a fragilidade de sua construção em face da razão sociológica tradicional – que “adota como um dos postulados explicativos mais fundamentais a exterioridade dos fatores em relação aos atores, e isso independentemente da própria coloração ideológica daquele que a exerce” (OLIVEIRA, 1995, p. 21) –, mas ousa enfrentar a questão sob outra perspectiva, quando assim se pronuncia: “só que, no caso específico do meu objeto de estudo, parecia-me estar diante de experiências que repousavam, por assim dizer, numa instância interior e independente dessas determinações” (OLIVEIRA, 1995, p. 22).

Para Oliveira (1995, p. 22, grifo do autor), é da natureza da sociologia investigar as determinações sociais que explicam por que se age de certa maneira ou de outra, partindo de postulados explicativos (“da ‘infra-estrutura’ em Marx, do ‘fato social’ em Durkheim, ou mesmo da ‘sociedade disciplinar’ em Foucault”), ou seja, “a explicação para esse ou aquele comportamento repousa sempre numa instância *externa* ao sujeito da ação”. Usar conceitos como grupo, classe, função, sistema, modo de produção para explicar os comportamentos dos atores sociais significa submetê-los ao crivo da razão sociológica *externalista*.

Entretanto, Oliveira (1995, p. 21) insiste que lhe parecia estar diante de experiências apoiadas numa instância interna e independente das determinações sociais. E questiona-se: “seria a instância da ética?” Uma resposta afirmativa a essa pergunta o exporia “à crítica da razão sociológica externalista, para quem os sentimentos éticos [...] devem ser explicados por fatores sociais” (OLIVEIRA, 1995, p. 21). Ao pensar

que esse sentimento ético emergia de um sofrimento inscrito na própria carne de um corpo torturado, via-se diante do risco de exposição à crítica, mas era continuamente interpelado sobre as possibilidades explicativas das categorias sociológicas tradicionais.

Nas palavras do autor: “foi pensando nessa questão que decidi correr o risco de assumir a minha hipótese sobre a experiência do sofrimento como variável independente” (OLIVEIRA, 1995, p. 21). Contudo, ao expor a singularidade da sua hipótese de trabalho, Oliveira adverte que não tinha a pretensão de ampliá-la ou torná-la aplicável a todo e qualquer objeto, em qualquer espaço ou tempo, em razão do reconhecimento dos seus limites e possibilidades. Tudo indica que a originalidade do seu trabalho consiste em assumir essa perspectiva de análise. Desse modo, observa-se que não sem motivo Lefort (1995, p. 7) afirmou, no prefácio que fez a uma de suas obras fundamentais: “pareceu-me valer a pena sublinhar a originalidade de sua *démarche*, a amplitude de sua investigação sociológica, histórica e filosófica, e, sobretudo, o alcance das questões que ele levanta”, o que reforça o argumento deste artigo acerca do ineditismo do trabalho de Oliveira.

Para Lefort (1995, p. 7), as questões levantadas

dizem respeito não apenas ao leitor brasileiro ou latino-americano mas também, em muitos aspectos, a todos aqueles que foram vítimas de um poder totalitário e, enfim, até mesmo àqueles que têm o privilégio de viver em países que gozam de uma longa tradição democrática e que acreditam já saber demais o que são os Direitos do Homem.

Observa-se um fio condutor no pensamento de Oliveira: o tema dos direitos humanos. É ele que confere unidade às investigações

teóricas e empíricas que até o momento realizou, seja como filósofo político, seja como sociólogo do Direito.

Para analisar a mudança que se operou no pensamento político de esquerda no Brasil, Oliveira (1995, p. 121-122) faz uso do conceito de democracia de Claude Lefort “por razões que relevam tanto de uma escolha subjetiva quanto de uma observação objetiva – [...] a eclosão no Brasil dos movimentos de defesa dos direitos humanos [...] pode ser percebida como um bom exemplo da visão lefortiana sobre a democracia”. Como se vê, Oliveira aponta que, no âmbito dos seus trabalhos, o sentido atribuído ao conceito de democracia é o elaborado por Claude Lefort em seus estudos sobre o fenômeno democrático.

2 Contexto de emergência de uma nova cultura política de esquerda no Brasil

O interesse de Oliveira em reconstituir a evolução da esquerda brasileira – a partir do momento em que ela se confrontou com a ditadura, conferindo relevância a alguns pontos que caracterizaram a cultura revolucionária dos anos de 1960 – justifica-se, da sua perspectiva, pelo que ocorreu em 1964 e sobretudo pelo que se passou a partir de 1968.

Os acontecimentos que precipitaram a emergência do regime militar no Brasil em 31/3/1964 e o agravamento das violações dos direitos humanos a partir de 1968 levaram à mudança na cultura política de esquerda. A disputa do projeto revolucionário no interior da própria esquerda evidenciou a diferença entre os grupos que defendiam o “pacifismo” e os que rejeitavam o “etapismo” e abraçaram a ideologia revolucionária como método para atingir o objetivo: o socialismo. Nesse contexto,

emergiu uma cultura política democrática no interior da esquerda brasileira (OLIVEIRA, 1995, p. 27). Como diz Oliveira (1995, p. 31),

[o] período que vai de 31 de março de 1964 a 13 de dezembro de 1968 pode ser definido como uma corrida em direção ao desastre. O golpe militar teve por efeito imediato reforçar a corrente partidária da luta armada. Não era ele a prova cabal de que a via das reformas pacíficas era um logro? Além do mais, os excessos de violência das forças de repressão, nos dias que se seguiram ao golpe, só fez aumentar a cólera dos esquerdistas ou meros simpatizantes.

Entre 1964 e 1979, a partir das dissidências com o PCB, os grupos clandestinos multiplicaram-se, chegando à marca de quase cinquenta (OLIVEIRA, 1992, p. 152). Esse período de 15 anos foi dividido em “primeiro tempo” e “segundo tempo”, para salientar que a ditadura pura e dura foi instaurada a partir da edição do Ato Institucional (AI) nº 5, de 13/12/1968, que estabeleceu como objetivo da nação a “segurança nacional” e, como método nunca pronunciado, a “guerra suja”.

Guerra estranha, a “guerra suja”. Os oficiais que, nos porões do DOI-CODI, a ganharam, não emergiram das sombras aureolados de glória nem tiveram direito a estátuas erigidas em praça pública, pois o principal método empregado nesse tipo de guerra, a tortura, cobre de vergonha aquele que o emprega [...]. Desde o início o regime apresentou um aspecto novo e inquietante: enquanto que sob a ditadura de Vargas os torturadores eram agentes da polícia comum, dessa vez eram as próprias forças armadas que estavam diretamente engajadas nessas práticas [...]. Em 1964, ao contrário, elas se encontravam à frente da repressão, contudo, claro, com o concurso de policiais acostumados a esse ofício (OLIVEIRA, 1995, p. 38-40).

A divisão temporal mencionada marcou o agigantamento do aparato repressivo do Estado instalado a partir do AI nº 5, sua organização

e amplitude em todo território nacional, seus poderes exorbitantes sem precedentes na história brasileira e a tomada final do poder pela extrema-direita (OLIVEIRA, 1992, p. 153, 1994, p. 18-20). Por outro lado, as violações sistemáticas dos direitos humanos e o emprego da tortura como instrumento regular de investigação incidiram sobre as classes médias numa proporção sem igual: mais da metade das pessoas presas a partir de 1969 eram estudantes e profissionais com título universitário. “O que de novo ocorre a partir de 1964, mas sobretudo a partir do AI5, é que a tortura passa a atingir segmentos sociais antes protegidos por certas imunidades: estudantes, políticos, advogados, jornalistas, intelectuais etc.” (OLIVEIRA, 1994, p. 18). Ademais, reapareceram os “suicidados” e os “desaparecidos”, assinalando que, se não foi inteiramente original, a ditadura militar de 1964 foi exímia na prática de fazer desaparecer e no número de mortos. Isso se mostrou

mais do que suficiente para mergulhar a sociedade brasileira, sobretudo as elites políticas e intelectuais, num estado de medo permanente. Num regime em que qualquer cidadão está sujeito a desaparecer de um dia para o outro sem deixar nenhum traço de sua passagem sobre a terra, todo mundo está em perigo (OLIVEIRA, 1995, p. 43-44).

Indaga-se: não obstante esse estado de coisas e o mergulho profundo na “guerra suja”, até 1974 o silêncio sobre o tema dos direitos humanos nos escritos da esquerda brasileira poderia ser compreendido em razão do descrédito que a cultura política de esquerda tinha em relação ao direito e à democracia? Possivelmente. Interessa notar o levantamento feito por Oliveira (1994, p. 152, 1995, p. 46-47) sobre essa questão:

Peguemos por exemplo um volumoso livro publicado no Brasil nos anos 80, *Imagens da Revolução*, no qual seus autores juntaram

vários documentos (manifestos, programas, análises) das organizações de esquerda surgidas no Brasil entre 1961 e 1971. [...] [E]m suas 350 páginas [...] não se encontra uma vez sequer a expressão “direitos do homem” [...]. Mesmo nas passagens onde são denunciadas as atrocidades cometidas pelo regime contra os prisioneiros políticos, esses atos criminosos não são percebidos – em todo caso não são denunciados – como violações dos direitos humanos. Seria isso devido à pecha de “burgueses” com que a cultura política de esquerda – Marx em primeiro lugar – os teria qualificado?

Essa passagem parece revelar o desprezo da cultura política de esquerda no Brasil pelos direitos humanos, ao menos até 1974. Contudo, duas vezes faziam-se ouvir quando se falava dos direitos humanos e das suas violações sob a ditadura militar: a Igreja Católica e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Eis que, inesperadamente, a linguagem dos direitos humanos sai da circunscrição dos bispos e dos advogados, passa a fazer parte do vocabulário dos militantes de esquerda e impõe-se como força mobilizadora com o movimento de defesa dos direitos humanos (OLIVEIRA, 1994, p. 21, 2010, p. 105). A essa altura, a OAB já se posicionara como instituição de combate e defesa desses direitos sob o que passou a ser denominado “regime de exceção” (OLIVEIRA, 1995, p. 49).

Deve-se registrar que até 1979 a defesa dos direitos humanos no Brasil significava a defesa dos prisioneiros políticos. Com o advento da Lei nº 6.683, de 28/8/1979, a chamada *Lei da Anistia*, os exilados puderam retornar ao País, e os presos políticos pouco a pouco saíram da prisão. Nos anos de 1980, o movimento de defesa dos direitos humanos cresceu, multiplicando seus temas e mobilizando militantes. Segundo Oliveira (1995, p. 55, 1994, p. 22, 2010, p. 106), muitos dos ex-exilados e dos anistiados

se voltam para os chamados prisioneiros “comuns”, para outros encarcerados

provenientes das classes populares: loucos, menores etc. [...] para a promoção e reivindicação dos direitos sócio-econômicos das classes populares [...] incorporando o tema dos direitos humanos à linguagem dos novos movimentos sociais [...]. [A]lguns grupos singularizados por sua identidade étnica (negros e índios) ou comportamental (homossexuais, por exemplo), ou sua situação desvantajosa, como é o caso das mulheres, começam a falar a linguagem dos direitos humanos.

No entanto, é necessário diferenciar as vozes que falavam a linguagem dos direitos humanos: a Igreja Católica, a OAB e os militantes de esquerda. Deve-se também registrar o nascimento do Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH) em 1986, cujos documentos fundacionais fixaram seus objetivos e revelaram sua vocação preferencial sob as rubricas “Terra”, “Trabalho” e “Violência” (nessa ordem), temas que aproximaram o MNDH das direções assumidas pelos grupos que gravitavam em torno da Igreja Católica (OLIVEIRA, 1995, p. 56). Por sua vez, a OAB e as suas comissões não apresentavam programas tão amplos, apesar de reivindicarem uma “sociedade mais justa”. A diferença é que a sociedade mais justa desejada pela OAB, instituição vinculada aos princípios liberais, não era a sociedade sem classes desejada pelo MNDH (OLIVEIRA, 1995, p. 57-59). Ao estabelecer essas distinções, Oliveira (1995, p. 55) expressa a seguinte preocupação: “Na primeira metade dos anos 80 assiste-se a uma tal proliferação do tema dos direitos humanos, invocados a propósito de um tal número de causas, que o próprio conceito de direitos humanos corre o risco de diluição próprio a qualquer moda”.

Todavia, essa questão não era tão ameaçadora quanto a que apontou no fim dos anos 1980 e início da década de 1990, quando os grupos de defesa dos direitos humanos perceberam que, ao voltar-se para a defesa dos presos “comuns”, a própria noção de direitos humanos começou a ser desvalorizada pela opinião pública, e esses

grupos passaram a sofrer a incômoda acusação de “defensores de bandidos”. “E os direitos humanos da vítima? A questão é tão seguidamente colocada que não parece exagerado dizer que estamos diante de uma verdadeira campanha” (OLIVEIRA, 1995, p. 64, 1994, p. 23, 2000, p. 14).

Na história da polícia brasileira, chamava a atenção, por um lado, a regularidade das práticas de torturas, castigos físicos e execuções sumárias impostas aos delinquentes, ou supostos delinquentes, provenientes das classes populares (OLIVEIRA, 1994, p. 23). Por outro lado, era estarrecedora a constatação de que essas práticas contavam com o apoio da opinião pública e dos setores menos favorecidos da população, exatamente aqueles que se supunha interessados em uma política de segurança que respeitasse os direitos humanos (OLIVEIRA, 1994, p. 23-25, 1995, p. 63-65).

Potencialmente “torturáveis” e “elimináveis”, e, portanto, teoricamente os mais interessados numa polícia respeitadora dos direitos humanos, os segmentos mais pobres [...] são eles que, por sua frágil posição social, mais estão expostos à ação da criminalidade violenta que hoje assola os grandes centros urbanos do país. Este é um fator que não deve ser desconsiderado: o desdém popular contra os direitos humanos, se, de um lado, se inscreve na linha de continuidade que existe da sociedade brasileira escravagista até os nossos dias, de outro, é reforçado pelo crescimento exponencial da violência nos últimos anos (OLIVEIRA, 1994, p. 25-26).

Encerramos esta seção com a reflexão de Lefort (1995, p. 9-10) sobre as questões apontadas:

O que resulta dessa dupla incursão no passado e na atualidade? Uma dúvida profunda a respeito das chances de assimilação – ousaria

dizer, de interiorização – da noção de direitos humanos pelo conjunto da sociedade. Assim, o pensamento do autor nos conduz a duas direções diferentes: ao mesmo tempo que indica a mudança de mentalidade que aconteceu na Esquerda – uma mudança irreversível – ela mostra a fratura que existe entre essa Esquerda e, de um lado, a autoridade política que não pode ou não quer tornar-se o garantidor do direito; e, de outro, de modo mais profundo, uma massa de pessoas tão acostumada às desigualdades que se recusam a aceitar a imagem do outro como semelhante. É contra o pano de fundo dessas considerações que aparece em todo seu valor a reflexão sobre os direitos do homem.

3 Mudança irreversível: uma nova sensibilidade

Oliveira (1995) observa que, ao longo dos anos 1970, na América Latina e também na Europa despontou uma nova sensibilidade no pensamento de esquerda quanto aos direitos humanos, o que, segundo o autor, apontava uma mudança na cultura política. Se nos países democráticos da Europa essa questão surgiu como reação aos regimes totalitários comunistas, na América Latina relacionava-se à utopia de esquerda e nasceu como reação às ditaduras de direita. A defesa do “ocidente democrático” constituiu a semelhança. Importa notar que, na América Latina, a passagem da indiferença ao ativismo militante não foi uma adesão superficial ou mesmo estratégica por parte da esquerda, mas uma mudança operada no registro do próprio saber.

Uma certa e inevitável ambigüidade afeta dessa forma o MNDH: de um lado, a luta por uma sociedade igualitária, o que o liga à perspectiva socialista; de outro, a defesa igualmente intransigente da “pluralidade de opiniões” (expressão que se encontra na sua “Carta de Princípios”), o que o liga de

preferência à tradição liberal. O MNDH é socialista, mas toma distância em relação ao modelo leninista de conduzir as massas; prega uma sociedade igualitária, mas ao mesmo tempo põe em valor as diferenças étnicas, culturais e mesmo políticas; em lugar de falar em nome dos interesses do proletariado, fala em nome dos direitos do povo, combate pelos direitos sócio-econômicos dos deserdados, mas ao mesmo tempo reivindica certos valores do liberalismo político (OLIVEIRA, 1995, p. 79).

Segundo Oliveira (1995), para compreender essa mudança de sensibilidade na cultura política de esquerda, é necessário considerar alguns acontecimentos. Desde o início, a hipótese sustentada foi a de que a experiência dolorosa que a esquerda brasileira viveu nos porões do regime militar conduziu-a a pensar sobre a repressão ordinária praticada há muito contra os prisioneiros de direito “comum” no Brasil, somando-se a essa reflexão a conexão entre a crise da mentalidade revolucionária dos anos de 1960 e a crise do “socialismo real”. Para Oliveira (1995, p. 83-84, grifos do autor),

[n]ão há dúvida: no Brasil, eis de onde veio o choque: desse encontro *vivido* entre os militantes de esquerda e o *Gulag* brasileiro [...]. Houve um momento em que a esquerda, por assim dizer, descobriu o *povo empírico* – o que significa dizer que uma mudança se operou ao nível de sua própria teoria. Na minha opinião, esse acontecimento significou bem mais do que uma simples “contaminação” passageira das categorias marxistas por algumas idéias liberais e religiosas, como consequência do combate comum levado a efeito por marxistas, cristãos e advogados contra a ditadura.

Um primeiro ponto considerado foi a descoberta do “povo empírico”, vítima das mais variadas formas de violência cotidiana, encoberto pelo “povo” capaz de fazer a revolução e abolir todos os tipos de injustiça. A elaboração das condições de visibilidade e *dizibilidade* do “povo empírico” ocorreu no registro do próprio saber, na “contaminação” ou “infiltração” da tradição marxista pela tradição do liberalismo político, com todas as reticências que possa implicar. Parece que a crise do modelo do “socialismo real” contribuiu para a mudança, assim como a reflexão anticomunista na Europa em reação ao totalitarismo bolchevista, a oposição ao fascismo europeu e a tomada de posição contra a ausência das liberdades civis e políticas, e contra as violações sistemáticas dos direitos. Foi com base nas memórias de antigos militantes das organizações de esquerda (Fernando Gabeira, Alfredo Sirkis, Índio Vargas, Alex Polari, Herbert de Souza Filho, Zuenir Ventura), que optaram pela luta armada, sobreviveram à “guerra suja” e vivenciaram a experiência do exílio que Oliveira construiu a hipótese central do seu trabalho:

o tema dos direitos humanos, que não fazia parte da tradição marxista, foi um daqueles aos quais os militantes de esquerda tiveram de recorrer, *primeiro* como meio de luta contra o regime militar, e *em seguida* como um dos marcos mais importantes de suas aspirações ideológicas (OLIVEIRA, 1995, p. 90, grifos do autor).

A esse respeito é importante observar a reflexão de Lefort (1995, p. 7-8, grifo do autor):

Esse relato não consiste numa simples descrição da passagem da luta armada a uma resistência comandada pela exigência de defender os perseguidos, pois ele é concebido como o de um *aprendizado*: os oponentes, no início subjugados pelo marxismo revolucionário, descobrem através da prova cruel dos acontecimentos o significado político e ético dos direitos do homem. O termo resistência que acabo de empregar, não deve se prestar a um mal-entendido. Seria um engano crer que a passagem que se opera é a de uma posição ofensiva a uma posição defensiva; a Esquerda não se retira para o terreno ocupado pelos defensores do liberalismo no Brasil; ela de forma alguma subestima a questão social; mas adquire a convicção de que existem direitos constitutivos da vida em sociedade, e que o poder, qualquer que seja o seu caráter – ainda que pretenda ser o agente da emancipação do povo –, choca-se com limites que lhe é vedado transgredir. A resistência à ditadura alia-se assim a uma tomada de consciência seja das ilusões, seja das mentiras que o marxismo revolucionário cultivava, e torna-se fonte de uma reflexão sobre os fundamentos da ordem civil. O poder exorbitante dos militares revela, pode-se dizer, o que existe de exorbitante em todo poder que pretenda ser o depositário da Lei.

Oliveira quis mostrar que a prática violenta da tortura infligida aos prisioneiros políticos na América Latina no decurso dos anos de 1970 foi um acontecimento assustador e, ao mesmo tempo, teoricamente importante. Por quê? Porque a tortura praticada contra os militantes da esquerda revolucionária colocou-os na categoria dos torturáveis, lugar que sempre foi ocupado pelos mais pobres. Quando o fenômeno é observado na “longa duração”, a percepção é de que os mais pobres sempre foram vítimas de castigos físicos, torturas, execuções sumárias que caracterizam violações sistemáticas dos direitos humanos (OLIVEIRA, 1994, p. 9-10).

A maior parte dos militantes da esquerda revolucionária brasileira era da classe média, filhos e filhas de boa família, que passaram por uma experiência que marcou seus corpos, seus espíritos e sua maneira de olhar o próprio País (OLIVEIRA, 1995, p. 91). A tortura foi uma espécie de “horror superlativo” que tiveram de enfrentar. Como adverte Oliveira (1992, p. 154-155, 1995, p. 92), “[é] como se, face ao inadmissível, as vítimas da ‘guerra suja’ tivessem descoberto uma espécie de nova ‘última instância: a da ética’”.

Haveria outra última instância? Tudo indica que sim. Havia uma certa “vulgata” do marxismo que se espalhou pelo mundo. No Brasil, a esquerda revolucionária dos anos 1960 foi constituída intelectualmente com base nas categorias do marxismo-leninismo. O que se quer dizer com isso? Que se trata de um modelo historicista de explicação da realidade econômica e social, que se articula afirmando que as ideias morais e jurídicas são formas de consciência social determinadas pelo conjunto das relações de produção, ou seja, as formas de consciência social são “simplesmente uma espécie de fumaça superestrutural secretada pelo modo de produção dominante – mesmo que em última instância. É verdade que essa espécie de historicismo economicista nem sempre foi o de Marx” (OLIVEIRA, 1995, p. 94). Porém, esse foi o “marxismo que correu o mundo” e foi posto à prova por uma geração de revolucionários latino-americanos que experimentou na própria carne o “horror superlativo” (OLIVEIRA, 1995, p. 94).

Oliveira (1995, p. 95) problematizou o historicismo de certo marxismo, a ideia de que a história é o lugar onde tudo se julga e é julgado, porque “o tribunal que conta é o da realização da história na sociedade comunista futura”, e todos os critérios de julgamento são históricos. Assim, tanto na perspectiva do desenvolvimento dos sucessivos modos de produção, em que predomina o economicismo, quanto do ponto de vista do interesse do proletariado, em que prevalece o voluntarismo, tudo o que escapa à história é recusado (OLIVEIRA, 1992, p. 159, 1995, p. 95).

Desse modo, a questão posta em relevo foi: como uma geração formada intelectualmente com base nas categorias do marxismo tradicional repentinamente começou a falar a linguagem da ética e dos direitos humanos? Se todos os valores são relativos porque históricos,

como afirmar, por exemplo, que a tortura é mais abominável e inadmissível que outras formas de tratamentos “desumanos, cruéis ou degradantes”? Como considerar os valores fora da sua historicidade? Oliveira (1994-1995, p. 113, 1995, p. 93) salienta que,

[q]uando uma geração formada intelectualmente no arcabouço do marxismo tradicional se põe a falar uma linguagem onde a ética é colocada acima da política; onde ações ignóbeis como a tortura e o desaparecimento de prisioneiros são consideradas como interditos absolutos; onde, para tudo dizer numa única frase que reverte a fórmula tradicional, algumas formas de consciência social já não são percebidas como determinadas pelo conjunto das relações de produção, aí estamos em presença de um pequeno tremor de terra que altera a disposição de um terreno bastante conhecido: aquele formado pelas camadas da infra e da superestrutura – a primeira, evidentemente, sendo a “base real” sobre a qual se assenta a segunda.

É muito provável que o silêncio da tradição clássica do marxismo sobre a tortura, passando por Marx (1818-1883), Engels (1829-1895), Lênin (1870-1924) e Trotsky (1879-1940), tenha revelado as insuficiências desse modelo explicativo. Sobretudo para os militantes da esquerda revolucionária que se chocaram com o *gulag* brasileiro, a exemplo dos “suicidados”, dos “desaparecidos”, dos torturados, dos que foram torturados e também exilados em países socialistas ou de tradição democrática. Nota-se também que, nas obras desses autores, o silêncio foi explicado por razões históricas. Como observou Oliveira (1995, p. 102), a prática da “tortura como procedimento ‘normal’ de sustentação de um regime político tinha [...] desaparecido da história”, entre o final do século XVIII e as primeiras décadas do século XX, mais ou menos entre a época do Iluminismo e o aparecimento dos Estados totalitários

(OLIVEIRA, 1992, p. 161, 1994, p. 34-35). “Subitamente, no século XVIII, no bojo do Iluminismo, ela começa a ser questionada e chega a ser formalmente abolida em quase todos os países que compunham o mundo civilizado da época – basicamente a Europa ocidental e os países periféricos sob sua influência cultural” (OLIVEIRA, 1994, p. 32), desaparecimento histórico que foi coetâneo do silêncio do marxismo quanto à questão da tortura.

Para Oliveira, foi relevante retomar a evolução da esquerda sob a ditadura, pois esse percurso evidenciou a emergência de uma nova sensibilidade ou o surgimento de uma nova cultura política. Segundo Lefort (1995, p. 8),

[s]e para Oliveira tem tanta importância retomar a evolução da Esquerda sob a ditadura, é, enfatizemos, porque ela faz aparecer a gestação de uma “nova cultura política”. Avançando essa fórmula, ele não hesita em afirmar que a experiência feita pela Esquerda é irreversível. Uma prova disso, para ele, é que aqueles que continuam a depositar suas esperanças no advento de uma sociedade sem classes renunciam a conceber um socialismo que não esteja enraizado numa sociedade democrática. Os direitos do homem, antigamente localizados na superestrutura, ei-los doravante considerados como fundamentais, como fornecendo a estrutura sobre a qual todas as novas instituições sociais devem se estabelecer. Eles se revelam a condição necessária, ainda que não suficiente, de um mundo habitável por todos.

4 Uma das proibições fundamentais nas sociedades modernas: a tortura

Recorrendo a historiadores especialistas no tema, Oliveira (1994, p. 43) observa que a prática da tortura fora banida do Ocidente entre a época do Iluminismo e o final da Primeira Guerra Mundial, mas reapareceu na Europa, no século XX, por motivos políticos. “E esse retorno deu-se em grande estilo, no bojo dos dois movimentos ideológicos mais espetaculares do século XX: o nazismo e o comunismo”.

Contudo, apesar do seu reaparecimento com o advento da guerra moderna e com os regimes totalitários da primeira metade do século XX, a sua prática não ousou revelar-se publicamente – constituiu uma espécie de não dito ou linguagem cifrada. O mesmo fenômeno ocorreu nas ditaduras sangrentas da América Latina entre os anos 1960 e 1980, quando a tortura foi empregada pelas forças de repressão de modo sistemático, com fins políticos ou militares. Como aponta Oliveira (1994, p. 67-68, 1995, p. 105-106),

a negação da tortura pelas autoridades que dão o sinal verde – ou que preferem nada saber [...] é um comportamento praticamente generalizado no século XX. Mesmo os sistemas totalitários que desdenharam – seja em nome de uma classe (o stalinismo), seja em nome de uma raça (o nazismo) – os bons sentimentos humanistas, não ousaram ostentá-la publicamente. Em todos os lugares e sempre (ou quase isso...) a tortura permanece algo que não ousa dizer seu nome: o célebre telegrama de Stalin, datado de 1939, era uma “ordem secreta”; da mesma forma, a Alemanha hitlerista ela própria não legislará publicamente sobre a tortura. Em relação aos Judeus e aos “comissários” comunistas, ela procedeu através de circulares secretas e dissimulou as ordens de exterminação sob o nome banal de “tratamento especial”. Essa foi a linguagem que funcionou no próprio interior do aparelho nazista.

Por que não se ousou sustentar a prática da tortura publicamente? O diálogo que Oliveira travou com Miguel Benasayag, ex-prisioneiro político durante a ditadura na Argentina, lançou luz sobre essa indagação e robusteceu a sua hipótese de trabalho, pois a distinguiu de outras explicações possíveis. A reflexão de Benasayag tratou do lugar particular ocupado pelo corpo nos Estados de Direito modernos. Para Benasayag (apud OLIVEIRA, 1995), a intangibilidade do corpo é condição necessária da legitimidade do Estado nas sociedades modernas. Para o autor, nas sociedades ditas civilizadas, o corpo humano adquiriu um lugar simbólico central. Atentar contra o corpo, martirizar, castigar fisicamente, torturar significa pôr em questão a legitimidade do próprio Estado de Direito. No limite, restabece, de alguma maneira, uma relação baseada na lei do mais forte. Benasayag aponta que o horror espetacular proporcionado pelo uso da tortura como método de “extração de informação ou de confissão” não caracteriza a questão central. O horror espetacular é considerado, mas não

constitui o elemento fundamental que interdita, de modo absoluto, a prática da tortura nas sociedades modernas (OLIVEIRA, 1995, p. 105-108).

Sobre essa questão pontua Lefort (1995, p. 12):

Oliveira discute amplamente as interpretações que tentam dar conta da mudança que marca o repúdio à tortura nos tempos modernos [...]. Ele concorda com o argentino Miguel Benasayag quando este diz que a intangibilidade do corpo é um princípio fundamental do Estado de direito moderno, e aceita a idéia de que, para que um registro simbólico se mantenha, para que possa existir uma civilização humana, é preciso uma renúncia à presença do corpo: a tortura põe em perigo a ordem simbólica ao concentrar a violência sobre o corpo da vítima e ao reintroduzir, desta forma, uma relação de força bruta, uma relação-duelo. Resta [...] explicar o fato de que no passado sociedades que não eram regidas despoticamente ignoraram esse interdito. Por que razão então ele caracteriza as sociedades modernas?

Oliveira (1994, p. 73, 1995, p. 108) concorda, em parte, com a explicação de Benasayag, mas pontua que ela é insuficiente porque negligencia “um dos elementos mais essencialmente constitutivos do olhar da sociedade moderna sobre a tortura: o horror que ela inspira”. Se o horror que a tortura inspira é parte da explicação, mas não é o seu fator principal, parece que Benasayag diminui ou minimiza a sua força explicativa, muito embora o reconheça como parte integrante da explicação do fenômeno que está sendo interrogado. O que interessa registrar é que Benasayag não explora essa possibilidade até as últimas consequências. Oliveira (1995, p. 109) observa que

o problema da tortura nos países da América Latina, da mesma forma que a vaga de

indignação que ela provocou, forneceu-nos elementos para apreender algo que [...] poderíamos chamar de sensibilidade moderna, fenômeno que tem como um dos traços mais característicos o horror que inspira a crueldade física.

Por um lado, essa passagem mostra a importância que teve para Oliveira recuperar a tradição clássica do marxismo e o seu silêncio sobre a questão da tortura e, por outro, apontar que na América Latina o confronto da esquerda com a ditadura provocou uma discussão, no interior dessa tradição, acerca da validade moral da prática da tortura em contextos de insurreição popular: “Seria moralmente válido torturar um general que detém informações decisivas para a vitória do povo?” (OLIVEIRA, 1994, p. 64, 1995, p. 107).

Esse questionamento pôs em evidência a mudança de sensibilidade na cultura política de esquerda no contexto latino-americano e muito provavelmente mostrou o retorno às fontes do pensamento liberal. A interpelação continua: é possível apontar a primeira manifestação histórica dessa nova sensibilidade, que caracteriza essencialmente o olhar da sociedade moderna sobre a tortura? Talvez haja dificuldade em datar a primeira manifestação histórica, porém é possível apontar a existência de um movimento que atinge o seu ponto culminante no século XVIII. Acerca desse problema diz-nos Oliveira (1995, p. 109)

que as correntes político-filosóficas (os humanistas, o Iluminismo) que desembocam na Declaração de 1789 são fortemente animadas por essa sensibilidade, que tinha como um de seus alvos aquilo que o historiador Harold Laski chamou “dores inúteis”. Desde então, ela não deixou de ter um lugar importante no imaginário moderno.

Pode-se dizer que a captura dessa mudança de sensibilidade sobre a tortura nos tempos modernos (OLIVEIRA, 2000, p. 65-66) tornou possível evidenciar que a cultura política de esquerda foi “contaminada” por elementos da tradição do liberalismo político. Por essa via, Oliveira (1994, p. 60, 1995, p. 110) mostra que, “para a razão sociológica com a qual estamos habituados, nós não podemos nos entregar ingenuamente à ficção de uma sensibilidade, que não suporta o espetáculo da tortura [...]. [S]eria preciso explicá-la”.

Assim, assumir o ofício de sociólogo em seu sentido tradicional fazendo uso das categorias sociais, históricas, econômicas, deixaria escapar o que, para Oliveira, parece ser essencial. Por essa razão, interroga-se: “o horror que inspira a tortura não conteria um núcleo duro que não se deixa dissolver no conjunto dos fatores que o ‘explicam?’” (OLIVEIRA, 1994, p. 80, 1995, p. 110). Dizendo de outro modo: “tal maneira de pensar termina suprimindo um dos aspectos mais cruciais dessa história: a

coisa mesma – ou seja, a crueldade inerente à cena de um corpo sendo queimado ou rompido em pedaços ainda vivo!” (OLIVEIRA, 2010, p. 21, grifo do autor).

Para provar a existência de um núcleo duro, que não se deixa dissolver no conjunto dos fatores explicativos, Oliveira – motivado pelo retorno da tortura depois da Primeira Guerra Mundial e pela vaga de indignação que ela provocou nos países da América Latina – retomou a discussão sobre o fenômeno da abolição da tortura e dos suplícios na segunda metade do século XVIII, assim como tantos outros pesquisadores o fizeram. Trata-se – pode-se dizer – de um retorno interessado.

Esse debate recuperou pelo menos três perspectivas de análise. Oliveira (1994, p. 49, 2000, p. 11, 2010, p. 20, 2017, p. 3-4) observou que os reformadores penais, cujo maior expoente foi Beccaria (1738-1794), explicaram a abolição dos castigos corporais pelo “modelo progressista-humanitário”, uma vez que a época moderna é marcada pela ideia de progresso do espírito humano em direção à suavização dos costumes. Numa segunda perspectiva, observou também que a produção dos trabalhos sociológicos e históricos, sobretudo os de influência marxista, marginalizaram os argumentos morais dos reformadores como fatores explicativos, e a dimensão propriamente ética que explicaria a abolição da tortura e dos suplícios foi “reduzida a uma ilusão vazia de sentido” (OLIVEIRA, 1995, p. 111, 2017, p. 6-7). Como terceira perspectiva de análise, observou que a rejeição do “modelo progressista-humanitário” foi levada ao extremo por um autor francês, Michel Foucault (1926-1984), em obra bastante conhecida, *Vigiar e punir*. Para Foucault (1987, p. 18-20), trata-se de punir a alma, e não mais o corpo. Não é uma questão de suavização dos costumes, mas um deslocamento do objeto da punição. O que está em jogo é a eficácia, e não o humanitarismo das penas.

Como sustenta Oliveira (1994, p. 79, 1995, p. 116), “o que nos parece excessivo, no limite perigoso, é não ver no acontecimento histórico que foi a abolição da tortura qualquer coisa que vai além da cadeia de condições sócio-históricas na qual ele se inscreve”, pois, para ele, “subsiste em nós a indelével impressão de [...] experimentar um sentimento de horror diante da imagem de um corpo que sofre” (OLIVEIRA, 1994, p. 77, 1995, p. 115).

A quantidade de informações sobre a extensão do *Gulag* soviético tirou da esquerda a referência a que vinha se apegando. “[C]omo [...] continuar apregoando as conquistas da ‘ditadura do proletariado’ fazendo vista grossa para o fato de que se tratava de uma ditadura que tinha prendido, torturado e feito desaparecer milhares e milhares de pessoas?” (OLIVEIRA, 1995, p. 119-120).

Por essa razão, foi no terreno da ética e dos direitos humanos “que a esquerda revolucionária brasileira foi buscar a linguagem de que

necessitava para falar de sua experiência nas câmaras de tortura do regime militar brasileiro” (OLIVEIRA, 1995, p. 119). Como afirma Oliveira (1994), não foi outra a posição de Edgar Morin, quando interveio no debate suscitado na França na época da guerra argelina. Ele reconheceu que a tortura tem a sua eficácia, sua utilidade: ela faz falar e produz informações. Todavia, para Morin, se a nossa época é marcada pelo utilitarismo e pela perda da fé na moral, a única oposição eficaz à tortura é moral. Apenas do ponto de vista da moral se pode condenar a tortura de modo absoluto (OLIVEIRA, 1994, p. 54-55).

Na próxima seção, será explorada a tematização de um novo olhar sobre noções há muito ridicularizadas com facilidade. Como adverte Oliveira (2010, p. 105), “[o]s menos jovens ainda se lembram da emergência, no Brasil daqueles anos, de uma nova cultura política no seio da esquerda marcada por uma sensibilidade inédita em relação a dois objetos antes negligenciados, para dizer o mínimo: o direito e a democracia”. Dessa maneira, salienta que “é nesse ambiente pouco sensível a tais conceitos que a reflexão de Lefort vai levar a sério a democracia, encarrando-a de frente – ou, como diz uma de suas expressões mais caras, a “invenção democrática” (OLIVEIRA, 2010, p. 22).

5 Os elementos constitutivos da nova sensibilidade: a democracia e os direitos humanos

Parece plausível a hipótese de que a eclosão dos movimentos de defesa dos direitos humanos nas décadas de 1970 e de 1980 na América Latina faz parte de um fenômeno mais amplo: a abertura do pensamento político de esquerda aos valores democráticos. A multiplicidade de atores políticos que entraram em cena ao longo

dos anos de 1980, junto com os movimentos de defesa dos direitos humanos, passou a caracterizar uma nova matriz simbólica das relações sociais. A dispersão de movimentos reivindicando uma especificidade própria na cena política e social assinalou a possibilidade de leitura desse fenômeno com base na concepção de democracia elaborada por Claude Lefort.

A ideia de “invenção democrática”, noção característica da sociedade moderna por ser radicalmente histórica, instituiu um modo de pensar a democracia que vai além de um conjunto de práticas e de instituições passíveis de localização na sociedade, sem, no entanto, deixar de salientar a importância das instâncias procedimentais das instituições políticas. A ideia de democracia produzida por Lefort pensa o poder como “lugar vazio”, e a sociedade democrática como lugar de “instituição de novos direitos” (CHAUÍ, 2010, p. 12).

A abertura do pensamento político de esquerda aos valores democráticos implicou, por um lado, a renovação da noção de direito e, por outro, o reconhecimento da existência de diferenças sociais, isto é, permitiu a percepção do valor do direito e da pluralidade do social no próprio registro do saber, compreendido como conhecimentos, opiniões, crenças e costumes diversos. Por essa razão, os movimentos de defesa dos direitos humanos que se multiplicaram no Brasil e seus correlatos, “como o das mulheres, dos negros, dos índios, das minorias sexuais etc.” (OLIVEIRA, 1995, p. 122), podem ser percebidos como exemplos da concepção lefortiana de democracia. São movimentos que não aceitaram o assujeitamento das suas reivindicações ao nível das chamadas contradições “secundárias”, como a cultura política de esquerda revolucionária dos anos 1960 tratava essas pautas particulares.

A democracia, tal como a pensa Lefort, pode ser apreendida como um regime que funciona

mais precisamente no desintringamento que se opera entre a instância do poder, a instância da lei, a instância do saber [...] [R]econhecemos a revolução democrática moderna, no melhor dos casos, por esta mutação [...] [O] poder aparece como um lugar vazio e aqueles que o exercem como simples mortais que só o ocupam temporariamente [...] [A] democracia inaugura a experiência de uma sociedade inapreensível, indomesticável, na qual o povo será dito soberano (LEFORT, 1983, p. 118).

O *desintringamento* de que fala Lefort remete à ausência de um poder corporificado ou de um corpo identificador: o corpo do Rei no Antigo Regime, a “raça ariana” no nazismo, o “proletariado” no comunismo como manifestações das experiências totalitárias da primeira metade do século XX. A possibilidade desse *desintringamento* entre a instância do poder e a instância da lei, entre a instância do poder e a instância do saber permite o aparecimento de brechas, isto é, a abertura do tempo das ações políticas e toca o ponto que caracteriza a democracia: o poder como lugar vazio e a invenção social de novos direitos. Foi com a revolução democrática moderna que ganhou força o sentido do Direito, percebido simultaneamente como produto do político, que revela e oculta o processo de instituição da sociedade política democrática, e como elemento constitutivo fundamental sobre o qual se erigem as instituições sociais.

Como nos diz Oliveira (2010, p. 23), o objeto principal da reflexão de Lefort é “a democracia – e tudo o que ela traz consigo: o direito, a legitimidade dos conflitos etc.”, ou seja, ele dirige “o seu pensamento a interrogar o que considera essencial no fenômeno democrático: a construção de uma *mise-en-scène* sobre a legitimidade do conflito”. A questão que Lefort torna manifesta é a de que o regime democrático não tem como finalidade abolir o conflito e solucionar de uma vez por todas o problema da convivência

humana. Nesse regime, a democracia e o poder não instituem a boa sociedade em oposição à má sociedade que o totalitarismo e o poder que lhe é correlato põem em funcionamento (CHAUÍ, 2010, p. 13). Conforme sustenta Lefort (1991, p. 57, grifo do autor),

[a] democracia convida-nos a substituir a noção de um regime regulado por leis, de um poder legítimo, pela noção de um regime fundado na *legitimidade de um debate sobre o legítimo e o ilegítimo* – debate necessariamente sem fiador e sem termo. Tanto a inspiração dos direitos do homem quanto a difusão dos direitos em nossa época atestam esse debate.

Tratar do poder como lugar vazio na democracia implica desmontar a noção do povo como uma totalidade orgânica, pois empiricamente essa entidade não existe, a não ser simbolicamente. A democracia não consiste num regime sem fissuras, instituído historicamente para superar a divisão social e os conflitos; ao contrário, ambos são compreendidos como constitutivos da democracia, tal como Lefort a pensa. Por isso, por um lado, justifica-se a ideia de que a democracia não se restringe a um regime regulado por leis e, por outro, argumenta-se que a ideia de democracia não funda um poder legítimo ao estabelecer as suas dimensões procedimentais. Parece que Lefort exige algo mais para caracterizar uma sociedade política democrática:

A sociedade democrática moderna aparece-me, de fato, como aquela sociedade em que o poder, a lei, o conhecimento se encontram postos à prova por uma indeterminação radical, sociedade que se tornou teatro de uma aventura indomesticável, tal que o que se vê instituído não está nunca estabelecido, o conhecido permanece minado pelo desconhecido, o presente se revela inominável,

coabrindo tempos sociais múltiplos não sincronizados uns com relação aos outros na simultaneidade – ou nomeáveis apenas na ficção do futuro; uma aventura tal que a procura da identidade não se desfaz da experiência da divisão. Trata-se aí, por excelência, da sociedade *histórica* (LEFORT, 1983, p. 119-120, grifo do autor).

A observação que se pode fazer acerca dessas questões põe em relevo uma mudança na sensibilidade da esquerda. Lefort foi persuadido inicialmente pelo trotskismo, mas dele se afastou alguns anos mais tarde. O mesmo aconteceu com Oliveira, também influenciado por certo modelo marxista de explicação da realidade que nos anos seguintes já não lhe satisfaziam. Desse modo, assumiu a concepção de democracia defendida pelo filósofo francês e percebeu a viabilidade da sua utilização para interpretar a mudança de sensibilidade que se operou na cultura política de esquerda na América Latina entre as décadas de 1970 e 1980. Para Oliveira (1994-1995), a concepção de democracia lefortiana possibilitou um novo olhar sobre o Direito, bem como o reconhecimento das diferenças.

A época dessa produção bibliográfica [...] – anos 70 e inícios dos anos 80 –, é aquela onde se desenha o que consideramos uma crise no paradigma de análise dos direitos humanos [...]. Crise porque, paulatinamente, essa análise passa a ser acrescida de uma percepção ético-política da noção de direitos humanos antes inexistente – o que, a nosso ver, configura a infiltração de elementos que anunciam a construção de um novo paradigma (OLIVEIRA, 1994-1995, p. 111-112).

Essa nova postura diante do Direito revela que os militantes dos direitos humanos não assumiram uma posição meramente estratégica ou instrumentalista em face desses direitos, como fizera a cultura revolucionária

marxista-leninista em relação à democracia, ao considerar que, se a democracia serve aos objetivos, isto é, atingir o socialismo, dela se faça uso; todavia, se a democracia representa um obstáculo, que se atrepele a democracia como “sistema jurídico regulador dos conflitos” (OLIVEIRA, 1995, p. 123). Quanto aos direitos humanos, Oliveira também se interrogou se era o caso de mero instrumentalismo.

Contudo, a crise do paradigma marxista tradicional muito provavelmente seria explicada pela crise do chamado “socialismo real” – a perda desse referencial como projeto de emancipação e a prática sistemática da tortura contra os prisioneiros políticos durante os regimes militares no Cone Sul (Brasil, Chile, Uruguai e Argentina). Como adverte Oliveira (1995, p. 123), “raramente se encontra alguém disposto a sustentar que esse objetivo pode ser alcançado através do esmagamento desses direitos [...] como por exemplo aquele que afirma a interdição absoluta de torturar ou de fazer desaparecer [...] os adversários políticos”.

Além disso, a visão de democracia pensada por Lefort permitiu que a nova cultura política de esquerda reconhecesse o potencial político das diferenças, do pluralismo, das demandas cotidianas de grupos sociais oriundos da clivagem política, de diferenças ideológicas, religiosas, culturais, étnicas, além das desigualdades econômicas. O *desintrincamento* apontado por Lefort entre as esferas ou instâncias do poder, da lei e do saber nas sociedades democráticas fez aparecer a multiplicidade e as diferenças, revelou a eclosão de grupos variados e suscitou “uma série de questões novas (a ecologia, a condição feminina, as minorias étnicas, culturais, sexuais etc.) que, no dizer dos seus próprios militantes, recusam-se a ser reduzidas ao modelo único dos enfrentamentos de classe” (OLIVEIRA, 1995, p. 131). A recusa da redução das suas questões ao nível das contradições

“secundárias” e, ao mesmo tempo, a afirmação da singularidade das suas demandas como dignas de participação na pólis significaram o reconhecimento de “que a sociedade é atravessada por várias reivindicações que não estão compreendidas nas aspirações de uma classe pretendendo deter a posse do interesse universal: o proletariado” (OLIVEIRA, 1995, p. 131).

Observe-se a novidade das reivindicações dos novos movimentos sociais surgidos na América Latina no final dos anos de 1970 e no início dos anos 1980. Todos eles puseram em relevo conflitos irresolutos na moldura de uma solução para o que se chamava de *contradição principal* entre o capital e o trabalho, sem esquecer que essa contradição estaria relacionada com o modo de produção que a engendrou. Oliveira (1995, p. 132-134) salienta que

as novas reivindicações que elas põem em relevo são portadoras de exigências que se situam antes num domínio cultural e social do que econômico e político – no sentido estrito do termo –, contrariamente ao que se passava antes. Ora, essa politização de aspectos “menores” da vida cotidiana é um dos principais componentes dos novos movimentos sociais [...]. Crenças, costumes, culturas, estilos de vida – todas essas diferenças, e sobretudo sua “exterioridade” vis-à-vis do poder, marcam a invenção democrática [...]. Sua recepção pelo pensamento político de esquerda [...] assinala uma abertura desse pensamento aos valores da democracia.

Foi sendo forjada uma “nova esquerda”, uma nova cultura política que, apesar das diferenças em relação à “velha esquerda”, permaneceu de esquerda. Como mudar e permanecer de esquerda? Significa dizer que ela não negligenciou, em momento algum, a “questão social”, muito embora toda a discussão tenha sido permeada pelo problema da tortura, talvez a mais grave forma de violação dos direitos humanos.

Como adverte Oliveira (1995, p. 135), “[e]ssa ‘nova esquerda’ é democrata, mas permanece de esquerda, pois num país como o Brasil a miséria ambiente está sempre a interpelar o democrata convicto e a lhe lembrar a necessidade de mudanças sócio-econômicas profundas”. Eram as chamadas *reformas de base* que estavam na ordem do dia nos anos 1960 e ainda permanecem atuais. Pode-se perguntar: afinal de contas, o que perdeu atualidade e provocou uma fissura na cultura política de esquerda? Tudo indica que foi o discurso contra as instituições democráticas liberais, típico da cultura revolucionária daquele decênio. Para essa nova cultura política, o que estava em jogo era a preocupação com as desigualdades sociais e com a garantia das liberdades individuais. O socialismo permanecia como o objetivo a ser alcançado, mas não mais à custa da democracia. A revolução democrática, posta em movimento, era compreendida como condutora de mudanças sociais e políticas profundas, para que fosse alcançado o objetivo de uma “sociedade justa”.

A “nova esquerda” no Brasil encara o desafio democrático. Para dialogar com essa postura política, Oliveira (1995) convocou dois autores que, pela afiliação política e prestígio intelectual de que desfrutavam, provocaram repercussão considerável com os seus escritos: Carlos Nelson Coutinho e Francisco Weffort. O primeiro escreveu, em 1979, *A Democracia como valor universal*; o segundo, *Por que democracia?*, em 1984. Ambos permaneceram socialistas, mas tornaram-se democratas convictos. A novidade que trouxeram foi a tentativa de incorporação de algumas questões da democracia liberal à tradição marxista. O que pretendiam foi “contaminar” a tradição da qual faziam parte pelas denominadas *liberdades democráticas*, mas retirando delas o rótulo de “burguesas”, descolando-as dos contextos revolucionários em que nasceram, em razão do alargamento

delas a outros grupos e classes sociais. Para ambos, essas noções teriam um valor que ultrapassa a contingência da sua origem.

Para simplificar os argumentos, Coutinho e Weffort conferiram valor “universal” à democracia, pois suas conquistas pareciam ter ultrapassado os limites “burgueses” com os quais tinham sido historicamente identificados. Nesse sentido, apesar das pequenas diferenças entre ambos, diz-nos Oliveira (1995, p. 139), “a ideia central é a mesma: a democracia é uma condição necessária, e não simplesmente um acessório do socialismo”. Assim, parece que pretenderam garantir, por um lado, o pluralismo do social (partidário, institucional, dos movimentos populares) e, por outro, fizeram a exigência de um mínimo de igualdade social para a existência de uma democracia não apenas formal, mas também substancial.

Uma discussão interessante e sempre presente diz respeito à prevalência dos direitos civis e políticos – produtos da tradição liberal – sobre os direitos sociais e econômicos – produtos da tradição socialista. Ou, ao contrário, a prevalência dos direitos sociais e econômicos sobre os direitos civis e políticos. Talvez uma falsa querela, como problematiza Oliveira. Os de inspiração liberal são movidos pela ideia de liberdade e menos Estado, os de influência socialista são animados pela ideia de igualdade e mais Estado (OLIVEIRA, 1995, p. 144, 2010, p. 94). Apesar das origens distintas, todos esses direitos resultaram de lutas sociais.

Para Lefort (1991, p. 58),

ainda que não sejam contingentes, os direitos econômicos, sociais e culturais podem deixar de ser garantidos, ou mesmo reconhecidos [...] [A] lesão não será mortal, o processo continua reversível, o tecido democrático é suscetível de ser refeito, não somente graças a circunstâncias favoráveis à melhora da sorte da maioria, mas pelo

próprio fato de serem preservadas as condições de protesto.

Contudo, para Oliveira (1995, p. 146-147),

como quer que seja, a exigência inafastável permanece sempre a nos interpelar: sem a garantia dos direitos sociais (direito ao trabalho, a um salário decente, à habitação, à saúde, à educação, ao lazer e à segurança para todos), uma verdadeira democracia permanece aquém de suas promessas [...]. Podemos assim concluir da seguinte forma: enquanto a democracia não conseguir resolver – ou pelo menos levar a sério – a questão social no Brasil mas também em boa parte da América Latina, ela não terá grande chance nesta parte do mundo. Nem ela nem os direitos humanos...

A diferença entre ambos, se é que existe, remete ao lugar de onde falam. O primeiro, da França, da Europa; o segundo, do Brasil, da América Latina. Com o objetivo de retomar o fio condutor deste texto, aborda-se, na próxima seção, uma breve discussão sobre o trauma e a questão do contemporâneo na obra de Oliveira.

6 Conclusão

O coração da cena do testemunho sugere que narrar, escrever, constitui, para aquele que revive o trauma, uma necessidade primária e tão absoluta que pode ser equiparada à necessidade humana de cálcio, açúcar, sal, carne, sono e silêncio. O testemunho apresenta-se como condição de sobrevivência, como impossibilidade de silenciar e esquecer; por isso, o sobrevivente deve lembrar, contar, reelaborar o mundo do qual foi vítima. Como salienta Seligmann-Silva (2008, p. 66, grifo do autor),

podemos caracterizar, portanto, o testemunho como uma atividade *elementar*, no

sentido de que dela depende a sobrevivência daquele que volta do *Lager* (campo de concentração) ou de outra situação radical de violência que implica esta necessidade, ou seja, que desencadeia esta carência absoluta de narrar.

Não parece ser de outra “natureza” a literatura de que fez uso Oliveira para construir a hipótese central da sua obra. Para ele,

um novo estado de espírito aparece de maneira clara num gênero literário que floresceu no Brasil desde fins dos anos 70 e que foi um grande sucesso editorial ao longo de boa parte da década seguinte: as memórias de antigos militantes das organizações de esquerda que seguiram o caminho da luta armada e sobreviveram à “guerra suja” (OLIVEIRA, 1995, p. 87).

Aqueles que foram presos e torturados chocaram-se com a ditadura militar: sofreram o “horror superlativo”, foram vítimas da “guerra suja”, de perseguição política. Muitos deles, exilados, só retornaram ao Brasil após a edição da *Lei da Anistia*, de 1979. Nesse sentido, “a narrativa teria [...], dentre os motivos que a tornavam elementar e absolutamente necessária, este desafio de estabelecer uma *ponte* com os ‘outros’, de conseguir resgatar o sobrevivente do sítio da outridade, de romper com os muros do *Lager*” (SELIGMANN-SILVA, 2008, p. 66, grifo do autor).

Tudo indica que a função primordial da narrativa é quebrar as barreiras, romper as carapaças, derrubar os muros que separam e isolam os sobreviventes da vivência de seus companheiros de humanidade. A narrativa seria uma espécie de tradução das queimaduras que marcam as memórias dos sobreviventes. O testemunho ou a narrativa do trauma funciona como um “trabalho de religamento ao mundo, de reconstrução da sua casa. [...] [T]em em primeiro lugar este sentido primário de desejo de renascer” (SELIGMANN-SILVA, 2008, p. 66).

Como se fosse uma busca de familiaridade, de reconexão de sentido, de construção de uma ponte que permita ao sobrevivente fazer o caminho de volta para casa, que o reaproxime dos seus companheiros de humanidade. Uma espécie de reinstituição do laço social para aqueles que viveram do outro lado do campo simbólico. Por isso, a expressão “catástrofes históricas” é tão enfatizada por Seligmann-Silva (2008, p. 67, grifo do autor): “nestas situações, como nos genocídios ou nas perseguições violentas em massa de determinadas parcelas da população, a memória do trauma é sempre uma busca de *compromisso* entre o trabalho de memória individual e outro construído pela sociedade”.

Recorrer a um gênero literário memorialista, como fez Oliveira, para elaborar a hipótese central da sua obra, fez surgir do próprio testemunho a figura da testemunha. A relação entre testemunho e testemunha

parece apontar para algo como a ideia de restituição da dignidade humana ao sobrevivente que ainda foi capaz de produzir o seu testemunho, que não foi totalmente destruído em sua capacidade de resistir. O trauma “é caracterizado por ser uma memória de um passado que não passa” (SELIGMANN-SILVA, 2008, p. 69).

Como visto na Introdução deste texto, o relato de Oliveira (1995, p. 20) aponta que o seu “trabalho remonta a esses anos porque, desde então, nunca deixei de pensar nesses acontecimentos. Não apenas enquanto ser humano mas também como pesquisador”. Pelas razões aduzidas, Oliveira fala do lugar dos direitos humanos. Contudo, o engajamento que manifesta não obscurece suas antigas convicções, apenas as enriquece. Pode-se dizer que o discurso testemunhal põe em movimento a ação política – é intervenção política. Como afirma Seligmann-Silva (2008, p. 74), “na América Latina, sobretudo desde os anos de 1960, o conceito de testemunho adquiriu uma centralidade enorme no contexto da resistência às ditaduras que assolaram o continente”. “[A] memória da barbárie tem [...] também este momento iluminista: preservar contra o negacionismo, como que em uma admoestação, as imagens de sangue do passado” (SELIGMANN-SILVA, 2008, p. 75).

A obra de Oliveira também parece carregar as marcas do “contemporâneo”, pois os efeitos produzidos pelos textos de Oliveira dão conta das perguntas de Agamben (2009, p. 57): “De quem e do que somos contemporâneos?”, bem como “o que significa ser contemporâneo?”. A primeira indicação é a de que a intempestividade é uma característica do contemporâneo. Um tempo que penetra em outro tempo, fissurando a cadeia de eventos históricos, abrindo brechas no presente, talvez permitindo que o (in)oportuno venha à tona, o *kairós* cortando e imiscuindo-se em *chronos*. A singularidade do testemunho que constitui a testemunha de uma ditadura violenta irrompe no tempo presente, produzindo uma fenda, uma ruptura, uma descontinuidade, mas também um alojar-se em outro tempo. Por isso, “aquele que testemunha um fato excepcional muitas vezes torna-se ele também uma figura exemplar” (SELIGMANN-SILVA, 2008, p. 73). Os sobreviventes “representam exemplos únicos daqueles que viram de perto atrocidades inomináveis. Eles portam estas verdades e são tratados como porta-vozes delas” (SELIGMANN-SILVA, 2008, p. 73).

Os testemunhos produzem deslocamentos, anacronismos, dissociações no tempo presente. Salienta Agamben (2009, p. 59) que “a contemporaneidade é uma singular relação com o próprio tempo”. O contemporâneo exige uma não coincidência plena com a época, porque uma plena aderência ou adequação impossibilita vê-la e dizê-la, isto é, “manter o olhar fixo sobre ela” (AGAMBEN, 2009, p. 59). Contemporâneo é aquele capaz de “soldar com o seu sangue o dorso quebrado do tempo” (AGAMBEN, 2009, p. 60). Fragmentos de narrativa e de imaginação constituem o

testemunho de “catástrofes históricas”, eles irrompem na cronologia. Nesse sentido, “contemporâneo é aquele que mantém fixo o olhar no seu tempo, para nele perceber não as luzes, mas o escuro” (AGAMBEN, 2009, p. 62).

Ver essa obscuridade, escrever mergulhando a pena nas trevas do presente significa fraturar o tempo, perceber o escuro e ver as trevas que “todo testemunho [...] único e insubstituível” (SELIGMANN-SILVA, 2008, p. 72) revela. Adverte Agamben (2009, p. 63) sobre o escuro da contemporaneidade: “perceber esse escuro [...] implica uma atividade e uma habilidade particular que equivalem a neutralizar as luzes que provêm da época para descobrir as suas trevas, seu escuro especial, que não é [...] separável daquelas luzes”. Assim, ao revelar essa capacidade e habilidade de perceber o escuro e as trevas do tempo presente que a obra de Oliveira se apresenta com a marca do que é contemporâneo e, ademais, revela de quem e do que somos contemporâneos. Diferentemente dos “mestres da suspeita” – Marx, Nietzsche e Freud, mas também Michel Foucault, Jacques Lacan e Jacques Derrida (OLIVEIRA, 2010, p. 19-20) –, ele o fez seguindo à risca a fenomenologia aplicada à política por Lefort. Oliveira procurou dirigir-se às coisas mesmas, à verdade efetiva, ao núcleo duro e irredutível de um corpo que sofre na própria carne a violência da tortura sob um regime autoritário.

Sobre o autor

Emmanuel Pedro Ribeiro é mestre em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Campina Grande, PB, Brasil; mestre em Filosofia pela UFPB, João Pessoa, PB, Brasil; ex-professor de Sociologia Geral e Jurídica da Universidade Estadual da Paraíba do Centro Universitário de João Pessoa, PB, Brasil.
E-mail: emmanuelpedro@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

RIBEIRO, Emmanuel Pedro. Democracia, direitos humanos e cultura política de esquerda no Brasil: um diálogo com Luciano Oliveira. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 238, p. 123-146, abr./jun. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p123

(APA)

Ribeiro, E. P. (2023). Democracia, direitos humanos e cultura política de esquerda no Brasil: um diálogo com Luciano Oliveira. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(238), 123-146. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p123

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo?: e outros ensaios*. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.
- CHAUÍ, Marilena. Prefácio. In: OLIVEIRA, Luciano. *O enigma da democracia: o pensamento de Claude Lefort*. Piracicaba: Jacintha Editores, 2010. p. 9-13.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária*. Tradução de Isabel Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- _____. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- _____. Prefácio. In: OLIVEIRA, Luciano. *Imagens da democracia: os direitos humanos e o pensamento político de esquerda no Brasil*. Recife: Pindorama, 1995. p. 7-17.
- OLIVEIRA, Luciano. *A vergonha do carrasco: uma reflexão sobre a pena de morte*. Recife: Ed. UFPE, 2000.
- _____. Direitos humanos e cultura política de esquerda. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 27, p. 149-165, dez. 1992. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451992000300007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/VQXjhKTFnJZ8GnpHc3Ddf5g/?lang=pt>. Acesso em: 10 mar. 2023.
- _____. Direitos humanos e marxismo: breve ensaio para um novo paradigma. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 13-14, n. 1-2, p. 103-118, jan./dez. 1994-1995.
- _____. *Do nunca mais ao eterno retorno: uma reflexão sobre a tortura*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- _____. *Imagens da democracia: os direitos humanos e o pensamento político de esquerda no Brasil*. Recife: Pindorama, 1995.
- _____. *O aquário e o samurai: uma leitura de Michel Foucault*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- _____. *O enigma da democracia: o pensamento de Claude Lefort*. Piracicaba: Jacintha Editores, 2010.
- SELIGMANN-SILVA, Márcio. Narrar o trauma: a questão dos testemunhos de catástrofes históricas. *Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 65-82, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-56652008000100005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pc/a/5SBM8yKJG5TxK56Zv7FgDXS/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 10 mar. 2023.

Nostalgia e império

Política e emoções coletivas

JACQUES A. WAINBERG

Resumo: Este estudo histórico e comparado examina o impacto que a *nostalgia* tem no clima de opinião pública das populações dos antigos estados imperiais, entre eles a Rússia, a França e a Inglaterra. Eles buscam agora de várias maneiras recuperar o prestígio internacional e a influência política que tinham e que foram perdidos com a libertação de suas ex-colônias. Alguns atores se bastam com o ativismo simbólico formando alianças com parceiros, em especial os que partilham com a antiga metrópole a mesma base etnolinguística e uma memória. Noutros casos, a opção é a guerra.

Palavras-chave: nostalgia; império; comunicação simbólica; emoções; identidade.

Nostalgia and empire: politics and collective emotions

Abstract: This historical and comparative study examines the impact that nostalgia has on the public opinion climate of the populations of the former imperial states, among them Russia, France and England. They now seek in various ways to regain the international prestige and political influence they used to have in the past but lost with the liberation of their former colonies. Some actors are satisfied with symbolic activism by forming alliances with partners, especially those who share with them the same ethnolinguistic base and memory. In other cases the option is war.

Keywords: nostalgia; empire; symbolic communication; emotions; identity.

1 Introdução

Recebido em 11/7/22
Aprovado em 12/12/22

Este artigo estuda o impacto que a *nostalgia* dos antigos impérios tem no ambiente político internacional. Essa relação entre as emoções

humanas e as relações internacionais está bem estabelecida. Sentimentos como a humilhação, o orgulho, a honra e o rancor contribuíram ao longo da história para a origem e a propagação de inúmeros conflitos. É o caso agora da *nostalgia*, considerada o sentimento responsável pela *síndrome pós-imperial* (LARSEN, 2020). A memória preservada nos livros e noutras fontes de educação popular contribui para a saudade que os vivos acalentam da fortuna e do prestígio que tinham com seus impérios perdidos.

Faz-se aqui, portanto, uma análise histórica e sociológica comparada das reações atuais de vários povos sobre a experiência imperial de seus Estados. A maneira usual de documentar a vida anímica é a análise de discurso (KINGSEPP, 2018). No entanto, as manifestações coletivas são mais complexas porque são espelhadas. O que para uns é sagrado para outros é pecado. Essas diferenças de valores tornam as relações dos grupos tensas e por vezes violentas.

Realçar a *nostalgia* como aspecto relevante das relações internacionais é mostrar essa dimensão psicológica das nações que se enfrentam não só em defesa de seus interesses objetivos como também motivadas por princípios, pelo medo recíproco e por cálculos afetivos disfarçados de racionalidade. Os *policy makers* gostam de justificar seus movimentos no tabuleiro da política internacional como *payoff*, um termo utilizado na teoria dos jogos para mostrar matematicamente a lógica presumida de suas ações diplomáticas, políticas e militares (GOLDGEIER; TETLOCK, 2001; KERTZER; TINGLEY, 2018; PURSIANEN; FORSBERG, 2021).

2 O caso da Rússia

Nostalgia é estar em dois lugares ao mesmo tempo, no presente e no passado. Exemplo grave é o que resultou do ocaso da União Soviética. O controle da Crimeia pelos russos em 2014 e a invasão da Ucrânia em 2022 foram os primeiros sinais dirigidos por Moscou às 14 ex-repúblicas soviéticas de que a independência obtida a partir de 1991 pode ser revertida.

Há mal-estar e tensão entre a Rússia e a Estônia, a Letônia e a Geórgia. Em 2022, esses países temiam o retrocesso e o conflito. O mesmo aconteceu nas relações de Moscou com os antigos aliados como a Polônia, a Lituânia, a Moldávia, a Romênia e outros países que integraram o Pacto de Varsóvia.

Em 2022, o desejo do Kremlin era manter firme o controle de sua área de influência constituída pelos territórios da Armênia, do Azerbaijão, da Bielorrússia, do Cazaquistão, do Quirguistão, da Moldávia, do Tadjiquistão, do Turcomenistão e do Uzbequistão. Esses países são membros da Comunidade dos Estados Independentes (CEI) constituída após a derrocada soviética em 1991. A Geórgia integrou-se à CEI em 1994, mas

retirou-se da entidade em 2008. O país vive desde então um relacionamento conflituoso com Moscou, que apoiou a independência de seus territórios da Abecásia e da Ossétia do Sul. Os ossetianos do sul uniram-se aos ossetianos do norte, que vivem numa república autônoma dentro do território russo.

Novo conflito político emergiu com a Ucrânia em 2022. Era a última cena de uma crise antiga na qual a independência desse país foi mal digerida pelos russos. O desejo de parcela significativa da população ucraniana de aliar seu país à Europa Ocidental e aos seus valores liberais fomentou a crise de 2013 e 2014 na qual o governo pró-soviético de Viktor Yanukovych foi deposto pela população.

Está claro agora que ressurgiu das cinzas como um fantasma a conhecida Guerra Fria. A luta dos russos é outra vez por poder imperial. Isso significa dizer subserviência e vassalagem dos países vizinhos aos seus interesses. As ações da Rússia almejam modificar a ordem mundial definida na atualidade como *Pax Americana*. Suas ações no Cáucaso e noutros lugares, como é o caso da Síria, objetivam mostrar que há agora uma nova-velha potência que deve ser levada em conta nos cálculos estratégicos dos atores políticos.

A faceta ideológica desse embate evoca agora não mais o comunismo, mas a identidade eslava, a oposição ferrenha dos tradicionalistas russos ao *laissez-faire* do liberalismo, a forte oposição da Rússia à Otan e aos EUA e a defesa do conservadorismo do cristianismo ortodoxo. Cabe esclarecer que definir-se como ortodoxo tornou-se desde a governança de Bóris Yéltsin parte da identidade nacional russa, apesar de o número de observantes estritos permanecer entre 10 e 12% da população do país.¹

¹ A avaliação é da socióloga Natalia Zorkaya, do Levada-Center (CHURCH..., 2022).

O pan-eslavismo é recurso doutrinário desse coquetel ideológico. Faz parte das mensagens que Moscou dispara na direção dos búlgaros, dos sérvios, dos croatas, dos eslavo-macedônios, dos eslovenos, dos bósnios e dos montenegrinos. Esse mesmo artifício, o de unir populações com a mesma base etnolinguística de diversos Estados com o objetivo de consolidar uma forte aliança política, é aplicado por inúmeros movimentos em várias partes do mundo. Entre eles estão o pan-africano, o pan-árabe, o pan-americano, o pan-europeu, o pan-islâmico, o pan-indígena, o pan-asiático e o panturquismo também conhecido como neo-otomanismo. Exemplo adicional é o pan-iranismo que almeja fortalecer sua relação com os ossétios, com os curdos, com os zazas (que vivem na Turquia), com os tadjiques (que vivem espalhados no Afeganistão, no Tadjiquistão, no Uzbequistão), com os pashtuns e com os balúchis (que vivem no Afeganistão e no Paquistão). Todos eles são etnicamente persas.

Vladimir Pútín e seu fiel escudeiro Aleksandr Dúgin, o principal ideólogo do movimento tradicionalista russo, costumam afirmar que o desaparecimento da União Soviética foi um momento dramático e trágico da história do país. Descrevem a ocorrência como uma catástrofe. Esse sentimento é compartilhado por um número crescente de cidadãos russos e de Estados vizinhos que demonstram simpatia pela URSS e *nostalgia* da figura de Stálin, personagem amaldiçoado no Ocidente, mas que simboliza o de que os russos mais sentem falta agora – orgulho nacional, prestígio e um regime capaz de impor aos vizinhos a sua vontade pelo medo (POLL..., 2013).

Esse elemento psicossocial explica a simpatia pela política nacionalista de Pútín. Ela é uma resposta ao persistente luto pelo desaparecimento do império soviético. Dados de 2018 mostram que 66% da população russa

lamentavam esse desenlace (BALMFORTH, 2018). Em agosto de 2021, 47% gostariam de ver o atual presidente reeleito após 2024.

Quadro

Clima da opinião pública na Rússia

		19/5/2021
Os EUA e a Otan são os responsáveis pela crise com a Ucrânia		48%
É a Ucrânia a responsável		20%
É a Rússia a responsável		10%
	7/1996	12/2021
A Rússia está no caminho certo	32%	48%
	12/2003	11/2021
Minha atitude aos EUA é positiva	75%	45%
	12/2003	11/2021
Minha atitude à Comunidade Europeia é positiva	72%	48%
	1/2000	12/2021
Aprova o governo russo	39%	49%
		12/2021
Você está preocupado com as sanções políticas e econômicas do Ocidente contra a Rússia?	Muito preocupado	13%
	Preocupado	19%
	Um pouco preocupado	31%
	Não está preocupado	35%
	2016	2021
As relações da Igreja Ortodoxa Russa com a Igreja Católica sob a liderança do papa Francisco são boas	58%	31%
	2016	2022
As relações entre a Igreja Ortodoxa e a Igreja Católica são normais	57%	44%
	18/1/2018	21/9/2021
Definitivamente sou democrata	9%	12%
Sim, sou democrata	32%	32%
Não sou democrata	27%	27%
Definitivamente não sou democrata	11%	20%
Não sabe	21%	10%
		20/10/2021
Sou de esquerda	Definitivamente sim	6%
	Sim	12%
	Não	36%
	Definitivamente não	36%
	Não sabe	10%

	11/2000	8/2021
Tenho admiração por Pútín	4%	8%
Tenho simpatia por Pútín	31%	21%
Não posso dizer nada de ruim sobre ele	36%	27%
Posição neutra	11%	16%
Cautela	11%	7%
Não posso dizer nada de bom sobre ele	4%	9%
Tenho antipatia por Pútín	1%	4%
	11/2014	8/2021
Não sei se a Rússia está isolada internacionalmente	8%	5%
Definitivamente não está isolada	13%	11%
Não está isolada	32%	27%
Sim, está isolada	33%	39%
Definitivamente está isolada	14%	18%
	5/2016	1/2020
A Rússia deve tratar o Ocidente:		
Como inimigo	7%	5%
Como rival	24%	29%
Como aliado	55%	44%
Como amigo	4%	13%
Não sei	7%	10%

Fonte: elaborado pelo autor com base em dados do Levada-Center (ATTITUDE..., 2022; INTERNATIONAL..., 2021).

A presença de populações etnicamente russas em vários países da região alimenta a solidariedade da metrópole com essa gente e vice-versa. Esse argumento foi utilizado por Moscou para justificar a invasão da Crimeia e para se apossar desse território que fez parte da Rússia até 1954. Na Ucrânia a população etnicamente russa opôs-se à aproximação do país com o Ocidente e rebelou-se em apoio à invasão dos conterrâneos de além-fronteiras. Nesse jogo de influências e de interesses, a identidade cultural dos etnicamente russos desempenha papel decisivo. Devido à simpatia por Moscou, são vistos como quinta-coluna, uma acusação que se fazia em várias partes do mundo contra comunidades de expatriados alemães durante a Segunda Guerra.

Os cidadãos russos ecoam igualmente o sentimento de orgulho por seu passado histórico, em especial pelo *glamour* da vida dos Romanov que governaram a Rússia por 300 anos. Os palácios dos antigos czares são visitados por multidões. Os cidadãos do país prezam em especial a Pedro, chamado *o Grande* (1672-1725) por ter modernizado a Rússia. Para ter contato com o mundo ocidental, ele vagou 18 meses pela Europa fingindo ser marinheiro. Trabalhou como carpinteiro num estaleiro da Holanda. Aprendeu a retalhar gordura de baleia. Estudou anatomia e cirurgia. Visitou museus e galerias de arte. É uma história épica que emociona os russos.

3 Outros impérios e a mesma saudade

Noutros ambientes prolifera o mesmo sentimento de *nostalgia*. É o que acontece na França, onde políticos como François Fillon e Marine Le Pen recordam com orgulho a obra imperial do país em vários continentes. Existe também a *melancolia pós-colonial*, um caso mais grave que a *nostalgia* por ser uma tristeza crônica sem cura (GILROY, 2005). Foi o que aconteceu com os *ped-noirs*, cerca de um milhão de franceses que se tinham estabelecido na Argélia e que acabaram deportados em 1962 após a independência do país. Essa saudade de quem lamenta a saída da África tem sido chamada de *nostalgérie*. Ela é cultivada na obra de vários autores, como Albert Camus.

Na Grã-Bretanha, a saída da zona do Euro decidida em plebiscito em 31/1/2020 foi interpretada pelo partido UKIP (de extrema-direita) como oportunidade para recuperar não só a soberania política inglesa perdida para os europeus como também para aproximar Londres de suas antigas colônias na África e noutros lugares. Esse sentimento é compartilhado pelo Partido Trabalhista.

Essa posição nacionalista era defendida em 2022 pelo então primeiro-ministro Boris Johnson. O desejo de todos é recuperar o que os britânicos denominam *British greatness* (MARTILL, 2017), prédica comum nos discursos de Winston Churchill. Pensam que a vida de antigamente era melhor 63% dos britânicos (SHAFAK, 2018). Em 2016, 44% da população tinham orgulho da história colonial britânica.² Três anos depois, 30% dos ingleses diziam que suas antigas possessões estavam em melhor condição econômica e social dentro do império inglês.³ Uma parcela significativa de britânicos diz que gostaria de ver o país outra vez com colônias (MITCHELL, 2021).

O *glamour* da corte, o império e a vida dos monarcas são temas frequentes de sua programação cultural. Filmes e séries como *Gandhi* (1982), *A Passage to India* (1984), *The Far Pavillions* (1984), *The Coronation* (2018), *Viceroy's House* (2017), *Victoria & Abdul* (2017), *The Jewel in the Crown* (1984) e *Lawrence of Arabia* (1962) celebram a glória do antigo e grande império inglês. O lamento pelo desaparecimento do império de 300 anos foi amenizado com a criação do *Commonwealth*. Em 1922, o poder da Grã-Bretanha chegou ao auge com o domínio de um quinto da população do mundo e um quarto do seu território – a despeito das incessantes rebeliões que desafiaram seu controle, algo que começou em

²Dados coletados igualmente por YouGov.

³Dados coletados por YouGov, que entrevistou 1.684 adultos entre 10 e 11 de junho de 2019.

1776 com os colonos norte-americanos e que continuou depois em vários continentes.

Exemplos de marcadores remanescentes desse passado imaginado agora como glorioso são o anglicanismo, que se espalhou pelo mundo, e os mercenários *gurcos* recrutados pelos ingleses no Nepal. Esta força militar reproduz em solo britânico o que os franceses fazem com seus legionários estrangeiros. Outra marca simbólica é a figura mítica de James Bond, personagem utilizado pela mídia como relações públicas do império inglês. Em todos esses casos a *nostalgia* atua como força política que almeja o *revival* de uma época sepultada pela história.

As casas reais mantêm viva a recordação preservando o que restou daquele prestígio. É o que se vê não só na Grã-Bretanha obcecada com seus monarcas como também em lugares como o Japão, apesar de muitas das ações desses países imperiais terem sido genocidas em várias ocasiões em muitos lugares. O famoso *Relatório Casement* divulgado em 1904 por Roger Casement, um ex-diplomata irlandês, documentou os assassinatos, as mutilações, os sequestros e a tortura cometidos contra os nativos do Congo pela empresa privada do rei belga Leopoldo II. Ela dominou aquele território a partir de 1885 (RAJA, [2020]; CASEMENT..., [2009]). Morreram cerca de 10 milhões de pessoas sob sua governança. Assassinatos massivos foram cometidos também pelos britânicos, que suprimiram à força a rebelião dos Mau-Mau no Quênia – a organização que surgiu entre os Kikuyus, um grupo étnico local, que lutou contra o colonizador europeu entre 1952 e 1963. Cem mil africanos morreram no conflito, cerca de mil entre os 320 mil prisioneiros foram executados e outros milhares foram torturados – no que a autora Caroline Elkins denominou *British Gulag* (MAU..., [2013]; ELKINS, 2005). Roger Casement acabou preso e fuzilado em 1916 por ter mobilizado as forças rebeldes da Irlanda

contra a Grã-Bretanha (REMEMBERING..., [2020]).

Para muitos saudosistas, o império inglês significava honra e poder para a metrópole. Não é acaso o fato de Margareth Thatcher ter recebido o epíteto de *dama de ferro* em 1976 por sua decisão de lutar contra o comunismo ao lado de Ronald Reagan e pouco depois, em abril de 1982, por decidir manter a ferro e fogo o domínio britânico nas ilhas Falklands expulsando dali os argentinos.

A Turquia sob a liderança de Recep Tayyip Erdoğan é outro caso em que a *nostalgia* exerce influência na política de um governo, algo chamado nesse caso de *otomania*: o que está em jogo é o lamento pelo fim do império otomano em 1922. São muitos os sinais políticos e simbólicos desse desejo de resgate da honra perdida.

Ertuğrul Osman, herdeiro do trono otomano, foi expulso da Turquia em 1923 e viveu até os 97 anos num pequeno apartamento em Manhattan. Em setembro de 2009, durante seu funeral na Mesquita Imperial de Sultanahmet de Istambul, milhares de enlutados prestaram-lhe as últimas homenagens. Muitos beijaram as mãos dos sobreviventes de sua dinastia. Era um sinal modesto da reabilitação do apreço popular pelo antigo império.

Marcador adicional desse prestígio é a decisão tomada em 2015 pelo presidente do país de introduzir nas escolas a língua do antigo regime. Trata-se de uma versão do turco que utiliza a escrita árabe, abolida em 1928 por Mustafá Kamal Atatürk. Exemplo adicional de resgate da estima pelo império otomano foi o retorno da catedral de Santa Sofia à sua condição prévia de mesquita. Ela foi construída no século VI durante a era Bizantina e transformada em mesquita pelos otomanos após a conquista de Constantinopla em 1453.

Erdoğan realiza o sonho de seu mestre, o pensador e poeta Necip Fazıl Kısakürek (1904-

1983), que desejava bloquear a ocidentalização dos turcos. Na visão do atual regime, a Turquia é a continuação do império otomano de outrora. A mídia do país reforça esse sentimento com sua programação de filmes e de dramas que tratam da temática sob a perspectiva neo-otomana. Foi o caso da novela *Resurrection: Ertuğrul* (2014-2019), narrativa situada no alvorecer do império no século XIII. Outro sinal dos novos tempos é a decisão do Estado turco de espalhar tropas em Chipre, Líbia, Iraque, Síria, Catar, Somália, Afeganistão e na região dos Bálcãs. É a maior operação militar da Turquia no exterior desde a queda do seu império.

4 Hungria, Áustria e Japão

Na Hungria ressurgiu o sonho de recriar a velha pátria. O reino da Hungria é cantado em verso pela banda *Kárpátia*, que o descreve como um paraíso perdido. O mapa do seu território é o logotipo utilizado pelos fãs no culto que fazem ao grupo musical. Na Áustria o movimento monarquista Aliança Branco-Amarela, fundado em 2004, almeja restaurar a monarquia hereditária. Quer recuperar a glória imperial do seu antigo e vasto território, que incluía a Eslováquia, a Eslovênia, a Croácia e a República Tcheca. Nesse e noutros movimentos o nacionalismo étnico e o expansionismo territorial andam juntos. Eles ganharam vigor na repulsa militante de grupos políticos aos refugiados que chegaram do Oriente Médio a países como a Hungria, Polônia, Itália e Alemanha. Em decorrência dos conflitos e da globalização econômica, as diásporas cresceram em número e tornaram-se mais diversificadas, ampliando o mercado da saudade, da memória, do culto à pátria e aos antepassados.

O rico patrimônio cultural e histórico do Japão oferece ao povo inúmeras fontes de apre-

ciação. Elas estimulam a *nostalgia* de movimentos que buscam fortalecer a identidade nacional da população. Processo inverso à colonização de territórios estrangeiros, que levaram ao exterior quase dois milhões de japoneses, está agora sendo aplicado pelo governo de Tóquio devido à baixa natalidade de sua população. O debate sobre a nacionalidade japonesa é hoje tópico controverso em função da necessidade estratégica de inverter o declínio e o envelhecimento da população do país. Esse fator contribui para a *nostalgia* nacionalista que recorda a homogeneidade étnica do passado. O Japão precisa atrair 20 milhões de pessoas até a metade do século XXI para posicionar-se como potência regional (SAKANAKA, 2005; AKASHI; OGAWA, 2008), e a chegada de 370 mil imigrantes das comunidades japonesas do Brasil e do Peru faz parte desse processo de reabilitação.

Reação japonesa contrária à ocidentalização do país tomou impulso a partir de 1890, período conhecido como *restauração Meiji*, quando o desenvolvimento do Japão se inspirou nos avanços da sociedade europeia. Superou dessa forma o Xogunato, o sistema político que imperara no período medieval. Alguns militantes tradicionalistas recusaram então a energia elétrica numa atitude similar à dos luditas europeus. Outros se posicionaram em favor do boicote dos produtos chegados de além-mar (STARRS, 2011). Nos anos seguintes o monarca se tornou a principal fonte de poder político do país. O Japão rompeu a partir daí seu isolamento de 250 anos e aplicou uma política desenvolvimentista. Tornou-se gradativamente imperial. Invadiu os territórios de Formosa, da Rússia e da China. A Coreia seria anexada em 1910. Esses conflitos e o controle de territórios estrangeiros só acabaram na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), com a derrota do Japão sob Hirohito, imperador entre 1925 e 1989.

Esse é o período mais lembrado pelo movimento *retro* japonês atual. Essa atitude cultural envolve várias iniciativas que também nesse caso romantizam o passado distante. Foi o caso do filme *Always: Sunset on Third Street* (2005). Empreendimentos comerciais deram impulso à onda de saudade que abate na atualidade a geração dos *millennials* japoneses. Eles acompanham com interesse a disputa de narrativas sobre o passado do país, um tema também frequente nos currículos escolares (MILLS, 2020).

5 Iugoslávia, RDA, África do Sul, Mongólia e China

Outro exemplo é a *iugonostalgia* (EUROPEANS..., [2008]), sentimento cultivado nas ex-repúblicas da Iugoslávia (Bósnia e Herzegovina, Croácia, Macedônia do Norte, Montenegro, Sérvia e Eslovênia), país que existiu entre 1945 e 1991 (BILEFSKY, 2008). *Titoísmo* é o nome que se dá à saudade do seu dirigente, o marechal Tito. O apelo da *iugonostalgia* e do *titoísmo* manifesta-se na música e noutros artefatos simbólicos. O que está em jogo é o orgulho pelo que existia – o socialismo, o multiculturalismo e a projeção internacional do país.

Sentimento similar ocorre no território da antiga República Democrática Alemã (RDA). Ele é chamado de *Ostalgie*, a saudade do Leste – tema do filme *Good Bye Lenin!* (2003). Livros, documentários, programas de TV e a moda acompanham a tendência de recordar a vida da antiga Alemanha Oriental. É intenso o comércio artesanal feito pela internet de produtos da antiga RDA.

Algo parecido move os africanos conservadores da África do Sul que consomem as mensagens divulgadas pela Rádio Pretória (SWARNS, 2002). Sua programação é dirigida aos que lamentam o desaparecimento do *apartheid* (PRETORIA FM, c2018).

O antigo império mongol, o segundo maior da história depois do britânico, é hoje lembrado nas estátuas construídas em homenagem a Gêngis Khan (1162-1227). Sua figura é o principal ícone do imaginário cultural dessa população dividida entre a Mongólia e o norte da China. Seu rosto está gravado em cédulas de dinheiro e garrafas de vodka.

Como era de se esperar, o embate cultural atingiu a Mongólia Interior, que pertence à China. Os protestos contra os chineses surgiram provocados pelo medo dos nativos de perderem a língua mongol. Pequim exigiu em 2021 a introdução do chinês nas escolas locais como língua oficial. Revolta contra a decisão apareceu também do outro lado da fronteira, na Mongólia “oficial”, onde a população demonstrou seu rancor frente à embaixada de Pequim. A Mongólia Interior é o último reduto da escrita tradicional do mongol vertical. O que a China deseja agora é a progressiva

assimilação desse grupo e das outras 55 minorias à matriz cultural da etnia Han (91,2% da população do país), uma medida que almeja fortalecer a unidade nacional e a harmonia cultural de sua população.

As novas gerações de chineses foram educadas a celebrar a memória da unidade territorial do país obtida durante cinco dinastias e durante dois milênios. Por isso mesmo a secessão de Taiwan é um abalo emocional que desafia a política externa da China. Seu nacionalismo não admite a independência da ilha rebelde. Unidade nacional tornou-se um tema grave. Isso também explica a vocação autoritária do regime comunista. Ele teme a desagregação política de seu imenso território e de sua população de 1,4 bilhão de pessoas.

A melancolia abateu também os *retornados*, o nome que se dá aos estimados 500 mil colonos estabelecidos em Angola e Moçambique e noutros lugares do império português que voltaram à metrópole em 1974 (PERALTA, 2021). A saudade é cultivada intensamente na internet, na música popular, na vasta produção de livros sobre o tema (MEDEIROS, 2011), no cinema (FAULKNER; LIZ, 2016) e noutras manifestações artísticas.

Não é acaso o fato de o ex-ditador Antônio de Oliveira Salazar ter sido escolhido em 2007, no programa *Os grandes portugueses*, a maior personalidade da história do país, com o apoio de 41% dos 159.245 votos dos telespectadores. Ele foi um dos maiores entusiastas do império construído a partir de 1415 com o controle de Ceuta e que terminou em 1999 com a devolução de Macau à China. A *nostalgia* dessa jornada de expansão marítima é evocada no Monumento aos Navegantes, o mais importante de Lisboa, construído em 1940, à beira do rio Tejo. O antigo império português é agora produto da imaginação coletiva (VECCHI, 2020; RIBEIRO, 2002).

Embora o fado tenha nascido no século XIX e não tenha relação direta com as colônias, sua melodia é considerada um hino à *nostalgia* (FRYDBERG, 2012). É um lamento à fatalidade do destino (MOURA, 2007). Esse canto está acompanhado de perto pela música sacra, pelos cantos litúrgicos, pelo *negro spiritual*, pelo tango, pelo jazz, pela tradicional *chanson* francesa, pelas músicas natalinas e por melodias nativistas, como a *long song* da Mongólia.⁴ Todos evocam no ouvinte a saudade de um tempo, de uma terra e de uma língua (GALBINGGA GROUP, [2010]; М.ДҮТЭРЦҮРЭН..., 2016). O motivo da *nostalgia* cantada nos versos varia.

O ativismo simbólico tem sido o instrumento predileto dessas manifestações de saudade. Quando esse tipo de comunicação cresce e ultrapassa

⁴Ela é assim chamada porque é longa e cada sílaba é pronunciada lentamente. Uma música de quatro minutos pode ter somente dez palavras.

certo limiar, chega-se ao próximo estágio, o do ativismo político. Exemplo é a Catalunha. A vida cultural pode não ser suficiente para expressar o desejo de recuperar a pátria ou de evitar o desaparecimento de uma língua – caso também dos grupos franceses que lutam para manter vivos dialetos locais como o occitano. Surge, pois, a violência, algo que não acontece na França, mas que ocorre no País Basco.

Varia o tempo de cada etapa (a da militância simbólica, a do ativismo político e a da rebelião armada). A comunicação simbólica perdura em todas as fases, pois sem ela as demais etapas não aconteceriam. Existe também o caminho inverso como o exercido pelos zapatistas que recuaram da guerra. Eles se bastam agora com o ativismo cultural e com a militância política realizada nas cercanias de Oaxaca e de Chiapas.

6 A retroproia e o poder do passado

O slogan criado por Donald Trump – *Make America Great Again*, utilizado em sua campanha política à presidência dos EUA – evoca o sentimento de parcela da população e de muitos pensadores e comentaristas de que o país está perdendo sua posição de liderança no mundo. Os críticos a denominam *imperialismo*, termo cuja conotação é negativa e que se parece à denúncia do *colonialismo* europeu.

É possível, no entanto, distinguir os dois termos, pois o império norte-americano que ainda persiste não colonizou territórios – algo que aconteceu, por exemplo, na Índia, na Austrália e na América do Norte com os britânicos; com os portugueses que enviaram imigrantes à África, à China e à América; com os franceses que povoaram o norte da África e a Indochina; com os holandeses que se deslocaram para o nordeste do Brasil; e com os italianos que colonizaram a Líbia entre 1911 e 1943.

Os emissários norte-americanos são homens e mulheres armados que faziam e ainda fazem valer os interesses internacionais de Washington. Isso acontece desde que a expansão norte-americana começou no século XIX com a expulsão dos espanhóis de Cuba e com o controle das Filipinas, e perdurou até 1946. Os EUA anexaram os territórios do reino do Havaí em 1898 e do Texas mexicano em 1845 antes de iniciar nesses locais um movimento imigratório significativo. Tal distinção explica por que inexistem nos EUA a *nostalgia* colonial que abate agora os russos em sua investida militar sobre a Ucrânia.

A saudade da antiga glória ocorre igualmente com os militantes do Estado Islâmico e com outros grupos islamitas (como a Irmandade Muçulmana) que desejam unir a *umma* para restaurar o califado. Ele surgiu originalmente com Abu Bakr após a morte de Maomé em 632. A *nostalgia* islamita realça agora com orgulho a obra dos califados seguintes, o Omíada e o Abássida. Eles impulsionaram as conquistas árabes ao incorporarem à zona de influência do Islã regiões do Cáucaso, do Paquistão, do norte da África e da península Ibérica – um território estimado em 15 milhões de quilômetros quadrados, o quinto maior da história. O desejo islamita quer ainda acertar as contas com o destino reconquistando a Andaluzia perdida pelos mouros aos reis cristãos da Espanha.

Há também a nostalgia reversa. É um sentimento que aparece quando os libertos dos impérios percebem frustrados os golpes e contragolpes promovidos pelos novos dirigentes da pátria. Em algumas ex-colônias a situação social piorou após a obtenção da liberdade política, mesmo na Argélia, que enfrenta um conflito civil há décadas. As novas gerações frustradas começam, então, a lamentar a saída dos antigos donos da terra idealizando o império e a vida colonial. Esse sentimento ocorre em países como a Líbia, a Síria e o Líbano. Foi sentido na

África portuguesa, que permaneceu envolta em guerra civil por longo período de tempo. O *retro* é recurso simbólico que aparece no retorno das modas, nos filmes de época, nos festivais *folk* (ULVERSTON..., 2017), no culto ferrenho das pessoas à tradição e aos ritos e na amnésia e percepção seletiva que escolhe símbolos de prestígio e afasta os que denigram a reputação da pátria e dos antepassados.

Os príncipes e as rainhas são deificados por serem símbolos de um tempo que perdura graças a vários artifícios de comunicação. As marcas do império podem ser vistas nas largas avenidas e nos palácios, museus e prédios majestosos de Roma, de Viena, de Berlim, de Londres, de Istambul, de Budapeste, de Paris, de Washington, de Madrid, de São Petersburgo, de Tóquio e de Moscou. O culto ao passado aparece nas telenovelas, na prática da publicidade, do consumo e do turismo.

Ou seja, o efeito da memória que celebra a experiência imperial é o oposto do que transparece na descrição crítica que abomina a era colonial. A primeira recorda e lamenta o poder global perdido ao longo da história, ao passo que a segunda denuncia seus crimes – a fome na Índia, os campos de detenção, os massacres causados pelas tropas de ocupação, o comércio de escravos como o praticado pela Grã-Bretanha até 1807. Os críticos ponderam que a faceta moderna do imperialismo é cultural. Os fortes dominam os fracos por meio do *soft power*. Recursos simbólicos são utilizados intensamente pelos Estados para deixar uma marca no imaginário coletivo dos estrangeiros.

Ao contrário da *saudade*, que se resolve com o encontro, a *nostalgia* perdura no tempo, já que não é possível viver uma época que se perdeu para sempre. Esse luto é recurso que serve aos fins da estimulação política: ele permite à pessoa idealizar um tempo imaginado como perfeito. Atores políticos com frequência se valem dessa emoção coletiva para impor sua ambição expansionista.

7 Conclusão

O presente não existe porque o tempo é fluxo contínuo. Pessoa alguma sabe quando começa o futuro. Somente o passado vale porque ele está fixado nos documentos e nos livros de história e não muda. Esse fato explica o poder da memória e das narrativas de encantamento sobre o tempo remoto.

Modificar o entendimento sobre o passado significa abandonar certas premissas – uma atitude difícil, pois ela implica mudança de valores e de enquadramento dos fatos, algo bem descrito na abordagem teórica do cognitivismo (SANTOS, 2019). Esse grau de dificuldade que vale para a pessoa vale também para as nações.

A pessoa pode modificar seu comportamento ajustando o pensamento sobre os dias que se foram. Esta é, em última instância, a função da psicoterapia. Tal medida é mais complexa quando o que está em jogo é a memória coletiva. Cada grupo age de certa forma porque entende a história de uma maneira. A consequência é o embate entre as narrativas. Uma substitui a outra com o passar do tempo a depender de quem vença a disputa interpretativa. É o que acontece com as revoluções que sempre começam como ativismo retórico. Os rebelados alteram o significado dos vocábulos e, dessa maneira, os sentimentos que as palavras evocam.

Resulta que a *nostalgia* é uma emoção individual e coletiva. Os povos também sentem que algo ficou perdido no caminho. Esse sentimento atingiu os viajantes das grandes navegações, as que duravam meses e anos com as relatadas por Homero na *Odisseia* e por Luís de Camões em *Os Lusíadas*. A saudade de Roma e principalmente da Grécia tornou-se característica da vida intelectual do século XIX. O filelenismo foi cultuado por Friedrich Nietzsche e por seu amigo Richard Wagner, entre muitos outros pensadores da Europa.

Os povos sublimam, reagem de certa maneira a traumas coletivos, recalcam e enlouquecem (HOWELL, 2011). Lutam para recuperar o que consideram ser um tesouro escondido nas trevas do tempo. Por ser invisível aos olhos, esse andar em marcha à ré tem aparência mágica porque o que está em jogo é intangível. É o que ocorre com o nacionalismo e com as ideologias antimodernas que almejam recuperar o estilo de vida bucólico, intimista, coletivista e natural das comunidades primitivas de outras eras.

O termo é útil para explicar o ranger de dentes dos russos contra a Ucrânia. Pressupunha-se em 2022 que havia algo concreto e visível na queixa russa de que o país estava sendo ameaçado pelo expansionismo ocidental. Ocorre que a alegada racionalidade dos cálculos políticos não é suficiente para explicar a decisão de Moscou de reativar a Guerra Fria.

Cabe lembrar, a propósito, que a Otan andava desorientada e em crise de identidade. Os generais dessa aliança militar costumavam perguntar – quem é o nosso inimigo na Europa depois do fim do Pacto de Varsóvia? Onde está a ameaça? Graças à renovada vocação imperial da Rússia e ao desejo de Pútin de reabilitar o prestígio internacional do país, eles sabem agora a resposta.

Este relato comparado mostrou a relação entre a política internacional e as emoções humanas. O tema não é novo e tornou-se popular com a emergência do campo da psicologia política. Ele surgiu aos poucos nos escritos clássicos de Aristóteles, Tucídides, Hobbes e Maquiavel, entre outros autores. O realista Hans Morgenthau destacou o medo. Outros autores realçam a confiança. Adorno, atormentado pelo nazismo e pelo fascismo, tratou da personalidade autoritária. Os marxistas abominam a ambição e a humilhação de classe.

A psicologia política como área de estudos insinuou-se nos escritos sobre a psicologia das

multidões de Gustave Le Bon, que ainda no século XIX abordou o efeito perverso que as massas humanas têm sobre o comportamento dos indivíduos. Freud não se furtou ao tema ao escrever *O mal-estar na civilização*.

Destaque foi dado à *nostalgia*, muito embora outros sentimentos se combinem nas crises políticas e militares. Este estudo pode ser enquadrado também na ampla temática do que se convencionou chamar *emoções políticas* (NUSSBAUM, 2015). Embora esse tratamento das relações internacionais contrarie os analistas pragmáticos rotulados de *realistas*, aqui se afirma que as emoções subjazem às decisões dos atores usualmente descritos como frios e calculistas.

Assim, como forma de reparar o mal eventualmente produzido por esse tipo de julgamento descrito como *realpolitik*, surgem os rituais de pacificação e de reconciliação, a encenação do minuto de silêncio, o rufar dos tambores e o pedido de desculpas pela euforia desmedida e as iniciativas terapêuticas que tentam remediar a hostilidade mútua e os preconceitos que perduram com frequência para sempre. Tais rituais de aconchego valem-se de uma simbologia amorosa cujo objetivo é apagar da memória os cálculos mal feitos baseados na inveja, no medo, no rancor, no orgulho ferido e na *nostalgia* entre outras emoções coletivas. É assim que anda a história que valoriza sobremaneira os generais, seus atos heroicos e mortais, muito embora o que acaba restando dessas experiências trágicas é o abalo intergeracional. É o que se vê até hoje com as consequências ainda visíveis da Segunda Guerra Mundial.

Kissinger (1999) costumava dizer que as decisões de política exterior deveriam basear-se exclusivamente em avaliações de poder e de interesse nacional. Ocorre que esses termos são vagos: eles também dependem da subjetividade humana.

Sobre o autor

Jacques A. Wainberg é doutor pela Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor titular dos programas de graduação e pós-graduação da Escola de Comunicação e Artes da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; pesquisador do CNPq.
E-mail: jacqalwa@pucrs.br

Como citar este artigo

(ABNT)

WAINBERG, Jacques A. Nostalgia e império: política e emoções coletivas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 238, p. 147-163, abr./jun. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p147

(APA)

Wainberg, J. A. (2023). Nostalgia e império: política e emoções coletivas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(238), 147-163. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p147

Referências

AKASHI, Jun'ichi; OGAWA, Naoki. Imin 1000-mannin “iminzoku kokka” e: Tabu ni chosen suru Jiminto Giren. *Shūkan Ekonomisuto*, Tōkyō, p. 68-72, 2008.

ALWAYS: Sunset on Third Street. Direção: Takashi Yamazaki. Produção: Chikahiro Ando, Keiichiro Moriya e Nozomu Takahashi. Intérpretes: Hidetaka Yoshioka, Shinichi Tsutsumi, Koyuki, Maki Horikita *et al.* Roteiro: Takashi Yamazaki. [S. l.]: Nippon TV: Toho, 2005. 1 vídeo (133 min).

ATTITUDE towards countries and their citizens. *Levada-Center*, [s. l.], 16 Sept. 2022. Disponível em: <https://www.levada.ru/en/2022/09/16/attitude-towards-countries-and-their-citizens/>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BALMFORTH, Tom. Russian nostalgia for Soviet Union reaches 13-year high. *Reuters*, Moscow, Dec. 19, 2018. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-russia-politics-sovietunion/russian-nostalgia-for-soviet-union-reaches-13-year-high-idUSKBN1O120Q>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BILEFSKY, Dan. Oh, Yugoslavia! How they long for your firm embrace. *The New York Times*, [New York], Jan. 30, 2008. Disponível em: https://www.nytimes.com/2008/01/30/world/europe/30yugo.html?_r=0. Acesso em: 12 dez. 2022.

CASEMENT report. [S. l., s. n., 2009]. 1 vídeo (ca. 2 min). Publicado pelo canal Alex2256. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=M0SkMzsN3_4. Acesso em: 12 dez. 2022.

CHURCH and State. *Levada-Center*, [s. l.], 27 Jan. 2022. Disponível em: <https://www.levada.ru/en/2022/01/27/church-and-state/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

ELKINS, Caroline. *Britain's Gulag: the brutal end of Empire in Kenya*. London: Jonathan Cape, 2005.

EUROPEANS: Yugo-nostalgia not what it used to be. [S. l.]: EuroNews, [2008]. 1 vídeo (8 min). Publicado pelo canal EuroNews. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MRASojQfNWI>. Acesso em: 12 dez. 2022.

FAULKNER, Sally; LIZ, Mariana. Portuguese film: colony, postcolony, memory. *Journal of Romance Studies*, [Liverpool], v. 16, n. 2, p. 1-11, 2016. DOI: <https://doi.org/10.3828/jrs.2016.160201>. Disponível em: <https://www.liverpooluniversitypress.co.uk/journals/id/50/volume/16/issue/2/article/36369>. Acesso em: 12 dez. 2022.

FRYDBERG, Marina Bay. “O fado que nós cantamos, é a sina que nós seguimos”. Jovens fadistas portuguesas e a emoção como meio de se construírem enquanto artistas. *RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, João Pessoa, v. 11, n. 32, p. 520-556, ago./nov. 2012. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/RBSE%2011.32.ago2012%20completa%20em%20Word.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

GALBINGGA GROUP. *Mongolian long song (Urtiin duu)*. [S. l.: s. n., 2010]. 1 vídeo (ca. 5 min). Publicado pelo canal Batoyun ch. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OPJ1WTF2SDY>. Acesso em: 12 dez. 2022.

GANDHI. Direção: Richard Attenborough. Produção: Richard Attenborough. Intérpretes: Ben Kingsley, Candice Bergen, Edward Fox *et al.* Roteiro: John Briley, Alyque Padamsee e Candice Bergen. [S. l.]: Goldcrest Films, 1982. 1 vídeo (191 min).

GILROY, Paul. *Postcolonial melancholia*. New York: Columbia University Press, 2005. (The Wellek Lectures).

GOLDGEIER, James M.; TETLOCK, Philip E. Psychology and international relations theory. *Annual Review of Political Science*, [s. l.], v. 17, n. 4, p. 67-92, June 2001. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.4.1.67>. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.polisci.4.1.67>. Acesso em: 12 dez. 2022.

HOWELL, Alison. *Madness in international relations: psychology, security, and the global governance of mental health*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2011. (Interventions).

INTERNATIONAL relations: August 2021. *Levada-Center*, [s. l.], 10 Sept. 2021. Disponível em: <https://www.levada.ru/en/2021/09/10/international-relations-august-2021/>. Acesso em: 19 jan. 2022.

KERTZER, Joshua D.; TINGLEY, Dustin. Political psychology in international relations: beyond the paradigms. *Annual Review of Political Science*, [s. l.], v. 21, n. 1, p. 319-339, May 2018. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-041916-020042>. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-polisci-041916-020042>. Acesso em: 12 dez. 2022.

KINGSEPP, Eva. The Second World War, imperial, and colonial nostalgia: the North Africa campaign and battlefields of memory. *Humanities*, [s. l.], v. 7, n. 4, p. 1-16, Nov. 2018. DOI: <https://doi.org/10.3390/h7040113>. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2076-0787/7/4/113>. Acesso em: 12 dez. 2022.

KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. Tradução de Saul S. Gifter e Ann Mary Fighiere Perpetuo; revisão da tradução de Heitor Aquino Ferreira. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves: UniverCidade Ed., 1999.

LARSEN, Svend Erik. A post-imperial stress syndrome or a new beginning? *European Review*, [s. l.], v. 28, n. 1, p. 102-117, Feb. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1062798719000309>.

LAWRENCE da Arábia. Direção: David Lean. Produção: David Lean e Robert A. Harris. Intérpretes: Peter O'Toole, Omar Sharif, Alec Guinness, Anthony Quinn, Claude Rains *et al.* Roteiro: Robert Bolt e Michael Wilson. [S. l.]: Horizon Pictures: Columbia Pictures Corporation, 1962. 1 vídeo (227 min).

MARTILL, Benjamin. Brexit and UK foreign policy: 'Keeping Britain Great' or 'Putting the Great back into Great Britain'? *In: UCL Europe Blog*. London, 3 Nov. 2017. Disponível em: <https://ucluropeblog.com/2017/11/03/brexit-and-uk-foreign-policy-keeping-britain-keeping-or-putting-the-great-back-into-great-britain/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

MAU Mau do Quênia: a última batalha. [S. l.]: Al Jazeera, [2013]. 1 vídeo (ca. 48 min). Publicado pelo canal Al Jazeera English. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xEwOICbKXcw>. Acesso em: 12 dez. 2022.

М.ДҮГЭРСҮРЭН – ЖИНХЭНЭ Монгол эр. [S. l.]: Mongolia's Got Talent, 2016. 1 vídeo (ca. 7 min). Publicado pelo canal Mongolia's Got Talent. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=fz7eRpa_rR4. Acesso em: 12 dez. 2022.

MEDEIROS, Paulo de. No nostalgia. *Luso-Brazilian Review*, [s. l.], v. 48, n. 2, p. 195-201, Dec. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1353/lbr.2011.0047>.

MILLS, Andrew Steven. *Imperial imaginations: constructing Japanese history and memory in the age of empire*. 2020. Thesis (Master of Arts) – Department of East Asian Studies, University of Virginia, Charlottesville, 2020. Disponível em: https://libraetd.lib.virginia.edu/public_view/0c483k20s. Acesso em: 12 dez. 2022.

MITCHELL, Peter. *Imperial nostalgia: how the British conquered themselves*. Manchester: Manchester University Press, 2021.

MOURA, Ana. *Fado loucura (ao vivo no CCB)*. Lisboa: CBB, 2007. 1 vídeo (ca. 4 min). Publicado pelo canal Rita6ouveia. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=lh9YHtZzHfk>. Acesso em: 12 dez. 2022.

NUSSBAUM, Martha C. *Political emotions: why love matters for justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

PASSAGEM para a Índia. Direção: David Lean. Produção: John Brabourne e Richard B. Goodwin. Intérpretes: Judy Davis, Victor Banerjee, Peggy Ashcroft, James Fox *et al.* Roteiro: Santha Rama Rau. [S. l.]: EMI Films Ltd.: HBO: Thorn EMI, 1984. 1 vídeo (164 min).

PERALTA, Elsa (ed.). *The retornados from the Portuguese colonies in Africa: memory, narrative, and history*. New York: Routledge, 2021. (Routledge Studies in Cultural History).

POLL finds Stalin's popularity high. *The Moscow Times*, [s. l.], Mar. 2, 2013. Disponível em: <https://www.themoscowtimes.com/2013/03/02/poll-finds-stalins-popularity-high-a21998>. Acesso em: 12 dez. 2022.

PRETORIA FM. Pretoria: Pretoria FM, c2018. Disponível em: <https://www.pretoriafm.co.za>. Acesso em: 12 dez. 2022.

PURSIANEN, Christer; FORSBERG, Tuomas. Why does psychology matter in international relations? In: _____. *The psychology of foreign policy*. Cham: Palgrave Macmillan, 2021. p. 1-46. (Palgrave Studies in Political Psychology).

RAJA, Masood. *Heart of darkness: the Casement report*. [S. l.: s. n., 2020]. 1 vídeo (ca. 5 min). Publicado pelo canal Dr. Masood Raja. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=T2rBfH8qrbg>. Acesso em: 12 dez. 2022.

REMEMBERING Roger Casement. [S. l.]: Sinn Féin, [2020]. 1 vídeo (ca. 6 min). Publicado pelo canal Sinn Féin. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZSUHatV6nsQ>. Acesso em: 12 dez. 2022.

RESURRECTION: Ertugrul. Direção: Metin Günay. Produção: Kemal Tekden. Intérpretes: Engin Altan Düzgün, Serdar Gökhan, Hülya Darcan *et al.* Criação: Mehmet Bozdağ. [S. l.]: TRT 1, 2014-2019. 448 episódios.

RIBEIRO, Margarida Calafate. Empire, colonial wars and post-colonialism in the Portuguese contemporary imagination. *Portuguese Studies*, [s. l.], v. 18, n. 17, p. 132-214, Jan. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1353/port.2002.0005>.

SAKANAKA, Hidenori. *Nyūkan senki: "zainichi" sabetsu, "Nikkeijijin" mondai, gaikokujin hanzai to, Nihon no kin-mirai*. Tōkyō: Kōdansha, 2005.

SANTOS, Bruno Maciel. Poder, incerteza e heurísticas: contribuições da psicologia cognitiva para o estudo da tomada de decisões nas relações internacionais. *BJIR – Brazilian Journal of International Relations*, Marília, v. 8, n. 2, p. 354-384, maio/ago. 2019. DOI: <https://doi.org/10.36311/2237-7743.2019.v8n2.07.p353>. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/bjir/article/view/8344>. Acesso em: 12 dez. 2022.

SHAFK, Elif. It's not just Europe – toxic imperial nostalgia has infected the world. *The Guardian*, [London], 10 Dec. 2018. Opinion. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/dec/10/nostalgia-for-empires-lost-seductive-dangerous>. Acesso em: 12 dez. 2022.

STARRS, Roy. The anti-modernist backlash: constructing Meiji tradition. In: _____. *Modernism and Japanese culture*. Houndmills, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011. p. 37-83. (Modernism and ...).

SWARNS, Rachel L. No ar, a rádio que tem nostalgia do *apartheid*. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, ano 123, n. 39.807, 13 out. 2002. Internacional, p. A22. Disponível em: <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20021013-39807-nac-22-int-a22-not/tela/fullscreen>. Acesso em: 12 dez. 2022.

THE CORONATION. Direção: Harvey Lilley. Produção: Harvey Lilley. Narração: Keeley Hawes. [London]: Atlantic Productions, 2018. 1 vídeo (60 min).

THE FAR Pavillons. Direção: Peter Duffell. Produção: Geoffrey Reeve. Intérpretes: Ben Cross, Amy Irving, Christopher Lee, Benedict Taylor, Rossano Brazzi *et al*. Roteiro: Julian Bond e M. M. Kaye. [S. l.]: HBO, 1984. 6 episódios (316 min).

THE JEWEL in the Crown. Direção: Jim O'Brien e Christopher Morahan. Produtor: Christopher Morahan. Intérpretes: Peggy Ashcroft, Janet Henfrey, Derrick Branche, Charles Dance *et al*. Roteiro: Paul Scott, Irene Shubik e Ken Taylor. [S. l.]: ITV, 1984. 14 episódios (778 min).

ULVERSTON Retro Rendezvous. Ulverston: Choose Ulverston, 2017. 1 vídeo (ca. 3 min). Publicado pelo canal Trafalgarpr. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bZbzX956XGo>. Acesso em: 12 dez. 2022.

VECCHI, Roberto. A nostalgia colonial no país da saudade: fantasmagorias e pós-memória. *Confluenze: Rivista di Studi Iberoamericani*, [Bologna], v. 12, n. 2, p. 169-181, 2020. DOI: <https://doi.org/10.6092/issn.2036-0967/12175>. Disponível em: <https://confluenze.unibo.it/article/view/12175>. Acesso em: 12 dez. 2022.

VICEROY'S House. Direção: Gurinder Chadha. Produção: Paul Mayeda Berges, Gurinder Chadha e Deepak Nayar. Intérpretes: Hugh Bonneville, Gillian Anderson, Manish Dayal, Huma Qureshi, David Hayman, Michael Gambon *et al*. Roteiro: Paul Mayeda Berges, Moira Buffini e Gurinder Chadha. [S. l.]: Pathé: BBC Films: Bend It Films, 2017. 1 vídeo (106 min).

VICTORIA & Abdul. Direção: Stephen Frears. Produção: Tim Bevan, Eric Fellner, Beeban Kidron e Tracey Seaward. Intérpretes: Ali Fazal, Judi Dench, Eddie Izzard, Adeel Akhtar, Paul Higgins, Michael Gambon *et al*. Roteiro: Lee Hall. [S. l.]: BBC Films: Perfect World Pictures: Working Title Films: Cross Street Films, 2017. 1 vídeo (112 min).

O espaço deliberativo nas audiências públicas das comissões permanentes da Câmara dos Deputados

SÍLVIA MUGNATTO MACEDO

Resumo: Trabalho sobre as funções das audiências públicas da Câmara dos Deputados fundado numa discussão entre a teoria deliberativa e a teoria do novo institucionalismo. Elaborou-se um banco de dados com informações sobre todas as audiências das comissões permanentes realizadas em três anos selecionados. Entre os convidados preponderaram autoridades do Poder Executivo. A motivação principal para as audiências é justamente a fiscalização desse Poder. Apenas 20% dos temas discutidos em audiências são relativos a projetos em tramitação, mas outras características deliberativas dessas discussões públicas são ressaltadas.

Palavras-chave: audiências públicas; comissões permanentes; Câmara dos Deputados; teoria deliberativa.

The deliberative space in the public hearings of the standing committees of the Brazilian Chamber of Deputies

Abstract: This article is about the functions of public hearings of the Brazilian Chamber of Deputies and it starts from a discussion between two theories: deliberative and new institutionalism. A database was prepared with information on all hearings of the standing committees held over the three selected years. There is a preponderance of executive authorities among the guests. The main motivation for the hearings is precisely the supervision of this power. Only 20% of the topics discussed at hearings are related to projects under debate in the chamber, but other deliberative characteristics related to these debates are indicated.

Recebido em 15/8/22
Aprovado em 28/11/22

Keywords: public hearings; standing committees; Chamber of Deputies; deliberative theory.

1 Introdução

A finalidade deste trabalho é abordar as funções das audiências públicas das comissões permanentes da Câmara dos Deputados com base numa discussão entre as teorias deliberativa e do novo institucionalismo. As audiências são bastante utilizadas pelos deputados, e ao longo do tempo a tendência é aumentar seu uso. Foram 274 em 2005 e 545 em 2013. Uma suposição inicial é a de que o deputado que requer o encontro solicita mais informações sobre algum assunto e, por isso, convida especialistas de fora para falar. Não bastaria apenas requerer as informações por escrito. Realiza-se uma audiência na comissão para que o assunto possa inclusive ser debatido com os colegas. Esse debate poderá instruir a votação de um projeto ou ajudar a identificar problemas novos que possam ser alvo da ação legislativa ou tornar-se uma ação de fiscalização de algum órgão público.

Pela óptica da teoria deliberativa, as pessoas sentam-se para discutir, buscando pontos em comum e até podem alterar seus pontos de vista iniciais durante a discussão. Portanto, um objetivo inicial é verificar se as audiências têm características deliberativas do ponto de vista da expressão de opiniões diferenciadas e da discussão mesma dos projetos em tramitação.

Não é possível deixar de lado as explicações baseadas no novo institucionalismo, que tem uma tradição forte na Ciência Política e trabalha com preferências fixas dos agentes com vistas a sua reeleição. As audiências públicas seriam apenas uma parte desse jogo centrado na barganha e no voto majoritário.

Parte dos estudos institucionalistas mostra que o Legislativo opera segundo uma lógica partidária para fazer valer suas demandas no jogo de cooperação com o Executivo. Outra vertente do trabalho busca, pois, verificar até que ponto as audiências públicas das comissões são um palco de disputa partidária. Os ganhos informacionais em torno dos projetos de lei teriam menos relevância. Para o eleitor, porém, as posições de cada partido ficariam mais claras – o que não deixa de ser uma contribuição para o processo deliberativo mais geral.

Para verificar as hipóteses, foi montado um banco de dados com a classificação dos convidados e das motivações das audiências públicas das comissões permanentes da Câmara em três anos selecionados. Foi possível verificar que a motivação mais forte é a fiscalização do Poder Executivo, e não a discussão de projetos de lei – o que poderia estar mais ligado ao jogo de poder entre oposição e governo –, mas existem outros motivos, e a participação da sociedade é bastante diversificada. A própria tomada de posição nos debates entre governo e oposição pode

conter argumentos importantes para a grande deliberação que ocorre na época das eleições.

2 As comissões

Em junho de 2016 existiam 25 comissões permanentes na Câmara dos Deputados, com uma composição que variava de 18 a 66 parlamentares em cada uma¹. A indicação dos seus membros foi comandada por três blocos de partidos e cinco partidos que não se uniram em blocos. Há uma tendência de aumento do número de comissões permanentes, visto que em 1989 existiam apenas dez. Somente entre 2013 e 2016 foram criadas quatro novas comissões porque a Comissão de Turismo e Desporto foi dividida em duas e foram criadas comissões para zelar pelos direitos da pessoa com deficiência, do idoso e da mulher.

Além de discutir projetos de lei, o texto constitucional cita que também são atribuições das comissões: a) “realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil”, b) “convocar Ministros de Estado para prestar informações”, c) receber queixas “de qualquer pessoa contra atos ou omissões [de] autoridades [e] entidades públicas”, d) “solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão” e e) “apreciar programas de obras [e] planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento” (BRASIL, [2022]). Em relação às audiências, Balthazar (2014, p. 413) afirma que a Constituição indica que devem ser públicas, não apenas para que qualquer um assista, mas para “atender toda e qualquer pessoa que tenha algum esclarecimento ou pedido a fazer”. Por sua vez, a convocação de ministros é um poder importante atribuído às comissões, pois a ausência injustificada é crime de responsabilidade.

Na prática, é o presidente da comissão quem oferece a ordem de apreciação das propostas. Os deputados podem solicitar preferência para projetos específicos no início de cada sessão; mas isso tem que ser votado no plenário da comissão. A ordem da lista inicial, porém, é feita pelo presidente. Para evitar que um presidente segure determinado projeto, são fixados prazos para a análise das propostas.

Cada projeto de lei é analisado, em geral, por três comissões. A comissão de mérito que tem relação com o tema em debate, a CCJC² e a CFT. A CCJC examina a proposta sob o ponto de vista da constitucionalidade, legalidade, juridicidade, adequação ao regimento interno e técnica legislativa, além de examinar o mérito quando é o caso. E a CFT observa se

¹ Para maior detalhamento dessa composição naquele período, ver: Brasil (2019).

² Ver lista de siglas das comissões no Apêndice.

o texto é compatível com a programação orçamentária e financeira da União. Ambas podem barrar qualquer projeto por inadequação.

As audiências públicas são tratadas num capítulo específico do regimento interno da Câmara, em que se afirma que as audiências podem ser usadas tanto para instruir propostas em tramitação quanto “para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes a sua área de atuação”. Podem ser propostas por deputados da comissão ou “a pedido de entidade interessada” (BRASIL, 2021, p. 83). Aprovada a audiência, cabe ao presidente da comissão selecionar os convidados, e o regimento determina que, havendo polêmica sobre o tema, sejam ouvidas diversas correntes de opinião. Cada convidado pode falar por 20 minutos sem apartes. Contudo, caso o expositor se desvie do assunto ou perturbe a ordem dos trabalhos, o presidente da comissão pode fazer uma advertência, cassar a palavra e até retirar o convidado da comissão. Após a exposição, os deputados têm até três minutos para seus questionamentos e o convidado, o mesmo tempo para responder. O presidente decide se concederá réplicas e tréplicas (BRASIL, 2021, p. 83).

O acesso do público às reuniões das comissões, tanto de votação quanto de audiência, é controlado pela polícia legislativa. A entrada é permitida a qualquer pessoa “convenientemente trajada e portando crachá de identificação” (BRASIL, 2021, p. 85). Contudo, a juízo do presidente da comissão, os visitantes podem ser retirados caso se comportem de forma *inconveniente*. Além disso, o regimento permite e algumas comissões adotam a prática de aprovar regras internas para organizar seus trabalhos, especialmente em relação às audiências públicas.

3 Deliberação e barganha

Sem recorrer a teoria alguma, um observador externo talvez associasse as audiências públicas que as comissões permanentes da Câmara dos Deputados realizam com a necessidade de obter informações para a análise dos projetos em tramitação – de especialistas ou mesmo de grupos interessados ou afetados por aquelas prováveis novas leis. Ou seja, escutar essas pessoas faria com que a deliberação se tornasse mais fácil, já que mais argumentos seriam colocados em perspectiva. A hipótese aqui é que existe uma deliberação a ser tomada e que ela se dará em torno dos melhores argumentos, mas também é possível imaginar a situação em que as audiências seriam apenas uma espécie de prestação de contas dos deputados em relação aos grupos que os apoiaram nas eleições. Nesse caso, ela funcionaria mais como uma amplificação da vontade desses grupos, que, de resto, já seria de conhecimento dos deputados.

Se a função das audiências fosse tão formal, por que esses grupos se dariam o trabalho de participar de uma audiência? Como as audiências são abertas ao público e à mídia, a chance de que a discussão tenha alguma repercussão pode ser importante para grupos que geralmente não têm espaço no debate mais geral da sociedade; mas também persiste a ideia de que os grupos de interesse e os próprios deputados podem querer influenciar a decisão dos demais parlamentares, mesmo sabendo que eles já devem ter uma posição formada a respeito. Tanto os deputados quanto os grupos que se envolvem nessas audiências também podem estar querendo influenciar não a deliberação interna, mas a externa. Ou seja, pressionar o Executivo para mudar alguma ação ou até mesmo defender a sua manutenção, caso ela esteja sob ataque.

Há uma atenção especial da estrutura organizacional da Câmara para que todas as audiências sejam divulgadas pelos veículos de comunicação da própria Casa legislativa ou pela internet. Os deputados também buscam conectar-se com a mídia comercial, repercutindo assuntos que ela mesma propôs ou sugerindo temas para audiências que deverão render espaço na imprensa.

Há quem diga que, de qualquer modo, o debate realizado pelos deputados ocorrerá sempre sob a forma de tomada de posições, isto é, cada um já sabe o que quer e existe apenas a explanação desses posicionamentos sem a preocupação de mostrar argumentos que os fundamentem. Não se quer convencer ninguém porque a premissa é de que ninguém abrirá mão dos seus interesses. Essa noção crua da política é dada pelo novo institucionalismo da escolha racional. O novo institucionalismo, como explicam Hall e Taylor (1996), busca revelar o papel das instituições nos resultados sociais e políticos e surgiu como uma reação às explicações baseadas apenas no comportamento dos agentes.

O novo institucionalismo da escolha racional nasce da observação do Congresso norte-americano. A pergunta é: se os deputados buscam o melhor para si, como conseguem aprovar tantas coisas de maneira majoritária? A teoria afirma que os atores têm, sim, preferências fixas, mas a política organizada institucionalmente por meio de regras e procedimentos reduz os problemas de ação coletiva, condicionando o comportamento por meio de constrangimentos ou restrições. Cada um age estrategicamente, como num jogo, calculando resultados com base nas suas preferências e nas preferências dos outros. Dessa forma, a instituição só muda quando é necessário facilitar os ganhos das trocas.

Porém, Hall e Taylor (1996), assim como Andrews (2005), desconfiam da visão limitada da ação humana apresentada pela escolha racional e acreditam que as equações elaboradas pela pesquisa empírica do campo, criadas para a medição das preferências, podem basear-se em escolhas arbitrárias dos pesquisadores. Os autores acreditam que os resultados das instituições explicam mais a sua persistência que as suas origens. Para criar instituições que atendessem aos desígnios almejados, os atores teriam que ser altamente capacitados para prever efeitos:

Mesmo que, sem dúvida, exista um elemento de propósito para a criação institucional, análises deste tipo frequentemente oferecem suposições heroicas sobre a presciência dos atores históricos e sua capacidade de controlar o curso dos eventos. Em alguns casos, eles também imputam certas intenções para os atores históricos que, em uma análise mais aprofundada, podem ser vistos atuando a partir de motivações muito mais complexas³ (HALL; TAYLOR, 1996, p. 952, tradução nossa).

³No original: "Although there is undoubtedly a purposive element to institutional creation, such analyses often entail heroic assumptions about the prescience of

A crítica marxista ao individualismo metodológico da teoria concentra-se na ideia de que as preferências não são universais nem estáveis, mas contingentes. E o interesse próprio não caracterizaria a preferência de todas as pessoas, pois elas também podem ser altruístas ou ideológicas. Outro pressuposto é o de que a ação racional nem sempre é possível:

O comportamento eleitoral fornece exemplos claros: as pessoas votam às vezes por lealdade de classe, às vezes como católicas, às vezes como sulistas ou como mulheres, e outras vezes como indivíduos calculando livremente qual partido tem mais probabilidades de fazer coisas em seu proveito (PRZEWORSKI, 1988, p. 12).

Uma vez formadas as preferências, segundo Przeworski (1988), as pessoas agem racionalmente com base nelas, mas tais preferências estariam sempre se alterando com o tempo, mudando o jogo:

Assim, o que há de errado com o individualismo metodológico, em minha opinião, não é a ideia de que as ações coletivas devem ser explicadas com recurso à racionalidade individual, mas a ideia de que a sociedade é uma coleção de indivíduos não diferenciados e não relacionados (PRZEWORSKI, 1988, p. 12).

E é com base nessas motivações complexas que a teoria da democracia deliberativa trabalha. Ao contrário da perspectiva da escolha racional – em que as preferências são fixas, e o problema é como lidar com elas para chegar a um resultado coletivo –, os teóricos deliberativos partem da ideia de que as pessoas podem mudar

historical actors and their capacity to control the course of events. In some cases, they also impute overly simple intentions to historical actors who, on closer inspection, may be seen to be operating from a much more complex set of motivations?”

suas preferências, dependendo da qualidade do debate realizado. Nesse sentido, as audiências públicas das comissões permanentes ganhariam um contorno diferenciado. Os participantes do debate teriam incentivos para se prepararem e apresentarem os melhores argumentos porque eles seriam levados em consideração de alguma forma.

Ao desenvolver sua teoria sobre a ação comunicativa, Habermas (2003) defende que a fonte de legitimidade política não pode ser a vontade individual do cidadão nem a agregação dessas vontades. É preciso um processo comunicativo em que as opiniões possam ser formadas por meio do debate público. A ideia é que as normas têm mais aceitação quando são discutidas e aprovadas pela comunidade que será afetada por elas. Calhoun (1996) lembra que Habermas também se ampara nas instituições para que as dificuldades da ação coletiva sejam contornadas. Contudo, exige que todas elas – partidos, agências paraestatais e burocracias de todo tipo – sejam democráticas interna e externamente, isto é, sujeitas à crítica do público.

Na prática, Habermas acredita que o melhor argumento surgirá num processo deliberativo. As pessoas buscariam orientações de valor generalizáveis que possam ser aceitas por todos com o fim de regulamentar alguma coisa. “Um interesse pode ser descrito como *orientação de valores* quando é partilhado por outros integrantes em situações parecidas” (HABERMAS, 2002, p. 97, grifo do autor). Para que essa comunhão seja alcançada, porém, a meta é a *situação ideal de fala* na qual os envolvidos 1) previnem uma ruptura racionalmente imotivada da controvérsia; 2) asseguram liberdade de escolhas e consideração de todas as informações; e 3) excluem a coerção. Por sua vez, Fraser (1996) adiciona a necessidade de igualdade social entre as pessoas.

A qualidade das políticas produzidas é medida mais pelo bom andamento do debate

que pelo resultado em si. O objetivo é obter um consenso possível ou pelo menos um compromisso. Raciocinando apenas com o espaço deliberativo do Legislativo; como o processo de representação restringe os participantes da discussão, uma característica desejável seria manter o debate aberto ao escrutínio da população de maneira direta ou pela mídia. Thompson (2008) defende que o ideal é a replicação do processo deliberativo nas variadas instâncias de decisão numa sociedade em vez de centrar o processo apenas em alguns corpos como o próprio Legislativo.

A questão da racionalidade voltada para os fins, explicada também em Weber (2004), não é abandonada. Para Habermas (2003), esse tipo de ação, que tem a ver com a barganha política, é a ação estratégica. Ela ocorreria paralelamente a uma ação voltada para uma tentativa de consenso, que é a ação comunicativa. A eficácia de uma lei dependeria tanto da sua facticidade quanto da sua legitimidade. Conforme explica Andrews (2005, p. 274),

Habermas busca conciliar o modelo liberal, em que o Estado é o garantidor das liberdades individuais, com o modelo republicano, no qual a comunidade política é considerada a fonte da legitimidade. O modelo procedimental de democracia apresentado por ele considera que as duas orientações seriam necessárias nas sociedades complexas. Em síntese, as leis precisam de procedimentos democráticos que as tornem legítimas, e a eficácia das leis depende não apenas de sua legitimidade, mas também da aplicação de sanções.

Andrews (2005) critica o institucionalismo por apenas buscar a explicação posterior das políticas públicas sem sugerir mudanças que superem os efeitos negativos proporcionados pelas regras vigentes. Ou seja, é uma explicação que não trabalha com a normatividade por ser

fechada em si mesma. A pesquisadora afirma que as instituições podem e devem ser mudadas, bastando para isso que a comunidade política chegue a um consenso ou a uma barganha justa. Do contrário, como explicar a origem mesma das instituições? Para Andrews, o novo institucionalismo da escolha racional situa essa origem num acordo inicial que dá aos agentes a oportunidade de ganhar ao cooperar. “Entretanto, a cooperação em si mesma não pode ser explicada a partir dos pressupostos da escolha racional, em especial quando assume orientação epistemológica do individualismo metodológico” (ANDREWS, 2005, p. 280).

Neste trabalho, sugerimos que é possível analisar o sistema político com fundamento numa visão ampliada da escolha racional ou de uma visão mais realista da democracia deliberativa. A própria Andrews (2005) é exemplo da tentativa de explorar esses pontos de contato, concedendo, por exemplo, que as pessoas fazem escolhas racionais dentro de normas de interação social. Ou seja, podem considerar a reciprocidade, a confiança e a reputação como fatores a serem levados em conta, embora dificilmente sejam quantificáveis. De fato, segundo a pesquisadora, o novo institucionalismo acaba abordando conceitos como cinismo e desconfiança para justificar as ações estratégicas:

O novo institucionalismo poderia ganhar uma dimensão mais equilibrada e realista, caso reintroduzisse a perspectiva da sociologia interpretativa em suas análises. Não se trata de descartar a abordagem de escolha racional, mas sim de reconhecer os limites de seu alcance teórico. Mais do que isso: trata-se de considerar as duas perspectivas simultaneamente (ANDREWS, 2005, p. 295).

Porém, de maneira geral, os pesquisadores reconhecem os problemas de transportar a deliberação para o mundo real da política tal

como ela é praticada nos parlamentos. Gutmann e Thompson (2004) afirmam que não se trata de transformar políticos que têm interesses especiais em fiadores do interesse público após um momento de conversa entre eles. Todo um cenário tem que ser produzido para tornar produtiva essa conversa. Ele envolve, por exemplo, fornecer informações adequadas aos participantes, recursos de compreensão individuais semelhantes e regras de convivência como a de respeitar os argumentos dos oponentes. Por sua vez, a concepção de democracia que trata os atores como portadores de preferências fixas considera que os argumentos são importantes apenas na medida em que ajudam a prever ou a corrigir preferências.

Num artigo escrito a muitas mãos (MANSBRIDGE; BOHMAN; CHAMBERS; ESTLUND; FØLLESDAL; FUNG; LAFONT; MANIN; MARTÍ, 2010), pesquisadores da teoria deliberativa aceitam a barganha própria da política e o voto majoritário desde que justificados de maneira deliberativa. Em vez da força do melhor argumento, uma justificação mútua que abre espaço para outros tipos de linguagem persuasiva. A ideia aqui é aceitar negociações que não sejam, como já dito, coercitivas. A deliberação entraria apenas para clarificar o conflito, revelando os pontos de desacordo. Os pesquisadores acreditam que a deliberação melhora a barganha e o voto porque os debatedores frequentemente mudam sua opinião, ainda que parcialmente, após um debate: “[e]les às vezes mudam porque detectam erros lógicos de seus argumentos, ou desenvolvem novas perspectivas com a informação que recebem; por exemplo, adotando uma visão de mais longo prazo⁴” (MANSBRIDGE; BOHMAN;

⁴No original: “They sometimes change their minds because they have detected logical mistakes in their reasoning, or developed new perspectives on the information they have, for example, taking a more long-range view”.

CHAMBERS; ESTLUND; FØLLESDAL; FUNG; LAFONT; MANIN; MARTÍ, 2010, p. 78, tradução nossa).

O voto seria legítimo quando viesse acompanhado dos conceitos de livre acesso à discussão e equilíbrio de poder. Se os procedimentos de votação são adequadamente deliberados e adotados num processo de justificação mútua, e se a votação em si é precedida de discussão sobre as opções, então haveria uma desejável formação de vontade coletiva. Para Gutmann e Thompson (2004), a deliberação funcionaria como pano de fundo de todas as outras atividades políticas (organização, mobilização, barganha, demonstração, *lobbying*, campanhas, levantamento de recursos, votações), pois ofereceria a justificação para cada uma delas.

Thompson (2008) responde aos críticos da teoria deliberativa com a afirmação de que a teoria está aí justamente para desafiar a realidade atual do sistema político. É uma teoria crítica: “A mais promissora abordagem da pesquisa empírica deveria ser continuar a tentativa de descobrir as condições pelas quais a democracia deliberativa funciona ou não funciona bem, prestando atenção a como as condições desfavoráveis poderiam ser mudadas⁵” (THOMPSON, 2008, p. 500, tradução nossa). O conflito com os teóricos da participação, segundo ele, não tem muita solução porque tanto a participação quanto a deliberação são fundamentais para a democracia, e cada teoria aponta a falta do seu elemento na outra. A teoria seria falha não porque as democracias atuais estariam falhando em realizar os seus valores, mas porque um desses valores não poderia ser integralmente realizado sem sacrificar outro.

⁵No original: “The most promising approach for empirical research would therefore seem to be to continue trying to discover the conditions in which deliberative democracy does and does not work well, while paying more attention to the question of to what extent the unfavorable conditions could change”.

Num livro que reúne diversos ângulos dos estudos legislativos, Bächtiger (2014) analisa o debate legislativo sob três perspectivas. A mais comum é a que não vê muito valor nas discussões, que são classificadas como *cheap talk*: serviriam mais para mostrar o painel de divergências entre governo e oposição com propósitos partidários e eleitorais. O debate não informará mais do que já será revelado mais tarde durante a votação das matérias. No máximo, as informações trocadas podem afetar a decisão apenas quando a distribuição de preferências não é similar. Na mesma linha, Bächtiger (2014) menciona o trabalho de Mayhew, de 1974, que divide a atividade parlamentar em três objetivos: tomada de posição, reivindicação de créditos por ações e propaganda. O *cheap talk* entraria mais no sentido da tomada de posição.

Bächtiger, Spörndli, Steenbergen e Steiner (2005) defendem um ideal deliberativo *fraco*, em que existe a barganha e o voto, e a deliberação é vista como uma via de caminhos mais ou menos deliberativos, e não a identificação da *verdadeira* deliberação. Por causa disso, a deliberação não resultaria em mudanças radicais de posicionamentos. Ela ajudaria a superar incertezas, clarificar posições, gerar alternativas, ver consequências não antecipadas, entender a posição dos demais, estruturar preferências e operacionalizar compromissos.

A análise mais tradicional para os trabalhos legislativos é dada pela vertente partidária do novo institucionalismo. Um exemplo é o estudo de Cox e McCubbins (2007), que apontou um caminho em relação ao peso dos partidos no Congresso norte-americano. Eles afirmam que os partidos funcionam como um cartel legislativo, que controla todas as posições-chave das Casas legislativas:

Estes cartéis usurpam o poder de criação de regras da Câmara para oferecer aos seus membros um poder diferenciado (por exemplo, o poder dos presidentes de comissão) e facilitar e estabilizar as trocas legislativas que beneficiem seus membros. A maior parte dos esforços do cartel são focados em assegurar o controle da agenda legislativa para os seus membros⁶ (COX; MCCUBBINS, 2007, p. 355, tradução nossa).

Nessa perspectiva, o sistema de comissões estaria funcionando como os partidos escolheram, pois eles fixam as jurisdições de cada uma, alocam recursos e indicam os membros. Eles também constataram que nem sempre foi assim e que o poder das comissões era maior antes da década de 1970. E a maior mudança foi em relação aos presidentes de

⁶No original: “These cartels usurp the rule-making power of the House in order to endow their members with differential power (e.g., the power of committee chairs) and to facilitate and stabilize legislative trades that benefit their members. Most of the cartel’s efforts are focused on securing control of the legislative agenda for its members”.

comissão, que antes eram mais ou menos fixos pela regra da senioridade. Nos anos 1970, as preferências dos partidos passaram a ser mais importantes.

No Brasil, embora a teoria informacional (KREHBIEL, 1991) seja bastante citada quando se trata das comissões, dada a suposta especialização que envolveria os agentes, também é evidenciada a força dos partidos no controle das atividades desses colegiados. Os partidos ou as lideranças partidárias coordenariam a atividade legislativa e definiriam o que seria votado, orientando os resultados das votações. Com o objetivo de facilitar as decisões coletivas que precisam ser tomadas e antecipar as ações dos adversários, as duas Casas do Congresso se organizam em torno das lideranças partidárias e dos seus presidentes, que fazem reuniões para definir, por exemplo, a pauta de votações semanal dos plenários. Nessas reuniões, também é acertado como cada votação ocorrerá, se haverá obstrução ou não, entre outras definições. Portanto, eventuais interesses particularistas têm que se adequar à lógica partidária.

O mesmo esquema estaria replicado nas comissões, pois cada uma é formada de maneira proporcional pelos partidos da Casa e os presidentes também são escolhidos de maneira proporcional. Os maiores partidos ou blocos partidários têm mais presidências, e o maior escolhe primeiro com qual quer ficar. Geralmente essa escolha inicial recai sobre a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) porque todos os projetos passam por ela, nem que seja apenas para uma revisão jurídica e constitucional.

Todavia, diferentemente do Congresso norte-americano, haveria no Congresso brasileiro preponderância do Executivo nas atividades do Legislativo por causa dos poderes institucionais que o presidente tem (PEREIRA; MUELLER, 2000). Além disso, as comissões

têm menos poderes, pois os projetos mais importantes podem ser levados diretamente ao Plenário por meio de um pedido de urgência. Segundo Pereira e Mueller (2000), entre 1985 e 1998, das 207 propostas que poderiam ser aprovadas apenas pelas comissões (sem necessidade de ir ao Plenário), 96 receberam pedidos de urgência, o que sugere que as aprovadas fora do Plenário deveriam ser matérias não controversas. As comissões serviriam apenas para um ganho informacional, reduzindo as incertezas sobre as políticas.

Por outro lado, o sistema de comissões brasileiro pode funcionar como uma instância de veto quando a ideia é barrar projetos que não sejam do interesse do Executivo, por exemplo. Analisando apenas as votações da Comissão de Agricultura da Câmara, Ricci e Lemos (2004) identificam que, em determinado período, dos 272 casos em que a comissão chega a expressar um voto final, em 94 o parecer aprovado é contrário ao mérito. Somados esses pareceres com os projetos não votados, o total equivale a 57% das propostas em tramitação na comissão.

4 As audiências públicas em 2005, 2009 e 2013

Dois aspectos que este trabalho busca medir em relação ao processo deliberativo nas audiências públicas das comissões da Câmara é o que motiva os parlamentares a pedir tais encontros e quem é convidado. A ideia é saber se a audiência é para auxiliar alguma decisão e se há pluralidade de opiniões. Uma tese defendida por Leyden (1992) contém importantes respostas relacionadas às audiências públicas do Congresso norte-americano que contribuíram para a elaboração dos formulários do banco de dados do presente trabalho. Leyden (1992) afirma que as audiências, além de tratarem de

legislação nova, são o local para avaliar decisões burocráticas tomadas pelo Executivo e reavaliar leis em tramitação. Os três objetivos de Fenno Junior (1973) para a atividade parlamentar – reeleição, fazer boa política pública e ter influência interna – são confrontados com os dados obtidos pelo pesquisador.

Embora as comissões do Congresso norte-americano tenham um papel mais acentuado que as do brasileiro em relação às audiências públicas, a constatação da literatura pesquisada por Leyden (1992) é a mesma do novo institucionalismo da escolha racional para o caso brasileiro. As audiências não serviriam para muita coisa, pois cada parlamentar já saberia como agir ao ser informado pelo seu eleitorado, pelo seu partido ou pela média das opiniões do Plenário. Porém, Leyden mobiliza autores que defendem a ideia de que as audiências são usadas para que os deputados expressem sua insatisfação com agências do Executivo. Também poderiam servir para tornar o *lobby* transparente ao colocá-lo para debater em público. Há ainda quem acentue o caráter catártico das audiências, para que convidados e parlamentares encenem um processo de debate democrático.

Leyden (1992) pretende, pois, testar se os assuntos tratados nas audiências se relacionam de fato com uma função fiscalizadora e de controle da burocracia; além disso, se as audiências têm uma função informativa, seria possível verificar pelo menos se existe equilíbrio entre as fontes convidadas. Dadas as características do Congresso norte-americano, o pesquisador considera que as audiências: 1) importam para o processo de informação dos parlamentares; 2) podem aumentar ou diminuir o interesse político por meio da coalizão de interesses que se apresentam; ou pelo interesse dos parlamentares de acordo com a maneira como a mídia cobre o assunto, ou pelo modo como as testemunhas se apresentam; 3) não são enviesadas

porque as regras institucionais evitariam isso; 4) não são jogos de principiante, pois é preciso ser organizado para ser convidado; e 5) são de muitos tipos, e sua importância para os grupos de interesse depende da estratégia que eles têm no jogo político.

Para o presente trabalho, foi montado um banco de dados com informações sobre as audiências públicas realizadas nas comissões permanentes da Câmara em 2005, 2009 e 2013, ou seja, foram escolhidos os penúltimos anos de três legislaturas com o objetivo de fazer uma comparação de mais longo prazo. A justificativa para a escolha do penúltimo ano é a de que, nesse período, mesmo os deputados de primeira legislatura já teriam alguma experiência de Câmara. O penúltimo ano também não é eleitoral, o que evita interrupções para a participação de deputados nas campanhas.

Foi elaborado um formulário com informações sobre cada audiência realizada: dados sobre a comissão que promoveu a audiência, a data e um título resumido, o partido do presidente da comissão e o partido do autor do requerimento. Em relação ao conteúdo da audiência, primeiro foram separadas as que tratam de projetos em tramitação. Sobre elas, foi registrado o partido do autor do projeto e se o texto virou lei ou não. As informações sobre os partidos desses atores têm a ver com a verificação do controle partidário do funcionamento das comissões: se existe preferência ou não para autores de requerimento da mesma base política do presidente da comissão, se são pautadas audiências de projetos da oposição.

Quando o assunto principal não era um projeto, analisou-se o requerimento do pedido da audiência no sistema informatizado da Câmara dos Deputados para uma avaliação das motivações do autor. Assim, todos os requerimentos de audiência foram abertos e analisados. Existem espaços para classificar a audiência

como: 1) *fiscalização do Executivo*, quando se trata de chamar alguém do governo federal para explicar um programa, avaliar uma política ou responder a denúncias; 2) *fiscalização de governos locais* (estadual ou municipal); 3) *exploração* de tema, quando os deputados se voltam para um assunto novo, ou sobre o qual existe pouca informação; 4) *mídia*, quando é feita alguma referência explícita a problema apontado na imprensa; 5) *demanda* da sociedade, quando é feita referência a grupos interessados na audiência; e 6) *outros motivos* (homenagens, fiscalização de empresas). Como se vê, uma mesma audiência pode ter mais de uma motivação de acordo com a classificação proposta, fazendo com que os números finais mostrem frequências de respostas.

A última classificação do formulário foi quanto aos convidados das audiências. Indicou-se o grupo social de cada convidado: 1) empresário, 2) estrangeiros, 3) Executivo municipal, 4) Executivo estadual, 5) Executivo federal, 6) Legislativo estadual, 7) Legislativo municipal, 8) Justiça, 9) profissionais liberais, 10) Organizações Não Governamentais (ONGs), 11) ministro de Estado, 12) Ministério Público, 13) sindicalistas e 14) Tribunal de Contas da União (TCU). Para o *Executivo federal*, portanto, foi separada a categoria *ministro de Estado*. Fundos de pensão de estatais federais estão em *Executivo federal*. As associações de prefeitos entram na categoria *Executivo municipal*. A opção do trabalho foi ter uma categoria única para o setor empresarial, que reúne tanto os sindicatos e associações patronais ou de empresas de um setor quanto empresas individuais, sejam elas industriais, comerciais ou de serviços.

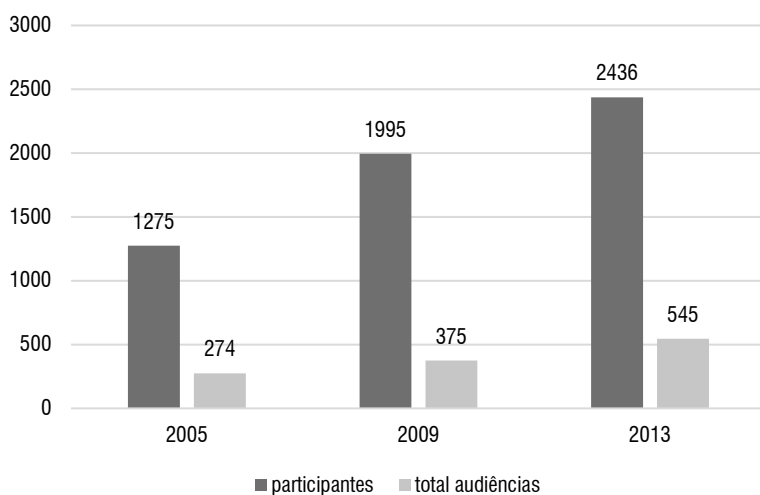
Por sua vez, os trabalhadores estão divididos nas categorias *sindicalistas* e *profissionais liberais*: a primeira reúne apenas os sindicatos e associações de servidores públicos que têm esse caráter. Os *profissionais liberais* estão nas associações de categorias como médicos, advogados, engenheiros, entre outras. Também foram incluídos nesse grupo personagens diversos, ou pessoas que prestarão algum testemunho pessoal (por exemplo, pai de criança desaparecida), além das organizações de estudantes e especialistas (professores de universidades). O grupo *ONGs* reúne uma parcela mais ampla do que apenas esses tipos de associações. Estão lá as associações religiosas, indígenas, TVs comunitárias e até torcidas organizadas de futebol, além de organizações internacionais como Organização das Nações Unidas (ONU) e Organização Internacional do Trabalho (OIT). O objetivo aqui foi apenas o de reunir numa mesma classificação setores que tinham poucos registros. Os acréscimos à categoria *ONGs* não a tornaram ampla demais porque, na prática, não foram muitos os convidados dos setores adicionados. A categoria *estrangeiros* refere-se apenas a diplomatas de outros países, representantes de governos ou de empresas estrangeiros. Na categoria *Justiça*, entraram apenas

juízes convidados para falar sobre casos em tramitação. As associações de magistrados foram colocadas em *profissionais liberais* por estarem sendo ouvidas mais como especialistas nos assuntos debatidos.

Boa parte da pesquisa empírica consistiu numa espécie de mapeamento das audiências públicas das comissões permanentes da Câmara em 2005, 2009 e 2013. O intento foi obter informações sobre quem participa das audiências, quem as solicita e qual o motivo alegado nos requerimentos. O Gráfico 1 mostra os totais de convidados e de audiências nos três anos, e evidencia um crescimento ao longo dos anos. Em 2005, foram 274 audiências e em 2013, 545. Ou seja, um aumento de quase 100%.

Gráfico 1

Totais de audiências e de convidados



Fonte: elaborado pela autora.

De modo geral, autoridades do Poder Executivo predominam entre os convidados para as audiências nos três anos avaliados, seguidas pelas categorias *empresários, profissionais liberais, ONGs e sindicalistas*. O *Executivo* predomina na soma de convidados do período analisado para 14 das 20 comissões⁷ (Gráfico 2). Em termos de igualdade de participação da sociedade nos debates, um dos requisitos da teoria deliberativa da democracia, a excessiva presença do Executivo poderia configurar um

⁷ A Comissão de Cultura, que funcionou apenas em 2013, será analisada separadamente. Em 2005 e 2009, o assunto fazia parte da Comissão de Educação.

indicador negativo de que a Câmara deveria abrir espaços proporcionais aos pesos dos diversos segmentos da população, isto é, o Poder Público deveria ter presença menor que a sociedade civil.

Ocorre que o próprio presidente da República é um representante da sociedade civil e, de alguma maneira, a questão da representação parlamentar complica a ideia de proporcionalidade. E os convidados de entidades da sociedade civil são, efetivamente, representantes de segmentos sociais.

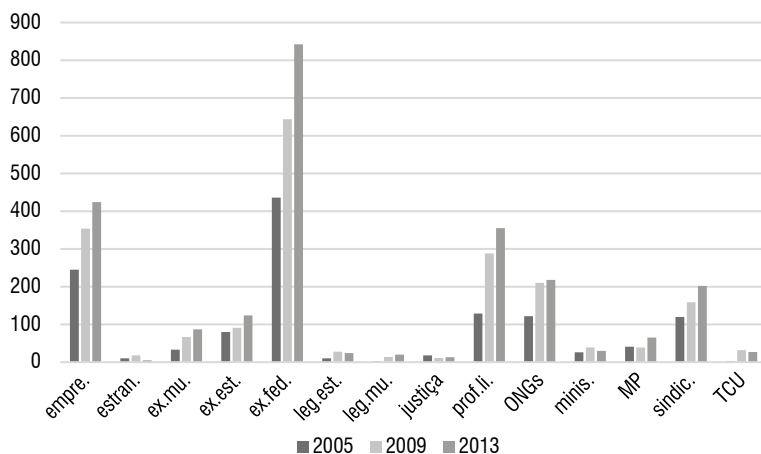
Dentro do setor público, o peso do Executivo é incontestado. O Gráfico 2 mostra que os executivos estaduais e municipais predominam também sobre os legislativos estaduais e municipais. Os membros do Poder Judiciário comparecem menos às audiências públicas que os membros do Ministério Público e até menos do que os membros do TCU, órgão vinculado ao Poder Legislativo. De fato, como veremos adiante, os números corroboram a ideia de que as audiências públicas teriam função predominantemente fiscalizadora dos atos do Poder Executivo, o que explicaria a maior presença do Ministério Público e do TCU.

Com a segunda maior presença no período, os empresários convidados para audiências nas comissões chegam a predominar na Capadr e na Cedeics – nesta última, isso ocorre em cada um dos três anos analisados. A soma de empresários convidados nos três anos, porém, não supera a soma dos grupos *profissionais liberais e sindicalistas* – ambos poderiam compor uma categoria maior, a dos *trabalhadores*, embora a sua presença nas comissões não reflita o peso numérico que os trabalhadores têm na sociedade em relação às categorias patronais. Mais uma vez, a constatação poderia ser relativizada pelo próprio fato de os deputados, eleitos pela população e presentes nas audiências, terem também o papel de representar seus eleitores nesses espaços. E os sindicalistas predominam em cada um dos três anos na CTasp ao passo que os profissionais liberais são maioria na soma dos três anos na CLP e na CCJC. E as ONGs superam o Poder Executivo na CDHM.

A análise dos motivos apresentados pelos parlamentares para requererem as audiências públicas revela que as relativas à discussão de projetos de lei são minoria em relação aos demais motivos (Gráfico 3). Em outros termos, não se verifica a ideia de que os deputados usariam esses espaços para ter mais argumentos no momento da deliberação final das matérias. Mais à frente, uma análise simples do total de projetos aprovados nas comissões nos três anos mostrará que os deputados aprovam um número bem maior de projetos do que os que são discutidos em audiências – elas não seriam necessárias para a maior parte das deliberações. As audiências sobre projetos de lei em tramitação foram 18% do total em 2005 e 2013, e 20% em 2009.

Gráfico 2

Convidados das audiências

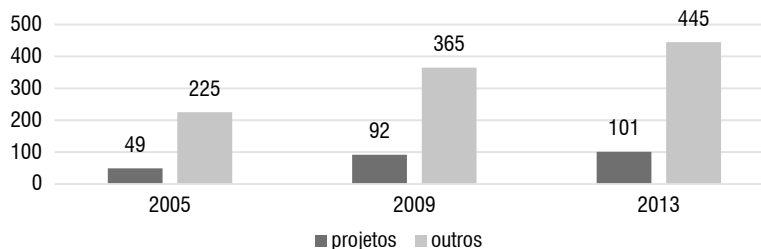


Fonte: elaborado pela autora.

Entre as comissões, porém, é necessário destacar a CCJC, que em todos os anos apresenta um número de audiências sobre projetos bem maior que as demais. Nesse caso, a explicação talvez resida no caráter da comissão, que é conclusiva na análise de vários projetos, seja para arquivá-los, seja para enviá-los diretamente ao Senado Federal ou à sanção. A CCJC analisa a admissibilidade de Propostas de Emenda à Constituição e a adequação legal de todos os projetos de lei.

Gráfico 3

Audiências sobre projetos



Fonte: elaborado pela autora.

Nota: A soma das audiências é maior em 2009 e 2013 do que as do Gráfico 1 porque aqui não foram suprimidas as audiências duplicadas promovidas por mais de uma comissão.

Os demais motivos para a realização das audiências públicas foram divididos em *fiscalização do Executivo*, *demanda*, *exploração*, *mídia* e *fiscalização de governos locais*. Durante a pesquisa, foi separado para os anos de 2009 e 2013 o motivo *fiscalização de empresas* com base na observação do aumento dos casos em que as comissões querem aprofundar denúncias contra o serviço de caráter público prestado por empresas.

Para os dois primeiros anos de análise, entre os outros motivos (Gráfico 4) elencados para a realização das audiências, a *fiscalização do Executivo* aparece com a maior frequência. Ressalte-se que a pesquisa relacionou mais de um motivo para um mesmo requerimento de audiência, quando foi necessário. Por exemplo, o motivo *fiscalização do Executivo* poderia ter sido registrado junto com as referências à *mídia*, caso as eventuais denúncias também tivessem sido objeto de reportagens e caso essas referências estivessem presentes no requerimento do deputado que solicitou a audiência. De certa forma, porém, o registro do motivo *exploração*, que trata justamente da exploração de assuntos novos, geralmente elimina o registro concomitante do motivo *fiscalização do Executivo* e do motivo *demanda* (solicitação de um segmento da sociedade), e vice-versa. Dessa forma, os motivos *fiscalização de governos locais* e *mídia* funcionariam mais como motivos complementares.

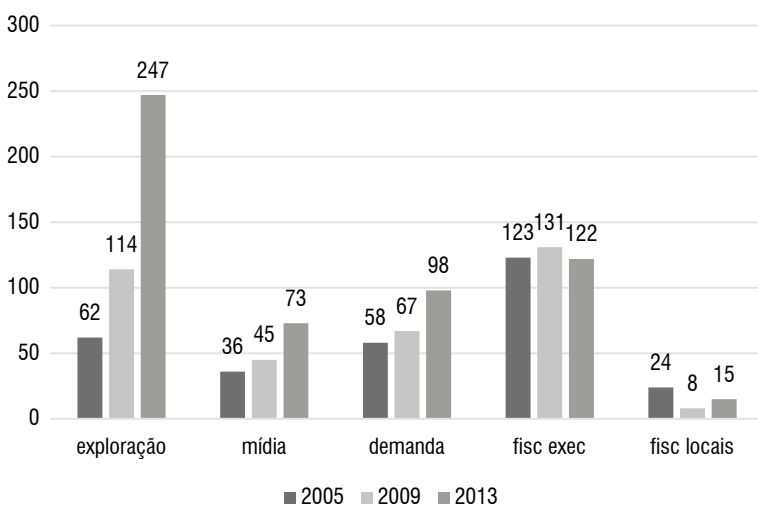
Nos dois primeiros anos, entretanto, o registro *exploração* cresce e, no último ano, as ocorrências mais do que dobram em relação ao motivo *fiscalização do Executivo*. A razão dessa mudança pode estar ligada a um desprestígio das comissões permanentes em relação às comissões especiais, que são temporárias e tratam de temas específicos. De qualquer forma, o registro *exploração* é o segundo de maior frequência nos dois primeiros anos. Em seguida, vem o registro *demanda*. As referências à *mídia* são buscadas com o objetivo de verificar a influência desse segmento nas decisões do Congresso. A mídia é importante fator na definição da pauta legislativa, do ritmo e até da forma dos trabalhos. Nos três anos, além do crescimento absoluto das frequências do registro *mídia*, constata-se um crescimento relativo caso seja levada em conta, por exemplo, a proporção dessas ocorrências em relação ao registro *fiscalização do Executivo*. Geralmente a referência à mídia é complementar nos requerimentos de fiscalização do Poder Executivo. Portanto, entre 2005 e 2013, em relação ao registro *fiscalização do Poder Executivo* as referências à *mídia* aumentam de 29,2% para 59,8%.

A análise dos registros por comissões mostra algumas características significativas. Na Capadr, a maior motivação dos requerimentos de audiências nos três anos é a *demanda* de algum segmento social, geralmente dos empresários do agronegócio, conforme evidenciado pela sua grande presença como convidados das audiências. Por sua vez, comissões

mais vinculadas aos movimentos sociais e ONGs – CDHM, CTasp e CLP, apresentam mais requerimentos ligados tanto ao registro *demanda* – embora com solicitantes mais ligados aos movimentos – quanto ao registro *exploração*. Comissões que têm uma ligação mais estreita com o segmento de profissionais liberais, ou, por outro lado, com as carreiras de Estado, mostrarão alto índice de audiências relacionadas ao registro *exploração*. Esse é o caso da CCTCI, CSSF, CEC, CREDN, CMads e CSPCCO.

Gráfico 4

Motivos para as audiências



Fonte: elaborado pela autora.

No caso da CFFC, o próprio caráter da comissão determina a predominância das audiências de fiscalização do Poder Executivo. Por conta disso, as referências à *mídia* nos requerimentos assumem o segundo lugar entre as motivações para as audiências da comissão em todos os anos. Comissões de cunho mais econômico – CVT, CREDN e CME – seguem o padrão de registros crescentes de *exploração* e *fiscalização do Executivo*. Durante a tabulação dos dados, constatou-se que seria interessante separar também a motivação *fiscalização de empresas*, que é a audiência destinada a pedir explicações sobre supostos abusos cometidos por empresas, geralmente de setores supervisionados por agências reguladoras. É o caso de várias audiências realizadas na CDC com empresas de telecomunicações sobre diversos tipos de reclamações de consumidores. A separação dos dados foi significativa justamente para essa comissão, visto que em 2013 o registro *fiscalização de empresas* no colegiado superou os demais.

Apresenta números muito baixos a classificação *fiscalização de governos locais*, que são basicamente governadores e prefeitos. Por suas características, algumas comissões terão maior presença desses entes federativos, mas sem muito destaque. É o caso da CSPCCO com a presença de secretários estaduais de Segurança Pública e da CSSF, com os secretários municipais de Saúde.

Os dados mostram, pois, que as audiências públicas das comissões permanentes têm servido mais para ações de fiscalização do Executivo, muitas vezes motivadas por denúncias publicadas na imprensa. Os parlamentares não parecem dar muito valor a esse instrumento para o debate de proposições. Para se ter uma ideia, as reuniões chamadas de *deliberativas* no jargão parlamentar – quando somente os deputados participam para votar requerimentos e projetos – são em número bem maior que o total de audiências; em 2009, foram 695 contra 375 de audiências. Relatórios do Departamento de Comissões da Câmara elaborados a pedido da pesquisadora mostram que, em 2005, nas comissões foram votados 2.599 projetos de lei – a maior parte deles na CFT e na CCJC, que têm o poder de *engavetar* as proposições, seja por irregularidade fiscal, seja por ilegalidade. Nesse mesmo ano, apenas 49 projetos foram alvo de audiências públicas. Em 2013 foram 3.550 projetos votados em comissões. Os números são altos porque levam em conta projetos que tramitam em conjunto com outros porque tratam do mesmo tema (apensados), ou seja, uma votação pode conter 20 proposições anexadas, por exemplo. A maior parte dos textos é votada numa comissão, mas não prospera dentro do mesmo ano porque fica parada em outra. Também em 2013, por exemplo, apenas 117 projetos de lei tiveram sua tramitação encerrada nas comissões, isto é, foram enviadas ao Senado ou à sanção presidencial.

Ao comparar os partidos dos deputados que requerem audiências com os partidos dos presidentes das comissões, verificamos que, na maior parte das comissões, mais de 40% dos requerimentos aprovados são de deputados dos mesmos partidos dos presidentes. Em 2005, das vinte comissões sete tinham mais de 40% dos requerimentos de audiências realizadas de autoria do partido do presidente da comissão. Em 2009, esse total aumentou para oito e, em 2013, para dez. Nos três anos, a única comissão que se repete nessa característica, porém, é a CME. O partido que mais requer audiências públicas nos três anos é o PT com 313 audiências. Em seguida, vêm PSDB (181) e PMDB (176). Nas audiências requeridas por deputados de mais de um partido, foram computadas apenas as que tinham registro de até três partidos. Nesse caso, foi registrado um ponto para cada um.

Não é comum rejeitar pedidos de audiências públicas; normalmente os parlamentares seguem um *acordo de cavalheiros* em relação a esses pedidos. Afinal, seria ruim negar o debate. Todavia, há ocorrências disso

porque alguns pedidos buscam esclarecimentos sobre denúncias graves contra o governo ou sobre assuntos a respeito dos quais os parlamentares não querem aprofundar-se. Então, há insistência da oposição ou de grupos de interesse na votação para que fique ao menos marcada a posição de resistência. Pelo lado contrário, o argumento pode ser o de que os opositoristas querem apenas transformar o plenário da comissão em um “show midiático”, ou seja, o objetivo não seria esclarecer os fatos de verdade, mas apenas atrair a cobertura da mídia. Esse é um argumento comum também contra a instalação de algumas Comissões Parlamentares de Inquérito. O governo costuma dizer que os órgãos de fiscalização – Polícia Federal e Ministério Público – já estariam apurando os fatos, tornando desnecessário o trabalho de uma CPI. A mesma resposta valeria para negar uma audiência pública.

Os requerimentos de audiência pública rejeitados pelas comissões são poucos – 14 em 2005, 17 em 2009 e 10 em 2013 – porque geralmente é mais comum que os deputados não deliberem sobre assuntos que não sejam de seu interesse. Em outras palavras, esses requerimentos podem simplesmente ficar dentro das gavetas. Os rejeitados estão ligados, então, a partidos de oposição que querem explorar denúncias contra o governo por meio de convites e até de convocações. Os deputados exigem que o assunto seja votado para, pelo menos, como foi dito, transmitir à opinião pública a ideia de que o governo não quer esclarecer os fatos para a sociedade.

O Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados forneceu dados sobre as audiências públicas aprovadas nos três anos e as que foram requeridas, mas não foram votadas. Dos totais de audiências aprovadas em cada ano, foram retiradas as efetivamente realizadas (considerando todos os requerimentos aprovados para uma mesma audiência, lembrando que audiências conjuntas são requeridas por deputados de

mais de uma comissão) para saber quantas foram aprovadas, mas não foram realizadas. Os números crescem com o passar do tempo: em 2005, todas as aprovadas foram realizadas; em 2009, 493 não foram realizadas; e, em 2013, 696. As audiências requeridas, mas que nem chegaram a ser votadas pelas comissões são 30 em 2005, 91 em 2009 e 168 em 2013. Uma rápida análise dos requerimentos não votados mostra diferentes causas para o arquivamento, como o caso em que o próprio deputado pede para arquivar, ou o presidente da comissão assina um ato para interromper a tramitação, ou o requerimento é arquivado por causa do final do ano legislativo. Portanto, para conhecer as razões desses resultados, seria necessário entrevistar os deputados para saber o que de fato impediu a tramitação.

5 Conclusões

Os resultados retirados do banco de dados mostram que as audiências públicas não têm a função deliberativa de contribuir para a análise dos projetos em tramitação. A maior parte dos projetos aprovados não passa por audiências. A constatação não leva à dedução de que os parlamentares não ouvem a sociedade em suas decisões relacionadas a projetos, porque esse contato pode ocorrer de diversas maneiras – *lobby*, e-mails, redes sociais e até pressões diretas na própria base eleitoral –, mas retira o elemento do confronto das opiniões divergentes num mesmo espaço público, que poderia caracterizar melhor a democracia deliberativa. Em outras palavras: a necessidade de ouvir argumentos contrários e debater com base nessas posições com o fim de convencer o interlocutor ou até de procurar pontos em comum.

Também é possível que o projeto aprovado sem audiência não tenha sido polêmico. Nesse caso, somente uma pesquisa de mais longo prazo

e que observasse o conteúdo dos projetos poderia dar respostas mais significativas.

As audiências públicas funcionariam mais para fiscalizar atos do Poder Executivo ou para exploração de temas diversos. Essa característica reflete em parte a pouca importância do sistema de comissões brasileiro se comparado ao norte-americano, por exemplo, que é sempre ressaltada na literatura. É um sistema no qual as principais matérias sempre passam pelo Plenário, que pode simplesmente ignorar o texto aprovado nas comissões. Ou, quando tramita somente nas comissões, o projeto ainda pode ser alvo de recurso ao Plenário. Pode inclusive ter sua tramitação interrompida nas comissões por um pedido de urgência.

O espaço das comissões, especialmente o das audiências públicas, serviria, pois, a outras situações, além da análise de projetos: 1) para fiscalizar o Executivo; 2) para que os partidos possam marcar suas posições sobre determinado tema, distinguindo melhor oposição e governo; ou, talvez, direita e esquerda; 3) para que os partidos, ou os requerentes de audiências individualmente, possam atender a suas bases eleitorais, chamando-as a serem ouvidas na Câmara; 4) para buscar visibilidade midiática, repercutindo algum assunto que já está na mídia; 5) para atender a denúncias ou reclamações diretas de algum setor da sociedade; 6) para obter esclarecimentos de empresas sobre denúncias contra elas; e 7) para levantar informações sobre um problema novo ou inexplorado.

Embora os debates não sejam predominantemente sobre projetos em tramitação, isso não quer dizer que eles não sejam deliberativos em outros sentidos. Eles podem contribuir para a formação da opinião da sociedade sobre os próprios partidos, indicando elementos importantes para a decisão do eleitor. Isso fica mais claro nas audiências que envolvem a fiscalização do Executivo, em que o embate entre governo e

oposição é mais forte. Boa parte dessas audiências terá cobertura da mídia porque seus assuntos já foram tratados por ela mesma, o que assegura ao deputado mais um canal de divulgação, além dos seus próprios canais (e os do partido), como redes sociais e canais institucionais (caso da TV Câmara).

Audiências com grande repercussão midiática costumam contar com a presença dos líderes de partidos, mesmo que eles não pertençam às comissões específicas: podem falar a qualquer momento nas comissões e utilizam o espaço para marcar a posição do partido. Diante de assuntos concretos e da presença de convidados que geralmente estão bem afinados com o assunto tratado, muitas vezes a coalizão governista pode mostrar-se menor que a oficial, pois mais diferenças de cunho ideológico podem aparecer em reação aos testemunhos apresentados. A CFFC é a comissão que, obviamente, melhor descreve esse tipo de audiência pública de fiscalização do Executivo. Todavia, essa é uma característica que, de certa forma, perpassa todas as comissões. Nesse ponto, as comissões teriam funções decisivas na fixação das posições de cada partido e nos testes de fidelidade da chamada *base aliada*, a própria coalizão governista.

Algumas audiências, porém, têm uma vertente mais *distributivista*, no sentido empregado pelo novo institucionalismo. São marcadas para atender a interesses de setores específicos, como é o caso da Capadr com o agronegócio. Os requerimentos apresentados, como exemplificado acima, são geralmente de *demanda* porque fazem referência expressa a uma solicitação explícita ou implícita de algum segmento econômico ligado à comissão. Por sua vez, comissões como a CLP, CDHM e CTasp, como foi dito, também atendem a grupos específicos, mas relacionados a movimentos sociais e sindicatos. De qualquer forma, saber até que ponto essa alta presença de demandantes nas comissões tem a ver com

os interesses do próprio deputado ou do partido exigiria uma análise mais refinada.

O registro *exploração* – que é marcante em comissões como CSSE, CEC, CREDN e CMads – pode estar relacionado ao alto grau de especialização dessas comissões, que lidam com assuntos que requerem mais profissionais liberais e ONGs nas audiências. Elas também seriam comissões, portanto, em que o jogo *informacional* pode ser mais relevante, ou seja, em que a discussão especializada pode trazer algum ganho no jogo de trocas com os colegas de Plenário, conforme a teoria correspondente.

Contudo, para que servem as audiências de *exploração* de assuntos que não estão tramitando nem estão na mídia de uma forma constante? Uma sugestão é que essas audiências, embora não apresentem referência expressa a grupos nos requerimentos de solicitação, também sejam demandadas por algum setor. Seu crescimento significativo em 2013, superando as de *fiscalização do Executivo*, também pode ser resultado de um desprestígio das comissões permanentes.

Nos anos analisados, o crescente número de comissões especiais acaba retirando das comissões permanentes alguns dos assuntos mais *quentes*. Embora a comissão especial trate apenas de um projeto específico – e, dessa forma, ela não competirá com a comissão permanente que ainda ficaria livre para tratar de outros projetos e de outras *fiscalizações do Executivo* –, ela desloca fisicamente os deputados. Em depoimentos informais durante a pesquisa, foi comum a reclamação dos deputados relativa à quantidade de atividades legislativas e ao pouco tempo para cumprir todas elas, e algumas acontecem ao mesmo tempo. Também é comum ver mais assessores que deputados em algumas audiências pelo mesmo motivo. Como o assunto tratado nas comissões especiais é, de certa forma, mais decisivo, os deputados – e, por que não, os partidos – preferem dar mais atenção à presença nessas comissões.

Os partidos escolhem comissões de sua preferência e há uma relação importante entre o partido do presidente de determinada comissão e o partido do deputado que solicitou a reunião. A oposição vê rejeitados os requerimentos de audiências sobre denúncias mais fortes contra o governo. Toda essa atividade reforça os estudos que, segundo o novo institucionalismo, identificam uma vertente partidária no funcionamento do Congresso. Ou seja, o fortalecimento da lógica partidária seria a principal motivação dos agentes políticos nas comissões.

A afirmação de que há pouca deliberação de projetos não elimina, porém, o espaço deliberativo das audiências. Talvez elas tenham caráter deliberativo por contribuírem para o grande debate, que é o momento eleitoral. Isso estaria demonstrado pela movimentação dos partidos em torno delas. Também o debate de assuntos novos pode servir, mais

à frente, para o desenvolvimento de novos projetos. Conforme a teoria, a deliberação pode ajudar a superar incertezas, clarificar posições, gerar alternativas, ver consequências não antecipadas, estruturar preferências e operacionalizar compromissos.

Sobre a autora

Sílvia Mugnatto Macedo é doutora em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestra em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; graduada em jornalismo pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; analista legislativa, técnica em comunicação social da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. E-mail: smugma2010@gmail.com

Este trabalho foi desenvolvido com base na tese de doutorado da autora, defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2018.

Como citar este artigo

(ABNT)

MACEDO, Sílvia Mugnatto. O espaço deliberativo nas audiências públicas das comissões permanentes da Câmara dos Deputados. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 238, p. 165-188, abr./jun. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p165

(APA)

Macedo, S. M. (2023). O espaço deliberativo nas audiências públicas das comissões permanentes da Câmara dos Deputados. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(238), 165-188. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p165

Referências

ANDREWS, Christina W. Implicações teóricas do novo institucionalismo: uma abordagem habermasiana. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 271-299, jun. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/hvhH5k3vtrSywWWKqjMBHP/?lang=pt>. Acesso em: 1º dez. 2022.

BÄCHTIGER, André. Debate and deliberation in legislatures. In: MARTIN, Shane; SAALFELD, Thomas; STRÖM, Kaare W. (ed.). *The Oxford handbook of legislative studies*. New York: Oxford University Press, 2014. p. 145-166.

BÄCHTIGER, André; SPÖRNLI, Markus; STEENBERGEN, Marco R.; STEINER, Jürg. The deliberative dimensions of legislatures. *Acta Politica*, [s. l.], v. 40, n. 2, p. 225-238, July 2005. DOI: <https://doi.org/10.1057/palgrave.ap.5500103>.

BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro. Dos deputados e dos senadores. In: MACHADO, Costa (org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.). *Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 5. ed. Barueri: Manole, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Anexo I do Ato da Mesa nº 23, de 2019*. Distribuição das vagas nas comissões permanentes entre os partidos e blocos parlamentares. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/arquivos-destaques/composicao-numerica>. Acesso em: 26 jan. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. *Regimento interno da Câmara dos Deputados*: aprovado pela Resolução nº 17 de 1989 e alterado até a Resolução nº 21 de 2021. 22. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2021. (Série Legislação, n. 2). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/18847>. Acesso em: 1º dez. 2022.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º dez. 2022.

CALHOUN, Craig (ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge, MA: MIT Press, 1996. (Studies in Contemporary German Social Thought).

COX, Gary W.; MCCUBBINS, Mathew D. *Legislative leviathan: party government in the House*. 2nd ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007.

FENNO JUNIOR, Richard F. *Congressmen in committees*. Boston: Little, Brown and Company, 1973. (The Study of Congress Series).

FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, Craig (ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge, MA: MIT Press, 1996. p. 109-142. (Studies in Contemporary German Social Thought).

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis F. *Why deliberative democracy?* Princeton, NJ: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. (Humanística).

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v. (Biblioteca Tempo Universitário, 101-102).

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. Political science and the three new institutionalisms. *Political Studies*, [s. l.], v. 44, n. 5, p. 936-957, Dec. 1996. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.1996.tb00343.x>.

KREHBIEL, Keith. *Information and legislative organization*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1991. (Michigan Studies in Political Analysis).

LEYDEN, Kevin Martin. *The purpose and politics of congressional committee hearings: who participates and why*. 1992. Thesis (Doctorate in Political Science) – University of Iowa, Iowa City, 1992.

MANSBRIDGE, Jane; BOHMAN, James; CHAMBERS, Simone; ESTLUND, David; FØLLESDAL, Andreas; FUNG, Archon; LAFONT, Cristina; MANIN, Bernard; MARTÍ, José Luis. The place of self-interest and the role of power in deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*, [s. l.], v. 18, n. 1, p. 64-100, Mar. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2009.00344.x>.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Uma teoria da preponderância do Poder Executivo: o sistema de comissões no Legislativo brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 15, n. 43, p. 45-67, jun. 2000. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-6909200000200004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/wDtxXwxzJzwmMcr39ZmjD86m/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 1º dez. 2022.

PRZEWORSKI, Adam. Marxismo e escolha racional. Tradução de Heloísa Jahn; revisão de Fábio Wanderley Reis. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 5-25, fev. 1988.

RICCI, Paolo; LEMOS, Leany Barreiro. Produção legislativa e preferências eleitorais na Comissão de Agricultura e Política Rural da Câmara dos Deputados. *Revista Brasileira*

de *Ciências Sociais*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 107-130, jun. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092004000200007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/tXjgqPdTYWW9GnSkYMsYYNB/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 1^a dez. 2022.

THOMPSON, Dennis F. Deliberative democratic theory and empirical political science. *Annual Review of Political Science*, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 497-520, June 2008. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.11.081306.070555>. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.polisci.11.081306.070555>. Acesso em: 1^a dez. 2022.

WEBER, Max. *Ciência e política*: duas vocações. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

Apêndice – siglas

Capadr – Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural

CCTCI – Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática

CCJC – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

CC – Comissão de Cultura

CDC – Comissão de Defesa do Consumidor

Cmulher – Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher

CIdoso – Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa

CPD – Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência

CDU – Comissão de Desenvolvimento Urbano

Cdeics – Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços

CDHM – Comissão de Direitos Humanos e Minorias

CE – Comissão de Educação

Cespo – Comissão do Esporte

CFT – Comissão de Finanças e Tributação

CFFC – Comissão de Fiscalização Financeira e Controle

Cindra – Comissão de Integração Nacional, Desenvolvimento Regional e da Amazônia

CLP – Comissão de Legislação Participativa

CMads – Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável

CME – Comissão de Minas e Energia

CREDN – Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional

CSPCCO – Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado

CSSF – Comissão de Seguridade Social e Família

CTasp – Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público

CTur – Comissão de Turismo

CVT – Comissão de Viação e Transportes

A solidariedade como fator de reequilíbrio contratual nas relações de consumo atingidas pela pandemia da Covid-19

LUIZ CARLOS GOIABEIRA ROSA

MILLA CHRISTI PEREIRA DA SILVA

THAÍS ONOFRE CAIXETA DE FREITAS

Resumo: A discussão sobre os direitos fundamentais de proteção ao consumidor e à livre iniciativa ganha destaque no cenário decorrente da pandemia da Covid-19, desastre biológico com graves efeitos econômicos colaterais. Este trabalho analisa a necessidade de adaptação do discurso normativo-interpretativo aplicado às relações de consumo à luz do princípio da solidariedade e seus corolários. Nesse cenário, busca-se restabelecer o equilíbrio entre os direitos fundamentais do consumidor e as limitações e prejuízos impostos ao fornecedor pela pandemia. Utiliza-se o método dedutivo e, partindo da efetividade dos direitos fundamentais, aborda-se o princípio da solidariedade como norteador da flexibilização do diálogo, no caso de colisão entre os direitos fundamentais e a necessária proteção ao consumidor e à livre iniciativa.

Palavras-chave: relação de consumo; vulnerabilidade; equilíbrio contratual; pandemia Covid-19; solidariedade.

Solidarity as a contractual rebalance factor in consumer relations affected by the Covid-19 pandemic

Abstract: The discussion about fundamental rights to consumer protection and free enterprise takes on outlines highlighted in the scenario resulting from the Covid-19 pandemic, considered a biological disaster with a serious economic side effect. The present work lends itself to analyze the need, in the light of the principle of solidarity and its corollaries, to adapt the normative-interpretative discourse ordinarily applied to consumer relations, in order to be able to satisfactorily maintain the balance between consumer and supplier in the face of the limitations and

Recebido em 31/10/22

Aprovado em 26/3/23

losses imposed by the Covid-19 pandemic. The deductive method will be used, starting from the effectiveness of fundamental rights in the event of a collision and coming to the principle of solidarity and its corollaries as guiding the flexibilization of the dialogue between consumer protection and free initiative.

Keywords: consumer relationship; vulnerability; contractual balance; pandemic Covid-19; solidarity.

1 Introdução

A perspectiva dos direitos fundamentais gravita em torno de duas premissas básicas: a maior amplitude possível e a harmonização de determinado direito fundamental com outros aplicáveis ao caso concreto. Num cenário de estabilidade, as normas do ordenamento jurídico não costumam ser discutidas, relativizadas ou alteradas, dado não haver motivação para isso.

Contudo, no âmbito da sociedade de risco, é frequente a exposição a situações concretas de ofensas a direitos e interesses juridicamente tutelados, como os desastres ambientais, que dão cada vez mais forma e verdade aos riscos, especialmente porque cada desastre tem suas particularidades e afeta a sociedade de formas e com intensidade diversas, o que demanda do Direito e de seus operadores maleabilidade para agir de modo adequado.

Em tempos de riscos acentuados como os decorrentes da pandemia da Covid-19¹, desastre biológico com graves efeitos colaterais para a economia, ganha relevância a discussão sobre os direitos fundamentais de proteção ao consumidor e à livre iniciativa, em razão de seus efeitos profundos no equilíbrio das relações de consumo. Ressalte-se que, em muitas situações, ao se ver obrigado a cumprir o que se estabelecera como regra, o fornecedor pode ficar vulnerável a ponto de comprometer sua própria existência e agravar os impactos econômicos da crise. Por seu turno, o consumidor pode ver-se privado dos recursos necessários para honrar o pagamento ao fornecedor.

Nesse cenário, questiona-se: como interpretar as regras consumeristas formuladas para situações ordinárias de forma a manter o equilíbrio

¹ A denominação *Covid-19*, adotada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), significa *COrona VIRUS Disease* (Doença do Coronavírus), e “19” refere-se 2019, ano em cujo mês de dezembro foram divulgados publicamente pelo governo chinês os primeiros casos surgidos em Wuhan, na China (POR QUE..., 2021).

contratual abalado por situações excepcionais como a da pandemia da Covid-19?

Diante da necessidade de adaptar às relações de consumo o discurso normativo-interpretativo ordinariamente aplicado, o presente trabalho, com base no método dedutivo, busca enfatizar o princípio da solidariedade e seus correlatos como vetores para flexibilizar o diálogo e restabelecer o equilíbrio entre a proteção do consumidor e a do fornecedor, no caso de colisão entre direitos fundamentais.

2 A colisão entre os direitos fundamentais à proteção do consumidor e da livre iniciativa

Ferrajoli (2010, p. 37) afirma que

son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*Status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.²

Os direitos fundamentais elencados de forma exemplificativa no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB)

² Tradução nossa: “são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a ‘todos’ os seres humanos dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adscrita a um sujeito por uma norma jurídica; e por *status* a condição de um sujeito, de sua aptidão para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício dessas”.

podem ser brevemente conceituados como os direitos que possibilitam a realização, a convivência e a sobrevivência de toda pessoa humana (SILVA, 2005, p. 178). Assim, todo cidadão é titular dos direitos que a Constituição prevê como essenciais a uma vida digna, razão pela qual devem ser imperiosamente respeitados não só pelo Estado como também pelos membros da sociedade.

Contudo, a questão torna-se complexa quando, em razão de variados fatores, dois titulares de direitos fundamentais se encontram numa situação em que tais direitos colidem, de modo que se torna impossível satisfazer, na mesma proporção ou intensidade, a distintos titulares de direitos.

Segundo Alexy (2015, p. 90), os direitos fundamentais são princípios compreendidos como *mandamentos de otimização*, que são satisfeitos na proporção das possibilidades fáticas e jurídicas que permeiam a situação concreta. Nessa linha, argumenta Barroso (2010b, p. 81) que, se direitos fundamentais entram em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada, em vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso.

Quanto ao objeto deste estudo, há aparente colisão entre o direito fundamental à proteção do consumidor (CRFB, art. 5º, XXXII) e o direito fundamental à livre iniciativa (CRFB, art. 170 (BRASIL, [2022a])), e o equilíbrio entre ambos os direitos é necessário sobretudo em tempos de eventos extremos, como a pandemia da Covid-19. O desafio consiste em se garantir a proteção ao consumidor privado de recursos e condições de adimplemento em razão da pandemia e ao mesmo tempo assegurar ao fornecedor meios alternativos de oferecer produtos e serviços que possam ao menos provê-lo do necessário à manutenção de suas atividades.

Assim, se por um lado os direitos fundamentais devem ser de início interpretados sob

a maior amplitude possível de forma a se ter a máxima efetividade da norma constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1.224), por outro devem ter essa amplitude restrita se isso importar em imperativo de manutenção da ordem social e da harmonia entre direitos fundamentais de outros membros da sociedade, o que Canotilho (2003, p. 1.282) chama de *limite imanente*:

os chamados “limites imanentes” são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protectivo de um direito, liberdade ou garantia. Assim, por exemplo, o direito de greve inclui, *prima facie*, no seu âmbito de protecção, a greve dos trabalhadores dos serviços de saúde, mas, através da ponderação de princípios (bens) jurídico-constitucionais – direito à greve, saúde pública, bem da vida –, pode chegar-se a excluir, como resultado dessa ponderação, a “greve total” que não cuidasse de manter os serviços estritamente indispensáveis à defesa da saúde e da vida.

Desse modo, a livre iniciativa ordinariamente encontra limite no direito fundamental à protecção do consumidor quando o prejudica; por sua vez, a protecção do consumidor encontra limite quando, em determinado momento da relação, ele não necessita ser protegido por não estar vulnerável. Em tempos de pandemia, o consumidor teve sua vulnerabilidade agravada e necessitou de maior protecção; e o fornecedor também se fragilizou, porque em muitos casos teve reduzida drasticamente a demanda por seus produtos ou serviços e, conseqüentemente, diminuída sua renda.

Assim, numa situação extraordinária que afete o equilíbrio entre os direitos fundamentais, deve-se efetivar igualmente uma ponderação “extraordinária”, para que se restabeleça o equilíbrio. Nesse contexto, ganha importância o princípio da solidariedade (CRFB, art. 3º, I (BRASIL,

[2022a])) e seus corolários infraconstitucionais como vetores e delineadores dessa ponderação. Ser solidário implica tanto uma visão macro em relação à sociedade abstratamente considerada, quanto uma visão micro em relação à outra parte da relação consumerista.

Conforme bem observam Marques, Bertonecello e Lima (2020, p. 53),

[n]os dias atuais, o fenômeno advindo da pandemia do Coronavírus apresenta-se como fator determinante para a modificação da economia mundial, afetando diretamente as relações obrigacionais em diversos países. No Brasil, ainda não podemos dimensionar as conseqüências [...] do confinamento das pessoas e das medidas adotadas pelo Poder Público, mas devemos ponderar acerca da exegese das normas capaz de salvaguardar a sociedade de uma crise maior, onde cada um tem que dar sua cota de sacrifício e cooperação, com boa-fé, para o bem comum.

Assim, em tempos de pandemia, o equilíbrio será mantido principalmente pela solidariedade entre consumidor e fornecedor.

3 O princípio da solidariedade no restabelecimento do equilíbrio contratual abalado pela pandemia da Covid-19

Não é novidade – e torna-se cada vez mais urgente – a discussão em torno da produção e distribuição da riqueza produzida e a suposta legitimidade agregada na partilha socialmente desigual dessa riqueza. Do mesmo modo, diante da voracidade do capitalismo, o combate à escassez deixa de ser justificativa para normalizar seus efeitos colaterais: os riscos, especialmente os ambientais.

Na modernidade tardia, a produção social da riqueza é acompanhada sistematicamente pela

produção social dos riscos. A “ditadura da escassez”, principalmente no que se refere aos países em desenvolvimento, dominou a cena na industrialização e, agora, divide palco com seus próprios efeitos: riscos avançados, invisíveis e com consequências incalculáveis (BECK, 2013, p. 24).

Da permanente e seletiva escassez nutrida pelo capitalismo transita-se para a sociedade de risco. A nova arquitetura social contempla a distribuição de riscos avançados e de proporções assustadoras, que geram vulnerabilidades com potencial para produzir desastres ambientais, comprometer a existência do sistema econômico, da sociedade e até mesmo da vida.

Em regra, fatores antropogênicos concorrem para as calamidades, mesmo as consideradas puramente naturais, ou seja, elas decorrem da combinação de vulnerabilidades físicas e sociais (FARBER; CARVALHO, 2019). Os eventos são considerados catastróficos muito mais por seus resultados do que por suas causas, pois a dimensão do desastre depende de “fatores humanos de amplificação, vulnerabilidade, agravamento ou cumulação” (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 27). Nesse ponto, a sociedade de riscos, que substituiu a sociedade da escassez (BECK, 2013, p. 23), mantém estreita relação com os reiterados desastres ambientais que acarretam desdobramentos na conjuntura social, econômica e política.

Apesar da massiva desestabilização que o desastre é capaz de trazer a um sistema, a celeridade e a forma de identificar, assimilar e lidar com ele estão intimamente ligadas à sua própria magnitude. Para minimizar os efeitos dos desastres, é fundamental criar uma sociedade resiliente, capaz de retornar o mais rápido possível ao estado anterior ao evento. Aliás, é o que preceitua o art. 5º, VI, da Lei nº 12.608/2012 (BRASIL, 2012), ao elencar, entre outros objetivos da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), o de “estimular o desenvolvimento de cidades resilientes e os processos sustentáveis de urbanização”, e autorizar a criação de sistemas de informação e monitoramento de desastres.

Nessa linha está a *Agenda 2030*, proposta pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e assinada pelo Brasil e mais 192 países, com aplicabilidade desde 2016 e pretensão de colocar o mundo numa trajetória alinhada com a sustentabilidade, definindo prioridades e aspirações de desenvolvimento sustentável global para 2030. A *Agenda* manifesta preocupação com os desastres ambientais e seus impactos, aponta a necessidade de promoção da resiliência a desastres e estabelece como um dos seus objetivos (Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 11) “tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis” (OBJETIVOS..., c2023).

A propósito, infira-se que a fundamentalidade da resiliência a desastres está também no fato de que a presteza na tomada de medidas e na

construção de uma sociedade efetivamente resiliente não atinge apenas o evento em andamento mas também impacta outros desastres potenciais, visto que as fases dos desastres (mitigação, resposta de emergência, compensação, assistência do governo e reconstrução) são cíclicas e retroalimentam-se (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 33). Portanto, é evidente que, na busca por restabelecer o *statu quo ante*, medidas urgentes e muitas vezes não antevistas precisam ser adotadas por frentes diversas, cenário em que o Direito e seus operadores ganham destaque devido à necessidade de adequar a aplicação das normas do ordenamento jurídico.

Independentemente do conceito e dos critérios de desastre adotados, o alcance e os impactos da Covid-19³ demonstram que a pandemia foi um desastre biológico com gravíssimos efeitos colaterais na economia (CARVALHO, 2020) e, conseqüentemente, nas relações de consumo.

O art. 4º, I, do *Código de Defesa do Consumidor* (CDC) reconhece a vulnerabilidade do consumidor como princípio norteador das relações de consumo e instrumento de busca de equilíbrio e igualdade formal-material entre os sujeitos da relação. Conforme Marques, Benjamin e Miragem (2013, p. 229), num Estado regular de Direito, a vulnerabilidade do consumidor é em regra presumida para as pessoas físicas destinatárias finais do serviço e do produto e, não sem motivo, é assim reconhecido pelo art. 4º do CDC:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (BRASIL, [2021]).

Com a pandemia, o consumidor sofreu considerável impacto como contratante: sua vulnerabilidade fática agravou-se na medida em que se limitou substancialmente sua capacidade negocial dada a restrição de seus recursos pecuniários até mesmo para a subsistência, sobretudo em

³De acordo com o Ministério da Saúde, “[o]s coronavírus são uma grande família de vírus comuns em muitas espécies diferentes de animais, incluindo camelos, gado, gatos e morcegos. Raramente, os coronavírus que infectam animais podem infectar pessoas, como exemplo do MERS-CoV e SARS-CoV. Recentemente, em dezembro de 2019, houve a transmissão de um novo coronavírus (SARS-CoV-2), o qual foi identificado em Wuhan na China e causou a Covid-19, sendo em seguida disseminada e transmitida pessoa a pessoa. A Covid-19 é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a maioria (cerca de 80%) dos pacientes com Covid-19 podem ser assintomáticos ou oligossintomáticos (poucos sintomas), e aproximadamente 20% dos casos detectados requer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória, dos quais aproximadamente 5% podem necessitar de suporte ventilatório” (SOBRE..., [2020]).

razão do desemprego decorrente da interrupção parcial ou total das atividades dos empregadores. Com efeito,

[a] pandemia do novo coronavírus poderá resultar em até 25 milhões de novos desempregados no mundo, com uma perda de renda para os trabalhadores da ordem de US\$ 3,4 trilhões (R\$ 17,2 trilhões) em 2020 [...] aprofundando a pobreza no mundo, segundo avaliação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (MOREIRA, 2020).

Por outro lado, a pandemia afetou negativamente a capacidade de subsistência de fornecedores, comprometendo seriamente a economia, especialmente a das microempresas, que respondem pelo maior percentual dos empregos formais no País. As medidas governamentais de restrições sanitárias, entre elas o fechamento dos estabelecimentos comerciais ao público, impactaram significativamente a capacidade de os microempresários manterem seus negócios, especialmente porque, segundo Rocha (2020),

para a maioria desses estabelecimentos, o faturamento diário é essencial para a manutenção do negócio, para o pagamento das despesas, aquisição de produtos, pagamento de impostos e folha de pagamento etc. Poucos empresários possuem, ou conseguem formar, reservas financeiras para enfrentar tempos difíceis, sobretudo esta crise sem precedentes e de consequências catastróficas. A imprevisibilidade do cenário futuro, aliada à queda (ou a inexistência) de faturamento, fatalmente acarretará o fechamento de diversos empreendimentos.

O impacto da pandemia da Covid-19 foi tão grande que provocou forte retração do mercado consumidor, atingindo os fornecedores. Estudo realizado pela Confederação Nacional do Comércio (COVID-19..., 2020) apurou que, entre 15 de março e 2 de maio de 2020, o

comércio varejista do País acumulou uma perda de R\$ 124,7 bilhões, valor que representa uma queda de 56% no faturamento do varejo em relação ao período anterior à pandemia.

Na primeira quinzena de junho de 2020, aproximadamente 1,3 milhão de empresas suspendeu ou encerrou suas atividades, 39,4% das quais apontaram como causa as restrições impostas pela pandemia, como a limitação de público e o *lockdown*. Esse impacto no encerramento de companhias “foi disseminado em todos os setores da economia, chegando a 40,9% entre as empresas do comércio, 39,4% dos serviços, 37,0% da construção e 35,1% da indústria” (NERY, 2020). No mercado municipal de Belo Horizonte, MG, por exemplo,

o movimento caiu em 80%, na comparação do patamar antes da pandemia e a partir de 18 de março, quando as medidas restritivas na capital para combate ao coronavírus começaram a ser desenhadas. Sobre o volume de vendas, atualmente a arrecadação está em apenas 20% do nível normal, antes da disseminação da doença. Outro dado mostra a retração no número de clientes – das 31 mil pessoas que costumavam ir ao Mercado Central antes da pandemia por dia, agora o registro é de um público de 2 mil visitantes diariamente. Ao mesmo tempo, dos 8 portões de entrada que funcionavam, sem controle de público, hoje são apenas três, com restrição na entrada – apenas 370 pessoas são autorizadas a frequentar o local simultaneamente (GONTIJO, 2020).

Considerar a vulnerabilidade do consumidor um princípio não significa pactuar “com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios” (BRASIL, 2007, p. 2). O próprio CDC dispõe no art. 4º, III, sobre a necessidade de conciliação entre a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (BRASIL, [2021]).

A pandemia afetou tanto o consumidor quanto o fornecedor, como bem explicam Marques e Sayeg (2020):

A pandemia de Covid-19 é uma “disfunção econômica”, como temos visto, é uma crise sanitária em massa, que causa uma crise econômica de proporções gerais e nacionais em todos os setores produtivos, aumentando a massa de superendividados na sociedade de consumo. Se examinamos os jornais de um dia de pandemia no Brasil, o dia 13 de julho de 2020, veremos que *shoppings centers* reabriram para ganhar apenas 50 reais ao dia em São Paulo, que o comércio amarga 90% de redução de vendas em relação à 2019. Hoje a ressaca e a falta de consumo são uma realidade.

A pandemia explicitou a imperiosidade da sujeição do negócio jurídico consumerista ao princípio da solidariedade: a relação de consumo, principalmente em tempos de fragilização do consumidor e do fornecedor, deve adequar-se às condições fáticas das partes, de modo que ambas ajam entre si com maior compreensão e tolerância ao cobrar cada parte o cumprimento da obrigação da outra.

A solidariedade assume o *status* de princípio em razão do art. 3º, I, da CRFB, que estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, [2022a]). Por isso, é fator essencial à justa consecução das relações sociais, o que inclui as relações negociais, conforme observa Canotilho (2018, p. 170, grifos nossos):

a República do Brasil assume claramente a ideia de *socialidade* e *solidariedade*. [...] Trata-se de uma proposta de compreensão da República respeitadora e garantidora do direito de propriedade privada, da liberdade de iniciativa econômica (pressupostos liberais), mas que se assume também como mecanismo regulativo público, mais orientado para a *prosseção do bem comum* (*public good*) e para a solução de assimetrias sociais (no trabalho, na família, no ensino) do que para a arbitragem dos interesses dos grupos.

Como imperativo constitucional, a solidariedade abrange os relacionamentos entre os indivíduos, dentre os quais se destaca a relação negocial. Ainda que tradicionalmente observada sob a óptica da vulnerabilidade do consumidor, impõe-se considerá-la também em relação ao fornecedor quando ele dela necessite. Payão e Santiago (2016, p. 1.128) acentuam esse viés bilateral ao afirmarem que “[a] ideia de solidariedade expressa a empatia perante as dificuldades do próximo, ou seja, a conscientização de que esforços mútuos são frutíferos”. Assim, pode-se afirmar que, para a efetividade da relação consumerista, a solidariedade entre consumidor e fornecedor deve ser recíproca. As autoras (PAYÃO; SANTIAGO, 2016, p. 1.129) observam que o princípio da solidariedade “agrega uma ideia de que se deve também colaborar, por meio do negócio, para o desenvolvimento da sociedade, numa perspectiva de auxílio às pessoas, de uma forma positiva”. Tal entendimento é reforçado por Silva (2009, p. 46-47):

O que a Constituição quer, com esse objetivo fundamental, é que a República Federativa do Brasil construa uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva seja um fator de dignificação da pessoa e em que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a ideia de comunidade fundada no bem comum. Surge aí o signo do Estado democrático de direito, voltado à realização da justiça social, tanto quanto a fórmula liberdade igualdade e fraternidade o fora no Estado liberal proveniente da Revolução Francesa.

O princípio da solidariedade implica um imperativo de atributividade na relação negocial na medida em que impõe o dever de colaboração entre as partes para o cumprimento da obrigação contratual, elastecendo a forma de cumpri-la em situações caóticas e emergenciais. Esse é o substrato de um importante corolário do princípio da solidariedade: a boa-fé objetiva, cuja premissa fundamental, de acordo com Pezzella (1997, p. 199), é a imposição de uma conduta honesta e leal entre as partes, resultando no respeito mútuo e na contribuição recíproca para a consecução do contrato, de seus objetivos e efeitos. Isso porque o princípio da solidariedade influencia na interpretação do princípio da boa-fé objetiva, condicionando-a de forma a exigir dos contratantes não só o compromisso de agir respeitosamente na execução do contrato como também de compreender a superveniente inadimplência da outra parte e proceder a um entendimento mútuo de forma a readequar as condições contratuais para que a parte inadimplente possa adimplir sua obrigação.

Segundo Negreiros (2006, p. 118-119),

[n]a promoção de uma ética de solidariedade contratual, o princípio da boa-fé opera de diversas formas e em todos os momentos da relação, desde a fase de negociação à fase posterior à sua execução, constituindo-se em

fonte de deveres e de limitação de direitos de ambos os contratantes. A abrangência do princípio é contornada mediante uma tripartição das funções da boa-fé, quais sejam: (i) cânon interpretativo-integrativo; (ii) norma de criação de deveres jurídicos; e (iii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. Em comum, estas três funções atribuídas à boa-fé compartilham uma mesma concepção acerca da relação contratual como sendo uma relação de cooperação e de respeito mútuo (e não de perseguição egoísta da satisfação individual).

Assim, guiada pelo princípio da solidariedade, a boa-fé objetiva determina um comportamento harmonioso e de certa forma simbiótico das partes, que devem agir conjuntamente – entenda-se, uma agindo para auxiliar ou ao menos não prejudicar o agir da outra – para a consecução de efeitos contratuais proveitosos a ambas. Farias e Rosenvald (2017, p. 216) observam:

Transportando o princípio da solidariedade para as relações obrigacionais, temos que o ordenamento apenas reconhecerá a titularidade de um crédito enquanto este interesse atender às razões de natureza coletiva, garantidas mediante os limites internos das cláusulas gerais, sobremaneira às de diligência e boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade.

Deve-se destacar também a função social do contrato, princípio que, sob os influxos da solidariedade, faz com que o contrato seja aperfeiçoado e executado de tal forma que não se torne excessivamente oneroso às partes nem produza efeitos prejudiciais à sociedade. Em situações emergenciais, como a da pandemia da Covid-19, a ideia de função social ganha ainda mais importância devido ao interesse da sociedade em manter as relações negociais, pois delas depende a geração de renda suficiente para o fornecedor manter os empregos de seus

funcionários e oferecer produtos e serviços ao consumidor. Moraes (2005, p. 100) observa que “o negócio jurídico, no direito contemporâneo, deve representar, além do interesse individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral”. Cabe aqui ressaltar que em tempos de pandemia o interesse social é garantir que o consumidor continue a ter poder de compra para adquirir ao menos o básico à sobrevivência e ao mesmo tempo garantir ao fornecedor condições de manter-se em atividade, gerando renda diretamente para si e indiretamente para terceiros, por meio da manutenção de empregos e da aquisição de produtos de seus distribuidores.

A respeito disso, Farias e Rosenvald (2017, p. 228) aduzem:

É evidente que a função social do contrato se autonomiza pela sua verticalidade, pois concerne às relações entre as partes e a sociedade. Ela não se compraz imediatamente com a diretriz da eticidade, mas com o paradigma da socialidade. A boa-fé é endógena, a função social do contrato é exógena. Os dois princípios atuam em caráter de complementaridade. Em comum, ambos são emanções do princípio da solidariedade nas relações privadas como limites positivos ao absolutismo da autonomia privada. Enquanto a boa-fé é uma cláusula geral que permite o influxo do solidarismo constitucional no perfil interno das relações patrimoniais, a função social captura o momento cooperativo na interação dos contraentes com o corpo social que os rodeia.

Assim, um evento extraordinário como a pandemia da Covid-19 é motivo suficiente para fundamentar um comportamento igualmente extraordinário, tanto do consumidor quanto do fornecedor: se, por um lado, os direitos do consumidor atuam como restrições e limites à livre iniciativa, por outro, ao tratar da necessidade

de buscar o real equilíbrio entre os sujeitos na relação de consumo, flexibilizam-se também as regras inerentes à proteção do consumidor e à livre iniciativa. Com base na interpretação holística do ordenamento jurídico, os princípios e os direitos estabelecidos no CDC, inclusive a presumida vulnerabilidade do consumidor, devem ser flexibilizados em nome da solidariedade se isso se tornar necessário ao restabelecimento do equilíbrio contratual. Havendo por qualquer razão mudança na balança de desigualdades, é razoável que a aplicação das normas e princípios seja cuidadosamente revisitada em prol da equidade nas relações de consumo.

Na primeira metade do século passado, Demogue (1931, p. 17-18) já alertava sobre a imperiosidade da solidariedade como vetor contratual:

Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration.⁴

Mazeaud (1999, p. 609) também entende assim, ao afirmar que o contrato pode ser considerado um “creuset de l'intérêt commun des parties et le siège d'une union sacrée entre

⁴Tradução nossa: “Os contratantes formam uma espécie de microcosmo. É um pequeno empreendimento em que todos devem trabalhar por um objetivo comum que é a soma dos objetivos individuais perseguidos por cada um, absolutamente como na sociedade civil ou comercial. Então, a oposição entre o direito do credor e os interesses do devedor tende a ser substituída por alguma união. O credor quanto à prestação que deve receber não é apenas um credor, pode ter também um dever de colaboração”.

les contractants face à la crise qui peut frapper l'un des partenaires, ce qui se traduit par un double devoir de coopération et d'abnégation"⁵.

No âmbito do Direito do Consumidor, em situações extraordinárias também se deve buscar o equilíbrio contratual, valendo-se de interpretações adequadas ao caso. Além da legislação extraordinária elaborada para o momento, ambas as partes (consumidor e fornecedor), num esforço solidário para a consecução do negócio jurídico, devem agir de forma a fazerem concessões mútuas no limite de suas suportabilidades, como forma de compensar a redução das respectivas capacidades negociais: o fornecedor deve buscar flexibilizar a forma de pagamento do produto ou serviço até onde seja possível sem se prejudicar sensivelmente; e o consumidor, por sua vez, deve flexibilizar a exigência do produto ou serviço contratado, possibilitando ao fornecedor adequar sua superveniente redução comercial ao fornecimento o mais eficiente possível. O Projeto de Lei (PL) nº 1.935/2020 (PROJETO..., 2020), do Senado Federal, por exemplo, propõe a suspensão das prestações de financiamentos habitacionais de consumidores que tenham sido afetados economicamente pela pandemia da Covid-19. Os PLs nºs 3.534/2020 e 3.521/2020 (PROJETOS..., 2020), também do Senado Federal, propugnam a suspensão da cobrança de parcelas de financiamento de veículos durante a pandemia do coronavírus.

Da mesma forma, a Lei nº 14.046/2020 (BRASIL, [2022b]) – ao tratar da hipótese de adiamento e de cancelamento de serviços, reservas e eventos nos setores de turismo e cultura em decorrência do coronavírus – dispõe no art. 2º, I e II, que os prestadores de serviço ou

sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor desde que garantam a remarcação ou a disponibilização de crédito para uso posterior. Na linha já traçada pela Lei nº 14.046/2020, seria acertado que a não obrigatoriedade de reembolso em caso de cancelamento ou adiamento se estendesse a outros segmentos afetados pela pandemia, observadas as mesmas condições.

Atua no mesmo sentido a Lei nº 14.181/2021 (*Lei do Superendividamento*), que inseriu no CDC a proteção ao consumidor superendividado, assim entendida a pessoa natural que, conforme o art. 54-A, § 1º, do CDC (BRASIL, [2021]), de boa-fé esteja em situação de impossibilidade manifesta de “pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vencidas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”. Situação semelhante ocorre com o consumidor que, posteriormente à contração das dívidas, veio a perder o emprego em razão da pandemia.

A esse respeito, apontou o Conselho Nacional de Justiça (2022, p. 11) que,

[d]iversamente do inadimplemento ou de problemas de solubilidade de uma dívida em especial, o fenômeno ora referido é semelhante a uma ruína global, um conjunto de adversidades, dificuldades e débitos que comprometem a sobrevivência da pessoa e ameaçam o indivíduo e sua família, de exclusão da sociedade de consumo. Pode ser causado por acidentes da vida (perda de emprego, redução de renda, morte ou doença na família, separação, divórcio, nascimento de filhos etc.) ou por descontrole financeiro, que comprometem no tempo a capacidade de pagamento das obrigações financeiras assumidas.

Como se está a debater o direito fundamental do consumidor à proteção (CRFB, art. 5º, XXXII), é necessário interpretá-lo do modo

⁵Tradução nossa: “cadinho do interesse comum das partes e sede de uma união sagrada entre as partes contratantes em face da crise que pode atingir um dos parceiros, o que se traduz num duplo dever de cooperação e de sacrifício”.

mais amplo possível, para que se confira a máxima amplitude a esse direito. Em outros termos, deve-se aplicar à espécie o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, conforme explica Canotilho (2003, p. 1.224):

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

É necessário que os contratantes se conscientizem da situação por que passa o mundo ao se restabelecer dos estragos causados pela pandemia da Covid-19 e ajam com bom senso, o que exige que tanto o consumidor quanto o fornecedor envidem esforços em favor do equilíbrio contratual e social. O fornecedor também sofreu os efeitos da pandemia e, da mesma forma que o consumidor, tem direito à proteção na medida em que lhe é assegurado o direito fundamental à livre iniciativa (CRFB, art. 170). Atendidas as premissas impostas pelo art. 170 da CRFB, o fornecedor tem o mesmo direito que o consumidor à proteção estatal e social para o exercício de seu ofício, especialmente quando fragilizado e vulnerável na relação contratual.

Gonçalves (2017, p. 56-57) observa que

o ordenamento jurídico não exclui a possibilidade do “fornecedor vulnerável” e a necessidade de protegê-lo. Máxime quando há uma determinação constitucional de competência comum à União, Estados e Municípios de “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo

a integração social dos setores desfavorecidos” (art. 23, X da Constituição Federal; BRASIL, Constituição/1988, 2014, p. 30). [...] Admitir o reconhecimento da existência de fornecedores vulneráveis é algo que beneficia a própria sociedade, pois faz com que eles sejam merecedores de medidas protetivas orientadas pela e para a solidariedade, impondo que se assegure a eles o acesso às medidas de prevenção da contaminação e de proteção aos consumidores, o que atende ao objetivo fundamental de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inciso I da Constituição Federal; BRASIL, Constituição/1988, 2014, p. 13) voltada para a “redução das desigualdades regionais e sociais” (art. 170, VII da Constituição Federal; BRASIL, Constituição/1988, 2014, p. 96). Nesta perspectiva, distingue-se o fornecedor vulnerável não para excluí-lo, mas para reforçar a sua inclusão social e econômica.

Nesse contexto, quando age de boa-fé, sem dar causa à limitação do fornecimento inicialmente pactuado do produto ou serviço, o fornecedor tem o mesmo direito de postular a repactuação do contrato porque – se não tem, como o consumidor, o direito fundamental à proteção – tem o direito de ser protegido em razão do princípio da solidariedade. O art. 3º, I, CRFB, dispõe ser a construção de uma sociedade solidária um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o que pressupõe não só o direito a uma vida digna como também o dever de contribuir para que outros a tenham. Ressalte-se que a solidariedade é mandamento constitucional a ser observado tanto na relação entre o Estado e o particular quanto nas relações entre particulares.

A presunção de boa-fé é a regra nas relações intersubjetivas (BRASIL, 2016); é princípio geral do Direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia “a boa-fé se presume; a má-fé se prova” (BRASIL, 2014, p. 22). Com mais razão ainda, quando é notória a força maior ou o caso fortuito impeditivo da consecução do contrato

inicialmente pactuado – como uma pandemia que nem em tese era esperada pela humanidade.

Tartuce (2020, p. 1.182) é elucidativo:

Chegou o momento de as partes contratuais no Brasil deixarem de se tratar como adversários e passarem a se comportar como parceiros de verdade. Ao invés do confronto, é preciso agir com solidariedade. De nada adiantará uma disputa judicial por décadas, com contratos desfeitos e relações jurídicas extintas de forma definitiva. Bom senso, boa-fé e solidariedade. Essas ferramentas, mais do que remédios jurídicos, serão essenciais, no presente e no futuro, muitas vezes mais do que os remédios ou instrumentos jurídicos antes citados, sejam aqueles que geram a extinção ou a conservação dos negócios.

É apropriado que a ampliação dos efeitos normativos obedeça ao grau de comprometimento econômico do setor, como no caso das academias e centros de treinamento, por exemplo, ou prevaleça mediante a comprovação pelo fornecedor do impacto econômico negativo relevante do desastre. Em outras palavras, com base na constatação da mudança drástica de situação do fornecedor, traduzida na redução ou impossibilidade do fornecimento do produto ou do serviço contratado – portanto, por motivo notório de caso fortuito –, busca-se uma interpretação que possa proteger tanto o consumidor inadimplente quanto o fornecedor que tiveram a capacidade negocial afetada pela pandemia.

Ressalte-se, a propósito, o entendimento de Marques, Bertoncello e Lima (2020, p. 58-59):

Logo, o advento da exceção dilatória (Pandemia do Coronavírus), afastando a mora do devedor, indica que a solução equilibrada à proteção do consumidor vulnerável seja o reconhecimento do “dever geral de renegociação nos contratos de longa duração”, pela doutrina europeia atual, sedimentado nos deveres de cooperação, da boa-fé e na antiga exceção de ruína. Sob esse enfoque, Demogue destaca notadamente o “duplo dever do credor: dever negativo de não sobrecarregar o devedor e obrigação positiva de facilitar a tarefa e ainda cooperar com a execução”. [...] Francesco Maccario aponta, em matéria de contratos, que [...] o prazo dilatório e a renegociação integrativa encontrarão lugar antes mesmo do advento traumático da excessiva onerosidade, “a fim de evitar que o equilíbrio econômico do contrato entre as prestações seja prejudicado ao ponto de induzir a parte excessivamente onerada a recorrer à tutela resolutória”.

Parafraseando as autoras citadas, o mesmo se pode afirmar em relação ao fornecedor: considerando-se a pandemia do coronavírus um fator de afastamento de caracterização de mora também em relação ao fornecedor, dado que ele teve reduzida sua capacidade de honrar o compromisso de

fornecimento. A solução equilibrada para a consecução do contrato consumerista é o reconhecimento do dever geral de renegociação também em favor do fornecedor, quando isso se fizer necessário, e o consumidor puder suportar as alterações sem se prejudicar efetivamente. Nesse ponto, como o contrato de consumo tem natureza bilateral e comutativa, o consumidor também é credor e nessa qualidade tem o dever negativo de não sobrecarregar o fornecedor, e a obrigação positiva de facilitar a consecução do compromisso por ele assumido, uma vez constatado que o cumprimento da forma inicialmente contratada seria por demais difícil ou impossível.

A exacerbação da vulnerabilidade do consumidor mediano e o reconhecimento de uma “vulnerabilidade extraordinária” do fornecedor no cenário atual não têm o condão de minimizar os direitos fundamentais à proteção do consumidor e da livre iniciativa, mas visam harmonizar as relações de consumo de modo a buscar uma sociedade e uma economia resilientes, com a subsistência e a lucratividade dos negócios dos fornecedores contrabalançadas pela proteção ao consumidor, sempre em linha com os princípios constitucionais da ordem econômica e com o princípio da solidariedade. Aliás, nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana tem caráter absoluto (BARROSO, 2010a, p. 14), pois em determinados contextos pode ser temperado por outros valores.

4 Conclusão

Após os estragos causados pela Covid-19, o restabelecimento mundial demanda grandes adaptações em diversos setores da sociedade, e não poderia ser diferente na aplicação do Direito. Para minimizar os efeitos econômicos da pandemia, é fundamental discutir as implicações da fragilização da capacidade negocial tanto do consumidor quanto do fornecedor.

Assim, com a finalidade de contribuir para a mitigação do desastre, é preciso controlar, de pronto e no que for possível, seus resultados. Essa medida alcança forçosamente a adequada revisão da aplicação das regras consumeristas que, se não tratadas de forma adequada, podem afetar a nascente vulnerabilidade do fornecedor e ocasionar falências, agravar os efeitos do desastre e impedir que a sociedade retorne ao estado anterior ao evento.

Em regra, a vulnerabilidade do consumidor é presumida para as pessoas físicas destinatárias finais do serviço e do produto. Contudo, em cenário jurídico excepcional de desastre ambiental, urge a reflexão sobre qual sujeito da relação concreta é de fato atingido, pois tanto o consumidor pode não ter os recursos necessários para honrar o pagamento do produto ou serviço adquirido quanto o fornecedor pode não ter condições de honrar

parcial ou totalmente seu compromisso, por ter reduzida sua capacidade de fornecimento normal de produtos e serviços.

Nesse cenário, a busca do equilíbrio nas relações de consumo deve levar em conta não só a agravada vulnerabilidade do consumidor por supervenientemente ter sido alijado de sua capacidade negocial – entre outros fatores, por desemprego, perda de renda – como uma “vulnerabilidade extraordinária” do fornecedor que luta para manter-se ativo na economia. Muitas vezes o consumidor exige rescisões e devoluções sob o argumento de prevalência de caso fortuito e força maior e de não ser obrigado a manter-se numa relação indesejada, quando – valendo-se de bom senso e boa-fé – poderia optar pela suspensão do contrato ou pela reposição dos serviços sem grandes impactos na sua vida pessoal ou financeira. O cumprimento rígido das regras do Direito do Consumidor num cenário fático alterado pode onerar excessivamente o fornecedor e obrigá-lo a encerrar suas atividades. E tal encerramento afeta diretamente a sociedade, agrava o efeito do desastre, dificulta a volta ao *status quo ante* o evento, bem como a criação de sociedades resilientes.

Entende-se, pois, que a relação entre fornecedor e consumidor precisa ser satisfeita com qualidade, preservando-se os direitos das partes envolvidas na relação de consumo. Diante do desastre causado pela pandemia da Covid-19, é necessário considerar não só a vulnerabilidade do consumidor como também a do fornecedor, decorrente da redução de sua capacidade negocial. Assim, o consumidor precisa ser tolerante e aberto às propostas alternativas de fornecimento se isso não lhe acarretar prejuízo considerável; da mesma forma, o fornecedor precisa reconhecer as limitações do consumidor e tornar flexíveis as formas de pagamento se isso não resultar em prejuízo insustentável.

Em síntese, sob o viés da solidariedade e seus correlatos, as partes devem contribuir para minimizar os impactos da pandemia, fazendo concessões mútuas, a bem da consecução do negócio jurídico, da satisfação das partes e da manutenção da ordem social.

Sobre os autores

Luiz Carlos Goiabeira Rosa é doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; professor dos programas de graduação e pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil.
E-mail: lgoiabeira@yahoo.com.br

Milla Christi Pereira da Silva é mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil; pós-graduada *lato sensu* em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, São Paulo, SP, Brasil; pós-graduada *lato sensu* em Direito Societário e Contratos Empresariais pela Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil; pós-graduada *lato sensu* em Direito Urbanístico e Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; advogada.
E-mail: milla_pereirasilva@yahoo.com.br

Thaís Onofre Caixeta de Freitas é mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil; pós-graduada *lato sensu* em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-graduada *lato sensu* em Direito Imobiliário pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogada.
E-mail: thaís_onofre_caixeta@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; SILVA, Milla Christi Pereira da; FREITAS, Thaís Onofre Caixeta de. A solidariedade como fator de reequilíbrio contratual nas relações de consumo atingidas pela pandemia da Covid-19. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 238, p. 189-207, abr./jun. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p189

(APA)

Rosa, L. C. G., Silva, M. C. P. da, & Freitas, T. O. C. de (2023). A solidariedade como fator de reequilíbrio contratual nas relações de consumo atingidas pela pandemia da Covid-19. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(238), 189-207. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p189

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. (Teoria & Direito Público).

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. [S. l.: s. n.], 2010a. Versão provisória para debate público. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 30 mar. 2023.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

_____. *Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012*. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil – SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

_____. *Lei nº 14.046, de 24 de agosto de 2020*. Dispõe sobre medidas emergenciais para atenuar os efeitos da crise decorrente da pandemia da Covid-19 nos setores de turismo e de cultura. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14046.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 586.316/MG*. Direito do consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrida: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA. Relator: Min. Herman Benjamin, 17 de abril de 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301612085&dt_publicacao=19/03/2009. Acesso em: 30 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Recurso Especial nº 956.943/PR*. Processo civil. Recurso repetitivo. Art. 543-C do CPC. Fraude de execução. Embargos de terceiro. Súmula n. 375/STJ. Citação válida. Necessidade. Ciência de demanda capaz de levar o alienante à insolvência [...]. Recorrentes: Carlos Oscar Premazzi e outros. Recorrido: Júlio Cesar da Silva. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Relator para o acórdão: Min. João Otávio de Noronha, 20 de agosto de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701242518&dt_publicacao=01/12/2014. Acesso em: 30 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Extradição nº 1.344/DF*. Competência – Extradição – Estado requerente. Havendo notícia de prática delituosa voltada a introduzir substância entorpecente no território do Governo requerente, incumbe ter como de boa origem o pedido de extradição [...]. Requerente: Governo da Suíça. Extraditando: Ença Camara. Relator: Min. Marco Aurélio, 11 de outubro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11975201>. Acesso em: 30 mar. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. República e autodeterminação política. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação executiva de Léo Ferreira Leony. 2. ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018. p. 168-173. (Série IDP).

CARVALHO, Délton Winter de. A natureza jurídica da pandemia da Covid-19 como um desastre biológico. *Consultor Jurídico*, [São Paulo], 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/direito-pos-graduacao-natureza-juridica-pandemia-Covid-19-desastre-biologico>. Acesso em: 30 mar. 2023.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Cartilha sobre o tratamento do superendividamento do consumidor*. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/cartilha-superendividamento.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

COVID-19: comércio brasileiro acumula prejuízo de R\$ 124,7 bilhões. *Fecomércio MG Notícias*, Belo Horizonte, 20 maio 2020. Disponível em: <https://www.fecomerciomg.org.br/2020/05/Covid-19-comercio-brasileiro-acumula-prejuizo-de-r-1247-bilhoes/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: A. Rousseau, 1931. t. 6.

FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Délton Winter de (org.). *Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas*. 2. ed. Curitiba: Appris, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. v. 4.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

GONÇALVES, Edvaldo Sapia. *Mosaico de vulnerabilidades: açai artesanal e risco da transmissão oral da doença de Chagas*. 2017. Tese (Doutorado em Ciências) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8161/tde-20102017-181212/pt-br.php>. Acesso em: 30 mar. 2023.

GONTIJO, Joana. Crise do coronavírus: 30 lojas fecham as portas no Mercado Central de BH. *Estado de Minas*, [Belo Horizonte], 29 jul. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/07/29/interna_gerais,1171160/crise-do-coronavirus-30-lojas-fecham-as-portas-no-mercado-central-de.shtml. Acesso em: 30 mar. 2023.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de Covid-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 29, n. 129, p. 47-71, maio/jun. 2020. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1312>. Acesso em: 30 mar. 2023.

MARQUES, Claudia Lima; SAYEG, Ricardo Hasson. Tempestade de risco, superendividamento em massa e resgate da economia brasileira. *Consultor Jurídico*, [São Paulo], 29 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/garantias-consumo-tempestade-risco-superendividamento-resgate-economia>. Acesso em: 30 mar. 2023.

MAZEAUD, Denis. Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? In: ARDANT, Philippe (coord.). *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*. Paris: Presses Universitaires de France; Dalloz: Éd. du Juris-Classeur, 1999. p. 603-634.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, p. 95-119, jan./mar. 2005.

MOREIRA, Assis. Pandemia de coronavírus pode deixar 25 milhões sem emprego e ampliar pobreza. *Valor Investe*, São Paulo, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2020/03/18/pandemia-de-coronavirus-pode-deixar-25-milhoes-sem-emprego-e-ampliar-pobreza.ghtml>. Acesso em: 30 mar. 2023.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Carmen. Pandemia foi responsável pelo fechamento de 4 em cada 10 empresas com atividades encerradas. *Agência IBGE Notícias*, [s. l.], 17 jul. 2020. (Séries Especiais). Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28295-pandemia-foi-responsavel-pelo-fechamento-de-4-em-cada-10-empresas-com-atividades-encerradas>. Acesso em: 30 mar. 2023.

OBJETIVOS de Desenvolvimento Sustentável. [S. l.]: Nações Unidas Brasil, c2023. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 30 mar. 2023.

PAYÃO, Jordana Viana; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A função social e solidária da empresa no âmbito das relações de trabalho. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1.120-1.136, jun./ago. 2016. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2016.22109>. Disponível

em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22109>. Acesso em: 30 mar. 2023.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 199-224, jul./dez. 1997.

POR QUE a doença causada pelo novo coronavírus recebeu o nome de Covid-19? *Fiocruz*, Rio de Janeiro, 7 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/por-que-doenca-causada-pelo-novo-virus-recebeu-o-nome-de-Covid-19>. Acesso em: 30 mar. 2023.

PROJETO permite suspensão de prestação de casa própria de afetado por pandemia. *Agência Senado*, Brasília, DF, 1º jul. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/01/projeto-permite-suspensao-de-prestacao-da-casa-propria-de-afetado-por-pandemia>. Acesso em: 30 mar. 2023.

PROJETOS suspendem cobrança de financiamento de veículos durante pandemia. *Agência Senado*, Brasília, DF, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/29/projetos-suspendem-cobranca-de-financiamento-de-veiculos-durante-pandemia>. Acesso em: 30 mar. 2023.

ROCHA, Gutemberg de Siqueira. Os impactos da pandemia da Covid-19 no comércio em geral. *Migalhas*, [São Paulo], 25 mar. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/322530/os-impactos-da-pandemia-da-Covid-19-no-comercio-em-geral>. Acesso em: 30 mar. 2023.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOBRE a doença. [Brasília, DF]: Ministério da Saúde, [2020]. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 30 mar. 2023.

TARTUCE, Flávio. O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade. In: *DERECHO de los desastres: Covid-19*. Lima: PUCP, 2020. t. 2, p. 1.175-1.182.

A (in)compatibilidade entre a desoneração das operações com minérios destinadas ao comércio exterior e a redução da desigualdade regional

SIMONE CRUZ NOBRE

LISE TUPIASSU

Resumo: O estudo pontua que a outorga de competência tributária representa a autorização para obtenção do recurso essencial e indispensável à plena finalidade do ente federado: a concretude de direitos fundamentais. No entanto, nas operações destinadas à exportação essa competência foi retirada gradativamente dos estados-membros, sob o fundamento de liberdade do comércio exterior. Tomando como exemplo as operações com minérios no estado do Pará e utilizando o método documental e bibliográfico, o ensaio busca avaliar se o discurso da não tributação, com fundamento em efetivar uma maior competitividade no mercado internacional, amolda-se aos objetivos fundamentais da redução da desigualdade regional. Conclui-se que a supressão da base tributária afeta a capacidade fiscal do estado-membro e, ainda que ele exerça o mesmo esforço fiscal de outro ente federado, a medida contribui para aumentar a desigualdade regional.

Palavras-chave: desoneração da exportação; mineração; desigualdade regional; Estado do Pará; competência tributária.

The (in)compatibility of the reduction of operations with ore intended for foreign trade with the reduction of regional inequality

Abstract: The study points out that the granting of tax jurisdiction represents the authorization to obtain the essential and indispensable resource for the full purpose of the federated entity: the concreteness of fundamental rights. However, in operations destined for export, this was gradually withdrawn from the member states, on the grounds of freedom

Recebido em 21/10/22

Aprovado em 13/3/23

of foreign trade. Taking as an example the mining operations in the state of Pará and using a documental and bibliographic method, the essay seeks to assess whether the discourse of non-taxation between foreign nations, based on achieving greater competitiveness in the international market, conforms to the fundamental objectives of reduction of regional inequality. In the end, it is concluded that the suppression of the tax base affects its fiscal capacity and even if it exerts the same fiscal effort as another federated entity, the measure contributes to increasing regional inequality.

Keywords: non-taxation of exports; mining; regional inequality; state of Pará; tax jurisdiction.

1 Introdução

Com seu núcleo fincado na dignidade da pessoa humana, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2022a]) elenca, entre os seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais visando ao desenvolvimento nacional – comandos suficientes a demonstrar a necessidade de as economias de mercado serem guiadas por princípios mais abrangentes de justiça social. Para isso, o papel ativo do governo é fundamental para garantir oportunidades e meios para o ser humano participar produtivamente da sociedade.

É nesse contexto que a tributação tem papel de destaque: se por um lado o tributo representa a principal fonte de custeio à promoção de direitos fundamentais e redistribuição de renda, por outro, a depender da política tributária adotada, mostra-se capaz de criar desigualdade, fragilizando o fundamento que sustenta a sua própria instituição – ponderação que ganha envergadura quando considerada a política tributária adotada em relação a um importante recurso natural: o minério.

Ainda que distantes de uma sociedade global menos desigual, é forçoso reconhecer que avanços tecnológicos em comunicação, informação e transporte interligam-nos, colocando-nos economicamente mais próximos uns dos outros. E a tecnologia que possibilita essa conexão utiliza recursos minerais. O minério é um insumo utilizado pela indústria de transformação na composição de inúmeros produtos indispensáveis à vida moderna: insumos agrícolas, equipamentos industriais, instrumentos

e aparelhos de uso hospitalar, medicamentos, cosméticos, celulares, entre outros.

Levantamentos realizados pelo Projeto de Mapeamento Anual do Uso e Coberturas da Terra no Brasil, relativo ao ano de 2020, apontam que no Brasil a atividade mineral está concentrada na produção de ferro (25,4%) e alumínio (25,3%), ao passo que o ouro responde por 86,1% da atividade de garimpagem (ÁREA..., [2021]). No território nacional, no entanto, encontram-se muitas outras substâncias minerais, como manganês, cobre, níquel, tálio, estanho, zinco, nióbio, caulim, diamante e outras pedras ornamentais.

Atualmente a mineração, a indústria e o garimpo distribuem-se por área nas unidades federativas da seguinte forma: Pará (110.209 ha), Minas Gerais (33.432 ha), Mato Grosso (25.495 ha), Rondônia (7.282 ha), Amazonas (6.259 ha), Goiás (4.670 ha), Amapá (3.829), Bahia (3.640 ha), São Paulo (2.491 ha) e Rio Grande do Sul (1.445 ha) (ÁREA..., [2021]).

Os números da mineração impressionam. Segundo o Instituto Brasileiro de Mineração (FATURAMENTO..., 2021), o faturamento do setor mineral no Brasil somou R\$ 209 bilhões em 2020. Uma alta de 36% se comparado com o ano de 2019, mesmo no cenário de pandemia.

Com o aumento de 62,4% das vendas de produtos da atividade extrativa, com destaque para a elevação de 72,9% nas vendas de minério de ferro, o Brasil fechou o ano com superávit de US\$ 61 bilhões em 2021, com crescimento de 21,1% em relação ao ano de 2020, superando o recorde de US\$ 56 bilhões alcançados no ano de 2017 (RUSSI, 2022). Portanto, os minérios contribuem de forma positiva para a economia nacional.

Ocupando a primeira colocação no ranking nacional das exportações de minério no 1º semestre de 2020, o Pará desponta com grandes reservas de ferro, bauxita, cobre, caulim,

manganês, níquel, calcário, ouro e outros minérios de uso na construção civil (ABREU, 2020).

O Pará é um estado de vocação mineral, que conta, segundo levantamentos de 2010, com 80% das reservas nacionais de bauxita, 77% das reservas de cobre, 43% das de caulim, 36% de manganês e 14,8% do ouro (PARÁ, 2011). Além disso, o minério de ferro encontrado em Carajás é reconhecido mundialmente por sua alta qualidade (MINERAÇÃO..., [2019]).

No entanto, engana-se quem imagina que essa unidade federada, detentora de tantos bens minerais em seu território, seja um ente rico. Apesar de ser o estado que apresenta o melhor saldo do País e de contribuir de forma decisiva para a balança comercial brasileira, o Pará apresenta o 24º IDH entre os 27 estados da Federação (ATLAS..., [2010]), de acordo com dados da Federação das Indústrias do Pará (Fiepa) (PARÁ..., 2020),

Em 2011, 16% do povo brasileiro estavam vivendo abaixo da linha da pobreza. Na região norte, o percentual era de 27,4%; no Pará, esse número alcançava 30,8% – quase o dobro da média nacional.

Certamente os números alertam para um contraste acentuado, que precisa ser mais bem entendido e equacionado, visto que toda essa movimentação econômica certamente deveria proporcionar elevadas receitas aos cofres públicos, pois o imposto incidente sobre as operações de circulação de mercadoria possibilitaria ao tributo cumprir o seu efetivo papel.

O fato é que a verticalização dos minérios extraídos no estado é incipiente: quase 90% da atividade de mineração estão voltados ao mercado externo, e a competência tributária para a cobrança do ICMS foi retirada dos estados-membros, sob o fundamento de liberdade do comércio exterior. Essa realidade sinaliza uma aparente contradição entre os objetivos fundamentais de redução de desigualdade

regional, previstos no art. 3, III, da CRFB, com a desoneração das exportações, estabelecida no mesmo diploma legal, no art. 155, § 2º, X, “a” (BRASIL, [2022a]). Seria a desoneração das operações com minérios destinadas ao comércio exterior compatível com a redução das desigualdades regionais?

É preciso avaliar se a não tributação, que busca garantir maior competitividade dos produtos e serviços no mercado internacional, amolda-se aos objetivos fundamentais de desenvolvimento nacional e contribui para a redução da desigualdade regional.

Considerando a importância da tributação na preservação do pacto federativo e na garantia de direitos fundamentais, com base no método documental e bibliográfico, o presente artigo convida o leitor a avaliar se o alargamento da base de cálculo sujeita à não incidência tributária na exportação se conforma aos objetivos fundamentais do desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades regionais previstos no texto constitucional no município de base mineradora e no seu entorno não minerador.

2 A tributação como instrumento de correção das desigualdades

Instrumentos de realização da missão estatal, os tributos representam a principal fonte de receita para a efetivação dos direitos fundamentais; são, portanto, de prestação compulsória. Embora ainda visto com pouca simpatia pelos que estão sujeitos à sua imposição, importa reconhecer que, se não há direito sem deveres nem deveres sem direito, não haveria garantia jurídica dos direitos fundamentais sem o cumprimento por parte do cidadão do seu dever de pagar tributo (NABAIS, 2004, p. 119).

Por atuar como pressuposto para o exercício da autonomia política, administrativa e

financeira, a outorga de competência tributária representa a autorização para obtenção do recurso essencial e indispensável à plena finalidade do ente federado: a concretude de direitos fundamentais necessários ao bem-estar social.

É nesse viés que a Constituição, fundada na democracia e com seu núcleo fincado na dignidade da pessoa humana, enfatiza que, entre os seus objetivos fundamentais, está a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, visando ao desenvolvimento nacional.

Assim, se o desenvolvimento busca o bem-estar social, é para o ser humano que ele deve ser fomentado¹. Nessa linha, o Estado como garantidor do desenvolvimento deve esforçar-se para efetivá-lo, porque ele é um direito humano inalienável² e cabe ao ente público viabilizar a participação de todos nesse processo, que necessariamente pressupõe a superação das desigualdades. Ao adotar a federação como forma de Estado, a CRFB estabelece como norte que “a União e os Estados-membros ocupam, juridicamente, o mesmo plano hierárquico. Daí devem receber tratamento jurídico-formal isonômico” (CARRAZZA, 2015, p. 170).

Contudo, o reconhecimento da igualdade formal entre as pessoas políticas não pode deixar de reconhecer também suas diferenças relativamente à receita e aos demais índices. Em outros termos, é fundamental dar um

¹ O estudo parte da concepção adotada por Sen (2010, p. 28-29), para quem o desenvolvimento deve ir além da acumulação de riqueza e do Produto Nacional Bruto e das variáveis relacionadas à renda. Deve estar atrelado à melhoria da vida das pessoas.

² Aduz o art. 1º, item 1, da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento: “O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, e todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados” (NAÇÕES UNIDAS, [1986]).

tratamento isonômico com um olhar atento às desigualdades.

A realidade das regiões brasileiras em receitas, educação e saúde evidencia seus contrastes. O Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) dos municípios que compõem as regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste demonstram que praticamente todos os estados dessas regiões têm o IDHM e seus subíndices IDHM-longevidade, IDHM-renda e IDHM-educação acima da média nacional³, realidade que não se repete nos estados das regiões Norte e Nordeste, onde o IDHM e todos os seus subíndices estão abaixo da média nacional. Com 5% dos municípios acima da média do Brasil no IDHM-educação e 10%, no IDHM-longevidade, a região Norte abriga o município com menor IDHM do País, Melgaço, localizado no estado do Pará. Ademais, é importante destacar que 50% da região Norte têm IDH médio (DESENVOLVIMENTO..., 2016, p. 7). O quadro agrava-se ainda mais na região Nordeste, onde somente 1,9% dos municípios está acima da média nacional no subíndice IDHM-educação e 1,7% no IDHM-longevidade (DESENVOLVIMENTO..., 2016, p. 22-23).

Diante dessa realidade é importante superar tratamentos que considerem idênticas as regiões, como se o Brasil fosse uma realidade homogênea, com os mesmos problemas culturais, sociais e econômicos, e com igual capacidade para financiar as competências dispostas no texto constitucional. Também é imperioso ter em conta a vocação econômica de cada unidade na implementação de políticas nacionais.

Atenta a essa realidade, a própria CRFB, reconhecendo a desigualdade existente entre as pessoas políticas, inclui, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil,

³ Mato Grosso não ultrapassa a média do IDHM do Brasil e do subíndice IDHM-renda e IDHM-educação; Minas Gerais não ultrapassa a média do subíndice IDHM-renda; e Mato Grosso do Sul, a do IDHM-educação.

a erradicação das desigualdades sociais e regionais, como elo na garantia do desenvolvimento nacional⁴.

As bases do Sistema Tributário Nacional foram estruturadas de forma que a União detivesse as rédeas da política econômica e que ficassem em sua alçada os tributos de regulação econômica, que poderiam ser alterados sem grandes dificuldades. O poder fiscal foi distribuído com base na materialidade do respectivo imposto, num substrato econômico apto a sofrer a imposição fiscal.

Ainda que a CRFB tenha garantido aos estados e aos municípios competências maiores que as previstas na Constituição de 1967, seu poder decisório é mais reduzido, e parte de suas receitas é complementada com recursos advindos de receitas transferidas.

Com foco no ideário estabelecido no art. 3º da CRFB⁵ e na necessidade de um agir conjunto e harmônico entre os níveis de governo, característica essencial de um federalismo cooperativo, foram estabelecidos instrumentos de repartição de receitas como meios adicionais para a correção das desigualdades regionais.

Comentam Scaff e Silveira (2019, p. 518):

a lógica de federalismo cooperativo deve ter por escopo o desenvolvimento conjunto das unidades federadas, de modo que todos tenham iguais condições de participar das oportunidades apresentadas no jogo econômico e de poder, e não de concorrência predatória, o que pode descambar em guerra fiscal. Incumbe ao federalismo cooperativo a redução das desigualdades regionais, a fim

⁴ Art. 3º, II e III, da CRFB (BRASIL, [2022a]).

⁵ Preceitua o art. 3º da CRFB: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, [2022a]).

de que a pessoa humana possa efetivamente ter maiores oportunidades para o desenvolvimento de suas capacidades, onde quer que habite.

Num território extenso como o do Brasil, formado por regiões com realidades diversas, o objetivo constitucional de promover o equilíbrio entre regiões deve observar o antigo conceito de isonomia, que estabelece tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Assim, mesmo merecendo igual tratamento em questões político-jurídicas, as unidades federadas fazem jus a um olhar diferenciado e a uma reformulação dos arranjos hoje adotados, o que implica uma reavaliação da política tributária nacional, por ser o tributo um importante instrumento para a diminuição da desigualdade regional e de promoção da qualidade de vida nacional.

3 Da tributação à imunidade do comércio exterior: um longo trajeto de perdas

No Brasil, no período colonial e no império, as exportações eram tributadas com base no modelo mercantilista português.

Do início do período republicano até a Constituição de 1946, cabia aos estados-membros a cobrança do Imposto de Exportação (TORRES, 2005, p. 141). Com a reforma de 1965, a tributação sobre as exportações tornou-se competência do Governo Federal, e limitou-se a competência dos estados para a cobrança do ICM. Nessa mesma linha, a Emenda Constitucional (EC) nº 1/1969 estabelecia no art. 23, § 7º: “O [imposto] de que trata o item II [ICM] não incidirá [sobre] as operações que destinem ao exterior produtos industrializados e outros que a lei indicar” (BRASIL, [1988]).

Com a promulgação da CRFB, o ICMS passa a não incidir sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semielaborados, definidos em lei complementar⁶. Ou seja, os estados tributavam os produtos *in natura* e os industrializados semielaborados:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I – impostos sobre:

- a) transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos;
- b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...]

§ 2º O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte: [...]

X – não incidirá:

- a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, *excluídos os [semielaborados] definidos em lei complementar* (BRASIL, [2022a], grifo nosso).

Com fundamento na liberdade de comércio com as nações estrangeiras, a não incidência de tributos sobre a exportação de produtos industrializados era um recurso para estimular a verticalização da atividade econômica na própria região, corrigindo desigualdades inter-regionais.

No entanto, convencidos de que a entrada de novas divisas poderia movimentar a economia, uma vez que o comércio geralmente tem efeito multiplicador sobre empregos e renda, foi ampliada a não incidência para todos os produtos primários e os semielaborados, bem

⁶ A Lei Complementar nº 65, de 15/4/1991 (BRASIL, 1991), define, no art. 155 da CRFB, X, “a”, que “os produtos [semielaborados] podem ser tributados pelos estados e Distrito Federal, quando de sua exportação para o exterior”.

como para a exportação de serviços, por meio da Lei Complementar (LC) nº 87, de 13/9/1996 (*Lei Kandir*)⁷:

Art. 32. A partir da data de publicação desta Lei complementar:

I – o imposto não incidirá sobre [as] operações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados [semielaborados], bem como sobre prestações de serviços para o exterior (BRASIL, [2022b], grifo nosso).

Reconhecendo a perda de receita imposta aos estados, essa norma previu, na redação originária do art. 31, a compensação financeira, na forma do Anexo da LC nº 87/1996⁸:

Art. 31. Até o exercício financeiro de 2002, inclusive, a União entregará mensalmente recursos aos Estados e seus Municípios, obedecidos os limites, os critérios, os prazos e as demais condições fixados no Anexo desta Lei Complementar, com base no produto da arrecadação estadual efetivamente realizada do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação no período julho de 1995 a junho de 1996, inclusive. [...]

§ 5º Para efeito da apuração de que trata o art. 4º da Lei Complementar nº 65, de 15 de abril de 1991, será considerado o valor das respectivas exportações de produtos industrializados, inclusive de [semielaborados], não submetidas a incidência do imposto

⁷ Esse diploma é conhecido como *Lei Kandir*, referência ao autor do projeto, o então deputado Antônio Kandir. Observe-se que, após a proposição do projeto de lei à Câmara dos Deputados, ele foi nomeado ministro do Planejamento no governo de Fernando Henrique Cardoso e liderou o processo de negociação da lei. Um ano após a sua aprovação, ainda como ministro, Antônio Kandir acompanhou de perto o leilão da Companhia Vale do Rio Doce, adquirida em 1997 com ágio de 19,99% do preço fixado pelo Governo Federal, pelo consórcio Brasil, liderado pela Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) (PAULINO NETO, 1997).

⁸ Esse dispositivo sofreu duas alterações posteriores pelas LCs nºs 112 e 115, ambas de 2002.

sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação em 31 de julho de 1996 (BRASIL, [2022b]).

O Anexo do diploma legal continha um sistema complexo de compensação, escalonado em dois processos: i) o seguro-receita, estabelecido até o ano de 2002; ii) a compensação na Lei Orçamentária Anual da União (LOA), com valores previamente definidos.

A LC nº 102, de 11/7/2000 (BRASIL, [2002a]), suspendeu a aplicação do seguro-receita no período 2000 a 2002 e determinou a distribuição de valores fixos aos estados, sem qualquer relação com as perdas suportadas pelos Estados.

Também em 2002, a LC nº 115, de 26/12/2002 (BRASIL, 2002b), eliminou o seguro-receita e estabeleceu a divisão de acordo com percentuais de participação definidos em seu normativo. Em 2004, outro auxílio financeiro foi criado com o mesmo propósito. Porém, todos esses mecanismos foram insuficientes para compensar a perda de arrecadação sofrida pelos entes federados.

De fato, verificou-se que o valor nominal global das transferências foi sendo gradativamente reduzido. Em 2003 foi de R\$ 3,87 bilhões, passando em 2004 e 2005 para R\$ 3,40 bilhões e em 2006 em diante para R\$ 1,95 bilhão, além de sofrer corrosão inflacionária. O art. 32, I, da LC nº 87/1996 recebeu muitas críticas por ofender o princípio federativo⁹, pois, se a CRFB atribuía competência aos estados e ao Distrito Federal para tributar por meio do ICMS as operações destinadas ao exterior, não poderia a LC nº 87/1996 anular por completo essa faculdade.

Após anos de ponderações sobre os valores repassados como compensação, foi aprovada em

⁹ Defende Carrazza (2015) que o dispositivo seria inconstitucional por diminuir a competência tributária dos estados, sua autonomia financeira, política e, até mesmo, jurídica.

19/12/2003 a EC nº 42 (BRASIL, 2003) que, alterando o Sistema Tributário Nacional, converteu a não incidência do ICMS sobre a exportação em imunidade. Essa emenda também assegurou a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores e reconheceu, no art. 91 do ADCT, o direito à contrapartida para estados e municípios como compensação pelas perdas de arrecadação.

Importa destacar que o dispositivo fazia menção que a complementação seria devida enquanto o ICMS tivesse a sua arrecadação efetiva inferior a oitenta por cento do que seria, caso a tributação fosse concentrada no estado de destino. Assim, estudos realizados pelo BID apontam que em 2011 a condição para a cessação da compensação já estava satisfeita em 20 estados. Apenas o Acre, o Distrito Federal, o Maranhão, o Piauí, o Rio de Janeiro, o Rio Grande do Norte e o Pará continuavam a fazer jus à complementação (VARSAÑO, 2013, p. 40).

No entanto, a redação do art. 91, § 2º, do ADCT dava margem para dúvidas, pois não deixava claro se a condição deveria ser avaliada estado por estado ou apenas estaria satisfeita se todas as unidades juntas atingissem os 80% do consumo no destino. Assim, a celeuma continuava a gerar insatisfação em ambos os lados.

Passados mais de quinze anos, não havia sido editada pelo Congresso Nacional a lei complementar de que trata o art. 91 do ADCT (BRASIL, [2022a]), situação que prejudicava o sistema de compensação financeira e inviabilizava o federalismo cooperativo, por impor ônus demasiado aos estados exportadores, em função da retirada de receitas essenciais à promoção dos direitos fundamentais.¹⁰ Vale dizer que, apesar de contribuir fortemente para a manutenção do equilíbrio da balança comercial, as unidades federadas com maior volume de exportação de produtos primários e semielaborados, como o Pará, foram as que sofreram maiores perdas de receitas.

Segundo a Nota Técnica elaborada pela Fundação Amazônia de Amparo a Estudos e Pesquisas (Fapespa) (2017, p. 32),

[p]ara o estado do Pará os resultados das perdas de arrecadação na comparação em relação as mais relevantes despesas do estado, os valores das referidas perdas de 2015 honrariam, por exemplo, 32% da folha de

¹⁰ Foram protocoladas duas Propostas de Emenda Constitucional (PEC) na Câmara dos Deputados que buscam retirar a desoneração das exportações. A PEC nº 35/2019 (BRASIL, 2019a), de autoria do deputado Lafayette de Andrada, do PRB-MG, que propõe a inclusão do § 7º no art. 155 da CRFB, a fim de tornar facultativa a adesão dos estados-membros e do Distrito Federal, por meio de lei complementar estadual ou distrital, ao disposto na alínea “a”, do inciso X, do § 2º do dispositivo. A PEC nº 90/2019 (BRASIL, 2019b), de autoria do deputado Júlio Delgado, PSB-MG, que dá nova redação à alínea “a” do inciso X do § 2º do art. 155 da CRFB, retirando da imunidade, especificamente, os produtos primários de minerais metálicos quando destinados ao exterior.

pagamento ou aumentaria a capacidade de investimento do estado em 2,5 vezes, o que possibilitaria, com essa arrecadação extra, expandir as cadeias de produção e os serviços públicos ofertados a população paraense.

No que tange as despesas por função, como saúde educação etc., em 2015 o estado poderia investir, em torno de 50% a mais em saúde e segurança ou 15% a mais em educação ou 11% em previdência.

Após longos anos de uma “guerra fiscal vertical” (VARSANO, 2013, p. 8), a incompatibilidade entre pontos de vista culminou com o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 25 (BRASIL, 2016) pelo estado do Pará.

Ao acompanhar o voto do ministro relator Gilmar Mendes, em 30/11/2016 o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a ação procedente por unanimidade. Nessa oportunidade, além de declarar a omissão por violação do art. 91 do ADCT, o STF fixou o prazo de 12 meses para o Congresso Nacional saná-la. Após o prazo estabelecido, em permanecendo a inércia na edição do ato, caberia ao Tribunal de Contas sua normatização.

No momento da decisão, a Corte silenciou em relação aos valores que, já repassados pela União, estariam abaixo do devido, segundo alegavam os estados. Em outras oportunidades, o STF já havia firmado que o próprio texto constitucional previa solução para o tema, retirando-lhes qualquer possibilidade de manifestação¹¹. Fato é que, mesmo após esse prazo, o dispositivo do art. 91 do ADCT não foi regulamentado pelo Congresso Nacional. Contudo, estava claro que, persistindo a inércia, após 12 meses caberia ao Tribunal de Contas da União (TCU) executar duas ações: i) “fixar o valor do montante total a ser transferido aos Estados-membros e ao DF”; e ii) “calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus” (BRASIL, 2016, p. 3).

Todavia, não estancaram as divergências. Como a inércia legislativa permaneceu após um ano do julgamento, o TCU, em procedimento diverso ao estabelecido na decisão do STF, notificou os estados para obter informações acerca do volume de operações interestaduais realizadas, buscando avaliar se ainda fariam jus ao ressarcimento. Novos desconfortos e incertezas, uma vez que, no entendimento do TCU, com base em nota técnica emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, todos os estados já estavam com as arrecadações no destino superando os 80% – o que, conforme previsto no art. 91, § 2º, do ADCT, estancaria o recebimento da complementação.

Visando à solução do impasse presente na ADO nº 25, uma Comissão Especial foi instaurada. Contando com a presença de ministro do STF,

¹¹ Ver Ação Cível Originária (ACO) nº 1.044, julgada na mesma sessão da citada ADO, bem como a ACO nº 779 e a ACO nº 792.

várias reuniões de conciliação entre representantes da União, dos estados e do Distrito Federal foram realizadas para pôr fim ao litígio, com a celebração de um acordo.

Em suma: do valor devido pela União aos entes federados que, segundo o levantamento da Fapespa, era da ordem de R\$ 268,9 bilhões, após o acordo celebrado, será recebida pelos entes federados a importância de R\$ 58.000.000.000,00 no período de 2020 a 2037, acrescido do montante de R\$ 3.600.000.000,00, R\$ 1.200.000.000,00 nos três anos subsequentes à aprovação da regulamentação da proposta de reforma constitucional que visa repassar aos demais entes federativos mais recursos da União, relativos à parte da receita proveniente do disposto no art. 20 da CRFB, com a possibilidade de um adicional de R\$ 4.000.000.000,00 em caso de leilão dos blocos de Atapu e Sépia, ou seja, o valor pode alcançar R\$ 65.600.000.000,00.

Em resumo, o Pará, que entre 1997 e 2016 deveria ter recebido R\$ 35,72 bilhões relativos aos impactos nas contas públicas em razão da desoneração das exportações, receberá R\$ 5.132.200.000,00, ou seja, menos de 15% do valor a que faria jus.

4 Desafios de um estado com economia de base mineral

Com grandes reservas minerais, florestais e de recursos hídricos, a indústria extrativa, em especial a de extração mineral, tem grande representatividade entre as atividades econômicas desenvolvidas no Pará. Abrigando as duas maiores jazidas da região – a de Oriximiná e da Serra dos Carajás, esta última uma das maiores jazidas do mundo –, o Pará extrai grande parte da produção brasileira de minério de ferro, alumínio, cobre, caulim e manganês.

Muito embora o minério seja consumido por quase todos os setores da vida moderna, engana-se quem, com base nesses dados, presume que o Pará desfrute de grande arrecadação de tributos.

A verticalização dos minérios extraídos no Pará é incipiente, e quase 90% das atividades de mineração estão voltadas ao mercado externo, de modo que a desoneração da exportação, assegurada pelo art. 155, X, “a”, da CRFB (BRASIL, [2022a]), inibe o poder do estado de tributar e deixa um rastro de exploração e miséria.

O percentual de desoneração com as exportações da principal fonte de riqueza e de recursos para o estado é da ordem de 29,70% do PIB, em contraposição à média nacional, de 9,62%. A situação agrava-se quando se percebe que as exportações paraenses estão baseadas na exploração de um recurso não renovável (LIRA; SILVA; PINTO, 2009, p. 159). O estado convive com o desafio de explorar recursos naturais de forma sustentável e internalizar a riqueza resultante dessa exploração, fomentando o desenvolvimento da região.

A realidade do Estado é resultado de um planejamento econômico que sofreu descontinuidade. Na segunda metade do século XX, com o intuito de atenuar as desigualdades inter-regionais e integrar economicamente a região ao restante do País, o modelo de desenvolvimento traçado para a região Amazônica consolidou três eixos: o polo Industrial de Manaus, os polos minerais no Pará e o polo agropecuário, que acabou por ter predominância em Mato Grosso, na região central do País (PORFÍRIO JÚNIOR, 2004, p. 10).

Sob essa diretriz, objetivando a produção de bens de capital e insumos básicos, grandes plantas industriais de extração mineral surgiram no Pará com o II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND – 1975-1979). Além

de gerar divisas com vistas ao equacionamento da crise cambial da época, o interesse nacional era tornar o estado um fornecedor de bens primários ou semielaborados para o polo industrial do Centro-Sul (SALES, 2010, p. 29).

No entanto, com o déficit na balança comercial brasileira, buscou-se uma alternativa para alterar esse quadro. O projeto pensado pela equipe econômica à época foi estimular as exportações ampliando a lista dos produtos desonerados, de forma que o País viesse a exportar mais e importar menos.

Com a nova diretiva, a partir da instituição da *Lei Kandir*, a redução da base de incidência do ICMS, principal imposto dos estados, gerou significativa perda em sua arrecadação, principalmente para aqueles entes subnacionais que não passaram pelo processo de industrialização e cuja vocação é a exportação, como o estado do Pará.

Com efeito, o processo de transformação ocorreu de forma desigual em termos setoriais e espaciais, levando à coexistência entre espaços dinâmicos e modernos e outros com fraco ou quase nenhum processo de modernização e ocupação econômica (LIRA; SILVA; PINTO, 2009, p. 159). Essa realidade é bem perceptível quando se observa que dentre os 144 municípios do Pará, apenas 10 são responsáveis por mais de 50% do PIB.

Tabela

Ranking dos 10 maiores PIBs, a preço de mercado corrente, dos municípios do Pará, em 2016 e 2017

2016			
Ranking	Município	PIB (R\$ Mil)	Part (%)
1º	Belém	29.466.894	21,34%
2º	Parauapebas	12.645.409	9,16%
3º	Marabá	7.487.235	5,42%
4º	Ananindeua	6.718.793	4,86%
5º	Barcarena	5.014.169	3,63%
6º	Santarém	4.574.029	3,31%
7º	Tucuruí	4.356.154	3,15%
8º	Castanhal	3.605.674	2,61%
9º	Paragominas	2.667.465	1,93%
10º	Altamira	2.497.078	1,81%
Soma 10 maiores		79.032.900	57,23%
Demais Municípios		59.074.615	42,77%
Estado do Pará		138.107.515	100,00%

2017			
Ranking	Município	PIB (R\$ Mil)	Part (%)
1º	Belém	30.238.484	19,48%
2º	Parauapebas	18.431.904	11,88%
3º	Marabá	8.596.000	5,54%
4º	Ananindeua	6.979.135	4,50%
5º	Tucuruí	6.460.221	4,16%
6º	Santarém	4.835.188	3,12%
7º	Barcarena	4.815.194	3,10%
8º	Canaã dos Carajás	4.087.532	2,63%
9º	Castanhal	3.757.159	2,42%
10º	Vitória do Xingu	3.088.045	1,99%
Soma 10 maiores		91.288.862	58,82%
Demais Municípios		63.906.508	41,18%
Estado do Pará		155.195.370	100,00%

Fonte: elaborada pelas autoras com base em dados do IBGE.

Observa-se que os municípios com grande exploração mineral se destacam pela representatividade no PIB do estado. No entanto, essa representatividade não é resultado da arrecadação do ICMS, mas de outro fator. Com o objetivo de indenizar a diminuição tanto do estoque de capital inicial quanto da potencialidade de renda futura, com a CRFB, passou a ser devida à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios uma participação, a título de compensação financeira, pela exploração de recursos minerais em seu território, a CFEM¹².

O processo interno de desenvolvimento desigual provocou um desequilíbrio entre os municípios do Pará, onde as unidades estruturadas em segmentos econômicos tradicionais, de baixo valor agregado, são dependentes de transferências constitucionais.

Contudo, apesar da importância histórica e atual da mineração, há muita polêmica em relação à sua efetiva contribuição para o

¹² O recolhimento da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) foi instituído pela Lei nº 7.990, de 28/12/1989. Por sua vez, o percentual de distribuição da compensação financeira está definido na Lei nº 8.001, de 13/3/1990. As alíquotas são diferenciadas por substância mineral extraída, variando de 1% a 3,5% e recaem sobre a receita bruta de venda, abatidos os tributos incidentes na sua comercialização, se a operação ocorrer dentro do território nacional. Caso destinada à exportação, a receita de venda levará em consideração o preço parâmetro definido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e pela legislação complementar. Ressalte-se, porém, que muitas operações são realizadas com pessoas vinculadas e, nesse caso, os valores de transferência são abaixo dos valores de mercado, uma vez que se transfere a preço de custo, isto é, são operações que tendem a provocar redução nos valores recolhidos da CFEM.

desenvolvimento, pois, paralelamente à movimentação na economia, ela provoca grandes distúrbios ecológicos e sociais no espaço onde ocorre.¹³

De fato, diferentemente de outros setores econômicos, para a sua incorporação no processo produtivo, uma grande quantidade de resíduos sólidos é gerada pela atividade, seja na forma de estéreis (resíduos da extração), seja de rejeitos (resíduos do processo de beneficiamento), fatores de externalidades significativas, em função principalmente da disposição inadequada dos rejeitos do processo de beneficiamento e de materiais do estéril não aproveitável, proveniente do decapeamento superficial da lavra.

É com esse olhar atento que se deve pontuar que, apesar de contribuir de forma decisiva para a balança comercial brasileira (o melhor saldo do País), o Pará é o 24º IDH entre os estados da Federação. Em 2011, 16% do povo brasileiro estava vivendo abaixo da linha da pobreza. Na Região Norte, o percentual era de 27,4%, e no Pará esse número subia para 30,8%, quase o dobro da média nacional. Observa-se também um acentuado desequilíbrio (DESENVOLVIMENTO..., 2016) entre o IDHM de Melgaço, 0,418, o menor entre os municípios do Pará, e o de Belém, de 0,746. A título de comparação, em São Paulo¹⁴, o menor IDHM é o de Ribeirão Branco, 0,639, e o maior é o de São Caetano do Sul, de 0,862.

Se por um lado o Pará está na 24ª colocação no IDH, por outro figura na 5ª posição entre os estados que mais exportam (COMEX..., [2019])¹⁵. Levantamentos realizados em 22/8/2013 pela Coordenação de Informações Econômico-fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda apontam que, se fosse permitido ao Pará exercer seu poder de tributar sobre os produtos exportados entre 1996 e 2012, sua arrecadação teria sido de R\$ 20,5 bilhões, ao passo que a compensação recebida da União no mesmo período foi de R\$ 5,5 bilhões, o que acarretou prejuízo real de R\$ 15 bilhões.

¹³ A corrente defendida por Richard Auty considera que a mineração traz muito mais problemas que vantagens para o desenvolvimento. As rendas provenientes da extração de recursos minerais produziram uma espécie de maldição, na medida em que limitam a capacidade expansiva de outros setores produtivos. Para a corrente oposta, sustentada por Scott Pegg, a mineração é percebida como um setor produtivo com grandes possibilidades de gerar vultosos recursos financeiros. Assim, as regiões onde estão alocadas jazidas minerais teriam recebido verdadeiras bençãos, que podem ser usadas para seu desenvolvimento. Sobre o assunto, ver Enríquez (2007, p. 25-27).

¹⁴ A comparação foi realizada com São Paulo por ser um estado com expressivo volume de exportação, mas essencialmente de produtos industrializados.

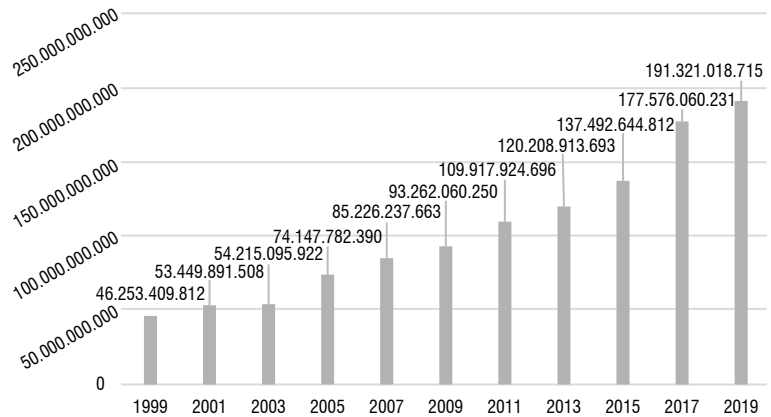
¹⁵ Em 2019, São Paulo foi o estado que mais exportou, seguido por Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Pará, segundo dados da Comex Stat ([2019]).

5 A (in)compatibilidade da desoneração das operações com minérios destinadas ao comércio exterior com a redução das desigualdades regionais

O acesso às novas tecnologias e o intercâmbio de informações, sem dúvida são meios que fomentam o comércio internacional. Além disso, com a retirada da tributação sobre as mercadorias destinadas ao comércio exterior, o volume de minérios exportado tem crescido ano após ano, conforme evidencia o Gráfico 1.

Gráfico 1

Volume exportado de minerais no Pará



Fonte: elaborado pelas autoras com base em dados da SEFA/PA.

Com a economia de base exportadora, segundo dados divulgados pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), o Pará em 2009 contribuía com o terceiro maior saldo positivo na balança comercial brasileira; em 2014, passara a ocupar a segunda colocação, ficando atrás apenas de Minas Gerais.

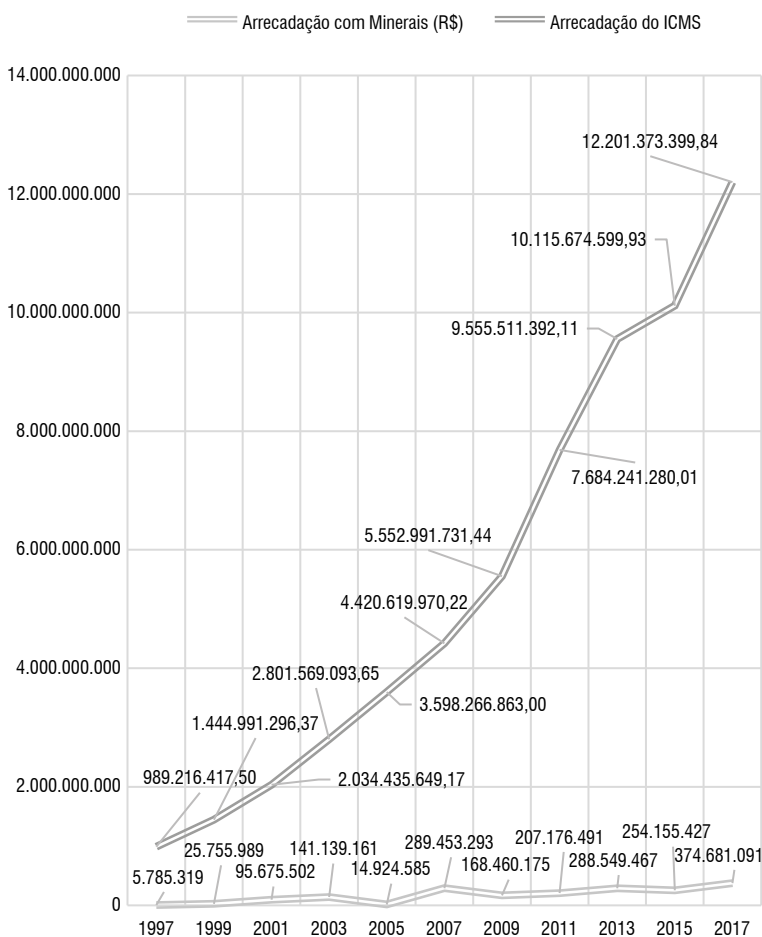
Em 2019, o Pará passou a ocupar a primeira colocação na exportação mineral, atingindo 35% do volume de produtos exportados pelo Brasil, com 188 milhões de toneladas exportadas, aproximadamente 48% do total comercializado do País. Dos US\$ 29,177 bilhões exportados em 2021, US\$ 27,069 foram de produtos minerais (PARÁ..., 2022).¹⁶

¹⁶ Segundo informações do Sindicato das Indústrias Minerárias do Estado do Pará, extraídas do Ministério da Economia, Agência Nacional de Mineração, Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Pará (PARÁ..., 2022).

Com a desoneração das exportações, o volume comercializado com o exterior tem crescido gradativamente. No entanto, ao longo dos anos, a arrecadação do ICMS do Pará com a comercialização de bens minerais no mercado interno e em operações interestaduais permanece sem grandes alterações.

Gráfico 2

Arrecadação do ICMS no Pará e arrecadação do ICMS em operações com minerais



Fonte: elaborado pelas autoras com base em dados da SEFA/PA.

Percebe-se que a tributação sobre os minerais tem pouca influência sobre o crescimento da arrecadação no Pará. Pouco fica dos recursos minerais para comercialização ou industrialização no País, embora nas

décadas de 1970 e 1980 o plano federal era tornar o estado um fornecedor de bens primários ou semielaborados para o polo industrial do Centro-Sul.

De 2011 a 2019, a arrecadação com minerais no Pará manteve-se em 3%, ainda que nesse período o estado tenha passado do terceiro ao primeiro lugar em volume de minérios exportado, o que evidencia a baixa arrecadação com o segmento mineral.

A partir da LC nº 87/1996, que desonerou a cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), as receitas públicas dos estados exportadores no Brasil sofreram importante impacto financeiro.

Levantamentos da Fapespa apontam que, de 1997 a 2016, as perdas líquidas acumuladas e corrigidas dos estados atingiram o montante de R\$ 268,9 bilhões (FUNDAÇÃO AMAZÔNIA DE AMPARO A ESTUDOS E PESQUISAS, 2017). Essas perdas não são uniformes nos estados, por estarem diretamente ligadas à sua base econômica, à composição de sua pauta de exportação, bem como à proporção da supressão dessas receitas dentro da capacidade fiscal de cada ente federativo. No mesmo período, o impacto da desoneração sobre os produtos primários e semielaborados destinados ao comércio exterior resultou na perda de R\$ 35,72 bilhões para o estado do Pará. Só no ano de 2010, a perda representou 15% do valor de suas receitas líquidas¹⁷.

Se por um lado a alteração impactou negativamente as unidades federadas, por outro alterou positivamente as relações comerciais do Brasil com o resto do mundo: a partir de 2001, o saldo da balança comercial passou a sinalizar que o volume exportado superou o importado.

Sem dúvida, a medida visou beneficiar a política de responsabilidade do Governo Federal¹⁸; todavia, ainda que favoreça a entrada de capital estrangeiro e de divisas na economia nacional, gera aos entes subnacionais sacrifícios que nem sempre se convertem em equidade social e regional.

Os números apontam que, entre 1997 e 2016, a comercialização de bens primários e semielaborados destinados à exportação mais que dobrou em relação ao crescimento do volume comercializado de produtos industrializados. Só a Região Norte passou de 41,90% do volume exportado desses produtos em 1997, para 65,64% em 2016. Em face do esgotamento futuro e da necessidade de transformação da base econômica da região, esse avanço exige reflexão, pois é sustentado por recursos naturais não renováveis – no caso, os minérios.

¹⁷ Em 2010, a receita corrente do Pará foi de R\$ 12,3 bilhões (FUNDAÇÃO AMAZÔNIA DE AMPARO A ESTUDOS E PESQUISAS, 2017, p. 33-34).

¹⁸ É competência privativa da União legislar sobre o comércio exterior (art. 22, VIII, da CRFB (BRASIL, [2022a])).

Não apenas o estado é tolhido de receitas públicas como também os municípios, pois, com base no federalismo cooperativo brasileiro, a arrecadação com o ICMS é repartida entre os municípios¹⁹, o que gera um efeito dominó. Além da arrecadação menor – fruto da desoneração das exportações sobre a principal base de sua economia – e da redução no imposto a ser repartido em função do tipo de atividade realizada, a mineração também acaba por impactar o montante do ICMS a ser recebido por cada município, ou seja, a sua cota-parte. Isso ocorre porque o art. 158, IV, da CRFB (BRASIL, [2022a]) determina que pertencem aos municípios 25% do valor do ICMS: $\frac{3}{4}$ conforme o valor adicionado no território e $\frac{1}{4}$ conforme definido em Lei²⁰.

O Valor Adicionado Fiscal (VAF) é obtido pela diferença entre o somatório do valor das mercadorias e serviços que saem do município e o valor das mercadorias que entram na mesma unidade. Contudo, nos municípios mineradores praticamente não há entrada, fato que conduz a um VAF elevado, desequilibrando a repartição do ICMS entre os demais municípios.

O desequilíbrio é perceptível ao compararmos a população de dois municípios e a parcela recebida da arrecadação do ICMS. Em 2019, Belém recebeu 15,3 de cota-parte do ICMS para suprir a demanda de uma população de 1.393.399 habitantes, ao passo que o município de Parauapebas, com uma população de 153.908 habitantes, recebeu 14% (PARÁ, 2019a, 2019b; INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA

E ESTATÍSTICA, 2019, p. 6-9). Em outros termos: a política tributária nacional gera impactos sobre a desigualdade intrarregional no Pará.

Diante desse cenário, é imperioso avaliar se o modelo tributário está adequado aos objetivos fundamentais de redução das desigualdades. É preciso ponderar se o discurso se mostra compatível com o modelo de tributação imposta. Numa sociedade que tem como propósito uma existência digna, a tributação como instrumento financeiro do Direito deve estar assente num modelo que privilegie o ser humano. Se a finalidade tradicional do tributo é servir como instrumento financeiro, o Estado não deve dele prescindir. Alterações, supressões ou desonerações do dever fundamental de pagar tributo são limitações constitucionais ao poder de tributar estabelecidas com fundamento numa concepção política de Estado e somente são justificáveis se estiverem em conexão com a promoção dos direitos fundamentais e em harmonia com os objetivos fundamentais traçados na Constituição.

Em outras palavras: a condução da política tributária não é totalmente livre. Não se encontra sob a esfera de faculdade do gestor. Encontra limite na própria finalidade do tributo de servir como instrumento financeiro à realização de direitos que cabe ao Estado proteger, garantir e promover. É preciso uma lógica na política a ser adotada. Não há como atender às demandas sociais e de renda da população do estado limitando o seu poder de tributar sobre sua principal riqueza. Com as receitas reduzidas haverá impactos na alocação dos gastos. A riqueza do solo do estado do Pará não se tem convertido numa grande arrecadação de tributos.

Ademais, com base na supressão da base tributária de uma expressiva atividade econômica, a política tributária nacional impõe sacrifício desigual às unidades federadas, pois, ainda que desempenhem igual esforço fiscal, as receitas

¹⁹ O art. 158, IV, da CRFB determina que pertencem aos municípios 25% do valor do ICMS (BRASIL, [2022a]).

²⁰ A EC nº 108, de 26/8/2020 (BRASIL, 2020), alterou o dispositivo para, no mínimo, 65% em relação ao valor adicionado e até 35%, de acordo com o que dispuser lei estadual, sendo “10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos”.

extraídas aprofundam o fosso entre as regiões e fomentam tratamentos desiguais da população dos diferentes entes federados.

Desponta como falácia o “mito da universalização do desenvolvimento econômico”, segundo o qual bastaria reproduzir os padrões dos países altamente industrializados para atingir os mesmos resultados. O desenvolvimento industrial está condicionado às decisões tomadas no passado e às tomadas em um curto espaço no presente, ou seja, “à medida em que avança a acumulação de capital, maior é a interdependência entre o futuro e o passado” (FURTADO, 1996, p. 13-16).

A desigualdade social está muito ligada às decisões que os agentes políticos e econômicos adotam como solução para combatê-la. Expandiram-se as exportações, mas não houve processo de acumulação tecnológica ou de riqueza para o estado. Os efeitos dessa expansão não se disseminaram por toda a sociedade. Pelo contrário: ainda que a abertura de mercados tenha a aptidão para movimentar a economia interna, sua propagação não é sentida de maneira uniforme pelo país que a concede, especialmente se o produto a ser exportado for um bem não renovável, como o minério.

A argumentação ganha corpo ao se analisarem as inter-relações dos diversos mercados que compõem determinada economia. Estudos apontam que a mineração apresenta baixo poder de encadeamento tanto para trás como para frente, o que se traduz num pequeno número de indústrias impactadas pelo setor. No Brasil, os impactos para frente, quando ocorrem, são mais intensos na região Sudeste (MELLO; PAULA, 2000).

Trata-se de uma imunidade que atende mais a uma política econômica de interesse de segmentos exportadores, que buscam maior participação na economia global, do que uma oportunidade disponível – efetiva ou

potencialmente – para toda a sociedade. Essa constatação impõe refletir se a liberdade do comércio exterior é um bem público que deveria ser financiado por toda a sociedade.

Em síntese: fica demasiadamente simples extrair e exportar sem ônus tributário. A atividade passa a ser atraente para o mercado externo, e a riqueza, antes local, passa a ser comum e global. Sem a responsabilidade pela verticalização da produção, a atribuição de fomentar uma política atrativa de investimentos para gerar valor agregado à riqueza natural recai apenas sobre o território de base mineradora.

6 Conclusão

Considerando o objetivo fundamental da redução de desigualdades previsto no texto constitucional e os índices do IDHM dos municípios que compõem os estados brasileiros, impõe-se a necessidade reavaliar a política tributária que tem sido adotada no País.

Diante da realidade observada, mais uma vez ganha destaque a tributação, por ser o tributo não apenas um instrumento financeiro de promoção de direitos, mas também de indução da atividade econômica, por meio de estímulos ou desestímulos à comercialização de determinados bens, à diversificação de segmentos econômicos ou a investimentos.

A desoneração do ICMS sobre operações com minérios destinados ao comércio exterior importa grandes prejuízos aos estados com atividades econômicas sustentadas na produção mineral, como é o caso do Pará.

A ineficácia do sistema de compensação da desoneração gerou um duplo prejuízo a essas unidades da federação: no presente, o ônus em absorver a perda de recursos financeiros essenciais ao seu desenvolvimento e à melhoria de vida da população; no futuro, arcar com

o esgotamento dos recursos naturais e as externalidades ambientais e sociais. Isso porque a simples exportação, sem a verticalização da linha de produção, não agrega valor a outras áreas da economia, fragilizando a sustentabilidade social e o elo com as futuras gerações.

O modelo tributário adotado nas operações com minérios destinados ao comércio internacional não se mostra adequado aos contornos constitucionais. Impõe a supressão de importante base tributária aos estados mineradores, não estimula a verticalização da produção em território nacional e retira importante fonte de receitas públicas a entes federados que terão sua capacidade fiscal reduzida, ainda que exerçam o mesmo esforço fiscal que outros.

Sobre as autoras

Simone Cruz Nobre é mestra em Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, PA, Brasil; doutoranda em Direito na Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil, em regime de cotutela com a Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne (École Doctorale de Droit de la Sorbonne), Paris, França; auditora fiscal de Receitas Estaduais do Pará, Belém, PA, Brasil.

E-mail: sequecruz@yahoo.com.br

Lise Tupiassu é doutora e mestra em Direito Público pela Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, França; mestra em Direito Tributário pela Université Paris 1 Panthéon/Sorbonne, Paris, França; mestra em Instituições Jurídico-políticas pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Belém, PA, Brasil; *visiting scholar* na Columbia University, Nova Iorque, EUA; professora da UFPA e do Centro Universitário do Pará, Belém, PA, Brasil; procuradora federal. E-mail: lise@ufpa.br

Este trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Código de Financiamento 001).

Como citar este artigo

(ABNT)

NOBRE, Simone Cruz; TUPIASSU, Lise. A (in)compatibilidade entre a desoneração das operações com minérios destinadas ao comércio exterior e a redução da desigualdade regional. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 238, p. 209-230, abr./jun. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p209

(APA)

Nobre, S. C., & Tupiassu, L. (2023). A (in)compatibilidade entre a desoneração das operações com minérios destinadas ao comércio exterior e a redução da desigualdade regional. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 60(238), 209-230. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p209

Referências

ABREU, Giovanna. Pará é o estado brasileiro que mais exporta produtos minerais. *Agência Pará*, Belém, 10 jul. 2020. Disponível em: <https://agenciapara.com.br/noticia/20707/para-e-o-estado-brasileiro-que-mais-exporta-produtos-minerais>. Acesso em: 14 mar. 2023.

ÁREA ocupada pela mineração no Brasil cresce mais de seis vezes entre 1985 e 2020. *MapBiomias*, [Rio de Janeiro, 2021]. Disponível em: <https://mapbiomas.org/area-ocupada-pela-mineracao-no-brasil-cresce-mais-de-6-vezes-entre-1985-e-2020>. Acesso em: 14 mar. 2023.

ATLAS do desenvolvimento humano no Brasil. [S. l.]: Atlas Brasil, [2010]. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 35, de 2019*. Acrescenta o parágrafo 7º ao art. 155 da Constituição Federal para facultar aos estados-membros e ao Distrito Federal aderir, ou não, ao disposto na letra a, inciso X, parágrafo 2º do mesmo artigo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2195675>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 90, de 2019*. Altera o Sistema Tributário Nacional para excluir isenção à atividade mineral. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2206373>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020*. Altera a Constituição Federal para estabelecer critérios de distribuição da cota municipal do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc108.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Lei Complementar nº 65, de 15 de abril de 1991*. Define, na forma da alínea a do inciso X do art. 155 da Constituição, os produtos [semielaborados] que podem ser tributados pelos Estados e Distrito Federal, quando de sua exportação para o exterior. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp65.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996*. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000*. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2002a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp102.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002*. Altera as Leis Complementares nºs 87, de 13 de setembro de 1996, e 102, de 11 de julho de 2000. Brasília, DF: Presidência da República, 2002b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp115.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. 4. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar [...]. Requerente: Governador do Estado do Pará. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 de novembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>. Acesso em: 14 mar. 2023.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84/2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

COMEX Stat. [S. l.]: Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, [2019]. Disponível em: <http://comexstat.mdic.gov.br/pt/home>. Acesso em: 14 mar. 2023.

DESENVOLVIMENTO humano nas macrorregiões brasileiras: 2016. Brasília, DF: Pnud: Ipea: FJR, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6217/1/Desenvolvimento%20humano%20nas%20macrorregi%C3%B5es%20brasileiras.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

ENRÍQUEZ, Maria Amélia Rodrigues da Silva. *Maldição ou dádiva? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira*. 2007. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/6417>. Acesso em: 14 mar. 2023.

FATURAMENTO do setor de mineração tem forte alta em 2020. *Ministério de Minas e Energia Notícias*, [Brasília, DF], 4 fev. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/faturamento-do-setor-de-mineracao-tem-forte-alta-em-2020>. Acesso em: 14 mar. 2023.

FUNDAÇÃO AMAZÔNIA DE AMPARO A ESTUDOS E PESQUISAS. *O impacto da Lei Kandir na arrecadação do ICMS dos estados no período 1997-2016*: estimativa das perdas com as desonerações das exportações de produtos primários e semielaborados. Belém: Fapespa, 2017.

FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. (Coleção Leitura).

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estimativas da população*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao>. Acesso em: 14 maio 2020.

LIRA, Sérgio Roberto Bacury de; SILVA, Márcio Luiz Monteiro da; PINTO, Rosenira Siqueira. Desigualdade e heterogeneidade no desenvolvimento da Amazônia no século XXI. *Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 153-184, jan./abr. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-63512009000100007>. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/1042>. Acesso em: 14 mar. 2023.

MELLO, Ediméia Maria Ribeiro de; PAULA, Germano Mendes de. Mineração de ferro e enclave: estudo de caso da Companhia Vale do Rio Doce. In: SEMINÁRIO SOBRE A ECONOMIA MINEIRA, 9., 2000, Diamantina, MG. *Anais* [...]. Belo Horizonte: Cedeplar, UFMG, 2000. p. 613-636. Disponível em: <https://diamantina.cedeplar.ufmg.br/portal/download/diamantina-2000/mello.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

MINERAÇÃO no Pará, Brasil e mundo. *Simineral*, [Belém, 2019]. Disponível em: <https://simineral.org.br/mineracao/mineracao-para>. Acesso em: 14 mar. 2023.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses).

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. [S. l.]: DHnet, [1986]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

PARÁ fecha 2019 em primeiro lugar em saldo na balança comercial brasileira. *Fiepa Notícias*, Belém, 5 fev. 2020. Disponível em: <https://www.fiepa.org.br/noticia/para-fecha-2019-em-primeiro-lugar-em-saldo-na-balanca-comercial-brasileira>. Acesso em: 14 mar. 2023.

PARÁ lidera exportação de minérios. *Diário do Pará*, Belém, ano 38, n. 13.673, 22 jan. 2022. Caderno Pará, p. A5. Disponível em: <https://dol.com.br/digital/Page?editionId=1996#book/5>. Acesso em: 14 mar. 2023.

PARÁ. Secretaria de Estado da Fazenda. *Balanço geral do Estado*: exercício de 2010. Belém: SEFA, 2011. Disponível em: http://www.sefa.pa.gov.br/tesouro/diconf/BALANCOS/_Balancos2010/BALANCO-GERAL-DO-ESTADO-2010-VOLUME-I.pdf. Acesso em: 26 maio 2023.

_____. Secretaria de Estado da Fazenda. Diretoria do Tesouro Estadual. *Repasso de ICMS dos municípios*: primeiro semestre de 2019. Belém: SEFA, 2019a. Disponível em: <http://www.sefa.pa.gov.br/receitas-despesas/70-receitas-despesas/tesouro-estadual/icms/14706-1-1-semestre-2019>. Acesso em: 26 maio 2023.

_____. Secretaria de Estado da Fazenda. Diretoria do Tesouro Estadual. *Repasso de ICMS dos municípios*: segundo semestre de 2019. Belém: SEFA, 2019b. Disponível em: <http://www.sefa.pa.gov.br/index.php/receitas-despesas/tesouro-estadual/icms/14707-2-semestre-2019>. Acesso em: 26 maio 2023.

PAULINO NETO, Fernando. Vale é vendida por R\$ 3,3 bi e ágio de 20%. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 7 maio 1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/bsp/brasil/fc070513.htm>. Acesso em: 26 maio 2023.

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. Federalismo, tipos de Estado e conceito de Estado federal. In: CONTI, José Maurício (org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004. p. 1-13.

RUSSI, Anna. Balança comercial encerra 2021 com superávit de US\$ 61 bilhões. *CNN Brasil*, Brasília, DF, 3 jan. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/balanca-comercial-encerra-2021-com-superavit-de-us-61-bilhoes/>. Acesso em: 14 mar. 2023.

SALES, Jó Bezerra de. *Transferências intergovernamentais: a desigualdade na repartição da cota-parte do ICMS no Pará – 1998 a 2008*. [S. l.]: Tesouro Nacional, 2010. (Tópicos Especiais de Finanças Públicas). XV Prêmio Tesouro Nacional. Disponível em: <https://premios.tesouro.gov.br/stn2010/assets/pdf/tema4/Tema%204%20-%203%20lugar%20-%20Jo%20Bezerra.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho. O Valor Adicionado Fiscal – VAF enquanto critério de partilha federativa e sua inadequação para os municípios de base extrativista: o uso de ficções jurídicas em direito financeiro. In: SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (coord.). *Federalismo (s)em juízo*. São Paulo: Noeses, 2019. p. 511-540.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.

VARSANO, Ricardo. Fazendo e desfazendo a Lei Kandir. *Textos para Debate*, [Brasília, DF], n. 304, p. 1-49, ago. 2013. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Fazendo-e-desfazendo-a-Lei-Kandir.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00238