



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 58

232

outubro a dezembro de 2021

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2021 – 2022

Senador Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE

Senador Veneziano Vital do Rêgo

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romário

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Irajá

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Elmano Férrer

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Rogério Carvalho

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Weverton

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Jorginho Mello

Senador Luiz do Carmo

Senadora Eliziane Gama

Senador Zequinha Marinho



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 58

232

outubro a dezembro de 2021

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, consequentemente, 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 André Chervenski da Silva

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito 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 08, Mezanino, Setor 011
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. Adrualdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini, Centro Universitário Internacional UNINTER, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Alexandre Freire Pimentel, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Ana Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 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 Henrique Graciano Suxberger, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Betânia de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Me. Caio Alexandre Capelari Anselmo, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, 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. 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 / Me. Clay Souza e Teles, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Cristiano Lange dos Santos, Laboratório de Análise de Políticas Públicas e Sociais, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Daiana Fagundes dos Santos Carboni, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha / Dr. Dani Rudnicki, Universidade La Salle, Canoas, RS, Brasil / Me. Daniel Bogéa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Danilo Augusto Barboza de Aguiar, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Modena Lacerda, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Elias Jacob de Menezes Neto, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Eneida Desiree Salgado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eriberto Francisco Bevilacqua Marin, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Fábio Feliciano Barbosa, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Fabiola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Fernando

Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Guilherme Tanger Jardim, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dra. Heloisa Fernandes Câmara, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Henrique Aniceto Kujawa, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Ivar Alberto Martins Hartmann, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Janaina Gomes Garcia de Moraes, Tilburg University, Haia, Países Baixos / Dr. Jayme Benvenuto Lima Junior, Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Foz do Iguaçu, PR, Brasil / Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procuradoria da República de São Paulo, Marília, SP, Brasil / Dr. Jorge Luis Mialhe, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, 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 / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Me. João Vicente Rothfuchs, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Julia Sichier Moura, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Juliane Sant'Ana Bento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Lauro Ishikawa, Faculdade Autônoma de Direito, 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 / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonel Pires Ohlweiler, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Lucas Rodrigues Cunha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dra. Luciana de Souza Ramos, Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. Luiz Eduardo Diniz Araújo, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luís Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Casseb Continentino, Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, Recife, PE, 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. Marcilio Toscano Franca Filho, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marcio Iorio Aranha, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Universidade La Salle, Canoas, RS, 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 Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Maria Inês Caetano Ferreira, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cachoeira, BA, Brasil / Dra. Mariah Brochado Ferreira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Mariana Cirne Barbosa, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Ma. Marina Soares Marinho, Advocacia-Geral da União, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, 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 / Dra. Mônica Herman Salem Caggiano, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 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. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil /

Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 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 / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Me. Pérsio Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Me. Rafael Diogo Diógenes Lemos, UniFanor, Aracaju, RN, Brasil / Dr. Rafael Reis Ferreira, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Me. Rafael Santos Soares, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, 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 / Dra. Regina Stela Corrêa Vieira, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / 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 Valtecídes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Rubia Carneiro Neves, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Salette Oro Boff, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dra. Sandra Mara Campos Alves, Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, DF, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Sirlene Nunes Arêdes, Faculdade Milton Campos, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Tiago Ivo Odon, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dra. Valéria Ribas do Nascimento, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Vallisney de Souza Oliveira, Justiça Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vanessa Spinosa, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Veridiana Pereira Parahyba Campos, Fundação Carlos Chagas, Caxingui, SP, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Vladimir da Rocha França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dra. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 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

AUTORES

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da graduação e do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil, e do Ibmec, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Allan Carlos Moreira Magalhães é doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor), Fortaleza, CE, Brasil; pós-doutorando em Direito Constitucional na Unifor, Fortaleza, CE, Brasil; professor da graduação e do programa de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário do Norte, Manaus, AM, Brasil; advogado da União, Advocacia-Geral da União, Manaus, AM, Brasil. / Antonio Teixeira de Barros é doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; mestre em Comunicação pela UnB, Brasília, DF, Brasil; pós-doutor em Comunicação pela Universidade Fernando Pessoa, Porto, Portugal; pesquisador e professor do programa de pós-graduação (mestrado profissional) em Poder Legislativo do Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. / Bryan Alves Devos é mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil. / Cristiane Brum Bernardes é doutora em Ciência Política pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestra em Comunicação e Informação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; pós-doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pesquisadora e professora do programa de pós-graduação (mestrado profissional) em Poder Legislativo do Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. / Cristiano Ferri Soares de Faria é doutor em Ciência Política e Sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pesquisador do Center for Collective Intelligence do Massachusetts Institute of Technology, Boston, EUA; professor do programa de pós-graduação (mestrado profissional) do Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. / Cristina Rego de Oliveira é doutora em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI pelas Faculdades de Direito e de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestra em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; pós-

doutoranda em Direito na Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; advogada. / Elisabete Busanello é mestra em Ciência Política pelo Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; doutoranda em Sociologia na Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; pesquisadora do Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. / Fernanda Prates Fraga é doutora em Criminologia pela Universidade de Montreal, Montreal, Canadá; mestra em Direito pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutora em Direito pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutora em Criminologia pela University of Ottawa, Ottawa, Canadá; professora da graduação em Direito da FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Francisco Humberto Cunha Filho é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor titular do programa de pós-graduação em Direito Constitucional (mestrado e doutorado) da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; advogado da União, Advocacia-Geral da União, Fortaleza, CE, Brasil. / Gabriel Antinolfi Divan é doutor e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor da graduação e do programa de pós-graduação (mestrado) em Direito da Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, Brasil. / Inafran Ribeiro é mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas e especialista em Direitos Humanos, Econômicos e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil; mestrando em Ciências Sociais na Universidade Federal de São Paulo, Guarulhos, SP, Brasil; advogado e consultor em Direitos Humanos, São Paulo, SP, Brasil. / 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 da graduação e do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil. / Marcelo Campos Galuppo é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; *visiting fellow* da University of Baltimore School of Law, Baltimore, MD, EUA; bolsista de produtividade do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). / Rainer Bomfim é mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil; doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil, com bolsa de pesquisa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes); professor da graduação em Direito da Doctum Faculdade, João Monlevade, MG, Brasil. / Roberta Simões Nascimento é doutora *cum laude* em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha; doutora e mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; professora adjunta da UnB, Brasília, DF, Brasil; advogada do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. / Salah Hassan Khaled Junior é doutor e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor da graduação em Direito e do programa de pós-graduação (mestrado) em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil. / Thiago Bottino é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor pela Columbia Law School, Nova York, EUA; professor visitante da Columbia Law School, Nova York, EUA; professor da graduação e do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor da graduação da UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Sumário

- 11 **A natureza jurídica do ato de nomeação de espaços públicos**
Francisco Humberto Cunha Filho
Allan Carlos Moreira Magalhães
- 33 **Crítica e reformulação da teoria do bem jurídico**
Proposta de um referente circunstancial
Bryan Alves Devos
Salah Hassan Khaled Junior
Gabriel Antinolfi Divan
- 57 **Presença parlamentar nas mídias sociais**
A estruturação dos mandatos digitais na Câmara dos Deputados
Antonio Teixeira de Barros
Cristiane Brum Bernardes
Cristiano Ferri Soares de Faria
Elisabete Busanello
- 87 **Os megaprocessos e os riscos de condenações injustas**
Thiago Bottino
Fernanda Prates Fraga
- 107 **A justiça restaurativa como estratégia contemporânea de controle social penal**
Cristina Rego de Oliveira
- 123 **Reconfigurações nos direitos territoriais de indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais**
As repercussões internas dos padrões internacionais de proteção
Inafran Ribeiro
- 153 **A incidência da *supressio* na obrigação alimentar entre ex-cônjuges**
Luiz Carlos Goiabeira Rosa
- 167 **O argumento da intenção do legislador**
Anotações teóricas sobre uso e significado
Roberta Simões Nascimento

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

- 195 **Liberdade de expressão, isegoria e verdade**
A tensão entre democracia e república na política moderna
Marcelo Campos Galuppo
- 213 **O dever de fundamentação das decisões judiciais**
A relativização dos limites entre *common law* e *civil law* no CPC
Rainer Bomfim
Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia

A natureza jurídica do ato de nomeação de espaços públicos

FRANCISCO HUMBERTO CUNHA FILHO
ALLAN CARLOS MOREIRA MAGALHÃES

Resumo: O artigo analisa a natureza jurídica do ato de nomeação de espaços públicos tendo por premissa que nomear as coisas é uma atividade essencial aos seres humanos, os quais as categorizam, as classificam e delas se apropriam. Não é atividade administrativa banal: envolve aspectos sensíveis da memória coletiva. Para compreender essa natureza, este trabalho adota como recorte o Brasil e a hipótese de que, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o redimensionamento conferido ao patrimônio cultural, batizar um bem público e ao mesmo tempo homenagear algo ou alguém se situa na interseção dos direitos culturais com o Direito Administrativo. Adota-se uma metodologia analítica e crítica com revisão bibliográfica e análise do Direito posto e proposto. Como resultado, apresentam-se critérios temporais, axiológicos e participativos para uma regulamentação da matéria por norma geral da União, pois o ato de nominar espaços públicos é competência legislativa concorrente e, em termos materiais, comum aos entes da Federação.

Palavras-chave: Espaços públicos. Atribuição de nomes. Direitos culturais. Direito Administrativo. Natureza jurídica.

The legal nature of the act of naming public spaces

Abstract: This article aims to analyze the legal nature of the act of naming public spaces, based on the premise that naming goods is an essential activity for human beings who, with this attitude, categorize, classify, and appropriate the things they designate. It is not, therefore, a trivial administrative activity, as it involves sensitive aspects of collective memory. This research, to understand the aforementioned legal nature, adopts Brazil as the space of observation, and starts from the hypothesis that, with the advent of the 1988 Constitution and the dimensioning that it did in relation to cultural heritage, to name a public good and at the same time paying homage to something or someone, this corresponds to an act

Recebido em 31/3/21
Aprovado em 7/5/21

that came to be situated in the field of intersection between cultural rights and Administrative Law. In order to reach this conclusion, an analytical and critical methodology was adopted, based on a bibliographic review and on the analysis of the current law and the proposed changes on it. As an additional result, temporal, axiological and participatory criteria are proposed for a regulation of the matter by a general law of the central government, given the conclusion that the act of naming public spaces is a competing legislative competence and, in material terms, common to the members of the federation.

Keywords: Public spaces. Naming. Cultural rights. Administrative law. Legal nature.

1 Introdução

O ato de nomear os espaços públicos, como praças e ruas, está envolto em muita simbologia e, por isso, frequentemente cercado de polêmica. É comum homenagear-se um ser humano (vivo ou morto), uma data, um evento, um sentimento ou até mesmo uma aspiração, sempre cheios de significados, o que evoca as lembranças de atitudes, comportamentos e valores, das quais decorrem juízos sobre o acerto ou o erro da homenagem.

A ideia de homenagem é central na presente reflexão, porque funciona como indicativo de que nominar um espaço público não é algo banal ou mero ato administrativo de rotina; envolve aspectos sensíveis da memória coletiva, inseridos no âmbito do patrimônio cultural, que tem adquirido um protagonismo na (re)construção do passado. O debate sobre esse tema frequentemente ocorre na superficialidade e gira em torno de saber se a pessoa ou a coisa apontada para designar um bem público é ou não merecedora da lembrança coletiva. A resposta a essa dúvida poderia ser razoavelmente obtida se fosse compreendida a natureza jurídica da nomenclatura de espaços, o que passa a ser o objetivo central desta pesquisa. Havendo êxito na empreitada, com base nos resultados obtidos supõe-se ser possível propor uma normatividade mínima (uma principiologia básica) de Direito positivo que oriente a atuação do Poder Público em tão importante temática.

A fim de investigar essa natureza, parte-se da hipótese de que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e o redimensionamento que ela fez em relação ao patrimônio cultural, o ato de batizar um bem público e ao mesmo tempo homenagear

algo ou alguém passou a situar-se no campo de interseção dos direitos culturais com o Direito Administrativo, cuja conjugação de preceitos rege a questão. Enfatiza-se que a enquete não objetiva focar as questões de constitucionalidade ou de competência deste ou daquele órgão ou Poder para definir os nomes aqui tratados, embora elas possam ser mencionadas, mas apenas de forma acessória ao objetivo apresentado.

Para eventualmente conferir a exatidão dessa hipótese, metodologicamente investiga-se a dimensão conceitual do tema, bem como o Direito positivo de regência da matéria, averiguando-se em que medida ele se adequa aos mencionados campos do Direito. Adicionalmente, como lastro comparativo mínimo, são feitas referências ao modo como outros ordenamentos jurídicos lidam com a questão, a fim de se obterem parâmetros abstratos de disciplinamento do tema.

2 Por que se nominam os lugares

Os seres humanos têm, no ato de nomear, uma atividade essencial pela qual *coisas* são categorizadas, classificadas e apropriadas. De acordo com Sousa e Dargel (2020, p. 7), trata-se de uma prática de que se tem conhecimento desde quando há registros da vida do homem em sociedade. Em sua tese de doutoramento, Tizio (2008, p. 7) reforça essa afirmação de ancestralidade da ação denominativa, sustentando que nomear lugares é ato inerente aos seres humanos que remonta ao surgimento da própria civilização.

Com efeito, esse é um tema da Onomástica, uma área da Linguística dedicada ao estudo dos nomes próprios em geral, subdividida em dois grandes ramos: um destinado ao estudo dos nomes próprios de pessoas (antroponomástica ou antroponímia), e outro relacionado aos nomes de lugares (toponomástica ou toponímia). Contudo, mesmo fazendo parte da Linguística,

essa área do saber é essencialmente interdisciplinar e conecta-se com disciplinas diversas, entre as quais o Direito, a História, a Sociologia e a Antropologia (SOUSA; DARGEL, 2020, p. 11).

A presente pesquisa tem como enfoque a denominação de lugares (toponomástica ou toponímia), que, mesmo sendo uma prática ancestral, recebeu atenção em termos científicos apenas no século XIX, com o desenvolvimento de estudos sobre o significado cultural dos nomes dos lugares e a sua relevância para a cultura social dos povos (TIZIO, 2008, p. 7). Todavia, mesmo antes desse marco, já havia uma preocupação com a ação nominativa. Retrocedendo no tempo, Assi (2008, p. 2, tradução nossa) enfatiza as questões de identidade e pertencimento atreladas ao ato de nomear:

O conceito de lugar pode ser rastreado até os antigos escritos filosóficos de Aristóteles. Lugar ou *topos*, em sua opinião, era a dimensão do “onde” nas relações das pessoas com o meio físico, evocando um sentimento de “pertença”. Os romanos, séculos depois, usaram o termo *genius loci*, o “espírito de um lugar”, a “dimensão espiritual” do ambiente¹.

A *Odisseia*, de Homero ([200-?]), na qual são contadas as aventuras de Ulisses, é repleta de lugares que evocam o sentimento de pertença, especialmente Ítaca, que representa a pátria, a ordem familiar e política para o aventureiro errante (GAGNEBIN, 2006, p. 13). Contudo, no encontro de Ulisses com o ciclope Polifemo, filho de Poseidon, há uma passagem particularmente interessante para o presente estudo. Trata-se do ardil de Ulisses de não divulgar o seu verdadeiro

¹ No original: “The concept of place can be traced back to the ancient philosophical writings of Aristotle. Place or *topos*, in his view, was the ‘where’ dimension in people’s relationship to the physical environment, conjuring up a feeling of ‘belonging’. The Romans, centuries later, used the term *genius loci*, the ‘spirit of a place’, a ‘genius spirit’ of a physical location”.

nome, mas de se autoneamar *Ninguém*. Quando é golpeado pelo herói após ter sido embriagado com vinho, Polifemo grita que *Ninguém* o havia atingido; esse estratagemas impede a perseguição a Ulisses, pois os membros de sua comunidade entendem tratar-se de um acidente, dado que pessoa alguma (*ninguém*) dilacerara o único olho do ciclope.

Para Adorno e Horkheimer (1985, p. 63), “o sujeito Ulisses renega a própria identidade que o transforma em sujeito e preserva a vida por uma imitação mimética do amorfo”. De acordo com Gagnebin (2006, p. 31), esse ardil revela a capacidade de Ulisses de distinguir, “de separar o nome do objeto nomeado, isto é, de superar a identidade mágica-mimética entre o nome e o nomeado”, e com isso perceber “a arbitrariedade do signo, reconhecimento altamente lógico-racional”. É a existência de distinção entre a designação e o objeto designado que faz com que os nomes não sejam uma realidade natural, mas uma construção humana que se refere a realidades extralinguísticas, entidades da natureza e da cultura (SOLÍS FONSECA, 2017, p. 11) que repercutem no Direito.

Em termos utilitários, denominam-se os lugares por uma questão de referência, para se saber voltar a eles ou indicá-los a outras pessoas. Muitas vezes a designação decorre de característica inerente ao espaço, como *Rio Negro*, *Pico Alto* ou *Serra da Neblina*, que respectivamente acentua a cor das águas, a altitude do monte e as condições climáticas que preponderam no local. Quando a quantidade de bens a serem nominados é muito grande, a identificação costuma ser feita por números ou letras, como ocorre relativamente aos meridianos e paralelos, bem como aos astros celestiais.

Vem de longe também a ideia de ressaltar e fortalecer uma ideologia ou uma crença com o batismo e a redesignação das coisas. Na antiguidade, por exemplo, quando os cristãos invadiram

a capital da Grécia, deram o nome de *Igreja de Nossa Senhora de Atenas* ao templo da deusa que designa a cidade (LAGE; EV, 2019, p. 53). Em período subsequente, durante as grandes navegações, é interessante observar como os portugueses agiram em relação ao território hoje denominado *Brasil*: primeiramente, em virtude de um erro de análise geográfica, foi chamado *Ilha de Vera Cruz*; depois, entendido que se tratava de um continente, usou-se a denominação *Terra de Santa Cruz*, porque o comandante da expedição, Pedro Álvares Cabral, que se dizia portador de um fragmento do lenho no qual Cristo sofrera o martírio final, tinha entre suas missões a de difundir a fé representada pela cruz (MOTA; LOPEZ, 2016, p. 51).

Portanto, àquela época, a religiosidade foi o motor da maioria das denominações dos lugares avistados pelos lusitanos, que, ignorando a existência de nomenclatura indígena sobre esses espaços, adotaram os padrões vigentes da sua própria cultura. Com isso, verifica-se o fenômeno da *superposição toponímica* com sucessivas denominações para designar um mesmo objeto, como ocorreu com o rio Amazonas (DICK, 1982, p. 79). Atualmente, essa superposição repete-se com relação à denominação de ruas, praças e espaços públicos em geral, por motivos distintos dos utilizados pelos colonizadores, ainda que na essência guardem entre si uma semelhante relação de poder.

Tendo a modernidade colocado o indivíduo no centro das atenções, passou-se a dar preferência aos destaques de pessoas em todos os campos da atividade humana, inclusive na designação de espaços públicos. Ocorre que, ao lado do individualismo, também cresceram os movimentos democráticos e republicanos, por meio dos quais se estimulam valores como igualdade e impessoalidade, que fizeram surgir questionamentos sobre a origem familiar, a etnia, o gênero, a condição econômica dos que são

escolhidos, principalmente quando não representam a diversidade encontrada no meio social.

Compreendeu-se que uma designação de bem público é algo que comumente atravessa gerações, e isso representa uma homenagem grandiosa que não pode ser conferida a quem não mereça. Em geral, esse mérito está relacionado ao reconhecimento de serviços prestados à população, que, diretamente ou por seus representantes, honra o benfeitor ao perpetuar publicamente a sua memória. Normas nesse sentido, como será visto mais adiante, permeiam o Direito positivo dos diferentes entes federativos ao empregar expressões como *geração*, *homenagem*, *reconhecimento*, *memória* e *vultos históricos*, indicando que o batismo de bem público é uma atitude de elevado interesse cultural e que, por conseguinte, apresenta uma dimensão de patrimônio cultural.

3 Nome de lugar como patrimônio cultural

Ao dimensionar o patrimônio cultural brasileiro, o art. 216 da CRFB determina que ele é constituído de “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem”, além das formas de expressão, dos modos de criar, fazer e viver e das produções científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, “edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais”; e “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico” (BRASIL, [2021b]).

Para o tema abordado neste trabalho, convém sublinhar as expressões *edificações e demais espaços e conjuntos urbanos e sítios* como

potenciais integrantes do patrimônio cultural brasileiro. É bem provável que, com base numa interpretação literal da norma, essa lembrança receba de pronto a contestação de que, para comporem esse patrimônio, devam ser respectivamente “destinados às manifestações artístico-culturais” e ter “valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Embora seja razoável, essa contestação não elimina a possibilidade de subsunção de grande parte dos espaços públicos na qualidade de bens culturais, pois na hipótese mais modesta eles têm um “valor histórico” que lhes é próprio, porque certamente não se vincula apenas à história geral; conforme a própria CRFB, vincula-se aos distintos grupos formadores da sociedade brasileira, que em sua maioria vivem na cidade, *locus* considerado por Mumford (1998, p. 606) “o melhor órgão de memória que o homem já criou”. Assim, a cidade é o espaço preferencial de fixação humana e local de desenvolvimento das dimensões da vida (REIS; VENÂNCIO, 2018, p. 694), com destaque para a cultural.

No âmbito normativo, a Lei estadual de Pernambuco nº 15.124, de 11/10/2013, dá suporte a esses argumentos ao estabelecer no art. 3º, § 1º, que a tradição e a cultura popular são fontes legítimas nas quais se deve buscar a denominação dos bens públicos, ao estabelecer a prioridade dos “nomes já conhecidos pela população local”, mas com a condição de não atentarem “contra os bons costumes” e nem estimularem ou sugerirem “interpretações que evoquem a degradação humana e social, o desrespeito a crenças, religiões, condição sexual, raça, gênero e assemelhados” (PERNAMBUCO, [2021]).

Na jurisprudência, ao julgar questão atinente ao tema ora explorado, o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão relatada pelo ministro Alexandre de Moraes, no bojo do Recurso

Extraordinário nº 1.151.237, externou entendimento que confirma essa tese:

[A] matéria referente à “denominação de próprios, vias e logradouros públicos e suas alterações” não pode ser limitada tão somente à questão de “atos de gestão do Executivo”, pois, no exercício dessa competência, o Poder Legislativo local poderá realizar homenagens cívicas, bem como colaborar na concretização da memorização da história e da proteção do patrimônio cultural imaterial do Município (BRASIL, 2019b, p. 2-3).

Esse excerto confirma que os espaços públicos integram o patrimônio cultural brasileiro e, portanto, devem ser protegidos com base na fórmula constitucional do art. 216, § 1º, de que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (BRASIL, [2021b]). Por certo, a nomeação dos espaços estudados enquadra-se *prima facie* no grande feixe das “outras formas de acautelamento e preservação” (CUNHA FILHO; STUDART, 2017, p. 374), mas sempre com a conjugação decisória do Poder Público e da comunidade.

Contudo, é necessário advertir que não se está constatando nem se defendendo que o ato de nomear bens públicos confira autonomamente proteção à sua estrutura física – nada que lembre um tombamento, por exemplo –, pois nem é necessário *a priori* que o bem tenha valor cultural em si (que no caso não se encontra no objeto nomeado), mas na própria referência criada ou recriada com base no nome atribuído. Por isso a relevância de perceber que o nome e o objeto nomeado têm existências distintas, tal como percebera Ulisses, pois o valor cultural deve ser buscado naquele, e não neste.

Dessa forma, o ato de nomear caracteriza-se como instrumento de acautelamento e preserva-

ção, e as normas jurídicas que o disciplinam encontram-se na interseção dos campos dos direitos culturais e do Direito Administrativo (CUNHA FILHO, 2017, p. 102). O nome (elemento linguístico) definido em função da cultura (elemento extralinguístico) configura o patrimônio cultural e revela a natureza jurídica do ato de nomear, o que atrai a incidência das normas jurídico-constitucionais que disciplinam esse novo campo do Direito, justificando a necessidade de uma norma geral editada pela União no exercício da competência legislativa concorrente (art. 24, VII, da CRFB), resguardando a competência dos estados e municípios quanto à competência suplementar (arts. 24, § 2º, e 30, II e IX, da CRFB).

4 O estado da arte no Direito posto

A CRFB não trata especificamente da designação dos espaços públicos. A norma que nela mais se aproxima da questão é a do § 1º do art. 37, que trata da “publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos”, a qual “deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social” e, relativamente às proibições, não podem constar “nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos” (BRASIL, [2021b]).

A Lei nº 6.454, de 24/10/1977 – que dispõe sobre a denominação de logradouros, obras, serviços e monumentos públicos –, é direcionada à Administração direta e indireta da União, bem como às entidades que, a qualquer título, recebam subvenção ou auxílio dos cofres federais. Em sua redação original, essa norma proíbe atribuir a bem público o nome de pessoa viva. Por sua vez, a alteração introduzida pela Lei nº 12.781, de 10/1/2013, amplia a vedação para incluir na proibição as pessoas que se tenham notabilizado na defesa e na exploração de mão de obra escrava (BRASIL, [2013b]).

Essa mudança legislativa originou-se do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 377/2005, de autoria do senador Marcelo Crivella, que nele justifica a proibição de designar bens públicos com nomes de pessoas ligadas à exploração de mão de obra escrava, na necessidade de combater a escravidão fática (confundida com a superexploração de trabalhadores), convocando a sociedade para de forma clara e explícita condenar essas práticas que ferem os direitos humanos e a ordem constitucional, bem como exortando os demais entes da Federação a adotarem semelhante postura (BRASIL, 2005b).

Apesar de a intenção do legislador proponente da norma direcionar-se também à revogação de homenagens já conferidas, a ampliação obtida com a redação final da Lei direciona-se a poucos, por dois motivos principais: o primeiro é que a pessoa pode ter sido um defensor e explorador de mão de obra escrava, mas ter se notabilizado por outras razões, o que a livra de ser alcançada pela redação legal; o segundo é que a nova Lei, como regra – e, nesse caso, com o reforço explícito do seu art. 2º –, somente pode produzir efeitos para o futuro².

No plano federal, o Tribunal de Contas da União (TCU), com base nessa legislação e sempre tendo como foco a presença de recursos federais, determinou ao Conselho Regional de Enfermagem a retirada do nome de pessoa viva da designação do seu plenário e do seu auditório³. O mesmo aconteceu relativamente a ginásio de esportes⁴, conjunto habitacional⁵ e escola⁶ construídos por estados e municípios com recursos transferidos pela União, não importando se o homenageado ocupe o cargo de deputado

² Conferir o art. 6º, § 1º, do Decreto-lei nº 4.657/1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, [2018]).

³ Conferir o Acórdão do TCU nº 500/2012, que determina que o Conselho Regional de Enfermagem de Sergipe “adote providências, no prazo de 30 (trinta) dias, se ainda não o fez, no sentido de excluir as designações do Plenário com o nome de ‘Enf. Gilberto Linhares Teixeira’ e do Auditório com o nome de ‘Enf. Hortência Maria Santana’, abstendo-se de atribuir nome de pessoa viva a bem público, de qualquer natureza, que tenha sido adquirido, fabricado ou construído com recursos públicos federais ou de utilizar nomes, símbolos e imagens que caracterizem a promoção pessoal de autoridades ou agentes públicos, nos termos dos arts. 1º e 3º da Lei nº 6.454, de 1977, e art. 37, *caput* e § 1º, da Constituição Federal de 1988” (BRASIL, 2012).

⁴ Conferir o Acórdão do TCU nº 591/2010: “a) constatou-se que o ginásio esportivo objeto do contrato de repasse, foi identificado com nome de pessoa viva, em infringência ao art. 37, § 1º, da Constituição Federal” (BRASIL, 2010).

⁵ Conferir ao que chama atenção o Acórdão do TCU nº 5.562/2009: “Outro ponto que merece destaque refere-se à denominação do conjunto habitacional, alusivo a pessoa viva, ou seja, o então Governador do Estado de Sergipe, signatário do ajuste, o que, por se tratar de obra pública custeada com recursos da União, afronta o princípio constitucional da impessoalidade, a vedação constitucional da promoção pessoal, a proibição legal de atribuir nome de pessoa viva a bem público e a jurisprudência deste Tribunal (art. 37, § 1º, da Constituição Federal; art. 26 da Constituição do Estado de Sergipe; arts. 1º e 3º da Lei nº 6.454/1977; Acórdão 578/2001-TCU-Primeira Câmara)” (BRASIL, 2009b).

⁶ Conferir o Acórdão do TCU nº 3.519/2006: “2.3.6. Outra irregularidade detectada na instrução inicial destes autos foi a existência de escolas a serem favorecidas com os recursos do convênio com denominações de pessoas vivas [...] 2.3.6.3. Em conclusão, entende-se que este Tribunal deva determinar ao FNDE que evite transferir recursos voluntários para favorecer bem público, de qualquer natureza, cuja denominação refira-se [a] pessoas vivas

federal⁷. Foram proibidas de homenagear pessoas vivas em suas instalações até mesmo entidades do Sistema S⁸, como o Serviço Social do Comércio (Sesc) e o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), beneficiários de contribuições federais.

A despeito dessas aplicações, o Congresso Nacional, os órgãos jurisdicionais e o TCU, certamente por não perceberem a dimensão cultural do ato de designação dos espaços públicos, ainda não atentaram à competência da União para editar normas gerais nessa matéria, decorrente do art. 24, VII e IX, da CRFB⁹, como visto no tópico anterior. Como são anteriores à CRFB, as determinações da Lei nº 6.454/1977 limitam-se aos bens públicos pertencentes à União e às pessoas jurídicas que integrem a sua Administração indireta.

Com efeito, o legislador nacional pode ir muito além de simplesmente exortar os demais entes da Federação a seguirem determinados critérios para a denominação de bens públicos; efetivamente, tem o dever de firmá-los de modo impositivo, com a edição de uma legislação fundamentada na natureza jurídica de patrimônio cultural que tenha o nome designativo de bens e lugares públicos, e, além disso, instituir um novo instrumento jurídico de proteção dos bens culturais. A expertise legislativa dos estados e municípios nessa matéria pode ser uma importante fonte para a construção desse instrumento protetivo.

4.1 A questão nas legislações estaduais e municipais

Se, como visto, a CRFB não contém disciplinamento direto e explícito sobre o tema em estudo, no âmbito dos demais entes da Federação há normas de natureza constitucional que tratam da designação de bens públicos, com diferentes graus de abrangência e de variada precisão em termos de técnica legislativa; é o que ocorre com as Constituições do Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Pará, Paraná, Pernambuco e São Paulo.

se houver vedação da utilização desses nomes na Lei Orgânica Municipal correspondente” (BRASIL, 2006).

⁷ Conferir o Acórdão do TCU nº 3.943/2009: “9.2. com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992, determinar à Prefeitura Municipal de Pinhão/SE que comprove, no prazo de 30 (trinta) dias, a adoção das providências cabíveis com vistas à exclusão do nome do Deputado Federal Jackson Barreto, ou qualquer referência à sua pessoa, da denominação da Praça de Eventos da municipalidade, abstando-se, ainda, de atribuir nome de pessoa viva a bem público ou utilizar nomes, símbolos e imagens que caracterizem a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, em observância, respectivamente, ao disposto na Lei nº 6.454 e no art. 37, *caput* e § 1º, da Constituição Federal” (BRASIL, 2009a).

⁸ Conferir o Acórdão do TCU nº 578/2001 (BRASIL, 2001).

⁹ Estabelece o seguinte: “art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; [...] IX – educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação” (BRASIL, [2021b]).

O alvo da proibição comum de todas é “a pessoa viva”, excluída total ou parcialmente da possibilidade de emprestar seu nome para identificar bens públicos que nos respectivos textos constitucionais recebem especificações como: artérias, auditórios, avenidas, bens públicos, bibliotecas, cidades, edifícios, equipamentos, estabelecimentos, hospitais, localidades, logradouros, maternidades, municípios, obras, órgãos, pontes, praças, praças de esportes, prédios e reservatórios de água.

A Constituição do Estado do Ceará é uma das que têm preceito específico sobre o tema: trata-se do art. 20, V, segundo o qual é vedado ao estado “atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, cidades e salas de aula” (CEARÁ, 2016, p. 18). Essa redação foi dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 65, de 16/9/2009; no texto originário da Constituição cearense, a proibição estendia-se também aos municípios, o que deu ensejo a ações de controle de constitucionalidade por uma suposta afronta à autonomia desses entes da Federação¹⁰.

A despeito do mencionado problema de inconstitucionalidade, a parte final do art. 238 da Constituição do Estado do Paraná veda “a atribuição de nome de pessoa viva a bem público de qualquer natureza, pertencente ao Estado ou ao Município” (PARANÁ, [2020]). Relativamente ao Ceará, pode-se dizer que o constituinte paranaense, em vez de usar a técnica de especificar uma lista (que sempre gera a dúvida sobre o caráter aberto ou fechado), usou o muito abrangente conceito de *bem público* para fixar o marco da proibição ora tratada.

Por meio de uma técnica mista relacionada a essas duas, o art. 21 da Constituição do Estado da Bahia determina que “fica vedada, no território do Estado, a utilização de nome, sobrenome ou cognome de pessoas vivas, nacionais ou estrangeiras, para denominar as cidades, localidades, artérias, logradouros, prédios e equipamentos públicos de qualquer natureza” (BAHIA, 2020, p. 26). É importante enfatizar que o constituinte baiano entendeu que proibir apenas o nome poderia não ser suficiente, o que o levou a especificar o sobrenome e o cognome; ademais, fez questão de igualar brasileiros e estrangeiros na proibição imposta.

O art. 239 da Constituição do Estado de Pernambuco estabeleceu que “[n]ão se darão nomes de pessoas vivas a qualquer localidade, logradouro ou estabelecimento público” (PERNAMBUCO, [2008], p. 111), ao passo que as Constituições de São Paulo (art. 34) e do Amapá (art. 35) vedaram aos seus municípios o uso de nomes de pessoas vivas.

¹⁰ Conferir a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 307, de relatoria do ministro Eros Grau (BRASIL, 2008).

O texto originário da Constituição do Estado do Maranhão foi alterado pela EC nº 37, de 24/1/2003, de modo a flexibilizar a proibição ora explorada, para permitir a denominação de obras e logradouros públicos com o nome de pessoas vivas “consagradas notória e internacionalmente como ilustres ou que tenham prestado relevantes serviços à comunidade na qual está localizada a obra ou logradouro” (art. 19, § 9º) (MARANHÃO, 2019, p. 178). Essa redação gerou uma arguição de inconstitucionalidade perante o STF e veio a ser prejudicada pelo advento de nova EC que reintroduziu a proibição de designar obras e logradouros públicos com nome de pessoas vivas¹¹.

Por seu turno, o constituinte amazonense fez editar a EC nº 40/2002 para revogar o originário § 9º do art. 105, que era assim redigido: “Não se dará nome de pessoas vivas a qualquer localidade, logradouro, estabelecimento ou órgão da Administração Pública nem se erigirá busto com sua efígie em lugares públicos” (AMAZONAS, [2019]). Com isso, essa vedação foi extirpada do ordenamento jurídico desse estado, num movimento que contraria os preceitos da CRFB.

O entendimento da relevância do homenageado também ganhou positividade, no parágrafo único do art. 254 da Lei Orgânica de Teresina, ao determinar que “[a] denominação de logradouros públicos deve celebrar vultos históricos ou personalidades que, em vida, contribuíram para o progresso e formação do patrimônio artístico, cultural, intelectual e científico de nosso povo” (TERESINA, 2011, p. 26).

No mesmo sentido, o § 4º do art. 3º da Lei estadual de Pernambuco nº 15.124, de 11/10/2013, que regulamenta a Constituição desse estado, estabelece critérios positivos e negativos para a denominação de bens públicos como homenagem à pessoa natural. Como critério negativo, o homenageado não pode ser pessoa viva nem ter sido condenado por improbidade administrativa ou corrupção; também não pode ter praticado atos de lesa-humanidade, tortura, exploração de trabalho escravo ou infantil, racismo, nem maus-tratos aos animais. Como critério positivo, é necessário que o homenageado tenha prestado relevantes serviços nos diversos campos do conhecimento (PERNAMBUCO, [2021]).

Considerando a suposta inconstitucionalidade decorrente do fato de que os estados não podem usurpar a competência dos municípios na

¹¹ Conferir a ADI nº 5.181, de relatoria do ministro Celso de Mello: “Cumprir observar, no entanto, que sobreveio, ao ajuizamento da presente ação direta, a edição da Emenda à Constituição do Estado do Maranhão nº 79/2018, que introduziu modificação substancial no conteúdo do preceito legal ora impugnado, como se vê do texto normativo, atualmente em vigor, inscrito no § 9º do art. 19 da Constituição do Estado do Maranhão, que assim dispõe: ‘§ 9º – É proibida a denominação de obras e logradouros públicos com nome de pessoas vivas.’ [...] Constata-se, portanto, que a inovação introduzida pela Emenda à Constituição estadual em questão (EC nº 79/2008) culminou por acolher a pretensão de ordem jurídica manifestada, nesta causa, pela Procuradoria-Geral da República” (BRASIL, 2020, p. 1-2).

prerrogativa de editar a legislação sobre como nominar seus próprios bens, convém saber o que dizem as Leis Orgânicas. Diante do fato de que o Brasil tem mais de 5.500 municípios, é necessário fazer uma opção de amostra representativa, que fica definida nas Leis Orgânicas das capitais dos estados. Acredita-se que esse recorte é muito significativo, dado o caráter paradigmático que as capitais exercem sobre os demais municípios de um estado.

São as seguintes as capitais que proíbem a designação de certos bens públicos com nomes de pessoas vivas: Salvador (art. 21, II, *k*), Curitiba (art. 206, III), Recife (art. 164, parágrafo único), Teresina (art. 254, parágrafo único), Aracaju (art. 19, XXXIV), Rio Branco (art. 12), Porto Velho (art. 24), Palmas (art. 190), Goiânia (art. 63, XIII), Belo Horizonte (art. 227) e Florianópolis (art. 151). Algumas Leis Orgânicas preveem a integração de órgãos técnicos e científicos ou da própria população em assuntos relacionados à designação ou redesignação de espaços públicos. Certamente essas são providências que almejam conferir a exatidão de dados e certificar a legitimidade da homenagem. A Lei Orgânica do Recife, por exemplo, no parágrafo único do seu art. 164, condiciona a mudança na denominação de logradouros públicos à consulta prévia do Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico Pernambucano (RECIFE, [2020]).

Por seu turno, nos arts. 32, parágrafo único, 83, § 1º, e 196, § 2º, da Lei Orgânica de Fortaleza, consta que “o projeto de Decreto Legislativo que vise a alterar a denominação do bairro, praça, via e logradouro públicos deverá ser justificado, previamente, por audiência pública para manifestação da população”; “a proposta que vise a alterar a denominação de bairros, praças, vias e logradouros públicos deverá ser justificada, previamente, por audiência e manifestação da maioria da população envolvida”; e “qualquer alteração do projeto arquitetônico ou de deno-

minação das praças será submetida à apreciação da Câmara Municipal” (FORTALEZA, [2021]), o que leva à cogitação da necessidade de plebiscito.

Em relação à ideia de participação, merece transcrição dispositivo da Lei Orgânica de Manaus:

art. 232 A requerimento da maioria absoluta dos moradores para as ruas e de dois terços dos moradores para bairros, poderão ser submetidas a referendo, com vistas à restauração dos antigos nomes, as leis que modificarem a denominação de bairros, vias públicas, praças e demais logradouros de uso comum do povo até um ano após a vigência das referidas leis. (Redação dada pela Emenda à Lei Orgânica nº 88/2015) (MANAUS, [2017]).

Vê-se que algumas dessas intervenções são facilmente operacionalizáveis, como os pareceres, as audiências públicas e as análises parlamentares; todavia, as que exigem a direta manifestação da população (maioria, dois terços, referendo etc.) são mais complexas, por causa dos mecanismos de aferição, o que envolveria competências da Justiça Eleitoral ou de algo que a substitua – sua solução a princípio extrapola a competência municipal. O intento é nobre, mas operacionalmente precisa ser resolvido.

4.2 Estabilizações constitucionais de nomes

Ao lado do problema da atribuição de nomes sem merecimento ou em momento inoportuno, é comum a ciranda da troca de nomes, resultante da guerra ideológica, religiosa e até partidária, quando os detentores do poder agem com o propósito de prestigiar aqueles com quem de alguma forma comungam ideias e ideais. Tal prática patrocina o apagamento da história, o qual é nefasto à memória coletiva, pois escondem-se os fatos ocorridos e os personagens que deles participaram, impedindo que se conheçam os erros e os acertos do passado.

Nessa reflexão, torna-se oportuno conhecer como a África do Sul pós-colonial e pós-*Apartheid* lida com essa questão delicada:

A lei sul-africana oferece aos seus monumentos públicos e memoriais históricos – mesmo aqueles vistos por alguns como simbolizando o racismo ou reforçando a desigualdade racial – proteções processuais e legais substantivas. Isso sugere fortemente que a maioria dos monumentos públicos e memoriais em homenagem às eras colonial e do *Apartheid* permanecerão *in situ*. Mesmo em casos extremos em que um monumento ou memorial é removido, uma “placa adequada deve ser colocada para marcar a posição e informações relevantes pertencentes ao monumento ou memorial” como um lembrete duradouro do papel que o monumento uma vez desempenhou na vida cívica. Quem desfigurar monumentos ou memoriais também pode ser multado e/ou preso de acordo com a gravidade da infração (ROWBERRY; PIRIE, 2016, p. 268-269, tradução nossa)¹².

No Brasil também existem normas contra tal prática em alguns entes da Federação, como visto em Fortaleza ([2021]). Uma delas está na parte inicial do art. 238 da Constituição do Estado do Paraná, segundo a qual “é vedada a alteração de nomes dos próprios públicos estaduais e municipais que contenham nomes de pessoas, fatos históricos ou geográficos, salvo para correção ou adequação aos termos da lei” (PARANÁ, [2020]). Tal preceito foi reproduzido apenas com adap-

¹²No original: “South African Law offers its historic public monuments and memorials – even those viewed by some as symbolizing racism or reinforcing racial inequality – powerful procedural and substantive legal protections. This strongly suggests that most public monuments and memorials honouring the colonial and apartheid eras will remain *in situ*. Even in extreme cases where a monument or memorial is removed, a ‘suitable plaque should be placed to mark the position and relevant information pertaining to the monument or memorial’ as a lasting reminder of the role the monument once played in civic life. Anyone who defaces monuments or memorials may also be fined and/or imprisoned according to the severity of the offense”.

tações ao âmbito municipal pelo art. 206, I, da Lei Orgânica de Curitiba (CURITIBA, [2019]).

Por seu turno, na parte final do art. 239, a Constituição do Estado de Pernambuco, além de proibir homenagem a pessoas vivas, determinou que “tampouco se dará nova designação aos [bens públicos] que forem conhecidos do povo por sua antiga denominação”. Ademais, no parágrafo único do mencionado artigo, previu-se que “[l]ei ordinária fixará os critérios de denominação de bens públicos, no âmbito do Estado” (PERNAMBUCO, [2008], p. 111), o que ocorreu com a promulgação da Lei nº 15.124, de 11/10/2013, cujo art. 7º estabeleceu que “fica vedada a alteração dos nomes dos bens públicos estaduais, desde que esteja em conformidade com a legislação em vigor” (PERNAMBUCO, [2021]).

5 O Direito proposto

Se for levado em conta o parâmetro desenvolvido ao longo deste artigo, pelo qual se entende a natureza de patrimônio cultural, a legislação atualmente em vigor em âmbito federal sobre a nomeação de bens públicos é insuficiente e precisa ser atualizada ou substituída. Percebendo essa necessidade, os membros das Casas do Congresso Nacional deflagraram, em diferentes momentos e com variadas perspectivas, o processo legislativo com a apresentação de projetos de lei sobre o tema. Na Câmara dos Deputados são inúmeras as iniciativas¹³, entre as quais merecem destaque o Projeto de Lei (PL) nº 7.593/2017, de autoria do deputado Giuseppe Vecci (BRASIL, 2017a), e o PL nº 4.782/2016, de autoria do deputado Hildo Rocha (BRASIL,

¹³Conferir o PL nº 4.782/2016, que tem os seguintes projetos apensados: PLs nºs 6.255/2016, 8.106/2017, 1.359/2019, 2.165/2019, 4.122/2020, 2.713/2019, 5.923/2019, 3.152/2020, 5.296/2020, 2.901/2019, 4.684/2020 e 1.275/2019.

2016). No Senado, tramita o PLS nº 189/2015, de autoria do senador Randolfe Rodrigues (BRASIL, 2015).

O PL nº 4.782/2016 tem um aspecto que chama a atenção pelo debate que desencadeou na Comissão de Cultura da Câmara (CCULT), pois ele vai de encontro à tendência dos demais de estabelecer um conjunto de condições valorativas acerca das pessoas a serem homenageadas com o uso dos seus nomes próprios no batismo de bens públicos. Essa proposta legislativa almeja revogar a vedação de homenagear pessoa viva constante na Lei nº 6.454/1977. Na justificativa, o autor da proposta evoca a meritocracia, o civismo e o dever do País de reconhecer, em vida, seus grandes cidadãos.

Essa proposta, sustentada em expressões fluidas e ambíguas, foi rejeitada na CCULT: o parecer da relatora, a deputada Alice Portugal, enfatiza que aquela vedação consta em outras leis, possibilita que se tenha uma visão geral da vida do homenageado, afasta o risco de as suas condutas futuras o tornarem desmerecedor da homenagem e resguarda o princípio constitucional da impessoalidade que pauta a atuação do Poder Público (BRASIL, 2019a).

Além disso, homenagens com esse viés concedidas a pessoas vivas têm o potencial de desnaturar o instituto; em vez de promover a proteção do patrimônio cultural, tornam-se um instrumento de promoção pessoal incompatível com a principiologia constitucional. O poder simbólico¹⁴ que é produzido com essas homenagens torna-se também capital político nas disputas eleitorais, gerando desequilíbrios entre os candidatos quando algum deles (ou mesmo um ancestral seu) tenha sido agraciado com a honraria da nomeação.

O parecer da CCULT também mostra uma preocupação com o aspecto temporal na designação de bens públicos com o nome próprio de pessoas, fazendo referência expressa à Lei nº 11.597/2007, relativa à inscrição de nomes no *Livro dos Heróis e Heroínas da Pátria* (BRASIL, 2019a). As homenagens decorrentes da aplicação dessa Lei não apenas exigem que a pessoa esteja morta, mas que da data da morte ou da presunção da morte tenha decorrido o lapso temporal mínimo de dez anos.

A redação original do art. 2º da Lei nº 11.597/2007 exigia o decurso de pelo menos meio século, mas foi reduzido para uma década após a conversão do PL nº 5.312/2013, de autoria do deputado Vieira Cunha, na Lei nº 13.229/2015. Conforme o parlamentar, “50 anos é tempo excessivamente longo, que não se justifica. [...] Uma década é suficiente” (BRASIL, 2013a, p. 7). Contudo, essa alteração legislativa foi impulsionada

¹⁴Para Bourdieu (2010, p. 15), o poder simbólico é aquele “capaz de produzir efeitos reais sem dispêndio aparente de energia”.

nada pelo casuísmo da homenagem proposta e aprovada para a inscrição do nome de Leonel Brizola no *Livro dos Heróis e Heroínas da Pátria*, pois seu falecimento ainda não contava com cinquenta anos.

O encurtamento da exigência temporal para render homenagens às pessoas que se destacaram nas suas ações “em defesa da pátria” com “excepcional dedicação e heroísmo” revela simultaneamente não só a preocupação da geração atual em reconhecer seus heróis mas também a desconfiança de que as gerações futuras não o façam, ou mesmo que venham a ter outros valores e preocupações, como a de reconhecer apenas os heróis de então. Com isso, cria-se um círculo de desconfiança e egoísmo entre as gerações, cada uma construindo e promovendo o reconhecimento dos seus próprios heróis e a apropriação do poder simbólico.

Deve ser estabelecida a definição normativa de um lapso temporal, contado do falecimento do homenageado, a partir do qual o nome próprio de pessoas possa ser utilizado para batismo de bens públicos. É preciso fixar os objetivos que se pretendem alcançar com a honraria, avaliar as consequências dessa homenagem (caso seja indevidamente conferida), bem como firmar um compromisso ético com as gerações futuras e passadas. O que não se admite é o procedimento constante do PLS nº 99/2005, que deflagrou o processo legislativo originador da Lei nº 11.597/2007, responsável por profunda mudança sem ter havido adequado debate sobre os critérios adotados para reduzir o lapso de tempo de 50 para 10 anos (mesmo havendo projetos para elevar a exigência para um século), com uma acanhada justificação que só fortalece a desconfiança de puro oportunismo político (BRASIL, 2005a).

O PL nº 7.593/2017 objetiva alterar a Lei nº 6.454/1977 para acrescentar que a proposta legislativa de denominação ou red denominação

de bens públicos em âmbito federal deverá ser acompanhada de “moção de apoio do Poder Legislativo municipal como comprovação da anuência da população local à homenagem” (BRASIL, 2017a, p. 1). Trata-se, portanto, de uma proposta que está em sintonia com a ideia defendida por Magalhães (2020, p. 22) de que não é razoável um patrimônio cultural ter o seu valor reconhecido em âmbito nacional se não o tiver localmente.

A proposta legislativa tem o objetivo de consolidar no plano legal a prática expressa na Súmula nº 1/2013 da CCULT, que recomenda que o relator de projetos de lei de denominação ou red denominação de bens públicos acate apenas aqueles que “venham instruídos com uma prova clara de concordância por parte da Assembleia Legislativa ou Câmara Municipal”, pois “[o] importante, neste caso, é que haja certeza quanto ao apoio popular à iniciativa encetada” (BRASIL, [2017b], p. [2]). A justificativa do autor desse PL também destaca a importância do valor cultural do ato de nomear bens públicos (que vai além de uma simples homenagem), defendendo o seu impacto “na construção de identidades, no fortalecimento de ideologias e na construção de laços afetivos e atitudes socioculturais” (BRASIL, 2017a, p. 3); por esse motivo, considera fundamental o apoio da comunidade local. Assim, é voz corrente que a participação popular deve estar assegurada na legislação que regulamenta a nomeação de bens públicos. Tal projeto, contudo, foi arquivado em razão do término da legislatura, conforme preconizado no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASIL, [2021a]).

Sob a perspectiva da sistematização jurídica, o PLS nº 189/2015, de autoria do senador Randolfe Rodrigues, mostra-se mais bem estruturado que aqueles em tramitação na Câmara, pois pretende instituir uma norma

regulamentadora nova acerca da denominação e da redenominação de bens públicos, e não apenas acrescentar ou suprimir dispositivos na Lei nº 6.454/1977, a qual seria revogada expressamente conforme esse projeto (BRASIL, 2015).

Ao estabelecer como critério para a denominação ou redenominação de bens públicos a “alta relevância histórico-cultural” (BRASIL, 2015), a proposta de regulamentação enfatiza o valor cultural e patrimonial desse ato que tem natureza legislativa, já que a lei é o mecanismo escolhido para veicular essa decisão; contudo, deverá seguir um rito peculiar, pois sua relevância terá de ser atestada pelo órgão de proteção do patrimônio cultural da respectiva unidade federativa, bem como pela realização de consultas e audiências públicas, de forma subsidiária, com representantes comunitários, organizações e associações constituídas legalmente.

Há também a determinação de que a mudança de nomes de logradouros públicos seja realizada em consonância com a população do município; todavia, a forma como será colhida essa anuência é remetida a um regulamento a ser editado. É prevista iniciativa popular para sugerir ao Parlamento nomes para logradouros públicos, mas sem especificar seus aspectos procedimentais, limitando-se a prever que será um “rito processual específico”.

Por fim, à semelhança da Lei nº 6.454/1977, constam vedações axiológicas como o uso de nomes de pessoas que se tenham “notabilizado pela defesa ou exploração de mão de obra escrava”, bem como o de nomes de pessoas vivas. Esta última vedação enceta também um critério temporal, condicionado a um evento futuro e certo, mas que talvez não seja suficiente para assegurar a adequada proteção do patrimônio cultural, especialmente quando ele é pensado numa perspectiva intergeracional, que deseja não apenas deixar um legado pronto e acabado para as gerações futuras, mas que estas construam seu próprio patrimônio cultural conforme suas valorações.

Logo, não é suficiente a vedação de nomear bens públicos com nomes de pessoas vivas: é preciso um lapso maior de tempo, apto a impedir que cada geração seja a juíza das suas próprias ações e dos seus próprios valores. Esses julgamentos precisam ser realizados pelas gerações futuras com o devido distanciamento histórico-temporal necessário para a compreensão do passado e dos seus efeitos no presente e no futuro.

Assim, as propostas legislativas analisadas apresentam preocupações com os três critérios basilares e estruturantes de uma legislação que vise a regulamentar como norma geral os atos de nomear e renomear bens públicos: o axiológico, o participativo e o temporal. Entretanto, eles não estão suficientemente disciplinados nos projetos de lei, sobretudo os critérios participativo, pois não se assegura uma adequada partici-

pação da comunidade, e temporal, por não estar claro um compromisso ético entre gerações.

6 Conclusão

O percurso investigativo até agora feito permitiu o acúmulo de algumas lições. A primeira delas é a de que nominar bens públicos é um ato que se enquadra perfeitamente no dimensionamento daquilo que a CRFB entende por patrimônio cultural. Por essa razão, os nomes de pessoas ou de coisas escolhidos para batizar um bem devem ser representativos do cultivo (*colère*) de virtudes atreladas às ideias finalísticas dos direitos culturais, entre as quais estão a paz, a dignidade e o desenvolvimento humano.

Essa percepção promove um deslocamento hermenêutico, segundo o qual até hoje se compreendia que a designação dos bens públicos estava na esfera político-administrativa da autonomia de cada ente da Federação, que em normas próprias podia decidir sobre a questão. A despeito de tal prática, emerge no seio social uma sensação de absoluto desconforto quando, por exemplo, uma pessoa viva é assim homenageada, isso porque são acionados os sensores da observação do possível conflito com princípios do Direito Administrativo e dos direitos culturais.

Por isso, a União, vários estados e municípios possuem normas de distintas naturezas e hierarquias disciplinando a questão, cuja adequação não foi objeto deste estudo, mas de pronto insinua-se como possível desdobramento da presente pesquisa. Essas normas não extrapolam o âmbito dos entes federativos que as editaram. Nisso reside o equívoco: sendo a nomeação dos bens públicos um ato do campo da cultura, dos direitos culturais e especificamente do patrimônio cultural, legislar sobre o tema passa a ser percebido como uma matéria de competência concorrente, para a qual a CRFB faculta à União a edição de normas gerais, a serem suplementadas por estados e municípios.

A ausência de percepção sobre esta realidade leva a equívocos legislativos e jurisdicionais, a exemplo do controle preventivo ou repressivo de constitucionalidade de normas federais e estaduais que estendem aos outros entes a proibição de dar nomes de pessoas vivas a bens públicos. Ao contrário, essas normas deveriam ser válidas, em face das razões já exibidas. A situação leva a cogitar que a União pode e deve editar uma lei que contenha a normatividade geral, cuja principiologia mínima, segundo inferências decorrentes deste estudo, deve contemplar preocupações axiológicas, participativas e temporais.

Temporalmente, além de vedar nome de pessoa viva, deve ser observado um interregno considerável entre a morte e o uso do nome, de modo a

respeitar a medida usada na cronologia do patrimônio cultural, que é a de ao menos três gerações: para saber se o bem (no caso, o nome) fincou raízes histórico-culturais, uma geração o produz; a seguinte recebe-o e retransmite-o a uma terceira; e esta tem maior isenção decorrente de um movimento que lembra a dialética hegeliana de tese, antítese e síntese.

Em termos valorativos, é razoável a exclusão de nomes que atentem contra os preceitos fundamentais da República, mas com o cuidado de uma época não cobrar valores que somente foram construídos em outra.

Por fim, a exigência de participação das comunidades que passarão a ser relacionadas à designação do bem cumpre, em termos genéricos, um desiderato da democracia e, especificamente, a ordem constitucional para que o Poder Público proteja e promova o patrimônio cultural com a colaboração da comunidade.

Sobre os autores

Francisco Humberto Cunha Filho é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor titular do programa de pós-graduação em Direito Constitucional (mestrado e doutorado) da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; advogado da União, Advocacia-Geral da União, Fortaleza, CE, Brasil.
E-mail: humbertocunha@unifor.br

Allan Carlos Moreira Magalhães é doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor), Fortaleza, CE, Brasil; pós-doutorando em Direito Constitucional na Unifor, Fortaleza, CE, Brasil; professor da graduação e do programa de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário do Norte, Manaus, AM, Brasil; advogado da União, Advocacia-Geral da União, Manaus, AM, Brasil.
E-mail: allancm2@yahoo.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. A natureza jurídica do ato de nomeação de espaços públicos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 11-32, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p11

(APA)

Cunha, F. H., F^o, & Magalhães, A. C. M. (2021). A natureza jurídica do ato de nomeação de espaços públicos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(232), 11-32. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p11

Referências

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

AMAZONAS. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado do Amazonas*. [Manaus]: Secretaria de Estado de Administração e Gestão, [2019]. Disponível em: <https://rhnet.lunix.com.br/legislacao-estadual/>. Acesso em: 15 jun. 2021.

ASSI, Eman. Memory and place. In: ICOMOS GENERAL ASSEMBLY AND INTERNATIONAL SYMPOSIUM, 16., 2008, Quebec. [Proceedings]. [S. l.]: ICOMOS, 2008. p. 1-12. Disponível em: <http://openarchive.icomos.org/77>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BAHIA. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado da Bahia*. Ed. comemorativa de 30 anos atual. até a Emenda Constitucional nº 26, de 31 de janeiro de 2020. [Salvador]: ALBA, 2020. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70433>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.782, de 2016*. Altera a Lei nº 6.454, de 24 de outubro de 1977, que dispõe sobre a denominação de logradouros, obras, serviços e monumentos públicos e dá outras providências [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079869&ord=1>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.312, de 2013*. Inscreve o nome de Leonel de Moura Brizola no Livro dos Heróis da Pátria e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=570421>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7.593, de 2017*. Altera a Lei nº 1.909, de 21 de julho de 1953, que “Dispõe sobre a denominação dos aeroportos e aeródromos nacionais”; a Lei nº 6.682, de 27 de agosto de 1979, que “Dispõe sobre a denominação de vias e estações terminais do Plano Nacional de Viação, e dá outras providências”; e a Lei nº 6.454, de 24 de outubro de 1977, que “Dispõe sobre a denominação de logradouros, obras serviços e monumentos públicos, e dá outras providências” [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136507>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. [Relatório do] *Projeto de Lei nº 4.782, de 2016*. Altera a Lei nº 6.454, de 24 de outubro de 1977, que dispõe sobre a denominação de logradouros, obras, serviços e monumentos públicos e dá outras providências [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostra_rintegra?codteor=1845912&filename=Parecer-CCULT-12-12-2019. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. *Resolução nº 17, de 1989*. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, [2021a]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. *Súmula nº 1/2013 da CCULT: recomendações aos relatores*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2017b]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ccult/normas-internas>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. *Lei nº 6.454, de 24 de outubro de 1977*. Dispõe sobre a denominação de logradouros, obras, serviços e monumentos públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6454.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 99, de 2005*. Dispõe sobre a inscrição de nomes no Livro dos Heróis da Pátria. Brasília, DF: Senado Federal, 2005a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/73067>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 189, de 2015*. Dispõe sobre a denominação e a redenominação de logradouros, obras, serviços e monumentos públicos. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120514>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 377, de 2005*. Veda a atribuição, a logradouros, obras, serviços e monumentos públicos de qualquer natureza, de nomes de pessoas notabilizadas pela defesa ou pela exploração de mão-de-obra escrava. Brasília, DF: Senado Federal, 2005b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/75793>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 307/CE*. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 20, inciso V; artigo 30, *caput*; artigo 33, §§ 1º e 2º; artigo 35, *caput* e § 3º; artigo 37, §§ 6º a 9º; artigo 38, §§ 2º e 3º; artigo 42, *caput* e § 1º, todos da Constituição do Estado do Ceará [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Eros Grau, 13 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=598702>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.181/MA*. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessada: Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: Min. Celso de Mello, 10 de agosto de 2020. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343993575&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 1.151.237/SP*. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Competência para denominação de próprios, vias e logradouros públicos e suas alterações. Coabitação normativa entre os Poderes Executivo (decreto) e o Legislativo (lei formal), cada qual no âmbito de suas atribuições [...]. Recorrente: Mesa da Câmara Municipal de Sorocaba. Recorrido: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 3 de outubro de 2019b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341692914&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 500/2012*. Tomada de contas especial. Irregularidades em processos licitatórios. Pagamentos por serviços não executados, superfaturamento e desvio de recursos na aquisição de bens. Previsão de vantagem contratual não prevista no ato convocatório. Irregularidades na concessão de passagens aéreas, diárias e auxílios-transporte [...]. Recorrentes: Hortência Maria Santana Linhares e outros. Entidade: Conselho Regional de Enfermagem em Sergipe – Coren/SE. Relator: Min. José Jorge, 7 de março de 2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/pessoa%2520adj%2520viva/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/3/%2520?uuid=199384e0-5ce0-11e1-b207-a1ffb750fb39>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). *Acórdão nº 578/2001*. Recurso de reconsideração. Contas julgadas regulares com ressalva. Determinações corretivas. Irresignação quanto às determinações. Conhecimento. Razões insuficientes para modificar a deliberação recorrida. Não-provimento. Fixação de prazo para que o responsável suprima os nomes de pessoas vivas da denominação dos bens da entidade. Comunicação ao recorrente. Responsável: Jamil Boutros Nadaf, Presidente do Sesc/MT. Entidade: Serviço Social do Comércio – Administração Regional de Mato Grosso – Sesc/AR/MT. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 18 de setembro de 2001. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/pessoa%2520adj%2520viva/%2520/DTRELEVANCIA>

A%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/25/%2520?uuid=199384e0-5ce0-11eb-b207-a1ffb750fb39. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão nº 591/2010*. Levantamento de auditoria. Possíveis irregularidades ocorridas na gestão de recurso[s] federais pela prefeitura municipal de Cotriguaçu/MT. Audiência. Acolhimento das razões de justificativa em relação a alguns responsáveis [...]. Responsáveis: Alcides Soares de Souza e outros. Entidade: Prefeitura Municipal de Cotriguaçu/MT. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1142143%22>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão nº 3.519/2006*. Tomada de contas especial. Omissão no dever de prestar contas. Documentação insuficiente para comprovar a devida aplicação dos recursos recebidos. Contas irregulares. Débito. Multa [...]. Responsável: Jerônimo Gadelha de Albuquerque Neto. Entidade: Município de Abreu e Lima/PE. Relator: Min. Ubiratan Aguiar, 5 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/pessoa%2520adj%2520viva/%2520DTRELEVA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/13/%2520?uuid=199384e0-5ce0-11eb-b207-a1ffb750fb39>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão nº 3.943/2009*. Representação. Atribuição de nome de deputado federal a bem público. Obra construída com recursos federais. Ilegalidade. Conhecimento. Provimento. Determinação. Comunicação. Autorização para arquivamento [...]. Responsável: Erivaldo Oliveira do Nascimento, Prefeito. Entidade: Prefeitura Municipal de Pinhão – SE. Relator: Min. José Jorge, 28 de julho de 2009a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/pessoa%2520adj%2520viva/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/9/%2520?uuid=199384e0-5ce0-11eb-b207-a1ffb750fb39>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). *Acórdão nº 5.562/2009*. Representação. Estado de Sergipe. Caixa Econômica Federal. Contrato de repasse. Construção de unidades habitacionais populares. Diligência. Audiência. Acolhimento das razões de justificativa. Conhecimento. Improcedência. Arquivamento. Interessada: Procuradoria da República no Estado de Sergipe. Entidade: Estado de Sergipe. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 29 de setembro de 2009b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/pessoa%2520adj%2520viva/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/8/%2520?uuid=199384e0-5ce0-11eb-b207-a1ffb750fb39>. Acesso em: 15 jun. 2021.

CEARÁ. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado do Ceará 1989*. Atual. até a Emenda Constitucional nº 86, de 16 de fevereiro de 2016. Fortaleza: INESP, 2016. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Const-2015-260-200-Atualizada-emenda-86-4.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A mutação do *locus* jurídico do tombamento: do direito administrativo para os direitos culturais. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, DF, v. 9, n. 3, p. 101-117, jul./set. 2017. Disponível em: <http://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/124/202>. Acesso em: 15 jun. 2021.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; STUDART, Vitor Melo. As “outras formas de acautelamento e preservação” do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direito da Cidade*, [Rio de Janeiro], v. 9, n. 2, p. 366-388, 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2017.26768>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26768>. Acesso em: 15 jun. 2021.

CURITIBA. [Lei Orgânica (1990)]. *Lei Orgânica do Município de Curitiba/PR*. [S. l.]: LeisMunicipais, [2019]. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-curitiba-pr>. Acesso em: 15 jun. 2021.

DICK, Maria Vicentina de Paula do Amaral. Origens históricas da toponímia brasileira: os nomes transplantados. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, [s. l.], n. 24, p. 75-96,

1982. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i24p75-96>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/69706>. Acesso em: 15 jun. 2021.

FORTALEZA. [Lei Orgânica (1990)]. *Lei Orgânica nº 1, de 15 de dezembro de 2006*. Fortaleza: Câmara Municipal, [2021]. Disponível em: <https://www.cmfor.ce.gov.br/atividades-legislativas/normas-juridicas/lei-organica/>. Acesso em: 15 jun. 2021.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. *Lembrar escrever esquecer*. São Paulo: Ed. 34, 2006.

HOMERO. *La odisea*. [S. l.: s. n., 200-?]. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000448.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

LAGE, Celina Figueiredo; EV, Guilherme da Silveira. As transformações da Acrópole de Atenas, a monumentalidade emblemática do Partenon e das suas esculturas. *NEARCO: Revista Eletrônica de Antiguidade*, [Rio de Janeiro], v. 11, n. 2, p. 49-68, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/nearco/article/view/49484>. Acesso em: 15 jun. 2021.

MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. *Patrimônio cultural, democracia e federalismo: comunidade e poder público na seleção dos bens culturais*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

MANAUS. [Lei Orgânica (1990)]. *Lei Orgânica do Município de Manaus/AM*. [S. l.]: LeisMunicipais, [2017]. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-manaus-am>. Acesso em: 15 jun. 2021.

MARANHÃO. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado do Maranhão*: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1989 com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 01/1989 a 081/2019. São Luís: Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão, 2019. Disponível em: <http://legislacao.al.ma.gov.br/ged/cestadual.html>. Acesso em: 15 jun. 2021.

MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. *História do Brasil: uma interpretação*. 5. ed. São Paulo: Ed. 34, 2016.

MUMFORD, Lewis. *A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas*. Tradução de Neil R. da Silva. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior).

PARANÁ. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado do Paraná*. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, [2020]. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtoAno.do?action=iniciarProcesso&tipoAto=10&orgaoUnidade=1100&retiraLista=true&site=1>. Acesso em: 15 jun. 2021.

PERNAMBUCO. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado de Pernambuco*. [Recife: Governo do Estado de Pernambuco, 2008]. Disponível em: https://www.pe.gov.br/_resources/files/_modules/files/files_105_201111171514476bd8.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. *Lei nº 15.124, de 11 de outubro de 2013*. Regulamenta o art. 239 da Constituição do Estado, fixando os critérios de denominação de bens públicos estaduais, e dá outras providências. Recife: Alepe Legis, [2021]. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=5529>. Acesso em: 15 jun. 2021.

RECIFE. [Lei Orgânica (1990)]. *Lei Orgânica de Recife-PE*. [S. l.]: LeisMunicipais, [2020]. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-recife-pe>. Acesso em: 15 jun. 2021.

REIS, Émilien Vilas Boas; VENÂNCIO, Stephanie Rodrigues. Cidade: espaço de diálogo e desenvolvimento humano. *Revista de Direito da Cidade*, [Rio de Janeiro], v. 10, n. 2, p. 690-727, 2018. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2018.30667>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/30667>. Acesso em: 15 jun. 2021.

ROWBERRY, Ryan; PIRIE, Gordon. Laws regarding controversial cultural heritage in South Africa and the United States: public monuments and street names. *Studia Iurídica*, [s. l.], n. 63, p. 263-283, 2016. Disponível em: <https://studiaiuridica.pl/resources/html/article/details?id=146454>. Acesso em: 15 jun. 2021.

SOLÍS FONSECA, Gustavo. Prefácio. In: AGUIAR, Maria Sueli de; CASTRO, Maria Célia Dias de; DIAS, Ana Lourdes Cardoso (org.). *Onomástica e identidade do homem em seu meio*.

[Goiânia]: UFG: IPSantarém, 2017. p. 9-24. (Coleção Encontros da Língua Portuguesa). Disponível em: <https://repositorio.ipsantarem.pt/bitstream/10400.15/3269/1/Onomastica%20e%20identidade%20do%20homem%20em%20seu%20meio.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

SOUSA, Alexandre Melo de; DARGEL, Ana Paula Tribesse Patrício. Onomástica: interdisciplinaridade e interfaces. *Revista GTLex*, Uberlândia, v. 3, n. 1, p. 7-22, abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.14393/Lex5-v3n1a2017-1>. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/GTLex/article/view/53813>. Acesso em: 15 jun. 2021.

TERESINA. [Lei Orgânica (1990)]. Lei Orgânica do Município de Teresina. *Diário Oficial do Município*, Teresina, n. 1.433-B, p. 1-28, 28 dez. 2011. Disponível em: <http://dom.pmt.pi.gov.br/admin/upload/DOM1433-B-B-28122011.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

TIZIO, Ideli Raimundo Di. *Tietê ontem e hoje: preservação ou mudança toponímica e a legislação do ato de nomear: uma proposta de lei*. 2008. Tese (Doutorado em Semiótica e Linguística Geral) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.8.2008.tde-30072008-105620>. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8139/tde-30072008-105620>. Acesso em: 15 jun. 2021.

Crítica e reformulação da teoria do bem jurídico

Proposta de um referente circunstancial

BRYAN ALVES DEVOS
SALAH HASSAN KHALED JUNIOR
GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Resumo: O texto objetiva delinear e criticar a noção de bem jurídico no paradigma garantista, visando superar algumas de suas insuficiências. Como problema, questiona a necessidade e viabilidade de se preservar a busca por um referente material que dê conta de guiar a criminalização. A hipótese é de que tal busca não consegue superar suas aporias, por não escapar de sua própria circularidade e adotar o critério idealista de justificação do poder punitivo. Quanto ao referencial teórico, o artigo propõe a abordagem realista marginal e um olhar agnóstico para a questão da pena, acompanhados da proposta de um referente circunstancial para que sejam identificados os bens jurídicos factualmente passíveis de proteção por meio do Direito Penal: os direitos fundamentais do criminalizado. A investigação faz uso do método dedutivo e adota como procedimento a revisão bibliográfica pertinente.

Palavras-chave: Bem jurídico. Garantismo. Realismo marginal. Tutela.

A critique and reformulation of the legal interest theory: the proposal of a circumstantial reference

Abstract: This paper aims to critique the notion of legal interests within the paradigm of guarantee theory, aiming to overcome some of its insufficiencies; in this process questioning the need for and the feasibility of preserving the search for a material reference that can guide criminalization. The hypothesis is that such a search cannot overcome its own impasse, since such a commitment cannot escape its own circularity and instead acts as an idealistic justification for the punitive power. As for the theoretical framework, it relies on the marginal realistic approach, conducting an agnostic look at the issue of punishment, which is accompanied by the proposal of a circumstantial reference for the

Recebido em 25/2/21
Aprovado em 22/4/21

identification of legal interests that are actually subject to protection in Criminal Law: the fundamental rights of the defendant. The investigation here is conducted in a deductive way, while the research procedure focuses on a comprehensive and careful bibliographic review.

Keywords: Custody. Guarantees Theory. Legal interests. Marginal realism.

1 Introdução: bem jurídico-penal e justificação punitiva

A presente contribuição enfrenta um aspecto específico da narrativa hegemônica de justificação do poder punitivo e da expansão do Direito Penal: a suposta proteção de bens jurídicos. Não se trata de uma análise dogmática do bem jurídico, mas de uma ponderação sobre os reflexos político-criminais que decorrem das funções atribuídas ao Direito Penal com base na crença de que ele seria capaz de tal tutela de bens jurídicos e, portanto, da necessidade de desconstrução dessas premissas e de um reajuste teórico. Trata-se de proposta que visa contemplar a realidade das práticas punitivas contemporâneas e privar o discurso punitivista de um de seus artificios retóricos de justificação.

Com base nessa proposta inicial, a problemática terá como ponto de partida o justificacionismo de Ferrajoli (2014) e algumas das críticas mais contundentes às narrativas de legitimação do sistema penal. A escolha desse referencial fundamenta-se no fato de a obra *Direito e razão: teoria do garantismo penal* sistematizar de modo satisfatório – e passível de análise – os principais postulados político-criminais do Direito Penal moderno e articular a proteção de bens jurídicos com a contenção do arbítrio no âmbito de uma argumentação justificacionista do poder punitivo que tem gerado, nas últimas décadas, muitos debates no Brasil (DEVOS; KHALED JUNIOR, 2019).

É Ferrajoli quem recorda que o problema do bem jurídico lesionado em uma conduta delituosa não difere muito da questão maior dos fins atribuíveis ao controle penal em geral. Conforme o autor, “trata-se da essência mesma do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretende alcançar” (FERRAJOLI, 2014, p. 428-429). Fato é que a justificação da pena (funções positivas) e o Direito Penal (missão de exclusiva proteção de bens jurídicos) têm andado de mãos dadas, como polos simétricos. Conforme pontuado inicialmente, este estudo

explorará essa premissa e tratará da missão discursivamente designada ao poder de punir com fundamento na narrativa jurídico-penal utilitário-garantista. O objetivo é apontar a necessidade do que será definido como um referente circunstancial verdadeiramente apto a conter o arbítrio punitivo, esforço não contemplado nas narrativas justificacionistas.

Não faz parte do recorte proposto discorrer sobre a trajetória conceitual do bem jurídico-penal (sobre isso, ver Hormazábal Malarée (1992) e Prado (2014)). O propósito aqui se restringe a problematizar a perspectiva do modelo de Direito Penal mínimo trazido pelo garantismo penal, com o fito de construir as bases para a revisão crítica do papel cabível ao bem jurídico segundo outros marcos teóricos, como o realismo marginal e a criminologia crítica. O problema que guia este estudo pode ser sintetizado na seguinte inquirição: é viável a formulação de uma estratégia teórica que confronte um dos principais fetiches da teoria jurídico-penal – a suposta proteção de bens jurídicos – e que redimensione a questão do bem jurídico segundo um norte mais condizente com o Estado democrático de Direito do ponto de vista criminológico e político-criminal?

Nas seções que se seguem será ensaiada uma resposta afirmativa, porém condicional. Primeiramente será demonstrado que a formulação garantista da teoria do bem jurídico-penal congrega objetivos conflitantes: o de conter o poder de punir sem abrir mão de justificá-lo. Em seguida serão esboçados os termos da crítica criminológica da teoria do bem jurídico-penal, recolocando a problemática fundamental negligenciada pelo utilitarismo reformado de Ferrajoli: a ineficácia da pena para os fins que lhe são atribuídos. A seguir, será explorada uma via alternativa para se pensar o papel do bem jurídico-penal com fundamento numa plataforma teórica mais condizente com a realidade

das práticas punitivas latino-americanas, com claros ares de inspiração no realismo marginal de Zaffaroni.

Por fim, apresenta-se a proposta de um marco referencial alternativo capaz tanto de (a) enfatizar a exigência de uma lesão ou perigo concreto de lesão empiricamente verificável como requisito da intervenção jurídico-penal quanto de (b) conectar o bem jurídico-penal à materialidade seletiva da criminalização. Essas duas dimensões correspondem neste estudo ao que será chamado de *referente circunstancial*. Trata-se de formular uma nova abordagem conjugada e concretamente orientada para a teoria do bem jurídico, capaz de articular uma práxis de hostilidade ao poder de punir e seus efeitos concretos no contexto neoliberal.

2 O uso garantista da teoria do bem jurídico-penal: projeto de contenção e fé no poder punitivo

Em sentido amplo, o garantismo penal pode ser entendido como uma vertente teórica e político-criminal cujas matrizes se encontram no Iluminismo europeu – tanto que definida por muitos como um arcabouço neoiluminista (IPPOLITO, 2011, p. 37; DIVAN, 2020, p. 38-39). Esse conjunto discursivo costumeiramente é associado à obra do pensador que mais o fez resplandecer e legou-lhe popularidade em finais do século XX – o penalista italiano Luigi Ferrajoli, em especial a partir da publicação de seu tratado intitulado *Direito e razão: teoria do garantismo penal* (FERRAJOLI, 2014).

Para que seja possível compreender o uso garantista da teoria dos bens jurídicos, há que se apontar dois dos eixos que compõem seu atual significado:

a) o *Sistema Garantista* (SG): uma abordagem dos direitos e garantias fundamentais

como limites normativos ao exercício do poder de punir, com base nos dez axiomas/princípios que os sistematizam (FERRAJOLI, 2014, p. 91);

b) o *utilitarismo reformado*: doutrina de justificação da pena que reúne uma variante da função preventivista geral negativa e a função de prevenção de penas arbitrárias, objetivos que o autor considera viáveis (FERRAJOLI, 2014, p. 310-311).

O fundamental é ter em mente que o modelo de Direito Penal mínimo que se extrai das proposições de Ferrajoli procura congrega essas duas dimensões como limites máximo e mínimo para a imposição da pena. Sem pretender explicar em pormenores o significado e os problemas que decorrem da interação entre ambos os eixos (sobre isso, ver Devos (2019)), é importante ressaltar que esse desenho teórico tem implicações profundas na forma como o garantismo penal lida com o significado e os encargos do bem jurídico-penal, já que ambos os eixos desempenham funções antagônicas: o primeiro (SG) dedica-se a limitar os espaços de incidência punitiva (*função restritiva*); e o segundo (*utilitarismo reformado*) concentra-se em habilitar o poder de punir estatal, ainda que estipule critérios para isso (*função legitimante*).

Ferrajoli (2014, p. 421-422) é ciente de que para julgar axiologicamente o conteúdo das proibições penais será necessário recorrer a critérios valorativos externos à lei. É nesse sentido que o penalista italiano se esforça em caracterizar uma “ética da legislação” capaz de apreciar, de um ponto de vista externo ao próprio ordenamento positivo e à norma penal, as proibições jurídicas que recebem o rótulo criminal. Como lembra Baratta (2004, p. 58-59), é inevitável que, além do nível exegético-dogmático (ou, simplesmente, “interno”), o discurso sobre as proibições penais (os critérios de eleição dos bens jurídico-penais) necessite de uma apreciação “externa” ao ordenamento jurídico, manifesta por meio de

uma valoração dos objetos de criminalização da norma penal sob um viés político. O problema um tanto óbvio que daí decorre diz respeito à mutabilidade histórica e à diversidade dos próprios valores éticos eleitos. Para Hormazábal Malarée (1992, p. 151), sendo o Direito Penal um âmbito da superestrutura político-ideológica, o bem jurídico-penal deve ser considerado um produto histórico que não pertence à “sociedade” em um sentido abstrato, mas que surge em um sistema concreto de relações sociais assimétricas e conflitantes em dado período. Talvez por esse motivo todas as tentativas de identificação taxativa dos comportamentos objeto de criminalização legítima tenham falhado.

O garantismo de Ferrajoli não desconhece inteiramente esse fato. Em face da variabilidade das respostas conferidas à questão em apreço, o autor admite a impossibilidade de se construir um sistema de proibições perfeito, enxergando até mesmo um risco totalitário inerente a essa empreitada (FERRAJOLI, 2014, p. 423). Ciente de que “não existe conduta delituosa que não tenha sido permitida em outros tempos, nem conduta lícita que não tenha sido, outrora, proibida” (FERRAJOLI, 2014, p. 424), Ferrajoli (2014, p. 425) apela a critérios negativos limitadores dos âmbitos de habilitação do poder punitivo, os quais assegurem a consonância das proibições com o marco teórico garantista, na perspectiva de ambos os eixos já mencionados (de um utilitarismo penal de tipo reformado e do seu Sistema Garantista) e que seriam necessários – mas não suficientes – para assegurar a legitimidade das proibições e das penas.

A fragilidade do uso garantista da teoria do bem jurídico-penal torna-se mais evidente quando Ferrajoli chama atenção para o caráter utilitário que, a seu juízo, necessariamente deveria orientar a eleição dos objetos de tutela pela lei penal de acordo com o seu modelo minimalista, inviabilizando a eleição de condutas não

lesivas a interesses legítimos. Em outras palavras, ele considera que “a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes *efeitos lesivos* e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições” (FERRAJOLI, 2014, p. 426, grifo do autor). É certo que essa perspectiva serve para exercer uma crítica ao avanço de concepções hipertrofiantes do bem jurídico, já que a trajetória histórica do bem jurídico-penal evidencia a “expansão do seu significado, simultânea ao progressivo desvanecimento tanto de seus referentes empíricos como de sua função garantidora dos limites ou condições que podem justificar a proibição penal” (FERRAJOLI, 2014, p. 429). Trata-se de patologia que representa um risco para um modelo de Direito Penal mínimo e garantista, e o autor tem consciência disso. Contudo, é também certo que o recurso à concepção utilitária da pena permite que a função legitimante oblitere a função restritiva, ao fazer com que ambos os eixos colidam.

Segundo Ferrajoli (2014), na jornada do bem jurídico no interior da narrativa jurídico-penal, houve a partir do século XIX uma espécie de investida “anti-iluminista” e “antigarantista” que resultou no esvaziamento da função limitadora do bem jurídico, o qual se converte em um recurso retórico apto a legitimar a mais pura razão de Estado. Como Ferrajoli (2014, p. 430) constata, a partir daí, “desaparecem progressivamente do horizonte das teorias do bem jurídico os interesses materiais dos indivíduos de carne e osso, para deixarem seu lugar, primeiramente, aos interesses e à vontade do Estado e, depois, à simples ideia do direito e do Estado”. No limite, esse desvirtuamento da noção e das funções do bem jurídico-penal serviu, inclusive, para legitimar as aspirações políticas de regimes autoritários¹ que precisavam exercer a repressão de condutas não lesivas, como a mera desobediência (FERRAJOLI, 2014, p. 430-431).

Diferentemente, para Tavares (2018) a ordem jurídica democrática não pode ser uma entidade abstrata. O Estado democrático deve ter como fundamento a ideia de que a pessoa individual é o centro da ordem jurídica e o parâmetro essencial da interpretação de suas normas. Por essa razão, o conceito de bem jurídico deveria ser extraído da pessoa humana, e não de uma coletividade idealizada ou do Estado. Tavares igualmente se preocupa com o fato de que a criminalização deve referir-se a uma alteração sensível da realidade empírica, o que para ele não significa uma submissão do Direito ao empirismo, e sim que não se poderia reconhecer a afetação de um bem jurídico sem uma demonstração concreta. Desse

¹ Na Alemanha nazista, por exemplo, essa tendência teve um desenvolvimento monstruoso com base nos trabalhos da Escola de Kiel, que – apesar de inicialmente ter rejeitado a noção de bem jurídico-penal como objetivo de tutela do controle punitivo, dada sua aparente incompatibilidade com as diretrizes do Terceiro Reich (PRADO, 2014, p. 41) – procurou simplificar o conteúdo da intervenção penal de acordo com as necessidades do Estado, visto como o porta-voz do “povo” (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1992, p. 69).

modo, para que se considere que houve uma alteração da realidade na forma de lesão ou perigo de lesão, é indispensável que a avaliação se processe por juízos globais, *ex ante*, pelo critério objetivo da probabilidade e, *ex post*, mediante uma observação acerca de como se desenrolou concretamente a relação de causalidade entre a conduta e o resultado. Segundo Tavares, a exigência de um dado mínimo de alteração da realidade atende ao princípio da lesividade em seus ditames constitucionais, sendo inaceitável a simples substituição da lesão de bem jurídico por uma suposta criminalização de comportamento, típica de modelos de Direito Penal autoritário. O autor igualmente rechaça os crimes de perigo abstrato, que prescindem da análise da conduta em face de seus efeitos concretos. Tavares (2018) não se preocupa com a legitimação da intervenção jurídico-penal, e sim com o estabelecimento de limites rigorosos a sua execução, o que para ele é o alicerce de uma teoria crítica do delito.

É verdade que Ferrajoli igualmente dialoga com o princípio da lesividade e demonstra preocupação com a expansão do Direito Penal e, logo, com a necessidade de adoção de um programa de Direito Penal mínimo, capaz de apontar para uma massiva deflação dos bens penais e proibições legais. Todavia, diferentemente de Tavares, seu constructo não consegue se desvincular de argumentos de legitimação direta. Para ele, o Direito Penal é um remédio extremo – mas justificado – para a tutela de direitos fundamentais, capaz de exercer a proteção penal de determinados bens (FERRAJOLI, 2014).

Ferrajoli parece desconsiderar o fato de que sua narrativa apenas reconhece uma parte do problema inerente ao Direito Penal moderno. Embora ele também defenda a necessidade de uma lesão ou perigo concreto de lesão verificável como critério limitador da intervenção jurídico-penal – como faz Tavares –, fracassa completamente em renunciar aos eventuais e não

comprováveis efeitos positivos de tutela que decorreriam da ameaça de que essa intervenção venha a ocorrer ou da sua concretização. Ferrajoli não consegue desvencilhar-se dos problemas que são próprios das teorias de legitimação, já que, logicamente, como observado por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003), não se tratará mais de proteger bens jurídicos das vítimas, e sim de exercer um efeito preventivo futuro em relação a potenciais vítimas equivalentes, o que faz com que o Direito Penal seja lançado em um atoleiro de abstração teórica intransponível e alicerçado em falsos dados sociais.

Além disso, o desenho teórico de Ferrajoli não só contorna insatisfatoriamente o fato de que a proteção em si mesma pode ser questionada por não ser verificável como parece ignorar que, conforme recorda Hormazábal Malarée (1992, p. 153-154), o Estado, no instante da seleção dos objetos que a seu juízo seriam merecedores de tutela por meio do poder punitivo, é tudo menos neutro. Na verdade, em decorrência desse sintomático esvaziamento da noção de bem jurídico, o próprio ato de seleção tem correspondido a critérios que, de modo hegemônico, representam interesses da sociedade capitalista neoliberal inerentemente excludente. Santos (2012), por sua vez, considera que o argumento da igualdade de tutela penal – um elemento ideológico intrínseco à teoria do bem jurídico-penal – não passa de mero simulacro, pois algumas criminalizações que aparentam proteger bens jurídicos gerais, comuns a todos, independentemente de fatores como a posição do titular na hierarquia das classes sociais, mascaram o fato de que a proteção concreta desses valores “gerais” é desigual, servindo muito mais à reprodução das relações sociais de dominação que ao ideal de segurança igualitária. Tudo isso sem mencionar que os titulares de bens jurídicos pertencentes aos contingentes marginalizados do mercado de trabalho estão fora do escopo de proteção de

direitos, mas seguem no centro do perímetro da violência exercida pelo próprio sistema penal (SANTOS, 2012, p. 11-12).

Fica claro que a funcionalidade concreta do sistema penal põe em xeque a idealização das funções que se podem esperar crivelmente do bem jurídico-penal visto pelo prisma utilitário da pena. Mas não é só a disparidade entre a programação criminalizante e a concretude da intervenção do sistema penal que prejudica a potencial função protetiva costumeiramente atribuída ao bem jurídico-penal. Mesmo em nível abstrato, ou seja, considerando apenas a criminalização primária, o caráter classista da deformação do conceito é evidenciado pela completa assimetria entre o valor ou interesse supostamente protegido/tutelado (referente às proibições penais do preceito primário) e a cominação da pena (preceito secundário), como já constatado (STRECK, 2012). Segundo Becker (2008, p. 30), o processo de rotulação criminal não cristaliza um conjunto de proibições universal e homoganeamente aceitas, mas demandas que “constituem objeto de conflito e divergência, parte do processo político da sociedade”. Assim, parece que a crítica sobre o desempenho do conceito de bem jurídico-penal no quadro da realidade punitiva contemporânea não pode ser simplesmente desprezada, sob pena de se recair no falso conforto oferecido por um idealismo estéril. É preciso levá-la em conta, de modo a readequar as expectativas acerca do papel cabível ao bem jurídico, se preciso for.

A função precípua do bem jurídico-penal em um Estado social e democrático de Direito, com predomínio da teleologia constitucional – que intenta a realização dos altos objetivos do modelo republicano, como lembra Streck (2012, p. 8) –, deverá estar vinculada à observância da posição concreta das pessoas no quadro de relações sociais, tendo em conta os indivíduos e suas necessidades acima da conservação do fun-

cionamento do sistema social tal como está dado (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1992, p. 154). Essa exigência não torna fácil a tarefa dos penalistas, que normalmente se contentam em racionalizar e sistematizar as decisões políticas do poder legiferante, mas é uma empreitada possível, desde que o norte teórico que alicerça o próprio conceito de bem jurídico-penal passe por uma profunda revisão.

O problema específico da teoria do bem jurídico – especialmente em relação ao marco do garantismo de Ferrajoli – reflete a tensão matricial do discurso penal liberal moderno: de um lado, a necessidade de preservar e legitimar a estrutura social desigual condizente com a reprodução de uma sociedade capitalista estratificada e, de outro, o imperativo social e democrático de proteger os indivíduos e o exercício de seus direitos frente à potencial ingerência estatal arbitrária (via formulação de princípios como a lesividade e a intervenção mínima e fragmentária). Infelizmente, em tal cenário, as lentes do garantismo penal pouco agregam para superar essa dicotomia. Quando muito, buscam reequilibrá-la sem dar-se conta do caráter inconciliável de tais objetivos, especialmente nesta quadra histórica em que a governança neoliberal não hesita em sacrificar os direitos de cidadania em prol da manutenção da estratificação social (BROWN, 2018).

Ao buscar salvar a teoria do bem jurídico dando-lhe um verniz democrático e social condizente com a utopia garantista, Ferrajoli (2014) esforça-se em traçar alguns critérios para uma política criminal dirigida ao objetivo de equilibrar a máxima tutela dos bens jurídicos eleitos pela norma penal e as liberdades dos cidadãos. Para ele, é fundamental atentar para a idoneidade potencial de uma proibição, ou seja, a capacidade dissuasória que a habilitação do poder punitivo poderia apresentar ao se selecionar um bem jurídico como objeto de

tutela penal. Trata-se de uma decorrência da própria ética utilitária, na medida em que permite valorar como ilegítimas as proibições cuja prática não pode ser impedida pelo Estado, a despeito de qualquer juízo que se faça acerca do conteúdo da própria proibição (FERRAJOLI, 2014, p. 434). Contudo, é importante que se diga que o crivo utilitário pouco se preocupa em traçar as condições políticas de aferição da eficácia da pena, e a fórmula que Ferrajoli apresenta não resolve essa equação, dada sua excessiva vagueza (sobre o tema, ver Larrauri (2005)).

Sob outro viés, a narrativa penal e o problema específico do significado e das funções do bem jurídico em Ferrajoli, como em outros penalistas contemporâneos, buscam o desenvolvimento de “um *referente material* de definição de crime, capaz de exprimir a *negatividade social* das situações conflituais da vida coletiva nas sociedades modernas” (SANTOS, 2012, p. 14, grifos do autor). Nesse quadro, fala-se em funções exercidas pelo bem jurídico-penal num Estado democrático e social de Direito. Grosso modo, é possível atribuir duas funções principais ao bem jurídico-penal na linha do garantismo ferrajoliano: em primeiro lugar, o conceito irá servir como *critério de criminalização* e, em segundo, tornar-se-á *objeto de proteção ou tutela* por parte do poder punitivo (SANTOS, 2012, p. 15). No primeiro caso, o bem jurídico-penal associa-se ao limite imposto à própria política criminal, vedando criminalizações que não se justifiquem em certa ordem política e de direitos humanos ou mesmo em determinado sistema de valoração ética. No segundo, a lógica utilitária torna-se mais evidente: trata-se precisamente da atribuição de uma finalidade preventiva somente realizável se há acordo quanto à eficácia dos fins conferidos ao poder punitivo pelas doutrinas de justificação da pena – que, no caso do utilitarismo reformado defendido por Ferrajoli, seriam os fins de prevenção geral negativa e de prevenção de punições arbitrárias (para uma crítica dessas funções, ver Devos (2019, p. 260)).

Ainda que não se resuma a isso, a assunção apressada da eficácia das condições de tutela de bens jurídicos via controle penal é um fator correlato do fenômeno da expansão do Direito Penal, conforme a acepção que Silva Sánchez (2013) dá ao termo. Isso porque tal questão jamais foi encarada seriamente pela narrativa jurídico-penal dominante, que pressupõe a eficácia da pena como um dogma, recusando-se a confrontar os argumentos oriundos do arcabouço criminológico crítico². Embora a orientação ferrajoliana acerca do significado e do papel cabível ao bem

² Ferrajoli poderia ser listado como uma exceção nesse caso, não fosse o fato de que jamais se permita radicalizar essa postura dialógica, em razão de um inabalável apego à Lei de Hume, isto é, o princípio metodológico que o impede de derivar teses prescritivas de teorias descritivas e vice-versa (para uma crítica desse postulado e seu uso pelo penalista italiano, ver Larrauri (2005)).

jurídico-penal tenda a converter-se – na expressão do próprio autor – em uma “navalha descriminalizadora”, a porta para novas criminalizações segue aberta, porque a revisão da pauta político-criminal pelo garantismo penal admite – ou ao menos não coíbe com maior ênfase – a utilização do controle penal para que se atinjam novos objetivos de tutela (FERRAJOLI, 2014, p. 438).

A questão verdadeiramente pertinente tem relação com as condições concretas de o garantismo penal de fato reduzir os espaços de incidência do controle penal. Parece fora de questão que o intento de Ferrajoli seja uma radical redução dos âmbitos de tutela punitiva – redução proporcional ao grau de racionalidade que a lei penal atingiria se obedecidos os parâmetros de seu programa garantista. No entanto, cabe indagar se a concomitante relegitimação do poder de punir que acompanha seu modelo não se mostra contraproducente quanto ao objetivo de diminuição da incidência desse poder, já que permite apor uma missão de tutela tanto dos velhos bens, historicamente associados ao núcleo de condutas consideradas lesivas na atmosfera do Estado liberal de Direito, quanto dos novos objetos, agora associados ao Estado social e democrático de Direito.

De todo modo, ainda mais importante que indagar acerca das funções que o paradigma garantista atribui ao bem jurídico-penal e das novas criminalizações que decorrem desse juízo, é problematizar criticamente as próprias condições de possibilidade de “tutela” ou “proteção” de quaisquer valores ou interesses que não os de manutenção das hierarquias sociais. Ao presumir a possibilidade de tutelar direitos por meio do controle penal, o garantismo abre as portas para que se discutam os graus de “suficiência” e “deficiência” dessa tutela, maximizando o risco de captura do modelo por diretrizes expansionistas – como é o caso de Fischer (2015). É preciso escapar desse círculo vicioso e retroceder à questão mais elementar: há, de fato, tutela empiricamente verificável de bens jurídicos pelo controle penal?

3 Crítica criminológica ao uso garantista da teoria do bem jurídico-penal: recolocando a questão da eficácia

Levando em conta os pressupostos discutidos anteriormente, o primeiro passo para a superação das aporias garantistas e a requalificação do papel que cabe ao bem jurídico-penal consiste em não ignorar o vaticínio de Baratta (2004, p. 297): a busca centrada nos bens jurídicos que mereceriam uma tutela por via do poder punitivo não só acaba naturalizando o controle penal como instrumento apto para esse desempenho mas também demonstra o inconveniente de inverter a lógica das coisas:

em vez de procurar por soluções adequadas aos problemas, buscam-se problemas correspondentes a um padrão de soluções preconcebido, nesse caso a resposta penal. A pertinência da provocação está em alçar a primeiro plano o debate sobre as potencialidades da tutela penal, tida como canônica, inquestionável e inatacável nos moldes da narrativa jurídico-penal em geral e do garantismo penal em particular.

Desde sua gênese em Birnbaum e Feuerbach até o garantismo-utilitarismo reformado, o tratamento teórico do bem jurídico-penal foi capaz de blindar o poder punitivo da crítica criminológica que logrou demonstrar o seu potencial de eficácia diminuto ou inexistente para a solução concreta dos conflitos (e mesmo as distorções ocasionadas, em outro nível, pela própria falibilidade do projeto utilitarista e sua reforma (DIVAN, 2020, p. 41-42)). Ao cabo, a tutela efetiva dos bens jurídicos que inspiram a tipificação de condutas com base na habilitação do poder punitivo – ou seja, a sua “proteção” por meio de pena – é simplesmente inverificável em escala socialmente relevante. O argumento de que o Direito Penal protege bens individuais, transindividuais, coletivos etc. por meio de penas é ideológico, e não empírico.

Desse modo, propõe-se que a busca de um referente material para o bem jurídico-penal (em que pese pareça ser um momento importante para a delimitação dos espaços de ingerência do controle punitivo) não deve esgotar a problemática do bem jurídico-penal ou das missões do Direito Penal. Conforme lembra Baratta (2004), o desenvolvimento em torno da teoria do bem jurídico-penal não fez mais do que garantir político-criminalmente uma relegitimação *circular* do poder punitivo: deduz-se o caráter fragmentário do sistema penal da relevância de certas matérias a serem tuteladas, mas, simultaneamente, deduz-se a relevância penal de certas matérias do fato de que essas (e não

outras) compõem o campo de intervenção do poder punitivo. Essa circularidade constante no discurso jurídico-penal apenas reflete o escasso diálogo transdisciplinar e, quando muito, uma tímida autocrítica desse corpo de pensamento (BARATTA, 2004, p. 64-65). Assim, para escapar dessa circularidade há que se apelar ao saber criminológico crítico.

É possível estruturar uma crítica criminológica voltada para a ideia de tutela punitiva estatal em ao menos três vetores distintos. No primeiro deles, cabe problematizar a própria produção da norma penal, isto é, a criminalização primária. Assim como o restante do saber jurídico-penal, o garantismo penal parte da crença inicial de uma correspondência entre a produção das regras proibitivas e uma performance democrática. Infelizmente essa postura reduz a complexidade desse processo, na medida em que as criminalizações, mormente no cenário contemporâneo, não necessariamente expressam vontades e interesses voltados à satisfação de direitos de cidadania, mas com frequência personificam interesses idiossincráticos de atores ou grupos que obtêm sucesso ao impor determinadas regras, conforme demonstra Becker (2008, p. 27-28). Isso para não mencionar a desconexão cada vez mais evidente entre os legítimos anseios sociais e as agendas políticas dos representantes, uma patologia que atinge a democracia representativa como um todo (nesse sentido, ver Santos e Avritzer (2002)).

Há que se ter em conta que “diferenças na capacidade de fazer regras e aplicá-las a outras pessoas são essencialmente diferenciais de poder legal ou extralegal. Aqueles grupos cuja posição social lhes dá armas e poder são mais capazes de impor suas regras” (BECKER, 2008, p. 29-30), o que sem dúvida abala a presunção de que haja um “bem comum” expresso nas proibições penais, artifício discursivo que costuma contaminar a narrativa jurídico-penal. Note-se que,

embora Ferrajoli busque livrar o ordenamento jurídico de proibições que afrontem a separação entre direito e moral, o garantismo penal pouco contribui para problematizar a esfera política da gênese da norma penal, o que só pode dar-se pela assunção de um quadro conflitual típico da criminologia crítica. É preciso ter em mente que as neocriminalizações, em grande medida, encontram sustentação nos discursos eficientistas próprios do neopunitivismo, muitas vezes empreendidos por atores sociais que não ditam a sua pauta por critérios democráticos, mas sim pela vontade de implemento do Estado mínimo neoliberal (e erosão das nossas precárias políticas de afirmação da cidadania, especialmente em sua dimensão social), conforme aponta Wacquant (2001, p. 20).

Sob outro prisma, deve-se reconhecer que o saber jurídico-penal não costuma requerer evidências mínimas da capacidade de tutela punitiva dos bens jurídicos que recebem relevância penal. De modo geral, os penalistas pouco levam em conta a verdadeira eficácia do poder de punir estatal, ou seja, os efeitos concretos como a gestão diferencial de ilegalidades apontada por Foucault (2009) ou a configuração verticalizada da sociedade, tal como demonstrada por Zaffaroni (2001). Não é incomum que teses desse quilate recebam prontamente rótulos depreciativos de “sociologismo”. O saber penal perde-se nos meandros de uma imagem idealizada do poder punitivo, pois continuamente o habilita para exercer funções das quais não dá conta. Quando confrontado com a realidade operacional da malha penal, o garantismo também se refugia na necessidade de separação entre proposições assertivas e prescritivas (ou, em outros termos, na separação de argumentos criminológicos e jurídicos), talvez sem dar-se conta de que essa postura entrega os rumos da política criminal ao neopunitivismo, cuja leitura da ineficácia do controle penal a reduz invariavelmente ao signo

da “impunidade”, requisitando prontamente o incremento do controle penal, já nitidamente inflacionado.

Por fim, há o problema da apreciação “técnica” dos conflitos. De acordo com Santos (2002), o Direito moderno perde os traços da racionalidade moral-prática para adequar-se aos moldes da racionalidade cognitivo-instrumental, buscando assemelhar-se ao cientificismo moderno. No decorrer desse processo, o preço a ser pago é a despolitização dos conflitos, vistos como problemas de ordem técnica para os quais o saber jurídico (ciência do Direito) deveria projetar soluções. Em relação à problemática da tutela dos bens jurídicos, a presunção de eficácia da pena e de aptidão do Direito Penal para cumprir com missões positivas – marca indelével do garantismo penal – tende a encerrar o debate acerca dos conflitos criminalizados, prejudicando assim a imaginação não punitiva e a busca de outras soluções efetivas.

O reencontro do Direito Penal com seu potencial subversivo, como aponta Khaled Junior (2008), requer que se promova de forma urgente, partindo do interior desse corpo de saber, o banimento de categorias que comprometam sua funcionalidade única no marco de um Estado democrático de Direito. Optar pela contenção do poder punitivo abdicando das doutrinas de justificação da pena e da atribuição de missões positivas ao sistema penal (a proteção de bens jurídicos da sociedade por meio da pena) implica reconhecer a antinomia das funções restritiva e legitimante ou, igualmente, reconhecer a antinomia dos eixos (a) e (b) referidos na seção anterior. Não por acaso, como exemplo desse ideal de expulsão dos veículos genocidas da narrativa jurídico-penal, o autor menciona a “proibição de insuficiência” ou de “tutela deficiente”, mecanismos que acabam atentando contra a potencialidade emancipatória do saber jurídico-penal em nome de uma infundada crença na tutela de

bens jurídicos por meio do poder punitivo (KHALED JUNIOR, 2008, p. 91-92). Entretanto, o questionamento não deve resumir-se à suficiência ou deficiência da dita tutela penal. Cumpre pôr em xeque a própria noção de tutela, por mais incômodo que isso soe. Não há qualquer comprovação sólida de que o controle penal exerça alguma “tutela” – suficiente ou deficiente – de bens jurídicos relevantes. Pelo contrário, as evidências fornecidas pela crítica criminológica o tomam como um instrumento de manutenção da verticalização social, razão pela qual não parece lógico dotá-lo de uma missão de garantia de direitos.

Como já pontuado, o germe da expansão do controle penal no interior da teoria garantista deve-se, em parte, aos constantes apelos de Ferrajoli à Lei de Hume para rejeitar denúncias de caráter criminológico consideradas uma “falácia naturalista”, a não ser que tenham sucesso em demonstrar o indemonstrável, ou seja, que a pena não só deixa de cumprir com suas funções autodeclaradas como jamais poderá fazê-lo. Por essa via, a teoria jurídico-penal seguirá prisioneira daquilo que Carvalho (2010, p. 108-109) denominou *narcisismo jurídico-penal*. O resultado disso já é por demais conhecido.

4 Por um novo marco compreensivo: realismo marginal e bem jurídico-penal

Ainda que tenha adquirido um relativo sucesso entre juristas que agora disputam seu significado, o garantismo penal não é o único modelo teórico para se pensar a questão do bem jurídico-penal e suas implicações dogmáticas ou político-criminais. Uma leitura muito mais adequada para lidar com a questão pode ser a do marco do realismo marginal, desenvolvido pelo penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, em especial na sua clássica monografia intitulada *Em Busca das Penas Perdidas*. Nessa obra, Zaffaroni (2001) procura desincumbir o poder jurídico de seu papel histórico de justificação do poder de punir do Estado, deslocando sua artilharia teórica em direção a um objetivo mais factível: a contenção de danos produzidos pelo próprio sistema penal. A proposta claramente mira os indicadores de bem-estar da sociedade contemporânea, mas com base no verdadeiro potencial de intervenção jurídico-penal, depurado dos objetivos de “combate à criminalidade” próprios dos utilitarismos penais e mantidos pelo garantismo de Ferrajoli como ideal a ser perseguido. Por outro lado, ainda que se valha dos dados empíricos (criminologia) e da crítica abolicionista (a homenagem a Louk Hulsman se faz notar já no título da referida obra), o modelo realista marginal de Zaffaroni (2001, p. 186-187) tem uma pretensão tipicamente jurídica: almeja ser uma teoria

racional, não legitimante e pautadora de decisões judiciais, ou seja, disputa a hegemonia no interior do saber acadêmico e das agências judiciais.

Para Zaffaroni (2001), as linhas de fundamentação fornecidas pelas teorias da pena soam metafísicas e falaciosas. Sua desconexão com a realidade operacional do poder punitivo – fator que não parece incomodar Ferrajoli – não permite que possam ser concebidas como legítimas nos quadros de sistemas penais marcadamente genocidas como os latino-americanos. Em seu entender, o poder punitivo encontra-se deslegitimado pelos próprios fatos (ZAFFARONI, 2001, p. 38). É por essas e outras razões que o penalista argentino irá propor uma atitude teórica agnóstica ou negativa: não é tarefa dos penalistas buscar obsessivamente fundamentos para a pena. Até que se comprove algo diferente, a pena carece de fundamentos jurídicos e ostenta fundamentação bélica. Trata-se de imposição de poder, própria de Estados policiais, cabendo à práxis jurídica um papel análogo ao da Cruz Vermelha: sem legitimar as intervenções bélicas, o jurista age para conter violências, nesse caso, as violências que podem efetivamente ser contidas pelo poder jurídico, isto é, aquelas produzidas pelo sistema penal (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 97).

Cabe tratar aqui das ressonâncias que os postulados desse marco teórico poderiam ter para a teoria do bem jurídico-penal. É inevitável que essa análise se inicie pela problemática da *tutela*, absolutamente incompatível com a mirada realista marginal. A confusão entre as noções de bem jurídico lesado e bem jurídico tutelado, para Zaffaroni (2014, p. 16), remonta às formulações do garantismo liberal ilustrado, uma vez que esses autores não dispunham de constituições ou de mecanismos como o controle de constitucionalidade em seu arsenal discursivo limitativo do poder de punir. Por não poderem apelar ao constitucionalismo, esses penalistas fizeram uso do jusnaturalismo liberal, que permitia circunscrever o campo de atuação do poder punitivo à presumida “tutela” de certo conjunto de direitos (ou, simplesmente, de bens jurídicos), afastando ingerências excessivas, próprias do fantasma do Estado absolutista. No entanto, para o bem da coesão interna do discurso jurídico, o preço a se pagar estava na adoção de alguma teoria preventiva como função justificadora da pena.

Segundo Zaffaroni (2014), do pressuposto de que haja um bem jurídico penalmente relevante lesado não se pode deduzir mais do que uma limitação ao poder punitivo estatal, ponto no qual se aproxima da argumentação de Tavares (2018), conforme visto anteriormente. Não se trata de presumir-se – como o faz o garantismo ferrajoliano – uma tutela do bem jurídico lesado por intermédio do controle penal. Conforme o autor, a expressão *bem jurídico tutelado* consegue ser simultaneamente equivocada e redundante, dado que um valor ou interesse se torna um

bem jurídico precisamente por sua tutela estatal, que só pode ocorrer, com eficácia minimamente verificável, por mecanismos não penais (por exemplo, as tutelas civil, trabalhista, administrativa etc.) (ZAFFARONI, 2014, p. 13). Não pode haver a presunção pura e simples da aptidão do poder punitivo para tutelar qualquer interesse que não os do Estado de Polícia:

a afirmação de que o poder punitivo *tutela ou protege* penalmente o bem jurídico é um juízo fático. O único que se exige no tipo é que este seja ofendido. Não se sabe se o poder punitivo, que é habilitado com essa condição, também o *tutela ou protege*, porque depende de uma verificação no plano da realidade social. Aqui o *salto lógico* é antes uma queda do trapézio de jogos circenses da mais estrita normatividade, pois esconde uma ficção: só se presumirmos *juris et de jure* que a pena cumpre uma função *preventiva* poderemos afirmar a *tutela penal ao bem*. Mas a presunção *juris et de jure* é apenas um recurso que responde a razões pragmáticas e que dá por certo o que não é certo. Sustentar uma tese *preventiva*, em qualquer das suas variantes, e ao mesmo tempo afirmar que o dado social (ôntico) a respeito não interessa, revela um normativismo tão radical que beira o solipsismo jurídico (ZAFFARONI, 2014, p. 13-14, grifos do autor).

Uma das mais irrefutáveis evidências da impossibilidade de se atribuir uma missão de tutela do bem jurídico lesado ao controle penal está na imprecisão acerca da titularidade do bem supostamente protegido. Zaffaroni mostra-se cético quanto à possibilidade de se efetuar qualquer tutela punitiva do bem jurídico lesado cujo titular seja o sujeito passivo da conduta delituosa. Não é por menos: o poder punitivo só se manifesta quando a conduta delituosa já foi perpetrada, de modo que o titular do bem jurídico lesado não poderia, nesse caso, ser a vítima, pois o dano já foi causado. Apenas adentrando o campo da ficção é possível afirmar que o bem jurídico tutelado não seria o concretamente atingido pela conduta criminosa, mas um bem jurídico abstrato pertencente ao corpo social como um todo, e dessa forma a aporia estaria solvida, já que o poder punitivo garantiria – supondo que se crê na eficácia *preventiva* da pena, por óbvio – a sua proteção. Entretanto, Zaffaroni (2014) argumenta que há bens jurídicos que não representam o interesse de todos (muitas vezes apenas de uma ínfima camada da população), mas nem por isso são excluídos do rol da criminalização primária, e seguem habilitando a incidência do poder de punir sempre que as agências responsáveis pela criminalização secundária exercem seu poder. Nesse caso, conforme o autor, “o *titular* não seria o *indivíduo*, mas um *nós* no qual este se funde, isto é, o bem jurídico *espiritualizar-se-ia* num *interesse* presumidamente comum, mas encarnado pelo *Estado*” (ZAFFARONI, 2014, p. 14, grifos do autor), o que supera qualquer grau razoável de abstração.

No entanto, o quadro de análise realista marginal desenvolvido por Zaffaroni fornece outra perspectiva do problema: como programação da práxis dos juristas de contenção do poder punitivo – que ameaça os bens jurídicos demarcados pela cidadania constitucional –, o Direito Penal visa proteger todos os bens jurídicos, pois, se não existisse, a realidade estaria entregue ao Estado de Polícia, e a cidadania não teria condições de se consolidar. Para colocar em termos mais assertivos: “sim, o Direito Penal (discurso programador) protege bens jurídicos. O poder punitivo, por outro lado, fere eles” (ZAFFARONI, 2014, p. 15). Trata-se da única inferência empiricamente possível, tendo em mente a atuação das agências de controle penal e o desempenho constitucionalmente esperado do poder jurídico, dedicado à salvaguarda dos direitos de cidadania constitucionalmente positivados.

5 Um referente circunstancial diante da materialidade da criminalização seletiva

Antes de iniciar o desenho de uma abordagem alternativa, é necessário esclarecer que a busca por um referente material se dá para atender às necessidades históricas de contenção da política criminal, em linha com o liberalismo político. Portanto, as investidas teóricas para delimitar o campo de criminalização (ainda que na prática essa delimitação corresponda a uma habilitação colateral) têm em sua gênese uma razoável e legítima preocupação democrática, traduzida na crítica dos autoritarismos penais. Sendo o garantismo penal um modelo de Direito Penal mínimo que se dedica a deslegitimar Estados do tipo autoritário, é de se supor que os esforços teóricos de Ferrajoli no que concerne à problemática do bem jurídico-penal

também se incluam nesse diagnóstico, e isso não é objeto de discussão neste estudo. Entretanto, argumenta-se que a questão parece mal colocada, havendo claramente um déficit conceitual que prejudica a progressão da teoria do bem jurídico, ainda que sob o manto do garantismo penal. Ao que parece, esse vício genético está contido na própria noção de materialidade com que a teoria tem trabalhado.

O vocábulo *material* faz parte da teoria do Direito Penal e, no enquadramento específico da teoria do bem jurídico-penal, o conceito normalmente está associado à lesão concreta ao bem em questão, por meio de comportamento penalmente relevante – seja comissivo, seja omissivo. Diz-se que há lesividade material quando o resultado de uma ação ou omissão é a agressão notável e substancial a um dado bem jurídico (do contrário, o comportamento será atípico). É possível notar que o adjetivo é utilizado em oposição à noção de *formal*. Essa é a dicotomia que se opera na teoria do delito e é também ela que se encontra quando da análise das missões do Direito Penal como a exclusiva proteção de bens jurídicos. Aliás, longe de ser exclusividade da dogmática do Direito Penal, a dicotomia é verificada até mesmo no âmbito da teoria processual penal, especialmente com base nas noções de devido processo material ou formal. A abordagem ora proposta, por outro lado, pretende passar ao largo dessa dicotomia, ao buscar reconectar os pressupostos teóricos do Direito Penal ao saber filosófico.

No âmbito da trajetória filosófica ocidental, há uma dicotomia similar. Nomes como Platão, Kant e Hegel são comumente associados ao que se convencionou chamar de idealismo, um estilo teórico-filosófico cujo enfoque se situa nas ideias e mentalidades em detrimento da realidade material. Todavia, no âmbito do pensamento filosófico ocidental, o idealismo é antagonizado por teorias que partem de premissas mais ou

menos distintas, isto é, teorias marcadamente materialistas. Desde o materialismo contemplativo de Feuerbach (2007) até o materialismo histórico dialético de Marx e Engels (2001), a tradição materialista sempre buscou partir do concreto em direção às teses filosóficas que dão conta de significá-lo ou de transformá-lo. A materialidade da vida não haveria de ser resumida à ideia que dela se fazia, tal como o idealismo apregoava, mas haveria de ser compreendida por si mesma. Nem por isso a tradição materialista estaria reduzida ao mero empirismo ou a uma espécie de reducionismo físico vulgar, já que toma as próprias relações sociais e históricas em sua materialidade, isto é, como ponto de partida da teoria ou da práxis transformadora (MASCARO, 2018, p. 276). Não por outra razão, Marx (2004) buscará mais tarde esboçar as insuficiências da economia política moderna partindo do funcionamento concreto do modo de produção capitalista e da materialidade da exploração, que é inerente à sua lógica.

É importante recordar que nem mesmo as ideias em seu estado “puro” escaparam do escrutínio da abordagem materialista, pois a ideologia de uma dada formação social também tem um lastro material e representa a relação imaginária que os sujeitos desenvolvem com o modo de produção que organiza suas existências, conforme demonstrou Althusser (1972, p. 77). No âmbito dos saberes penais, pode-se afirmar que a criminologia buscou erguer suas bases em uma plataforma teórica mais ou menos materialista, ao passo que o campo do Direito Penal mergulhou em diferentes níveis de idealismos, dos mais ingênuos aos mais sofisticados, sendo o garantismo liberal de Ferrajoli um exemplo dos últimos.

Nesta etapa, os esforços da presente reflexão consistem precisamente em retroceder e traçar o caminho oposto, reconectando a teoria jurídico-penal a um arcabouço materialista para,

daí em diante, retomar a marcha e repensar a teoria do bem jurídico-penal no limite do que for possível, considerando o recorte e as dimensões limitadas deste artigo. Crê-se que tal tarefa é uma agenda coletiva, e esta provocação serve apenas para convocar os penalistas a fim de que tal debate gere algum engajamento. Espera-se que tenha ficado suficientemente claro o cerne do argumento: embora a noção de referente material (o grande objetivo de qualquer teoria do bem jurídico-penal) satisfaça à oposição própria da teoria jurídica e pareça fornecer um significado que supera a mera formalidade de uma política criminal inteiramente entregue ao alvedrio do legislador – patologia que atinge a teoria do bem jurídico desde o positivismo de Karl Binding (SILVA, 2013, p. 67-68; BECHARA, 2009, p. 18) –, ela não deixa de ser profundamente idealista. Aliás, o conceito em questão só logra adquirir ares de sofisticação e aparenta superar o referente formal (no limite, a mera eleição arbitrária dos bens penalmente relevantes) porque o próprio debate que produz essa conclusão é também marcadamente idealista.

Portanto, o ponto de partida pode ser resumido na seguinte provocação: de um prisma filosoficamente acurado, praticamente todas as teorias que buscam fornecer um referente material para o bem jurídico-penal nada têm de materialistas. Todas elas partem de concepções ideais (a “vontade” do Poder Legislativo, o espírito do povo, o mínimo ético, os direitos fundamentais constitucionais etc.) e esperam daí a planificação de uma política criminal que corresponda a esses teoremas, ressalvadas as teorias de Zaffaroni e Tavares. Como observado anteriormente, este último reconhece no bem jurídico unicamente uma dimensão de resistência ao arbítrio punitivo e a eventuais criminalizações meramente políticas. Para o autor, o conceito de bem jurídico deve ser extraído da pessoa humana, e não de abstrações coletivistas; logo,

não pode fundamentar-se exclusivamente no normativo, uma vez que tem um substrato empírico no qual estão compreendidos a pessoa humana e seu entorno social. Tavares (2018) considera que a relevância de se exigir a personalização do bem jurídico está em delimitar o poder de punir, o que permite que a criminalização seja confrontada com a idoneidade de servir como elemento protetor da pessoa e limitador do poder de punir.

Na maior parte das teorias, a materialidade da criminalização e o funcionamento concreto do controle penal são variáveis dispensáveis, ruído impertinente, provocado por tendências “sociologizantes”, prontamente condenadas ao ostracismo teórico. O discurso jurídico-penal – e nesse particular o garantismo não é exceção – opta por preservar seus próprios constructos teóricos, ainda que para isso tenha de sacrificar a realidade, expulsando-a da equação.

Trata-se de uma conclusão aguda, mas que precisa ser enfrentada. Nem mesmo as teorias justificacionistas que buscam vincular o bem jurídico penalmente relevante ao arcabouço de direitos arrolados nos textos constitucionais – o que de mais avançado se teorizou até aqui, em termos de justificação – são capazes de explicar por que a realidade material da seletividade profunda e ineficácia evidente é inteiramente ignorada em prol de uma abstração que consiste na falácia da tutela, esse germe idealista que contamina a teoria do bem jurídico desde sua aurora. Diga-se sem meias palavras: não há tutela. Ao se tomar com seriedade a realidade operacional dos sistemas penais contemporâneos, em especial o brasileiro, a única conclusão possível é de que os debates no campo da teoria do bem jurídico raramente ultrapassaram o idealismo confortável, sob o qual geralmente se debruça o penalismo, incluído aí o garantismo de Ferrajoli. Jamais alçaram voos para construir uma teoria do bem jurídico que seja *de fato* material, por deixarem de levar em conta a materialidade das relações sociais produzidas pelo controle penal. Como dar impulso a essa tarefa e abandonar completamente a abstração, o idealismo e o devaneio justificacionista?

Há que se considerar de forma conjugada a exigência de referencial empírico vinculado à pessoa humana e a própria materialidade da criminalização como ponto de partida. Ao fazer isso, estarão postas as condições para alicerçar outra edificação teórica que contribua para confrontar:

a) os argumentos sobre o bem jurídico baseados em presunções que visam ampliar a incidência do poder punitivo e legitimá-lo, ao renunciar à exigência de uma alteração sensível e verificável na realidade empírica, necessariamente ligada à pessoa humana; e

b) o traço mais característico da realidade efetiva do controle penal de um viés materialista, isto é, sua seletividade estrutural, já devidamente denunciada por Zaffaroni (2001).

Sendo a seletividade extrema um dado estrutural, e não mera falha conjuntural, não há como se projetar qualquer teoria que tenha a “tutela” de bens jurídicos do indivíduo ou da sociedade como norte. Isso porque os mecanismos penais que buscarão essa tutela terão de lidar com uma infinidade de filtros indicados pela materialidade das relações sociais no modo de produção capitalista, isto é, coordenadas de criminalização ou metarregras tais como classe, gênero, idade, etnia etc. Um controle penal que tutele bens jurídicos em um sentido minimamente democrático só poderia existir como abstração, pois o que de fato existe é um sistema punitivo que tutela apenas a estratificação social.

Vale repetir: os gargalos de seletividade guiam a incidência da criminalização e não são meras falhas de funcionamento, ao contrário do que prega o idealismo jurídico até aqui hegemônico. Aliás, teorias que lidam dessa forma com o problema tendem a mascarar-lo em vez de enfrentá-lo, e essas, sim, refugiam-se no conforto da falácia idealista. Se o objetivo é erigir uma teoria material para estabelecer o significado e as funções que o bem jurídico-penal realmente pode desempenhar em uma sociedade intrinsecamente desigual, é preciso começar pela adoção de uma abordagem radicalmente materialista, que deixe de lado as abstrações do liberalismo penal, sem jogar fora suas conquistas em termos de garantias, evidentemente. Entretanto, esse é um passo que Ferrajoli (2008, p. 519) e seu garantismo não estão dispostos a dar, já que o autor considera intimamente conectados os eixos da justificação da pena e das garantias, de modo que um não pode existir sem o outro.

No entanto, reconectar o Direito Penal com a materialidade do poder punitivo não equivale a uma reinvenção total da teoria do bem jurídico. O argumento aqui é de que o realismo marginal de Zaffaroni e sua abordagem agnóstica, conjugada com uma teoria crítica do delito como a defendida por Tavares, têm condições de pavimentar o caminho para uma revisão profunda do significado e das funções que se podem crivelmente esperar que o bem jurídico-penal cumpra. Isso porque, ao contrário do garantismo de Ferrajoli, a mirada realista marginal é suficientemente materialista, algo que fica claro com o significado que o próprio componente *realista*³ adquire na obra de Zaffaroni (2009, p. 108): “un derecho u orden jurídico realista es el que lleva a cabo el máximo esfuerzo de

³ Cumpre esclarecer: não se sugere que exista uma conexão automática, sem mediações, entre o componente “realista” do modelo de Zaffaroni e um materialismo crítico. É certo que existem leituras que se julgam realistas – no sentido de não ignorarem a ineficácia da “tutela” penal – e, no entanto, apresentam-se nitidamente cooptadas pela lógica neopunitivista, como é o caso do chamado “eficientismo” penal (para uma crítica, ver Andrade (2012, p. 288)). Entretanto, entre os modelos de Direito Penal mínimo disponíveis, o realismo marginal é inegavelmente um dos mais abertos à crítica criminológica, nutrindo-se diretamente não só de dados empíricos mas de leituras críticas do sistema punitivo. Daí decorre seu inestimável valor de correção para a teoria do bem jurídico.

captación de la realidad y trata de aportar soluciones racionales”. Sem o postulado de máxima captação da realidade, fundamentado em uma plataforma materialista, tipicamente criminológica, todo esforço conceitual em torno do bem jurídico-penal inevitavelmente se traduzirá em desperdício teórico. Assim tem sido até o momento a trajetória em busca de um referente material na maior parte das teorias. Será possível escapar dessa armadilha?

Julga-se que uma resposta afirmativa pode ser dada a essa indagação, mas há outra condição: além de se eleger um paradigma teórico adequado (materialista), a própria noção de referente material precisa ser ressignificada. Para que se evitem confusões, a nova noção será chamada de *referente circunstancial*, isto é, um ponto cardeal que indica o significado e as funções do bem jurídico-penal com base na exigência de modificação sensível na realidade empírica vinculável a uma pessoa concreta e na exigência da materialidade da criminalização, seja ela potencial ou efetiva. É válido lembrar: não é o poder jurídico que produz sozinho a criminalização, já que o fenômeno depende da atuação de outras agências penais (ZAFFARONI, 2001). Nesse circuito, em que diferentes atores exercem o poder de punir em níveis variados e em que o poder judicial exerce controle exíguo, o único objeto de tutela plausível pelo poder jurídico serão os direitos fundamentais do próprio criminalizado e potencial criminalizável. Dito de outra forma: os únicos bens jurídicos de fato passíveis de proteção pelo poder jurídico são as garantias materiais e processuais dos eventuais ou potenciais hipossuficientes diante do arbítrio punitivo. É unicamente neste sentido que o Direito Penal protege os bens jurídicos de todos os cidadãos: neutralizando a ameaça constante que o poder punitivo representa para a sua liberdade (ZAFFARONI, 2001).

Já não se trata de programar o poder judicial para proteger abstrações tais como os direitos e interesses da “sociedade”, pois uma missão desse tipo ignora as limitações dos próprios juristas, cujo trabalho já vem filtrado pela atuação seletiva de outras agências. Para exemplificar: sempre que um indivíduo sofre a criminalização de acordo com o tipo de tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei nº 11.413/2006), por várias razões é bastante discutível afirmar que o Poder Judiciário atua para resguardar a “saúde pública”: a ação do indivíduo não necessariamente resultará em consumo abusivo por terceiros; a saúde coletiva independe da sua atuação individual; os sucessivos filtros que a agência policial produz indicam que o criminalizado em questão foi pego pela malha penal, ao passo que diversos outros dela escaparam. Enfim, tudo indica que não se tutela o bem jurídico *saúde* com a imposição da pena. Mas troque-se a lente: se o mesmo indivíduo, sendo flagrado com quantidade

inexpressiva da droga em questão, é absolvido por força do princípio da insignificância, é possível afirmar que o Direito Penal – como discurso de programação e práxis racional dos juristas – atuou no sentido de proteger bens jurídicos relevantes no caso penal, ou seja, os direitos fundamentais do criminalizado. Não há, no segundo caso, mera ilação idealista, mas uma constatação retirada da materialidade, isto é, do funcionamento concreto (seletivo) do poder jurídico no caso em questão. Da mesma forma, a lesão de bem jurídico não pode ser substituída por uma suposta criminalização de comportamento. A simples descrição de uma conduta proibida que não tenha relação com uma alteração sensível da realidade pela qual se poderia configurar a lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico não atende ao princípio da lesividade e é incompatível com a ordem jurídica democrática, uma vez que as condutas se situam na ordem do lícito e somente entram na zona do ilícito quando implicam uma alteração relevante da realidade empírica (TAVARES, 2018).

Essa programação também é capaz de impor freios à política criminal e obstaculizar as criminalizações meramente políticas, já que o poder jurídico tem condições de conter os excessos punitivos no caso penal sempre que eles se deem no sentido de aviltar princípios como a lesividade, a fragmentariedade ou a intervenção mínima. Para isso os juristas dispõem do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, mas seu uso terá de se dar com base na circunstância material da criminalização – nesse caso, a criminalização potencial de estratos populacionais vulneráveis e a exigência de uma modificação sensível e constatável da realidade empírica vinculada a uma pessoa humana e concreta –, e não com fundamento em abstrações, já que o Poder Judiciário necessita ser provocado para que atue. Saliente-se que, ironicamente, esse parece ser o único referente *de fato* material para a teoria do bem jurídico, pois surge não como devaneio idealista, mas como componente da atuação concreta da malha punitiva. É quando tem início o processo de rotulação criminal que a criminalização verdadeiramente se expressa em sua materialidade. É somente a partir daí que a teoria do bem jurídico penal terá seu objeto de tutela, cujo referente circunstancial estará fortemente fundado na realidade concreta das práticas punitivas.

6 Conclusão

Este estudo pretendeu oferecer uma resposta viável ao fetiche da busca por um referente material por parte da teoria jurídico-penal, incongruência que também atinge o garantismo penal de Ferrajoli. Procurou-se demonstrar que a formulação garantista do problema do

bem jurídico é ineficaz em superar os vícios de origem que acompanham o conceito, já que busca congrega duas funções conflitantes e terminantemente inconciliáveis: a função restritiva de contenção dos espaços de incidência punitiva e a função legitimante de justificação da pena criminal como solução apta para conflitos sociais tipificados sob o rótulo criminal. Igualmente, o objetivo era trazer luz à evidência do ferramental da crítica criminológica à teoria do bem jurídico, tendo como ponto nodal o problema da ineficácia da pena estatal e a negligência desse fator por parte do garantismo ferrajoliano.

Estabelecidos os termos em que o problema seria enfrentado, foi proposta a construção de uma rota alternativa para se pensar o significado e o papel do bem jurídico-penal, apelando-se a um marco teórico alternativo. Com base no realismo marginal de Zaffaroni fica clara a contradição inerente à missão de tutela de direitos pelo poder de punir estatal, restando repensar em termos materialistas um novo enfoque capaz de escapar do idealismo que contaminou o bem jurídico-penal, mesmo na sua programação garantista. Desse modo, foi ensaiada e exemplificada uma via de escape da busca por um referente material para a criminalização, dando lugar à formulação de um referente circunstancial capaz de orientar o poder jurídico em sua missão de contenção de excessos punitivos.

Assim, os direitos fundamentais do criminalizado tornam-se os únicos bens jurídicos que a práxis jurídico-penal pode comprometer-se a proteger com certa eficácia. Ironicamente, esse referente parece mais adequado à própria noção de materialidade, já que sua formulação parte do que é mais peculiar ao sistema penal concreto, isto é, sua seletividade violenta e (infelizmente) ineficaz.

Sobre os autores

Bryan Alves Devos é mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil.

E-mail: bryandevos.prof@gmail.com

Salah Hassan Khaled Junior é doutor e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor da graduação em Direito e do programa de pós-graduação (mestrado) em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil.

E-mail: salah.khaledjr@gmail.com

Gabriel Antinolfi Divan é doutor e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor da graduação e do programa de pós-graduação (mestrado) em Direito da Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, Brasil.

E-mail: divan.gabriel@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JUNIOR, Salah Hassan; DIVAN, Gabriel Antinolfi. Crítica e reformulação da teoria do bem jurídico: proposta de um referente circunstancial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 33-56, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p33

(APA)

Devos, B. A., Khaled, S. H., Jr., & Divan, G. A. (2021). Crítica e reformulação da teoria do bem jurídico: proposta de um referente circunstancial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(232), 33-56. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p33

Referências

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1972. (Biblioteca de Ciências Humanas, 37).

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. (Coleção Pensamento Criminológico, 19).

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal: (compilación in memoriam)*. Montevideo: B de F, 2004. (Colección Memoria Criminológica, n. 1).

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/441/7214>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BROWN, Wendy. *Cidadania sacrificial: neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Tradução de Juliane Bianchi Leão. [S. l.]: Zazie Edições, 2018. (Coleção Pequena Biblioteca de Ensaios). Disponível em: https://zazie.com.br/wp-content/uploads/2021/05/Pequena_Biblioteca_de_Ensaios_Wendy_Brown_Zazie2018.pdf. Acesso em: 1º set. 2021.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JUNIOR, Salah Hassan. O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao “garantismo integral” (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, n. 153, p. 65-106, mar. 2019.

DEVOS, Bryan Alves. *Poder punitivo e realismo marginal: uma crítica ao utilitarismo penal*. Porto Alegre: Fi, 2019. Disponível em: <https://www.editorafi.org/556bryan>. Acesso em: 1º set. 2021.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Revolução permanente: ensaio crítico sobre o discurso garantista e a racionalidade neoliberal*. Porto Alegre: Elegância Juris, 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/44723894/REVOLU%C3%87%C3%83O_PERMANENTE_ensaio_cr%C3%ADtico_sobre_o_discurso_garantista_e_a_racionalidade_neoliberal. Acesso em: 1º set. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre “derecho y razón”. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (ed.). *Las razones del garantismo*: discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá: Temis, 2008. p. 475-545.

FEUERBACH, Ludwig. *A essência do cristianismo*. Tradução de José da Silva Brandão. Petrópolis: Vozes, 2007.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-75.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalheite. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*: (el objeto protegido por la norma penal). 2. ed. Santiago, CL: Jurídica ConoSur, 1992.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011. DOI: <https://doi.org/10.4013/733>. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>. Acesso em: 30 ago. 2021.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Por uma nova racionalidade jurídico-penal ou manifesto de insurgência contra o pensamento que anestesia o pensar. *Juris*, Rio Grande, v. 13, p. 75-98, 2008. DOI: <https://doi.org/10.14295/juris.v13i0.3169>. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/3169>. Acesso em: 30 ago. 2021.

LARRAURI, Elena. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, v. 5, n. 20, p. 11-38, out./dez. 2005.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Clássicos).

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Tradução, apresentação e notas de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. (Para um Novo Senso Comum: a Ciência, o Direito e a Política na Transição Paradigmática, v. 1).

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia*: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82. (Reinventar a Emancipação Social para Novos Manifestos, 1).

SANTOS, Juez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012.

SILVA, Ivan Luiz. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 50, n. 197, p. 65-74, jan./mar. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65. Acesso em: 30 ago. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução da 2ª edição espanhola de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 6).

STRECK, Lenio Luiz. Crime e sociedade estamental no Brasil: de como la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos. *Cadernos IHU Ideias*, São Leopoldo, ano 10, n. 178,

p. 3-35, 2012. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/178cadernosihuideias.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Anotações sobre o bem jurídico: fusões e (con)fusões. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Melo (coord.). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 11-28.

_____. Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal. In: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos; CAICEDO TAPIA, Danilo (ed.). *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 99-121. (Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad). Disponível em: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/118641-opac>. Acesso em: 1º set. 2021.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Tradução de Nilo Batista e Helena Ferreira. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

Presença parlamentar nas mídias sociais

A estruturação dos mandatos digitais na Câmara dos Deputados

ANTONIO TEIXEIRA DE BARROS
CRISTIANE BRUM BERNARDES
CRISTIANO FERRI SOARES DE FARIA
ELISABETE BUSANELLO

Resumo: O estudo tem como objetivo analisar as estratégias que os deputados federais da 56ª Legislatura (2019-2022) adotam no uso dos sites de redes sociais. Com base em questionário aplicado aos assessores dos gabinetes parlamentares, examinam-se as práticas adotadas pelos representantes em cada rede digital e os objetivos políticos que pretendem alcançar. Incluem-se no estudo as seguintes plataformas de redes: Facebook, Instagram, YouTube, Twitter, WhatsApp, Telegram e LinkedIn. A amostragem, composta por 155 informantes, corresponde a 30,21% do total dos 513 gabinetes parlamentares brasileiros. As conclusões mostram que 65% dos gabinetes adotam estratégias específicas para cada tipo de mídia social, embora haja uma diretriz maior, que é a constituição de multirredes, de forma coordenada e complementar.

Palavras-chave: Mandato digital. Política digital. Parlamentares e mídias sociais. Redes sociais e parlamentos. Democracia digital.

Parliamentarians on social media: the structuring of digital mandates in the Brazilian Chamber of Deputies

Abstract: The study aims to analyze the strategies adopted by the Federal Deputies during the period 2019-2022 (56th Legislature) concerning the use of social media sites. Based on a questionnaire responded by their advisers, the practices these representatives used for each digital network are studied reflecting the political objectives that social media helps to achieve. The following network platforms are included in the study: Facebook, Instagram, YouTube, Twitter, WhatsApp, Telegram, and

Recebido em 8/2/21
Aprovado em 17/5/21

LinkedIn. The sample consists of 155 informants, which corresponds to 30.21% of the total of the 513 Brazilian parliamentary offices. The conclusions show that 65% of the offices adopt specific strategies for each type of social media, although there is a wider principle, which is the constitution of multi-networks, in a coordinated and complementary way.

Keywords: Digital mandate. Digital policy. Parliamentarians and social media. Social networks and parliaments. Digital democracy.

1 Introdução

Diante de um cenário de crescente interação digital entre representantes políticos e representados, hiperconexão e mobilidade, este artigo se propõe examinar as estratégias de uso de plataformas de mídias sociais pelos deputados federais da 56^a Legislatura (2019-2022). Boa parte dos estudos sobre política e redes sociais tematizam a relação dos atores políticos com os usuários dessas plataformas durante as campanhas eleitorais (BRAGA, 2013; BOSSETTA, 2018; AGGIO, 2018; MIOLA; MARQUES; CARDOSO; MANCIO, 2018), mas já existe, no Brasil e no mundo, uma crescente literatura dedicada a descrever e compreender as relações dos parlamentares com os cidadãos por meio das mídias sociais fora dos períodos eleitorais (WILLIAMSON, 2009; TÚÑEZ; SIXTO, 2011; BRAGA; CRUZ, 2012; CONTREIRAS, 2012; ALMEIDA, 2014, 2017; LARSSON; KALSNES, 2014; MARQUES; AQUINO; MIOLA, 2014a, 2014b; BARROS; BERNARDES; RODRIGUES, 2015; GEBER; SCHERER, 2015; TAVARES; QUIROGA, 2015; AMARAL, 2016; LARSSON, 2016; ARAÚJO; TRAVIESO-RODRÍGUEZ; SANTOS, 2017; LEV-ON; BEN-PORAT; LEHMAN-WILZIG, 2017; PEREIRA; SANTOS; BERNARDES, 2019).

Nesse sentido, esta pesquisa se soma aos estudos que buscam compreender as motivações e as práticas dos representantes eleitos nas plataformas de mídias sociais durante o cumprimento de seus mandatos. Concordamos com o argumento explorado por Larsson (2016) de que a lógica de “conexão permanente” das mídias sociais, isto é, o fato de os usuários estarem em constante atividade nas redes, combina-se com a lógica da “campanha permanente” já explorada por vários estudos da Ciência Política desde que Mayhew (2004) cunhou o termo “conexão eleitoral” para explicar as atividades parlamentares no Congresso norte-americano. Assim, as mídias sociais contribuem para estender o “tempo da política”

(PALMEIRA, 1996, p. 42), ou seja, o período em que as diferentes facções são identificadas e o conflito torna-se aberto, o que geralmente ocorria apenas nos momentos eleitorais.

A coleta de dados foi realizada por meio de questionário eletrônico respondido pelos assessores parlamentares que manejam a gestão e a produção de conteúdo das mídias sociais para os deputados federais. A aplicação do instrumento, iniciada em novembro de 2019 e encerrada em março de 2020, incluiu contatos telefônicos e eletrônicos com os gabinetes dos deputados por e-mail e WhatsApp. A amostragem, composta por 155 gabinetes, corresponde a 30,21% do total dos 513 gabinetes parlamentares. Com o propósito de contemplar a diversidade partidária e regional, foram incluídos parlamentares de 25 partidos de todas as regiões do País.

O escopo da pesquisa abrange as plataformas de mídias sociais e de transmissão de mensagens mais acessadas no Brasil na atualidade: Facebook, Instagram, YouTube, Twitter, WhatsApp, Telegram e LinkedIn¹. O questionário incluiu perguntas fechadas e abertas sobre variados aspectos da comunicação digital dos

¹ Segundo os dados da pesquisa Global Statshot Report, publicada em julho de 2020, há 3,96 bilhões de usuários nas plataformas de mídias sociais, ou 51% da população mundial. As Américas são o continente onde o uso é mais disseminado, atingindo 68% da população da América do Sul e 69% da América do Norte. No Brasil, o índice chega a 66% da população, ou 138,6 milhões de pessoas. O Facebook é a plataforma de mídia social mais utilizada no mundo, com mais de 2,6 bilhões de usuários em 2020. O YouTube e o WhatsApp estão em segundo lugar, cada um com 2 bilhões de usuários ativos mensalmente. O Instagram tinha pouco mais de 1 bilhão de usuários em julho de 2020; e o Twitter, 326 milhões. No Brasil, a ordem inverte-se: o YouTube alcança 95% dos usuários de internet, ou 131,67 milhões de brasileiros; e o Facebook, 130 milhões de usuários. O Instagram alcança 91 milhões de brasileiros; o LinkedIn, 43 milhões; e o Twitter, 15,7 milhões de usuários ativos. Os resultados podem ser vistos em Kemp (2020). Em relação ao Brasil, um dado que também chama a atenção é a disseminação das plataformas de envio de mensagens, como WhatsApp e Telegram, que já constituem a principal forma de acesso digital a notícias. Em 2019, o WhatsApp já era utilizado por 89% dos usuários de internet no Brasil. Ver Valente (2019) e Volpato (2021).

parlamentares. Neste artigo são apresentados especificamente os dados relativos às preferências e estratégias de uso das plataformas de redes sociais pelos deputados da 56^a Legislatura (2019-2022).

Antes da descrição e análise dos resultados, apresenta-se uma breve reflexão teórica sobre a digitalização da política e das atividades parlamentares no cenário contemporâneo, com a crescente platformização da realidade social, o que permitiu a emergência dos “mandatos digitais” e dos “gabinetes digitais”.

2 Visibilidade e personalização no uso da internet

As redes – esses emaranhados de relações, gostos, preferências e ações realizadas digitalmente por usuários humanos ou não – constituem novos tipos de espaços públicos, conforme lembra Recuero (2014). Os “públicos em rede”, portanto, têm características específicas e incluem o espaço construído pelas tecnologias e o coletivo que emerge com o uso delas. Entre as características desse novo espaço público/coletivo estão a permanência dos textos, a possibilidade de recuperação deles e sua replicabilidade, além do potencial de alcance e multiplicação de conteúdos. Em relação às dinâmicas desses públicos, Recuero (2014, p. 291) lembra que as audiências são “invisíveis”: há um colapso dos contextos com a permeabilidade dos limites temporais da Rede e um frequente “borramento” das fronteiras entre o público e o privado.

Ainda que tenham diversas e variadas funções sociais, que abrangem trocas comunicativas de teores e impactos diferentes, as redes são um lócus importante para a repercussão e os desdobramentos das questões políticas. Como ressalta Rossetto (2018, p. 104), o foco de discussão pode não ser essencialmente político, mas tratar de

assuntos públicos nesses espaços pode “levar a política ao ‘local’ onde as pessoas estão”.

Entre as consequências da disseminação do uso das redes sociais pelos atores políticos, alguns estudos apontam o ímpeto à “personalização da política” (BENNETT; SEGERBERG, 2015; ENLI; SKOGERBØ, 2013). As redes sociais digitais são espaços “semiprivados, semipúblicos” para a autorrepresentação, isto é, locais onde os papéis públicos e privados de políticos e usuários se misturam e se recombinaem (ENLI; SKOGERBØ, 2013, p. 759). Se antes a personalização estava restrita aos líderes populistas e aos carismáticos, Bennett (2012) afirma que contemporaneamente a política personalizada, com um enquadramento pessoal das ações, é a condição modal das sociedades pós-industriais, pois as plataformas colocam os indivíduos no centro de suas redes.

Apesar dessa tendência à personalização, as mídias sociais são tratadas em boa parte da literatura como instrumentos fundamentais da democracia digital, pois devido ao seu poder de conexão permitem um novo tipo de ação política, a chamada *ação conectiva* (BENNETT; SEGERBERG; KNÜPFER, 2018; TOEPFL, 2018; POND; LEWIS, 2019; RIBEIRO; BORBA; HANSEN, 2019). Afinal, a ação conectiva utiliza-se da comunicação “disseminativa”, com redes distributivas de informação e opinião (DI FELICE; PEREIRA; ROZA, 2019).

Segundo os autores citados, a ação conectiva baseia-se no compartilhamento de conteúdos personalizados em redes digitais de relacionamento. A lógica de comunicação conectiva torna-se uma aliada e facilitadora da ação conectiva. Os elementos da comunicação personalizada, típicos das mídias sociais, são particularmente importantes no desenvolvimento da ação conectiva em larga escala, pois favorecem a rápida leitura, a fácil compreensão e a persuasão política quando se trata de mo-

bilizar a ação individualizada a favor de causas de sentido coletivo, a exemplo de manifestos, protestos, denúncias e manifestações públicas. O modelo emergente de ação conectiva aplica-se crescentemente às sociedades em rede, nas quais as organizações formais perdem cada vez mais a importância para os indivíduos, e os laços de grupo são substituídos por redes digitais fluidas em grande escala, mobilizadas a depender das circunstâncias ou da emergência de novas causas.

Nessa perspectiva, além de permitirem a customização das informações em um contexto de multirredes, as mídias sociais acentuam o poder de agência dos usuários e sua intencionalidade ideológica. Toda a cadeia desse tipo de ação política ocorre sem a mediação dos agentes tradicionais, como acontecia com a atuação dos veículos jornalísticos (ALTIERI; CIFALDI, 2018; TOEPFL, 2018). Isso significa que a ação política conectiva se realiza em rede, envolvendo coprodução e codistribuição de conteúdos, além de um forte componente psicológico que move esse tipo de interação e mobiliza afetos e paixões (PAPACHARISSI, 2015).

No caso específico da atuação parlamentar em rede, deparamo-nos com o fenômeno denominado *mandatos digitais* ou *gabinetes digitais* (CARLOMAGNO; BRAGA; WISSE, 2019). Tal fenômeno consiste no uso de um conjunto de plataformas e ferramentas digitais para os parlamentares se comunicarem de forma direta e customizada com suas bases eleitorais, seus apoiadores e seguidores. As estratégias de gestão de tais plataformas são traçadas de modo que sejam complementares, embora segmentadas, voltadas para públicos específicos, com linguagens próprias e destaque para a combinação de recursos multimídia.

Esse tipo de interação sempre teve relevância, mas há algumas especificidades no atual contexto das mídias sociais. Em primeiro lugar, como já mencionado, em decorrência da lógica de

conexão permanente das redes, a comunicação deixou de ser focada nos períodos eleitorais e tornou-se contínua e continuada (LARSSON, 2016; MITOZO; MASSUCHIN; CARVALHO, 2017; MURTA; ITUASSU; CAPONE; LEO; LA ROVERE, 2017; ALMEIDA, 2018).

Em segundo lugar, as plataformas das redes dispensam a mediação de atores políticos tradicionais, como os partidos ou a mídia massiva, uma vez que o uso dos perfis é personalizado pelos atores. Obviamente, não se trata aqui de ignorar o grande poder de mediação exercido pelas próprias plataformas e pelos algoritmos envolvidos no gerenciamento do conteúdo produzido ou compartilhado pelos usuários (SILVEIRA, 2019; REIS; ZANETTI; FRIZZERA, 2020), mas de reconhecer as diferentes lógicas de mediação.

De qualquer forma, parece haver um declínio do uso das mídias institucionais (dos parlamentos e dos partidos) pelos representantes, com base na ideia de que as mídias sociais garantiriam maior controle dos parlamentares e de suas assessorias especializadas em interação digital (CARLOMAGNO; BRAGA; WISSE, 2019).

Além do controle sobre a própria visibilidade, os parlamentares buscam marcar presença de forma ativa e continuada no debate público realizado por meio das plataformas de redes sociais. Assim, a expressão de opiniões pessoais e a tomada de posição, estratégias clássicas da conexão eleitoral (MAYHEW, 2004), constituem na atualidade meios de ação política enfatizados na discussão permanente ou na chamada *democracia discursiva* (MENDONÇA; FREITAS; OLIVEIRA, 2014).

Nesse contexto, vários estudos destacam o uso do Twitter como uma das plataformas de rápida disseminação de informações políticas, com alto potencial de pautar as mídias convencionais, sobretudo a televisão. Isso torna o Twitter uma das plataformas preferidas por expressi-

vos segmentos políticos (PAL; GONAWELA, 2017; CANDON, 2019; GIL DE ZÚÑIGA; KOC MICHALSKA; RÖMMELE, 2020).

O panorama contemporâneo da comunicação política digitalizada também reforça a lógica da *democracia de públicos*, conceito cunhado por Manin (1997, 2013, 2017) para denominar os processos políticos colonizados pelas lógicas da midiaticização desde a década de 1970. Nesses processos, os políticos se dirigem aos eleitores como se estivessem em um auditório de *talk show*, emulando as técnicas de comunicação midiática. O formato de espetáculo assume um papel de primeira grandeza na comunicação política (GOMES, 2014), especialmente no que se refere aos processos de desqualificação dos adversários. Tudo isso ocorre em um contexto de erosão da credibilidade e da fidelidade partidárias, o que leva o foco do debate político para a personalidade do político, e não mais para um programa partidário.

Esse processo foi amplificado e intensificado com o uso político-eleitoral das mídias sociais, transformando a democracia de públicos em *mediacracia* ou *democracia de fãs*, que requer interação permanente entre os políticos e seus seguidores (BEUS, 2011; SEARGEANT; TAGG, 2019). Nessa nova configuração da democracia de audiência, a comunicação assume uma função ainda mais central no exercício da representação política (KARLSSON, 2013). Em tal reconfiguração, as estratégias digitais de comunicação política, como os perfis dos parlamentares nas mídias sociais, caracterizam o fenômeno da *democracia de contato* ou *legitimidade de proximidade*, mediante os contatos diários com seus seguidores e fãs, além da tomada de posição contra os adversários (ROSANVALLON, 2009; TERÁN SERNA, 2018).

É importante apontar também que, na realidade, a mediação em plataformas de mídias sociais digitais ocorre por meio de algoritmos

compostos por um conjunto de regras próprias de distribuição dos conteúdos publicados pelos usuários (MAGRANI, 2014). É o que Pariser (2011) chama de *filter bubble*. Percebe-se, portanto, a substituição da mediação editorial humana de veículos pela mediação algorítmica das plataformas de redes sociais.

O mecanismo das bolhas ou câmaras de eco (*filter bubbles* ou *echo chambers*) em plataformas de redes sociais tem recebido a atenção de pesquisadores como elemento importante que compõe as novas estratégias de comunicação política utilizadas por parlamentares e grupos políticos. Nesse sentido, Kuehn e Salter (2020) elegem as quatro principais ameaças à democracia, advindas da internet e de plataformas de redes sociais: *fake news*, filtros-bolha/câmaras de eco, discurso de ódio e ferramentas de vigilância.

Por sua vez, Empoli (2019) descreve como a microssegmentação e a customização de conteúdos para públicos específicos, por meio de sistema de marketing baseado em impulsionamento pago, têm sido eficazes como ferramentas de campanha para grupos de ultradireita viabilizarem seus objetivos políticos, mesmo com o reforço do mecanismo das bolhas de opinião e do discurso de ódio direcionado aos adversários.

Ademais, estudos mostram como a combinação de algoritmos das plataformas de redes sociais, robôs aceleradores de distribuição e curadoria humana pode ser usada como estratégia de produção e disseminação de desinformação com objetivos políticos (ITUASSU; CAPONE; FIRMINO; MANNHEIMER; MURTA, 2019), inclusive quando serve para potencializar condições institucionais e político-culturais preexistentes (BENKLER; FARIS; ROBERTS, 2018).

As câmaras de eco, por exemplo, retroalimentam-se pela sinergia entre dois mecanismos: as plataformas de redes sociais, como Facebook,

Instagram e YouTube, que preconizam em seus algoritmos a customização em massa e a microssegmentação; e as plataformas de transmissão de mensagens, como WhatsApp, Messenger e Telegram, cujo desenho de interatividade facilita a formação de grupos de reverberação de conteúdos segmentados de acordo com os seus microinteresses.

Dessa forma, o desenho do processo de interação também afeta a formação de bolhas de opinião e a criação de dissensos, reforçando certo “purismo” e afinamento ideológico entre as pessoas (HIMELBOIM; MCCREERY; SMITH, 2013; MASSANARI, 2017; SUNSTEIN, 2018). A combinação de tais mecanismos, em suas diversas possibilidades, mostra-se poderosa e efetiva para o fomento de pautas políticas, como na combinação entre formação de conteúdo audiovisual no YouTube e reverberação em grupos no WhatsApp (MONT’ALVERNE; MITOZO; BARBOSA, 2019).

Assim, por meio de estratégia de comunicação que utilize a microssegmentação, os políticos podem adotar grande flexibilidade de pautas e posições sobre os mais diversos assuntos, já que tais plataformas servem como laboratório contínuo para testar a que tipos de conteúdos políticos (textos, imagens, vídeos, áudios) serão mais receptivos os grupos de interesse alvos de sua estratégia político-eleitoral.

Vejamos, então, como essa realidade se expressa mediante as estratégias adotadas pelos deputados federais brasileiros nas plataformas de redes sociais.

3 Descrição e análise dos dados

No panorama de personalização e ampliação da proximidade com os eleitores, em uma estratégia permanente de contato e interação por meio das plataformas de mídias sociais,

como os deputados federais brasileiros estão utilizando esses veículos digitais para a comunicação política com os cidadãos?

Os dados coletados serão apresentados em duas seções: na primeira, traça-se um perfil dos parlamentares e do uso das redes sociais; na segunda, apresentam-se as estratégias específicas para cada rede social.

3.1 Perfil pessoal e de uso das redes sociais

Inicia-se a descrição e a análise dos dados coletados com informações relativas ao perfil dos parlamentares, que incluem região geográfica, sexo (Tabela 1A) e partido (Tabela 1B).

Tabela 1A

Perfil por região geográfica e sexo

Região geográfica	Q	%
Norte	15	9,68
Centro-Oeste	16	10,32
Nordeste	51	32,90
Sul	26	16,77
Sudeste	47	30,32
Total	155	100
Sexo	Q	%
Masculino	132	64,35
Feminino	23	35,65
Total	155	100

Fonte: elaborada pelos autores.

Em relação à região geográfica de atuação dos representantes, percebe-se que nosso *corpus* segue aproximadamente a proporcionalidade da composição da Câmara dos Deputados. Em geral, poucas pesquisas indicam uma diferença no uso das redes sociais em relação à região do parlamentar, ainda que alguns estudos apontem que a renda média e o nível de escolaridade do eleitorado tenham efeito sobre a atividade do representante nas redes (MARQUES; AQUINO; MIOLA, 2014a, 2014b). Almeida (2014) tem achados interessantes nesse sentido, ao constatar que os parlamentares da Região Sul tuitavam bem mais que seus colegas.

As mulheres, que ocupam 15% das cadeiras parlamentares na Câmara, aparecem com 35,65% de assessores. Pesquisas anteriores demonstraram que as mulheres são mais ativas nas redes sociais que os homens, apesar de sua atividade não reverberar no número de seguidores (MARQUES; AQUINO; MIOLA, 2014b); em contrapartida, outros estudos não

encontraram correlação entre a atividade e o sexo dos parlamentares (MARQUES; AQUINO; MIOLA, 2014a).

Tabela 1B

Perfil por partido

	Partidos	Q	%
1	PSDB	17	10,97
2	PSL	16	10,32
3	MDB	15	9,68
4	DEM	15	9,68
5	PT	14	9,03
6	PSB	14	9,03
7	PP	11	7,10
8	PSD	10	6,45
9	PL	6	3,87
10	PTB	4	2,58
11	PDT	3	1,94
12	Podemos	3	1,94
13	PSC	3	1,94
14	Novo	3	1,94
15	Republicanos	2	1,29
16	Solidariedade	2	1,29
17	PSOL	2	1,29
18	PROS	2	1,29
19	Cidadania	2	1,29
20	Avante	2	1,29
21	Patriota	2	1,29
22	PV	2	1,29
23	PMN	2	1,29
24	Rede	2	1,29
25	PCdoB	1	0,65
	Total	155	100

Fonte: elaborada pelos autores.

Na época da aplicação do questionário, havia 25 partidos com representantes eleitos na Câmara dos Deputados. O nosso *corpus* é levemente desproporcional às bancadas eleitas – PT, PSL e PL são as maiores legendas, as únicas com mais de 40 deputados cada uma². Garantimos, contudo, que todos os partidos tivessem pelo menos um participante em nosso levantamento.

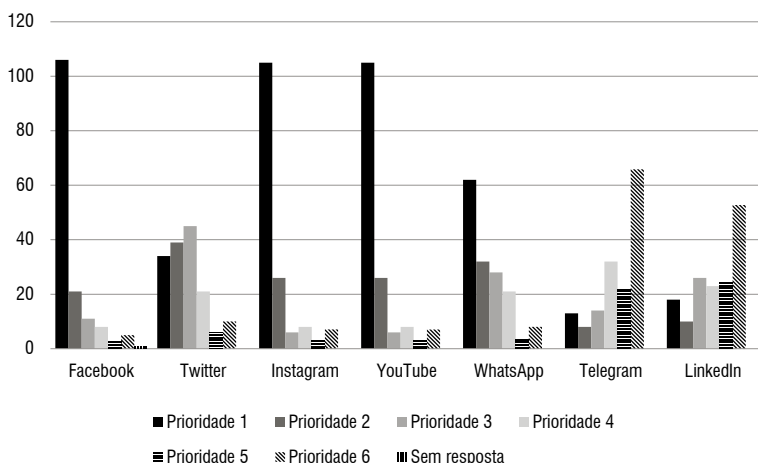
²Em agosto de 2020, o PT continuava a maior bancada da Câmara, com 53 deputados. O PSL e o PL tinham 41 deputados cada; o PP, 39; o MDB, 35; o PSD, 34; o PSDB e o PSB, 31 cada; o PDT e o DEM, 28 cada. Cada um dos demais partidos tinha menos de 20 parlamentares.

Pesquisas anteriores sobre o uso do Twitter entre os deputados federais indicam que parlamentares dos partidos de direita tuitavam menos que seus colegas de centro ou de esquerda (ALMEIDA, 2014; MARQUES; AQUINO; MIOLA, 2014a, 2014b); contudo, estudos mais recentes mostram que os deputados dos partidos de direita estão entre os mais influentes nas redes sociais (SOUSA, 2020). Larsson e Kalsnes (2014) apontam que a profissionalização da atividade de comunicação parlamentar pode ter contribuído para diminuir a diferença de uso das redes entre parlamentares de esquerda e direita.

Foram incluídas neste estudo as redes que, além de serem as mais usadas por quem acessa a internet contemporaneamente, são as tradicionalmente preferidas pelos atores políticos e objeto da maior parte das pesquisas. Conforme exposto no Gráfico 1, Facebook, Instagram e YouTube são priorizadas pelos parlamentares, seguidas por WhatsApp, Telegram, LinkedIn e Twitter.

Gráfico 1

Redes digitais preferidas pelos parlamentares



Fonte: elaborado pelos autores.

Na questão apresentada aos informantes – Assinale as redes sociais que são prioritárias para o parlamentar atribuindo 1 para prioridade máxima, 2, 3 ... para as demais –, a ideia era que as plataformas fossem ordenadas por um critério de importância para o mandato. As respostas surpreendem exatamente porque mais de dois terços dos respondentes incluíram três delas com a prioridade máxima: Facebook, Instagram e YouTube. Isso significa que, provavelmente, os parlamentares adotam uma

estratégia multiplataforma de disseminação de conteúdos nessas três mídias.

WhatsApp e Twitter aparecem como prioridades para aproximadamente um terço e um quinto dos gabinetes, respectivamente, ao passo que LinkedIn e Telegram são menos importantes, ainda que utilizados. Ambos são mais usados para a disseminação de informações em segmentos específicos, com destaque para o uso do LinkedIn por grupos segmentados de acordo com o ramo de atividade profissional (VILLEGAS ARTEAGA, 2020; BAKER; BRICOUT; MOON; COUGHLAN; PATER, 2013; KOMLJENOVIC, 2019). Por sua vez, o Telegram é apontado como o canal mais utilizado para a comunicação entre elites políticas (SALIKOV, 2019).

Segundo Bossetta (2018), cada plataforma, pelas características que lhe são próprias, permite diferentes percepções sobre o que é possível realizar por meio dela e cria condições para práticas reais específicas, ou seja, plataformas distintas criam diferentes possibilidades de interação e usabilidade. Uma estratégia de comunicação política adequada, portanto, fará uso das diferentes possibilidades oferecidas em cada uma dessas ferramentas. Além disso, a comparação sobre o uso que os parlamentares fazem das plataformas é útil para a compreensão global do cenário contemporâneo.

Em comum, todas as mídias sociais podem influenciar a participação política por meio de mecanismos como a colaboração cognitiva, o ganho informativo e a discussão política (HALPERN; VALENZUELA; KATZ, 2017). Em todas elas há construção de relações que permitem aos usuários promover uma identidade coletiva do grupo do qual participam, de forma dinâmica e adaptada aos diferentes contextos políticos. Com base nesses grupos, a identidade do próprio usuário vai constituindo-se, fenômeno essencial para

a política, bem como para a construção do eleitorado de cada representante.

No caso das mídias sociais, destaca-se que a audiência pode incluir pessoas que não são eleitoras ou nem vivem no distrito eleitoral pelo qual o representante é eleito. Como mostram as pesquisas sobre o Twitter durante os períodos eleitorais, o uso da plataforma também serve para reunir minorias no compartilhamento de informações e ações que lhes interessam, numa tentativa de expansão das redes off-line de apoio ao parlamentar (HALPERN; VALENZUELA; KATZ, 2017, p. 321). No Brasil, os grupos religiosos são um bom exemplo disso.

O fenômeno foi observado nas eleições de 2018, quando a campanha de Jair Bolsonaro à Presidência da República abordou temas normalmente não relacionados à política *stricto sensu*, como culto a celebridades, parentesco, religião, indústria do entretenimento, esportes (futebol, lutas, clubes de tiro) e outros assuntos ligados a identidades coletivas. Isso fez parte de uma estratégia de engajamento social mais amplo no debate eleitoral bem-sucedido a favor do candidato, em detrimento das discussões sobre programas eleitorais típicas da “velha política”, demonizada por sua campanha e atribuída aos seus oponentes (CESARINO, 2020).

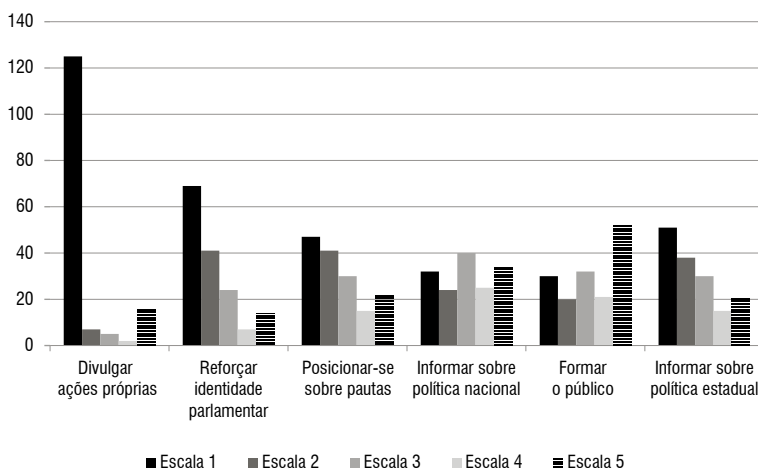
Em relação ao uso das redes nas eleições, Braga e Carlomagno (2018) destacam que o Facebook se tornou a ferramenta preferida dos candidatos aos cargos majoritários nos últimos pleitos brasileiros; por sua vez, sites e outras redes como o Twitter tiveram um decréscimo nas estratégias eleitorais. As análises realizadas sobre o Twitter informam que os usuários tendem a seguir perfis que compartilham dos seus interesses pessoais, mais do que aqueles em que há relação de reciprocidade, como amizade ou vínculo familiar (HALPERN; VALENZUELA; KATZ, 2017, p. 323).

Se o usuário do Facebook está interessado em reciprocidade, o do Twitter busca compartilhamento de informações, com enfoque mais cognitivo que social. Focalizam-se as interações unilaterais, e não os diálogos propriamente ditos. Portanto, a experiência da postagem no Twitter tem potencial para alcançar uma audiência mais desconhecida e anônima, que não necessariamente irá interagir com o perfil de origem do conteúdo. Ainda que os amigos próximos sejam mais influentes na mobilização para a participação política, a troca informacional que tem lugar no Twitter provavelmente faz dessa ferramenta um ambiente privilegiado para a circulação de informações com teor político (HALPERN; VALENZUELA; KATZ, 2017, p. 324).

Quais são, então, as intenções dos parlamentares quando utilizam as redes sociais digitais? No Gráfico 2 são listados os objetivos dessa utilização em uma escala de importância que vai de 1 (mais importante) até 5 (menos importante).

Gráfico 2

Objetivos do uso das redes digitais pelos parlamentares



Fonte: elaborado pelos autores.

Os dados mostram claramente que para quatro quintos dos gabinetes o principal objetivo de uso das redes sociais é informar ao público as ações dos representantes. Nesse sentido, aparece como relevante o reforço identitário do deputado e seu posicionamento sobre os temas em debate no Parlamento. Para um terço dos respondentes, informar sobre a política dos estados e municípios também é uma tarefa muito importante. Contudo, as redes não são vistas como um espaço edu-

cativo para a formação política dos cidadãos. Um terço dos informantes acredita que esse é o objetivo menos relevante no uso cotidiano das plataformas.

Considerando a migração maciça dos atores políticos para as plataformas de redes sociais e seu poder de engajamento no mandato, esta pesquisa levantou informações que põem em dúvida se os objetivos de uso das tecnologias para a comunicação política permanecem similares aos encontrados por Williamson (2009) há mais de uma década. Na época, 85% dos representantes britânicos tinham sites de caráter informativo, e apenas 23% utilizavam as redes sociais. Embora os sites sejam ferramentas em desuso e as plataformas de mídias sociais sejam predominantes na estratégia digital dos representantes, o objetivo informativo não parece ter sido superado, mesmo que o foco atual dos parlamentares com a divulgação de informações sobre o mandato nas redes também sirva como estratégia de maior engajamento, como apontado para políticos do Executivo (MONT'ALVERNE; MITOZO; BARBOSA, 2019; CESARINO, 2020).

Williamson (2009, p. 21) resume as razões que motivam um parlamentar a usar as mídias sociais em quatro eixos – (1) organizacional, (2) ativismo, (3) campanhas, (4) marketing pessoal – e afirma que as ferramentas digitais acabam sendo vistas primordialmente como estratégias de publicação de conteúdos, não de engajamento do público. Em estudo mais recente, o autor destaca razões circunstanciais, como a pandemia da Covid-19, que levaram a um imperativo da ação parlamentar virtual (WILLIAMSON, 2020).

Diferentes pesquisadores já analisaram as intenções dos usuários políticos de redes sociais com base no conteúdo das postagens. Sæbø (2011, p. 5-7) estudou postagens de 102 parlamentares noruegueses no Twitter e encon-

trou oito diferentes padrões comunicativos nas mensagens publicadas: (1) compartilhamento de links para fontes informativas, especialmente instituições políticas e veículos de mídia; (2) informação sobre a atividade parlamentar; (3) expressão de pontos de vista políticos e opiniões; (4) conteúdo não político e postagens pessoais; (5) discussões com outros parlamentares; (6) compartilhamento de links para os blogs ou sites próprios; (7) enquetes com os usuários da ferramenta sobre questões políticas; e (8) discussões com os cidadãos. À época, portanto, o uso parlamentar da ferramenta parecia bem mais diversificado do que apontam os dados coletados nesta pesquisa.

Até 2014 diferentes estudos mostravam o uso disseminado do Twitter entre parlamentares. Ao analisar a utilização das redes por deputados estaduais brasileiros entre 2007 e 2011, Braga e Cruz (2012) detectaram que, à época, 50,5% deles tinham perfis no Twitter, e apenas 18,8%, no Facebook. O índice é bastante similar aos 55% encontrados por Larsson (2016) em relação aos membros do Parlamento europeu ou por Larsson e Kalsnes (2014), que encontraram quase 60% dos parlamentares suecos e noruegueses usando o Twitter; e pouco mais de 20%, o Facebook. Almeida (2014) também identificou mais deputados federais com perfis no Twitter que no Facebook.

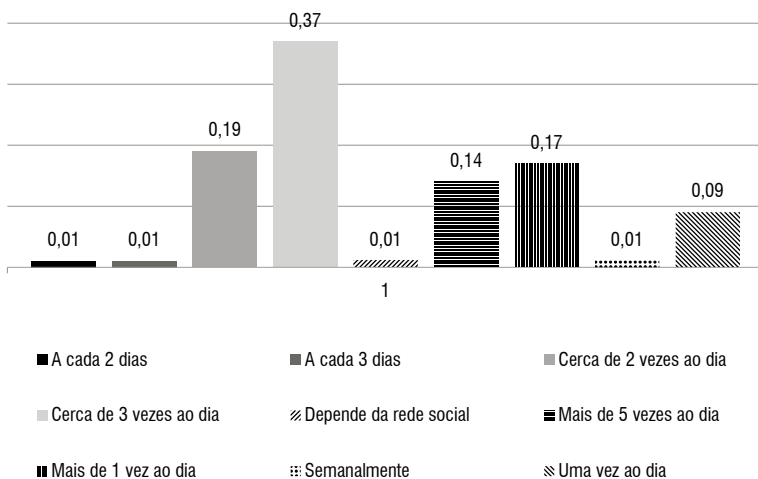
É muito provável que as alterações no uso das mídias sociais pelos parlamentares reflitam mudanças mais amplas na sociabilidade digital da última década. A mobilidade e a hiperconexão são tendências importantes, e a acelerada expansão das plataformas de mídias sociais e de seu uso como fontes de informação privilegiadas pela população não pode ser desprezada. Afinal, os parlamentares são cidadãos e também compartilham da cultura digital da sociedade.

O uso diário de mídias sociais pelos gabinetes parlamentares tornou-se tão relevante que

a atualização dos conteúdos é realizada várias vezes ao dia pela maioria dos gabinetes, como mostra o Gráfico 3.

Gráfico 3

Atualização das mídias sociais pelos gabinetes



Fonte: elaborado pelos autores.

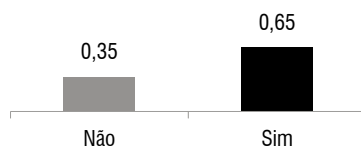
Os dados mostram que 87% dos parlamentares atualizam suas redes sociais diariamente: 37% dos gabinetes o fazem cerca de três vezes ao dia; 19% deles, duas vezes; 17%, uma vez; e para 14% a atualização pode chegar a cinco vezes em apenas 24 horas. Assim, a movimentação nas postagens e a conferência das tendências de opinião (*hashtags* e *trending topics*) que circulam nas redes tornaram-se imperativos cotidianos que mobilizam pessoal e recursos financeiros.

3.2 Estratégias de uso das diferentes plataformas

Ao serem indagados sobre a utilização de estratégias diferenciadas para cada uma das plataformas de mídias sociais, 65% dos entrevistados responderam afirmativamente, conforme mostra o Gráfico 4. Os 35% que disseram não usar estratégias específicas em plataformas distintas alegaram escassez de recursos humanos e falta de equipes especializadas em mídias sociais para levar a cabo essa tarefa. Nesse sentido, podemos concluir que um terço dos parlamentares não prioriza a contratação de especialistas em mídias sociais nos seus gabinetes, mesmo com a substancial verba disponível para alocação de recursos humanos em cargos de confiança.

Gráfico 4

Adoção de estratégias diferenciadas para cada tipo de mídia social



Fonte: elaborado pelos autores.

Em relação à rede social mais utilizada pelos brasileiros, o YouTube, a Tabela 2 revela que os parlamentares priorizam as transmissões ao vivo (lives) de atividades legislativas, como as audiências públicas das comissões e as sessões do Plenário da Câmara. Em segundo lugar está a reprodução, na íntegra, de seus pronunciamentos no Parlamento. Portanto, mais de 36% das respostas indicam que a participação do representante nessas atividades legislativas é disseminada por meio da rede social, o que caracteriza um uso informativo comparável ao da mídia tradicional.

Outros tópicos priorizados são as entrevistas, os debates e pronunciamentos dos quais os parlamentares participam, além de comunicações específicas de suas opiniões. Nesse sentido, conforme Mayhew (2004) destaca, a tomada de posição permanece como estratégia importante para os representantes políticos, totalizando 50,47% dos conteúdos disponibilizados no YouTube pelos deputados federais.

Tabela 2

Estratégias específicas para o uso do YouTube

	Estratégias	Q	%
1	Transmissão ao vivo de audiências públicas e sessões do plenário	58	18,53
2	Reprodução na íntegra de pronunciamentos do parlamentar em comissões e no plenário	57	18,21
3	Reprodução de entrevistas concedidas pelo parlamentar a veículos de mídia	53	16,93
4	Reprodução de debates com a participação do parlamentar	49	15,65
5	Publicação de vídeos mais longos com o posicionamento do parlamentar sobre temas da agenda política	37	11,82
6	Publicação de vídeos sobre temas específicos	23	7,35
7	Exposição de conteúdos mais detalhados sobre a atuação do parlamentar	19	6,07

	Estratégias	Q	%
8	Armazenamento de conteúdos	17	5,43
	Total³	313	100

Fonte: elaborada pelos autores.

Em certo sentido, ao usarem a rede social para informar a seus seguidores sobre suas ações e permitirem o acompanhamento das atividades legislativas pelos cidadãos, os deputados cortam a tradicional mediação realizada pela mídia comercial e ampliam, inclusive, o acesso aos conteúdos transmitidos pelos canais legislativos – no caso desta pesquisa, as transmissões realizadas pela TV Câmara. A preponderância do formato audiovisual no cenário comunicativo brasileiro, tema de variados estudos da Economia Política da Comunicação (LOPES, 2015-2016; MORAIS; JAMBEIRO; FERREIRA, 2017; SANTOS, 2019), parece ser uma boa explicação para a preferência dos brasileiros por essa plataforma de compartilhamento de vídeos, em específico⁴.

A segunda rede social mais usada no País é o Facebook; e, para os deputados federais brasileiros, os perfis são principalmente ferramentas de compartilhamento de notícias e conteúdos analíticos com a posição dos parlamentares sobre fatos, eventos e debates que mobilizam a opinião pública. Conforme destacam Tang e Lee (2013, 2018), a exposição do usuário à informação política compartilhada por atores públicos é ampliada no Facebook, e esses atores, que são seguidos pelos cidadãos e funcionam como mediadores da informação e do debate público, acabam emprestando credibilidade aos fatos que comentam. Como mostra a Tabela 3, a análise dos fatos que “merecem” a expressão das opiniões do representante é a prioridade das publicações nessa plataforma.

Tabela 3

Estratégias específicas para o uso do Facebook

	Estratégias	Q	%
1	Compartilhamento de notícias	92	15,46
2	Publicação de postagens mais extensas	87	14,62
3	Compartilhamento de conteúdos analíticos	83	13,95

³ Aqui e nas tabelas seguintes, o total refere-se ao volume de respostas registradas, e não ao total de informantes, porque o questionário permitia assinalar mais de uma resposta.

⁴ O uso das transmissões ao vivo e da íntegra das atividades legislativas será tema de estudo específico ainda em preparação pelos pesquisadores.

	Estratégias	Q	%
4	Compartilhamento de vídeos mais extensos	71	11,93
5	Impulsioneamento de conteúdos	68	11,43
6	Transmissão de lives	62	10,42
7	Publicação de cards	61	10,25
8	Publicação de homenagens e alusões a datas comemorativas	57	9,58
9	Publicação de enquetes	14	2,35
	Total	595	100

Fonte: elaborada pelos autores.

Os dados revelam que vídeos mais longos e transmissões ao vivo (lives) constituem 22,35% do total de estratégias adotadas pelos deputados nessa plataforma. As transmissões ao vivo situam os atores políticos como testemunhas dos fatos relevantes, especialmente daqueles que ocorrem dentro do Parlamento, como debates e votações de questões que mobilizam a opinião pública. Essas transmissões que informam e descrevem as atividades legislativas têm também caráter opinativo e permitem que parlamentares e cidadãos contraponham argumentos ou expressem concordância.

O caráter testemunhal também encontra espaço no Instagram, plataforma que recentemente começa a ser estudada no âmbito da Comunicação Política (MAHONEY; FELTWELL; AJURUCHI; LAWSON, 2016; LALANCETTE; RAYNAULD, 2019; PARMELEE; ROMAN, 2019). Pelos dados da Tabela 4, percebe-se que a imagem tem um caráter preponderante nessa rede social; por isso, a maioria das postagens trazem fotos e vídeos das atividades e eventos dos quais o parlamentar participa (46,5%). Outra informação interessante é que a vida cotidiana (16,26%) e privada (16,25%) do parlamentar encontra espaço nas publicações do Instagram, especialmente naquelas que tentam “humanizar” o representante e aproximá-lo “identitariamente” do cidadão – tendência já registrada em estudos internacionais sobre o uso político do Instagram (MAHONEY; FELTWELL; AJURUCHI; LAWSON, 2016; LALANCETTE; RAYNAULD, 2019; PARMELEE; ROMAN, 2019).

Tabela 4

Estratégias específicas para o uso do Instagram

	Estratégias	Q	%
1	Compartilhamento da vida cotidiana do parlamentar	86	16,26
2	Utilização de recursos visuais mais elaborados	81	15,31
3	Utilização de linguagem mais informal	79	14,93

	Estratégias	Q	%
4	Compartilhamento de fotos e vídeos com autoridades e personalidades	72	13,61
5	Compartilhamento de fotos e vídeos sobre reuniões de trabalho	68	12,85
6	Compartilhamento de fotos e vídeos sobre a participação do parlamentar em eventos	57	10,78
7	Compartilhamento de fotos e vídeos do parlamentar em momentos de descontração e confraternizações	49	9,26
8	Publicação de conteúdos voltados para a “humanização” da imagem do parlamentar	37	6,99
	Total	529	100

Fonte: elaborada pelos autores.

Postagens com recursos visuais mais elaborados (15,31%) e com linguagem mais informal (14,93%) fazem do Instagram um espaço preferencial para a construção da imagem pública do parlamentar (JACKSON; LILLEKER, 2011; VENETI; JACKSON; LILLEKER, 2019), algo que conecta a esfera profissional e a esfera privada de sua vida. Essa imagem tem relação direta com a credibilidade e confiabilidade do ator político como um comentarista legítimo da realidade social e um tomador de decisões que interessam ao cidadão. Afinal, como ressaltam Housholder e LaMarre (2014, p. 377), “sentimentos de similaridade atitudinal” são essenciais para a avaliação da credibilidade em política. Assim, informações pessoais nas redes sociais servem para “humanizar” o político, contribuindo para a “homofilia atitudinal”, base da confiança entre representantes e representados. Dessa forma, a fonte transmite sua credibilidade para a informação que produz ou apenas compartilha.

De certo modo, a credibilidade da imagem construída em todas as redes reverbera nas atitudes assumidas em algumas delas. Assim, com base na credibilidade produzida com a ajuda de outras redes, a estratégia adotada pelos deputados no Twitter passa pelo comentário sobre opiniões de terceiros e sobre acontecimentos sociais. A Tabela 5 mostra que as opiniões e críticas correspondem a 29,23% das estratégias. Além de espaço para compartilhar notícias, publicar vídeos e textos curtos, o Twitter é o lugar privilegiado para a interação com outros perfis, uma vez que os retuïtes e as respostas são públicas.

Tabela 5

Estratégias específicas para o uso do Twitter

	Estratégias	Q	%
1	Publicação de opinião pessoal do parlamentar e comentários curtos	81	17,8

	Estratégias	Q	%
2	Reprodução de opiniões e comentários de terceiros	73	16,04
3	Interação com outros perfis políticos	67	14,73
4	Exposição de críticas à atuação política de autoridades	52	11,43
5	Compartilhamento de notícias	49	10,77
6	Compartilhamento de vídeos curtos	47	10,33
7	Compartilhamento de textos curtos	44	9,67
8	Publicação de frases de efeito	29	6,37
9	Publicação de pensamentos e provérbios	13	2,86
	Total	455	100

Fonte: elaborada pelos autores.

Em um estudo com usuários do Twitter interessados em política e participação, Rossetto (2018, p. 108) demonstrou que a maioria deles “tem como objetivo influenciar os outros, seguido da razão de obter reconhecimento”. A autora destaca que “o motivo menos importante de utilização desta rede social on-line é o de busca de informação e troca de razões para refinar a opinião”. Nesse sentido, o estudo revela que 65,5% dos entrevistados relataram seguir mais as fontes com as quais estão alinhados ideologicamente. Em contrapartida, apenas 14,8% seguem mais políticos e candidatos de quem geralmente discordam; e 16,9% seguem aproximadamente a mesma quantidade de ambos.

Para Rossetto (2018, p. 106), são três as razões que motivam o uso político da plataforma: obtenção de reconhecimento, influência sobre os outros e qualificação da própria opinião. Portanto, é interessante perceber que, apesar de privilegiarem o caráter informativo das redes de forma geral – como estratégia de engajamento ou não –, os gabinetes que responderam a esta pesquisa não consideram o Twitter uma rede tão estratégica quanto as outras, conforme mostram os dados do Gráfico 1.

Segundo Rossetto (2018, p. 115), o Twitter é usado principalmente como meio de alcançar prováveis eleitores e manter as relações sociais, já que seu potencial como canal para discutir questões políticas e trocar argumentos se mostra menos eficiente. Essa percepção dos atores sobre os usos da plataforma ajuda a explicar por que o Facebook, apesar de ser a rede social com maior alcance mundial em termos numéricos, continuava em segundo lugar na preferência dos líderes governamentais, com a presença de 93% das nações até 2018. O Twiplomacy Study 2018 informa também que o Instagram, que contava com perfis de 81% dos integrantes das Nações Unidas, era a terceira rede na preferência dos atores políticos na época (LÜFKENS, 2018).

Se essa é a realidade mundial, o Brasil apresenta algumas peculiaridades que não podem ser desconsideradas no momento de se analisar

a influência do discurso político que circula nas plataformas de redes sociais. Ao contrário de outras nações, o WhatsApp é uma das mídias preferidas pela população brasileira, não apenas por conta de sua inclusão nos planos básicos de telefonia móvel como também por ser uma fonte fácil – ainda que nem sempre de alta credibilidade – para a obtenção de informações políticas.

Assim, a Tabela 6 mostra o uso preferencial da plataforma de envio de mensagens para a interação com grupos (12,58%), apoiadores (12,19%), jornalistas (10,75%), atores políticos estaduais e municipais (9,7%) e movimentos sociais (9,31%). Por seu caráter privativo, a plataforma é usada para mobilização, manifestação de apoio ou crítica, prestação de contas e manutenção de laços fortes com as bases muitas vezes difíceis de manter nas demais mídias sociais. Essa tendência já encontra respaldo em estudos internacionais que destacam o caráter mais segmentado do WhatsApp, favorecendo os fluxos de propaganda política e divulgação seletiva de notícias (FAROOQ, 2018; CHEESEMAN; FISHER; HASSAN; HITCHEN, 2020; VERMEER; KRUIKEMEIER; TRILLING; VREESE, 2021).

Tabela 6

Estratégias específicas para o uso do WhatsApp

	Estratégias	Q	%
1	Interação com grupos específicos	96	12,58
2	Ativação e reforço da militância e apoiadores do parlamentar	93	12,19
3	Divulgação da atuação do parlamentar	87	11,40
4	Divulgação de conteúdos para jornalistas regionais	82	10,75
5	Monitoramento do clima de opinião dos grupos cadastrados	77	10,09
6	Interação com vereadores, prefeitos, deputados estaduais e governadores	74	9,70
7	Interação com movimentos sociais e entidades corporativas	71	9,31
8	Manifestação de apoio aos aliados	63	8,26
9	Exposição de opinião do parlamentar sobre temas da agenda política	61	7,99
10	Exposição de críticas a adversários	59	7,73
	Total	763	100

Fonte: elaborada pelos autores.

Por sua vez, usado de forma um pouco mais restrita em termos numéricos, o Telegram serve principalmente para a comunicação direta com os próprios assessores, com autoridades de outros níveis da Federação e com as demais lideranças partidárias, conforme os dados da Tabela 7. Os bastidores da política e das negociações atravessam o uso dessas duas

ferramentas de envio privativo de mensagens. Nesse sentido, é oportuno mencionar o estudo de Salikov (2019) que aponta o uso político do Telegram como estratégia de comunicação digital entre as elites políticas.

Tabela 7

Estratégias específicas para o uso do Telegram

	Estratégias	Q	%
1	Comunicação com os assessores	42	47,19
2	Interação com autoridades municipais e estaduais	29	32,58
3	Interação com lideranças partidárias	18	20,22
	Total	89	100

Fonte: elaborada pelos autores.

De certa forma é paradoxal que o potencial dialógico das redes esteja concentrado nas duas ferramentas de compartilhamento privativo de informações – WhatsApp e Telegram –, ao passo que a disseminação de informações sobre as atividades parlamentares se dispersa, em diferentes formatos, pelas outras redes sociais. Pesquisas anteriores indicam como o Facebook serve para o manejo de relações, de formas diversas de diálogo e conversação civil (RÚAS ARAÚJO; DAPENA GONZÁLEZ, 2011; TÚÑEZ; SIXTO, 2011; GEBER; SCHERER, 2015), mas nossos dados parecem indicar que esse gerenciamento do contato mais direto entre representante e representados está sendo feito sobretudo pelas ferramentas de caráter privativo. Obviamente, o compartilhamento dos mesmos conteúdos em diversas plataformas é uma prática constante, ainda que haja a produção de postagens específicas para cada uma.

Percebe-se que a complementariedade e o cruzamento das estratégias permitem maior e mais específico alcance de públicos e maior diversificação dos conteúdos disseminados, produzidos e comentados pelos parlamentares. Assim, amplia-se o potencial de interação e contato com os cidadãos e com os grupos de apoio e suporte ao seu mandato. Trata-se de uma configuração de comunicação política em multirredes, com o objetivo de intensificar a visibilidade política e atingir públicos variados (BARROS, 2015). Se as ferramentas de envio privativo de mensagens servem para a manutenção de laços fortes com grupos específicos – autoridades, apoiadores, militantes, jornalistas, grupos de pressão etc. –, as demais plataformas almejam alcançar também os eleitores e os cidadãos comuns com os quais o representante pretende construir uma identidade política coletiva.

4 Considerações finais

Em primeiro lugar, entre as plataformas de mídias sociais preferidas pelos gabinetes parlamentares que responderam ao questionário, destaca-se o Facebook, seguido pelo Instagram e pelo YouTube. Na sequência aparecem WhatsApp, Twitter, LinkedIn e Telegram. Chama atenção o fato de o WhatsApp ser mais usado que o Twitter e servir especialmente para o gerenciamento do contato direto entre representante e representados, ainda que haja o compartilhamento dos mesmos conteúdos em diversas plataformas. Caberia uma investigação de teor qualitativo para permitir maior compreensão sobre esses dados, uma vez que o Twitter é apontado em estudos internacionais como uma das redes preferidas pelos atores políticos e uma das plataformas de maior potencial de influência em termos de repercussão nas mídias convencionais, especialmente a televisão (PAL; GONAWELA, 2017; CANDON, 2019; GIL DE ZÚÑIGA; KOC MICHALSKA; RÖMMELE, 2020).

De acordo com os dados, as estratégias são majoritariamente diferenciadas em cada plataforma. Nesse sentido, destaca-se o expressivo percentual de gabinetes (65%) que adotam estratégias específicas para cada tipo de plataforma. No âmbito de um projeto mais amplo de comunicação política digital com o maior número possível de seguidores dos parlamentares, tais estratégias também se complementam. A complementariedade do uso das redes reforça tendências já apontadas em estudos anteriores de uma comunicação política segmentada, orientada pela lógica de multirredes (BARROS, 2015).

Por outro lado, é oportuno contrapor esse dado com o percentual de 35% dos gabinetes que ainda seguem um modelo padrão de comunicação política digital, sem diferenciar as estratégias para as diferentes redes, ou seja, todas as mídias digitais são tratadas como se fossem homogêneas por 35% dos informantes. Certamente, uma das explicações para isso se deve ao fato de a comunicação política digital ser um fenômeno recente que, apesar da franca expansão, ainda não se universalizou na esfera parlamentar.

Infelizmente, o questionário aplicado não fornece dados suficientes para explicar por que 35% do universo pesquisado ainda não aderiu ao uso de estratégias diferenciadas nas plataformas digitais. As explicações que constam nas respostas abertas apontam apenas a falta de pessoal especializado e a limitação de recursos humanos, o que pode ser uma razão plausível para que os gabinetes não apostem nas mídias sociais como forma de comunicação política. Para aprofundar a análise sobre esse fenômeno, seria necessário o uso de instrumentos qualitativos, como entrevistas ou grupos focais, objetivo de próximos trabalhos dos autores.

Uma outra hipótese é que parte dos parlamentares adotaria padrões de comunicação do século XX devido ao fator geracional (a variável idade talvez importe), combinado ou não com a forma de fazer política segundo um modelo tradicional off-line. Consequentemente, tais parlamentares organizariam sua estrutura de comunicação orientada por esse padrão que busca o consenso e foge de posições extremas a fim de obter apoio às suas demandas, replicando-o em plataformas de mídias sociais.

Por outro lado, alguns parlamentares, mais cientes das imensas potencialidades de comunicação das plataformas digitais, utilizam recursos humanos especializados e multidisciplinares para gerir com mais efetividade sua comunicação nas redes sociais. Há relatos de deputados federais que contratam profissionais de ciência de dados, por exemplo, já que a compreensão da performance comunicacional nesse sistema multirredes depende da análise de dezenas de dados das diversas plataformas de redes sociais.

Em geral, a divulgação relativa à atuação pessoal dos parlamentares e à agenda de suas bases eleitorais é considerada mais relevante que as atividades legislativas institucionais realizadas no âmbito do Parlamento. Esse dado reforça as tendências de individualização do mandato e de desinstitucionalização das atividades políticas já registradas nos estudos recentes de Sociologia Política (BARROS; CARREIRO, 2015; BENE, 2017; EDGERLY; THORSON; BIGHASH; HANNAH, 2016).

No caso da política parlamentar, isso significa que cada deputado procura agir de forma personalizada e individualizada, como se tivesse o propósito de transformar seu nome em uma marca política no mundo digital, desvinculada da instituição (Parlamento) e do partido. Isso pode ocorrer, em parte, devido à crise de confiança política nos partidos e nos parlamentos. Por essa razão, muitas vezes esse tipo de ação parlamentar nas plataformas digitais omite as pautas legislativas institucionais e o debate em torno delas, além de não mencionar os programas partidários. Porém, conforme apontado na seção teórica deste artigo, é também consequência da lógica de personalização exacerbada com as redes sociais.

Sobre os autores

Antonio Teixeira de Barros é doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; mestre em Comunicação pela UnB, Brasília, DF, Brasil; pós-doutor em Comunicação pela Universidade Fernando Pessoa, Porto, Portugal; pesquisador e professor do programa de pós-graduação (mestrado profissional) em Poder Legislativo do Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: antonibarrosgmail.com

Cristiane Brum Bernardes é doutora em Ciência Política pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestra em Comunicação e Informação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; pós-doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pesquisadora e professora do programa de pós-graduação (mestrado profissional) em Poder Legislativo do Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. E-mail: cris.brum@gmail.com

Cristiano Ferri Soares de Faria é doutor em Ciência Política e Sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pesquisador do Center for Collective Intelligence do Massachusetts Institute of Technology, Boston, EUA; professor do programa de pós-graduação (mestrado profissional) do Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. E-mail: ferri.cristiano@gmail.com

Elisabete Busanello é mestra em Ciência Política pelo Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; doutoranda em Sociologia na Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; pesquisadora do Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. E-mail: elisabete.busanello@camara.leg.br

Como citar este artigo

(ABNT)

BARROS, Antonio Teixeira de; BERNARDES, Cristiane Brum; FARIA, Cristiano Ferri Soares de; BUSANELLO, Elisabete. Presença parlamentar nas mídias sociais: a estruturação dos mandatos digitais na Câmara dos Deputados. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 57-86, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p57

(APA)

Barros, A. T. de, Bernardes, C. B., Faria, C. F. S. de, & Busanello, E. (2021). Presença parlamentar nas mídias sociais: a estruturação dos mandatos digitais na Câmara dos Deputados. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(232), 57-86. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p57

Referências

AGGIO, Camilo. Campanhas *on-line*, Twitter e democracia: a interação entre campanhas e eleitores nas eleições presidenciais brasileiras de 2010. In: MAIA, Rousiley C. M.; PRUDENCIO, Kelly; VIMIEIRO, Ana Carolina (org.). *Democracia em ambientes digitais: eleições, esfera pública e ativismo*. Salvador: EDUFBA, 2018. p. 49-73.

ALMEIDA, Helga do Nascimento de. Análise dos usos das NTICs pelos parlamentares brasileiros: um estudo sobre o Facebook e o Twitter pelos deputados federais brasileiros em 2013. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPOCS, 38., 2014, Caxambu. [Anais]. São Paulo: Anpocs, 2014. p. 1-30. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/38-encontro-anual-da-anpocs/gt-1/gt22-1>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. *Representantes, representados e mídias sociais: mapeando o mecanismo de agendamento informacional*. 2017. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte,

2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-AU3JRN>. Acesso em: 8 jun. 2021.

ALMEIDA, Raquel de Q. *Fake news*: arma potente na batalha de narrativas das eleições 2018. *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 70, n. 2, p. 9-12, abr./jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602018000200004>. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252018000200004. Acesso em: 8 jun. 2021.

ALTIERI, Luigia; CIFALDI, Gianmarco. Big data, privacy and information security in the European Union. *Sociology and Social Work Review*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 56-64, 2018. Disponível em: https://econpapers.repec.org/article/edrswrgl/v_3a2_3ay_3a2018_3ai_3a1_3ap_3a56-64.htm. Acesso em: 8 jun. 2021.

AMARAL, Marcelo Santos. *Congresso no Twitter*: parlamentares e partidos políticos em 140 caracteres. 2016. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/20206>. Acesso em: 9 jun. 2021.

ARAÚJO, Ronaldo Ferreira; TRAVIESO-RODRÍGUEZ, Crispulo; SANTOS, Sarah Rúbia de Oliveira. Comunicação e participação política no Facebook: análise dos comentários em páginas de parlamentares brasileiros. *Informação & Sociedade: Estudos*, João Pessoa, v. 27, n. 2, p. 279-290, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ies/article/view/33468>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BAKER, Paul M. A.; BRICOUT, John C.; MOON, Nathan W.; COUGHLAN, Barry; PATER, Jessica. Communities of participation: a comparison of disability and aging identified groups on Facebook and LinkedIn. *Telematics and Informatics*, [s. l.], v. 30, n. 1, p. 22-34, Feb. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.tele.2012.03.004>.

BARROS, Antonio Teixeira de; BERNARDES, Cristiane Brum; RODRIGUES, Malena Rehbein. O Parlamento brasileiro e as novas mídias: balanço da experiência recente da Câmara dos Deputados. In: SATHLER, André; BRAGA, Ricardo (org.). *Legislativo pós-1988: reflexões e perspectivas*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. p. 183-221. (Série Relatos de Pesquisa, 4). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/22179>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BARROS, Antonio Teixeira de. Política informacional partidária: como os partidos políticos brasileiros usam a internet para a comunicação com públicos segmentados do eleitorado. *Ciberlegenda*, [s. l.], n. 32, p. 68-82, 2015. DOI: <https://doi.org/105327/Z1519-0617201500010007>. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/ciberlegenda/article/view/36976>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BARROS, Samuel; CARREIRO, Rodrigo. A discussão pública e as redes sociais online: o comentário de notícias no Facebook. *Fronteiras – Estudos Midiáticos*, [s. l.], v. 17, n. 2, p. 174-185, maio/ago. 2015. DOI: <https://doi.org/10.4013/fem.2015.172.05>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/fem.2015.172.05>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BENE, Marton. Influenced by peers: Facebook as an information source for young people. *Social Media + Society*, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 1-14, Apr./June 2017. DOI: <https://doi.org/10.1177/2056305117716273>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2056305117716273>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BENKLER, Yochai; FARIS, Robert; ROBERTS, Hal. *Network propaganda*: manipulation, disinformation, and radicalization in American politics. New York: Oxford University Press, 2018.

BENNETT, W. Lance; SEGERBERG, Alexandra; KNÜPFER, Curd B. The democratic interface: technology, political organization, and diverging patterns of electoral representation. *Information, Communication & Society*, [s. l.], v. 21, n. 11, p. 1.655-1.680, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1080/1369118X.2017.1348533>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/1369118X.2017.1348533?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BENNETT, W. Lance; SEGERBERG, Alexandra. The logic of connective action: digital media and the personalization of contentious politics. In: COLEMAN, Stephen; FREELON, Deen (ed.). *Handbook of digital politics*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 169-198.

BENNETT, W. Lance. The personalization of politics: political identity, social media, and changing patterns of participation. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, [s. l.], v. 644, n. 1, p. 20-39, Oct. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1177/0002716212451428>.

BEUS, Jos de. Audience democracy: an emerging pattern in postmodern political communication. In: BRANTS, Kees; VOLTMER, Katrin (ed.). *Political communication in postmodern democracy: challenging the primacy of politics*. London: Palgrave Macmillan, 2011. p. 19-38.

BOSSETTA, Michael. The digital architectures of social media: comparing political campaigning on Facebook, Twitter, Instagram, and Snapchat in the 2016 U.S. election. *Journalism & Mass Communication Quarterly*, [s. l.], v. 95, n. 2, p. 471-496, Mar. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/1077699018763307>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1077699018763307>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BRAGA, Sérgio; CARLOMAGNO, Márcio. Eleições como de costume?: uma análise longitudinal das mudanças provocadas nas campanhas eleitorais brasileiras pelas tecnologias digitais (1998-2016). *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 26, p. 7-62, maio/ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-335220182601>. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/18900>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BRAGA, Sérgio; CRUZ, Leticia Carina. Elites parlamentares e novas tecnologias: um estudo sobre o uso da internet pelos deputados estaduais brasileiros da 16ª legislatura (2007-2011). *Textos para Discussão*, Curitiba, n. 4, p. 1-37, ago. 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2596>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BRAGA, Sérgio. O uso das mídias sociais é um bom preditor do sucesso eleitoral dos candidatos?: uma análise das campanhas *on-line* dos vereadores das capitais das regiões Sul, Sudeste, e Nordeste do Brasil no pleito de outubro de 2012. *Revista Política Hoje*, [s. l.], v. 22, n. 2, p. 125-148, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/politicohoje/article/view/3766>. Acesso em: 9 jun. 2021.

CANDON, Paul. Twitter: social communication in the Twitter era. *New Media & Society*, [s. l.], v. 21, n. 7, p. 1.656-1.658, Feb. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461444819831987>.

CARLOMAGNO, Márcio; BRAGA, Sérgio; WISSE, Fernando. Gabinetes digitais: o papel da comunicação *online* na rotina parlamentar. *E-Legis*, Brasília, DF, v. 12, n. 29, p. 104-132, maio/ago. 2019. DOI: <https://doi.org/10.51206/e-legis.v12i29.475>. Disponível em: <http://e-legis.camara.leg.br/cefior/index.php/e-legis/article/view/475>. Acesso em: 9 jun. 2021.

CESARINO, Leticia. Como vencer uma eleição sem sair de casa: a ascensão do populismo digital no Brasil. *Internet e Sociedade*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 92-120, fev. 2020. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/serifcomo-vencer-uma-eleicao-sem-sair-de-casa-serif-ascensao-do-populismo-digital-no-brasil/>. Acesso em: 9 jun. 2021.

CHEESEMAN, Nic; FISHER, Jonathan; HASSAN, Idayat; HITCHEN, Jamie. Social media disruption: Nigeria's WhatsApp politics. *Journal of Democracy*, [s. l.], v. 31, n. 3, p. 145-159, July 2020. DOI: <https://doi.org/10.1353/jod.2020.0037>.

CONTREIRAS, Patrícia. Deputadas parlamentares e redes sociais – o mito das redes como facilitadoras de proximidade entre os políticos e os cidadãos. *Media & Jornalismo*, [s. l.], v. 11, n. 21, p. 145-158, jun. 2012. Edição especial. Disponível em: <http://fabricadesites.fcs.h.unl.pt/polocidigital/wp-content/uploads/sites/8/2017/03/mj21patricia.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2021.

DI FELICE, Massimo; PEREIRA, Eliete; ROZA, Erick (org.). *Net-ativismo: redes digitais e novas práticas de participação*. Campinas: Papirus, 2019.

EDGERLY, Stephanie; THORSON, Kjerstin; BIGHASH, Leila; HANNAH, Mark. Posting about politics: media as resources for political expression on Facebook. *Journal of Information Technology & Politics*, [s. l.], v. 13, n. 2, p. 108-125, Mar. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1080/19331681.2016.1160267>.

EMPOLI, Giuliano da. *Os engenheiros do caos: como as fake news, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições*. Tradução de Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2019. (Coleções Espírito do Tempo).

- ENLI, Gunn Sara; SKOGERBØ, Eli. Personalized campaigns in party-centred politics: Twitter and Facebook as arenas for political communication. *Information, Communication & Society*, [s. l.], v. 16, n. 5, p. 757-774, Apr. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1080/1369118X.2013.782330>.
- FAROOQ, Gowhar. Politics of fake news: how WhatsApp became a potent propaganda tool in India. *Media Watch*, [s. l.], v. 9, n. 1, p. 106-117, 2018. DOI: <https://doi.org/10.15655/mw/2018/v9i1/49279>. Disponível em: <https://www.mediawatchjournal.in/politics-of-fake-news-how-whatsapp-became-a-potent-propaganda-tool-in-india/>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- GEBER, Sarah; SCHERER, Helmut. My voter, my party, and me: American and German parliamentarians on Facebook. *Journal of Information Technology & Politics*, [s. l.], v. 12, n. 4, p. 360-377, Nov. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1080/19331681.2015.1101037>.
- GIL DE ZÚÑIGA, Homero; KOC MICHALSKA, Karolina; RÖMMELE, Andrea. Populism in the era of Twitter: how social media contextualized new insights into an old phenomenon. *New Media & Society*, [s. l.], v. 22, n. 4, p. 585-594, Apr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461444819893978>.
- GOMES, Wilson. *Transformações da política na era da comunicação de massa*. São Paulo: Paulus, 2014. (Comunicação).
- HALPERN, Daniel; VALENZUELA, Sebastián; KATZ, James E. We face, I tweet: how different social media influenced political participation through collective and internal efficacy. *Journal of Computer-Mediated Communication*, [s. l.], v. 22, n. 6, p. 320-336, Nov. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1111/jcc4.12198>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jcc4.12198>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- HIMELBOIM, Itai; MCCREERY, Stephen; SMITH, Marc. Birds of a feather tweet together: integrating network and content analyses to examine cross-ideology exposure on Twitter. *Journal of Computer-Mediated Communication*, [s. l.], v. 18, n. 2, p. 154-174, Jan. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1111/jcc4.12001>. Disponível em: <https://academic.oup.com/jcmc/article/18/2/154/4067488>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- HOUSHOLDER, Elizabeth E.; LAMARRE, Heather L. Facebook politics: toward a process model for achieving political source credibility through social media. *Journal of Information Technology & Politics*, [s. l.], v. 11, n. 4, p. 368-382, Aug. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1080/19331681.2014.951753>.
- ITUASSU, Arthur; CAPONE, Letícia; FIRMINO, Leonardo Magalhães; MANNHEIMER, Vivian; MURTA, Felipe. Comunicación política, elecciones y democracia: las campañas de Donald Trump y Jair Bolsonaro. *Perspectivas de la Comunicación*, Temuco, v. 12, n. 2, p. 11-37, dic. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-48672019000200011>. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-48672019000200011&lng=en&nrm=iso&tlng=en. Acesso em: 10 jun. 2021.
- JACKSON, Nigel; LILLEKER, Darren G. Microblogging, constituency service and impression management: UK MPs and the use of Twitter. *The Journal of Legislative Studies*, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 86-105, Feb. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1080/13572334.2011.545181>.
- KARLSSON, Martin. Representation as interactive communication: theoretical considerations and empirical findings. *Information, Communication & Society*, [s. l.], v. 16, n. 8, p. 1.201-1.222, Jan. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1080/1369118X.2012.757633>.
- KEMP, Simon. Digital 2020: July Global Statshot. *DataReportal*, [s. l.], July 21, 2020. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2020-july-global-statshot>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- KOMLJENOVIC, Janja. LinkedIn, platforming labour, and the new employability mandate for universities. *Globalisation, Societies and Education*, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 28-43, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1080/14767724.2018.1500275>.
- KUEHN, Kathleen M.; SALTER, Leon A. Assessing digital threats to democracy, and workable solutions: a review of the recent literature. *International Journal of Communication*, [s. l.], v. 14, p. 2.589-2.610, 2020. Disponível em: <https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/12959>. Acesso em: 10 jun. 2021.

LALANCETTE, Mireille; RAYNAULD, Vincent. The power of political image: Justin Trudeau, Instagram, and celebrity politics. *American Behavioral Scientist*, [s. l.], v. 63, n. 7, p. 888-924, June 2019. DOI: <https://doi.org/10.1177/0002764217744838>.

LARSSON, Anders Olof; KALSNES, Bente. 'Of course we are on Facebook': use and non-use of social media among Swedish and Norwegian politicians. *European Journal of Communication*, [s. l.], v. 29, n. 6, p. 653-667, May 2014. DOI: <https://doi.org/10.1177/0267323114531383>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0267323114531383>. Acesso em: 10 jun. 2021.

LARSSON, Anders Olof. Online, all the time?: a quantitative assessment of the permanent campaign on Facebook. *New Media & Society*, [s. l.], v. 18, n. 2, p. 274-292, Feb. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461444814538798>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1461444814538798>. Acesso em: 10 jun. 2021.

LEV-ON, Azi; BEN-PORAT, Chen Sabag; LEHMAN-WILZIG, Sam. A Facebook post is born: exploring the process of generating MPs' social media presence. *The Journal of Legislative Studies*, [s. l.], v. 23, n. 4, p. 549-565, Nov. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1080/13572334.2017.1394738>.

LOPES, Ruy Sardinha. Economia política da comunicação e da cultura: aportes para a formação de um campo disciplinar. *pragMATIZES: Revista Latino Americana de Estudos em Cultura*, [s. l.], ano 6, n. 10, p. 10-19, out./mar. 2015-2016. DOI: <https://doi.org/10.22409/pragmatizes2016.10.a10421>. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/pragmatizes/article/view/10421>. Acesso em: 10 jun. 2021.

LÜFKENS, Matthias. Twiplomacy study 2018. *Twiplomacy*, Geneva, July 10, 2018. Disponível em: <https://twiplomacy.com/blog/twiplomacy-study-2018/>. Acesso em: 14 jun. 2021.

MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.

MAHONEY, Jamie; FELTWELL, Tom; AJURUCHI, Obinna; LAWSON, Shaun. Constructing the visual online political self: an analysis of Instagram use by the Scottish electorate. In: ANNUAL CHI CONFERENCE ON HUMAN FACTORS IN COMPUTING SYSTEMS, 34., 2016, San Jose, CA. *Proceedings [...]*. New York: Association for Computing Machinery, 2016. p. 3.339-3.351. DOI: <https://doi.org/10.1145/2858036.2858160>.

MANIN, Bernard. A democracia do público reconsiderada. Tradução de Otacílio Nunes. *Novos Estudos CEBRAP*, [s. l.], n. 97, p. 115-127, nov. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000300008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/qFr5XPcbRDwXjhRRkxLr6Qz/?lang=pt>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. La democracia de lo público reconsiderada. Traducido por Gisela Signorelli. *CUADERNOS del Ciesal*, [s. l.], año 14, n. 16, p. 9-24, enero/dic. 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/154323822.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. *The principles of representative government*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1997. (Themes in the Social Sciences).

MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida; AQUINO, Jakson Alves de; MIOLA, Edna. Deputados brasileiros no Twitter: um estudo quantitativo dos padrões de adoção e uso da ferramenta. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 14, p. 201-225, maio/ago. 2014a. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141408>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/G9V7JzMDRVdkBH7wr7PLHbw/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. Parlamentares, representação política e redes sociais digitais: perfis de uso do Twitter na Câmara dos Deputados. *Opinião Pública*, Campinas, v. 20, n. 2, p. 178-203, ago. 2014b. DOI: <https://doi.org/10.1590/1807-01912014202178>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/FwKK5gtccVg97DBbdZJXnYH/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MASSANARI, Adrienne. #Gamergate and the fapping: how Reddit's algorithm, governance, and culture support toxic technocultures. *New Media & Society*, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 329-346, Mar. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461444815608807>.

MAYHEW, David R. *Congress: the electoral connection*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 2004.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino; FREITAS, Fernando Vieira de; OLIVEIRA, Wesley Mathews de. Reciprocidade discursiva, enquadramento e deliberação: a consulta pública sobre reforma política da ALMG. *Análise Social*, Lisboa, v. 49, n. 211, p. 244-271, 2014. Disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_211_a02.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

MIOLA, Edna; MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida; CARDOSO, Nayane Pantoja; MANCIO, Camila Raphaela Peres. Campanhas eleitorais no Facebook: usos na eleição municipal de Curitiba em 2016. *Conhecer: debate entre o público e o privado*, [s. l.], v. 8, n. 21, p. 78-97, ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.32335/2238-0426.2018.8.21.1057>. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/revistaconhecer/article/view/1057>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MITOZO, Isabele Batista; MASSUCHIN, Michele Goulart; CARVALHO, Fernanda Cavassana de. Debate político-eleitoral no Facebook: os comentários do público em *posts* jornalísticos na eleição presidencial de 2014. *Opinião Pública*, Campinas, v. 23, n. 2, p. 459-484, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/1807-01912017232459>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/XRwMs8YZyWGPrSjvwBvP7xD/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MONT'ALVERNE, Camila; MITOZO, Isabele Batista; BARBOSA, Henrique. WhatsApp e eleições: quais as características das informações disseminadas. *Le Monde Diplomatique Brasil*, [s. l.], 7 maio 2019. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/whatsapp-e-eleicoes-informacoes-disseminadas/?fbclid=IwAR0FHEX0TZh9tIkMtssaiQfZ4zqGw6fCigVKCQmk9rF5mw0fPaPTijzSg>. Acesso em: 9 jun. 2021.

MORAIS, Kátia; JAMBEIRO, Othon; FERREIRA, Fábio. O audiovisual no campo da economia política da comunicação: abordagens, métodos e notas para uma agenda de pesquisa. *Extraprensa*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 4-23, jul. 2017. DOI: <https://doi.org/10.11606/extraprensa2017.121975>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/extraprensa/article/view/121975>. Acesso em: 11 jun. 2021.

MURTA, Felipe; ITUASSU, Arthur; CAPONE, Letícia; LEO, Luiz; LA ROVERE, Roberta. Eleições e mídias sociais: interação e participação no Facebook durante a campanha para a Câmara dos Deputados em 2014. *Revista Compolitica*, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 47-72, jun. 2017. DOI: <https://doi.org/10.21878/compolitica.2017.7.1.111>. Disponível em: <http://compolitica.org/revista/index.php/revista/article/view/111>. Acesso em: 11 jun. 2021.

PAL, Joyojeet; GONAWELA, A'Ndre. Studying political communication on Twitter: the case for small data. *Current Opinion in Behavioral Sciences*, [s. l.], v. 18, p. 97-102, Dec. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.cobeha.2017.09.009>.

PALMEIRA, Moacir. Política, facções e voto. In: PALMEIRA, Moacir; GOLDMAN, Marcio (org.). *Antropologia, voto e representação política*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1996. p. 41-56.

PAPACHARISSI, Zizi. *Affective publics: sentiment, technology, and politics*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2015. (Oxford Studies in Digital Politics).

PARISER, Eli. *The filter bubble: what the internet is hiding from you*. New York: Penguin Press, 2011.

PARMELEE, John H.; ROMAN, Nataliya. Insta-políticos: motivations for following political leaders on Instagram. *Social Media + Society*, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 1-12, Apr./June 2019. DOI: <https://doi.org/10.1177/2056305119837662>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2056305119837662>. Acesso em: 11 jun. 2021.

PEREIRA, Marcus Abílio; SANTOS, Manoel Leonardo; BERNARDES, Cristiane Brum. Parlamentares conectados: um estudo sobre a utilização de tecnologias de informação e comunicação (TICs) na Câmara dos Deputados (2014/2018). In: CONGRESSO DO INCT. DD, 2., 2019, Salvador. [Anais]. Salvador: Facom, 2019. p. 1-44.

POND, Philip; LEWIS, Jeff. Riots and Twitter: connective politics, social media and framing discourses in the digital public sphere. *Information, Communication & Society*, [s. l.], v. 22, n. 2, p. 213-231, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1080/1369118X.2017.1366539>.

RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2014. (Coleção Cibercultura).

REIS, Ruth; ZANETTI, Daniela; FRIZZERA, Luciano. A conveniência dos algoritmos: o papel do YouTube nas eleições brasileiras de 2018. *Revista Compólitica*, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 35-58, maio 2020. DOI: <https://doi.org/10.21878/compolitica.2020.10.1.333>. Disponível em: <http://compolitica.org/revista/index.php/revista/article/view/333>. Acesso em: 11 jun. 2021.

RIBEIRO, Ednaldo Aparecido; BORBA, Julian; HANSEN, Jaqueline Resmini. Internet e ativismo político na América Latina e Caribe: recursos individuais e oportunidades de acesso. *Civitas*, Porto Alegre, v. 19, n. 1, p. 261-280, jan./abr. 2019. DOI: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2019.1.30332>. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/30332>. Acesso em: 11 jun. 2021.

ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Traducción de Heber Cardoso. Buenos Aires: Manantial, 2009.

ROSSETTO, Graça Penha Nascimento. Fazendo política no Twitter: como os efeitos estimados das mensagens influenciam as ações e os usos da plataforma. *Revista Compólitica*, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 97-122, jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.21878/compolitica.2018.8.1.141>. Disponível em: <http://compolitica.org/revista/index.php/revista/article/view/141>. Acesso em: 11 jun. 2021.

RÚAS ARAÚJO, José; DAPENA GONZÁLEZ, Borja. Los diputados del Parlamento gallego en Facebook. *Redmarka: Revista Digital de Marketing Aplicado*, [s. l.], año 4, v. 1, n. 7, p. 77-106, dic. 2011. DOI: <https://doi.org/10.17979/redma.2011.01.07.4728>. Disponível em: <https://revistas.udc.es/index.php/REDMARKA/article/view/redma.2011.01.07.4728>. Acesso em: 9 jun. 2021.

SÆBØ, Øystein. Understanding Twitter™ use among parliament representatives: a genre analysis. In: TAMBOURIS, Efthimios; MACINTOSH, Ann; BRUIJN, Hans de (ed.). *Electronic participation: Third IFIP WG 8.5 International Conference, ePart 2011, Delft, The Netherlands, August 29 – September 1, 2011*. Berlin: Springer, 2011. p. 1-12. (Lecture Notes in Computer Science, 6.847). Disponível em: https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-642-23333-3_1.pdf. Acesso em: 11 jun. 2021.

SALIKOV, Alexey. Telegram as a means of political communication and its use by Russia's ruling elite. *Politologija*, [s. l.], v. 95, n. 3, p. 83-110, Nov. 2019. DOI: <https://doi.org/10.15388/Polit.2019.95.6>. Disponível em: <https://www.journals.vu.lt/politologija/article/view/15019>. Acesso em: 11 jun. 2021.

SANTOS, Verlane Aragão. Um diálogo com os estudos culturais, a partir da EPC. *Revista Eptic*, [s. l.], v. 21, n. 2, p. 93-105, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/epctic/article/view/11504>. Acesso em: 11 jun. 2021.

SEARGEANT, Philip; TAGG, Caroline. Social media and the future of open debate: a user-oriented approach to Facebook's filter bubble conundrum. *Discourse, Context & Media*, [s. l.], v. 27, p. 41-48, Mar. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.dcm.2018.03.005>.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da. *Democracia e os códigos invisíveis: como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas*. São Paulo: Edições Sesc, 2019. (Coleção Democracia Digital).

SOUSA, Sandra Amaral de. *Participação política nas mídias sociais: uma análise dos comentários sobre a reforma da previdência nas páginas dos deputados mais influentes do Facebook*. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Legislativo) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popUp=true&id_trabalho=9298374#f. Acesso em: 6 ago. 2021.

SUNSTEIN, Cass R. Is social media good or bad for democracy? *Facebook*, [s. l.], Jan. 22, 2018. Disponível em: <https://newsroom.fb.com/news/2018/01/sunstein-democracy/>. Acesso em: 14 jun. 2021.

TANG, Gary; LEE, Francis L. F. Facebook use and political participation: the impact of exposure to shared political information, connections with public political actors, and network

structural heterogeneity. *Social Science Computer Review*, [s. l.], v. 31, n. 6, p. 763-773, June 2013. DOI: <https://doi.org/10.1177/0894439313490625>.

_____. Social media campaigns, electoral momentum, and vote shares: evidence from the 2016 Hong Kong Legislative Council election. *Asian Journal of Communication*, [s. l.], v. 28, n. 6, p. 579-597, May 2018. DOI: <https://doi.org/10.1080/01292986.2018.1476564>.

TAVARES, Daniel Nardin; QUIROGA, Tiago. O reforço do “homem cordial” nas conexões entre senadores e cidadãos nas redes sociais online. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, [s. l.], n. 60, p. 110-128, abr. 2015. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i60p110-128>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/97694>. Acesso em: 14 jun. 2021.

TERÁN SERNA, José Enrique. La legitimidad de proximidad: una aproximación empírica, en la ciudad de Barranquilla. *Collectivus*, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 60-79, jul./dic. 2018. DOI: <https://doi.org/10.15648/Coll.2.2018.5>. Disponível em: <http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/Collectivus/article/view/1984>. Acesso em: 11 jun. 2021.

TOEPFL, Florian. From connective to collective action: internet elections as a digital tool to centralize and formalize protest in Russia. *Information, Communication & Society*, [s. l.], v. 21, n. 4, p. 531-547, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1080/1369118X.2017.1290127>.

TÚÑEZ, Miguel; SIXTO, José. Social networks, politics and Commitment 2.0: Spanish MPs on Facebook. *Revista Latina de Comunicación Social*, [s. l.], v. 66, p. 210-234, Mar. 2011. DOI: <https://doi.org/10.4185/RLCS-66-2011-930-210-246-EN>. Disponível em: http://www.revistalatinacs.org/11/art/930_Santiago/09_TunezEN.html. Acesso em: 14 jun. 2021.

VALENTE, Jonas. WhatsApp é principal fonte de informação do brasileiro, diz pesquisa. *Agência Brasil*, Brasília, DF, 10 dez. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-12/whatsapp-e-principal-fonte-de-informacao-do-brasileiro-diz-pesquisa>. Acesso em: 14 jun. 2021.

VENETI, Anastasia; JACKSON, Daniel; LILLEKER, Darren G. (ed.). *Visual political communication*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019.

VERMEER, Susan A. M.; KRUIKEMEIER, Sanne; TRILLING, Damian; VREESE, Claes H. de. WhatsApp with politics?: examining the effects of interpersonal political discussion in instant messaging apps. *The International Journal of Press/Politics*, [s. l.], v. 26, n. 2, p. 410-437, Apr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1177/1940161220925020>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1940161220925020>. Acesso em: 14 jun. 2021.

VILLEGAS ARTEAGA, Janeth Y. La red social LinkedIn como espacio de comunicación política: España, Estados Unidos, Noruega y Colombia. *Espiral, Revista de Geografías y Ciencias Sociales*, [Lima], v. 1, n. 2, p. 209-225, 2020. DOI: <https://doi.org/10.15381/espiral.v1i2.17144>. Disponível em: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/espiral/article/view/17144/14780>. Acesso em: 9 jun. 2021.

VOLPATO, Bruno. Ranking das redes sociais 2020: as mais usadas no Brasil e no mundo, insights e materiais gratuitos. *Resultados Digitais*, [s. l.], 11 jan. 2021. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/blog/redes-sociais-mais-usadas-no-brasil/>. Acesso em: 14 jun. 2021.

WILLIAMSON, Andy. *MPs online – connecting with constituents: a study into how MPs use digital media to communicate with their constituents*. London: Hansard Society, 2009. Disponível em: <https://www.agora-parl.org/resources/library/mps-line-connecting-constituents-study-how-mps-use-digital-media-communicate>. Acesso em: 14 jun. 2021.

_____. Virtual members: parliaments during the pandemic. *Political Insight*, [s. l.], v. 11, n. 2, p. 40, June 2020. DOI: <https://doi.org/10.1177/2041905820933376>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2041905820933376>. Acesso em: 14 jun. 2021.

Os megaprocessos e os riscos de condenações injustas

THIAGO BOTTINO

FERNANDA PRATES FRAGA

Resumo: Com base em pesquisa empírica realizada ao longo de um ano, o presente artigo aborda os riscos de condenações injustas nos chamados *megaprocessos*, aqui entendidos como estruturas processuais que se caracterizam pelo grande número de réus e de acusações, e pela extensa e complexa matéria probatória. Serão analisadas as limitações à individualização da responsabilidade penal, o testemunho realizado por informante, a visão em túnel e as dificuldades do exercício do direito de defesa como elementos capazes de ensejar a ocorrência de condenações injustas.

Palavras-chave: Megaprocessos. Pesquisa empírica. Condenações injustas.

Mega-trials and the risk of wrongful convictions

Abstract: Based on empirical research conducted over the course of a year, this article addresses the risks of wrongful convictions in so-called mega-trials, understood as procedural structures that are characterized by the large number of defendants and accusations, and by the extensive and complex evidential matter. In this sense, the limitations to the individualization of criminal liability, the testimony performed by the informant, the tunnel vision and the difficulties of exercising the right of defense will be analyzed as elements capable of creating the occurrence of wrongful convictions.

Keywords: Mega-trials. Empirical research. Wrongful convictions.

Introdução

Recebido em 26/3/21
Aprovado em 15/7/21

Há várias décadas pesquisadores de diversas áreas têm questionado a qualidade da justiça produzida no sistema penal, trazendo à tona

importantes indagações sobre erros judiciários que levam a condenações injustas, ou seja, condenações de inocentes¹. Entretanto, foi com o advento dos exames de DNA que o tema ganhou centralidade no debate internacional, expondo a dimensão e amplitude do problema das condenações injustas na Justiça criminal.

Criado nos EUA em 2012, o *National Registry of Exonerations* compila, analisa e difunde os dados referentes a decisões injustas naquele país, identificando os casos de *exonerations* de pessoas inocentes, previamente condenadas. A coleta dos dados tem como ponto de partida o ano de 1989 e identifica 2.706 casos de *exonerations* até 2020 (THE NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS, [2020?]). O trabalho do *Innocence Project* também foi fundamental para dar visibilidade ao problema, nome e rosto às pessoas condenadas injustamente. Até janeiro de 2020, o Projeto havia identificado 365 casos de DNA *exonerations*, 21 referentes a pessoas previamente condenadas à pena capital² (INNOCENCE PROJECT, [2020]). Tais iniciativas, juntamente com as várias e rigorosas pesquisas realizadas nesse campo, levaram a importantes reformas – entre elas a criação, no Ministério Público, das *conviction integrity units*, responsáveis por analisar os *post-conviction claims of innocence* (VANCE JUNIOR, 2010) – e são compreendidas por alguns autores como

¹ O termo *condenações injustas* é utilizado aqui como o equivalente a *wrongful convictions*, ou seja, aquelas decisões que condenam inocentes, e não simplesmente as que representam algum erro de procedimento. Gould e Leo (2010, p. 832-833) esclarecem: “Initially, it’s important to distinguish between procedural error (which some have referred to as ‘legal innocence’) and factual innocence. The latter means that someone else committed the crime, whereas the former penalizes the state for violating a defendant’s fundamental rights by overturning the ensuing conviction and, in some cases, ordering a new trial [...]. In several cases, factual innocence and procedural error coincide [...]. But in reviewing the literature on error rates, it’s important to keep the two terms distinct”.

² Para um resumo do trabalho realizado ao longo dos 25 anos do projeto, ver West e Meterko (2016).

a concretização de uma demanda crescente de mudança na estrutura do sistema de Justiça criminal, identificada como *The Age of Innocence* (BEHAVIORAL SCIENCES & THE LAW, 2009; NORRIS; BONVENTRE, 2015).

Conforme indicam vários estudos, o fenômeno das condenações injustas deve ser entendido como reflexo de um problema estrutural subjacente, e não apenas como uma questão específica, fruto de decisão individual. Tais condenações são, na verdade, o resultado de uma série de equívocos que ocorrem dentro de um sistema extremamente frágil³. Nesse sentido, a maioria das condenações injustas não tem apenas uma única e exclusiva causa; ao contrário, elas representam majoritariamente o resultado de uma gama de fatores causais que agem de forma interligada (REICHART, 2016):

While it might be argued that wrongful convictions are ultimately the result of flawed decision-making, multiple wrong decisions by different parties are necessary – the decision by the police to arrest the wrong person, the decision by the prosecutor to charge the wrong person, the decision by a judge or jury to convict the wrong person (NORRIS; BONVENTRE, 2015, p. 929).

Apesar de dever ser entendido como um fenômeno multicausal, ao buscar compreender a dinâmica das condenações injustas, inúmeras pesquisas lograram identificar certos fatores preponderantes: (1) reconhecimento equivocado por parte de testemunhas; (2) confissões falsas; (3) visão em túnel; (4) testemunho realizado por informante; (5) erro pericial; (6) má conduta da acusação; e (7) defesa inadequada (GOULD;

³ Como bem destacam Rossmo e Pollock (2019, p. 792): “Similar to transportation or medical accidents, they are often the result of multiple and co-occurring causes. However, unlike the response to an airplane crash, the criminal justice system typically makes little effort to understand what went wrong”.

LEO, 2010; LEO, 2005; GOULD; CARRANO; LEO; HAIL-JARES, 2014; GROSS; O'BRIEN, 2008; HARMON; LOFQUIST, 2005).

No âmbito da discussão sobre a condenação de inocentes, surge a reflexão acerca dos riscos de sua eventual incidência nos chamados *megaprocessos*, aqui entendidos como estruturas processuais que se caracterizam pelo grande número de réus e de acusações, e pela extensa e complexa matéria probatória, bem como pela longa duração dos procedimentos (CODE, 2007; LESAGE; CODE, 2008; PRATES; BOTTINO, 2019; SANTORO; TAVARES; OLIVEIRA, 2018; MALAN, 2019; SANTORO, 2020). Mais recente no Brasil⁴, essa estrutura processual vem conhecendo um crescimento exponencial, a exemplo dos processos conhecidos como “Operação Câmbio Desligo”, “Operação Pecúlio”, “Operação Satighara” e “Operação Lava Jato”⁵, paradigmáticos do modelo de megaprocessos (PRATES; BOTTINO, 2019). Resultado de uma nova estratégia de forças policiais que buscam neutralizar as atividades do crime organizado, o modelo caracteriza-se pelas investigações longas e complexas visando à prisão massiva de membros de organizações criminosas (PRATES; BOTTINO, 2019). Se, por um lado, o novo paradigma pode trazer um impacto positivo na redução da criminalidade organizada (MORSELLI; TANGUAY; LABALETTE, 2008, p. 163; BRADLEY, 1980), por outro, ele levanta questões importantes em relação à aplicação dos princípios fundamentais da Justiça criminal, tanto no âmbito da investigação quanto no do processo penal.

As reflexões aqui apresentadas decorrem de pesquisa empírica realizada com o objetivo de conhecer os impactos dos megaprocessos no funcionamento da Justiça criminal. Para isso, ao longo de um ano, foram realizadas entrevistas qualitativas com onze membros do Ministério Público e nove advogado(a)s criminalistas, um membro da magistratura, um integrante da polícia judiciária e quatro réus colaboradores. Com uma hora de duração em média, as entrevistas⁶ foram gravadas em áudio, transcritas e analisadas verticalmente, o que possibilitou a estruturação temática de cada uma delas. Em seguida, foram submetidas a uma análise horizontal com o propósito de identificar as semelhanças e diferenças entre as falas dos entrevistados e os temas predominantes.

⁴No âmbito internacional, podemos destacar o “Maxiprocesso di Palermo” e a “Operação mãos limpas” na Itália; “United States v. Casamento” nos EUA; e as operações “SharQc” e “Printemps 2001” no Canadá.

⁵Como no Brasil, “Americans have decided to get tough on crime. This decision applies not simply to violent crime, but to white-collar crime as well. In particular, we have seen substantial prosecutorial resources directed against a wide range of criminal endeavors conducted by groups of defendants, especially in the area of white-collar prosecutions. In support of this movement, one finds the large multiple-defendant criminal trial becoming widespread and commonplace” (MARCUS, 2002, p. 67). Sobre o tema, ver também Popovski e Rudnick (1990), Gall (1999), Korda (2001) e Anderson e Jackson (2004).

⁶O trabalho de campo foi realizado em mais de um estado.

Retornando ao campo das condenações injustas, alguns dos fatores anteriormente citados foram examinados à luz da estrutura dos megaprocessos, tais como a visão em túnel e o teste-munho realizado por informante. Analisamos também a dificuldade de individualização da responsabilidade e a limitação do exercício do direito de defesa⁷ como elementos capazes de ensejar a ocorrência de condenações injustas, conforme será visto a seguir.

1 Gigantismo processual, limitações à individualização da responsabilidade penal e os riscos de condenações injustas

Ferrajoli (2002, p. 622) trabalha a ideia de gigantismo processual em três dimensões: a primeira, horizontal, diz respeito à abertura de grandes investigações contra um número extremamente elevado de indivíduos; a segunda, vertical, refere-se à ampliação da responsabilidade dos acusados por meio de delitos de natureza associativa; e a terceira, temporal, relaciona-se à prolongação desmesurada dos procedimentos.

De acordo com as descrições dos entrevistados, os megaprocessos apresentam os elementos delineados por Ferrajoli e, considerando a complexidade de sua estrutura, representam uma limitação importante à individualização da responsabilidade dos acusados (BARREAU DU QUÉBEC, 2004).

O princípio da individualização da pena estabelece que a sentença seja imposta de forma individual e proporcional à responsabilidade do autor. Ora, o elevado número de réus, de acusações e de provas presentes nos megapro-

⁷ Não se trata propriamente do fator “defesa inadequada”, mencionado na literatura.

cessos cria sérios obstáculos à individualização da pena, o que pode ensejar a “condenação por associação” (BARREAU DU QUÉBEC, 2004).

Tais preocupações têm sido compartilhadas por vários autores, em especial nos EUA, onde os megaprocessos são cada vez mais frequentes. Argumenta-se que, quando julgados juntos, dificilmente os réus recebem atenção individualizada do órgão julgador, o que deixa sem resposta clara a questão de cada acusado ser de fato condenado com base nas provas contundentes contra ele ou contra os corréus, já que, em geral, todos são acusados de pertencerem à mesma organização criminosa (IMWINKELRIED, 2000). É justamente nesse sentido a advertência feita pela Suprema Corte em julgado de 1949⁸:

A codefendant in a conspiracy trial occupies an uneasy seat. There generally will be evidence of wrongdoing by somebody. It is difficult for the individual to make his own case stand on its own merits in the minds of jurors who are ready to believe that birds of a feather are flocked together. If he is silent, he is taken to admit it and if, as often happens, codefendants can be prodded into accusing or contradicting each other, they convict each other (UNITED STATES, 1949).

De fato, a literatura vem há muito advertindo sobre os riscos de “spillover’ prejudice” (POPOVSKI; RUDNICK, 1990, p. 343) ou condenações por associação, tendo em vista a possibilidade de os jurados entenderem, com base nas provas apresentadas contra os acusa-

⁸ Ver “United States v. Gallo” e “People v. Chambers”. Por outro lado, outros julgamentos da Suprema Corte reiteram a importância do papel dos megaprocessos no sistema de Justiça criminal: “Joint trials generally serve the interests of justice by avoiding inconsistent verdicts and enabling more accurate assessment of relative culpability – advantages which sometimes operate to the defendant’s benefit. Even apart from these tactical considerations, joint trials generally serve the interests of justice by avoiding the scandal and inequity of inconsistent verdicts” (UNITED STATES, 1987). Ver também “Zafiro v. United States (1993)”.

dos, que todos teriam o mesmo grau de responsabilidade, sem reflexões mais aprofundadas sobre a culpabilidade individual dos réus. Assim, a estrutura dos megaprocessos coloca sobre os réus o pesado ônus de provar a não participação nas atividades criminosas do grupo objeto de determinado processo criminal:

The problem of jury confusion is further compounded by “spillover” prejudice. If the jury accepts the prosecution’s evidence of the charges which made joinder possible, as time passes, the jury may associate all of the defendants with all of the criminal acts. This danger undermines a defendant’s right to have a trial judged on the merits. Guilt by association becomes a critical concern where one defendant is a relatively minor figure in a “mega-trial”, since it often happens that this defendant must wait months before having a chance to present his case. By the time many of the defendants have rested their case in chief, the jury may have determined that the allegations justifying joinder are valid and presume that all the defendants under the conspiratorial umbrella are guilty. The minor figure who has not yet put forth his case is then put in the unenviable position of having to disprove his association with the conspiracy, rather than having the prosecution prove his guilt (POPOVSKI; RUDNICK, 1990, p. 343-344).

These concerns are even more acute in the sort of prosecution in which one defendant is – from the outset – viewed as a minor figure with only slight connection to the major conspirators. While she may have minimal involvement, she can be joined with the others for trial in a distant location and the burden on her to defend will be tremendous. When the evidence is overwhelming against “the group”, she has a very difficult position to occupy (MARCUS, 2002, p. 103)⁹.

Apesar de a literatura mencionada se referir às decisões proferidas por jurados, as mesmas preocupações podem repercutir no âmbito de decisões proferidas por juízes criminais, tendo em vista que a grande quantidade de informações e acusados pode, de fato, levar não apenas jurados mas também juízes criminais a analisar de forma não suficientemente individualizada a prova referente a cada réu, gerando o risco de “spillover’ prejudice” e condenações fundadas em possível “culpa por associação”, especialmente de figuras de “menor importância” dentro de eventual organização. Essa é a percepção de advogados e réus colaboradores entrevistados na pesquisa, como se percebe dos trechos a seguir:

Vou falar do meu cliente, vamos colocar assim, ele era entregador da empresa, tem um caso gigante aqui [...] Mas, ali naquele processo o negócio é tão bizarro, que eu advogo para um segundo escalão da organização,

⁹No mesmo sentido, ver Farrin (1989), Bronson (1994), Marcus (2002) e Dawson (1979).

vendedoras, recepcionista, secretárias [...] Cada uma responde por XXX¹⁰ peculatos. Coloca no mesmo saco? Tudo no mesmo saco. Aí você vai falar assim: “MP, Juiz, não é bem assim, ainda que ela tenha participado tem que identificar culpa” [...] E a cooperação, será que ela, uma funcionária, tinha uma noção do grande esquema criminoso que tinha por trás dessa organização? Os pequenos quando se encontram nessa situação estão ferrados. Porque o juiz vai botar no mesmo saco. Aí tá todo mundo: “Ah, se ela não tivesse vendido, comprado”. Cara, como assim, cara? Sabe? “Ah não, a contribuição foi relevante, sem ela a organização não funcionava”, sem ela, pô, atender um telefone e fazer uma compra. E aí fica no mesmo saco e aí ela vai fazer delação? Fazer delação do quê? (Advogado 5).

Então eu fui, vamos dizer, dentro da enxurrada, eu fui levado pela coisa mais forte... eu era o “cisquinho” que tava ali e “vamos que vamos” porque não pode atrapalhar e ele tá na... ou seja, eu não era o centro, mas eu estava envolvido e fui carregado [...] é que nem uma... uma receitinha de bolo, é só ler a sentença inteira de todos os réus. O embasamento é tudo igualzinho, “cola, corta, cola, corta e pau”, é no máximo, e “vamos que vamos e joga pra torcida”, tá? [...] Tem muita roubalheira, tem que acabar com isso. Lá no Rio, então... nossa! Agora aflorou um monte de coisa, mas tem muita injustiça nisso. Muita, muita injustiça. Muito, muito mais do que eles imaginam. Eles não estão tendo o cuidado, como o volume de coisa é tão grande, então eles não conseguem analisar (Colaborador 4).

Na verdade, hoje em dia o sistema de investigação eles chamam de rede. Eles jogam, onde cair, eles saem te acusando. Tem redes que vai preso sem merecer. Eles querem ouvir todo mundo e indiciam todo mundo. O indiciamento é igual, indicia como se você, porra, atravessou fora da faixa tá indiciado [...] Eu tô acostumado a brincar lá dentro: “todo mundo tá preso aqui, tem de um a noventa e nove por cento de culpa”. Só que o Ministério Público vai sempre te acusar de cem (Colaborador 2).

As passagens citadas descrevem dois impactos importantes da estrutura processual com um número elevado de réus: a primeira trata da dificuldade de individualização da conduta dos acusados e, por conseguinte, do grau de responsabilidade penal de cada um; a segunda aborda as consequências negativas da referida estrutura para aqueles réus “de segundo escalão” que, devido ao posicionamento ocupado na organização, muitas vezes não têm “capital” suficiente para ensejar uma colaboração premiada. De modo geral, a fala de advogados e réus colaboradores reflete a percepção de que nos megaprocessos está presente o risco de condenação individual baseada no contexto global da prova, mesmo quando os réus são julgados por juízes, e não jurados¹¹.

¹⁰Todas as informações capazes de permitir a identificação de casos citados no presente artigo serão omitidas, de forma a preservar o anonimato dos entrevistados.

¹¹Reiterando os riscos dessa estrutura processual, Marcus (2002, p. 96-97) destaca: “One state judge recently expressed concern: [There is the] risk of guilt by association with a codefendant who has a criminal record, substantial injustice may also result by a jury’s confusion of the evidence. As the record becomes more complex, it becomes more difficult for the jury to keep the testimony separate as to each codefendant. [...] As stated in the

2 Entre *snitches* e colaboradores: os benefícios oferecidos pela Justiça criminal e os riscos de condenações injustas

Na literatura sobre condenações injustas, a problemática ligada ao testemunho dos chamados *snitches* é tema recorrente. O termo engloba aquele grupo de indivíduos que oferece informações para o sistema de Justiça criminal em troca de benefícios – por exemplo, uma redução de pena¹². Inúmeros estudos indicam que a sistemática utilização de *snitches* é responsável por um número importante de condenações injustas. De acordo com estudo realizado pela Northwestern University Law School's Center on Wrongful Convictions, 45,9% dos casos documentados de condenações injustas à pena capital estão ligados a declarações falsas prestadas por informantes colaboradores (WARDEN, 2004; GROSS; JACOBY; MATHESON; MONTGOMERY, 2005; DWYER; NEUFELD; SCHECK, 2001; BEDAU; RADELET, 1987; RADELET; BEDAU, 1998). Além de casos referentes à pena capital, a utilização de informantes na Justiça criminal norte-americana parece espalhar-se em todos os sentidos e abarcar cada vez mais crimes ligados ao tráfico de entorpecentes e ao colarinho branco. Compreendido como a *law enforcement's investigative tool of choice*¹³, o recurso gera o que alguns autores identificam como a prevalência de uma “culture of snitching” (NATAPOFF, 2004; BOWMAN III, 1999), indicando a perigosa relação de dependência entre o sistema de Justiça criminal e os informantes:

But informants do not generate wrongful convictions merely because they lie. After all, lying hardly distinguishes informants from other sorts of witnesses. Rather, it is how and why they lie, and how the government depends on lying informants, that makes snitching a troubling distortion of the truth-seeking process. Informants lie primarily in exchange for lenience for their own crimes, although sometimes they lie for money. In order to obtain the benefit of these lies, informants must persuade the

dissenting opinion in *State v. Booth* [...]: ‘It is a recognized fact that juries may refuse to believe one defendant is innocent because of his association with a codefendant who has a substantial criminal record’”.

¹²Nesse sentido esclarece Natapoff (2006, p. 107): “By ‘snitches’ I mean criminals who provide information in exchange for lenience for their own crimes or other benefits. The term ‘informant’ therefore does not include law-abiding citizens who provide information to the police with no benefit to themselves”. Há também aqueles que são compensados financeiramente pelas informações prestadas, como indica a autora: “Horror stories abound of lying jailhouse snitches and paid informants who frame innocent people in pursuit of cash or lenience for their own crimes” (NATAPOFF, 2006, p. 107-108).

¹³De fato, “[i]nformants have become law enforcement’s investigative tool of choice, particularly in the ever-expanding world of drug enforcement. Informants are part of a thriving market for information. In this market, snitches trade information with police and prosecutors in exchange for lenience, the dismissal of charges, reduced sentences, or even the avoidance of arrest” (NATAPOFF, 2006, p. 110-111).

government that their lies are true. Police and prosecutors, in turn, often do not and cannot check these lies because the snitch's information may be all the government has. Additionally, police and prosecutors are heavily invested in using informants to conduct investigations and to make their cases. As a result, they often lack the objectivity and the information that would permit them to discern when informants are lying. This gives rise to a disturbing marriage of convenience: both snitches and the government benefit from inculpatory information while neither has a strong incentive to challenge it. The usual protections against false evidence, particularly prosecutorial ethics and discovery, may thus be unavailing to protect the system from informant falsehoods precisely because prosecutors themselves have limited means and incentives to ferret out the truth (NATAPOFF, 2006, p. 108)¹⁴.

Apesar de inúmeras pesquisas relatarem os riscos de utilização de acordos beneficiando delatores em troca de informações, o Brasil optou por adotar o referido modelo de troca e tem-se baseado de forma importante nessa relação para a investigação e persecução penal da chamada *criminalidade complexa e organizada*, em especial aquela relacionada a crimes de colarinho branco e corrupção¹⁵. Assim, desde a Operação Lava Jato, a colaboração premiada tem sido tratada como meio privilegiado de obtenção de prova e ocupado posição de destaque em grandes operações policiais e megaprocessos. De maneira sucinta, o instituto da colaboração premiada estabelece um acordo entre acusador e defesa, “visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitativa” (VASCONCELLOS, 2017, p. 55). A Lei nº 12.850/2013 (“Lei de Organizações Criminosas”) (BRASIL, [2019a]) foi sem dúvida um marco na implementação do direito premial em matéria penal, na medida em que constrói o instituto da colaboração premiada de forma distinta dos instrumentos até então existentes. Em 23/1/2020 entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019b), que positivou determinados tópicos há muito suscitados na doutrina e reconhecidos pela jurisprudência, em especial no que diz respeito aos instrumentos que visam assegurar a credibilidade da palavra do colaborador (BIDINO; TÓRTIMA, 2020). Nesse sentido, essa Lei altera o regime jurídico das colaborações previsto na Lei nº 12.850/2013, introduzindo inovações no âmbito da proteção ao direito de defesa do delatado, do procedimento de colaboração e da abrangência de negociação

¹⁴ Nesse mesmo sentido, ver Yaroshefsky (1999).

¹⁵ Não buscamos, com isso, equiparar o *snitch* norte-americano e o colaborador brasileiro. É possível, entretanto, identificar certa similaridade entre essas figuras, tendo em vista que, em ambos os casos, a relação entre o indivíduo e o sistema penal se dá com base na troca de informações por benefícios, e dessa relação surgem os erros judiciais que ensejam condenações injustas.

entre os celebrantes do acordo (COSTA, 2020). Ponto relevante é a necessidade de comprovação probatória da palavra do colaborador, já prevista na Lei de Organizações Criminosas em relação à sentença condenatória e ampliada¹⁶ para incluir o recebimento da denúncia ou queixa-crime e a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais¹⁷. Outra alteração importante refere-se à previsão de instrução probatória prévia à celebração do acordo, quando houver necessidade de identificar ou complementar seu objeto, os fatos narrados, sua definição jurídica, a relevância, utilidade e o interesse público¹⁸. A Lei nº 13.964/2019 introduz também parâmetros para a elaboração e assinatura de acordos de colaboração premiada, estabelece o regime procedimental para a tramitação de propostas de acordo e delimita os benefícios a serem negociados pelos celebrantes (COSTA, 2020). Apesar das importantes e positivas alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, considerando a atual centralidade da colaboração premiada em determinadas investigações e processos, muito ainda se questiona sobre seu papel e a efetiva credibilidade a ser atribuída às informações produzidas nesse contexto. Indaga-se, por exemplo,

¹⁶ Art. 4º, § 16, I e II, da Lei nº 13.964 (BRASIL, 2019b).

¹⁷ A necessidade de comprovação do conteúdo da colaboração para fundamentar outros atos decisórios, além da sentença condenatória, foi reconhecida, ainda em 2018, em precedente da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a colaboração premiada seria apenas meio de obtenção de prova, de modo que “os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de comprovação, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação” (BIDINO; TÓRTIMA, 2020).

¹⁸ Como bem ressaltam Bidino e Tórtima (2020), “[s]e bem utilizada, a realização de uma instrução preliminar poderá evitar que estejam contidas nos chamados anexos apresentados pelos colaboradores determinadas narrativas acusatórias cuja possibilidade de efetiva comprovação não se revele certa ou se mostre, desde logo, completamente inviável, minimizando-se, assim, o risco de danos irreparáveis à imagem de pessoas injustamente delatadas, que podem ter a sua vida arruinada a partir da mera divulgação de anexos de colaboração incapazes de gerarem efeitos jurídicos, ante a ausência de elementos efetivos de comprovação e a absoluta impossibilidade de que eles venham a ser produzidos”.

da validade das informações fornecidas por um colaborador preso, tendo em vista a pressão imposta pela privação de liberdade¹⁹, os eventuais ganhos e benefícios que levam o réu a colaborar, e o impacto de tudo isso na credibilidade das informações por ele prestadas.

Os dados coletados na pesquisa realizada indicam que o contexto que antecede a decisão de colaborar com a Justiça pode ser permeado por inúmeras pressões de diversas ordens. A mais óbvia delas, a privação de liberdade, foi identificada pelos colaboradores como elemento fundamental para sua decisão, haja vista não apenas a privação em si como também as condições de detenção nas quais se encontram, o distanciamento do núcleo familiar, assim como a clara percepção de que a privação de liberdade só cessará quando da decisão de colaborar com a Justiça. Além disso, foram identificadas medidas não privativas de liberdade que, ao desencadear outras formas de cerceamento, devem ser entendidas como elementos importantes do processo decisório do colaborador, tais como a certeza da punição, o bloqueio de bens, a colaboração realizada por corréu e, em menor grau, informações veiculadas na mídia e prisões de familiares. A ocorrência de uma ou mais dessas situações deve ser lida em conjunto para entendermos o grau de pressão a que está submetido o futuro colaborador, que, diante de um verdadeiro “rolo compressor”, não

¹⁹ Conforme destacado por Suxberger e Mello (2017, p. 195-196, grifos dos autores), “[d]urante ato em defesa da democracia na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH), da Universidade de São Paulo (USP), chegou-se a afirmar que ‘prisão preventiva para obter a delação premiada é tortura’. Aury Lopes Jr., em ocasião diversa, também associou a suposta prática com a tortura. Em suas palavras, seria uma ‘releitura do modelo medieval, em que se prendia para torturar, com a tortura se obtinha a confissão, e, posteriormente usava-se a confissão como a rainha das provas’. Diogo Malan menciona expressamente o uso da prisão temporária como estratégia de coação física e psicológica, ‘podendo se prestar ao fim da extorsão de confissão ou delação premiada do investigado, sob a ameaça – explícita ou velada – de a autoridade policial requerer a sobredita prorrogação de prazo’”. Ver Malan (2016, p. 224).

vê outra alternativa a não ser realizar um acordo de colaboração. Nesse contexto de pressão e consciente de que apenas algumas informações serão capazes de lhe outorgar os benefícios da colaboração, em razão da filtragem feita pelos órgãos de persecução penal o réu colaborador constrói então as informações que entende viáveis e que pretende apresentar. É nesse sentido a fala de um dos entrevistados:

A gente chegou num ponto da delação que ou você delata pessoas graúdas ou eles vão chegar àquela informação. Então a informação do meio não interessa muito porque a informação do meio é do meio. Então, assim, você pode ter até temas interessantes, você pode ter muita história para contar, mas a impressão que eu tenho do outro lado é a seguinte: como a investigação chegou num tamanho tão grande, nós vamos ter que escolher para que rumo vamos. Porque se nós vamos investigar tudo, só nós vamos chegar na compra deste computador aqui, vai ter alguma irregularidade. Entendeu? Então assim, vamos pegar uma capa de gordura que interesse e o que tá abaixo vai na boa. E aí, a gente faz a delação, eu ouvi essa expressão duas vezes: “nós temos que justificar para a sociedade que isso é muito importante por isso que nós estamos aceitando a sua delação” (Advogado 1).

O duplo contexto descrito anteriormente – de um lado, a conjuntura de importante pressão e, de outro, a consciência de que somente algumas informações apresentadas de determinada maneira serão capazes de gerar benefícios – deve ser levado em consideração no momento de avaliar a credibilidade do colaborador e a fiabilidade da informação por ele apresentada, que deve ser empregada com extrema cautela, tendo em vista os riscos de erro judiciário que pode ocasionar. Afinal,

[n]ever has it been more true than it is now that a criminal charged with a serious crime

understands that a fast and easy way out of trouble with the law is [...] to cut a deal at someone else's expense and to purchase leniency from the government by offering testimony in return for immunity, or in return for reduced incarceration (UNITED STATES, 2001).

3 Visão em túnel, anel de rubi e os riscos de condenações injustas

A visão em túnel foi identificada como uma das principais causas de condenações injustas (MACFARLANE; CORDNER, 2008; MARTIN, 2002). Esse fenômeno ocorre normalmente no início da investigação e provém de uma visão estreita que foca em uma teoria específica acerca do fato criminoso, decorrente muitas vezes da seleção da primeira alternativa de explicação que parece “boa o suficiente”. Essa ênfase resulta na filtragem inconsciente de informações e contribui para uma análise inadequada de evidências²⁰. A expressão *visão em túnel* é frequentemente usada com um sentido amplo que abarca certos vieses cognitivos, inclusive o viés de confirmação:

Confirmation bias is a type of selective thinking. Once a hypothesis has been formed, our inclination is to confirm rather than refute it. We tend to look for supporting information, interpret ambiguous information as consistent with our beliefs, and minimize any inconsistent evidence. Types of confirmation bias include: (1) the biased search for evidence; (2) the biased interpretation of information; and (3) a biased memory (selective recall).

²⁰ “Tunnel vision is the tendency fueled by bias and pressure that leads actors in the criminal justice system to singlemindedly focus on a suspect and build a case for conviction while ignoring evidence that points away from guilt. [...] Indeed, the problem of tunnel vision has been described as a common theme in almost every case of wrongful conviction” (REICHART, 2016, p. 451-453).

Confirmation bias can cause a detective to interpret information in a biased manner – evidence that supports the investigative theory is taken at face value, while contradicting evidence is skeptically scrutinized. Other manifestations of confirmation bias include the failure to search for evidence that might prove a suspect’s alibi, not utilizing such evidence if found, and refusing to consider alternative hypotheses (ROSSMO; POLLOCK, 2019, p. 814).

É importante destacar que promotores também estão sujeitos aos mesmos erros cognitivos dos representantes da polícia judiciária, incluindo a visão em túnel e o viés de confirmação. Tal fato torna-se mais frequente quando os promotores atuam nos estágios iniciais de uma investigação criminal: seu zelo em obter “justiça” para a vítima pode resultar em exortações aos detetives para “obterem uma confissão” ou em ameaças a testemunhas instáveis caso não deponham (ROSSMO; POLLOCK, 2019)²¹. Na dimensão de análise dos megaprocessos, a literatura indica que um dos fatores importantes da visão em túnel remete à visibilidade do caso, o que cria pressão para uma solução célere.

Finally, it is important to note the role of the media in both creating the conditions for wrongful convictions and investigating doubtful cases postconviction to help defendants prove their innocence. One of the background conditions that raises the possibility of a wrongful conviction is the heinousness of the underlying crime. Brutal rapes and murders, multiple murders, and crimes against children particularly inflame the sensibilities of the public and understandably lead to calls to catch and punish the criminal as quickly as possible. When these crimes also generate press coverage – especially the sensational coverage of televised media – there arises a continuous drumbeat of pressure for authorities to “do

something” to apprehend a suspect. Under these circumstances, research shows, police officers and prosecutors may feel rushed to complete their investigations and, resultantly, may fall prey to tunnel vision that has them pursuing the wrong suspect (GOULD; LEO, 2010, p. 857-858).

A preocupação da ocorrência da visão em túnel nos megaprocessos relaciona-se à dinâmica entre os representantes da polícia judiciária e do Ministério Público durante a produção da informação dos acordos de colaboração premiada. Com a centralidade e o crescimento da utilização do instituto, a pesquisa realizada identificou que os órgãos de investigação e persecução penal terminam por realizar uma espécie de filtro, selecionando as informações aptas a figurar como objeto de um acordo de colaboração premiada, conforme indicam os trechos abaixo:

Não adianta me dar um agente público porcaria, eu quero um agente público mais robusto (Ministério Público 2).

A gente tá se deparando com isso, sabe? E, na medida em que as punições ficam mais efetivas, maior é o anseio da pessoa fazer uma colaboração e, na medida em que as investigações avançam, menor é a disposição dos órgãos de persecução em fazer novas colaborações. Então, é preciso que a pessoa tenha informação muito boa e provas muito boas pra convencer os órgãos de persecução a fazer aquela colaboração. Então, mais dedicados estão os colaboradores e seus advogados a trazer provas pra, enfim, obter o benefício da colaboração premiada (Ministério Público 5).

Então, assim, convenhamos, quem tem, vamos dizer, o papel do advogado nesse momento é conseguir, se ele optou pela estratégia de fazer um acordo de colaboração premiada, me parece que o papel dele é despertar interesse e conseguir o maior benefício. E, certamente, o órgão de persecução penal vai ter o seu interesse despertado conforme ele sabe do caso. Então se o cara conseguir, em 5 linhas, despertar o meu interesse, ótimo, mas nem sempre isso é possível (Ministério Público 3).

²¹ Ver também Gershman (2014).

Atentar para esse filtro discricionário aplicado pelos órgãos de persecução penal mostra-se essencial para entendermos o contexto de produção da informação oriunda da colaboração premiada, uma vez que ele passa a mensagem – e os colaboradores estão cientes dela – de que nem toda informação está apta a figurar em um acordo de colaboração, ou seja, certas informações e certas “verdades” são mais relevantes que outras. Essa mensagem chega a seus destinatários e pode impactar de maneira importante a forma como eles vão apresentar suas informações e até mesmo o próprio conteúdo de suas declarações. Um colaborador adverte, por exemplo, que “existem delações e delações. Tem gente que cria delação. Tem gente que peneira delação. Tem gente que corta delação” (Colaborador 3). Esse direcionamento das delações para “despertar o interesse” dos órgãos de persecução penal é muito bem descrito por um entrevistado – ele mesmo membro do Ministério Público –, assim como os riscos de uma aceitação não criteriosa dessa informação:

Porque o cara sabe da atividade criminosa dele, ele praticou crime, vai confessar, mas é aquele negócio né, você chega para fazer o cortejo da mulher e leva aquele anel de feira de parque antigo, aquele de plástico, aí ela vai achar uma gracinha, vai rir e não sei o quê. Aí o seu concorrente chega lá com um rubi, obviamente não estou precificando a mulher, mas só para ilustrar, né. A tendência do cara que trouxe o rubi ser mais bem representado é maior. O cara pensa a mesma coisa na hora de fazer a delação, eu posso chegar e falar que eu conheço o esquema do porteiro lá, do cara aqui da frente, do guarda municipal, do PM aqui de trânsito que toma um dinheirinho para o cara parar em local irregular. É um ilícito? É um ilícito, estou delatando uma outra coisa. Aí chego com essa informação, aí chega o cara falando o seguinte: olha, eu sei que um ex-governador aí ele faz tais e tais coisas, o desvio dele é de bilhões de reais, né.

Olha o anel de plástico e olha o anel de rubi. É assim que funciona. E aí o cara para não ficar apresentando o anel de rubi, ele começa a inventar coisas que não tem sequer como comprovar, mas a história dele é uma história atrativa. E aí você piora essa situação nesse universo de forças tarefas, né. Porque em tese a força tarefa é um elemento provisório, um elemento fugaz, então, vai chamar a atenção, vai repercutir aquilo que for mais valioso (Ministério Público 1).

De fato, o objetivo de produzir o “anel de rubi”, apto a despertar o interesse dos órgãos de persecução penal e com isso obter os benefícios desejados, funciona como importante elemento para entender as motivações do colaborador e a maneira como ele pode “moldar” suas declarações para que sejam identificadas de forma positiva, em especial no que diz respeito aos colaboradores que realizam acordos enquanto privados de liberdade. Nesse contexto, há que se levar em consideração a construção de um “cenário [...] propício à formulação de anexos detalhados o suficiente para aguçar a curiosidade da acusação de maneira que os métodos ocultos de investigação sejam redirecionados a outros sujeitos, que não o acusado” (PRADO, 2014, p. 74).

4 Dificuldades da defesa e os riscos de condenações injustas

Vários estudos indicam o impacto de uma defesa inadequada nas condenações injustas (LIEBMAN; FAGAN; WEST; LLOYD, 2000; GOULD; LEO, 2010). Na presente pesquisa não se identificaram defesas qualificáveis como inadequadas, mas inúmeros foram os entrevistados que manifestaram as limitações ao exercício do direito de defesa decorrentes da estrutura dos megaprocessos. Considerando que uma defesa de qualidade é fator central

de diminuição do risco de condenações injustas, o tópico deve ser aqui abordado. Conforme dito anteriormente, são características estruturais dos megaprocessos o elevado número de réus, o volume e a complexidade da carga probatória. De acordo com os entrevistados, tais atributos geram problemas importantes tanto para a dinâmica do desenrolar processual quanto para a produção e análise do contexto probatório. A fala dos advogados entrevistados é particularmente relevante para a compreensão do impacto dessa estrutura processual no conhecimento e na avaliação da prova presente nos autos. Nesse sentido, os entrevistados nos dizem, por exemplo, que

[é] um volume brutal. O último processo no qual eu fiz alegações finais, eu estimo que eu tenha lido dentre autos principais e apensos contendo medidas cautelares, inquéritos e termos de homologação de acordos de colaboração, termos de homologação de acordos de leniência, anexos etc., algo em torno de 20.000 a 25.000 páginas. Sem nenhum exagero. Só os autos principais tinham 7.500 páginas. Então, evidentemente que, nesse contexto, a não ser aquele defensor que ou é extremamente zeloso e abnegado e passe o final de semana estudando o processo, como eu fiz, ou um defensor que tem uma equipe grande que possa dividir a leitura e fazer um índice dos documentos relevantes é praticamente impossível conhecer o inteiro teor dos autos do processo (Advogado 2).

A polícia e o Ministério público ficaram investigando um, dois anos, ouvindo a vida dos outros, tem vários outros procedimentos investigatórios... aí vem o horror, você pega a ação penal, a denúncia, ela faz referência a vários procedimentos. Você tem mídias e mídias, anexos e anexos, você consegue ver isso apenas em dez (dias)? Eu tenho uma equipe grande aqui e não consigo. Então, a impressão que me fica é que a forma pela qual são veiculadas as denúncias, já é feito isso de uma maneira tal para dificultar a defesa (Advogado 3).

Conforme se depreende dos trechos destacados, essa estrutura processual engendra uma situação paradoxal na qual a própria carga probatória constitui um limite ao exercício de uma defesa plena, devido à quase impossibilidade de ciência da integralidade das provas que dizem respeito a seus representados (PRATES; BOTTINO, 2019, p. 150). Além do volume de informação, a questão do elevado número de réus – outra característica dos megaprocessos – também foi mencionada pelos entrevistados como um elemento complicador. Assim, vários participantes relatam a dificuldade da dinâmica durante audiências que podem ter 30 réus, 50 advogados e mais de 100 testemunhas, bem como o peso de uma instrução criminal relativa a um número extremamente elevado de pessoas (PRATES; BOTTINO, 2019, p. 155).

Dois instrumentos empregados com frequência nos megaprocessos são o bloqueio de bens e a prisão processual dos envolvidos. O uso

dessas ferramentas gera impactos relevantes na qualidade da defesa dos acusados. A fala dos advogados indica que o bloqueio de bens dificulta a contratação de profissionais especialistas que possam analisar determinados aspectos técnicos dos processos – por exemplo, um perito contábil – e dificulta até mesmo o pagamento dos próprios honorários dos advogados contratados (PRATES; BOTTINO, 2019, p. 161). Com base na fala a seguir, é possível observar o impacto da privação de liberdade – ferramenta frequente em megaprocessos – na construção de uma defesa de qualidade, tendo em vista a natureza complexa dos temas tratados (PRATES; BOTTINO, 2019, p. 162):

Veja você, documentos apreendidos, bens bloqueados e ainda você não consegue ter uma comunicação livre com seu cliente? [...] Você falar por interfone, eu lembro de um julgado do tribunal penal europeu que dizia que o simples fato de você suspeitar de que a conversa está sendo gravada já em si cerceia a conversa [...] essa coisa de você não conseguir falar com liberdade, como a lei te autoriza, é muito grave, é muito grave. Você tem que ter um lugar que, garantidamente, você possa ter uma conversa pessoal e reservada, que ninguém ouça e que você possa falar com liberdade (Advogado 3).

Conforme indicam Prates e Bottino (2019, p. 163-164), a privação de liberdade de um cliente – sobretudo em um megaprocessos – provoca uma limitação de duas ordens no exercício de defesa:

Em primeiro lugar, os advogados destacam a dificuldade de construção de uma estratégia de defesa tendo em vista que muito da carga probatória dos megaprocessos (provas documentais) não pode ser analisada e discutida em conjunto com o cliente em razão das limitações decorrentes de sua prisão, não obstante previsão expressa no Estatuto da

Ordem dos Advogados do Brasil²² garantindo a comunicação pessoal e reservada com clientes presos. Em segundo lugar, os advogados mencionam um sentimento de insegurança no que diz respeito à comunicação realizada nas unidades prisionais. A ausência quase completa de locais destinados à comunicação reservada entre advogado e cliente nas prisões faz com que os defensores não se sintam confortáveis para ouvir determinadas informações e compartilhar determinados pontos ou estratégias de defesa, fazendo com que a comunicação entre esses dois atores – essencial para garantir o amplo exercício de defesa – se torne limitada e pontual, o que engendra um enfraquecimento importante da qualidade da defesa oferecida.

Considerações finais

O modelo dos megaprocessos está em franca expansão no Brasil, ultrapassando a estrutura das forças-tarefas e o combate aos crimes de colarinho branco e corrupção para chegar a crimes mais usuais como o tráfico de entorpecentes, inclusive com o desenvolvimento de varas especializadas em criminalidade organizada no âmbito das justiças estaduais do País. Apesar dos pontos positivos, essa estrutura de combate ao crime organizado pode ter um custo alto. A proposta deste texto foi apresentar experiências e reflexões acerca dos problemas ligados aos megaprocessos, para que se compreendam melhor os custos atrelados ao crescimento exponencial desse modelo de justiça.

Buscou-se mostrar que elementos importantes e intrínsecos aos megaprocessos podem gerar riscos não negligenciáveis de erros judi-

²² É o que prevê o inc. III do art. 7º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, *in verbis*: “Art. 7º São direitos do advogado: [...] III – comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis” (BRASIL, [2020]).

ciários capazes de condenar inocentes. Em primeiro lugar, está presente o risco de condenação individual baseada no contexto global da prova. Em segundo, o coração do contexto probatório nos megaprocessos – a colaboração – pode ser entendido, até certo ponto, como ferramenta similar aos tão frequentes *snitches* da realidade norte-americana. Isso porque em ambos os casos estamos falando de uma troca de informação por benefícios, e é justamente nesse elemento que reside o alto risco de produção de informação não verdadeira, levando a condenações de inocentes. Em terceiro lugar – elemento intimamente ligado ao precedente –, representantes dos órgãos de investigação e persecução são, como todos nós, propensos a vieses cognitivos que podem gerar a visão em túnel. Em relação aos megaprocessos, tal dinâmica mostra-se especialmente preocupante em decorrência do eventual direcionamento dos representantes do sistema de Justiça criminal para a obtenção de informações que entendem relevantes, o que aumenta o risco de condenações injustas.

Finalmente, demonstrou-se que toda essa dinâmica é permeada por uma defesa que se vê, muitas vezes, limitada em seu campo de ação diante da complexidade probatória dos megaprocessos e das dificuldades decorrentes das usuais medidas cautelares a eles atreladas. Assim, é fundamental uma reflexão aprofundada sobre os benefícios e custos dessa estrutura processual, pois, como bem salientou há décadas o magistrado Lehman: “We secure greater speed, economy and convenience in the administration of the law at the price of fundamental principles of constitutional liberty. That price is too high” (NEW YORK, 1928).

Sobre os autores

Thiago Bottino é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor pela Columbia Law School, Nova York, EUA; professor visitante da Columbia Law School, Nova York, EUA; professor da graduação e do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor da graduação da UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: thiago.bottino@fgv.br

Fernanda Prates Fraga é doutora em Criminologia pela Universidade de Montreal, Montreal, Canadá; mestra em Direito pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutora em Direito pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutora em Criminologia pela University of Ottawa, Ottawa, Canadá; professora da graduação em Direito da FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: fernanda.fraga@fgv.br

Como citar este artigo

(ABNT)

BOTTINO, Thiago; FRAGA, Fernanda Prates. Os megaprocessos e os riscos de condenações injustas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 87-106, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p87

(APA)

Bottino, T., & Fraga, F. P. (2021). Os megaprocessos e os riscos de condenações injustas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(232), 87-106. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p87

Referências

ANDERSON, William L.; JACKSON, Candice E. Law as a weapon: how RICO subverts liberty and the true purpose of law. *The Independent Review*, [Oakland, CA], v. 9, n. 1, p. 85-97, 2004. Disponível em: <https://www.independent.org/publications/tir/article.asp?id=215>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BARREAU DU QUÉBEC. *Rapport final*: Comité ad hoc du Comité en Droit Criminel sur les megaprocès. [Québec]: Comité en Droit Criminel, 2004. Disponível em: <https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/60671?docref=CdpwpR2NFnSMV5mjhSnYZA>. Acesso em: 17 ago. 2021.

BEDAU, Hugo Adam; RADELET, Michael L. Miscarriages of justice in potentially capital cases. *Stanford Law Review*, [s. l.], v. 40, n. 1, p. 21-179, Nov. 1987. DOI: <https://doi.org/10.2307/1228828>.

BEHAVIORAL SCIENCES & THE LAW: special issue: the age of innocence: miscarriages of justice in the 21st century. [S. l.]: John Wiley & Sons, Inc., v. 27, n. 3, p. 297-489, May/June 2009. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/toc/10990798/2009/27/3>. Acesso em: 13 ago. 2021.

BIDINO, Claudio; TÓRTIMA, Fernanda. Colaboração, corroboração e espontaneidade: o valor da palavra. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 11 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-11/direito-penal-colaboracao-corroboracao-espontaneidade>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BOWMAN III, Frank O. Departing is such sweet sorrow: a year of judicial revolt on “substantial assistance” departures follows a decade of prosecutorial indiscipline. *Stetson Law Review*, [Gulfport], v. 29, n. 1, p. 7-69, 1999. Disponível em: <https://www.stetson.edu/law/lawreview/stetson-law-review-29-1-summer-1999.php>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRADLEY, Craig M. Racketeers, Congress, and the Courts: an analysis of RICO. *Iowa Law Review*, [s. l.], v. 65, n. 4, p. 837-897, 1980. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1970&context=facpub>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRONSON, Edward J. *Severance of co-defendants in capital cases: some empirical evidence*. Chico, CA: College of Behavioral and Social Sciences, 1994. (Discussion Paper Series, 94-1).

CODE, Michael. Law reform initiatives relating to the Mega Trial Phenomenon. *The Criminal Law Quarterly*, [s. l.], v. 53, n. 1, p. 421-468, Sept. 2007.

COSTA, Felício Nogueira. Colaborações premiadas: uma guinada rumo à legalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 28, n. 331, p. 25-27, jun. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/449>. Acesso em: 12 ago. 2021.

DAWSON, Robert O. Joint trials of defendants in criminal cases: an analysis of efficiencies and prejudices. *Michigan Law Review*, [s. l.], v. 77, n. 6, p. 1.379-1.455, June 1979. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol77/iss6/2/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

DWYER, Jim; NEUFELD, Peter; SCHECK, Barry. *Actual innocence: when justice goes wrong and how to make it right*. New York: New American Library, 2001.

FARRIN, James. Rethinking criminal joinder: an analysis of the empirical research and its implications for justice. *Law and Contemporary Problems*, [s. l.], v. 52, n. 4, p. 325-340, 1989. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol52/iss4/13/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GALL, Stacy Lyn. *Effects of joint trials on the proportion of guilty verdicts assigned to defendants*. 1999. Thesis (Master of Psychology) – School of Psychology, Edith Cowan University, Joondalup, 1999. Disponível em: <https://ro.ecu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=2258&context=theses>. Acesso em: 11 ago. 2021.

GERSHMAN, Bennett L. Threats and bullying by prosecutors. *Loyola University Chicago Law Journal*, [Chicago], v. 46, n. 2, p. 327-344, 2014. Disponível em: <https://lawcommons.luc.edu/lucj/vol46/iss2/3/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

GOULD, Jon B.; CARRANO, Julia; LEO, Richard A.; HAIL-JARES, Katie. Predicting erroneous convictions. *Iowa Law Review*, [s. l.], v. 99, n. 2, p. 471-522, Jan. 2014. Disponível em: <https://ilr.law.uiowa.edu/assets/uploads/ILR-99-2-Gould-Carrano-Leo-Hail-Jares.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2021.

GOULD, Jon B.; LEO, Richard A. One hundred years later: wrongful convictions after a century of research. *Journal of Criminal Law and Criminology*, [s. l.], v. 100, n. 3, p. 825-868, 2010. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol100/iss3/7/>. Acesso em: 11 ago. 2021.

GROSS, Samuel R.; JACOBY, Kristen; MATHESON, Daniel J.; MONTGOMERY, Nicholas. Exonerations in the United States 1989 through 2003. *Journal of Criminal Law and Criminology*, [s. l.], v. 95, n. 2, p. 523-560, 2005. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol95/iss2/5/>. Acesso em: 11 ago. 2021.

GROSS, Samuel R.; O'BRIEN, Barbara. Frequency and predictors of false conviction: why we know so little, and new data on capital cases. *Journal of Empirical Legal Studies*, [s. l.], v. 5, n. 4, p. 927-962, Dec. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2008.00146.x>.

HARMON, Talia Roitberg; LOFQUIST, William S. Too late for luck: a comparison of post-Furman exonerations and executions of the innocent. *Crime & Delinquency*, [s. l.], v. 51, n. 4, p. 498-520, Oct. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1177/0011128705275977>.

IMWINKELRIED, Edward J. Prejudice to the nth degree: the introduction of uncharged misconduct admissible only against a co-defendant at a megatrial. *Oklahoma Law Review*, [s. l.], v. 53, n. 1, p. 35-55, 2000. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ou.edu/olr/vol53/iss1/4/>. Acesso em: 11 ago. 2021.

INNOCENCE PROJECT. *Research resources*. [S. l.]: Innocence Project, [2020]. Disponível em: <https://innocenceproject.org/research-resources/>. Acesso em: 11 ago. 2021.

KORDA, Catherine J. *Biases toward defendants in joint criminal trials*. 2001. Thesis (Master of Forensic Psychology) – Faculty of Community Services, Education and Social Sciences, Edith Cowan University, [s. l.], 2001. Disponível em: <https://ro.ecu.edu.au/theses/1018/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

LEO, Richard A. Rethinking the study of miscarriages of justice: developing a criminology of wrongful conviction. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, [s. l.], v. 21, n. 3, p. 201-223, Aug. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1177/1043986205277477>.

LESAGE, Patrick J.; CODE, Michael. *Rapport sur l'examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes*. Toronto: Ministère du Procureur Général de l'Ontario, 2008. Disponível em: https://wayback.archive-it.org/16312/20210402145513/http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/lesage_code/. Acesso em: 12 ago. 2021.

LIEBMAN, James S.; FAGAN, Jeffery; WEST, Valerie; LLOYD, Jonathan. Capital attrition: error rates in capital cases, 1973-1995. *Texas Law Review*, [s. l.], v. 78, p. 1.839-1.865, 2000. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/472/. Acesso em: 12 ago. 2021.

MACFARLANE, Bruce A.; CORDNER, Stephen M. *Wrongful convictions: the effect of tunnel vision and predisposing circumstances in the criminal justice system*. Toronto: Government of Ontario, 2008. (Goudge Inquiry Research Paper).

MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 45-67, set. 2019.

_____. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 213-238, 2016. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.22>. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/22>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MARCUS, Paul. Re-evaluating large multiple-defendant criminal prosecutions. *William & Mary Bill of Rights Journal*, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 67-122, Dec. 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol11/iss1/4/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MARTIN, Dianne L. Lessons about justice from the “laboratory” of wrongful convictions: tunnel vision, the construction of guilt and informer evidence. *UMKC Law Review*, [s. l.], v. 70, n. 4, p. 847-864, 2002.

MORSELLI, Carlo; TANGUAY, Dave; LABALETTE, Anne-Marie. Criminal conflicts and collective violence: biker-related account settlements in Quebec, 1994-2001. In: SIEGEL, Dina; NELEN, Hans (ed.). *Organized crime: culture, markets, and policies*. New York: Springer, 2008. p. 145-163. (Studies of Organized Crime, 7).

NATAPOFF, Alexandra. Beyond unreliable: how snitches contribute to wrongful convictions. *Golden Gate University Law Review*, [s. l.], v. 37, n. 1, p. 107-129, Jan. 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol37/iss1/5/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

_____. Snitching: the institutional and communal consequences. *University of Cincinnati Law Review*, [s. l.], v. 73, p. 645-703, Nov. 2004. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=613521. Acesso em: 12 ago. 2021.

NEW YORK (State). Court of Appeals. *People v. Fisher*, 164 N.E. 336 (NY 1928). December 4, 1928. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/3636711/people-v-fisher/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

NORRIS, Robert J.; BONVENTRE, Catherine L. Advancing wrongful conviction scholarship: toward new conceptual frameworks. *Justice Quarterly*, [s. l.], v. 32, n. 6, p. 929-949, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1080/07418825.2013.827232>.

POPOVSKI, Lewis; RUDNICK, Jody A. Joint trials: judicial inefficiency? *Journal of Legal Commentary*, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 321-345, 1990. Disponível em: <https://scholarship.law.stjohns.edu/jcred/vol5/iss2/5/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. (Monografias Jurídicas).

PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 162, p. 145-170, dez. 2019.

RADELET, Michael L.; BEDAU, Hugo Adam. The execution of the innocent. *Law and Contemporary Problems*, [s. l.], v. 61, n. 4, p. 105-124, 1998. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol61/iss4/6/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

REICHART, Brian. Tunnel vision: causes, effects, and mitigation strategies. *Hofstra Law Review*, [s. l.], v. 45, n. 2, p. 451-477, 2016. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol45/iss2/7/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

ROSSMO, D. Kim; POLLOCK, Joycelyn M. Confirmation bias and other systemic causes of wrongful convictions: a sentinel events perspective. *Northeastern University Law Review*, Boston, v. 11, n. 2, p. 790-835, 2019. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/56a67d1e05caa777b1877b09/t/609de00f9227c964ce2c004f/1620959251663/Volume+11%2C+Issue+2.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 81-116, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.333>. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/333>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; OLIVEIRA, Anderson Afonso de. A interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 143, p. 89-116, maio 2018.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/40>. Acesso em: 12 ago. 2021.

THE NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. [Home]. [S. l.]: The National Registry of Exonerations, [2020?]. Disponível em: <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx>. Acesso em: 12 ago. 2021.

UNITED STATES. Court of Appeals (9. Circuit). *Northern Mariana Islands v. Bowie*, 243 F.3d 1109 (2001). Appellee: Northern Mariana Islands. Appellant: Joseph A. Bowie. March 23, 2001. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/20011352243f3d110911233>. Acesso em: 13 ago. 2021.

_____. Supreme Court. *Krulewitch v. United States*, 336 U.S. 440 (1949). Petitioner was convicted in a federal district court for inducing a woman (the complaining witness) to go from New York to Florida for the purpose of prostitution, transporting her from New York to Miami for that purpose, and conspiring with another woman to commit those offenses [...]. March 28, 1949. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/336/440/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

_____. Supreme Court. *Richardson v. Marsh*, 481 U.S. 200 (1987). The Confrontation Clause is not violated by the admission of a nontestifying codefendant's confession with a proper limiting instruction when the confession is redacted to eliminate not only the defendant's name, but any reference to her existence. First party: Gloria Richardson, Warden. Second party: Clarissa Marsh. April 21, 1987. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/200/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

VANCE JUNIOR, Cyrus R. A conviction integrity initiative. *Albany Law Review*, Albany, v. 73, n. 4, p. 1.213-1.217, Sept. 2010. Disponível em: <http://www.albanylawreview.org/issues/pages/article-information.aspx?volume=73&issue=4&page=1213>. Acesso em: 13 ago. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

WARDEN, Rob (dir.). *The snitch system: how snitch testimony sent Randy Steidl and other innocent Americans to death row*. Chicago: Center on Wrongful Convictions, Northwestern University School of Law, 2004. Disponível em: <https://www.aclu.org/other/snitch-system-how-snitch-testimony-sent-randy-steidl-and-other-innocent-americans-death-row>. Acesso em: 13 ago. 2021.

WEST, Emily; METERKO, Vanessa. Innocence project: DNA exonerations, 1989-2014: review of data and findings from the first 25 years. *Albany Law Review*, Albany, v. 79, n. 3, p. 717-795, Dec. 2016. Disponível em: <http://www.albanylawreview.org/issues/pages/article-information.aspx?volume=79&issue=3&page=717>. Acesso em: 13 ago. 2021.

YAROSHEFSKY, Ellen. Cooperation with federal prosecutors: experiences of truth telling and embellishment. *Fordham Law Review*, New York, v. 68, n. 3, p. 917-964, Dec. 1999. Disponível em: <http://fordhamlawreview.org/issues/cooperation-with-federal-prosecutors-experiences-of-truth-telling-and-embellishment/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

A justiça restaurativa como estratégia contemporânea de controle social penal

CRISTINA REGO DE OLIVEIRA

Resumo: A justiça restaurativa surge como um modelo diferenciado de resolução do conflito penal que se propõe recompor os danos decorrentes da ofensa, por meio de um processo participativo e dialogado entre os sujeitos envolvidos no problema – vítima, autor e comunidade –, razão pela qual suas ferramentas são consideradas mecanismos informais de controle. Com base em revisão bibliográfica crítica, o artigo levantará a hipótese de que no Brasil a cooptação da justiça restaurativa pela racionalidade estruturante do sistema de justiça penal faz com que esses modelos sejam nada mais que a sua extensão, do que resulta a reconfiguração do controle formal sobre a população mediante estratégias renovadas e invisíveis.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Controle social formal. Controle social informal.

Restorative justice as a contemporary strategy for criminal control

Abstract: Restorative justice is a recent model used to resolution of the criminal conflict, which proposes to recover the damages resulting from the offense through a participatory and dialogued process between the subjects involved in the problem, being, therefore, informalized control mechanisms. However, based on a critical bibliographic review, this article will problematize the hypothesis that, in Brazil, the co-option of restorative justice by the rationality of the criminal justice system makes these models be nothing more than their extension, resulting in reconfiguration of formal control over the population, through renewed and invisible strategies.

Keywords: Restorative justice. Social control. Formal and informal control.

Recebido em 23/3/21

Aprovado em 8/6/21

1 Introdução

Sendo uma “condição irrenunciável da vida social” para a qual “não existe alternativa” (HASSEMER, 1985, p. 390), define-se o controle social como o “conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar o sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitárias” (KAISER, 1988, p. 105 apud VARONA MARTÍNEZ, 1998). Significa dizer que existem formas, estratégias e estilos diferenciados de controle exercidos por vários agentes, que condicionam os modos de ser e existir dos atores sociais, em virtude da necessidade de “ordenar una sociedad pluricultural y com grupos de intereses diversos, dentro de consenso democrático” (VARONA MARTÍNEZ, 1998, p. 28). Aplica-se de forma simultânea, complementar, interrelacionada e difusa (VARONA MARTÍNEZ, 1998, p. 122), por (i) intermédio de instituições estatais e da legislação (*controle formal*) ou (ii) mediante as práticas da cultura local, os valores da comunidade, a opinião pública, a família, a escola (*controle informal*), entre tantas outras possibilidades. No seu sentido estrito (porque jurídico), esse controle pode ser concebido como a “respuesta al comportamiento desviado” (VARONA MARTÍNEZ, 1998, p. 445).

Varona Martínez (1998, p. 105) destaca que, no atual processo de globalização e ante a prevalência do Estado (neo)liberal, as estratégias de controle penal assumiram três “tendências” marcantes: (i) a da gestão do risco; (ii) a da prevenção da criminalidade (ambas associadas ao modelo atuarial); e (iii) a que alude à necessidade de participação e colaboração dos atores da comunidade para, com base num modelo de vigilância natural, reduzir a ocorrência do conflito (CRAWFORD, 1997).

Neste último sentido, a justiça restaurativa¹ surge como uma proposta de tratamento do conflito que considera essencial a participação dos envolvidos (autor, vítima e comunidade) na construção de respostas às necessidades que resultaram da ação lesiva. Ao se fomentar o empoderamento microssocial (individual) e macrossocial (comunitário) dos atores na solução de suas próprias demandas, promover-se-iam diferentes mecanismos de regulação social, que, de forma complementar ou alternativa, resultariam em *modelos de controle informais* que divergem, nos seus fundamentos e estruturas, dos replicados pelas instâncias formais (*law enforcement*).

¹ Sabemos da dificuldade de apresentar um conceito unívoco de justiça restaurativa, de seus valores e princípios fundantes (ver Oliveira (2020)). Diante disso, adotaremos a definição de Braithwaite (2011, p. 485); segundo ele, a “restorative justice is an approach where at the base of a pyramid of sanctions, all the stakeholders affected by an injustice have an opportunity to discuss how they have been hurt by it, their needs, and what might be done to repair the harm and prevent recurrence”.

Ao utilizar o modelo de *pirâmide regulatória* – no qual, atendendo às circunstâncias do caso concreto, existiria a possibilidade de *modulação* da ação estatal, que varia a depender da necessidade de uma resposta mais ou menos interventiva –, Braithwaite (2002) alude à possibilidade de que, na base dessa estrutura e como mecanismo primeiro de *persuasão*, figurem práticas restaurativas aptas a gerarem respostas socialmente satisfatórias ao problema. Por acarretarem desfechos plurais às ações desconformes, as práticas restaurativas seriam construídas e gerenciadas de forma colaborativa e comunitária, de modo a fortalecer a autorregulação dos agentes sociais, razão pela qual “regulators should not rush to [...] solutions to problems before considering a range of approaches that support capacity-building” (BRAITHWAITE, 2011, p. 480).

De acordo com essa lógica escalonada de intervenção estatal, apenas diante da insuficiência das medidas consensuais e cooperativas de autorregulação (que sustentam a base da pirâmide) seriam legítimas as promoções de respostas *dissuasoras* ou *incapacitantes* (BRAITHWAITE, 2002), reforçando, como consequência, o controle penal (formal). Nesse sentido, inclusive, é que o autor defende a convergência (ou bricolagem) dessas estratégias para garantir que em diferentes conflitos possam incidir múltiplos mecanismos de controle (BRAITHWAITE, 2018, p. 70).

Considerando-se como ponto de partida que a justiça restaurativa figura como estratégia de (auto)regulação, mediante revisão bibliográfica pretende-se neste artigo problematizar o tipo de controle que as práticas restaurativas *brasileiras* inauguram (ainda que como tendências) e que lugar ocupam na aludida estrutura piramidal à luz das práticas *concretas* que os modelos experimentais têm desempenhado na administração do conflito penal no Brasil.

Para seguir esse trajeto, o texto inicia-se com a apresentação dos conceitos e elementos formadores de uma concepção restaurativa de justiça. Na sequência, apresentam-se os contornos do que se poderia entender como *controle social* (e quais seriam as suas tendências renovadas de aplicação) com o intuito de, ao final, problematizar que tipologia de controle pode emergir da utilização de práticas restaurativas para a resolução de conflitos.

2 Apresentando a justiça restaurativa brasileira

A justiça restaurativa é fenômeno recente, em constante desenvolvimento e transformação, justificando, pois, as reflexões nos seus âmbitos teórico e prático decorrentes das muitas incertezas que ainda envolvem a matéria. Ressalte-se que a difusão de experiências sociais com características restaurativas – “a grassroots movement” (AERTSEN, 2007, p. 96) – incitou a atenção dos acadêmicos, razão pela qual constitui “um conjunto de práticas em busca de teorias” (SICA, 2007, p. 10) que as enunciem.

No campo dogmático, a dificuldade de precisar o conceito de justiça restaurativa suscita, por um lado, a confusão dos seus significantes e propostas de fundo – ao mesmo tempo em que a sua fluidez e adaptação às necessidades econômicas, políticas e sociais dos contextos nos quais estão inseridas viabilizam seu ajuste aos conflitos que serão regulamentados. Diante disso, é necessário respeitar aspectos mínimos para delimitar e reconhecer uma prática como restaurativa (OLIVEIRA, 2020): ela assim se classifica quando se destina à resolução de conflitos (penais) de forma diversa da adotada pelo sistema criminal tradicional, dada a alargada participação dos atores envolvidos no conflito (autor, vítima e comunidade) direcionada à

satisfação das suas específicas necessidades e danos, efetivada mediante um processo dialogado e voluntário (KREMMEL; PELIKAN, 2017).

Frequentemente associado às teorias abolicionistas, criminológicas críticas e vitimológicas, o modelo restaurativo de justiça não surgiu desvinculado da problemática afeta ao sistema criminal, pois desde a década de 1970 essas teorias denunciavam que tal sistema reproduz violências, encarcerando (em massa) populações vulneráveis e marginais no capitalismo; por sua vez, a vitimologia destacou que o ofendido é coisificado no curso do procedimento judicial e que, abandonado e sem voz, pouco participa e se satisfaz com os resultados advindos da sentença.

Assim, a justiça restaurativa apresentar-se-ia como contraproposta à racionalidade punitivista que regula o modelo dominante, na tentativa de implementar algo melhor que o sistema penal. Justamente por isso, discussões sobre a reparação e a retribuição, as finalidades da pena, as funções atribuídas aos resultados restaurativos ou, também, sobre a reincidência e a (re)estabilização do tecido social comunitário com a adoção de medidas desencarceradoras são travadas entre os entusiastas do novo modelo e os juristas mais conservadores, pois existe um espaço de intersecção entre o campo penal e o campo restaurativo, os quais, por estarem em constante tensão, forjam iniciativas que tendem à autonomia ou à completa subordinação à racionalidade penal, a depender dos atores que determinam o *locus* de inserção e os conteúdos das práticas (OLIVEIRA, 2020).

Como é notório em um país de dimensões continentais e de cultura plural como o Brasil, não há que se falar em movimentos homogêneos e universais na construção normativa ou na institucionalização das práticas restaurativas em desenvolvimento. Com essa premissa, e para fins especificamente metodológicos, pode-se

afirmar que o desenvolvimento da justiça restaurativa no País ocorre em “dois tempos contínuos” (ANDRADE, 2018, p. 113). O primeiro foi caracterizado como o período da implantação de experiências-piloto financiadas em parceria com o Ministério da Justiça, o Poder Judiciário e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) entre 2005 e 2010, como resultado do *Projeto BRA/05/009 – Promovendo práticas restaurativas no sistema de justiça brasileiro*. Nessa fase, três projetos foram implementados e gerenciados por magistrados estaduais: a ação *Justiça e Educação: uma parceria para a cidadania* foi desenvolvida na Vara da Infância e da Juventude de São Caetano do Sul, São Paulo; por sua vez, no Distrito Federal, a ação foi alicerçada no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirante; e por fim, na 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, implementou-se o projeto *Justiça para o Século 21*, voltado para os casos envolvendo jovens infratores (ANDRADE, 2018).

Se, no primeiro momento citado, coube ao Poder Executivo impulsionar a justiça restaurativa no Brasil, a segunda fase (de 2010 em diante), demarcada pela “institucionalização-expansão” das práticas (ANDRADE, 2018, p. 113), dá-se sob o protagonismo do Poder Judiciário, que incentiva (e define como meta) a implementação de novas experiências nas varas e nos tribunais em todo o País. Ademais, dada a inércia do Poder Legislativo, esse mesmo ativismo da magistratura estadual no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) culminou na edição de resoluções que servem de referência para novos programas experimentais – citam-se aqui as normativas CNJ nº 125/2010 e CNJ nº 225/2016, esta última tida como uma das mais importantes balizadoras da matéria.

Como resultado desse movimento judicial, observa-se a inserção da justiça restaurativa

nos tribunais e varas judiciais, aplicáveis aos mais diferentes contextos e tipos de conflitos sociais, seja para adultos, seja para jovens infratores: de acordo com o *Mapeamento de Programas* publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (2019a, p. 8), dos 31 tribunais respondentes da pesquisa, “somente três responderam não possuir nenhum tipo de iniciativa sobre Justiça Restaurativa, sendo eles: TJRR, TRF-2^a e TRF-5^a”, de modo que “25 Tribunais de Justiça, 96% do total de respondentes, e três Tribunais Regionais Federais, 60% dos existentes, possuem algum tipo de iniciativa em Justiça Restaurativa”.

3 O controle social e suas mutabilidades

As tecnologias utilizadas para o controle dos sujeitos variam de acordo com as conjunturas históricas em que estão inseridas e adaptam-se às mudanças da vida social², política e econômica em constante transformação nos últimos séculos (GARLAND, 2008, p. 181).

Nas sociedades modernas, com a sua estrutura administrativo-burocrática e com as *expertises* de seus profissionais, os Estados exerceram papel central na gestão e na aplicação dos modelos de submissão dos agentes às expectativas sociais (sob pena de sancionamento), condição primeira do exercício do “monopólio da força” (COHEN, 1985, p. 13). Foucault (1999) denunciou a transição da sociedade da agonia (sustentada no espetáculo público da dor e da punição) para a sociedade da disciplina, em que vigoravam as instituições (cárceres, manicômios) destinadas à correção e reabilitação dos sujeitos inadequados ao convívio comunitário. Aqui, se a temporalidade da vingança privada ou do suplício dos corpos do medievo cedeu ante a chegada da modernidade (cujo discurso iluminista legitimou a racionalização, a proporcionalidade e a humanização das penas), o autor criticamente destacou que a ordem instaurada nas instituições se destinava ao assujeitamento e à docilização das pessoas confinadas (FOUCAULT, 1999, p. 117), adequando-as, ao final, para atenderem às condições e aos interesses do poder econômico (do capital) (MACHADO, 2014, p. 21).

Compreender as possibilidades de transformação que a justiça restaurativa pode suscitar no campo sociojurídico pressupõe relacionar o discurso da “*crise generalizada de todos os meios de confinamento*, prisão,

² De forma sucinta, Cohen (1985, p. 16-17) destaca as três diferentes fases de incidência do controle social: (a) século XVIII, no qual o controle era público e feito de forma descentralizada pela comunidade; (b) século XIX, em que o Estado-nação, racional e centralizado, adquire o monopólio do direito de punir, o qual é efetivado por instituições fechadas e segregatórias; e (c) a fase atual (de meados do século XX ao presente), na qual, diante da prevalência do Estado mínimo, o controle será efetivado por novos institutos e atores.

hospital, fábrica, escola, família” (DELEUZE, 2008, p. 224, grifo nosso) com a premente necessidade de (re)inventar tecnologias (substitutivas, econômicas e inovadoras) de controle que sustentem a nova ordem social (GARLAND, 2008). Frisa-se que não se pretende construir uma narrativa sobre a genealogia do conceito de controle social³, das instituições que o operacionaliza(ra)m e das condições que justifica(ra)m a sua transmutação em específicos períodos históricos: constata-se apenas que as respostas ao fenômeno criminoso são continuamente *remodeladas* e, de forma criativa, ajustadas às necessidades de manutenção da ordem do campo em que emergem.

Na transição para sociedades de características “pós-modernas”⁴, pode-se assumir, na esteira de Deleuze (2008) e de Garland (2008), que vivemos em espaços nos quais incidem diferentes tecnologias de controle, que são *plurais* (porque derivadas de várias fontes/origens), *permanentes* (ao serem capazes de incidir em todos os ambientes, constantemente) e potencializadas por novos dispositivos de monitoramento e vigilância que são, em regra, silenciosos e *invisíveis* – o que legitima, através de criativos métodos, a construção de um “Estado penal onipresente” (ANDRADE, 2008, p. 7).

Ainda que se associe à justiça restaurativa (alguma) eficácia no tratamento do conflito sem a privação da liberdade dos envolvidos, aduz-se que as ações de formação e capacitação sobre o tema, o financiamento e a implementação dessas novas experiências em instituições cujos *habitus* estruturam modelos de Estado-penal (de cariz essencialmente punitivista) devem ser analisados com certa suspeição e cautela.

³De acordo com Cohen (1989), a complexidade que circunda o conceito de controle social torna-o analisável sob diferentes perspectivas teóricas (criminologia crítica, marxista, abolicionista, sociológica, dentre outras) e utilizável em variadas dimensões e temporalidades. No mesmo sentido, para maiores detalhes sobre a “desconstrução” do conceito de controle social, ver Varona Martínez (1998, p. 23-79).

⁴Não desconhecemos a discussão acerca do conceito e das características que definiriam a transição da época moderna para a sociedade atual – que, para alguns, se denominaria *modernidade tardia* (GARLAND, 2008), *pós-modernidade*, *sociedade do risco* (Beck), *modernidade reflexiva* (Giddens), entre outras –, aqui apenas afastamos a discussão sobre a sua definição. Neste estudo, adotamos as referências de Garland (2008) relativas às formas como as respostas contemporâneas ao crime e seus métodos de controle evoluíram nos contextos das sociedades de Bem-Estar Social do pós-guerra em transição para as pós-modernas, com base na observação das mudanças ocorridas nos EUA e na Grã-Bretanha. O autor destaca como pontos essenciais para compreender o discurso punitivista atual: a falência das políticas sociais do *Welfare State* após a década de 1970; a viragem das funções correccionais do cárcere para as de neutralização e exclusão dos atores; os novos modelos de comunicação – derivados da inovação tecnológica característica da sociedade da informação (GARLAND, 2008, p. 186) –, que multiplicaram a sensação de insegurança e o medo do crime; o discurso de prevenção do ilícito pela amplificação da atuação policial; a globalização da economia, do capitalismo financeiro e do neoliberalismo, que agudizaram a insurgência de uma sociedade de consumo (GARLAND, 2008, p. 186). Essas novas contingências demonstram que a mudança das estruturas componentes do campo penal legitimou o surgimento de redes de controle ajustadas e conectadas a um novo modelo de vida (GARLAND, 2008, p. 44-186).

Foi nesse sentido que, ainda na década de 1980, ao refletir sobre *as contradições* que permeiam o processo de *informalização* da justiça, Abel (1982, p. 273) questionou se o crescimento de tais modelos “represent[s] an expansion or a contraction of the apparatus of state control” e se eles reduzem ou são um aditivo, uma suplementação do controle até então formalmente exercido por instituições do Estado-penal.

Em virtude dos pontos de secção entre os campos penal e restaurativo, é essencial compreender a incidência do controle nesses diferentes espaços, desvelando as suas características, finalidades e as formas como se instrumentalizam. Para refletir sobre a questão, devem-se compreender os tipos e estratégias de controle que as práticas restaurativas traduzem no campo da administração do conflito penal, para perceber se são novos mecanismos ou se são instrumentos que reproduzem, sob diferentes nomenclaturas, as ferramentas que já alicerçam o modelo penal tradicional. Pretende-se compreender se e como essas tecnologias que prescindem do confinamento espacial – ou que realizam o “controle ao ar livre”, tal como disposto por Deleuze (2008, p. 220) – atuam e submetem seus agentes a controle, podendo configurar-se como instrumento *complementar e de reforço* da expansão da rede penal sobre a população.

4 O controle social informalizado e as novas práticas de justiça

De forma crítica, Andrade (2008, p. 7, grifos nossos) defende que o sistema penal se direciona à “a) expansão quantitativa (maximização) do controle, b) minimização das garantias penais e processuais penais, c) *continuidade* combinada com *redefinição de métodos, dispositivos, tecno-*

logias de controle”. Para Crawford (2009, p. 167), a justiça restaurativa caracteriza-se como uma dessas “new social technologies of control”, destinada à reestruturação e à *adaptação* dos instrumentos formais de controle às exigências da pós-modernidade para, de modo *informal*, se consolidar por uma rede extensa e fragmentada de parcerias (atores e agências sociais) atuantes no nível comunitário (CRAWFORD, 2009, p. 172). Sustentada na lógica da participação e da colaboração de todos os cidadãos no combate ao crime, numa distribuição de responsabilidades (VARONA MARTÍNEZ, 1998, p. 110), busca a efetivação de “un control comunitario, con la colaboración de las víctimas y de los ciudadanos, descentralizado y local” (VARONA MARTÍNEZ, 1998, p. 447).

Cohen (1985, p. 31) destaca que essas características resultaram do “destructuring movement” que foi promovido no campo penal em decorrência das demandas pela *informalização* como condição para a melhoria do acesso e das respostas advindas do sistema de justiça. Alterando-se os padrões e as estratégias, o controle do crime e do delinquente se efetivaria sob diferentes perspectivas: (i) “away from the state”, ou seja, despoja-se o Estado da função primeira do controle, partilhando-se tal competência com a sociedade; (ii) “away from the expert”, uma vez que, com a “desprofissionalização”, o monopólio do controle deixa de estar assentado a atores técnicos e burocratas para ser assumido por leigos da comunidade; e (iii) “away from the institution”, resultado da descrença no cárcere como instituição ressocializadora e da necessidade de criação de medidas que, para exercer controle, evitem o aumento da segregação social (COHEN, 1985, p. 31).

Refletindo-se como as metodologias de aplicação das práticas restaurativas se enquadram nesse cenário, problematiza-se que o controle exercido nessas dinâmicas (que se pretendem

alheias ao Estado, aos profissionais e às instituições do campo penal) se conduz pela lógica da “suavidade penal como técnica de poder”, tal como descrita por Foucault (1999, p. 25). Pressupõem-se, para *legitimar* a assertiva, duas importantes condicionantes teóricas, referenciadas aos modos de produção e exercício do poder (e do controle): a sua “microfísica” (FOUCAULT, 1999, 2014) e o seu modo “invisível” de atuação (BOURDIEU, 2009, p. 7).

A primeira delas consiste em desmistificar o discurso contratual no qual o monopólio do exercício da punição detém-se nas mãos do Estado-Leviatã para passarmos à lógica da “microfísica do poder” (FOUCAULT, 1999, p. 26), na qual todos os atores estabelecem, em suas relações sociais cotidianas, hierarquia e dominação uns sobre os outros, seja em decorrência de diferenças de raça, de classe ou de gênero, seja em decorrência de acúmulo de capital econômico ou cultural (BOURDIEU, 2009). São, pois, “formas de exercício de poder diferentes do Estado, a ele *articuladas* de maneiras variadas e que são indispensáveis inclusive para sua sustentação e atuação eficaz” (MACHADO, 2014, p. 13, grifo nosso).

Se nas sociedades complexas as formas de controle do crime ultrapassam as competências e os limites de atuação do modelo monopolista de Estado para agregar a essa função diferenciadas tecnologias, possibilidades de aplicação e de inserção de variados atores e organizações responsáveis pela contenção da criminalidade, é possível que surjam “novas práticas relacionadas ao controle de comportamentos e à maneira de fazer justiça, em conceitos revisados de ordem social e de controle social e em modos alterados de se manter a coesão social e de lidar com relações entre grupos” (GARLAND, 2008, p. 48).

Como os mecanismos punitivos eram fundados em efeitos repressivos decorrentes da coerção legal e legitimavam o poder central por meio

das sanções e do confinamento, Foucault (1999, p. 23-25) alertava sobre os efeitos “positivos” que essas táticas podiam suscitar, pois seriam produtivas e úteis à manutenção de aspectos econômicos e políticos do sistema⁵.

No âmbito restaurativo, esse viés utilitarista pode ser evidenciado pela capilarização das redes de controle a uma diversidade de atores sociais (extrajurídicos ou não) que participam das práticas restaurativas: seus protagonistas são aptos a censurar os comportamentos dos envolvidos (direta ou indiretamente), podem contribuir na resolução do litígio e fiscalizar o cumprimento das condições acordadas, agindo, desde logo, como extensão (*longa manus*) do Estado.

Do resultado da vigilância das condutas do outro decorrem interessantes consequências, (re)produtoras de poder. Assim, os (censuráveis) comportamentos realizados pelos envolvidos no conflito podem incitar em todos os participantes das práticas restaurativas um processo de “autogovernança”, uma forma de gestão de si e da comunidade de próximos para evitar que a conduta seja por eles reiterada: sob a promessa de profusão da paz social, ou mesmo promovendo o empoderamento de subjetividades, não ignoraremos que, em seu reverso, possam existir interesses do Estado (punitivista) na promoção dessa retórica de poder e de responsabilização indireta desses novos atores nas políticas de tratamento do conflito.

Ora, não sem razão, as estratégias de controle do crime são acompanhadas por esforços “pacientes, continuados, de baixa intensidade,

⁵ Machado (2014, p. 20) explica o “objetivo ao mesmo tempo econômico e político [do efeito positivo do poder]: aumento do efeito de seu trabalho, isto é, tornar os homens força de trabalho dando-lhes uma utilidade econômica máxima; diminuição de sua capacidade de revolta, de resistência, de luta, de insurreição contra os ordens do poder, neutralização dos efeitos de contrapoder, isto é, tornar os homens dóceis politicamente. Portanto, aumentar a utilidade econômica e diminuir os inconvenientes, os perigos políticos; aumentar a força econômica e diminuir a força política”.

direcionados a construir controles internos nas vizinhanças e de encorajar as comunidades a se autopoliciarem – ou seja, ultrapassa o controle do crime feito pelo estado, alcança a comunidade e instituições privadas” (GARLAND, 2008, p. 63). Como consequência,

as fronteiras formais do campo de controle do crime não são mais marcadas pelas instituições do Estado de justiça criminal. O campo, agora, se estende para além do Estado, envolvendo os atores e as agências da sociedade civil, permitindo que rotinas de controle do crime sejam organizadas e direcionadas ao largo das agências estatais. O controle do crime está se tornando responsabilidade não só dos especialistas da justiça criminal mas de todo um conjunto de atores sociais e econômicos (GARLAND, 2008, p. 370).

Passando ao segundo momento, trazemos Bourdieu (2009, p. 8, grifo nosso) à colação para pensarmos que a problemática de reprodução do controle social pela via restaurativa só ocorre porque o poder exercido nessas relações não incide e se consolida apenas como violência sobre os corpos – ele se manifesta simbolicamente como um “poder *invisível* o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”.

Wacziarg (2007, p. 308, grifo nosso) é preciso ao avançar na leitura de Foucault e anunciar que o

Estado não está apenas “lá fora”, sob a forma de burocracias, autoridades e cerimônias. Está também “cá dentro”, indelevelmente gravado em nós, alojado na intimidade do nosso ser, nos modos partilhados através dos quais sentimos, pensamos e julgamos. [...] E produz não tanto “corpos dóceis”, mas sobretudo “*mentes dóceis*”.

Assim, se antes a estratégia do poder punitivo direcionava-se à correção dos delinquentes individuais, passará a “introduzir mudanças, por certo periféricas, mas eficazes, nas normas, rotinas e na consciência de ‘cada um’” (GARLAND, 1999, p. 69).

O discurso da justiça restaurativa como uma justiça benevolente, mais inclusiva e não-punitiva – ou seja, a “*kindler, gentler, more reasonable, hopeful and negotiated justice: a ‘good’ justice*” (DALY, 2004, p. 500) –, mais facilmente autoriza a uma “*manipulation that seeks to modify the character of a person whose behavior is viewed as an expression of irrational impulses*” (ABEL, 1982, p. 272). Não sem razão, a construção de um “controle social menos estigmatizante” (VARONA MARTÍNEZ, 1998, p. 450) se relaciona ao argumento restaurativo de construção de comunidades saudáveis e pacificadas, que necessitam da *docilidade* de seus atores para que contribuam com a evitação e a redução dos conflitos.

Obviamente, não se trata apenas de questionar a eficácia (prática) desse argumento, mas também de elucidar e compreender as relações de poder (visíveis e invisíveis) que sustentam essa retórica, uma vez que, tal como disposto por Sinhoretto (2011, p. 19), mesmo sendo um “campo plural, descontínuo e fragmentado, a gestão estatal da conflitualidade é atravessada por uma coerência que hierarquiza, segmenta e demarca, cria complementaridades, aloca os indivíduos e suas práticas num campo de significado”. Por tal razão, somente no terreno e com base em suas singularidades é que se pretende analisar os efeitos desses mecanismos de controle nos espaços em que incidem.

5 Restaurar o controle? Cooptação da justiça restaurativa pelo Poder Judiciário

Apesar de recentemente implementada no País, a justiça restaurativa parece seguir rotas previsíveis quanto aos seus contornos teórico-práticos. Ao analisar o cenário nacional, torna-se possível a construção de categorias analíticas que qualificam o percurso de institucionalização dessas práticas, sustentadas em perspectivas hegemônicas afetas (i) a quem são os seus atores protagonistas, (ii) às narrativas que informam o conteúdo da matéria⁶ e (iii) à escolha das ferramentas restaurativas que serão im-

⁶Quando falamos de narrativas ou discursos hegemônicos adotados pelos protagonistas que desenvolvem a justiça restaurativa no terreno, observamos uma direta dependência do conhecimento estrangeiro, fazendo a sua direta importação. A produção do saber restaurativo está geograficamente situada e é feita, em regra, por atores falantes da língua inglesa. Assim, o Brasil replicou literaturas estrangeiras sem questionar de forma reflexiva e crítica se as nossas demandas e necessidades, como país marginal e colonizado, são as mesmas que sustentaram aquela produção teórica do Norte.

plementadas (OLIVEIRA, 2020; ANDRADE, 2018).

Nesse sentido, verifica-se a atuação de específicos magistrados responsáveis pela implementação dos projetos, coordenação e gestão das atividades, viabilização de ações destinadas à capacitação e chamada de voluntários para a consolidação das práticas (OLIVEIRA, 2020). Isso porque, frente à inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, coube ao Poder Judiciário impulsionar o movimento restaurativo nas esferas local, regional e nacional brasileiras.

Os magistrados são os responsáveis pela implementação e coordenação de projetos e programas experimentais de justiça restaurativa nas varas em que acumulam, portanto, a tradicional atribuição de julgadores com a de gestores dessas iniciativas. São esses mesmos juízes que escolhem os casos passíveis de serem remetidos à prática restaurativa e, ao final, homologam os seus resultados. No âmbito regional ou estadual, são esses atores que intermedeiam a criação de políticas públicas de caráter restaurativo junto ao Poder Executivo dos estados e municípios nos quais exercem liderança. Por fim, numa escala nacional, atuam junto ao CNJ visando à elaboração dos marcos normativos condutores do movimento (o que resultou nas Resoluções n^{os} 125/2010, 225/2016 e 288/2019). Assim, vislumbra-se uma total inserção das experiências no âmbito do sistema penal, pouco anunciando o potencial de ruptura ou de transformação frente à sua lógica dominante.

Esse cenário de fechamento, de autorreferência na construção de um modelo restaurativo *top-down* – no qual os representantes da comunidade pouco integram e dialogam com os seus articuladores, deixando também de assumir espaços de gestão das iniciativas –, resulta na *dependência* da justiça restaurativa em relação aos limites econômico-financeiros do Poder Judiciário, às narrativas estrangeiras

que importaram para legitimar a matéria e aos tipos de práticas que reconhecem como legítimas. Consequentemente, o modelo está *colonizado por profissionais do sistema de justiça penal* na sua construção e aplicação, em nada afastando-se da crítica ao roubo do conflito que há muito fora denunciado por Christie (1977).

Significa dizer que a *arquitetura* do modelo restaurativo é delimitada (porque está nele inserida) e conduzida pelas mesmas *instituições formais* de controle do sistema tradicional – que são protagonistas na escolha dos conflitos passíveis de serem restaurados, deixando pouca abertura para uma consequente autorregulação daqueles atores que foram envolvidos no problema. Ainda que, tal como na pirâmide regulatória, o conteúdo das práticas restaurativas possa figurar como tendência primeira de resolução do conflito de forma dialogada (retrato de uma justiça informalizada), aponta-se que essa autorregulação será de *médio alcance*, uma vez que a *participação da comunidade* ainda permanece adstrita aos impulsionamentos e métricas delineadas pelos atores do sistema criminal na escolha de quais casos serão passíveis de serem restaurados por tais vias e na homologação dos termos restaurativos que acharem legítimos, face à ausência de diretrizes normativas para tanto.

A essa categoria hegemônica de atores que protagonizam os cenários de implementação da justiça restaurativa, acrescentam-se também a hegemonia de práticas e de teorias que sustentam as suas narrativas (OLIVEIRA, 2020). Apesar da pluralidade de instrumentos que consagram os valores e processos restaurativos, os modelos circulares adotados pelos magistrados – os *peacemaking circles* (círculos de construção de paz) (PRANIS, 2010) – têm sido reiteradamente utilizados para os mais vastos tipos de criminalidade e de perfis de sujeitos envolvidos nos conflitos. Tais metodologias de aplicação se sustentam em teorias estrangeiras – especialmente derivadas de países de língua anglófona, desenvolvidas por atores como Howard Zehr, Kay Pranis, Marshal Rosenberg, entre outros – que destoam, em muito, das origens e dos contextos socioculturais nos quais estão sendo implementadas.

Para a realização dos processos restaurativos, é necessária a participação de um *facilitador* que, de acordo com o art. 16 da Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça ([2019b]), deverá ser capacitado e titulado pelas Escolas Judiciais e Escolas da Magistratura, que são as instituições responsáveis pela promoção de cursos, treinamento e aperfeiçoamento dos profissionais, como requisito indispensável para atuarem junto ao Poder Judiciário (ver art. 13, *caput*, da Resolução nº 225/2016). Novamente, esse critério restritivo acerca da diplomação dos atores faz com que o facilitador seja uma *extensão (longa manus)* do Poder Judiciário, suscitando questões

sobre formas mais sutis de replicação do controle formal, enxertadas nas dinâmicas restaurativas.

6 Conclusão

Constatou-se que o controle social é elemento integrante do modelo restaurativo, ainda que se instrumentalize de forma mais invisível, mais suave ou *soft*, em contraposição às ferramentas que configuram o controle formal da pena (o cárcere, a internação etc.). Com base nos elementos-chave componentes da justiça restaurativa, evidenciou-se que a sua prática viabiliza um controle “social activo, incluyente, positivo y participativo, ya que son los protagonistas del conflicto los que toman las decisiones, ayudados por un mediador, incidiendo en la motivación más que en la represión” (VARONA MARTÍNEZ, 1998, p. 446).

De caráter menos estigmatizante, o “controle restaurativo” dos atores afetados pelo conflito efetivar-se-ia, no espaço comunitário, com fundamento na atuação conjunta daqueles que contribuem voluntariamente para a resolução do conflito e desejam a pacificação social. Para colaborar, é essencial uma “docilidade” nos discursos que conduzem tais práticas: a narrativa deve ser sutil, acolhedora e inclusiva, sobretudo para convencer os participantes de que podem ser responsáveis por evitar e solucionar seus próprios conflitos sem a intervenção e o custo associados à força do Estado. Entrelaçados numa rede circular e infinita de responsabilidades, os cidadãos passam a ser vigilantes dos comportamentos dos atores e dos resultados das práticas na hipótese de que, uma vez não realizadas, sejam reposicionadas no campo penal, que em momento algum deixa de ser o modelo impositivo de solução do conflito mediante a sanção.

Cabe ao Poder Judiciário, por meio de seus magistrados protagonistas, manter-se na posição de agente do controle penal formal: à medida que conjugam às suas competências tradicionais – decorrentes do exercício das suas funções jurisdicionais, entre elas, a de julgar – as responsabilidades pela implementação, gerenciamento, monitoramento e avaliação das práticas restaurativas, sempre conduzidas sob seus interesses e necessidades (sejam pessoais ou institucionais). Ao mesmo tempo, ainda sob seu comando e iniciativa, a comunidade atuará no terreno (muitas vezes voluntariamente) exercitando um “controle restaurativo” delegado. Varona Martínez (1998, p. 452) destaca que essa será uma tendência, caracterizada como “un control público porque intervienen el Estado y la sociedad, en grado variable. En los programas, el papel del Estado consiste en definir, en términos amplios, el marco de la mediación – sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales”.

Sublinhe-se, como crítica, que a incidência desse novo modelo não parece reprimir ou substituir a força das formas de controle punitivistas e os seus mecanismos opressivos (VARONA MARTÍNEZ, 1998, p. 447) – ao contrário, uma vez que o sistema penal “se alimenta das crises para poder se reformular continuamente, ou seja, não sobrevive apesar de suas contradições, mas por causa delas” (DIETER, 2012, p. 84-85).

Em face disso, da maior dependência da justiça restaurativa resulta que formas diversas de controle social coexistam com as estratégias fundacionais do campo penal, de forma escalonada ou não. Essa possibilidade de combinar as tipologias de controle segue como tendência: mesmo com o “hiperencarceramento” em ascensão, continua a expandir-se o número de agentes inseridos no sistema por várias formas de sancionamento que não cerceiam a liberdade, fortalecendo-se o Estado-penal.

Sobre a autora

Cristina Rego de Oliveira é doutora em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI pelas Faculdades de Direito e de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestra em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; pós-doutoranda em Direito na Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; advogada. E-mail: cris.regodeoliveira@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

OLIVEIRA, Cristina Rego de. A justiça restaurativa como estratégia contemporânea de controle social penal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 107-121, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p107

(APA)

Oliveira, C. R. de (2021). A justiça restaurativa como estratégia contemporânea de controle social penal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(232), 107-121. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p107

Referências

ABEL, Richard L. The contradictions of informal justice. In: _____ (ed.). *The politics of informal justice*. New York: Academic Press, 1982. v. 1, p. 267-320. (Studies on Law and Social Control).

AERTSEN, Ivo. Restorative justice through networking: a report from Europe. In: VAN DER SPUY, Elrena; PARMENTIER, Stephan; DISSEL, Amanda (ed.). *Restorative justice: politics, policies and prospects*. Cape Town: Juta, 2007. p. 91-112.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Movimentos contemporâneos do controle do crime. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 15, n. 184, p. 7-8, mar. 2008.

_____. (coord.). *Relatório analítico propositivo: pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. [S. l.]: Conselho Nacional de Justiça, 2018. (Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbec709398.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

BRAITHWAITE, John. Minimally sufficient deterrence. *Crime and Justice: a review of research*, Chicago, v. 47, p. 69-118, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1086/696043>.

_____. *Restorative justice & responsive regulation*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2002. (Studies in Crime and Public Policy).

_____. The essence of responsive regulation. *UBC Law Review*, [s. l.], v. 44, n. 3, p. 475-520, 2011. Disponível em: https://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Articles/essence_responsive_regulation.pdf. Acesso em: 23 ago. 2021.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 1-15, Jan. 1977. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.bjc.a046783>.

COHEN, Stanley. The critical discourse on “social control”: notes on the concept as a hammer. *International Journal of the Sociology of Law*, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 347-357, Aug. 1989.

_____. *Visions of social control: crime, punishment, and classification*. Cambridge, UK: Polity Press; Oxford, UK: Blackwell, 1985.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mapeamento dos programas de justiça restaurativa*. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, Comitê Gestor de Justiça Restaurativa, 2019a. (Seminário Justiça Restaurativa). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.

_____. *Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. [Brasília, DF]: Conselho Nacional de Justiça, [2019b]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160827202007275f1efbfb0faa.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.

CRAWFORD, Adam. Restorative justice and antisocial behavior interventions as contractual governance: constructing the citizen consumer. In: KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna (ed.). *Urban crime prevention, surveillance, and restorative justice: effects of social technologies*. Boca Raton, FL: CRC Press, 2009. p. 167-194.

_____. *The local governance of crime: appeals to community and partnerships*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1997. (Clarendon Studies in Criminology).

DALY, Kathleen. Pile it on: more texts on RJ. *Theoretical Criminology*, [s. l.], v. 8, n. 4, p. 499-507, Nov. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1177/1362480604046662>.

DELEUZE, Gilles. *Post-scriptum sobre as sociedades de controle*. In: _____. *Conversações: 1972-1990*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 2008. p. 219-226. (Coleção Trans).

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 ago. 2021.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução, apresentação e notas de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Coleção Pensamento Criminológico, v. 16).

_____. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. Tradução de Bento Prado de Almeida Neto. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 13, p. 59-80, nov. 1999. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44781999000200006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/gDHjvtQy9VR7Ft6vZRF9gZt/?lang=pt>. Acesso em: 23 ago. 2021.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1985.

KREMEL, Katrin; PELIKAN, Christa. Lifeworld, law and justice. In: AERTSEN, Ivo; PALI, Brunilda (ed.). *Critical restorative justice*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2017. p. 159-174.

MACHADO, Roberto. Introdução: por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014. p. 7-34.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Rupturas ou continuidades na administração do conflito penal? Os protagonistas e os processos de institucionalização da justiça restaurativa em Portugal e no Brasil*. 2020. Tese (Doutorado em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

PRANIS, Kay. *Processos circulares de construção de paz*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Série Da Reflexão à Ação).

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SINHORETTO, Jacqueline. *A justiça perto do povo: reforma e gestão de conflitos*. São Paulo: Alameda, 2011.

VARONA MARTÍNEZ, Gema. *La mediación reparadora como estrategia de control social: una perspectiva criminológica*. Granada: Comares, 1998. (Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. Estudios de Derecho Penal, 10).

WACQUANT, Loïc. Lendo o “capital” de Bourdieu. In: PINTO, José Madureira; PEREIRA, Virgílio Borges (org.). *Pierre Bourdieu: a teoria da prática e a construção da sociologia em Portugal*. Porto: Afrontamento, 2007. p. 296-312. (Biblioteca das Ciências Sociais. Sociologia, Epistemologia, 55).

Reconfigurações nos direitos territoriais de indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais

As repercussões internas dos padrões internacionais de proteção

INAFRAN RIBEIRO

Resumo: Este artigo analisa as relações entre padrões internacionais de proteção aos direitos humanos e os direitos territoriais de povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais no Brasil. Realizou-se uma pesquisa documental e bibliográfica, e analisou-se o material com base na abordagem construtivista, a qual, nos estudos sobre direitos humanos, evidencia os papéis desempenhados por múltiplos atores nacionais e transnacionais nos processos de reconhecimento e efetivação de direitos. Argumenta-se que as reconfigurações internas observadas nos direitos territoriais foram influenciadas pela dinâmica de produção e reavaliação de padrões normativos internacionais, por meio da circulação de ideias entre organismos internacionais, agentes de Estado, ativistas, intelectuais e movimentos dedicados às causas indígena, étnico-racial e socioambiental. Como efeito da socialização de normas e perspectivas teóricas, ocorre o rompimento formal do sistema jurídico nacional com o paradigma integracionista e a criação e ressemantização de categorias teóricas e político-normativas, ampliando o rol de grupos titulares de direitos territoriais específicos.

Palavras-chave: Direitos humanos internacionais. Povos indígenas. Comunidades tradicionais. Direitos territoriais. Reconfigurações sociojurídicas.

Reconfigurations in the territorial rights of indigenous peoples, *quilombolas* and traditional local communities: the domestic repercussions of international protection standards

Recebido em 23/2/20
Aprovado em 10/5/21

Abstract: This paper analyzes the relations between international human rights standards and the land and territorial rights of indigenous

peoples, *quilombolas* and other traditional local communities in Brazil. A documentary and bibliographic analysis was carried out, based on the constructivist approach that, in human rights studies, highlights the roles played by multiple national and transnational actors in the process of recognition and enforcement of rights. It is concluded that the reconfigurations of territorial rights in Brazil were influenced by the dynamics of production and the re-evaluation of international standards, through the circulation of ideas among international organizations, state agents, intellectuals, activists, and movements dedicated to indigenous, ethnic-racial, and socio-environmental causes. As a result of the socialization of norms and theoretical perspectives, there is the formal rupture of our legal system with the integrationist paradigm and the creation and re-semanticization of theoretical and political-normative categories, expanding the list of groups that have specific territorial rights.

Keywords: International human rights. Indigenous peoples. Traditional local communities. Land and territorial rights. Socio-legal reconfigurations.

1 Introdução

Normas internacionais de proteção a grupos socialmente vulneráveis são produtos do reconhecimento institucional de que determinadas questões atinentes a esses grupos devem compor a agenda internacional dos direitos humanos. É o caso das que instituem e protegem direitos territoriais de povos indígenas, tribais e outras comunidades locais. Com a institucionalização de padrões protetivos pelos organismos internacionais, surge o desafio de fazer com que eles produzam efeitos no âmbito dos Estados. Tão complexos quanto os processos de conformação e aceitação internacional desses padrões são os arranjos institucionais e sociopolíticos direcionados à internalização dos direitos por eles protegidos. Situado nos debates constituídos em torno dessa problemática, o presente estudo analisa as relações entre padrões internacionais de proteção aos direitos humanos e o campo dos direitos territoriais no Brasil.

Por meio de pesquisa preponderantemente bibliográfica e documental, objetivou-se compreender *se e como* os padrões internacionais incidentes sobre o tema reverberam no contexto brasileiro, buscando identificar os resultados das possíveis repercussões. O estudo bibliográfico inclui a produção acadêmica recente sobre as relações entre Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e contextos domésticos; a

produção teórica que informou alterações no paradigma normativo sobre direitos de povos indígenas e tribais em nível internacional; e as análises acerca do desempenho transnacional de atores dedicados ao tema. O exame documental abordou estudos técnicos realizados por organismos internacionais; normas internacionais pertinentes (declarações, convenções, resoluções etc.); e decisões de Cortes internacionais quando relevantes para o nosso propósito. Sobre o contexto jurídico-político nacional, os documentos analisados incluem a jurisprudência de tribunais regionais e superiores, além de materiais relativos a políticas públicas específicas.

O conteúdo desse material empírico é analisado à luz da literatura de linhagem teórica construtivista, que, em suas aplicações a problemas de direitos humanos, tem evidenciado o papel exercido por múltiplos atores na estruturação e mobilização de oportunidades políticas e jurídicas para o reconhecimento e a efetivação de direitos. Essa literatura aponta para a necessidade de reflexão sobre o caráter dinâmico das relações que se estabelecem entre o DIDH e os contextos nacionais, o que necessariamente passa pela análise das ideias, práticas e estratégias mobilizadas pelos variados agentes que operam nesse campo, deslocando o eixo analítico da atuação estatal para o processo político amplamente concebido. Nesse sentido, falamos de maneira mais genérica em *repercussões internas* dos padrões internacionais de proteção por acreditarmos que essa terminologia favorece a observação de outros desdobramentos sociopolíticos além daqueles de caráter estritamente jurídico-formal. A estratégia aqui adotada para identificar e analisar tais repercussões enfoca os processos de socialização dos padrões protetivos, aí inclusos tanto a difusão de ideias e perspectivas teóricas subjacentes ao processo de conformação desses padrões quanto o manejo estratégico e a reverberação domés-

tica dos textos normativos depois de adotados internacionalmente.

A pesquisa realizada demonstra que a dinâmica de produção e reavaliação de normas internacionais de direitos humanos relacionadas ao campo dos direitos territoriais desempenhou forte influência sobre o contexto brasileiro, com implicações decisivas na configuração doméstica da questão. Argumentamos que essa influência e seus resultados institucionais e sociopolíticos são identificáveis antes da própria instalação da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) em 1987, e ainda persistem, mesmo que perpassados de tensionamentos. Desse modo, concluímos que a atenção à conformação de padrões protetivos internacionais e aos múltiplos agenciamentos em torno desse processo mostra-se crucial para a compreensão das reconfigurações sociojurídicas observadas no campo dos direitos territoriais no Brasil, aqui identificadas no rompimento formal do nosso sistema jurídico com o paradigma normativo integracionista e na ressemantização ou criação de categorias teóricas e político-normativas, fatos que resultaram na ampliação do rol de grupos sociais que passam a demandar o reconhecimento de direitos territoriais e sua efetivação pelo Estado.

2 A dinamicidade das relações entre padrões protetivos internacionais e contexto doméstico

Os problemas inerentes à produção normativa e à efetividade do DIDH suscitaram a constituição de um campo de estudos que reúne especialistas da área jurídica e das ciências sociais dedicados a investigar os desdobramentos desse conjunto de normas nos contextos nacionais. Algumas abordagens estão centradas no redimensionamento da noção

de soberania nacional, sobretudo em função do espaço adquirido pelos direitos humanos na pauta internacional e de sua influência no processo descrito como *internacionalização do Direito*. Ocorrem aí a constatação ou a defesa de um constitucionalismo concebido além do Estado-nação, recorrentemente denominado *constitucionalismo global* (FERRAJOLI, 1998; PETERS, 2009; WIENER, 2012). A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2021]) e suas inovações no relacionamento entre o DIDH e o Direito Constitucional fizeram surgir análises centradas nas relações entre os planos nacional e internacional, de modo a privilegiar os mecanismos institucionais que expressam o diálogo de fontes e a pluralidade de ordens jurídicas (MAZZUOLI, 2008; RAMOS, 2012), chegando mesmo a se falar num “Direito Constitucional Internacional” (PIOVESAN, 2010).

Essas perspectivas cumprem papel importante no campo dos debates jurídico-dogmáticos sobre internalização e efetivação de direitos humanos internacionais, mas outras questões de relevância sociopolítica passam ao largo dos seus objetivos. Não têm muito espaço no conjunto da produção do campo jurídico, por exemplo, estudos empíricos sobre nuances que ultrapassam aspectos jurídico-formais, apresentando resultados mais substantivos quanto ao alcance, problemas e limites das repercussões internas dos padrões internacionais. As abordagens estritamente jurídicas não costumam considerar adequadamente o fato de que as relações entre as ordens normativas internacional e nacional, em especial no campo dos direitos humanos, são cada vez mais caracterizadas pela presença de um conjunto amplo de agentes que disputam definições e diretrizes políticas; significativo é o papel de atores não estatais que passaram a participar mais intensamente dessa dinâmica por meio de estratégias de mobilização social (BOB,

2002; FOX, 2002), de demandas levadas a cabo no quadro institucional estabelecido (KAMMINGA, 2005) ou de iniciativas que articulam ambas as formas de atuação (MACIEL, 2011).

As repercussões de cunho estritamente legal dos direitos humanos internacionais no contexto doméstico estão geralmente atreladas à ratificação de normas internacionais e à sua internalização formal, de modo que as investidas analíticas tendem a enfatizar os papéis do Estado e de seus agentes, sem dispensar a devida atenção a outros atores sociais e a suas articulações. Uma análise integral do fenômeno demanda, contudo, uma reflexão mais ampliada que alcance, por exemplo, outros resultados sociopolíticos decorrentes do processo de socialização das normas e de seus fundamentos agenciado por movimentos sociais e por atores ligados à academia. Esse tipo de enfoque tem adquirido espaço numa crescente literatura especializada que passou a dar maior atenção à pluralidade de agentes transnacionais, nacionais e locais atuantes no campo da implementação das normas de direitos humanos. Alguns estudos têm sido capazes de produzir conclusões mais ou menos generalizáveis sobre as repercussões internas de padrões protetivos internacionais resultantes do manejo estratégico que diversos atores e coalizões fazem do DIDH. Embora não costumem apresentar explicações causais peremptórias sobre o que leva à observância interna dos direitos humanos internacionais, a iniciativa dessas análises de considerar a relevância do papel de atores situados além do campo estatal ou em suas fronteiras diversificou a abordagem do assunto¹.

¹ O termo *compliance* é recorrentemente utilizado em estudos dessa área em referência à conformidade da ordem jurídica nacional aos padrões normativos consagrados internacionalmente. Para uma ampla visão desse conceito e de suas implicações teórico-metodológicas no campo dos direitos humanos, ver Cardenas (2010), Garbin (2013) e Hillebrecht (2017). Para uma avaliação crítica da produção acadêmica recente nesse campo, ver Koerner e Maia (2018).

Abordagens construtivistas têm evidenciado a influência de múltiplos atores, nos níveis internacional, transnacional e doméstico, sobre a prática estatal em relação a questões de direitos humanos. Investigações nessa linha têm indagado sobre como o envolvimento desses atores com o DIDH e com as instituições ajuda a moldar os interesses do Estado, favorecendo conformidades domésticas com direitos humanos internacionalmente reconhecidos (KOERNER, 2003, p. 144; BATES, 2014, p. 1.179; HILLEBRECHT, 2017, p. 33). Os agentes nesse campo fundam suas atuações principalmente na construção de argumentos informados pelos padrões internacionais; na ostensiva exposição das normas internacionais nos contextos jurídico-políticos internos; e na circulação e socialização das ideias e fundamentos informadores de tais padrões (RISSE; SIKKINK, 1999; RISSE; ROPP, 2013). Ao enfatizar a dinamicidade das relações constituídas entre o DIDH e os contextos internos, essa abordagem apresenta uma alternativa analítica ao enfoque estático que sublinha o protagonismo do Estado e seus agentes na condução da política internacional, na produção de padrões protetivos internacionais e em sua implementação interna.

Esse enfoque “estatocêntrico” resulta geralmente em interpretações cétricas ou pessimistas quanto à potencialidade das normas internacionais para a proteção e a promoção interna de direitos. Em contraposição, estudos atentos à dinamicidade do fenômeno têm-se dedicado a explicar que o DIDH pode funcionar como fonte de empoderamento e de legitimidade da ação coletiva, tornando-se insumo para mobilizações com potencial de promover mudanças na configuração jurídico-política doméstica e no comportamento dos atores estatais relativamente a questões de direitos humanos (SIMMONS, 2009, p. 114). As abordagens dinâmicas exploram as relações entre múltiplos atores e instituições internacionais e internas, e enfocam de maneira

particular os fluxos entre redes transnacionais de *advocacy*, movimentos sociais locais e agentes de Estado, com atenção às suas convergências, estratégias de atuação e potencialidade de impactar as instituições.

Sob essa perspectiva, os fenômenos do reconhecimento e da efetivação de direitos são situados no processo político amplamente concebido e não estão restritos à incorporação de garantias em estruturas legais: são vistos além dos modelos que têm o campo estatal como eixo analítico. Assim, considera-se que a sociedade cria e recria as condições para validar e concretizar direitos humanos por meio de condutas que: (i) oferecem uma estrutura de ação para os grupos sociais; (ii) tornam públicas as injustiças; (iii) protegem o espaço privado da incursão do Estado e do mercado; (iv) intervêm e interagem diretamente nos sistemas legais e políticos; e v) promovem a inovação social (VIEIRA; DUPREE, 2004, p. 60). Os padrões protetivos positivados no DIDH são, pois, fatores particularmente significativos por constituírem uma via na qual indivíduos, grupos e mesmo setores do Estado defendem bandeiras e demandas que não gozariam do mesmo nível de poder e legitimidade na ausência de determinadas normas internacionais (SIMMONS, 2009, p. 124). Por esse ângulo, destaca-se o potencial de reivindicações legitimadas por essa via para instigar os Poderes Executivo e Legislativo a alterar ou incrementar sua agenda de políticas públicas; considera-se também que o sistema de Justiça pode ter sua atuação constringida por litígios em que as demandas são estrategicamente fundamentadas nos direitos humanos internacionais (SIMMONS, 2009, p. 150).

O reconhecimento do caráter dinâmico das relações estabelecidas entre organismos internacionais, movimentos transnacionais e locais e atores de Estado parece ser, portanto, condição para adequadamente se compreenderem os efeitos dos padrões internacionais sobre o contexto

doméstico. A par disso, nosso enfoque volta-se para a dinâmica de socialização das normas internacionais de direitos humanos, inclusive do seu processo de conformação, tomando-se como eixos analíticos as *mediações* e as *interações* que caracterizam o fenômeno. Com o termo *mediações* referimo-nos ao desempenho de atores transnacionais e domésticos, notadamente por meio da mobilização de ideias, no contexto de conformidade a padrões protetivos e na constituição de oportunidades domésticas para que eles se efetivem. Todavia, ao falarmos em *interações*, referimo-nos ao produto desse conjunto de mediações, o que inclui: (i) resultados institucionais, como convergências normativas entre norma internacional e ordem jurídico-política interna, alterações legislativas, construção e reavaliação de políticas públicas, alteração ou sedimentação de entendimentos jurisprudenciais etc.; e (ii) resultados sociopolíticos no campo da ação coletiva, como a constituição ou o reforço de identidades coletivas e o estabelecimento de alianças, redes e coalizões com o propósito de fomentar ou ampliar resultados institucionais.

3 Mediações para a alteração do paradigma normativo internacional

A Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (1957), sobre a “proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes”, foi a primeira norma internacional a tratar do tema de maneira mais abrangente e já sob os auspícios do processo de consolidação dos direitos humanos como tema global observado após a Segunda Guerra Mundial. Embora tenha rompido o silêncio que caracterizou o tratamento dos povos indígenas e tribais pelo Direito Internacional, essa norma é ainda baseada nos problemáticos objetivos de

integração e assimilação cultural dos sujeitos a quem se destinava proteger. Assim, o paradigma no qual se fundaram os termos iniciais da proteção internacional desses grupos estava marcado por valores de teor colonialista e por uma obsoleta hierarquização cultural (ANAYA, 2004, p. 49-53; LÂM, 2007). Esse paradigma foi paulatinamente alterado por iniciativas que se multiplicaram a partir do final da década de 1960, num contexto de transnacionalização do ativismo (KECK; SIKKINK, 1998; PRICE, 2003), e que encontraram esteio na reavaliação de perspectivas teóricas sobre as identidades coletivas. A Antropologia, em particular, produzia estudos sobre o tema da etnicidade que passaram a explorar as consequências sociopolíticas desse fenômeno, como demandas emergentes por acesso a direitos e recursos específicos, entre os quais os direitos territoriais diferenciados (BARTH, 1998; POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998).

A articulação de povos indígenas com intelectuais e movimentos de defesa dos direitos humanos transnacionais fez com que eles galssem espaço nos fóruns dedicados à discussão internacional dos seus direitos imediatos e da temática ambiental. O Simpósio sobre a Fricção Interétnica na América do Sul, realizado em Barbados em janeiro de 1971, é uma expressão inicial dessas articulações e dos seus efeitos. O evento, organizado pelo Conselho Mundial de Igrejas, reuniu antropólogos de diversos países do continente e deu origem à Declaração de Barbados I, intitulada *Pela libertação do indígena*. Ali foram denunciados os problemas inerentes ao paradigma normativo assimilacionista prevalecente, rompeu-se com pressupostos colonialistas e evidenciou-se a necessidade de assegurar aos indígenas autonomia e participação em debates e procedimentos que pudessem impactar o reconhecimento, a efetivação e a fruição de seus direitos. O documento final enfatiza questões como o direito à autogestão e à livre escolha

de alternativas socioculturais e afirma o dever dos Estados de garantir o direito dos indígenas de serem e permanecerem conforme sua própria especificidade cultural (BARTOLOMÉ; BONFIL BATALLA; BONILLA; CASTILLO CÁRDENAS; CHASE SARDI; GRÜNBERG; ARVELO DE JIMÉNEZ; MOSONYI; RIBEIRO; ROBINSON; VARESE, 1971).

Embora antropólogos estivessem presentes em iniciativas internacionais relacionadas à questão indígena já na década de 1940, é a partir de 1970 que alguns desses estudiosos assumem posições importantes na estrutura de organismos internacionais ou na criação e suporte a organizações não governamentais (ONGs), desempenhando o papel crucial de mediar demandas de indígenas e de outros grupos sociais vulneráveis no cenário internacional e nos contextos domésticos (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2005, p. 83-113; DAVIS, 2008, p. 571; SEITHEL, 2004, p. 23). Vinculada à atuação institucional desses intelectuais, a difusão de postulados teóricos na academia e no espaço público cumpriu destacado papel na socialização do processo de conformação de padrões protetivos internacionais e no influxo das premissas e perspectivas em disputa nesse processo.

Nesse sentido, ilustrativamente remetemo-nos a duas figuras com trajetórias profissionais representativas dessas atuações mediadoras no âmbito das organizações internacionais, bem como entre elas e os contextos domésticos: David Maybury-Lewis (1929-2007) e Rodolfo Stavenhagen (1932-2016).

Maybury-Lewis foi professor de antropologia em Harvard, realizou trabalho de campo no Brasil junto ao povo Xavante e fundou em 1972 a Cultural Survival, uma ONG de caráter transnacional com foco na defesa dos direitos indígenas. Suas relações com o contexto brasileiro envolveram a atuação como professor visitante em universidades do País; o envio de seus orientandos ao Brasil para pesquisas de campo; a recepção de estudantes e professores brasileiros em Harvard mediante parcerias institucionais; e a construção de laços de amizade com antropólogos e outros atores ligados à defesa dos direitos indígenas no País. Maybury-Lewis viveu no Brasil durante o regime militar, quando o discurso desenvolvimentista prevalecente ameaçava os povos indígenas, o que motivou sua participação em manifestações no exterior em favor dos indígenas brasileiros e a atuação da Cultural Survival no apoio a projetos no País, entre os quais um seminário ocorrido em Florianópolis em 1980, que congregou antropólogos e advogados comprometidos com a defesa dos direitos territoriais² (LARAIA, 2008a, 2008b). É reconhecida a

² O evento intitulado *O índio perante o Direito* aconteceu em outubro de 1980. Uma síntese dos documentos conclusivos, com recomendações relativas aos direitos territoriais, foi publicada em inglês pela Cultural Survival, e a íntegra das comunicações dos participantes foi publicada numa coletânea em português (SANTOS, 1982).

influência de Maybury-Lewis e de sua ONG nos debates sobre a temática indígena nas organizações internacionais, em particular na Organização das Nações Unidas (ONU) (DAVIS, 2008, p. 571-573).

Rodolfo Stavenhagen, por sua vez, foi professor e pesquisador no Colégio de México (Colmex), país no qual se radicou e escreveu obras sobre direitos dos povos indígenas e movimentos camponeses de grande repercussão internacional que influíram no processo de conformação normativa sobre direitos territoriais nos organismos internacionais e na socialização transnacional das ideias ali em debate. Por meio do conceito *etnodesenvolvimento*, Stavenhagen (1985) problematizou o desenvolvimento de iniciativas públicas e empresariais que ofereciam riscos aos direitos territoriais; e sua obra *The ethnic question* (STAVENHAGEN, 1990) foi particularmente influente no processo de reavaliação internacional de padrões protetivos sobre grupos etnicamente diferenciados, entre os quais os povos indígenas. Além da atuação acadêmica, Stavenhagen exerceu cargos de direção na Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco); foi vice-presidente do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, na Costa Rica; e foi o primeiro Relator Especial da ONU para os Direitos dos Povos Indígenas, quando esse posto se tornou mecanismo permanente do sistema de proteção aos direitos humanos das Nações Unidas em 2001 (STAVENHAGEN, 2013).

As ideias cultivadas na academia e difundidas internacionalmente repercutiram nos organismos internacionais, em especial a partir da década de 1970, e foram decisivas para a alteração do paradigma normativo sobre povos indígenas, incidindo diretamente sobre o tema dos direitos territoriais. Um elemento que evidencia esses influxos é a produção do chamado *Relatório Cobo* (1971-1986), decorrente de uma resolução do Conselho Econômico e Social da ONU, que autorizou o empreendimento de um estudo global sobre o problema da discriminação contra povos indígenas. Em 1971, o diplomata equatoriano José Martínez Cobo foi nomeado para conduzir esse estudo durante o mandato que durou até 1986. Com base na estrutura institucional da Nações Unidas, sua atuação foi precursora da denúncia internacional de graves violações dos direitos indígenas. Desse mandato resultou o *Study of the problem of discrimination against indigenous populations* (MARTÍNEZ COBO, 1987) – o *Relatório Cobo* –, que forneceu suporte político, teórico e normativo para o processo de conformação dos padrões internacionais de proteção aos direitos humanos de povos indígenas que ainda vigoram no sistema internacional.

Uma importante contribuição legada pelo *Relatório Cobo* foi sua definição para a expressão *povos indígenas*, elaborada em diálogo com os estudos antropológicos então emergentes sobre o tema da etnicidade, que problematizavam os equívocos e os efeitos negativos de perspectivas

teóricas que endossavam o assimilacionismo cultural. A definição contém dois critérios que distinguem indígenas de outras minorias: (i) a centralidade da relação com suas terras ancestrais como base econômica, espiritual, cultural e identitária; e (ii) sua preexistência ao advento dos colonizadores que os desapropriaram e subordinaram (PETERKE, 2013, p. 64). O *Relatório Cobo* insiste na necessidade de se recorrer à Antropologia no tratamento da questão, denuncia o evolucionismo que chancelou uma hierarquização de culturas desfavorável aos autóctones e persevera na necessidade de considerar as próprias representações jurídicas dos povos indígenas (ROULAND, 2004, p. 429-430), um indicativo de como a mudança no tratamento internacional da questão se articulava com as alterações teóricas nos estudos sobre identidades étnicas nas Ciências Sociais.

Outra circunstância fundamental para a consolidação da mudança no paradigma normativo internacional foi o reconhecimento pela OIT de que sua Convenção 107 precisava ser revista – o que foi explicitado em 1986 na convocação de uma reunião de especialistas para tratar do tema. A reunião teve Rodolfo Stavenhagen como *chairman*, e dela participaram especialistas de várias partes do mundo, além de representantes de governos, organizações internacionais, órgãos sindicais e dos próprios povos indígenas. Dois especialistas representaram organizações indígenas na reunião: um do Conselho Mundial dos Povos Indígenas e outro da ONG transnacional indigenista Survival International. Pela primeira vez, representantes de povos indígenas tiveram voz num fórum dedicado a discutir os termos de um tratado internacional, além de poderem acompanhar os debates como observadores (SWEPSTON, 2015, p. 57; RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2005, p. 284). Os *experts* reunidos em Genebra concluíram pela necessidade de revisão da Convenção 107 e apontaram não só os

princípios que seriam o eixo da nova orientação normativa – entre os quais o respeito às culturas, às formas de vida e às instituições tradicionais dos povos indígenas e tribais –, mas também a participação dessas coletividades na tomada de decisões sobre temas de seu interesse. Ficou assentado ali o caráter excepcional da remoção desses povos das terras que tradicionalmente ocupam, e consolidou-se o entendimento de que qualquer medida que de alguma forma impactasse seu modo de vida só poderia ser levada a cabo se a eles fosse assegurado o direito de participar plenamente dos procedimentos decisórios, manifestando seu livre consentimento.

Entre 1987 e 1988, a fim de aprimorar o projeto de uma nova norma internacional, a OIT promoveu consultas a organizações indígenas, governos e especialistas acerca das recomendações produzidas na reunião de 1986; e o texto da Convenção 169, relativa aos povos indígenas e tribais nos países independentes, foi finalmente aprovado em junho de 1989. Essa norma internacional pode ser considerada a primeira a reconhecer povos indígenas e tribais como sujeitos de direito em sentido estrito, em razão do caráter de promoção da autonomia dessas coletividades. Superando o paradigma assimilacionista, estão entre os padrões protetivos instituídos pela Convenção 169: (i) o critério subjetivo de aplicação do documento, com base na autoatribuição identitária dos sujeitos interessados; (ii) o direito à consulta prévia sobre decisões políticas que afetem os indivíduos de que trata o documento; (iii) a vedação à remoção; e (iv) o reconhecimento dos direitos de propriedade e posse sobre as terras tradicionalmente ocupadas³ (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989).

³ A Convenção 169 passou a vigorar em 5/9/1991 e até o presente momento foi ratificada por 23 países. O Brasil ratificou-a em 25/7/2002, e sua entrada em vigor ocorreu em 25/7/2003.

Dado o avanço que representou a aprovação da Convenção 169 (bem como as discussões que a antecederam), parece correta a afirmação de que em meados da década de 1980 “a discussão sobre os direitos das populações indígenas já havia incorporado de maneira definitiva a valorização da diversidade cultural e o direito à preservação da identidade cultural em oposição a políticas integracionistas” (CORDEIRO, 1999, p. 128-129), fato que pode ser atribuído à crescente influência de intelectuais e do próprio movimento indígena na agenda internacional.

Também na esteira dessas influências, normas internacionais mais recentes agregaram aperfeiçoamentos ao conjunto de padrões de proteção que está em processo de conformação desde a década de 1970. É o caso tanto da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas – que começou a ser discutida na década de 1980, mas só foi aprovada pela ONU em 2007 – quanto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Organização dos Estados Americanos em 2016, dezessete anos após a decisão dessa organização de criar um instrumento normativo sobre o tema. Quanto aos direitos de outras comunidades tradicionais, a Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, tem-se mostrado particularmente relevante por referir-se a “*comunidades locais e populações indígenas*” (art. 8º, j) (BRASIL, 2000, grifo nosso). Nessa direção vai também a recente Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Camponeses e Outras Pessoas que Trabalham em Áreas Rurais, de 2018, cujo processo de aprovação mobilizou organizações brasileiras dedicadas à causa, como mostra a nota pública pela aprovação da norma endossada em setembro do mesmo ano por dezenas dessas organizações⁴.

⁴ Ver Marinho (2018).

4 Interações jurídico-políticas e ampliação do rol de sujeitos de direitos territoriais

Enquanto no cenário internacional da década de 1980 se observavam avanços significativos nas discussões sobre direitos humanos de povos indígenas e de outros grupos etnicamente diferenciados da sociedade dominante, estavam em curso no Brasil os debates sobre a elaboração de uma nova Constituição. Na esteira da dinâmica internacional, antes mesmo da ANC os direitos dos povos indígenas vinham sendo discutidos internamente com esteio na gramática dos direitos humanos, como indica a realização em 1983 do evento que congregou novamente antropólogos e advogados em Florianópolis intitulado *Sociedades indígenas e o Direito – uma questão de direitos humanos*⁵. A ênfase nos direitos humanos evidente já no título do seminário – o que não ocorrera num evento do mesmo gênero realizado anos antes pelo mesmo grupo de intelectuais (ver nota 2) – indica a influência do debate internacional sobre a mobilização de atores domésticos e aponta para os termos das discussões que seriam travadas posteriormente durante a ANC.

A promulgação da CRFB foi antecedida por interações dos planos nacional, transnacional e internacional que resultaram no empoderamento de atores marginalizados para influenciar mudanças institucionais discutidas no período de redemocratização. Os avanços da CRFB quanto aos direitos étnico-territoriais estão, pois, entrelaçados nas mobilizações que no plano internacional alicerçavam o processo de alteração do paradigma normativo vigente. A esse respeito, Vieira e Quack (2016) argumentam

⁵ Os textos e documentos finais aprovados no evento foram publicados em coletânea sob o mesmo título (SANTOS; WERNER; BLOEMER; NACKE, 1985).

que as mudanças relativas à temática indígena presentes na CRFB foram possibilitadas pela constituição de um movimento nacional pelos direitos desses povos derivado da dinâmica transnacional de mobilização. Ao identificarem três trajetórias de mobilização transnacional, as autoras chamam a atenção para os resultados ideacionais, organizacionais e institucionais causados internamente por essa dinâmica.

A primeira trajetória identificada diz respeito ao ativismo transnacional de antropólogos e ao surgimento de organizações locais de apoio à causa indígena; a segunda está relacionada às redes transnacionais de religiosos adeptos da Teologia da Libertação e ao surgimento de um movimento nacional congênere; e a terceira consiste no papel de jornalistas internacionais num contexto de circulação da informação que pôs em pauta questões como a violação dos direitos indígenas pelo regime militar e o advento do Estatuto do Índio em 1973. Segundo as autoras, essas trajetórias fizeram convergir referências institucionais e redes sociais, do que resultou um movimento intersetorial pelos direitos indígenas que se consolidou e se institucionalizou no Brasil num momento de crucial importância política: o contexto em que se discutiam os termos da nova Constituição (VIEIRA; QUACK, 2016, p. 390-392).

Embora as Constituições brasileiras tenham tratado a questão indígena desde 1934, os objetivos integracionistas e o regime tutelar só foram juridicamente superados com a promulgação da CRFB, quando os direitos territoriais desses povos foram considerados imprescindíveis à sua reprodução física e cultural, aspecto que também passou a figurar como direito garantido constitucionalmente pelo art. 231 (BRASIL, [2021]; CUNHA, 1987, 2018). Da perspectiva adotada na CRFB depreende-se um conceito de povos indígenas (DALLARI, 1991; SOUZA FILHO, 2012) e de terra tradicionalmente ocu-

pada (SILVA, 1993) até então sem espaço no Direito brasileiro. Essas mudanças constituem uma reconfiguração sociojurídica da matéria, uma vez que, além de remodelarem as relações entre os povos indígenas e o Estado, tiveram efeitos diretos sobre a amplitude do número de grupos reivindicantes de direitos territoriais em virtude do fenômeno que a literatura antropológica denomina *etnogênese* – um processo social que abrange tanto a emergência de novas identidades étnicas quanto a reinvenção de etnias já conhecidas (ARRUTI, 2006a; OLIVEIRA, 2004). Em parte, os movimentos de etnogênese explicam o crescimento exponencial da população autodeclarada indígena no Brasil – que saltou de 306.245 em 1991 para 817.963 em 2010 (AZEVEDO, 2011) –, bem como a difusão de processos de retomadas e autodemarcações de terras indígenas (MOLINA, 2017; JOCA MARTINS; NÓBREGA, 2019).

Nesse contexto, destaca-se a legitimação de demandas dos “índios misturados” do Nordeste. Por meio de reelaborações socioculturais, coletividades expostas a processos históricos que levaram a “perdas culturais” são impulsionadas à articulação política e ao desenvolvimento de processos de reorganização social (territorialização) que norteiam as reivindicações pelo reconhecimento da identidade indígena e pela efetivação dos direitos territoriais dela decorrentes (OLIVEIRA, 2004). Esses processos de territorialização estão articulados tanto com oportunidades jurídicas advindas da CRFB quanto com o manejo estratégico de perspectivas teóricas e normativas debatidas ou institucionalizadas internacionalmente. É de particular importância, por exemplo, o reconhecimento internacional do critério da autoatribuição identitária como definidor da etnicidade; e a institucionalização desse critério é uma consequência direta dos debates travados durante décadas nos organismos internacionais sobre

a questão da autodeterminação dos povos indígenas, que, embora tenham sido caracterizados por fortes dissensões (ANAYA, 2005; CASTAN, 2010), forneceram subsídios para mobilizações internas que levaram ao rompimento do sistema jurídico brasileiro com aspectos da tutela estatal que constituíam entraves às mobilizações por reconhecimento de determinados grupos indígenas. Isso inviabilizou, por conseguinte, a fruição de direitos territoriais.

Outra inovação da CRFB relacionada à questão étnico-territorial foi o reconhecimento de direitos específicos aos “remanescentes das comunidades dos quilombos” (art. 68 do ADCT) (BRASIL, [2021]). Nos debates da ANC sobre os direitos territoriais quilombolas, as interações mais significativas com o contexto internacional ocorreram segundo a chave da questão racial, por meio da mobilização e da atuação mediadora do movimento negro (SOUZA FILHO; PRIOSTE, 2017, p. 2.918). Em momento posterior, contudo, estabeleceram-se interações mais amplas com o contexto normativo internacional que foram decisivas para dotar de alguma efetividade o artigo que reconhece direitos territoriais a esses grupos. Após a promulgação da CRFB, instauraram-se debates de caráter hermenêutico a fim de instituir o significado e o alcance da expressão *remanescentes das comunidades dos quilombos*, ante a constatação de que o sentido que a historiografia atribuía a essa categoria e a carga semântica do termo *remanescentes* eram fatores que não contribuíam para firmar juridicamente esse sujeito de direitos na atualidade, pois remetiam a interpretações “frigorificadas” dos aspectos que caracterizariam uma comunidade quilombola (ALMEIDA, 2002, p. 47).

No contexto da discussão hermenêutica sobre o alcance dos direitos territoriais quilombolas, foi crucial a interação estratégica com o debate internacional em torno dos padrões de proteção aos direitos humanos de coletividades

eticamente diferenciadas, favorecendo a ressemantização por que passou a categoria *remanescentes de quilombos*. O processo interpretativo da expressão deu-se à luz dos avanços teóricos da Antropologia e das discussões internacionais sobre proteção a direitos territoriais, operando sua tradução para a categoria de comunidade negra rural, com base na mediação do conceito antropológico de grupo étnico (ARRUTI, 2006b; BARTH, 1998).

Um grupo de trabalho da Associação Brasileira de Antropologia (GT-ABA) foi instituído em 1994 para discutir o tema e conceituou comunidades quilombolas como “grupos que desenvolveram práticas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos num determinado lugar”, cuja identidade é definida por “uma referência histórica comum, construída a partir de vivências e valores partilhados”. Com ênfase em critérios de identificação e caracterização pela negativa, o documento do GT-ABA afirma que esses grupos não se referem a resíduos, não estão isolados, não têm sempre origem em movimentos de rebeldia, não se definem pelo número de membros e não fazem uma apropriação individual da terra (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 1994, p. 2).

O reconhecimento constitucional dos direitos territoriais quilombolas e sua posterior reconfiguração hermenêutica produziram inovações nos planos do Direito Fundiário, do imaginário social, da historiografia e dos estudos antropológicos e sociológicos sobre o campesinato (ARRUTI, 2006b). Esse reconhecimento e essa reconfiguração podem ser atribuídos à consolidação de uma interpretação sintonizada com a produção das Ciências Sociais sobre o fenômeno da etnicidade e com o processo de conformação de padrões protetivos internacionais, que, como demonstrado, recebeu importantes influxos dos debates acadêmicos.

É sintomático que a regulação do processo administrativo de reconhecimento, identificação e delimitação dos territórios quilombolas tenha ocorrido poucos meses depois da entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil. O Decreto nº 4.887/2003 (BRASIL, 2003), que regula o tema, adotou a perspectiva conceitual do GT-ABA; e, alicerçado na Convenção 169, institucionalizou a autoatribuição identitária como critério para o reconhecimento de comunidades quilombolas e para a identificação e delimitação dos territórios tradicionalmente ocupados por elas. Com efeito, uma análise conjunta dos conteúdos do Decreto e da Convenção evidencia que a norma interna foi elaborada sob clara influência dos fundamentos da norma internacional, o que indica que as repercussões do DIDH na configuração interna dos direitos quilombolas eram observáveis mesmo antes de o Poder Judiciário ser instado a posicionar-se sobre a aplicação daquela Convenção em casos envolvendo esses grupos sociais.

Além de sua incontroversa aplicabilidade aos povos indígenas, a Convenção 169 também passou a ser mobilizada por organizações de movimentos sociais, intelectuais e agentes de Estado para legitimar demandas por territórios pelas comunidades quilombolas no Brasil. Isso fez com que a aplicabilidade do DIDH aos direitos quilombolas fosse debatida por tribunais regionais federais, que firmaram o entendimento de que essas comunidades se inserem no conceito *povos tribais*; são, pois, aplicáveis a elas os termos da Convenção 169 (BRASIL, 2008, 2009b, 2012, 2013). Em sentido semelhante, o Superior Tribunal de Justiça julgou processo a respeito da comunidade quilombola da Ilha da Marambaia (RJ) reconhecendo seu direito à posse das áreas ocupadas até a titulação definitiva, em decisão que se fundou no “primado dos direitos humanos” e considerou os riscos à “continuidade dessa etnia, com todas as suas tradições e culturas” (BRASIL, 2009a, p. 1). Embora os votos dos ministros e o acórdão dessa decisão não tenham recorrido explicitamente a normas internacionais específicas, os fundamentos da decisão coincidem com padrões protetivos inscritos no DIDH. Nesse sentido, em comentário doutrinário sobre esse julgado, Bodnar (2015, p. 655) assinala que “o bem jurídico objeto de tutela jurídica possui dimensão transnacional” por estar amparado na Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, de 2001; no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; e na Convenção 169 da OIT.

Se ainda pairavam dúvidas quanto ao reconhecimento, pelo sistema de Justiça brasileiro, da aplicabilidade de padrões internacionais para a proteção de direitos das comunidades quilombolas, elas foram dissipadas com a conclusão do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239/DF (BRASIL, 2018b),

proposta pelo então Partido da Frente Liberal (atual Democratas), que questionou a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003. O acórdão desse julgamento menciona a Convenção 169 para considerar a autoidentificação como critério constitucionalmente legítimo para o reconhecimento identitário das comunidades quilombolas no País. Em voto-vista que abriu a divergência e se sagrou vencedor, a ministra Rosa Weber afirma que a Convenção 169 evidencia que nenhum Estado pode negar a identidade de um povo indígena ou tribal que assim se reconheça. Além disso, o acórdão cita decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) para, durante a medição e demarcação dos territórios quilombolas – como prevê o Decreto nº 4.887/2003 –, firmar a constitucionalidade dos critérios de territorialidade da própria comunidade interessada (BRASIL, 2018b).

As referências às decisões da Corte IDH nesse julgamento do STF sugerem que as interações do sistema de Justiça brasileiro com a jurisprudência de Cortes internacionais são um componente considerável do processo de reconfiguração interna dos direitos territoriais. A decisão da Corte IDH no caso *Povo Saramaka vs. Suriname* (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2007) – uma das citadas no acórdão do STF – é particularmente relevante no processo interno de legitimação dos direitos territoriais de povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais. No caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos alegou que o Suriname não adotou medidas eficazes para o reconhecimento e a concessão de direitos territoriais aos Saramaka e não ofereceu meios adequados para que eles se manifestassem sobre a implantação de uma usina hidrelétrica que afetou seu território tradicional. Para efeito de aplicação do DIDH, a Corte IDH considerou a coletividade afetada como um povo tribal e integrou dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção 169 da OIT ao decidir que é dever do Estado consultar a comunidade acerca de projetos que afetem seu território, levando em conta seus costumes e tradições, a fim de se obter seu consentimento livre, prévio e informado.

No Brasil, esse caso tem reverberado especialmente, mas não exclusivamente, nas articulações e mobilizações em favor dos direitos territoriais quilombolas: já que os Saramaka não se identificam como uma coletividade autóctone do Suriname, mas como *maroons* – descendentes de escravizados fugitivos que formaram grupos independentes –, há evidente semelhança com as comunidades quilombolas do Brasil. Além de reiteradas menções em decisões judiciais domésticas sobre direitos territoriais de povos indígenas e comunidades quilombolas, as constantes referências a esse caso na produção jurídico-dogmática brasileira (DUPRAT, 2015, p. 72; PONTES JUNIOR; OLIVEIRA, 2015, p. 100),

em documentos e textos produzidos por organizações dedicadas ao tema (FIGUEROA, 2009, p. 42; ROJAS GARZÓN, 2009, p. 293; FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2020, p. 39) e na orientação oficial do Ministério Público Federal (BRASIL, 2018a, p. 156) demonstram como essa decisão da Corte IDH passou a ser importante componente de legitimação interna dos direitos territoriais.

Por outro lado, convém considerar que as interações do plano internacional com o nacional não consistem em movimento unidirecional, pois arranjos domésticos também têm potencial para influenciar debates, mobilizações e decisões gestadas internacionalmente. Nesse sentido, French (2010) destaca que a ressemantização do termo *quilombo* no contexto brasileiro criou oportunidades para que comunidades negras rurais se conectassem a movimentos transcontinentais pelo reconhecimento de direitos. Relacionando essa ressemantização e o importante papel desempenhado em 2001 pela representação brasileira na Conferência de Durban na África do Sul, a autora afirma que “além de estender os esforços domésticos aos compromissos globais com a justiça, a expansão do que significava ser um ‘quilombo’ também estendeu a esperança global de justiça à arena doméstica” (FRENCH, 2010, p. 121, tradução nossa)⁶. Apontando também para os influxos do plano nacional em direção ao internacional, a autora destaca em outro estudo a contribuição do contexto brasileiro na produção sociopolítica dos significados da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007. Segundo ela, o fato de essa Declaração não ter instituído uma definição restritiva de *povos indígenas*, optando por um conceito pas-

sível de interpretação contextual, ampliou as possibilidades de reivindicação de direitos ao incluir sujeitos que antes se supunham totalmente assimilados pela sociedade dominante, como ocorreu no Brasil com as etnogêneses e os processos de territorialização dos indígenas do Nordeste (FRENCH, 2011).

O rol de coletividades a demandar direitos territoriais no Brasil não ficou restrito aos grupos sociais cujas demandas são legitimadas pelo compartilhamento de uma identidade etnicamente diferenciada. Assim, indo além dos indígenas e quilombolas, cujos direitos foram explicitamente reconhecidos na CRFB, a conformação dos direitos territoriais no Brasil foi afetada por reivindicações de outros grupos sociais que passaram a reclamar do Estado um tratamento especial por terem um modo de vida caracterizado por relações peculiares com o território ocupado e com seus bens naturais, de onde surge outra reconfiguração sociojurídica no campo dos direitos territoriais com a constituição da categoria *comunidade tradicional*, uma designação genérica para sujeitos coletivos que, tomados em particular, podem apresentar-se com diversas identidades sociais específicas.

Como sói ocorrer, o reconhecimento e a institucionalização de direitos territoriais para comunidades tradicionais cuja legitimação das demandas não é buscada num distintivo étnico foram precedidos por trajetórias de mobilização social. O ponto de partida dessas trajetórias é comumente localizado nas lutas dos seringueiros do Acre que, no início da década de 1980, se articularam como um movimento agrário e posteriormente incorporaram a pauta ambiental às suas lutas pela permanência no território que ocupavam (ALMEIDA, 2004). Naquele momento, realizavam-se importantes mobilizações internacionais em torno da noção de *justiça ambiental* que resultavam de uma apropriação da problemática ambiental por dinâmicas so-

⁶No original: “in addition to extending domestic efforts to global commitments to justice, the expansion of what it meant to be a ‘quilombo’ also extended global hope for justice to the domestic arena”.

ciopolíticas envolvidas com a construção da justiça social e a proteção dos direitos humanos (EMESEH, 2011; PELLOW, 2017). Conjugando meio ambiente e direitos humanos, a pauta da justiça ambiental repercutiu nos conflitos fundiários que irromperam nos seringais acrianos e fez com que as lutas sociais ali travadas passassem por um processo de ambientalização (ACSELRAD, 2010).

Importante resultado da mobilização nos seringais foi a criação das Reservas Extrativistas (Resex), cuja formulação inicial se deu durante o I Encontro Nacional de Seringueiros, realizado em Brasília em outubro de 1985. Inspiradas no modelo de reservas indígenas, as Resex foram concebidas como territórios contínuos, de propriedade da União, para usufruto de comunidades com tradição de uso sustentável dos recursos naturais, e são uma expressão institucional do cruzamento entre as pautas fundiária e ambiental. Seu processo de institucionalização foi impulsionado pela promulgação da CRFB, especialmente em razão de o capítulo sobre meio ambiente ter determinado a criação de espaços territoriais protegidos (art. 225, § 1º, III) (BRASIL, [2021]). Com efeito, a Lei nº 7.804/1989 (BRASIL, 1989) incluiu as Resex entre as modalidades de área protegida na Política Nacional do Meio Ambiente; e os Decretos nºs 98.863/1990 e 98.897/1990 (BRASIL, 1990a, 1990b) foram responsáveis, respectivamente, por criar a primeira Resex no Alto Juruá (AC) e por dispor genericamente sobre essa modalidade de espaço protegido (CUNHA; ALMEIDA, 2009; ALLEGRETTI, 2008). A aliança entre ambientalistas e seringueiros foi decisiva num contexto em que a temática ambiental ocupava crescente espaço internacionalmente, o que foi intensificado com a publicação do *Relatório Brundtland* em 1987 e com a conseqüente emergência do conceito de *sustentabilidade*.

A realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92) foi determinante para o processo de vinculação político-normativa entre o tema dos direitos territoriais e a pauta ambiental. No contexto da Rio-92, o Governo Federal criou o Centro Nacional de Populações Tradicionais, institucionalizando como categoria administrativa a designação que abarca essas coletividades. Também como produto da Rio-92 aprovou-se a Convenção da ONU sobre Diversidade Biológica, norma que se refere não somente aos direitos de povos indígenas como também aos de outras comunidades locais. Nesse aspecto, uma leitura conjugada da Convenção sobre Diversidade Biológica e da Convenção 169 da OIT sugere que “a noção de ‘comunidades locais’ [...] tornou-se relacional e restrita ao sentido de ‘tradicional’, enquanto reivindicação atual de grupos sociais e povos face ao poder do Estado” (SHIRAIISHI NETO, 2007, p. 11).

A ambiência produzida pela realização da Conferência da ONU no Brasil favoreceu, portanto, a tomada de decisão pelos agentes estatais a respeito do tema, bem como a construção e o fortalecimento de alianças entre organizações e movimentos ligados à questão ambiental e aos direitos territoriais, contribuindo para o reconhecimento desses direitos das comunidades tradicionais. O espaço assumido por esses grupos na Rio-92 e as constatações de pesquisadores do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap) convergem, quanto ao duplo processo de matizamento e conciliação que se processava naquele contexto, para os dois *frames* que caracterizavam o movimento ambientalista: o conservacionismo e o socioambientalismo (ALONSO; COSTA; MACIEL, 2007, p. 165). Nesse processo, “a ênfase na questão urbana, típica do socioambientalismo dos anos 1970, se deslocou para as condições de

vida de grupos sociais vivendo em interação com o ambiente natural no campo ou na floresta”. Por sua vez, o conservacionismo substituiu a noção de *ecossistema* pela de *biodiversidade*, na qual “a proteção do habitat foi dilatada para incluir grupos sociais em interação com áreas florestais, desde que com estilos de vida de ‘baixo impacto ambiental’” (ALONSO; COSTA; MACIEL, 2007, p. 165).

Com o processo de afirmação das comunidades tradicionais como sujeitos de direitos diferenciados, entra em pauta a necessidade de uma definição precisa para esses grupos. De fato, um conceito que se tornou influente tanto na academia quanto nas políticas públicas é o elaborado pelos antropólogos Cunha e Almeida (2009, p. 300), que definem tais sujeitos como “grupos que conquistaram ou estão lutando para conquistar uma identidade pública conservacionista”. Oferecendo ao mesmo tempo instrumental analítico aos estudiosos do tema e suporte conceitual para políticas e ações em benefício dessas coletividades, os autores constroem sua definição salientando que tal identidade inclui algumas das seguintes características: (i) uso de técnicas ambientais de baixo impacto; (ii) formas equitativas de organização social; (iii) presença de instituições com legitimidade para cumprir suas leis; (iv) liderança local; e (v) traços culturais seletivamente reafirmados e reelaborados. Nessa perspectiva conceitual, são os próprios grupos que conferem substância à tradicionalidade ao se disporem a uma pactuação pública: “comprometer-se a uma série de práticas conservacionistas, em troca de algum tipo de benefício e sobretudo de direitos territoriais” (CUNHA; ALMEIDA, 2009, p. 300).

Além da institucionalização das reservas extrativistas, as trajetórias de mobilização dos seringueiros resultaram na criação da Comissão Nacional de Desenvolvimento

Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT) em 2004; e da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT) em 2007. Para alguns autores, a criação de ambos denota a saída desses grupos de uma posição de invisibilidade para uma posição de protagonismo numa política de desenvolvimento sustentável (SILVA, 2007; VIANNA, 2008; CALEGARE; HIGUCHI; BRUNO, 2014). Assim como a norma que regulamentou os direitos territoriais quilombolas, o Decreto nº 6.040/2007, que estabeleceu a PNPCT, tem explícita inspiração nos padrões protetivos internacionais e nos debates acadêmicos, como se pode entrever no conteúdo das definições fundamentais que ele apresenta⁷. Com a positivação dessas definições, reforça-se a tradicionalidade da ocupação territorial como uma identidade sociopolítica passível de mobilização por uma série de grupos – seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco babaçu, pescadores artesanais, extrativistas, caiçaras, ribeirinhos, comunidades de fundo de pasto, faxinalenses, geraizeiros, varzanteiros, povos e comunidades de terreiro, veredeiros, ciganos, povos da floresta etc. – que, quando em situação de conflito territorial com atores extralocais, poderão enquadrar o objeto da disputa no conceito de *terra tradicionalmente ocupada*, como o fazem indígenas e quilombolas (ALMEIDA, 2008).

A Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), reali-

⁷ O Decreto define *povos e comunidades tradicionais* como “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (art. 3º, I). *Territórios tradicionais*, por sua vez, são definidos na norma como “os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária” (art. 3º, II) (BRASIL, 2007, grifo nosso).

zada no Brasil em 2012, deu mostras de consolidação de outras comunidades tradicionais, além das etnicamente diferenciadas, como sujeitos de direitos específicos. Do ponto de vista institucional, merece destaque o fato de que, na declaração final da Rio+20, intitulada *The future we want*, todas as menções a direitos de povos indígenas e minorias étnicas são feitas com a extensão de tais direitos a outras “comunidades locais” (UNITED NATIONS, 2012). Do ponto de vista sociopolítico, um aspecto relevante foi a presença massiva de lideranças e representações de diversos grupos sociais brasileiros autorreconhecidos como comunidades tradicionais na Cúpula dos Povos, evento paralelo à programação oficial da Rio+20 organizado por entidades da sociedade civil e de movimentos sociais de vários países. As reivindicações e denúncias presentes na Declaração Final da Cúpula dos Povos, intitulada *Em defesa dos bens comuns e contra a mercantilização da vida* (CÚPULA DOS POVOS, 2012, p. 2), e nas sínteses das plenárias realizadas durante o evento colocam lado a lado as demandas de povos indígenas, quilombolas e de outras comunidades tradicionais, especialmente quanto aos direitos territoriais desses grupos – o que se nota particularmente na reivindicação expressa numa das plenárias relativas à extensão da Convenção 169 a outros povos tradicionais (RAMOS; ATAIDE, 2013, p. 189).

Em sentido semelhante ao das reivindicações ecoadas na Cúpula dos Povos, as interações das diretrizes normativas internacionais com o processo de construção legal e sociopolítica do sujeito *comunidade tradicional* têm animado, na literatura jurídico-dogmática brasileira, a defesa de que as normas internacionais incidentes sobre o tema dos direitos territoriais devem ser aplicadas em contextos relativos a essas coletividades (SHIRAISHI NETO, 2007). Souza Filho (2018), por exemplo, de-

fende que os sujeitos coletivos que reivindicam na atualidade a identidade conservacionista de comunidade tradicional sejam contemplados pela noção de *povos tribais* para efeitos da aplicação da Convenção 169. Em direção semelhante, Veiga e Leivas (2017) argumentam que essa Convenção deve ser também aplicada à proteção de comunidades dos terreiros de matriz africana. Em que pese não haver ainda consenso jurisprudencial consolidado a respeito, é fato que as perspectivas inscritas nas normas internacionais e os próprios textos dessas normas se fizeram sentir na elaboração de normativas e políticas internas sobre o tema (SHIRAISHI NETO, 2007) e têm sido mobilizados por intelectuais, organizações de movimentos sociais, institutos de pesquisa, atores estatais e pelas próprias comunidades em defesa de territórios tradicionais objeto de conflitos (RIBEIRO, 2016, p. 51-54; FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2020, p. 8-22).

Essa dinâmica tende a ser atualmente reforçada pela disseminação do conceito internacional de *indigenous peoples and community-conserved territories and areas* (ICCAs) e por seu uso estratégico. Considerado equivalente à noção brasileira de *povos e comunidades tradicionais*, esse conceito abrange indígenas, quilombolas e outros grupos que mobilizam a tradicionalidade da ocupação territorial como distintivo sociocultural e elemento de legitimação sociopolítica para o acesso a direitos específicos, e já tem sido assumido por iniciativas de organismos internacionais como o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que atualmente implementa, com financiamento da Alemanha, a Global support initiative for indigenous peoples and community-conserved territories and areas (ICCA-GSI) (MARETTI; SIMÕES, 2020). Por congregarem uma pluralidade de grupos sociais com identidades conservacionistas sob de-

signação única, a noção de ICCAs favorece a coalizão de organizações de *advocacy* em defesa desses grupos, bem como as alianças e redes entre os próprios grupos sociais que, embora culturalmente distintos, apresentam ampla gama de interesses em comum. Nessa direção, por exemplo, está o ICCA Consortium, coalizão internacional criada em 2010 para promover articulações entre povos indígenas e outros povos e comunidades tradicionais de todos os continentes.

5 Considerações finais

As reconfigurações sociojurídicas observadas no campo dos direitos territoriais no Brasil incluíram a mudança de paradigma normativo relacionado aos direitos indígenas, o reconhecimento e a posterior reconfiguração hermenêutica dos direitos territoriais quilombolas, e a constituição legal e sociopolítica de outras comunidades tradicionais como sujeitos de direitos territoriais específicos. A análise aqui realizada indica que essas reconfigurações estiveram fortemente conectadas à dinâmica de conformação de padrões protetivos no DIDH e foram viabilizadas por variados atores. O estudo da circulação de ideias entre intelectuais, organismos internacionais, agentes de Estado, ativistas e movimentos transnacionais, nacionais e locais mostrou-se indispensável ao entendimento da conformidade a padrões protetivos internacionais, das interações estabelecidas por eles com o contexto doméstico e das reconfigurações sociojurídicas delas decorrentes. À vista disso, temos como principais conclusões da pesquisa que:

(i) a reavaliação de perspectivas teóricas nas Ciências Sociais sobre a constituição de identidades coletivas desempenhou papel fundamental no fenômeno analisado, repercutindo

tanto na dinâmica sociopolítica que resultou na alteração do paradigma internacional sobre povos indígenas e tribais quanto na produção de instrumentos normativos domésticos de proteção a essas coletividades;

(ii) a mediação de intelectuais e a circulação de ideias produzidas sob novas bases epistemológicas determinaram a constituição de ambientes sociopolíticos propícios a alterações normativas e institucionais; intelectuais desempenharam o duplo papel de legitimar demandas por meio da autoridade do discurso científico e de fortalecê-las com iniciativas de *advocacy*;

(iii) antes mesmo da promulgação da CRFB, os debates internos sobre direitos territoriais estiveram relacionados ao processo de conformação de padrões internacionais de proteção aos direitos de povos indígenas e tribais e ao avanço internacional da pauta ambiental, o que sugere que esse processo repercutiu na formulação dos dispositivos constitucionais relativos ao tema durante a ANC;

(iv) os influxos entre o cenário internacional e o contexto doméstico observados a partir da década de 1980 conduziram a interações recentes da dinâmica de reconhecimento de direitos humanos internacionais com os direitos territoriais no Brasil, com resultados institucionais e sociopolíticos que reconfiguraram esse campo;

(v) a ampliação do rol de grupos sociais a reivindicarem direitos territoriais é o principal resultado sociopolítico das interações do DIDH com o contexto brasileiro; coletividades que se supunham integralmente englobadas pela sociedade dominante passam a perceber-se étnica ou culturalmente diferenciadas, e os padrões internacionais oferecem legitimidade a demandas por reconhecimento das identidades coletivas e da tradicionalidade da ocupação territorial; no campo institucional, essas

interações são perceptíveis na edição de instrumentos normativos domésticos que – lastreados em concepções fortemente alinhadas com o DIDH, bem como na construção de consensos jurisprudenciais que apontam para o mesmo sentido – reconheceram direitos territoriais ou instituíram políticas públicas.

Cumprir observar, contudo, que as repercussões dos padrões internacionais de proteção nos contextos domésticos não consistem em processos automáticos, tampouco consensuais. Tais repercussões e as reconfigurações sociojurídicas por elas viabilizadas não são lineares e costumam ocorrer sob fortes tensionamentos que constantemente fazem surgir ameaças de retrocesso. Esses tensionamentos são constatáveis, por exemplo, (i) nas dificuldades de temporização entre direitos territoriais e grandes projetos de desenvolvimento; (ii) nas posições contrárias à internalização de padrões protetivos, manifestadas por determinados setores produtivos por meio de proposições legislativas ou de disputas judiciais que ameaçam ou subtraem direitos; e (iii) na resistência cada vez mais recorrente de agentes estatais à observação de padrões que asseguram direitos territoriais.

Assim, além de atentar nas mediações e nas interações que caracterizam o fenômeno analisado e que serviram como eixos analíticos para o presente estudo, a investigação dos tensionamentos que perpassam tanto a conformação de padrões internacionais de proteção aos direitos humanos quanto seu processo de internalização coloca-se como importante aspecto a ser considerado por uma agenda de pesquisas dedicada ao entendimento das repercussões domésticas do DIDH e das reconfigurações sociojurídicas delas decorrentes ou a elas vinculadas. Conquanto não tenha encontrado espaço para maiores desenvolvimentos no presente estudo, essa é uma dimensão das relações estabelecidas entre os padrões internacionais e o campo dos direitos territoriais no Brasil que se considera prioritária para reflexões e sínteses analíticas futuras.

Por fim, o desenvolvimento de um modelo analítico que conjugue esses três eixos – as mediações, as interações e os tensionamentos – é um desafio intelectual com potencial para oferecer ferramentas teórico-metodológicas de considerável utilidade heurística para estudiosos preocupados com o caráter dinâmico e multifacetado de processos sociojurídicos que, agenciados por múltiplos atores, conectam DIDH e contextos jurídico-políticos nacionais. Além de sua adequação analítica para lidar com a potencialidade das atuações de agentes posicionados fora do campo estatal ou em suas fronteiras, um modelo dessa natureza pode ser útil para a produção de demonstrações que elucidem os limites de agenciamentos e mobilizações indutores de aprimoramentos e rearranjos estratégicos, desde que razoavelmente fundamentadas na empiria.

Sobre o autor

Inafran Ribeiro é mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas e especialista em Direitos Humanos, Econômicos e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil; mestrando em Ciências Sociais na Universidade Federal de São Paulo, Guarulhos, SP, Brasil; advogado e consultor em Direitos Humanos, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: ribeiroinafran1@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

RIBEIRO, Inafran. Reconfigurações nos direitos territoriais de indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais: as repercussões internas dos padrões internacionais de proteção. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 123-151, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p123

(APA)

Ribeiro, I. (2021). Reconfigurações nos direitos territoriais de indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais: as repercussões internas dos padrões internacionais de proteção. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(232), 123-151. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p123

Referências

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 24, n. 68, p. 103-119, maio 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142010000100010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/hSdks4fkGYGb4fDVhmb6yxk/?lang=pt>. Acesso em: 27 ago. 2021.

ALLEGRETTI, Mary. A construção social de políticas públicas. Chico Mendes e o movimento dos seringueiros. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Curitiba, n. 18, p. 39-59, jul./dez. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/dma.v18i0.13423>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/made/article/view/13423/9048>. Acesso em: 30 ago. 2021.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2002. p. 43-81.

_____. *Terras de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pastos: terras tradicionalmente ocupadas*. 2. ed. Manaus: UFAM, 2008. (Tradição e Ordenamento Jurídico, 2). Disponível em: https://www.ppgcspa.uema.br/wp-content/uploads/2017/07/Alfredo-Wagner-B-de-Almeida_Terras-Tradicionalmente-Ocupadas.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

ALMEIDA, Mauro W. Barbosa de. Direitos à floresta e ambientalismo: seringueiros e suas lutas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 33-53, jun. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092004000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/9hyLqvGyMwS9xBY5b8QMvVh/?lang=pt>. Acesso em: 30 ago. 2021.

ALONSO, Angela; COSTA, Valeriano; MACIEL, Débora. Identidade e estratégia na formação do movimento ambientalista brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 79, p. 151-167, nov. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002007000300008>.

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/v7D5qBHntPtQzG4WQ9nCRcp/?lang=pt>. Acesso em: 30 ago. 2021.

ANAYA, S. James. Divergent discourses about international law, indigenous peoples, and rights over lands and natural resources: toward a realist trend. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, [s. l.], v. 16, n. 2, p. 237-258, 2005. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2181&context=articles>. Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. *Indigenous peoples in international law*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2004.

ARRUTI, José Maurício. Etnogêneses indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fanny (ed.). *Povos indígenas no Brasil: 2001/2005*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006a. p. 50-54.

_____. *Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola*. Bauru: Edusc; São Paulo: ANPOCS, 2006b. (Coleção Ciências Sociais).

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA. *Documento do Grupo de Trabalho sobre comunidades negras rurais*. Rio de Janeiro: ABA, 1994. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/documento-do-grupo-de-trabalho-sobre-comunidades-negras-rurais>. Acesso em: 30 ago. 2021.

AZEVEDO, Marta Maria. O censo 2010 e os povos indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fanny (ed.). *Povos indígenas no Brasil: 2006/2010*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 25-45.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade*. Seguindo de Grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Ed. Unesp, 1998. p. 185-227. (Biblioteca Básica).

BARTOLOMÉ, Miguel Alberto; BONFIL BATALLA, Guillermo; BONILLA, Víctor Daniel; CASTILLO CÁRDENAS, Gonzalo; CHASE SARDI, Miguel; GRÜNBERG, Georg; ARVELO DE JIMÉNEZ, Nelly; MOSONYI, Esteban Emilio; RIBEIRO, Darcy; ROBINSON, Scott S.; VARESE, Stefano. Por la liberación del indígena (Declaración de Barbados). *Problemas del Desarrollo: Revista Latinoamericana de Economía*, México, DF, v. 2, n. 8, p. 169-174, 1971. DOI: <https://doi.org/10.22201/iiec.20078951e.1971.8.49923>. Disponível em: <https://www.probedes.iiec.unam.mx/index.php/pde/article/view/49923>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BATES, Elizabeth Stubbins. Sophisticated constructivism in human rights compliance theory. *European Journal of International Law*, [s. l.], v. 25, n. 4, p. 1.169-1.182, Nov. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/chu084>. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/25/4/1169/385586>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BOB, Clifford. Globalization and the social construction of human rights campaigns. In: BRYSK, Alison (ed.). *Globalization and human rights*. Berkeley: University of California Press, 2002. p. 133-147.

BODNAR, Zenildo. Proteção jurídica dos quilombolas: sustentabilidade e meio ambiente. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, DF, ano 27, v. 239, t. 2, p. 651-656, jul./set. 2015. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_239_2.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003*. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007*. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Decreto nº 98.863, de 23 de janeiro de 1990*. Cria a Reserva Extrativista do Alto Juruá. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D98863.htm. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Decreto nº 98.897, de 30 de janeiro de 1990*. Dispõe sobre as reservas extrativistas e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d98897.htm. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Lei nº 7.804, de 18 de julho de 1989*. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, a Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, a Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7804.htm. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Ministério do Meio Ambiente. *A Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB*. Brasília, DF: MMA, 2000. (Biodiversidade, 1). Disponível em: <http://www.ctit.ufmg.br/wp-content/uploads/2017/03/Decreto-Legislativo-n%C2%B0-2-de-1994-Conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-a-Diversidade-Biol%C3%B3gica-%E2%80%93-CDB.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Reconhecimento de direitos territoriais de comunidades quilombolas*. Brasília, DF: MPF, 2018a. (Manual de Atuação, 2). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/docs/02_18_manual_de_atuacao_quilombolas.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso Especial nº 931.060/RJ*. Administrativo e processual civil. Recurso especial. Ação de reintegração de posse. Terreno de Marinha. Ilha da Marambaia. Comunidade remanescente de quilombos. Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, e art. 68 do ADCT [...]. Recorrente: Benedito Augusto Juvenal. Recorrida: União. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 17 de dezembro de 2009a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8859046&num_registro=200700474295&data=20100319&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto nº 4.887/2003. Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Ato normativo autônomo. Art. 68 do ADCT. Direito fundamental [...]. Requerente: Democratas. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Cezar Peluso. Redatora do acórdão: Min. Rosa Weber, 8 de fevereiro de 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3. Turma). *Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.010160-5/PR*. Constitucional. Remanescentes de comunidades de quilombos. Art. 68-ADCT. Decreto nº 4.887/2003. Convenção nº 169-OIT. 1. Direito comparado. Direito internacional. O reconhecimento de propriedade definitiva aos “remanescentes de comunidades de quilombos” é norma constitucional [...]. Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra. Agravados: Cooperativa Agrária Agroindustrial e outros. Relatora: Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, 1º de julho de 2008. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2210746. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3. Turma). *Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.034037-5/SC*. Constitucional. Remanescentes de comunidades de quilombos. Art. 68-ADCT. Decreto nº 4.887/2003. Convenção nº 169-OIT. 1. Direito comparado.

Direito internacional. O reconhecimento de propriedade definitiva aos “remanescentes de comunidades de quilombos” é norma constitucional [...]. Agravantes: Iguaçú Celulose Papel S/A e outro; Agro Florestal Ibicui S/A. Agravados: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra; Fundação Cultural Palmares. Relatora: Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, 24 de março de 2009b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2742656. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (4. Turma). *Agravo de Instrumento nº 133801/PB*. Constitucional. Civil. Processo civil. Administrativo. Agravo de instrumento. Remanescentes de comunidade de quilombos. Propriedade. Posse. I. O Decreto nº 4.887/2003, art. 3º, §§ 2º e 3º, em harmonia com o disposto na Convenção nº 169 da OIT, estabelece como terras ocupadas por remanescentes de quilombos, as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural [...]. Agravantes: Marlene Ismael da Cunha Lima e outras. Agravados: Francisco José Lucio da Silva e outros. Relatora: Des. Federal Margarida Cantarelli, 22 de outubro de 2013. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2013/10/00079503020134050000_20131031_5336332.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (4. Turma). *Apelação Cível nº 544017/SE*. Constitucional. Civil. Administrativo. Terra. Ocupação por remanescentes de comunidade de quilombos. Art. 68-ADCT. Decreto nº 4.887/2003. Convenção nº 169-OIT. Incra. RTDI. Reintegração de posse. Descabimento [...]. Apelante: Imperial Construtora e Empreendimentos Ltda. Apelados: Ministério Público Federal; Comunidade Pontal da Barra (Quilombola); Incra – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e outro. Relatora: Des. Federal Margarida Cantarelli, 21 de agosto de 2012. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2012/08/200985000037341_20120830_4714918.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

CALLEGARE, Marcelo Gustavo Aguilar; HIGUCHI, Maria Inês Gasparetto; BRUNO, Ana Carla dos Santos. Povos e comunidades tradicionais: das áreas protegidas à visibilidade política de grupos sociais portadores de identidade étnica e coletiva. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 115-133, jul./set. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-753X2014000300008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/p7wF9cdBy6JZc5rkcSnHMPP/?lang=pt>. Acesso em: 31 ago. 2021.

CARDENAS, Sonia. *Conflict and compliance: state responses to international human rights pressure*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2010. (Pennsylvania Studies in Human Rights).

CASTAN, Melissa. DRIP feed: the slow reconstruction of self-determination for indigenous peoples. In: JOSEPH, Sarah; MCBETH, Adam (ed.). *Research handbook on international human rights law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2010. p. 492-511. (Research Handbooks in International Law Series).

CORDEIRO, Enio. *Política indigenista brasileira e promoção internacional dos direitos das populações indígenas*. Brasília, DF: Instituto Rio Branco: Fundação Alexandre de Gusmão: Centro de Estudos Estratégicos, 1999. (Coleção Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco). Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/19-Politica_Indigenista_Brasileira_e_Promocao_Internacional.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

CUNHA, Manuela Carneiro da; ALMEIDA, Mauro William Barbosa de. Populações tradicionais e conservação ambiental. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspás e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 277-300.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 429-443, set./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.25091/S01013300201800030002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/d9Kq7jjTt8GqR8DqBSgQbTK/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987. (Leituras Afins).

CÚPULA DOS POVOS. *Documentos finais da Cúpula dos Povos na Rio + 20 por justiça social e ambiental*. Rio de Janeiro: Cúpula dos Povos, 2012. Disponível em: <https://riomais20sc>.

paginas.ufsc.br/files/2012/09/DOCUMENTOS-FINAIS-DA-CUPULA-DOS-POVOS-NARIO-20-POS-JUSTI%C3%87A-SOCIAL-E-AMBIENTAL.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 28, n. 111, p. 315-320, jul./set. 1991. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175909>. Acesso em: 1º set. 2021.

DAVIS, Shelton H. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 571-585, out. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-93132008000200014>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/yk4XjHVn7m4W5gnVkj6kyS/?lang=pt>. Acesso em: 1º set. 2021.

DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: _____ (org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados nacionais*. Brasília, DF: ESMPU, 2015. p. 53-78. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/convencao-n-169-da-oit-e-os-estados-e-banner-convencao-n-169-nacionais>. Acesso em: 1º set. 2021.

EMESEH, Engobo. Human rights dimensions of contemporary environmental protection. In: ODELLO, Marco; CAVANDOLI, Sofia (ed.). *Emerging areas of human rights in the 21st century: the role of the Universal Declaration of Human Rights*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2011. p. 66-86. (Routledge Research in Human Rights Law).

FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. Traducción del inglés por Gerardo Pisarello. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, [s. l.], n. 9, p. 173-184, oct. 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/ms-all-de-la-soberana-y-la-ciudadana-un-constitucionalismo-global-0/>. Acesso em: 1º set. 2021.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: ROJAS GARZÓN, Biviany (org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. p. 13-48. (Documentos ISA, 12). Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/publications/I5L00009.pdf>. Acesso em: 1º set. 2021.

FOX, Jonathan. Transnational civil society campaigns and the World Bank Inspection Panel. In: BRYSK, Alison (ed.). *Globalization and human rights*. Berkeley: University of California Press, 2002. p. 171-200.

FRENCH, Jan Hoffman. Cosmopolitan theory and anthropological practice in Brazil. In: MORANA, Mabel; GUSTAFSON, Bret (ed.). *Rethinking intellectuals in Latin America*. Frankfurt am Main: Vervuert, 2010. p. 115-127. (South by Midwest, 2).

_____. The power of definition: Brazil's contribution to universal concepts of indigeneity. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 18, n. 1, p. 241-261, 2011. DOI: <https://doi.org/10.2979/indjgolegstu.18.1.241>. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol18/iss1/11/>. Acesso em: 1º set. 2021.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. Clínica de Desenvolvimento Sustentável. *Parâmetros para a consulta e para o respeito dos direitos de povos indígenas e comunidades tradicionais atingidas por empreendimentos de infraestrutura*. São Paulo: FGV, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29649>. Acesso em: 1º set. 2021.

GARBIN, Isabela. Compliance e compromissos internacionais em direitos humanos. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*: BIB, São Paulo, n. 76, p. 63-76, 2013. Disponível em: <http://anpocs.com/index.php/bib-pt/bib-76/9379-compliance-e-compromissos-internacionais-em-direitos-humanos/file>. Acesso em: 1º set. 2021.

HILLEBRECHT, Courtney. Compliance: actors, context and causal process. In: SANDHOLTZ, Wayne; WHYTOCK, Christopher A. (ed.). *Research handbook on the politics of international law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2017. p. 27-54. (Research Handbooks in International Law Series).

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Saramaka People v. Suriname*. November 28, 2007. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf. Acesso em: 1º set. 2021.

JOCA MARTINS, Marthá Priscylla Monteiro; NÓBREGA, Luciana Nogueira. Entre retomadas e autodemarcações – lutas indígenas por recursos naturais, territórios e direitos no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, Montes Claros, v. 14, n. 3, p. 85-99, set./dez. 2019. Disponível em: <https://direito.fasa.edu.br/k/bej/11071592.pdf>. Acesso em: 1º set. 2021.

KAMMINGA, Menno T. The evolving status of NGOs under international law: a threat to the inter-state system? In: ALSTON, Philip (ed.). *Non-state actors and human rights*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2005. p. 93-111. (Collected Courses of the Academy of European Law, v. 13/3).

KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond borders: advocacy networks in international politics*. Ithaca: Cornell University Press, 1998.

KOERNER, Andrei; MAIA, Marrielle. Políticas dos direitos humanos: *compliance*, dissenso, estética da existência. *Revista USP*, São Paulo, n. 119, p. 87-100, out./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i119p87-100>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/151578>. Acesso em: 1º set. 2021.

KOERNER, Andrei. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 18, n. 53, p. 143-157, out. 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092003000300009>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/RhqYCWbTmJvPpqyS6WShHtJN/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 1º set. 2021.

LÂM, Maivân Clech. Minorities and indigenous peoples. In: WEISS, Thomas G.; DAWS, Sam (ed.). *The Oxford handbook on the United Nations*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2007. p. 619-634.

LARAIÁ, Roque de Barros. Maybury-Lewis e a etnologia brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 23, n. 67, p. 9-14, jun. 2008a. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092008000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/jN998gRcqmK4mbcHPSPDq8j/?lang=pt>. Acesso em: 2 set. 2021.

_____. Trajetórias convergentes: Cardoso de Oliveira e Maybury-Lewis. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 547-554, out. 2008b. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-93132008000200011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/YftbtWvrg5zCzqP9B9jVQBG/?lang=pt>. Acesso em: 2 set. 2021.

MACIEL, Débora Alves. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da campanha da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 26, n. 77, p. 97-111, out. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092011000300010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/Z84f7xxRqZyFkNZ7JQXRWRJ/?lang=pt>. Acesso em: 2 set. 2021.

MARETTI, Cláudio C.; SIMÕES, Juliana F. ICCAs: analysis of the legal context and policies implementation in Brazil: territories and areas conserved by indigenous peoples and traditional and local communities in Brazil and relations with the concepts associated with ICCAs. Brasília, DF: Institute Society, Population and Nature, 2020. Disponível em: <https://ispn.org.br/site/wp-content/uploads/2020/09/ICCAs-Analysis-of-the-Legal-Context-and-Territories-Implementation-in-Brazil-.pdf>. Acesso em: 2 set. 2021.

MARINHO, Gláucia. Nota pela aprovação da Declaração sobre os Direitos dos Camponeses/as. *Justiça Global*, [s. l.], 25 set. 2018. Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/nota-publica-pela-aprovacao-da-declaracao-sobre-os-direitos-dos-camponeses-camponesas-e-outras-pessoas-que-trabalham-em-areas-rurais/>. Acesso em: 2 set. 2021.

MARTÍNEZ COBO, José R. *Study of the problem of discrimination against indigenous populations*. Final report. New York: United Nations, 1987. v. 5. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/133666>. Acesso em: 2 set. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/132783>. Acesso em: 2 set. 2021.

MOLINA, Luísa Pontes. Lutar e habitar a terra: um encontro entre autodemarcações e retomadas. *R@U: Revista de Antropologia da UFSCar*, São Carlos, v. 9, n. 1, p. 15-35, jan./jun. 2017. DOI: <https://doi.org/10.52426/rau.v9i1.178>. Disponível em: <https://www.rau2.ufscar.br/index.php/rau/article/view/178>. Acesso em: 2 set. 2021.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: _____ (org.). *A viagem da volta: etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena*. 2. ed. Rio de Janeiro: Contra Capa: LACED, 2004. p. 13-42. (Territórios Sociais, 2).

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 107 da OIT, de 5 de junho de 1957*. Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Genebra: OIT, 1957. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1957%20Convenção%20sobre%20Povos%20Indígenas%20e%20Tribais.%20\(Convenção%20OIT%20n%20o%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Convenção%20sobre%20Povos%20Indígenas%20e%20Tribais.%20(Convenção%20OIT%20n%20o%20107).pdf). Acesso em: 2 set. 2021.

_____. *Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais*. Genebra: OIT, 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Convenção%20sobre%20Povos%20Indígenas%20e%20Tribais%20Convenção%20OIT%20n%20o%20169.pdf>. Acesso em: 2 set. 2021.

PELLOW, David N. Environmental justice. In: KORGEN, Kathleen Odell (ed.). *The Cambridge handbook of sociology: specialty and interdisciplinary studies*. New York: Cambridge University Press, 2017. v. 2, p. 188-198. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/AD0792CFC8A4909AC711F90D5637514A/9781316418369c19_p188-198_CBO.pdf/environmental_justice.pdf. Acesso em: 2 set. 2021.

PETERKE, Sven. Os direitos humanos coletivos e a proteção dos interesses fundamentais da humanidade: avanços e impasses. In: FEITOSA, Maria Luíza Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. *Direitos humanos de solidariedade: avanços e impasses*. Curitiba: Appris, 2013. p. 17-88.

PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 16, n. 2, p. 397-411, 2009. DOI: <https://doi.org/10.2979/gls.2009.16.2.397>. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/2/>. Acesso em: 2 set. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES JUNIOR, Felício; OLIVEIRA, Rodrigo. Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações. In: DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados nacionais*. Brasília, DF: ESMPU, 2015. p. 79-116. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/convencao-n-169-da-oit-e-os-estados-e-banner-convencao-n-169-nacionais>. Acesso em: 3 set. 2021.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade*. Seguindo de Grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Ed. Unesp, 1998. (Biblioteca Básica).

PRICE, Richard. Transnational civil society and advocacy in world politics. *World Politics*, [s. l.], v. 55, n. 4, p. 579-606, July 2003. DOI: <https://doi.org/10.1353/wp.2003.0024>. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/25054239?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 3 set. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012. (Coleção Para Entender).

RAMOS, Maria Helena Rauta; ATAIDE, Soraya Gama de. Luta pela preservação ambiental: dilemas e contradições. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 186-195, jul./dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802013000200004>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802013000200004>. Acesso em: 3 set. 2021.

RIBEIRO, Inafran de Souza. A produção de conhecimento no contexto de conflitos socioambientais judicializados: notas sobre uma disputa territorial na APA da Barra do Rio Mamanguape (Paraíba). In: LEITE, Carla Vladiane Alves; PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; SILVA, Liana Amin Lima da (org.). *Biodiversidade, espaços protegidos e populações tradicionais*. Curitiba: Letra da Lei, 2016. v. 2, p. 37-57.

RISSE, Thomas; ROPP, Stephen C. Introduction and overview. In: RISSE, Thomas; ROPP, Stephen C.; SIKKINK, Kathryn (ed.). *The persistent power of human rights: from commitment to compliance*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2013. p. 3-25. (Cambridge Studies in International Relations, 126).

RISSE, Thomas; SIKKINK, Kathryn. The socialization of international human rights norms into domestic practices: introduction. In: RISSE, Thomas; ROPP, Stephen C.; SIKKINK, Kathryn (ed.). *The power of human rights: international norms and domestic change*. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 1-38. (Cambridge Studies in International Relations, 66).

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis. *Indigenous peoples, postcolonialism, and international law: the ILO regime (1919-1989)*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2005.

ROJAS GARZÓN, Biviany. Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais: a consulta de matérias legislativas no Brasil. In: _____ (org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. p. 289-317. (Documentos ISA, 12). Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/publications/15L00009.pdf>. Acesso em: 1º set. 2021.

ROULAND, Norbert. O direito dos povos autóctones. In: _____ (org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília, DF: Ed. UnB, 2004. p. 367-595.

SANTOS, Silvio Coelho dos (org.). *O índio perante o direito: ensaios*. Florianópolis: Ed. UFSC, 1982.

SANTOS, Silvio Coelho dos; WERNER, Dennis; BLOEMER, Neusa Sens; NACKE, Aneliese (org.). *Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos: ensaios*. Florianópolis: Ed. UFSC; Brasília, DF: Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, 1985.

SEITHEL, Friderike. Advocacy anthropology: history and concepts. *Revista Antropológicas*, Recife, ano 8, v. 15, n. 1, p. 5-48, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaantropologicas/article/view/23608/19263#>. Acesso em: 3 set. 2021.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim (org.). *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional*. Manaus: UEA, 2007. (Coleção Documentos de Bolso, n. 1).

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Brasília, DF: Núcleo de Direitos Indígenas; Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 45-51.

SILVA, Marina Osmarina. Saindo da invisibilidade – a política nacional de povos e comunidades tradicionais. *Inclusão Social*, Brasília, DF, v. 2, n. 2, p. 7-9, abr./set. 2007. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/view/1596>. Acesso em: 3 set. 2021.

SIMMONS, Beth A. *Mobilizing for human rights: international law in domestic politics*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Os povos tribais da Convenção 169 da OIT. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, [s. l.], v. 42, n. 3, p. 155-179, set./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5216/rfd.v42i3.55075>. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075>. Acesso em: 3 set. 2021.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; PRIOSTE, Fernando. Quilombos no Brasil e direitos socioambientais na América Latina. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2.903-2.926, dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/31219>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/3w6JYwmtbFd9JPRs7B88Fqw/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 3 set. 2021.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Etnodesenvolvimento: uma dimensão ignorada no pensamento desenvolvimentista. Tradução de Laís Mourão. *Anuário Antropológico*, [Brasília, DF], v. 9, n. 1, p. 11-44, 1985. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6327>. Acesso em: 3 set. 2021.

_____. *Pioneer on indigenous rights*. Heidelberg: Springer, 2013. (SpringerBriefs on Pioneers in Science and Practice, 2).

_____. *The ethnic question: conflicts, development, and human rights*. Tokyo: United Nations University Press, 1990.

SWEPSTON, Lee. *The foundations of modern international law on indigenous and tribal peoples: the preparatory documents of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, and its development through supervision*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015. v. 1. (The Traavaux Préparatoires of Multilateral Treaties, 3).

UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution adopted by the General Assembly on 27 July 2012*. 66/288. The future we want. [New York]: United Nations, 2012. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E. Acesso em: 3 set. 2021.

VEIGA, Cláudio Kieffer; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Comunidades tradicionais negras e a proteção da Convenção 169 da OIT. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2.599-2.628, dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/25624>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/JDxkGzdFHgzxjwddyrw68Sj/?lang=pt>. Acesso em: 3 set. 2021.

VIANNA, Lucila Pinsard. *De invisíveis a protagonistas: populações tradicionais e unidades de conservação*. São Paulo: Annablume, 2008.

VIEIRA, Ana Carolina Alfinito; QUACK, Sigrid. Trajectories of transnational mobilization for indigenous rights in Brazil. *RAE: Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 56, n. 4, p. 380-394, jul./ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-759020160403>. Disponível em: <https://rae.fgv.br/rae/vol56-num4-2016/trajectories-transnational-mobilization-indigenous-rights-brazil>. Acesso em: 8 set. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena; DUPREE, A. Scott. Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 48-69, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452004000100004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/NXjt7Yd5KhY7GVXV6kW5xxL/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 8 set. 2021.

WIENER, Antje. Global constitutionalism. In: OXFORD Bibliographies Online. New York: Oxford University Press, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1093/OBO/9780199743292-0092>. Disponível em: <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199743292/obo-9780199743292-0092.xml?rskey=x3tyqN&result=3&q=Global+constitutionalism#firstMatch>. Acesso em: 8 set. 2021.

A incidência da *supsessio* na obrigação alimentar entre ex-cônjuges

LUIZ CARLOS GOIABEIRA ROSA

Resumo: Atualmente tem-se constatado o entendimento de que princípios antes afetos ao Direito dos Contratos podem ser aplicados ao Direito de Família. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar que o princípio da *supsessio* é aplicável à obrigação alimentícia entre ex-cônjuges, e assim deve ser para que se efetive a boa-fé e até mesmo o princípio da solidariedade. Adotou-se o método dedutivo, tendo por premissa geral a boa-fé objetiva como decorrência dos princípios da solidariedade e da eticidade para se chegar à premissa específica de que a *supsessio* pode e deve ser aplicada aos alimentos devidos entre ex-cônjuges.

Palavras-chave: Solidariedade. Direito de Família. *Supsessio*. Boa-fé objetiva. Obrigação alimentar.

The incidence of *supsessio* in the food obligation between ex-spouses

Abstract: Today there has been an understanding that principles initially related to contract law can be applied to family law. In this regard, the present work has the general objective of demonstrating that the principle of *supsessio* is applicable to the maintenance obligation between ex-spouses, and it must be so for the realization of good faith and even the principle of solidarity. The deductive method was adopted, based on the general premise of objective good faith as a result of the principles of solidarity and ethics, in order to arrive at the specific premise that the *supsessio* can and should be applied to foods due between ex-spouses.

Keywords: Solidarity. Family law. *Supsessio*. Objective good faith. Food obligation.

Recebido em 4/3/21
Aprovado em 29/4/21

1 Introdução

Norteadas pelos princípios constitucionais, as relações jurídicas pautam-se na contemporaneidade pela máxima abrangência dos direitos fundamentais e em especial nas relações existenciais. Se antes o Direito Civil guiava-se pela tríade contrato-propriedade-família, sob os influxos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e em razão do fenômeno que veio a se tornar conhecido por *constitucionalização do Direito Civil*, as relações entre particulares e especialmente as relações existenciais passaram a nortear-se pelo macroprincípio da dignidade humana e seus correlatos.

Nessa linha, áreas que eram hermeticamente distintas passaram a dialogar principiologicamente, de forma a se complementarem e assim expandirem a proteção aos direitos individuais. Nesse sentido, observa-se recente entendimento segundo o qual preceitos até então restritos ao Direito Contratual podem ser aplicados também ao Direito de Família, a exemplo da boa-fé objetiva, que tem deixado de ser adstrita ao Direito dos Contratos e às relações contratuais e passado a penetrar nas relações familiares se isso redundar em maior efetividade dos direitos fundamentais correlatos.

Há, no entanto, questionamento especial em relação à pensão alimentícia entre ex-cônjuges. Constituiria essa obrigação uma garantia material *ad aeternum*, seja no que diz respeito à obrigação do alimentante, seja ao direito do alimentado? É possível a aplicação do princípio da boa-fé objetiva e seus corolários *supressio* e *surrectio* em relação à pensão alimentícia devida entre ex-cônjuges?

O objetivo do presente trabalho é analisar se a *supressio* é aplicável à obrigação alimentar entre ex-cônjuges e se tal aplicação redundaria na efetivação de direitos fundamentais relacionados, notadamente o da solidariedade. Para tanto, adotou-se o método dedutivo, tendo por premissa geral a boa-fé objetiva como decorrência dos princípios da solidariedade e da eticidade para se chegar à premissa específica consubstanciada na possibilidade de a *supressio* poder e dever ser aplicada às relações familiares, em especial aos alimentos devidos entre ex-cônjuges.

2 Da boa-fé objetiva na obrigação alimentar entre ex-cônjuges como expressão do princípio da solidariedade

A CRFB (BRASIL, [2021a]) prevê, logo no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o que adequadamente se convencionou chamar de *macro-*

princípio por ser o pressuposto imprescindível da efetividade dos direitos fundamentais, bem como a condição de legitimidade das relações existenciais.

Seguindo esse entendimento, o art. 3º da Carta Magna de 1988 apresenta os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, merecendo destaque a solidariedade, imperativo nas relações existenciais, entre elas as familiares, conforme bem aponta Canotilho (2018, p. 170, grifos nossos) ao dizer que

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 *prossecação 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.

Uma vez positivada pela Magna Carta, observa-se que a solidariedade deixou de ser apenas um valor ético para adquirir o *status* de valor jurídico e, como tal, torna-se a “base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana” (SILVA, 2014, p. 108). Em face disso, dada a constitucionalização do Direito Privado, não só o Estado como também os particulares são obrigados a observar e respeitar esse preceito constitucional nas relações jurídicas. Isso implica dizer que, numa relação jurídica, as partes têm simultaneamente o dever de observar a solidariedade no exercício de seus direitos e cumprimento de obrigações, o que Reale (1998, p. 2) bem observa ao afirmar que “o adjetivo ‘Democrático’ pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito,

meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social”.

Assim, como princípio constitucional dotado de força normativa capaz de tutelar o respeito devido a cada um (MORAES, 2003, p. 116), o princípio da solidariedade espraia-se por todo o ordenamento jurídico – portanto, no Direito Civil. Segue-se que os particulares que estabelecem uma relação jurídica devem guardar entre si uma conduta solidária, de modo que as dignidades de ambos sejam respeitadas.

Nesse contexto, a solidariedade também é fundamento do dever de ex-cônjuges prestarem alimentos quando aquele que busca não é capaz de provê-los com o resultado de seu próprio trabalho e, por ser dependente do outro, não pode ser prejudicado com a ruptura da relação conjugal. Assim, o ex-cônjuge aquiesce em apoiá-lo por meio da pensão alimentícia. Portanto, a solidariedade impõe um dever de assistência mesmo depois de rompida a união, se assim necessitar o ex-cônjuge.

Como bem esclarece Dias (2016, p. 939, grifo da autora),

[o] encargo alimentar decorrente do casamento e da união estável tem origem no *dever de mútua assistência*, que existe durante a convivência e persiste mesmo depois de rompida a união. Cessada a vida em comum, a obrigação de assistência cristaliza-se na modalidade de pensão alimentícia. Basta que um não consiga prover à própria subsistência e o outro tenha condições de lhe prestar auxílio.

Por outro lado, a solidariedade implica um poder-dever, segundo o qual o indivíduo também deve colaborar para seu semelhante ter uma vida digna. Quando o art. 3º da CRFB preconiza que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade solidária, isso implica não só o direito de ser auxiliado por todos para ter uma vida digna como

também a obrigação de contribuir para que todos a tenham. Como um mandamento constitucional, a solidariedade deve ser considerada tanto no âmbito da sociedade quanto no das relações particulares, entendimento reforçado por Payão e Santiago (2016, p. 1.128-1.129) ao asseverarem que “a ideia de solidariedade expressa a empatia perante as dificuldades do próximo, ou seja, a conscientização de que esforços mútuos são frutíferos”. Além disso, as autoras argumentam 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”.

Silva (2009, p. 46-47) compartilha desse entendimento:

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.

Desse modo, o princípio da solidariedade acarreta o comando de atributividade ao determinar o dever de colaboração entre os indivíduos nas relações jurídicas. Esse é o alicerce de um importante corolário do princípio da solidariedade: a boa-fé objetiva, cuja raiz, de acordo com Pezzella (1997, p. 199), é a assunção pelas partes de uma conduta honesta e leal, que resulta no respeito mútuo e na contribuição recíproca para a perfectibilização do contrato e de seus objetivos e efeitos. Isso porque, em conjunto com a eticidade, o princípio da solidariedade formata

a boa-fé objetiva de forma que essa imponha aos contratantes o dever de agirem com respeito mútuo na execução do contrato, o que inclui o dever de não criar ou manter para a outra parte ônus desnecessários ou injustos.

A esse respeito, Negreiros (2006, p. 118-119) afirma:

Na 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).

Norteadas, entre outros, pelo princípio da solidariedade, a boa-fé objetiva impõe uma conduta mutuamente harmoniosa às partes, que, para a consecução de efeitos contratuais proveitosos, devem agir de forma a se auxiliarem ou pelo menos não se prejudicarem.

Farias e Rosendal (2017, p. 216) frisam que,

[t]ransportando 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.

Nessa linha, Guidi e Ghilardi (2017, p. 426) entendem que, como princípio geral, a boa-fé

objetiva corresponde a um princípio normativo cogente, que se baseia nos fundamentos constitucionais da solidariedade e justiça social (arts. 3º, I, e 170 da CRFB) e incide nos vários âmbitos do Direito Privado como dever de lealdade e cooperação nas relações jurídicas. Daí se dizer que a boa-fé objetiva é um princípio a ser obedecido em todas as relações jurídicas privadas, não se restringindo às relações negociais de conteúdo estritamente patrimonial, uma vez que, conforme bem observa Pezzella (1997), consubstancia-se tal princípio num vetor a ser aplicado de forma que as partes desenvolvam uma conduta honesta, leal e correta, traduzida como concreção da socialidade e solidariedade. Também segundo a autora (PEZZELLA, 1997, p. 205-206), a boa-fé objetiva “visa à proteção do devedor contra exigências impertinentes que colidam com o direito ou a equidade” e serve de parâmetro em todas as relações privadas, inclusive as familiares.

Assim, o princípio da boa-fé objetiva não se aplica apenas ao Direito contratual, mas abrange, entre outras, as demais relações jurídicas reguladas pelo Direito Civil, justamente porque não se circunscreve às obrigações de conteúdo meramente patrimonial, mas abarca compromissos de ordem existencial e até voltados à consecução dos direitos fundamentais, tal qual se dá com o direito fundamental aos alimentos e, em contraposição, à exoneração do dever de prestá-los. Desse modo, independentemente da corrente sobre a natureza jurídica do casamento que se adote como parâmetro, certo é que todas comungam de uma característica: a de que o casamento contém, além dos direitos e obrigações de índole meramente patrimonial, outros direitos sobre os quais podem incidir princípios gerais.

Frise-se que o Código Civil acompanhou a mudança paradigmática constitucional ao substituir o alicerce patrimonialista pelo humanístico e lastrear a proteção da pessoa humana nos pilares da socialidade, operabilidade e eticidade. Conforme o entendimento de Sanches (2011, p. 37), a eticidade confere à boa-fé um caráter objetivo e geral a ser observado em todas as relações particulares, especialmente as relativas ao Direito de Família:

o espírito do atual Código Civil [...] objetiva imprimir eficácia e efetividade aos princípios constitucionais da valorização da dignidade humana, da cidadania, da personalidade, da confiança, da probidade, da lealdade, da boa-fé, da honestidade nas relações jurídicas de direito privado. Este princípio encontra sustentáculo na valorização da pessoa humana e prioriza a boa-fé. Irá se apresentar e penetrar no Código Civil por meio da técnica das cláusulas gerais, transformando o ordenamento privado em aberto e poroso. No Código Civil o princípio da boa-fé passou a ser aplicado também sob o aspecto objetivo, traduzindo um comportamento ético de conduta social. A boa-fé objetiva deve ser articulada de forma coordenada às outras normas integrantes do ordenamento a fim de lograr concreção. Assim, apesar de a boa-fé objetiva ser consagrada como cláusula geral dos

contratos, é forçoso concluir que o referido princípio encontra grandes reflexos nas relações jurídicas que não sejam de cunho meramente comercial. É, pois, em vínculos jurídicos que envolvam valores relacionados ao bem comum e de caráter personalíssimo, tais como as relações familiares, que o dever de cooperação e preservação da confiança alheia se fazem ainda mais necessários.

Delineada como conceito jurídico indeterminado, a boa-fé objetiva tem natureza de princípio jurídico e consiste em verdadeira regra de comportamento de fundo ético e exigibilidade jurídica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019a, p. 786). Nessa qualidade, além dos contratos, a boa-fé objetiva incide também nas relações familiares, conforme bem aponta Tartuce (2019, p. 73) ao asseverar que “a boa-fé objetiva é um dos pilares do Direito de Família Contemporâneo, a encerrar o estudo dos seus princípios fundamentais”, e conforme explanam Gagliano e Pamplona Filho (2019b, p. 299) ao afirmarem que a cláusula geral de boa-fé objetiva “também irradia a sua luz no Direito de Família”:

a boa-fé é, antes de tudo, uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. Vale dizer, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente. [...] consiste em um princípio vinculado a uma imprescindível regra de comportamento, umbilicalmente ligada à eticidade que se espera seja observada em nossa ordem social (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019a, p. 117).

É nesse sentido o entendimento de Farias e Rosenvald (2017, p. 122, grifos dos autores):

A boa-fé significa a mais próxima tradução da confiança, que é, como visto alhures, o esteio de todas as formas de convivência em sociedade. Em nosso sistema, a boa-fé é multifuncional. Dessa maneira, desempenha diferentes funções, a depender do caso concreto. Pode assumir papel de paradigma *interpretativo*, na teoria dos negócios jurídicos (CC, art. 113), ou desempenhar atribuição *integrativa*, estabelecendo deveres anexos, implícitos, que passam a ser exigidos das partes naturalmente, independentemente de previsão negocial. Por derradeiro, pode apresentar-se com *função limitadora*, exercendo um verdadeiro *controle negocial*, impedindo o abuso do direito subjetivo. É natural, portanto, que *as relações patrimoniais e pessoais de família tenham de se harmonizar com a boa-fé objetiva*.

No caso dos alimentos entre ex-cônjuges, o alimentando deve envidar esforços para que não mais precise da pensão, desobrigando o alimentante de tal mister assim que possível: uma parte deve dispensar a outra de obrigações desnecessárias e até mesmo injustas. A honestidade e lealdade impostas pela boa-fé objetiva implicam o reconhecimento pelo

alimentando de que não precisa mais da pensão e tem condições de se manter sem ela. Miranda (2010, p. 294) corrobora esse entendimento:

todo indivíduo deve alimentar-se por si mesmo, com o produto do seu trabalho e rendimento; e somente recai em seus pais, ou parentes, a obrigação de prestar os alimentos legítimos, quando o alimentando não tem bens, nem pode prover, por seu trabalho, à própria manutenção, isto é, não pode adquirir para si víveres (*cibaria*), roupa (*vestitus*), casa (*habitatio*), ou não pode fazer despesas com remédios e médicos (*valetudinis impendia*).

Essa é também a compreensão de Madaleno (2004, p. 70), para quem a perenidade dos alimentos entre ex-cônjuges só se justifica em situações extraordinárias:

Cada indivíduo deve buscar a própria subsistência, embora, no processo de desenvolvimento de sua vida, ele dependa e seja carente da assistência alheia até atingir a idade adulta, ou depois disso, se fatores transitórios, excepcionais ou até permanentes estenderem a inabilitação para o trabalho ou a incapacidade da pessoa de granjear os meios de que necessita para a sua preservação. E aquele que, por enfermidade grave, apresenta intransponível obstáculo e absoluta impossibilidade de prover a subsistência com o resultado financeiro de seu trabalho continua potencial credor de alimentos, sem origem exclusiva no parentesco.

Assim, a partir do momento em que o ex-cônjuge reúne condições de se manter, a pensão deve ser extinta. Essa é uma discussão fundante no âmbito doutrinário e jurisprudencial: a presunção do alcance de tais condições após determinado lapso temporal e o conseqüente caráter temporário da pensão como corolários da dignidade humana do provedor da pensão e da igualdade entre os ex-cônjuges. Conforme entendem Farias e Rosenthal (2017, p. 733),

[n]essa esteira, é de se asseverar que, no mundo pós-moderno, considerada a igualdade de condições entre o homem e a mulher (ou, pelo menos, uma tentativa de igualdade), a fixação de alimentos para o ex-cônjuge deve ter, como regra geral, um caráter temporário (transitório), servindo como um mecanismo de adaptação à nova realidade de vida que se impõe.

De fato, em tempos de equalização de direitos entre o homem e a mulher, não se afigura razoável um ex-cônjuge ser obrigado a prestar permanentemente alimentos ao outro quando este tem condições de prover o próprio sustento (BUZZI, 2003, p. 123). Portanto, os alimentos entre ex-cônjuges têm natureza transitória, devendo durar somente o período correspondente à readaptação do ex-cônjuge necessitado à nova vida pós-ruptura, ou seja, o tempo necessário para que ele reúna condições de recolocação no mercado de trabalho e conseqüentemente obtenha autonomia financeira.

Com efeito, se antes o sistema familiar patriarcal circunscrevia as mulheres tão somente aos afazeres domésticos e em contrapartida lhes assegurava alimentos integrais a cargo do ex-marido, atualmente o modelo antropocêntrico e a instituição da igualdade deram à mulher oportunidades iguais de crescimento profissional e pessoal, deixando de ser regra a figura da “dona de casa” para tornar-se exceção. Posto de outra forma: as mulheres também são titulares do direito fundamental ao trabalho digno por meio do qual alcançam independência financeira a ponto de não mais dependerem de pensão alimentícia do ex-cônjuge. Soa injusto que um ex-cônjuge que tenha perfeitas condições de se inserir no mercado de trabalho ou detenha recursos suficientes à subsistência continue a ser credor alimentício do outro ex-cônjuge por tempo indefinido. A propósito, bem apropriado é o entendimento de Pereira (2018, p. 503):

Deve-se destacar que, com a conquista da independência financeira e com o tratamento isonômico conferido à mulher, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, a obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-companheiros passou a adquirir também diferentes contornos. Se antes a legislação assegurava alimentos em qualquer circunstância, hoje os Tribunais – em especial o Superior Tribunal de Justiça – têm considerado a obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-companheiros uma exceção à regra, incidindo somente quando for configurada a dependência do outro ou a carência de assistência alheia.

Desse modo, em decorrência dos princípios da solidariedade e eticidade, a boa-fé busca garantir o amparo necessário à adaptação dos ex-cônjuges à nova realidade pós-separação e, ao mesmo tempo, limitar a pensão alimentícia, cabendo ao ex-cônjuge que dela não mais necessitar o dever de notificar o outro.

Conforme observa Fagundes (2014, p. 267),

[o]s alimentos transitórios, mais difundidos e melhor aceitos diante de sua transitoriedade, proporcionam um resgate da dignidade pessoal daquele cônjuge que, por circunstâncias que foram estabelecidas na constância do casamento, ao findar a união não conseguiria se sustentar sem a ajuda financeira do outro. Além da transitoriedade preestabelecida na fixação do pensionamento, mudanças nas condições de possibilidade e necessidade podem determinar a extinção da obrigação. Funda-se em um princípio basilar de solidariedade social que não se extingue com o término da união.

Assim, verificada a desnecessidade do ex-cônjuge alimentando, mister se faz a exoneração do alimentante. E essa desnecessidade pode se revelar não só ostensivamente como costuma acontecer mas também de forma implícita tal qual se dá na hipótese em que o ex-cônjuge ou

não recebe a pensão e não a reivindica, ou a recebe e não a utiliza por não precisar, configurando-se assim a *supressio*.

3 Da aplicabilidade da *supressio* na obrigação alimentar entre ex-cônjuges

Na medida em que estabelece o dever de conduta leal e honesta entre as partes, a boa-fé objetiva deriva em institutos de suma importância para regular a efetividade social, dentre os quais se ressalta a *supressio*.

Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2019a, p. 137),

[d]ecorrente da expressão alemã *Verwirkung*, consiste na perda (supressão) de um direito pela falta de seu exercício por razoável lapso temporal. [...] Na figura da *supressio*, o que há é, metaforicamente, um “silêncio ensurdecedor”, ou seja, um comportamento omissivo tal, para o exercício de um direito, que o movimentar-se posterior soa incompatível com as legítimas expectativas até então geradas. Assim, na tutela da confiança, um direito não exercido durante determinado período, por conta desta inatividade, perderia sua eficácia, não podendo mais ser exercitado. Nessa linha, à luz do princípio da boa-fé, o comportamento de um dos sujeitos geraria no outro a convicção de que o direito não seria mais exigido. [...] a *supressio* se refere exclusivamente a um comportamento omissivo, ou seja, à não atuação da parte gerando a ineficácia do direito correspondente.

A *supressio* ocorre quando uma parte se omite no exercício de um direito por considerável lapso de tempo – o que gera na outra parte a expectativa de que ele não seria exercido – e posteriormente vem a exercê-lo, faltando, assim, a lealdade contratual que se espera por força da boa-fé objetiva. Ou seja, a *supressio* indica possibilidade de redimensionamento da obrigação

pela inércia qualificada de uma das partes em exercer um direito durante a execução contratual, criando para a outra parte a legítima expectativa de que houve a renúncia a tal direito (BRASIL, 2019a) e de que esse não exercício se prorrogará no tempo (BRASIL, 2019b).

Acresça-se que a *supressio* se configura não só na omissão do exercício de uma faculdade propriamente dita (um direito “ativo”) como também na omissão da exigência do cumprimento de uma obrigação da outra parte (um direito “passivo”), tal qual o direito de exigir o pagamento de juros ou outra prestação periódica. O contexto da *supressio* envolve a não observação de um direito a ser exercido ou uma obrigação a ser cobrada, fazendo que, com o passar do tempo, surja para a outra parte da relação a expectativa de que aquele direito ou aquela obrigação inicialmente acordada não serão exercidos ou cobrados na sua forma original (AMAZONAS, 2018). Uma vez que a boa-fé objetiva é perfeitamente aplicável às relações familiares, segue-se que a *supressio* também o é no que lhe couber, notadamente na obrigação alimentar entre ex-cônjuges.

Ressalte-se que a natureza da prestação alimentar entre ex-cônjuges é diversa da prestação alimentar entre parentes: nesta, o fato gerador é o parentesco; naquela, é tão somente o dever de mútua assistência. Nessa linha, a prestação entre parentes decorre do dever de prover a subsistência mútua (dever alimentar), delineado, entre outros, pelos arts. 1.696 e 1.697 do Código Civil (BRASIL, [2021b]), ao passo que a prestação entre ex-cônjuges se justifica apenas para aquele que dela necessitar até adaptar-se à nova vida pós-divórcio (obrigação alimentar). Neste último caso, como não se trata de subsistência, não pode ser presumida e justamente por isso tem um caráter temporário. De modo diverso da prestação alimentar entre parentes, a obrigação entre ex-cônjuges fundamenta-se apenas na necessidade temporária de adaptação do alimentando.

Madaleno (2020, p. 1.701) é preciso em relação ao tema:

assinala Fabrício Dani de Boeckel ser cada vez mais raro a mulher abandonar os estudos ou a vida profissional pelo casamento, e porque deve ser independente e auxiliar na renda familiar, vem sendo gradativamente atenuada a obrigação de prestar alimentos entre pessoas casadas. E, por tais razões, escreve Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, só são fornecidos alimentos em determinados casos e com duração certa, para o alimentando dispor de tempo para tomar as providências necessárias para levá-lo a conquistar sua independência financeira, talvez para concluir a faculdade ou uma pós-graduação e se emancipar definitivamente da tutela do provedor, que fica liberto do encargo alimentar.

Assim, uma vez que a obrigação alimentar entre ex-cônjuges não carece de substrato familiar e se fundamenta numa necessidade temporária, a *supressio* pode ser definitivamente constatada quando, além de não usar a

verba alimentar nem cobrar verbas porventura não pagas pelo alimentante, o alimentando exercer o direito em desacordo com a real intenção. Ou seja, em pleno desrespeito à boa-fé, exercer um direito com o intuito de prejudicar a outra parte, e não de obter a vantagem que ordinariamente se objetivaria – por exemplo, cobrar alimentos sem deles necessitar ou se valer deles sem que precise.

Simão (2013, p. 5.844) corrobora tal entendimento:

Na realidade, o não exercício da posição jurídica pelo credor não gera *supressio*, ou seja, não impede o exercício posterior. O tempo não tem o condão de retirar a possibilidade de os parentes pedirem alimentos. [...] Agora, com relação aos cônjuges e companheiros, como não são parentes entre si, o que enseja a concessão de alimentos é o vínculo que os une: casamento ou união estável. Finda a união estável ou o casamento, não mais será possível pedir os alimentos por ter desaparecido a causa que ensejaria o pagamento.

Não é demais lembrar que também o ex-companheiro de uma união estável tem tanto o direito aos alimentos quanto à exoneração pela *supressio*. Inicialmente, porque a Lei nº 8.971/1994 (BRASIL, 1994), art. 1º, *caput* e parágrafo único, estabelece que

a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. [...] igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Sucedeu a tal disposição o definido pela Lei nº 9.278/1996 (BRASIL, 1996), art. 7º, *caput*:

“dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”. Por fim, sacramentando a questão, o art. 1.694 do Código Civil de 2002 é claro ao dispor que, além dos parentes e cônjuges, podem os “companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (BRASIL, [2021b]).

4 Conclusão

A obrigação alimentar decorrente do rompimento do casamento ou união estável objetiva prover, parcial ou totalmente, a subsistência àqueles que não têm condições de fazê-lo. Contudo, não constitui garantia material perpétua.

Embora a manutenção dos alimentos por prazo indeterminado se justifique em situações excepcionais (incapacidade laboral permanente, ausência de familiares que lhe garantam o sustento, impossibilidade de reinserção no mercado de trabalho), em regra não há que se falar em pagamento *ad aeternum* devido entre ex-cônjuges. Com efeito, a sociedade familiar atual advoga a igualdade de condições entre o homem e a mulher, do que resulta como regra geral tanto o direito de requerer alimentos no momento oportuno quanto o direito de se ver desobrigado a provê-los, dado o caráter transitório da obrigação alimentar entre ex-cônjuges.

Uma vez que os desdobramentos da boa-fé objetiva têm relevante utilização no Direito Privado, assim também deve ser no Direito de Família quanto à obrigação alimentar entre ex-cônjuges, quando constatado decurso de tempo significativo entre o estabelecimento dessa obrigação e sua reivindicação pela parte

titular. Daí a relevância de se reconhecer a aplicabilidade da boa-fé objetiva e da *supressio* especificamente na pensão alimentícia devida entre ex-cônjuges, o que redundará em incremento da efetividade dos princípios fundamentais da dignidade, igualdade e solidariedade.

Assim, justamente pelo fato de tais princípios recaírem não só sobre o direito aos alimentos como também sobre a respectiva exoneração, alimentante e alimentando devem guardar a mais estreita colaboração recíproca, de forma que se concretize a solidariedade. Mais ainda, tal situação atrai a figura da boa-fé objetiva e a concernente imposição de as partes agirem com lealdade e honestidade: o alimentando ao exigir alimentos somente quando deles precisar; e o alimentante ao prestá-los devidamente.

Nessa linha, quando evidenciada a conduta de inação da parte alimentada em exercer seu direito por longo período de tempo, gerando na parte alimentante a expectativa de que tal obrigação não seria mais necessária nem exigida, aí se configura a *supressio* e conseqüentemente sobressai-se o direito de o alimentante exonerar-se de tal mister e a desnecessidade de o alimentando obter o benefício alimentar, sob pena de caracterização do abuso de direito. Assim, o caso de o ex-cônjuge alimentando exigir prestação alimentícia que há muito não reivindica nem usa configura abuso de direito, dado que não agirá com a lealdade e honestidade impostas pela boa-fé objetiva.

Como corolário do princípio constitucional da solidariedade, a boa-fé objetiva nas relações familiares implica a maximização da efetividade dos direitos fundamentais entre ex-cônjuges, o mesmo acontecendo com a *supressio* ao se considerar que a inércia do ex-cônjuge alimentando gera uma expectativa no ex-cônjuge alimentante de que aquele não irá mais exercer esse direito, e, tendo em vista que a boa-fé objetiva contém em si a ideia de confiança, tal expectativa não pode ser frustrada.

Sobre o autor

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 da graduação e do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil.
E-mail: lgoiabeira@yahoo.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. A incidência da *supressio* na obrigação alimentar entre ex-cônjuges. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 153-166, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p153

(APA)

Rosa, L. C. G. (2021). A incidência da *supressio* na obrigação alimentar entre ex-cônjuges. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(232), 153-166. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p153

Referências

AMAZONAS. Tribunal de Justiça (2. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0615114-46.2017.8.04.0001*. Apelação cível. Direito civil. Ação de busca e apreensão. Constituição em mora do devedor. Necessidade de notificação extrajudicial. *Supressio*. Julgamento improcedente. Veículo já alienado. Multa de 50%. Inaplicabilidade. Exercício regular de direito. Ausência de má-fé [...]. Apelante: Banco Pan S/A. Apelada: Silvia Cristina Lopes Silva. Relator: Des. Wellington José de Araújo, 29 de outubro de 2018. Disponível em: https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=2808681&cdForum=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha_f99fb69d54ca446c88bfa977598fd2e8&vlCaptcha=xzb&novovlCaptcha=-. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

_____. *Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

_____. *Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.294.253/MT*. Agravo interno. Embargos de declaração. Agravo em recurso especial. Cobrança. Cédula de Produto Rural (CPR). Garantia de compra e venda. Validade da manifestação de vontade. Aval. Reexame de provas. Ausência de impugnação aos fundamentos da decisão agravada [...]. Agravantes: Paulo César Favaro Motta; Eduardo Umberto Simonetti. Agravado: Antonio Enzo Vinholi. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 7 de maio de 2019a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801152071&dt_publicacao=10/05/2019. Acesso em: 26 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.581.075/PA*. Processual civil. Direito civil e empresarial. Recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/73. Ação de indenização por danos materiais e morais. Resolução de contrato de distribuição. Violação do art. 565 do CPC/73. Inovação recursal. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Reavaliação dos fatos e provas. Possibilidade. Fatos

constitutivos do direito do autor. Prova. Ausência. Exceção do contrato não cumprido. Culpa concorrente não configurada. Onerosidade excessiva. Não ocorrência. *Supressio* não caracterizada. Recurso especial provido [...]. Recorrente: Danone Ltda. Recorridas: Distribuidora de Laticínios do Pará Ltda. – EPP; L. M. Fernandes & Cia. Ltda. – EPP. Relator: Min. Moura Ribeiro, 19 de março de 2019b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600220951&dt_publicacao=22/03/2019. Acesso em: 26 ago. 2021.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo*. Curitiba: Juruá, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. 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).

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias: de acordo com o novo CPC*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FAGUNDES, Valéria Nahas. Alimentos transitórios e alimentos compensatórios. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 32, p. 251-269, 2014. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.69428>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/69428>. Acesso em: 27 ago. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. 2. ed. unificada. São Paulo: Saraiva, 2019a. v. 4.

_____. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019b. v. 6.

GUIDI, Ana Letícia Cechinel; GHILARDI, Dóris. (In) aplicabilidade do instituto da *supressio* na questão dos alimentos. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 12, n. 1, p. 419-454, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.14210/rdp.v12n1.p419%20-%20454>. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/10685/6021>. Acesso em: 27 ago. 2021.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. *Revista CEJ*, Brasília, DF, n. 27, p. 69-78, out./dez. 2004. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/636/816>. Acesso em: 27 ago. 2021.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: direito de família: direito parental: direito protetivo*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2010. t. 9.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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, 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: 27 ago. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 26. ed. rev., atual. e ampl. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5.

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.

REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANCHES, Raquel Elias. O princípio da boa-fé objetiva nas relações patrimoniais de família. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, [Brasília, DF], v. 23, n. 9, p. 37-48, set. 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16030282.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2021.

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*. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIMÃO, José Fernando. Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, [Lisboa], ano 2, n. 6, p. 5.841-5.850, 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/06/2013_06_05841_05850.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5.

O argumento da intenção do legislador

Anotações teóricas sobre uso e significado

ROBERTA SIMÕES NASCIMENTO

Resumo: O artigo apresenta as principais perspectivas teóricas sobre o argumento da intenção do legislador, sistematiza a evolução do debate em torno de seu significado e uso – com foco no contexto europeu e norte-americano – e explica qual é a compreensão atual do tema. O trabalho está dividido em introdução, uma seção sobre o papel da intenção do legislador na interpretação jurídica, uma seção dedicada às situações em que seria possível afastar-se da intenção legislativa e na conclusão, em que se retomam as ideias mais importantes trabalhadas no texto.

Palavras-chave: Interpretação jurídica. Intenção legislativa. Argumentação jurídica. Teoria da legislação.

The legislator's intent argument: theoretical annotations on use and meaning

Abstract: The article presents the main theoretical ideas about the argument of the legislator's intent, systematizing the evolution of the debate around its meaning and use – focusing on the European and North-American context – and explaining what is its current understanding. The paper is divided into an introduction, a section dealing with the theoretical perspectives on the role of the legislative intent in legal interpretation, a section dedicated to the situations in which it would be possible to depart from the legislative intention, and a conclusion, in which the most important ideas worked on in the text are resumed.

Keywords: Legal interpretation. Legislative intent. Legal reasoning. Theory of legislation.

Recebido em 18/6/21

Aprovado em 8/9/21

1 Introdução

Existe hierarquia entre os critérios interpretativos? Qual é o peso da intenção dos legisladores na interpretação jurídica das leis? Sendo os parlamentos órgãos formados por centenas de legisladores, é possível falar em uma só intenção legislativa? Como é possível acessá-la? Os materiais preparatórios devem ser consultados sempre? Se não, em quais situações se deve fazê-lo? Qual é a solução se não for possível encontrar a intenção legislativa? E se não há tempo para buscá-la? E se a intenção é ruim ou não corresponde ao que está escrito? O que o juiz pode fazer se acredita que os legisladores estão equivocados em sua intenção? Em quais situações a interpretação pode afastar-se da intenção dos legisladores?

Independentemente do que se entenda por interpretação jurídica, entre os vários argumentos que podem ser empregados para justificar as interpretações em concreto, o da intenção do legislador é objeto de discussões acaloradas.

Em princípio, levar a sério a intenção legislativa pareceria a opção mais democrática, pois os legisladores representam as maiorias, e essa seria a maneira de proceder num Estado de Direito em que vigore a separação de Poderes. A legitimação democrática do legislador é, sem dúvida, o argumento mais sólido para a pretensão de que a vontade legislativa tenha preferência como guia para a interpretação das leis.

Contudo, uma visão mais crítica apresenta a ideia de que é a lei que governa, não a intenção do legislador, de maneira que o governo das leis, e não dos homens, exigiria que apenas as intenções legislativas efetivamente expressas no texto vinculassem os cidadãos. Se a intenção não está objetivada (por escrito), não é vinculante. A ideia é que as leis signifiquem o que está nos seus textos, não o que os legisladores desejavam ou queriam dizer e que por acaso não plasmaram nas disposições normativas. Dessa maneira, a intenção legislativa jamais poderia ser a subjetiva (*voluntas legislatoris*), e, se está divorciada do texto (*voluntas legis*), o devido seria preferir o teor estritamente literal, sem importar a vontade por trás.

As vertentes mais céticas vão adiante, defendendo a inexistência de uma intenção legislativa, pois somente seres humanos podem ter intenção, e as legislaturas não são homens ou mulheres. Para essa objeção ontológica, o legislador não é um ser (monocrático) a que se possa atribuir uma intenção, e seria falso personificar a decisão de uma coletividade. Como nos parlamentos existem vários legisladores – avança esse argumento –, não seria possível conceber “uma” intenção legislativa como a soma das intenções dos diferentes legisladores.

A segunda objeção cética vai pelo caminho gnosiológico, defendendo que, ainda que existisse uma intenção legislativa coletiva, não seria pos-

sível conhecê-la, pois não se votam intenções, mas sim as palavras das leis. Para vencer essa objeção, seria necessário lançar mão de dados, documentos e indícios que revelam a chamada *occasio legis*, isto é, as circunstâncias em que se originou a lei. Ainda assim persistiriam todos os problemas, dificuldades e dilemas relacionados ao método histórico de interpretação.

Por último, a terceira objeção sustenta a irrelevância prática da intenção legislativa, na medida em que haveria situações em que ela não vincula o intérprete, ou seja, seria inútil dedicar-se a buscar a vontade do autor das leis porque sua intenção nem sempre importa, pois, sobretudo com o passar do tempo, pode mostrar-se defasada em relação ao avanço da sociedade, da tecnologia ou das necessidades sociais. Além disso, consequências nefastas e inconstitucionalidades anulariam a vigência da intenção legislativa, isto é, mostrariam que essa é obsoleta.

As objeções mencionadas resultaram no pouco prestígio do argumento da intenção do legislador na moderna teoria da interpretação jurídica.

O propósito do presente trabalho é apresentar sistematicamente o panorama teórico da discussão sobre o papel da intenção legislativa na interpretação jurídica e reivindicar o uso desse argumento partindo das premissas explicitadas a seguir.

Em primeiro lugar, assume-se que negar a existência de uma intenção equivale a dizer que a lei foi editada sem razão, quase de maneira involuntária, por acidente, o que parece absurdo ou, ao menos, pouco plausível. As leis não são um produto da natureza, não são como a chuva, que simplesmente cai do céu. As leis são aprovadas com o objetivo de promover algum estado de coisas, uma mudança: têm o propósito de realizar determinados valores, de preferência resolvendo algum problema na sociedade. Se se

entende que o Direito é um meio para alcançar fins valiosos, deve-se entender igualmente que as leis são um dos instrumentos mais adequados para consegui-lo.

Dessa maneira, uma teoria normativa da interpretação sem uma teoria da legislação corre o risco de fracassar em sua finalidade de atribuir sentido aos textos legais. Defende-se que existe uma conexão entre teoria da legislação e teoria da interpretação. A maneira como se entende a criação do Direito (a elaboração das leis) interfere diretamente no momento da aplicação ou interpretação do Direito legislado. As teorias da legislação oferecem ferramentas úteis para avaliar a racionalidade legislativa, as quais – se forem levadas a sério – contribuem para que não se façam presunções vazias a respeito da intenção do legislador.

Compreender o significado de uma lei passaria por compreender minimamente o contexto em que foi produzida e analisar, entre outros aspectos, o problema social subjacente, as finalidades que se pretendia alcançar com a lei sob exame e a argumentação nela envolvida para verificar se os meios estabelecidos são adequados. Deve-se insistir que as leis são instrumentos para alcançar determinados estados de coisas definidos politicamente, de maneira que não podem ser isoladas das suas circunstâncias de criação. Com base nesse primeiro pressuposto, haverá situações em que será inescapável a demonstração sobre se o legislador agiu bem ou mal; por isso é necessária certa familiaridade com a dinâmica do processo legislativo.

Em segundo lugar, assume-se que buscar a intenção legislativa é uma empresa viável na maioria das situações. Esse segundo pressuposto, como consequência do primeiro, considera que as legislaturas, ao aprovar leis, agem de maneira intencional. Os textos legislativos representam o principal recurso da intenção, a despeito da existência de outros materiais capazes de com-

pletar a evidência (prova) do que os legisladores pretendiam. Além disso, tal como se busca esclarecer até o final deste artigo, a existência de informação empírica não é condição para a validade do argumento da intenção do legislador, sem prejuízo de que um suporte fático na realidade venha a dar-lhe mais força. Reconhece-se que haverá situações em que a intenção do legislador poderá apresentar-se mais como uma presunção do que como um fato social.

Em terceiro lugar, complementando as premissas anteriores, considera-se que buscar a intenção do legislador não é algo fútil, mas sim parte da atividade do intérprete para aplicar o Direito de forma racional e sistemática. Naturalmente, é possível que, em alguns contextos, a intenção legislativa não seja determinante para o resultado da interpretação, dado que outros jogos interpretativos e suas respectivas finalidades se desenvolvem de forma simultânea. Assim, a interpretação não deve guiar-se necessariamente pela intenção do legislador, mas isso não significa que ela seja irrelevante.

Igualmente, não se nega que será possível verificar situações nas quais a intenção legislativa é mencionada como mera máscara para cobrir as intenções do próprio intérprete, ou seja, o que ele pessoalmente considera que deveria ser a intenção do legislador, tal como sucede com o uso do argumento da racionalidade do legislador. Nesse caso, é evidente que há um uso falacioso do argumento.

No mesmo sentido, também é incorreto usar o argumento da intenção do legislador para revelar intenções legislativas obscuras, isto é, para dizer que as verdadeiras intenções legislativas estariam escondidas – por exemplo, quando se alega que os legisladores agem por interesses próprios (sem qualquer demonstração) – ou para desqualificar ou desacreditar a intenção legislativa, o que se observa quando se faz referência a “más” intenções. Com esse esclarecimento, não

se pretende afirmar que os legisladores apresentam razões verdadeiras sempre, mas sim que o problema do legislador “mentiroso” deve ser resolvido de outra maneira, e não com base no argumento mencionado.

O uso aqui proposto – que advoga o exame dos debates parlamentares e materiais preparatórios em geral – não deve ser considerado uma defesa do postulado do legislador racional, nem necessariamente uma espécie de deferência ao legislador. Uma interpretação da lei não é boa ou ruim porque endossa ou não a intenção do legislador. O que não deve ser feito – conforme se entende aqui – é presumir um legislador ideal, sempre racional e corretamente intencionado (ou o contrário disso), sem se averiguar mais nada.

Conceber o argumento da intenção do legislador de uma maneira distinta da proposta aqui pode implicar uma concepção anacrônica em relação ao estado da arte da teoria contemporânea e com o risco de se avalizar um emprego falacioso desse argumento, ao estilo “vale-tudo”, que provavelmente serviria para cobrir a visão subjetiva do próprio intérprete acerca de qual deveria ser o propósito da lei segundo suas preferências pessoais.

Definidos esses aspectos – especialmente o de que a intenção legislativa revelada, embora preferencial, não é determinante em todos os casos –, explica-se que o uso do argumento da intenção do legislador nos moldes aqui pretendidos projeta uma visão da interpretação jurídica adequada ao Estado Constitucional e preserva, ao mesmo tempo, o método de aplicação do Direito legislado.

Para dar conta do objetivo proposto, o trabalho está dividido em mais quatro seções. Na próxima, são apresentadas as principais vertentes teóricas sobre o papel da intenção do legislador na interpretação jurídica. Em seguida, são feitas algumas reflexões sobre as situações em que

seria possível afastar-se da intenção legislativa. Por fim, a conclusão retoma as ideias mais importantes trabalhadas no texto.

2 A intenção do legislador na teoria

O tema da interpretação das leis é tão amplo e já se escreveu tanto sobre ele que seria realmente impossível apresentar o panorama das correntes da teoria da interpretação jurídica. O mesmo vale para as ideias sobre o papel e a importância da intenção legislativa: não seria possível apresentar o debate desde o início, com a evolução, as discrepâncias e as sutilezas de cada um dos autores que se dedicaram ao tema.

Assim, dados os limites deste trabalho, serão expostas as ideias mais recorrentes (as principais se repetem, embora com algumas nuances) e os autores mais lembrados, sem muita preocupação com os contextos em que cada tese surgiu, embora se saiba que os momentos explicam muito. Não se pretende fazer uma reconstrução cronológica que mostre a “evolução” pela qual passou o pensamento sobre a intenção do legislador: a abordagem é, ao contrário, preliminar e introdutória.

Do ponto de vista histórico, houve avanços e retrocessos na relevância do argumento, mas o ápice do prestígio da intenção do legislador se deu com a Escola da Exegese, embora não fossem então muito claras suas premissas metodológicas, conforme expõe Chiassoni (2017). Ao longo do tempo, as premissas metodológicas de interpretação mudaram, foi dada direção diversa aos debates sobre interpretação jurídica, e a intenção legislativa adquiriu outro papel.

Dando-se um salto temporal, um dos autores mais influentes do século XX, Kelsen (1998, p. 391), manifestou enfaticamente sua posição de que o chamado “argumento psicológico” tem o mesmo valor que os demais argumentos inter-

pretativos, dado que não há qualquer critério que torne uma possibilidade interpretativa – inscrita dentro da moldura – preferível a outra.

Essa visão é coerente com os demais aspectos da teoria kelseniana, que confere nula importância ao que acontece nas legislaturas. Para Kelsen (1998, p. 396), o Direito começa com a inserção da norma no ordenamento. Antes disso, haveria mera “política jurídica”.

Passa-se então às principais teses sobre o argumento da intenção do legislador.

2.1 O prestígio da intenção do legislador

Em seu *L'interpretazione della legge*, Tarello (2015) chama o recurso à vontade do legislador de “argumento psicológico”, conforme o qual aos enunciados normativos deve ser atribuído o significado que corresponde à vontade de seu emissor – no caso, o legislador histórico.

Além de ser um dos mais antigos argumentos interpretativos, é uma das formas óbvias de atribuir significado aos documentos normativos, garantir a fidelidade à lei e a “desresponsabilização política” do intérprete. Seu uso é condicionado pela adesão do juiz à ideologia imperativista e à fidelidade à lei.

De acordo com a explicação de Tarello (2015, p. 328, tradução nossa),

[t]oda a cultura positivista continental da primeira metade do século XIX privilegiou – ou pelo menos valorizou muito – o argumento psicológico e o uso de trabalhos preparatórios: na França com a Escola da Exegese, primeiro por lealdade a Napoleão e depois pela preservação de seu trabalho legislativo; na área germânica por razões políticas, pelo menos entre os juristas liberais (desconfiados da Escola histórica).

Tarello (2015) faz quatro observações importantes: (1) o argumento psicológico tende a ser desprestigiado na medida em que prevalecem

opiniões segundo as quais a formação do Direito não tem caráter voluntário, mas sim orgânico ou funcional, ou em que a vontade dos operadores na aplicação da lei (os juristas) deve ser considerada; (2) a eficácia do argumento psicológico está associada ao momento em que é emitida a declaração objeto da interpretação e ao momento em que se dá a atribuição de significado: será tanto mais eficaz quanto mais próximo estiver, ou seja, o tempo corre contra a consideração da vontade do legislador; (3) como consequência, o argumento só pode ser utilizado fértilmente se e somente se a vontade normativa do autor do documento subsistir efetivamente; e (4) o privilégio do argumento psicológico torna impossível a adaptação das declarações legais a propósitos mutáveis, o que pode causar tensões significativas dentro da sociedade e da organização legal.

Com isso Tarello explica por que hoje o uso desse argumento é menos frequente do que no passado. Em sua opinião, o argumento serve antes para descartar interpretações contrárias, que manifestamente vão contra a vontade dos autores da lei, se houver indicações nos materiais preparatórios, ou seja, o argumento empiricamente informado permitiria refutar uma interpretação aparentemente plausível da lei. Para Tarello (2015), é como se o argumento de intenção fosse apenas mais um, sem qualquer prevalência em relação a outros argumentos interpretativos.

2.2 A impossibilidade de verificar a intenção do legislador e sua contraditória onipresença

No debate sobre o papel da intenção legislativa na interpretação, um argumento frequente é o de que é impossível que os legisladores tenham intenções, de modo que a interpretação jurídica não deveria apelar para a intenção legislativa. Essa posição é apresentada em debates europeus e norte-americanos.

Um representante europeu é Alf Ross, que em seu livro *Direito e Justiça* apresenta uma das exposições mais interessantes e influentes sobre o papel da intenção legislativa na interpretação jurídica. No capítulo IV, “O método jurídico (interpretação)”, Ross (1963) apresenta uma visão abrangente da teoria da interpretação na qual a ideia de intenção legislativa está sempre presente.

O autor reconhece que toda interpretação do Direito legislado começa com um texto e enfatiza o papel determinante do contexto. Para Ross, o contexto fornece uma base para presumir o que o autor poderia razoavelmente ter desejado na situação em questão. Sua visão é que “toda interpretação jurídica em sentido próprio inclui presunções a respeito dos critérios e valores sociais que motivaram o legislador” (ROSS, 1963, p. 135, tradução nossa), ou seja, a intenção legislativa está sempre presente.

Ross explica que o método que ele chama de “interpretação por conexão” não se apoia no uso linguístico, tampouco utiliza como ferramentas as palavras empregadas no texto, mas sim as circunstâncias, tais como o contexto e a situação. Por *contexto*, Ross entende os fatos que podem lançar luz sobre o que uma pessoa pretendia comunicar. A *situação* engloba todos os fatos e circunstâncias que podem indicar o que o autor pretendia, qual era a sua intenção. Ross (1963, p. 113, tradução nossa) descreve o método da seguinte forma: “A interpretação por conexão é um estudo de provas circunstanciais, remanescente do trabalho de um detetive que investiga um crime”.

Quanto ao contraste entre interpretação subjetiva (*voluntas legislatoris*) e interpretação objetiva (*voluntas legis*), Ross afirma que, na verdade, essa distinção é falsa: toda interpretação parte da comunicação e tenta alcançar a intenção. Em outras palavras, não há interpretação puramente linguística. Segundo Ross (1963, p. 118), a crença na interpretação literal é uma ilusão, já que toda

interpretação sempre se baseia em outros fatores, particularmente em conjecturas sobre a ideia, o propósito ou a intenção associada ao texto.

Por uma questão de clareza, o fragmento que expressa essa ideia merece ser reproduzido:

Tomada desta forma como um contraste absoluto entre intenção e comunicação, entre o que se quer dizer e o que se diz, a distinção é insustentável. Por um lado, a intenção, sendo um fenômeno da consciência interna do autor, é fundamentalmente inacessível. O que entendemos por interpretação leva em consideração não apenas a expressão linguística, mas todos os outros dados relevantes: o contexto e a situação, que inclui as visões política e filosófica do autor, o propósito declarado e o propósito presumido que o guiou na formulação da expressão, e assim por diante. Por outro lado, a comunicação como tal não tem um significado objetivo preciso; a compreensão que ela suscita nos outros varia de acordo com os dados interpretativos que o destinatário leva em conta.

A diferença entre interpretação subjetiva e objetiva, portanto, não deve ser procurada no contraste entre os propósitos da interpretação (o significado pretendido em oposição ao significado comunicado). Toda interpretação começa com a comunicação e procura chegar à intenção. A diferença depende dos dados que são levados em consideração ao interpretar. A interpretação subjetiva faz uso de todas as circunstâncias que podem esclarecer o significado, em particular todas as circunstâncias pessoais e factuais relacionadas com a composição da expressão e sua enunciação. A interpretação objetiva limita os dados àqueles que são discerníveis para o destinatário na situação em que ele se encontra quando apreende a expressão (ROSS, 1963, p. 117-118, tradução nossa).

Em sua descrição de como os problemas de interpretação são resolvidos na prática, Ross (1963) argumenta que existe uma fusão entre o que seria uma função cognitiva (destinada a expressar certos dados) e uma função valorativa (avaliativa) por parte do juiz (guiada por emoções e avaliações sociológico-legais). Por essa razão ele entende que existe um limite embaçado nas três situações seguintes:

- a) aqueles casos em que o juiz acredita que existem – na própria lei ou em sua história legislativa – certos elementos que provam que sua interpretação está de acordo com a intenção do legislador;
- b) aqueles casos em que, com ou sem razão e sem estar claramente ciente disso, o juiz identifica suas próprias atitudes pragmáticas com as do legislador; e, por último,
- c) aqueles casos em que o juiz percebe que está interpretando a lei à luz de ideias que não podem ser atribuídas ao legislador, e que possivelmente estão até mesmo em oposição direta às intenções deste último (ROSS, 1963, p. 135, tradução nossa).

Para Ross (1963, p. 137, tradução nossa), um estilo de interpretação completamente objetivo, baseado exclusivamente nas palavras da lei (rejeitando os antecedentes), é inconcebível: “[a] atitude do juiz em relação à lei é sempre influenciada por uma série de fatores, produtos da situação e da conexão entre a lei e o resto da lei”.

Embora possa parecer que Ross (1963, p. 138) concordaria com uma interpretação subjetiva, isso não é verdade, na medida em que o autor vê problemas em detectar a intenção legislativa porque as leis são, em grande medida, o produto do trabalho de pessoas que não fazem parte da legislatura, e o legislador não é um ser unipessoal. Ele também afirma que a interpretação subjetiva resulta em falta de certeza para os cidadãos.

Segundo Ross (1963, p. 151), o problema de interpretação não pode ser resolvido com base na atribuição de força vinculante à “vontade” ou à “palavra”. Os dois modos de interpretação têm problemas.

Especificamente sobre a forma como os antecedentes da lei podem fornecer informações úteis sobre a intenção do legislador, Ross entende que é por pura convenção que a história do projeto legislativo pode servir como base para o reconhecimento da vontade real do legislador. Em qualquer caso, Ross (1963, p. 138, tradução nossa) entende que “[q]uanto mais cuidadosamente o projeto de lei foi preparado – especialmente se for o trabalho de uma comissão de especialistas –, maior o peso atribuído às notas que o acompanham”. Esse é um ponto importante que será bem diferente no debate americano.

Mais tarde, Ross (1963, p. 147) diz que os materiais preparatórios terão peso decisivo quando não houver considerações suficientes para colocá-los de lado:

as máximas de interpretação não são regras eficazes, mas implementam uma técnica que – dentro de certos limites – permite ao juiz chegar à conclusão que ele considera desejável nas circunstâncias e, ao mesmo tempo, preserva a ficção de que ele está apenas obedecendo à lei e aos princípios objetivos de interpretação (ROSS, 1963, p. 148, tradução nossa).

Como se vê, Ross (1963) apresenta um dos pontos de vista mais claros sobre o papel da intenção legislativa, associando-a mais à ideia de propósito do que à de motivação. Para o autor, o argumento da intenção legislativa tem precedência se não houver outras razões de peso para desconsiderar a vontade do legislador. Ele não defende que os materiais preparatórios sejam irrelevantes, tampouco argumenta que eles devam ser sempre consultados. Portanto, admite claramente que a intenção é apresentada sob a forma de uma presunção.

Sob notável influência de Ross, Guastini (2014), em *Interpretar e Argumentar*, usa o termo *subjetivo* (ou intencional) para referir-se ao que

corresponde à intenção da autoridade normativa. Não necessariamente se opõe ao *significado objetivo*, ou seja, ao conteúdo do texto normativo considerado em si mesmo, abrangendo significado linguístico, textual ou mesmo literal.

Para Guastini (2014, p. 106, tradução nossa), o significado subjetivo nada mais é do que o resultado de uma conjectura sobre a intenção do legislador, “intenção derivada não do texto como tal, mas de elementos extralinguísticos, como os trabalhos preparatórios, o contexto político e afins”.

Retomando o argumento de Ross em *Direito e Justiça*, Guastini (2014) entende que a distinção entre o significado expresso por um enunciado e o significado relativo à intenção do emitente não está bem fundamentada, uma vez que toda interpretação parte do texto e procura alcançar a intenção, mas o intérprete é sempre influenciado por elementos externos ao texto.

Assim, para Guastini (2014), a distinção entre significado *objetivo* e significado *subjetivo* corresponde mais a uma questão de *estilo argumentativo*, a depender de se usar ou não o trabalho preparatório como prova da intenção do legislador. Isso está de acordo com a ideia de Ross (1963) de que a interpretação objetiva é inconcebível e que ambos os “métodos” têm problemas. Guastini também supõe que a intenção do emissor é um componente não eliminável do significado, embora ele se apoie novamente em Ross para insistir que a intenção, como fenômeno psicológico, é fundamentalmente inacessível, de modo que ela só pode ser objeto de “conjeturas discutíveis”.

Por sua vez, nos EUA, Gerald C. MacCallum Junior é um dos expoentes mais representativos da vertente cética da interpretação, para a qual não faz sentido falar de intenção legislativa. Em “Legislative Intent”, MacCallum Junior (1966) apresenta a confusão existente entre “significado” e “propósito” e propõe vários “modelos” de intenção legislativa.

Seu trabalho teve o grande mérito de tentar mover o foco da discussão: em vez de indagar se as legislaturas são capazes de ter intenção, passou a tratar da relevância de apelar-se à intenção do legislador e dos “efeitos práticos” que essa opção interpretativa implica (MACCALLUM JUNIOR, 1966, p. 786). É possível ver que tal abordagem influencia até hoje o debate americano sobre a intenção legislativa na interpretação jurídica: há uma preocupação quanto às consequências empíricas desse modelo interpretativo.

Autores mais contemporâneos, como Sunstein (1999), continuam a problematizar a necessidade de mais estudos empíricos sobre a reação dos legisladores aos incentivos criados pela adoção de uma certa (linha de) interpretação. Parece haver uma hipótese de que um Poder Judiciário

mais formalista – que não busque soluções além do texto legal para suas decisões – geraria incentivos para legisladores mais atentos ao processo legislativo e com isso seria possível gerar melhores leis, ao passo que a busca de intenções legislativas teria o efeito oposto.

Com preocupações empíricas semelhantes às de Sunstein, Vermeule (2000) contesta do ponto de vista prático a capacidade institucional dos juízes de consultar materiais pré-legislativos. Além disso, para ele, recorrer à intenção com base em tais documentos seria perigoso, pois eles são enganosos e muitas vezes o propósito de uma norma não é exclusivamente legal, mas de natureza econômica e social, e os juízes não estão preparados para analisar tais aspectos¹.

Com base no exposto até agora, observa-se uma forte presença do argumento cético de que a intenção legislativa é irrealista, porque a noção de um legislador é mera ficção: não existe tal pessoa, de modo que falar de intenção legislativa seria equivocado e, de qualquer forma, meramente conjectural. O cerne do argumento é o de que uma coletividade (como os parlamentos) não pode ter uma intenção.

Nesse sentido pode-se citar, por exemplo, Dickerson (1975, p. 206), para quem, mesmo quando não haja intenção legislativa, é necessário que os tribunais atuem como se tal intenção existisse, devido à necessidade de deferência à

separação de Poderes que essa ficção exigiria (DICKERSON, 1975, p. 217).

Por sua vez, para Shepsle (1992), a intenção legislativa é um oxímoro, uma expressão contraditória, sem consistência interna. Segundo o autor, reivindicar uma intenção legislativa é lidar com um mito – a existência de *um* legislador ou *o* legislador – ou cometer uma falácia (personificar uma coletividade). Em qualquer caso, sua opinião é que a intenção legislativa fornece uma sustentação insegura para a interpretação jurídica, que deve repousar em outra base.

Com base no “dilema de Arrow”, Shepsle (1992, p. 244) argumenta que o Parlamento é composto de várias maiorias, que a maioria vencedora consiste em vários legisladores e, por sua vez, suas respectivas razões para votar (a favor e contra) são tão variadas quanto seu número. Assim, não haveria uma única intenção legislativa, mas várias intenções dos legisladores². Por essa razão, a expressão *intenção legislativa* é desprovida de significado.

2.3 A gama de diretrizes interpretativas possíveis sob a intenção do legislador

Em *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Chiassoni (2011) reúne, sob a categoria de diretrizes primárias de interpretação (pseudo)

¹ Nas palavras do próprio autor: “First, whatever its other defects, consulting legislative history for evidence of specific intent fits more comfortably with judges’ traditional training and experience. Evidence of specific intent in the legislative history usually embodies a distinct legal command, prohibition or standard that relates to a particular provision of statutory text. Evidence of specific intent, therefore, at least bears more directly upon the types of specific legal questions that judges typically decide. By contrast, evidence of general purpose in the legislative history often involves political social or economic problems that are nonlegal and highly controversial, and in which most generalist judges claim no particular expertise. Restricting the use of legislative history to consultation of such evidence may alleviate the salience problem, yet it simultaneously heightens the risk that judges will fundamentally misunderstand the problems at issue in the legislative record” (VERMEULE, 1998, p. 1.884).

² O argumento de Shepsle (1992, p. 248) está assim sintetizado por ele mesmo: “When a bill passes the House and Senate in the same form, and is signed by the president, there are only limited inferences to be drawn. We know that one majority in each chamber has revealed a ‘preference’ for the bill over x^0 . We do not know why, and it is likely that each legislator has a mix of different reasons. We do not know how majorities feel about choices with which they were never confronted (one of the results of agenda control). That is, we have only a limited capacity to distinguish between what legislators want and what various procedural elements have foreordained. Finally, a naive look at final passage, even with the additional assistance of committee reports, a transcript of debate in each chamber, and other manifestations of legislative history, does not permit us to differentiate the ‘will of the majority’ from the machinations, both *ex ante* and *ex post*, of agenda setters. All of these interpretive difficulties flow from the content of the Arrow theorem”.

psicológica, nove técnicas ou recursos hermenêuticos constituídos por dados relativos à mente, à vontade ou à intenção do legislador. O autor também indica uma décima diretriz que ele considera de natureza híbrida (uma mistura de diretrizes linguísticas, psicológicas e sistemáticas). A compilação de diretrizes de interpretação de Chiassoni totaliza vinte e seis, de modo que só as diretrizes (pseudo)psicológicas isoladamente correspondem a um terço do total, colocadas ao lado dos grupos de diretrizes de interpretação linguística, autoritativa, teleológica e heterônoma.

Para Chiassoni (2011), tais diretrizes primárias consistem em recursos dotados de eficiência hermenêutica imediata, que os intérpretes devem utilizar para atribuir significado ou dar credibilidade a essa atribuição. Na ordem apresentada por Chiassoni, as diretrizes de interpretação (pseudo)psicológica vêm precisamente em segundo lugar, após as de interpretação linguística, considerando os cânones interpretativos mais recorrentes na literatura metodológica.

O cânone clássico de interpretação psicológica recebeu a seguinte formulação (DP-6): “Deve ser atribuído a uma disposição o significado que corresponde à vontade do legislador” (CHIASSONI, 2011, p. 95, tradução nossa).

Chiassoni (2011) procura explicar que “o significado correspondente à vontade (ou intenção) do legislador” pode remeter:

- a) ao significado *desejado* pelo legislador; ou
- b) ao significado *sugerido pela finalidade que o legislador quis alcançar* (emanado da disposição que deve ser interpretada).

Ele também explica que a noção de legislador pode ser entendida de pelo menos três maneiras:

- i. o legislador *ideal*: o bom legislador, o legislador racional;
- ii. o legislador *histórico*: o legislador real, concreto e original;
- iii. o legislador *atual*: o atual legislador real.

O autor tenta esclarecer que, embora o argumento psicológico apresente uma roupagem subjetiva (a referência a uma vontade do legislador, que pode ser ideal, histórico ou real, como acabamos de ver), a diretriz de interpretação é objetiva (CHIASSONI, 2011, p. 95).

Chiassoni (2011, p. 96) apresenta os problemas enfrentados pela aplicação do argumento psicológico: (1) se é possível identificar de forma confiável e precisa a vontade de um legislador individual, já que o intérprete não pode penetrar na mente de outro ser humano; (2) se existe uma intenção legislativa, já que, quando o corpo é colegiado, sustentá-la assumiria um caráter fictício e ilusório; e (3) a objeção de que a única vontade imputável é a do texto normativo, não o significado específico dele.

A fim de “salvar” a diretiva, Chiassoni (2011, p. 96-97, tradução nossa) sugere que seja feita

a referência à “vontade” ou “intenção” do “legislador histórico” como forma decorativa de prescrever ao intérprete que busque elementos úteis para a interpretação de uma disposição:

- a) nos chamados trabalhos preparatórios;
- b) na *occasio legis*;
- c) nos princípios (presumivelmente) inspiradores das linhas de política legislativa do legislador histórico;
- d) em quaisquer outros dados relativos ao contexto histórico, político, cultural e social de produção da disposição interpretada, que o próprio intérprete considere relevantes para o propósito de formular conjecturas argumentativas plausíveis sobre o significado querido e/ou o propósito desejado pelo “legislador”.

Por sua vez, para Chiassoni (2011, p. 97), se se cuida do “legislador atual”, o intérprete deve atribuir o significado de acordo com “hipóteses contrafactuais” sobre a vontade do legislador, caso em que não se pode fazer uso dos trabalhos

preparatórios, mas de elementos do contexto, como: (1) os princípios que presumivelmente inspiram as linhas políticas legislativas do atual legislador (real); (2) o significado (presumivelmente) pretendido ou os objetivos (presumivelmente) desejados para as previsões que emanam aqui e agora da mesma matéria; ou (3) os fenômenos sociais, os progressos científicos e técnicos, os eventos naturais etc.

Como se vê, o autor encaixa muito enfaticamente sob o argumento da intenção a formulação de “conjecturas plausíveis sobre [o] significado que o atual legislador teria querido atribuir, ou sobre o propósito que ele teria querido alcançar, se ele tivesse produzido aqui e agora a disposição” (CHIASSONI, 2011, p. 97, tradução nossa). Com isso Chiassoni apresenta uma versão de certa forma exagerada do que ele chama de *cânone psicológico*, como um guarda-chuva o qual cabem praticamente todos os recursos hermenêuticos que se utilizam da figura do legislador (seja ideal, histórico ou atual)³.

Assim, embora Chiassoni não o tenha dito expressamente, pode-se inferir de seus escritos a ideia de que o argumento da intenção do legislador (que ele chama de *psicológico*) ocupa um lugar de destaque, já que é o segundo de seu catálogo (aparece após o argumento linguístico), mas tem a característica de ser sempre derrotável. Como a proposta teórica do autor é mais analítica que normativa, não é possível deduzir que ele

³De acordo com sua construção, as diretrizes são assim formuladas: 1) interpretação *psicológico-linguística originalista* ou *genético-linguística* (DP-7): “A uma disposição deve ser atribuído o significado pretendido pelo legislador histórico, no momento da produção da disposição”; 2) interpretação *psicológico-funcional originalista* ou *genético-teleológica* (DP-8): “Deve ser atribuído a uma disposição o significado sugerido pelo objetivo que o legislador histórico pretendia atingir por meio de tal disposição, no momento de sua produção”; 3) interpretação *psicológico-linguística atualizada* (DP-9): “Deve ser atribuída a uma disposição o significado que o atual legislador teria querido atribuir-lhe, se tivesse produzido a disposição no aqui e agora de sua aplicação”; 4) interpretação *psicológico-funcional atualizada* (DP-10): “Deve ser atribuído a uma disposição o significado sugerido pelo objetivo que o atual legislador teria desejado alcançar por meio de tal disposição, se a tivesse produzido no aqui e agora de sua aplicação”; 5) interpretação *psicológico-linguística originalista contrafactual* (DP-11): “Deve ser atribuída a uma disposição o significado que o legislador histórico teria querido atribuir-lhe, se tivesse produzido a disposição no aqui e agora de sua aplicação”; 6) interpretação *psicológico-funcional originalista contrafactual* (DP-12): “A uma disposição deve ser atribuído o significado sugerido pelo objetivo que o legislador histórico pretendia alcançar por meio de tal disposição, se ele a tivesse produzido no aqui e agora de sua aplicação”; 7) (DP-13): “O mesmo significado deve ser atribuído a uma disposição que foi atribuída pelo legislador histórico de sua época à disposição diferente que regulamentava então a mesma relação ou situação”; 8) (DP-14): “A um dispositivo deve ser atribuído o mesmo significado que aquele atribuído, na cultura jurídica de seu tempo, ao dispositivo diferente que então regulava o mesmo relacionamento ou situação”; 9) interpretação *sistemática conforme a hipótese da constância terminológica do legislador* (DP-15): “Deve ser atribuído a uma disposição o significado correspondente aos usos linguísticos do legislador” (CHIASSONI, 2011, p. 98-100, tradução nossa). Com base nas diretivas acima mencionadas, especialmente na última, pode-se ver que Chiassoni inclui como argumento psicológico até hábitos lexicais, ou seja, o uso corrente das palavras em um ordenamento jurídico. O próprio autor reconhece que sua diretiva DP-15 é uma diretriz racionalista e sistemática, recomendando ao intérprete que leve em conta o restante das disposições em que aparecem os mesmos termos. O pressuposto da diretiva é que um bom legislador não é inconstante e mantém o rigor terminológico nas leis que produz.

defenda um uso prioritário do argumento da intenção em relação aos outros argumentos; além disso, o autor é cético e não parece conceber uma interpretação “melhor” (ou mais correta), uma vez que se preocupa com uma atividade inserida em diversos “jogos interpretativos”.

2.4 Os problemas de atribuir intenção a legisladores multitudinários e o método para prevenir o preconceito da interpretação conforme o legislador

Perelman (2019, p. 46, tradução nossa) expõe assim o problema de atribuir uma intenção ao legislador:

Não se deve esquecer que no regime parlamentar o legislador não é um ser único, mas uma corporação que frequentemente compreende centenas de membros, muitas vezes distribuídos em duas assembleias e que, além disso, a maioria deles vota seguindo uma disciplina partidária e de modo desinteressado pelo assunto. Os membros mais competentes frequentemente têm pontos de vista diferentes sobre a matéria, que normalmente tentam conciliar por meio de um compromisso obtido mediante fórmulas algo vagas, que permitem assim interpretações divergentes.

Em *Logique Juridique*, ao comentar o projeto da Escola de Exegese, o autor pergunta retoricamente se o papel dos juízes é idêntico ao do historiador do Direito, que procura descobrir o que realmente aconteceu na discussão e votação de uma lei ou, ao contrário, se deve procurar uma interpretação razoável que permita a “melhor” solução, a mais justa para o caso particular, de acordo com a lei em vigor (PERELMAN, 2019, p. 46).

Para Perelman (2019), na maioria dos casos o recurso à vontade do legislador será inútil, pois muitas vezes as questões que são objeto de controvérsia jurídica não foram objeto de um

debate parlamentar, ou a formulação linguística alcançada foi justamente o resultado de um compromisso (para conseguir a aprovação da lei) que deixa de resolver os problemas mais sensíveis. Por isso, ele afirma: “Nesses casos, ao invocar a vontade do legislador, referimo-nos a uma intenção presumida e às vezes até totalmente fictícia, que é atribuída a um legislador razoável” (PERELMAN, 2019, p. 62, tradução nossa). Assim, para Perelman, o argumento da intenção do legislador não é mais do que um recurso retórico.

Perelman (2019, p. 159) desenvolve seu argumento criticando a pesquisa da vontade à moda da Escola de Exegese, na medida em que ela conduz necessariamente a uma “concepção estática da lei”. De acordo com ele,

[c]om efeito, ao tentar conhecer a vontade, que às vezes tinha sido manifestada mais de um século antes, presumia-se que a vontade do legislador permaneceria a mesma, apesar da evolução técnica, moral ou política que poderia ter ocorrido no ínterim. Isso significa partir da hipótese metodológica altamente discutível de que, como o texto permaneceu inalterado, ele deve continuar recebendo hoje a mesma interpretação que o legislador lhe tinha dado no passado (PERELMAN, 2019, p. 159, tradução nossa).

Insistindo nos problemas envolvidos no recurso à vontade do legislador, Perelman duvida que os debates parlamentares possam legitimamente prestar-se a esclarecimentos quando a maioria parlamentar finalmente votou a favor de um texto vago. Por essa razão, explica ele, a jurisprudência inglesa proibiu o uso dos trabalhos parlamentares e preferiu extrair o espírito da lei com base no texto da própria lei. Em última análise, diz Perelman (2019), tal meio de interpretação é inútil diante de uma lacuna, já que a situação simplesmente não foi prevista pelo legislador.

Perelman parece estar chamando a atenção para a complexidade de extrair a intenção do legislador, pois nem sempre os materiais pré-legislativos fornecerão informações claras e imediatas. Nesses termos, parece posicionar-se como seguidor de uma concepção dinâmica de interpretação, de acordo com a qual o intérprete tem de buscar a vontade do legislador, entendendo-se como tal não a do legislador histórico (que votou a lei, especialmente se é antiga), mas a do atual legislador. A clareza de Perelman justifica novamente a transcrição:

De fato, o antigo legislador, qualquer que tenha sido sua verdadeira vontade real, que o juiz pode, no máximo, presumir, não está em condições de registrar seu desacordo com a interpretação a ele atribuída. É possível que essa atribuição não seja mais do que uma ficção graças à qual o juiz faz passar por conforme à vontade do legislador uma interpretação da lei que é a sua, pessoal. Por outro lado, quando a vontade a que se faz referência é a do atual legislador, afirma-se uma hipótese cuja veracidade pode ser contrastada, pois, em caso de desacordo com o juiz, o atual legislador está em condições de se pronunciar e votar uma lei interpretativa. A possibilidade de um diálogo entre as partes capazes de dar a conhecer sua opinião, como são, por exemplo, a Suprema Corte e o atual legislador, é o que torna atraente a técnica de interpretação sugerida, pois transforma a vontade do legislador em uma presunção suscetível de ser destruída, em vez de torná-la uma presunção irreversível, e às vezes claramente fictícia, que escapa a qualquer controle efetivo (PERELMAN, 2019, p. 160, tradução nossa).

Perelman exige uma aplicação do Direito que concretize sua função social (concepção funcional do Direito) e considere os aspectos da sociedade que a lei irá reger concretamente. Por essa razão, ele identifica como um preconceito acreditar que as leis devem ser sempre interpretadas conforme a vontade do legislador

que as votou, sem levar em conta a evolução dos costumes e da técnica (PERELMAN, 2019, p. 186). De acordo com sua formulação,

quando há boas razões para acreditar que o atual legislador não pode compartilhar as opiniões do legislador anterior (e isso é tanto mais provável quanto mais profunda for a alteração das circunstâncias em que a lei foi votada) ao tentar se conformar com a vontade da nação, o juiz acabará se ajustando à suposta vontade do atual legislador (PERELMAN, 2019, p. 186, tradução nossa).

Como se vê, Perelman atribui uma função bastante retórica à intenção do legislador, admitindo-a expressamente como mera presunção e reconhecendo que tal intenção não deve ser determinante diante da mudança das necessidades sociais. Com isso, Perelman torna-se um precursor da visão hoje predominante sobre o papel da intenção do legislador.

2.5 O resgate da intenção do legislador do ponto de vista institucional e como concebê-la na atualidade

Após idas e vindas sobre o peso da intenção legislativa na interpretação e sobre o que deve ser considerado para esse fim, finalmente foi superado o debate clássico a respeito da (im)possibilidade de determinar a intenção dos legisladores. Na verdade, essa disputa entre intencionalistas e realistas contribuiu para a desorientação sobre a questão mais importante.

Assim, vale a pena olhar para as teses mais modernas sobre o argumento, que deixam de definir a intenção legislativa como o “estado de espírito” (interno, subjetivo e de fato irrelevante para a interpretação dos atos legislativos) dos legisladores.

Nesse ponto da discussão estão, por exemplo, Hart Junior e Sacks (1994), para quem a

legislação deve ser tratada como o resultado de “pessoas razoáveis em busca de propósitos razoáveis”. De forma semelhante, Campbell (2001) defende uma concepção institucional de intenção legislativa, segundo a qual não é necessário assumir que as legislaturas tenham um “estado de espírito psicológico unitário”. A intenção legislativa que importa é aquela manifestada no discurso público e traduzida como ato legislativo, e não as compreensões subjetivas dos membros do Parlamento. Com essas construções é perceptível um grande avanço nos debates sobre intenção legislativa.

De um ponto de vista classificatório, por exemplo, MacCormick (2010) considera o apelo à intenção do autor da lei um argumento transcategorico, que serve como material para elucidar o significado do texto. Em sua construção, o argumento apoia as outras categorias de argumentos interpretativos: linguísticos, sistêmicos e teleológicos-deontológicos (MACCORMICK, 2010, p. 71). É como se o argumento intencional fosse subsidiário, de reforço, para esclarecer as dúvidas de substância.

O autor lança a ideia de que a interpretação deve considerar a legislação como uma atividade racional e teleológica. A intenção do legislador seria o guia adequado para atribuir valores objetivos à legislação, e o intérprete teria o dever de adotar a interpretação que mais realize os valores em questão (MACCORMICK, 2008, p. 178). A passagem seguinte esclarece esse ponto de vista:

[a atribuição de uma intenção “objetiva” ao Parlamento] deriva de uma leitura da legislação como um todo, orientada pela assunção da racionalidade parlamentar na consecução de uma tarefa teleológica guiada por alguma concepção de justiça e do bem comum – concepção essa que talvez seja contestável, talvez até contestada. Não se trata, portanto, de uma “intenção” descoberta como um fato histórico a partir de elementos externos aos materiais colocados à interpretação e às suposições comuns que a comunidade de intérpretes pode fazer sobre o processo racional de produção do Direito. Trata-se de um instrumento heurístico interno à interpretação jurídica, não um dado novo acrescentado de fora (MACCORMICK, 2008, p. 179-180).

Mais adiante, ele afirma: “A intenção de agir com justiça sempre pode ser imputada à legislatura considerada como um órgão legislativo idealmente racional” (MACCORMICK, 2010, p. 74, tradução nossa). O autor enfatiza que a intenção exerce um papel adequado na interpretação não porque consiste em um estado de espírito próprio de alguém e passível de ser descoberto, que seria capaz de explicar com autoridade especial as palavras usadas, mas sim porque atos racionais de legislação se apresentam de forma coerente e porque as reformas legislativas sempre tendem a remediar alguma deficiência. Em suas palavras: “A

intenção é uma forma retoricamente eficiente e legítima de apresentar uma conclusão sobre a interpretação mais razoável em um contexto, não um argumento adicional sobre o assunto” (MACCORMICK, 2008, p. 182).

A visão de MacCormick traz uma possibilidade mais moderna de usar a intenção legislativa, que é a mais frequente hoje em dia, dentro de uma concepção mais institucional que propriamente psicológica, sem a necessidade de que haja respaldo empírico para tal argumento, ou seja, sem compromisso com a veracidade.

Desenvolvendo essa perspectiva e ao mesmo tempo inaugurando um novo curso nos debates, Ekins (2012) apresenta uma abordagem que conecta teoria da interpretação e teoria da legislação, dando outro sentido a como os tribunais devem olhar para as evidências (provas) da intenção legislativa.

The nature of legislative intent é inteiramente dedicado ao argumento do autor de que a intenção legislativa é central para a interpretação jurídica, porque as legislaturas têm autoridade e são o espaço de discussão sobre o que deve ser feito, bem como o de tomada de decisões, e não meramente um espaço formal (EKINS, 2012, p. 89-90). Também é central porque o ato de legislar, além de ser um exercício de autoridade, introduz opções e cursos de ação baseados em escolhas meios-fins (EKINS, 2012, p. 135-136). Para o autor, não é possível interpretar o significado intencional sem compreender as razões que levaram ao ato (EKINS, 2012, p. 137).

Como se vê, a visão de Ekins sobre o papel da intenção legislativa está diretamente ligada à sua compreensão sobre a própria função legislativa, o que envolveria raciocínio, planejamento e escolha entre outras opções. Em outros termos, o ato de legislar baseia-se em boas razões (para servir ao bem comum), que devem ser levadas em conta na interpretação. O autor considera as legislaturas como verdadeiros órgãos deli-

berativos. Dessa forma, a intenção legislativa a ser considerada não é a da maioria que votou a favor de uma lei, mas a intenção representada na escolha justificada no ato legislativo. Assim, a intenção legislativa como um estado psicológico é definitivamente abandonada.

A abordagem de Ekins (2012, p. 236) baseia-se na ideia de compromisso legislativo, pois o processo legislativo é desenhado para desenvolver planos de ação coerentes e razoáveis, de modo que isso deve refletir-se na interpretação. O seguinte trecho é ilustrativo de seu pensamento:

o foco da pesquisa interpretativa é justamente o que é plausível inferir que o Parlamento pretendia ao promulgar o texto estatutário pertinente, ou seja, qual conteúdo de significado pretendia transmitir [...]. A legislatura age por razões e usa a linguagem racionalmente, o que significa que os intérpretes têm boas razões para refletir sobre a provável cadeia de raciocínios da legislatura para determinar o significado que a legislatura provavelmente buscou transmitir (EKINS, 2012, p. 249, tradução nossa)⁴.

O trabalho de Ekins tem recebido muitas críticas e análises. De fato, haveria muitos comentários a serem feitos, especialmente sobre a idealização das capacidades institucionais do Poder Legislativo. Pode-se dizer, por exemplo, que o autor claramente idealiza o labor legislativo, sem contrastá-lo com as informações empíricas disponíveis. Entretanto, para os fins deste trabalho, importa mostrar a reviravolta que Ekins conseguiu imprimir no papel da intenção

⁴No original: “the focus of the interpretive inquiry is rightly on what it is plausible to infer Parliament intended in enacting the relevant statutory text – that is, what meaning-content it intended to convey [...]. The legislature acts for reasons and uses language rationally, which means that interpreters have good reason to reflect on the legislature’s likely chain of reasoning in order to determine the meaning that the legislature likely acted to convey”.

legislativa, no que deve ser considerado para esse efeito e na conexão entre as teorias da legislação e da interpretação.

Após esse breve percurso, foi possível observar mais claramente o papel teórico do argumento da intenção do legislador, de acordo com a opinião de alguns autores proeminentes. Como um breve resumo das principais ideias, pode-se fazer a seguinte lista: (1) toda interpretação parte do texto e procura chegar à intenção a fim de atribuir-lhe significado; (2) a intenção legislativa não é psicológica nem se relaciona com os estados mentais subjetivos dos legisladores; (3) existem vários argumentos interpretativos, mas o argumento da intenção do legislador tem precedência sobre os outros; (4) como há razões que justificam que o intérprete se desvie da intenção legislativa, há uma tendência a desvalorizar esse argumento interpretativo; (5) a ideia de intenção legislativa pode estar associada à ideia de propósito ou motivação da lei, embora a *ratio legis* pareça mais útil para esses propósitos; (6) é possível recorrer ou não a materiais preparatórios ou outros dados que revelem a chamada *occasio legis*, ou seja, o contexto do qual a lei se originou; (7) o uso do argumento da intenção do legislador será mais sólido na medida em que for empiricamente informado, embora sua validade não dependa da verificabilidade da intenção; (8) a orientação legislativa para certos propósitos legislativos pode ser presumida; (9) o recurso à intenção legislativa pode oferecer subsídios a outros tipos de argumentos interpretativos; (10) o principal argumento para a existência e o respeito à intenção legislativa é o princípio democrático e a separação de Poderes.

3 Quando é possível afastar-se da intenção legislativa

Como se vê, de modo geral, a melhor compreensão parece ser a de que, além de existir, a intenção legislativa pode ser encontrada tanto nos preâmbulos quanto nas exposições de motivos, assim como nas atas dos debates parlamentares ou em outros materiais preparatórios para a elaboração da lei. E mais: o próprio contexto é capaz de oferecer luzes sobre a intenção legislativa ou deixá-la clara, de maneira que não faria falta uma informação necessariamente empírica em todos os casos para sustentar o argumento da intenção do legislador, cuja expressão pode figurar como uma presunção construída pelo próprio intérprete.

Sem prejuízo da possibilidade de se estabelecer a intenção legislativa, é necessário afirmar que ela não é o único guia para a interpretação jurídica. A qualidade da interpretação (quão boa ou ruim ela pareça) independe da subscrição ou não à intenção legislativa. Isso porque o legislador pode ter-se equivocado (situações de erro material), a intenção pode

revelar-se absurda, “ruim” ou até inconstitucional, o que pode fazer com que da lei resultem efeitos práticos não toleráveis, e, ademais, existe a possibilidade de a lei ter-se tornado obsoleta.

Nesse sentido, vale a pena apresentar algumas situações em que a interpretação poderia legitimamente afastar-se da intenção legislativa.

3.1 O erro do legislador

Ao escolher as palavras, os legisladores – não somente os políticos como também os demais funcionários que trabalham assessorando a elaboração legislativa – podem equivocar-se, incorrendo em erro material. Essa seria a situação de um artigo de lei ilógico, contraditório ou incompatível com toda a teleologia da lei. Trata-se de um erro de escrita (*lapsus calami*), um deslize decorrente do mau uso das palavras.

Essa é uma situação em que é possível afastar-se da literalidade do texto da lei, porque se presume que a intenção do legislador não foi cometer um erro. A interpretação do vocabulário não esgota a atividade do intérprete. Em um caso assim, a interpretação literal seria *ilógica*, daria lugar a uma solução absurda e inconsistente com o propósito da lei. Um ponto merece ênfase: o erro do legislador guarda relação com escolhas lexicais, e não com o conteúdo da lei, isto é, com o sentido da conduta regulada pela lei.

Dentro de sua margem de apreciação, os parlamentos podem editar leis com os conteúdos que bem entendam, desde que se respeite a Constituição. As situações que aqui se denominam erro do legislador são somente os *lapsus linguae*, em que seja óbvio que houve má escolha de palavras. Assim, aqui caberia falar de uma intenção tácita do legislador para corrigir o texto legislativo. Podem-se incluir como erro do legislador as situações em que expressou mal sua intenção, sempre e quando se tenha clareza de sua intenção. Um exemplo pode ilustrar a situação.

A Lei nº 13.465/2017 (BRASIL, [2021e]), que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e dá outras providências, criou um novo direito real, chamado *laje*, consistente na projeção vertical em direção ao espaço aéreo ou ao subsolo, permitindo a matrícula de uma “cobertura” ou um porão de forma separada da unidade imobiliária original. Na disciplina desse tipo de construção, foi inserido o art. 1.510-E no Código Civil:

Art. 1.510-E. A ruína da construção-base implica extinção do direito real de laje, salvo:

I – se este tiver sido instituído sobre o subsolo;

II – se a construção-base *não* for reconstruída no prazo de cinco anos.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta o direito a eventual reparação civil contra o culpado pela ruína (BRASIL, [2021c], grifo nosso).

A leitura atenta do art. 1.510-E, *caput*, combinada com o inc. II, evidencia um erro na redação legislativa. A dupla negação interpretada de forma literal conduziria à inexistência do direito de laje se o edifício-base for reconstruído nos cinco anos seguintes à sua ruína e, *a contrario sensu*, à superveniência desse direito se a reconstrução se dá depois desse prazo. Como se vê, é ilógico que seja assim; portanto, a melhor interpretação terá de desconsiderar o *não* inserido no inc. II.

3.2 A intenção inconstitucional

O problema envolvido na intenção inconstitucional gira em torno da força que tal intenção deve ter, e não da interpretação de seu significado. Em geral, a intenção é clara, mas apegar-se ao que quis o legislador não é um argumento válido quando o texto constitucional o proíba. Passar diretamente a um exemplo ajudará a compreender a situação.

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), art. 156, III, compete aos municípios instituir impostos sobre os serviços de qualquer natureza não compreendidos no art. 155, II (serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação), que são competência dos estados e do Distrito Federal (BRASIL, [2021a]).

Não obstante, ao regular a referida competência tributária, a Lei Complementar nº 116/2003 (BRASIL, [2021b]) autorizou a instituição de impostos sobre serviços mediante locação, ou seja, a obrigação não de “fazer” simplesmente, mas também de “dar” ou “entregar”.

Esse é um caso em que recorrer à intenção legislativa é inadmissível. Os legisladores não podem alterar as definições e alcances dos conceitos de Direito, menos ainda quando isso importe subverter a terminologia constitucional: a competência é para a instituição de impostos sobre serviços, e locação não é serviço.

O caso originou a edição do enunciado nº 31 da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF), pelo qual se reconheceu a inconstitucionalidade da instituição do imposto sobre serviços de qualquer natureza em operações de locação de bens móveis (BRASIL, 2010). O tema tinha sido analisado nos Recursos Extraordinários nºs 116.121 e 446.003.

3.3 A má intenção legislativa

A “má” intenção legislativa, assim chamada por Hasen (2006) em relação à esfera eleitoral, traduzir-se-ia em uma tentativa de proteger certos partidos políticos da competição política. Aqui, mais que intenção, há um problema quanto aos efeitos de determinada legislação. A questão também pode ser tratada como inconstitucionalidade, conforme foi feito na seção anterior, ou como recusa da intenção por causa de suas consequências indesejáveis, quer tenham

ou não sido debatidas ou previstas na redação legislativa, na linha do que se vai comentar na seção seguinte.

Nesse caso, segundo Hasen (2006), a prova da “má” intenção legislativa não é nem necessária, nem suficiente, pois o relevante seriam os efeitos da legislação sobre o assunto regulamentado. O caso analisado pelo autor é o da reforma feita no sistema bipartidário nos EUA (*Bipartisan Campaign Reform Act of 2002*). Para o autor, a intenção legislativa se revelou “ruim” porque tentou proteger os titulares do mandato, um partido político ou os dois partidos políticos majoritários da competição política. Hasen argumenta que a legislação foi feita para atender ao interesse dos próprios legisladores, motivo que tornaria “ruim” a intenção.

Em seu argumento central, Hasen (2006, p. 848-849) apresenta três razões pelas quais a prova de más intenções não é necessária para derrubar a legislação: (1) mesmo de intenções nobres podem surgir leis “más” ou leis com consequências inadmissíveis; (2) às vezes a intenção legislativa é difícil de ser provada; e (3) basear a interpretação de uma regra “má” na intenção legislativa é uma forma de contornar resultados arbitrários e torna a lei inútil para regulamentar o assunto.

Como se vê, Hasen parece confundir o que seria a “má” intenção com a irrelevância da intenção legislativa em situações nas quais a legislação traz consequências inconstitucionais ou simplesmente prejudiciais ainda que não proibidas pelo texto constitucional. O problema da proposta do autor está em não ver que o propósito de buscar a intenção legislativa é esclarecer e investigar a força da legislação, e não salvá-la quando a intenção tem efeitos inconstitucionais.

A reflexão de Hasen (2006, p. 870, tradução nossa) de que “olhando para os efeitos, podem-se inferir más intenções” contribui para não focalizar o verdadeiro problema. O autor assume

como intenção legislativa o que na realidade são os efeitos da legislação para escapar ao problema da evidência empírica de tais efeitos⁵, o que, sim, poderia conduzir à inconstitucionalidade. Contudo, como se pode ver, ele cai em outro ponto igualmente problemático – a “evidência” de má intenção – que ele mesmo resolve ao presumir seus efeitos⁶, descumprindo o tradicional brocardo de que má-fé não se presume: deve ser demonstrada.

3.4 As consequências não desejáveis da intenção legislativa

As disposições legislativas (*voluntas legis*) não devem ser aplicadas em sua literalidade quando tragam consequências práticas absurdas. Qualquer que seja a interpretação das leis, é inescapável o efeito das disposições (e respectivas interpretações) no mundo real. Nesse sentido, considerações de ordem prática também são necessárias no momento de fixar uma opção interpretativa, servindo especialmente para refular interpretações que impliquem efeitos não desejáveis ou não toleráveis. Para essas situações, pode-se recorrer ao argumento apagógico ou *ab absurdo*, de caráter marcadamente consequencialista.

O principal problema em relação ao uso de argumentos de natureza consequencialista relaciona-se à verificabilidade empírica da(s) consequência(s) considerada(s) indesejável(is), ou seja, às provas das consequências. Naturalmente, não se podem exigir provas empíricas em todos os casos, e, justamente nessas situações, as consequências serão discutíveis, de

modo que é necessário muito cuidado ao se utilizarem argumentos baseados em consequências para afastar as intenções legislativas.

Além do argumento apagógico de ordem consequencialista, outro tipo de argumento utilizado nessas situações é o sistemático, que considera a compatibilidade entre a intenção legislativa e as normas do sistema jurídico a fim de garantir sua coerência.

Outro caso concreto ajuda a entender a situação que exige tal postura interpretativa. A Lei nº 8.429/1992 (BRASIL, [2019]), que prevê a punição dos funcionários públicos pela prática dos atos de improbidade administrativa, estabeleceu, em seu art. 20, parágrafo único, que

a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida [a suspensão] se fizer necessária à instrução processual.

No caso dos parlamentares, a aplicação literal dessas disposições levaria à possibilidade de sua destituição sem o consentimento expresso dos eleitores, ou seja, das pessoas que votaram a seu favor. Com isso, seria “muito fácil” comprometer o exercício do mandato representativo, com a entrada de ações legais destinadas a afastar temporariamente o titular da cadeira. Em outras palavras, a aplicação da Lei nº 8.429/1992, art. 20, parágrafo único, traria consequências absurdas.

Vale lembrar que a CRFB (BRASIL, [2021a]), no art. 102, estabelece o direito ao foro por prerrogativa de função justamente para garantir o exercício adequado de certas funções públicas. Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, por exemplo, têm foro jurisdicional em matéria penal no STF (embora a Ação Penal nº 937 tenha estabelecido uma interpretação restritiva), ou seja, eles só podem ser julgados por essa Corte.

⁵ Afirma textualmente: “A bad legislative intent test avoids this evidentiary problem” (HASEN, 2006, p. 883).

⁶ Diz literalmente: “Evidence of bad legislative intent, while not to be ignored, should play a relatively minor role in checking for bad effects of election laws” (HASEN, 2006, p. 890).

Com base nesse raciocínio, o STF decidiu a Reclamação nº 2.186-MC (BRASIL, 2008) para estabelecer a interpretação de que a destituição de agentes políticos não é admissível com base na Lei nº 8.429/1992, art. 20, parágrafo único. Na prática, o STF usou um argumento apagógico para se afastar de uma interpretação fundada na intenção legislativa⁷.

3.5 A caducidade ou obsolescência (pela passagem do tempo)

Ross (1963, p. 139, tradução nossa) afirma categoricamente: “Os antecedentes legislativos tornam-se menos importantes à medida que a lei envelhece”. Em sua opinião, a interpretação subjetiva daria espaço à interpretação histórica da lei, e a passagem do tempo abriria a porta para interpretações evolutivas. O autor menciona especialmente as normas constitucionais, que permanecem estáticas, em contraposição às condições da vida política, que continuam evoluindo.

Talvez por razões de precisão seria melhor dizer que os antecedentes não perdem valor, mas sim que a própria intenção legislativa aí contida fica defasada, pois a realidade social e as reformas jurídico-legislativas avançam em ritmos diferentes, o que provoca um desajuste natural entre ambas. Não é que a intenção deixe de ser importante, e sim que caduca em determinadas situações⁸.

Com isso são identificadas algumas condições sob as quais o argumento da intenção do legislador pode ser usado corretamente no discurso jurídico. É possível recorrer à intenção do legislador de apoiar uma interpretação

⁷ Outro exemplo da legislação mostra a importância do exame das consequências da aplicação de disposições normativas (no sentido presumido da intenção do legislador), já que uma interpretação acrítica pode resultar absurda diante do resto do sistema jurídico. A Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, [2021d]), que estabeleceu o Código de Processo Civil (CPC), ao disciplinar as questões de competência jurisdicional, estabeleceu no art. 64, § 4º, a possibilidade de que medidas cautelares concedidas por um juiz sem jurisdição tenham efeito até que outra decisão seja proferida, se for o caso, pelo juiz competente. Novamente, se o caso envolver uma autoridade com foro por prerrogativa de função, a aplicação da disposição legislativa em questão gera uma consequência absurda, que é submeter a pessoa com foro privilegiado a uma jurisdição diferente daquela originalmente prevista. Assim, não é possível admitir a validade de uma decisão emitida por um magistrado incompetente, com base no art. 64, § 4º, do CPC, contra o presidente do Senado Federal, por exemplo, que tem foro no STF, com base no art. 102, I, d, da CRFB. Em outras palavras, não se pode admitir que a intenção legislativa fosse a de estabelecer uma jurisdição “paralela” à prevista no texto constitucional. Aqui, o argumento apagógico é misturado com o argumento sistemático para moldar a interpretação dessa lei.

⁸ Novamente, um exemplo da jurisprudência ajuda a compreender o caso. A Lei nº 1.060/1950 (BRASIL, [2015]), que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, em seu art. 5º, § 5º, incluído pela Lei nº 7.871, de 1989, confere aos defensores públicos todos os prazos judiciais em dobro. No Habeas Corpus nº 70.514 (BRASIL, 1994), o STF debruçou-se sobre a ocorrência de uma inconstitucionalidade superveniente da previsão legislativa, em razão da passagem do tempo. No caso, o STF considerou que, enquanto as defensorias públicas não estivessem devidamente habilitadas ou estruturadas, a regra estaria de acordo com a Constituição. O Tribunal declarou expressamente que a disposição poderia ser declarada inconstitucional no futuro, pois se baseava em circunstâncias que poderiam mudar com o tempo.

a favor de determinada forma de aplicação da lei ou de rejeitá-la totalmente (por ser prejudicial ou por causa das consequências produzidas), situação em que seria irrelevante mencionar “a intenção”, já que os efeitos produzidos pela lei no mundo real são mais importantes.

4 Conclusões

Este trabalho abordou o uso do argumento da intenção do legislador na interpretação das leis com o objetivo de situar como deve ser a sua compreensão atual. O ponto de partida foi a superação das objeções teóricas tradicionalmente lançadas contra a ideia de intenção legislativa: (1) a objeção ontológica, pois não existiria algo como uma intenção legislativa; (2) a objeção cognitiva, segundo a qual, ainda que existisse uma intenção, não seria possível conhecê-la; e (3) a objeção do desinteresse (ou irrelevância), na medida em que tal intenção legislativa não vincularia o intérprete.

Para definir o papel do argumento da intenção do legislador entre os demais cânones interpretativos, foi apresentado o tratamento teórico dado ao ponto, abordando as principais teses com vistas a fixar a compreensão adotada para os fins deste trabalho. Na sequência, foram problematizadas algumas situações nas quais, de fato, a intenção legislativa perde densidade, deixando de vincular o intérprete.

Assim foi possível perceber que o recurso à intenção do legislador não implica uma redução do Direito à lei, tampouco ao capricho pessoal dos legisladores, nem necessariamente é empregado no contexto da Escola da Exegese, que admite como única tarefa do intérprete a de descobrir a vontade do legislador, entendida como uma vontade psicológica, de maneira independente do querer da lei, objetivado nas palavras do texto.

Verificou-se que, superada a identificação da intenção legislativa com o estado mental (ou psicológico) do legislador (ou suas esperanças ou expectativas individuais, exclusivamente privadas), a intenção legislativa que interessa para os fins da interpretação jurídica das leis é outra. Para esse fim, é mais útil considerar uma visão institucional da intenção legislativa que conceba a atividade de elaboração das leis como dotada de fins, a qual se destina a resolver determinados problemas sociais e a alcançar determinados valores do ordenamento jurídico.

Desse modo, descobrir a intenção legislativa passaria por compreender a chamada *occasio legis*, o contexto que originou a lei. Para isso, claro que são relevantes as exposições de motivos, preâmbulos, justificativas, informes e pareceres produzidos nas comissões, atas taquigráficas e registros das sessões com os debates parlamentares, ou seja, tudo que

permita alcançar a ambição ou a justificativa que possa adequadamente ser reconhecida como a intenção do Parlamento.

Assim concebida a intenção legislativa, seu valor será tanto maior quanto mais se olhe para o caráter essencialmente argumentativo da legislação como processo. Se na elaboração legislativa houve intercâmbio de argumentos, melhor para a análise da intenção legislativa. Todavia, se na atividade legislativa não foram dadas razões, e se a produção legislativa se deu mais em função do número de votos favoráveis, a intenção legislativa tende a se converter mais em metáfora do que em fato social passível de demonstração empírica.

Especialmente na literatura americana, viu-se que predominam autores que concebem a intenção do legislador como uma construção do próprio intérprete, que atribui um objetivo social à norma. Como consequência disso, tende-se a rejeitar a necessidade de que o intérprete consulte os materiais preparatórios, inclusive por razões econômicas, isto é, pelos custos de tempo e dinheiro envolvidos na tarefa de investigar empiricamente as ambições legislativas. Além disso, o debate norte-americano está marcado por dúvidas quanto à capacidade institucional dos juízes em avaliar tais materiais legislativos. Há a visão de que tal procedimento conduziria mais a erros do que à correta aplicação das leis.

Ali, o debate sobre a interpretação jurídica também avança sobre as consequências empíricas de uma opção interpretativa, ou seja, qual opção levaria a uma atividade legislativa mais responsável. Há argumentos de que considerar o texto legislativo como a melhor evidência (prova) de intenção legislativa levaria ao aperfeiçoamento da legislação, com legisladores mais comprometidos em gerar melhores leis, ao passo que o frequente recurso a materiais preparatórios para provar a intenção – essa parece ser a hipótese que aguarda confirmação empírica – encora-

jaria os legisladores a redigir normas ambíguas, vagas ou excessivamente gerais.

Por outro lado, na Europa, Perelman (2019), por exemplo, textualmente refere-se ao argumento da intenção do legislador como um artifício retórico. Em outras palavras, não há uma necessária relação entre o propósito (motivação) do legislador, nem faz falta que se baseie em informação empírica.

A pesquisa destacou que o argumento da intenção do legislador é amplamente utilizado e aceito teoricamente como uma construção hipotética (ou artifício retórico), cujas raízes são outras ficções interpretativas estabelecidas para que a Lei possa funcionar como um sistema. É o caso, por exemplo, do postulado do legislador racional, do legislador econômico (que não usa palavras inúteis, que não é redundante), que atribui uma confiança quase cega à figura de um legislador omnisciente e perfeito. Com isso, o empreendimento do argumento da intenção legislativa seria o de conjecturar sobre uma suposta intenção, e não propriamente o de descobrir a intenção real.

Como se vê, o senso comum formado em torno do uso argumentativo da intenção do legislador retira muito do caráter pragmático do argumento, cuja utilização não precisa basear-se na estrutura do real. De fato, especialmente em situações em que se deseja rejeitar determinada interpretação como não representando a intenção legislativa, exigir empirismo seria quase diabólico, já que muitas vezes é impossível produzir provas negativas ou contrafactuais. Nesse caso seria muito difícil encontrar provas que pudessem apoiar tal construção nos materiais preparatórios.

Quanto às possibilidades reais de verificação da intenção legislativa, observou-se que as situações com mais potencial para tal análise são aquelas que aludem ao legislador atual, que a qualquer momento pode emitir uma lei in-

terpretativa capaz de corrigir a suposta intenção imputada e anular uma interpretação indesejada proposta pelo Poder Judiciário.

É importante enfatizar que, apesar da falta de necessidade de uma base real, tem sido aceito que o argumento da intenção do legislador será tanto mais sólido quanto mais informação empírica lhe dê suporte, mesmo que seu uso seja válido como mera presunção em alguns contextos. Contudo, se houver provas contrárias à intenção argumentada como a intenção legislativa, o argumento será falacioso. A rigor, não seria aceitável acrescentar uma intenção, claramente rejeitada pelo Parlamento, como se fosse a do legislador.

Outro ponto importante, também esclarecido, foi que o recurso à intenção do legislador pode servir para que ela seja confirmada ou posta de lado, caso em que seria necessária uma justificação adequada, de forma racional e transparente, explicando as razões que justificam não seguir a intenção legislativa. Argumentos nesse sentido não são fáceis (argumentar contra as palavras do próprio texto contendo a intenção do legislador exige uma carga maior), uma vez que presunções sobre intenção legislativa (ou melhor, sobre a figura do legislador como racional, econômico etc.) mudam o ônus da argumentação. Com isso, o argumento da intenção do legislador também funcionará como uma forma de avaliar sua correção ou se é minimamente aceitável ou desejável a vontade expressa na lei.

Considerando tudo o que foi visto no trabalho, numa tentativa de sistematizar o uso do argumento de intenção do legislador, é possível enumerar os seguintes parâmetros:

- 1) Quanto maior o grau de objetividade extraível das palavras do texto, menos intenso deve ser o grau de investigação sobre a intenção do legislador.
- 2) Quanto maior o grau de argumentação e deliberação no momento da redação legislativa, menos intenso deverá ser o escrutínio judicial da intenção do legislador.
- 3) Quanto maior o grau de participação social, mais a intenção legislativa deve ser respeitada.
- 4) Quanto maior o grau de tecnicidade do assunto, menos intenso deverá ser o debate sobre a intenção legislativa nos tribunais.
- 5) Quanto maior o grau da restrição imposta aos direitos fundamentais, mais intensa deve ser a investigação da intenção legislativa.
- 6) Quanto mais as circunstâncias de fato tiverem mudado em relação ao momento em que a lei foi redigida, mais intenso pode ser o escrutínio da intenção legislativa.
- 7) Quanto mais se detecta a presença de consequências práticas absurdas, “más” (ruins) ou inconstitucionais, mais intenso pode ser o escrutínio da intenção legislativa.

Com essa proposta normativa, acredita-se ser possível concluir este estudo sobre o uso do argumento da intenção do legislador. O trabalho revelou a riqueza e as mudanças que os debates sobre o peso ou a importância da intenção legislativa na interpretação das leis sofreram. Foi especialmente importante notar a atualidade do assunto, sobretudo para a ressignificação do que deveria contar como intenção legislativa e para a aproximação da teoria da interpretação à teoria da legislação. A visão que se tem do procedimento legislativo será decisiva para a escolha interpretativa.

Naturalmente, o argumento da intenção do legislador não é o único argumento interpretativo disponível para resolver casos jurídicos. A interpretação jurídica não consiste – ou não consiste apenas – em estabelecer e seguir a intenção do legislador.

Sobre a autora

Roberta Simões Nascimento é doutora *cum laude* em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha; doutora e mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; professora adjunta da UnB, Brasília, DF, Brasil; advogada do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: bertasimoes@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

NASCIMENTO, Roberta Simões. O argumento da intenção do legislador: anotações teóricas sobre uso e significado. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 167-193, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p167

(APA)

Nascimento, R. S. (2021). O argumento da intenção do legislador: anotações teóricas sobre uso e significado. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(232), 167-193. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p167

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003*. Dispõe sobre o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2021e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus 70.514/RS*. Direito constitucional e processual penal. Defensores públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. “Habeas corpus”. Nulidades. Intimação pessoal dos defensores públicos e prazo em dobro para interposição de recursos [...]. Pacientes: Marco Aurelio Rodrigues da Cruz e outro. Impetrante: Edson Brozoza. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sydney Sanches, 23 de março de 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72491>. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.186/DF. Reclamantes: Pedro Sampaio Malan e outro (a/s). Reclamados: Juiz Federal da 20ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal; Juiz Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Interessado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de abril de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 78, p. 154-157, 2 maio 2008. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20080430_078.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 31*. É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis. [Brasília, DF]: STF, 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula779/false>. Acesso em: 18 out. 2021.

CAMPBELL, Tom. Legislative intent and democratic decision making. In: NAFFINE, Ngaire; OWENS, Rosemary; WILLIAMS, John (ed.). *Intention in law and philosophy*. Aldershot, UK: Ashgate/Dartmouth, 2001. p. 291-319. (Applied Legal Philosophy).

CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito*: de Bentham a Kelsen. Tradução de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017.

_____. *Técnicas de interpretación jurídica*: breviario para juristas. Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Madrid: Marcial Pons, 2011. (Filosofía y Derecho).

DICKERSON, Reed. Statutory interpretation: a peek into the mind and will of a legislature. *Indiana Law Journal*, [s. l.], v. 50, n. 2, p. 206-237, 1975. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol50/iss2/2/>. Acesso em: 18 out. 2021.

EKINS, Richard. *The nature of legislative intent*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. (Oxford Legal Philosophy).

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Traducción de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. (El Derecho y la Justicia).

HART JUNIOR, Henry M.; SACKS, Albert M. *The legal process: basic problems in the making and application of law*. Westbury, NY: Foundation Press, 1994.

HASEN, Richard L. Bad legislative intent. *Wisconsin Law Review*, [s. l.], v. 2.006, n. 3, p. 843-895, 2006. Disponível em: <https://repository.law.wisc.edu/s/uwlaw/item/19080>. Acesso em: 18 out. 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior).

MACCALLUM JUNIOR, Gerald C. Legislative intent. *Yale Law Journal*, [s. l.], v. 75, n. 5, p. 754-787, 1966. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol75/iss5/2/>. Acesso em: 18 out. 2021.

MACCORMICK, Neil. Argumentación e interpretación en el derecho. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora y Laura Sofia Guevara. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [s. l.], n. 33, p. 65-78, 2010. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2010.33.04>. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2010-n33-argumentacion-e-interpretacion-en-el-derecho>. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2008. (Coleção Teoria e Filosofia do Direito).

PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Santiago, CL: Olejnik, 2019. (Biblioteca de Filosofía del Derecho).

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1963.

SHEPSLE, Kenneth A. Congress is a “they”, not an “it”: legislative intent as oxymoron. *International Review of Law and Economics*, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 239-256, June 1992. DOI: [https://doi.org/10.1016/0144-8188\(92\)90043-Q](https://doi.org/10.1016/0144-8188(92)90043-Q).

SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically? *University of Chicago Law Review*, [Chicago], v. 66, n. 3, p. 636-670, 1999. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol66/iss3/7/>. Acesso em: 18 out. 2021.

TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Traducción y nota introductoria de Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2015.

VERMEULE, Adrian. Interpretative choice. *New York University Law Review*, [New York], v. 75, n. 1, p. 74-149, Apr. 2000. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-75-number-1/interpretive-choice/>. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. Legislative history and the limits of judicial competence: the untold story of Holy Trinity Church. *Stanford Law Review*, [s. l.], v. 50, n. 6, p. 1.833-1.896, July 1998. DOI: <https://doi.org/10.2307/1229242>.

Liberdade de expressão, isegoria e verdade

A tensão entre democracia e
república na política moderna

MARCELO CAMPOS GALUPPO

Resumo: Apesar de a vontade ser reconhecida como fundamento das democracias, o bem comum parece colocar um limite àquilo que nelas se pode argumentar. No entanto, essa posição esbarra na impossibilidade de acessar racionalmente o bem comum sem a mediação da linguagem, como parece presumir certa perspectiva fundacionalista e republicana. Por isso uma ampla liberdade de expressão parece estar pressuposta nas democracias modernas. Este artigo pretende demonstrar como a antiga tensão entre vontade e bem comum, entre democracia e república, se reflete no pensamento político moderno. Serão analisados o problema da liberdade de expressão na democracia, o conceito de democracia em Atenas e sua recepção na modernidade para verificar como a teoria coerentista da verdade pode auxiliar na compreensão dos limites da perspectiva republicana e do conseqüente papel da liberdade de expressão nas democracias modernas.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Isegoria. Verdade. Democracia. República.

Free speech, isegoria, truth: the tension between democracy and republic in modern political thought

Abstract: Although human will can be understood as the foundation of democracies, common good seems to curb what one can say in a democracy. Nevertheless, this standpoint faces the impossibility of rationally accessing the common good without appealing to speech, as a foundationalist and republican view seemly assumes. Thus, a large amount of freedom to speech seems to be at stake in modern democracies. This paper intends to show how the tension between public will and common good (also between democracy and republic) spreads itself on modern

Recebido em 2/2/21
Aprovado em 7/5/21

political thought from its ancient roots. To do so, it will show the problem concerning free speech and democracy, analyze the Athenian Democracy and its reception during Modernity to verify if a coherentist theory of truth could help to understand the limits of the republican standpoint and the subsequent role that free speech should have in modern democracies.

Keywords: Free speech. Isegoria. Truth. Democracy. Republic.

1 Introdução

Por que devemos obedecer às leis? Em momentos de crise institucional, nada pode ser mais importante do que responder a essa pergunta, que tende a receber dois tipos de respostas fundamentadoras. Devemos obedecer às leis porque nós as quisemos é a primeira delas. No entanto, essa resposta é ingênua porque transpõe simplesmente o fundamento da obrigação moral para a política. Nas obrigações morais, a vontade individual é de fato determinante de nossa vinculação ao dever. Devo submeter-me a algo com que concordei pelo simples fato de tê-lo querido.

Contudo, no caso da política, essa resposta dificilmente pode ser aceita. A complexidade e dimensão das democracias modernas não permitem a participação de todos os cidadãos na formulação das leis. Por isso a modernidade construiu algo que ficou conhecido como *democracia representativa*, que permite uma segunda resposta a nossa pergunta. A lei elaborada pelo parlamento não foi realmente querida por cada um de nós, mas – ainda que não tenhamos manifestado diretamente nossa vontade no processo de elaboração das leis, e eventualmente a lei como manifestação da vontade coletiva possa divergir da vontade de algum dos membros de uma dada sociedade – nós conscientemente participamos de uma espécie de jogo democrático no qual elegemos representantes: é por sermos representados por aqueles que elaboraram as leis que nos vincularíamos a elas.

Se a primeira resposta transfere ingenuamente o fundamento da moral para a política, a segunda transfere cnicamente para a política o fundamento da representação jurídica privada a que chamamos *mandato* e que se exerce por meio de uma procuração. No caso do Direito Privado, a concordância expressa e inequívoca e a confiança de quem é representado é que obrigam o mandante a vincular-se aos atos praticados pelo procurador, mesmo que a procuração não estabeleça o conteúdo específico dos atos do mandatário. No caso da política, esse pressuposto

é falso. Imagine-se, por exemplo, a possibilidade de, em uma eleição, alguém votar em um partido que não elegeu nenhum representante (quem, nesse caso, representa seus eleitores?), ou o caso de os eleitores serem surpreendidos pela ação de seu representante conflitar com suas convicções particulares.

É verdade que existe uma terceira possibilidade de resposta: aqueles que não concordam com uma lei querida pela maioria poderiam eximir-se de cumpri-la abandonando o Estado e mudando-se para outro lugar. Essa era, de fato, uma possibilidade na Atenas democrática dos séculos V e IV a.C. (FUNARI, 2002, p. 37). Contudo, hoje, para onde alguém poderia mudar-se de modo a se furtar ao dever de cumprir as leis de algum Estado? Poderíamos mudar de Estado, mas não voltar a uma suposta condição prévia em que não houvesse um poder instituído e monopolizador da violência capaz de impor suas decisões, à qual a teoria política moderna deu o nome de *estado de natureza*, por duas razões: ou porque toda a superfície da Terra já estaria ocupada por algum Estado ou porque, ao sair do Estado civil, o ser humano não retornaria a um estado de natureza, mas se colocaria em uma posição original em que, por meio do uso da razão, não teria alternativa a não ser reintroduzir-se no contexto de um Estado existente e reconhecer-lhe a legitimidade. No máximo podemos mudar de Estado, portanto, das regras concretas que nos vinculam, mas não de uma condição de Estado civil para uma condição de estado natural.

Diante dessa realidade, em que medida alguém pode sentir-se obrigado pelas decisões de um parlamento? Para compreender o dever de obediência às normas de um Estado, pode-se lançar mão de três conceitos da teoria política: regra da maioria, isonomia (uma lei se aplica genericamente a todos os membros da sociedade) e isegoria (o igual direito de todos de falar de

maneira livre e defender seus interesses na sociedade). O fato de que a maioria de nós ou de nossos representantes quiseram determinada lei; de a lei aplicar-se de modo neutro e imparcial a todos, inclusive àqueles que a elaboraram; e de todos contribuírem com seus argumentos para que se elaborem as leis – pelo menos de modo potencial, sob a forma da participação política – transforma de algum modo o resultado das operações de soma e subtração das vontades individuais concretas em vontade coletiva e faz com que ela se torne vinculante.

Diante da impossibilidade de se abordarem todos esses conceitos no presente artigo, pretende-se analisar somente o papel da *isegoria* na legitimação democrática moderna. Parte-se da hipótese de que, sem o direito irrestrito de expressão, não existe legitimidade democrática. Primeiramente será analisado o funcionamento da democracia em Atenas para em seguida se verificar como a doutrina dos chamados *pais fundadores* dos Estados Unidos da América (EUA) recepcionou a influência grega em seu pensamento e Constituição, e como isso repercutiu na lenta mas decisiva formação da doutrina da Liberdade de Expressão (*Free Speech*).

O conceito de *regra da maioria* exclui a existência de um vínculo entre verdade e vontade política, requerido pelo conceito de *república*, mas repudiado pelo conceito de *democracia*. É nesse ponto que o problema da liberdade de expressão se torna relevante. Por que deveríamos reconhecer a liberdade de expressão como essencial para uma democracia?

2 Péricles e a democracia ateniense

Em sua célebre *Oração Fúnebre*, recolhida por Tucídides na *História da Guerra do Peloponeso*, Péricles caracterizou a democracia ateniense da seguinte forma:

Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar outros. Seu nome, como tudo depende não de poucos, mas da maioria, é Democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas, quando se trata de escolher (se é preciso distinguir em qualquer setor), não é o fato de pertencer a uma classe, mas o mérito, que dá acesso aos postos mais honrosos; inversamente, a pobreza não é razão para que alguém, sendo capaz de prestar serviços à cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição. Conduzimo-nos liberalmente em nossa vida pública, e não observamos com uma curiosidade suspicaz a vida privada de nossos concidadãos, pois não nos ressentimos com nosso vizinho se ele age como lhe apraz, nem o olhamos com ares de reprovação que, embora inócuos, lhe causariam desgosto. Ao mesmo tempo que evitamos ofender os outros em nosso convívio privado, em nossa vida pública nos afastamos da ilegalidade principalmente por causa de um temor reverente, pois somos submissos à autoridade e às leis, especialmente àquelas promulgadas para socorrer os oprimidos e às que, embora não escritas, trazem aos transgressores uma desonra visível a todos (TUCÍDIDES, 1999, p. 98)¹.

Alguns elementos merecem ser destacados nessa passagem². Em primeiro lugar, Péricles começa dizendo que a democracia se caracteriza pela utilização da *regra da maioria*: não sendo possível tomar-se unanimemente uma decisão, aquela que contar com o maior número de apoiadores impõe-se a todos. É interessante uma obra de referência, o *Dicionário de Política*, de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998), não incluir verbetes sobre *Maioria* ou *Regra da Maioria*, de um lado por assumi-la como um pressuposto básico, sobre o qual não pairariam dúvidas, e de outro pela dificuldade de enfrentar a questão, em decorrência dos riscos que a regra da maioria envolve. Por esse motivo, a teoria política contemporânea tem, se não escamoteado, pelo menos restringido a aplicação desse mecanismo nas democracias da segunda metade do século XX e primeiro quartel do século XXI. No entanto, a regra da maioria aplicava-se irrestritamente em Atenas porque qualquer limitação a esse mecanismo representaria a introdução de ideais de natureza aristocrática, estranhos à democracia. Na Grécia, a mais célebre defesa aristocrática contra a regra da maioria pode ser encontrada na *República*, de Platão (1990), para quem somente os homens sábios e também corajosos poderiam identificar claramente o que é a justiça e, por isso, somente eles deveriam governar. Exatamente

¹ No caso de obras clássicas, além da página da edição consultada, será indicada no rodapé a referência do texto original. No presente caso, *História da Guerra do Peloponeso*, II, 37.

² O texto apresenta diversas características da democracia que não serão exploradas por não guardarem conexão direta com a presente investigação. Dentre elas, destaca-se a separação entre a esfera pública e a esfera privada, tão bem analisada por Arendt (1991).

porque a lei criada pelos sábios reflete o conhecimento das realidades que não mudam (as ideias), ela seria intrinsecamente justa e não estaria sujeita à necessidade de mudança.

Não foi o governo dos sábios ou do rei filósofo previsto por Platão que prevaleceu na Idade de Ouro de Atenas, mas a democracia, em que a vontade da maioria do povo era soberana e, por causa disso, sempre provisória, na medida em que estaria sujeita a mudanças. Segundo Mossé (2004, p. 90)³, “uma vez tomada a decisão, a minoria inclinava-se diante do voto da maioria, o que não impedia que a decisão fosse posteriormente posta em questão. [...] O *demos* tinha a possibilidade de reconsiderar uma decisão que ele mesmo tomara”⁴. É por isso que, para Aristóteles (o maior defensor da democracia contra seu mestre, Platão), diferentemente do que ocorreria em outras formas de governo, “a virtude de um cidadão [na democracia]⁵ consiste na capacidade de bem governar e de bem obedecer” (ARISTOTE, 1995, p. 184, tradução nossa)⁶: ele deve saber alternar-se provisoriamente em cada uma dessas posições⁷.

O fato de que todos deveriam submeter-se à lei querida pela maioria, ainda que de modo provisório, conduz a um segundo elemento, também presente na *Oração Fúnebre*, de Péricles: a *isonomia*. Todos são iguais perante a lei porque todos a ela se submetem, inclusive quem a elaborou. Isso permitia que o ateniense se visse governado não pela vontade provisória de alguém, mas pela própria lei, resultado da deliberação desprovida das emoções dos debates que conduziram à sua elaboração ou que envolvem sua aplicação. Na *Política*, Aristóteles afirma que

³ Verbete *Democracia*.

⁴ Ainda que a reversibilidade das decisões seja uma marca da democracia na Antiguidade e que, de certa forma, se afirme sua importância para as democracias modernas, nestas existe uma atenuação do princípio, pois, ao lado das decisões reversíveis, como a capitulação de crimes – algo que é classificado como um crime pode deixar de sê-lo –, que representam a grande maioria (ideia que se liga ao conceito de alternância do poder da democracia ateniense), há também decisões consideradas irreversíveis para uma determinada configuração democrática, como as cláusulas pétreas de algumas constituições.

⁵ O uso de colchetes – [] –, aqui e em qualquer outra citação, indica um acréscimo feito por mim a fim de tornar o sentido mais claro para o leitor. Já o uso de parênteses – () – em citações indica uma interpolação realizada pelo próprio autor citado.

⁶ *Política*, III, 4, 1277a, 27.

⁷ Existem grandes diferenças entre a democracia ateniense e a moderna, como o fato de a maioria das magistraturas ser preenchida por sorteio ou o fato de a vontade ser expressa diretamente, sem a intermediação de representantes. Todavia, o cerne da ideia democrática então e agora pode ser encontrado nestas três características: em primeiro lugar, o que habilita alguém a participar da política é sua condição de ser humano livre, que se reflete diretamente na titularidade (popular) do poder; em segundo, o fato de que a vontade é o fundamento das decisões que se impõem em uma democracia; e em terceiro, o fato de as decisões estarem sujeitas à legitimação por meio da razão pública, o que implica que não há um grupo que, por definição, realize as escolhas que restringem a liberdade de todos os cidadãos, mas que essas escolhas são realizadas pelo conjunto dos próprios cidadãos, que devem ser considerados capazes e responsáveis, o que afasta a possibilidade de serem tutelados ou dirigidos em suas escolhas e censurados quanto ao tipo de informações a que têm direito para formar sua decisão, como aponta Marmor (2018).

querer o reino da lei é, parece, querer o reino exclusivo de Deus e da razão; querer o contrário, o reino de um homem, é querer ao mesmo tempo aquele de uma besta selvagem, porque o apetite irracional tem verdadeiramente essa característica bestial, e a paixão arruína o espírito dos dirigentes, ainda que fossem os mais virtuosos dos homens (ARISTOTE, 1995, p. 248, tradução nossa)⁸.

Em terceiro lugar, Péricles diz que os cargos públicos são assumidos não em função de critérios aristocráticos ou oligárquicos, que exigem certo nascimento ou certa fortuna, mas em função do *mérito* e da capacidade de cada um.

A avaliação do mérito não é tarefa fácil, e Aristóteles indica que, variando o que se considera ser o mérito, varia também a forma de governo. A diferença entre monarquia, aristocracia e democracia tem como causa mais profunda não o número de governantes (ainda que implique também esse critério), mas o mérito que distingue alguém como governante: a superioridade (que só pode ser de um), na monarquia; as virtudes (que podem ser de alguns), na aristocracia; e a liberdade, que pertence a todos e, portanto, é a marca da democracia (ARISTOTE, 1995, p. 206).

Exatamente por considerar que o mérito seja a condição de liberdade (*eleuteria*⁹) – que *igual*a a todos, pois todos os cidadãos são igualmente livres –, a democracia ateniense adotava como critério para a escolha da maioria de suas magistraturas algo que nos parece irracional, mas que se justifica plenamente quando se considera sua lógica: o sorteio (FUNARI, 2002, p. 38). Se houvesse eleição para se escolher os magistrados, alguns grupos seriam sempre privilegiados na nomeação dos cargos públicos, e a desigualdade que a lei pretendeu excluir seria de algum modo reintroduzida na cidade. A sorte (*tykhé*), ao contrário, iguala a todos. Por isso Aristóteles afirmava que “a designação das magistraturas por via do sorteio é de natureza democrática, e a designação por eleição de natureza oligárquica” (ARISTOTE, 1995, p. 295, tradução nossa)¹⁰.

Parece estranho que falte à *Oração Fúnebre* um quarto elemento que é tão definidor da democracia ateniense como os três já apontados e que, na verdade, é o mecanismo de legitimação da regra da maioria: o direito de todos intervirem pelo discurso na *Eclesia*¹¹, chamado *isegoria*. A *isegoria* pode ser definida como o igual direito de todos os homens livres participarem da vida pública, contribuindo com argumentos,

⁸ *Política*, III, 16, 1287a, 28.

⁹ *Eleuteria* significa liberdade, entendida como capacidade de escolher tendo em vista um determinado fim conhecido ou imaginado. Ver Reale (1995, p. 149).

¹⁰ *Política*, IV, 9, 1294b, 7.

¹¹ A assembleia de todos os cidadãos de Atenas.

contestando-os e decidindo entre os que fundamentam a práxis e as decisões do Estado. Esse tema, constitutivo da estrutura da democracia ateniense, parece estar ausente da *Oração Fúnebre*, de Péricles, mas está indiretamente pressuposto em outra passagem do texto analisada mais à frente. Como diz Mossé (2004, p. 89)¹²,

[o *demos*], constantemente chamado a pronunciar-se sobre todas as decisões que dissessem respeito à comunidade, adquirira o que Moses Finley chamou [de] “uma familiaridade com os negócios públicos que até mesmo os cidadãos inclinados à apatia não podiam eludir diante de seus pares em uma sociedade assim fechada [sobre si mesma]”. [...] Isso devia-se [...] à importância de que se revestia, neste sistema político, a palavra, o contato direto entre os governantes e os governados, a importância do debate oral antes da tomada de decisões, a importância das discussões na ágora”

Um trecho da *Oração Fúnebre*, de Péricles, afirma:

mantemos nossa cidade aberta a todo o mundo e nunca, por atos discriminatórios, impedimos alguém de conhecer e ver qualquer coisa que, não estando oculta, possa ser vista por um inimigo e ser-lhe útil. Nossa confiança se baseia menos em preparativos e estratégias que em nossa bravura no momento de agir (TUCÍDIDES, 1999, p. 98)¹³.

Exatamente porque todos poderiam dizer tudo na democracia ateniense – ainda que, segundo Funari (2002, p. 36), apenas alguns líderes lançassem mão desse direito na prática –, não poderia haver segredos de ordem pública em Atenas. Disso decorre que todos tinham o direito de conhecer todos os planos, as estratégias e opiniões de todos os governados e governantes, e conseqüentemente todos tinham o direito de tornar público tudo aquilo que fosse de seu conhecimento e todas as suas opiniões. Se isso poderia representar um risco, já que “segredos públicos” evitariam que inimigos atacassem os pontos fracos de Atenas, também representaria uma ameaça ao livre exercício da participação de todos e ao fato de que a vontade comum expressa nas leis só se forma com base nas vontades de seus membros concretos. “Segredos públicos”, portanto, seriam em si mesmos contraditórios: algo ou é um segredo ou é conhecido pelo público.

Essas características tornam a democracia ateniense uma experiência única na Antiguidade e extremamente influente na reinvenção do conceito na Modernidade.

¹² Verbete *Democracia*.

¹³ *História da Guerra do Peloponeso*, II, 39.

3 A reinvenção da democracia nos Estados Unidos da América

Quando foram fundados, os EUA não dispunham de um modelo político próximo no tempo em que pudessem inspirar-se. Não se admitindo como legítimo o governo de um só em uma sociedade dividida por concepções plurais de bem, como a moderna, foi preciso recorrer aos modelos da Antiguidade, nomeadamente à Roma republicana e à democracia ateniense, para fundar um novo modo de exercício do poder político. No entanto, o recurso a essa dupla fonte criará tensões no modelo norte-americano, como veremos logo mais.

Se identificamos os EUA como os *reinventores* da democracia na modernidade, precisamos verificar como os chamados *pais fundadores* pensaram a relação entre a *formação da vontade* e a *isegoria*. A principal influência é a de James Madison, autor e patrono da chamada *Bill of Rights*, dez emendas à Constituição norte-americana ratificadas em 1791, três anos após a ratificação da Constituição. A 1ª Emenda prescreve:

O Congresso não elaborará lei com respeito ao estabelecimento de uma religião [oficial] ou proibindo o exercício [de qualquer religião], ou restringindo a liberdade de expressão, ou de imprensa, ou o direito de o povo se reunir pacificamente e de peticionar ao governo para que se reparem ofensas (UNITED STATES, 2007, p. 13, tradução nossa)¹⁴.

Inicialmente, o objetivo de Madison era construir mecanismos pelos quais o poder central (federal) não pudesse impedir que as

objeções às políticas públicas majoritariamente adotadas restringissem as posições divergentes. Nesse contexto, a liberdade de expressão e de imprensa permitiria o controle do poder estatal pelo povo.

A doutrina pressuposta por Madison e contida nessa Emenda consolidou-se ao longo dos anos e passou a ser conhecida como a *premissa madisoniana*, exposta sistematicamente pela primeira vez em um discurso de Madison na Câmara dos Deputados do Estado de Virgínia, onde ele afirmou: “O direito de examinar livremente os sujeitos públicos e medidas públicas, e de comunicação sobre eles, é o único guardião efetivo de qualquer direito” (VIRGINIA, 1850, p. 227, tradução nossa). Para Madison, a liberdade de expressão estaria ligada, portanto, ao direito que o cidadão médio teria à informação para que escolhesse seus representantes e os controlasse e para que pudesse participar de processos decisórios, quando chamado a fazê-lo. Como afirma Marmor (2018), a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa implicam não somente um direito daquele que se manifesta como também um direito daquele que é informado, ou seja, o direito do falante e o direito do ouvinte relativamente independentes¹⁵, ainda que conexos. No entanto, para muitos teóricos da liberdade de expressão nos EUA (chamados de *Free Speech Scholars*), se a liberdade de expressão for concebida como um direito do ouvinte mais que do falante, autores como Bork (1971), Fiss (1996), Lewis (2007) e mesmo Meiklejohn (1961) e Sunstein (1995) afirmarão que o discurso protegido é (somente) aquele que visa à informação da opinião pública e à formação da vontade popular. Por causa disso, estariam excluídos da proteção da 1ª Emenda

¹⁴No original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; [or] the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

¹⁵Segundo Marmor (2018), tal independência implica a dificuldade de se impedir o proferimento de discursos de ódio, já que o direito de se expressar não seria dependente do direito de ouvir.

nos EUA o discurso falso, o discurso comercial e o discurso odioso. Meiklejohn (1961, p. 255, tradução nossa), por exemplo, afirma que

[a] primeira emenda não protege uma liberdade de falar. Ela protege a liberdade daquelas atividades do pensamento e a comunicação pelas quais nós governamos. Ela diz respeito não a um direito privado, mas a um direito público.

Fiss (1996, p. 3, tradução nossa) afirma algo semelhante, dizendo que “[o] discurso é avaliado como algo tão importante na Constituição não porque seja uma forma de autoexpressão ou autorrealização, mas porque é essencial para a autodeterminação coletiva”.

Há, no entanto, um problema de fundo na interpretação da liberdade de expressão pela *premissa madisoniana*: ela identifica equivocadamente duas tradições que, passando-se por idênticas, na verdade escondem uma tensão: a democracia e a república.

4 República e democracia: verdade e regra da maioria

Para a maioria de nós, os conceitos de *democracia* e *república* podem parecer intercambiáveis e até idênticos (os Federalistas¹⁶, por exemplo, chamam a democracia representativa de república). Mas, se nos ativermos à origem do termo *república* entre os romanos, veremos que há diferenças sensíveis entre os dois conceitos. Na *república*, Cicero (2000, p. 72, tradução nossa)¹⁷ afirma que,

¹⁶ Um dos grupos ideológicos que promoveram a independência e a posterior substituição dos Artigos da Confederação de 1777 (ratificados em 1781) pela Constituição dos Estados Unidos da América em 1787. *Federalistas* é também o nome que se dá ao conjunto de textos escritos por seus autores.

¹⁷ *De Re Publica* (I, XXXII, 48).

[se] o povo mantiver seus direitos [em oposição ao governo por apenas um ou alguns], diz-se que nenhuma forma de governo lhe seria superior, seja em liberdade, seja em felicidade, pois eles próprios seriam os donos das leis e dos tribunais, da guerra e da paz, dos acordos internacionais e da vida de cada cidadão e de cada propriedade; apenas esse governo, acredita-se, pode ser chamado corretamente de uma república (*res publica*¹⁸), quer dizer, uma coisa do povo.

O termo *publica*, em *res publica*, não deve ser tomado em seu sentido moderno, “de todos”, mas no sentido de “do povo”, uma vez que *publicus* é uma forma mais recente do latim arcaico *poplicos* (PEREIRA, 2002, p. 384), ligada a *populus*.

Em outra passagem, Cicero (2000, p. 64, tradução nossa)¹⁹ explica o que entende por *coisa pública*, ou seja, *coisa do povo* (*res publica*):

A república (*res publica*) é a propriedade do povo (*res populi*). Mas o povo não é a reunião de seres humanos agrupados de algum modo, mas a reunião de um grande número de pessoas associadas em um acordo que diz respeito à justiça e aos interesses (*utilitatem*) comuns.

A tônica não é tanto sobre a reunião do povo ou de sua maioria, nem no fato de que o povo controla a legislação e a judicatura por meio de sua vontade, mas sobre o compromisso desse povo com a perseguição da justiça e dos interesses comuns ou, dito de um modo mais moderno, do *bem público*. Essa ideia permanece viva entre os romanos, pelo menos na literatura, mesmo depois do fim da República e do início do Império Romano, como atesta Pereira (2002, p. 387):

¹⁸ Na verdade, *rem publicam* no original, pois trata-se de um acusativo.

¹⁹ *De Re Publica* (I, XXV, 39).

Os imperadores continuam a manter em uso a expressão [*res publica*], à qual ligam, se não a realidade, pelo menos a ilusão de um conceito fundamental para o viver em comum do Povo Romano. É neste sentido que deverá entender-se um trecho de um discurso que Tácito atribui a Tibério: “Os príncipes são mortais, a *res publica* é eterna”.

Segundo Ribeiro (2000, p. 13), aqui começa a distinção entre república e democracia. Ao contrário da república, em que a ideia de bem comum (ou, mais precisamente, de interesse comum) norteia toda a atividade política, na democracia há o “primado do desejo ganancioso sobre o respeito à lei”. Por isso, “enquanto a Democracia [...] é um regime do desejo, a República tem no seu âmago uma disposição ao sacrifício, proclamando a supremacia do bem comum sobre qualquer desejo particular” (RIBEIRO, 2000, p. 18). Uma é o regime do desejo e da vontade; a outra, o regime do dever, da virtude e da razão²⁰.

Dizer que a república é da ordem da razão implica que haja uma verdade – ou ao menos uma utopia – que oriente todas as decisões que se tomam em seu interior, um critério objetivo para direcionar e avaliar a práxis, e que se pressuponha, ainda que falsamente, que a adesão a essa verdade seja compartilhada por todos, e nisso ela se opõe à democracia: a república é o regime da uniformidade (ou a pressupõe); a democracia é o regime da diferença. Esse parece ser o problema de fundo da crítica de Platão (1990, p. 388)²¹ à

²⁰ Em seu primeiro texto sobre o tema (“Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais”), Ribeiro (2000) busca exatamente conciliar esses dois conceitos, mas, a meu ver, com pouco sucesso. Posteriormente, com a publicação de dois pequenos livros de sua autoria (RIBEIRO, 2001a, 2001b), parece-me que a distância conceitual entre as duas categorias apenas aumentou. Não quero dizer com isso que o ideal da república e a forma da democracia não sejam conciliáveis. Porém, é preciso ter em mente que eles só podem ser conciliados a custo da restrição do mecanismo democrático ou dos fins republicanos.

²¹ *A República*, VIII, 558c.

democracia: “uma forma de governo aprazível, [mas] anárquica, variegada, e que reparte a sua igualdade do mesmo modo pelo que é igual e pelo que é desigual”, como na Atenas do século IV a.C. A origem dessa crítica está na concepção aristocrática de que a cidade deve ser governada pelos filósofos, pois somente quem sabe o que é a justiça pode tornar a cidade justa:

Enquanto não forem, ou os filósofos reis das cidades, ou os que agora se chamam reis e soberanos filósofos genuínos e capazes, e se dê esta coalescência do poder político e da filosofia, enquanto as numerosas naturezas que atualmente seguem um destes caminhos com exclusão do outro não forem impedidas forçosamente de o fazer, não haverá tréguas dos males [...] para as cidades, nem sequer, julgo eu, para o gênero humano (PLATÃO, 1990, p. 252)²².

Para que não haja dúvida alguma sobre a natureza aristocrática de sua proposta, Platão (1990, p. 253)²³ afirma que “a uns compete por natureza dedicar-se à filosofia e governar a cidade, e aos outros não cabe tal estudo, mas sim obedecer a quem governa”.

Portanto, não é por acaso que, na sequência do Livro V (sobre o governo dos chefes, uma aristocracia composta de homens sábios e corajosos), os livros VI e VII da *República* discutam o símile da linha, a alegoria da caverna e o modelo da educação do chefe (ou seja, do filósofo): somente se houver um critério para tornar sábios alguns homens, e somente se o conhecimento desses homens sábios puder diferenciar-se da opinião – provisória, aparente e imperfeita –, poderemos de fato saber o que é a justiça, e a cidade só poderá ser bem governada se pudermos saber o que é a justiça em si mesma.

²² *A República*, V, 473d.

²³ *A República*, V, 474c.

Essa ideia está presente no conceito romano de república, em especial na obra de Cícero, que claramente toma como modelo a obra de Platão para desenvolver sua teoria da justiça (no diálogo *De Re Publica*) e analisar a dificuldade de implantar a república ideal no mundo dos homens (no diálogo *De Legibus*)²⁴.

5 Verdade como coerência e a provisoriabilidade da democracia: de James Madison a John Stuart Mill

A república pressupõe que exista, também no campo da política, um tipo de verdade entendida como *adaequatio rei et intellectus*, ou seja, que a verdade seja a mera adequação entre a coisa e o intelecto. Esse conceito de verdade é estranho ao conceito de democracia porque a deliberação política e as políticas públicas não decorrem da implantação de uma ideia de bem que, evidente em si mesma e acessível por meio da razão, permitiria julgar racionalmente que representações refletiriam ou não essa ideia e distinguir as corretas das que deveriam ser afastadas como erro. Tal abordagem só seria possível se tivéssemos acesso imediato à ideia de bem, e tal concepção, sustentável apenas por um idealismo intuicionista ingênuo, é amplamente negada pela tradição filosófica a partir do século XX. Como afirma Habermas (2004, p. 8), “nos é negado um acesso direto, não mediatizado pela linguagem, à realidade ‘nua’”. Ao contrário das concepções filosóficas pressupostas pelo republicanismo (de acesso imediato e intuitivo, ainda que privilegiado, à ideia de bem comum), a democracia pressupõe outro conceito de verdade, entendida não como adequação à ideia conhecida por meio da razão, e sim como produto da interação linguística entre mim e o mundo. Isso não significa que não haja um conceito de verdade que alimente a atividade política na democracia. A verdade, agora, é a consistência e a coerência, o que nos remete novamente à regra da maioria e ao pensamento de Madison (1973, p. 103)²⁵ que, no número 10 de *O Federalista*, expõe seu ponto de vista:

Quando uma facção não compreende a maioria [no sentido de com ela não se identificar], o remédio existe no mesmo princípio do governo republicano [quer dizer: representativo] que dá à maioria os meios de destruir os projetos sinistros da facção por uma votação regular.

²⁴ Sobre a conexão das duas obras de Cícero com as duas obras de Platão (ou seja, entre a *República* de Platão e a de Cícero e o *Das leis* de Platão e o de Cícero), veja-se a nota de Clinton Walker Keyes na parte introdutória de sua tradução da obra de Cícero (KEYES, 2000, p. 6).

²⁵ *O Federalista*, 10.

Pode talvez o partido faccioso embaraçar a administração, pode fazer tremer o Estado; mas não pode executar nem cobrir as suas violências com formas constitucionais.

Mas quando a maioria toma parte numa facção, a forma de governo popular [quer dizer, a democracia] pode dar-lhe os meios de sacrificar às suas paixões ou interesses o bem público e os direitos dos outros cidadãos.

Em outros termos, a maioria tem um remédio para os abusos da minoria: basta não aprovar as leis por ela proposta. A minoria poderá protestar e até pressionar por outros meios, mas nada poderá fazer para revestir de legitimidade a sua vontade. Por outro lado, a maioria também pode abusar de sua vontade, impondo a uma minoria algo injusto. Nesse caso, a primeira observação de Madison é que a democracia permite impor legitimamente sua vontade contra a minoria. No entanto, ele continua seu raciocínio dizendo que, uma vez que não podemos impedir a causa dessa violência da maioria (ou seja, sua vontade), podemos evitar seus efeitos se conseguirmos

depurar e aumentar o espírito público, fazendo-o passar para um corpo escolhido de cidadãos, cuja prudência saberá distinguir o verdadeiro interesse da sua pátria e que, pelo patriotismo e amor da justiça, estarão mais longe de o sacrificar a considerações momentâneas ou parciais.

Num tal governo, é mais possível que a vontade pública, expressa pelos representantes do povo, esteja em harmonia com o interesse público do que no caso de ser ela expressa pelo povo mesmo, reunido para este fim.

É preciso, contudo, não esquecer que o resultado pode ser em alguns casos inteiramente contrário. Homens de caráter faccioso, cheios de prejuízos, filhos de circunstâncias locais ou de projetos sinistros, podem, por intriga, por corrupção e por outros meios ainda, obter os votos do povo para atraiçoar-lhe depois os interesses (MADISON, 1973, p. 104)²⁶.

Madison quer dizer que o governo representativo é melhor que a democracia direta, porquanto é de se esperar que alguns cidadãos escolhidos pela vontade popular e especializados na elaboração das leis sejam mais sensatos e prudentes e se dediquem à promoção dos interesses comuns, e não dos interesses particulares dos membros de um Estado. Em sua opinião, esse mecanismo é fortalecido se as funções do Estado de produzir, aplicar e controlar a produção e a aplicação da lei forem atribuídas a distintos poderes do Estado, que passam a se fiscalizar e a se controlar mutuamente (o sistema de *checks and balance*, previsto, por exemplo, no artigo 51 de *O Federalista* (HAMILTON; MADISON; JAY, 1973)).

²⁶ *O Federalista*, 10.

No entanto, Madison reconhece que numa democracia sempre há o risco de interesses privados legitimarem-se via Estado. A democracia está sempre em risco. Isso é inerente ao seu próprio *modus operandi*, pois, como adverte Snyder (2017, p. 24, tradução nossa)²⁷ em *Sobre a tirania*, é “um erro assumir que os governantes que chegaram ao poder através das instituições não podem mudar ou destruir essas mesmas instituições”. Segundo a célebre frase atribuída a Thomas Jefferson, “[o] preço da liberdade é a eterna vigilância”, o que justifica a liberdade de expressão como o “único guardião efetivo de qualquer direito” na *premissa madisoniana*. Na verdade, o único remédio contra o mau uso da democracia é a própria democracia.

A democracia representativa, forma de governo tipicamente moderna, implica uma nova concepção do cidadão como sujeito político. A modernidade

fará a decisão por votos perder o sentido moral que tinha na Idade Média e a converterá em simples procedimento. Votamos, como poderíamos sortear. [Hobbes] assimila a regra da maioria à regra de qualquer jogo. Mas o resultado vale, porque foi aceito como legítimo (RIBEIRO, 2001a, p. 32).

Mais que um procedimento neutro para a tomada de decisão, a regra da maioria representa uma ideologia, uma afirmação do valor que se atribui aos cidadãos na democracia: ele é “a expressão da igualdade e liberdade. Somos livres e, portanto, decidimos nosso destino político. Somos iguais, e por isso nenhum voto vale mais que outro” (RIBEIRO, 2001a, p. 32).

Esse mecanismo coloca a democracia sempre em risco, e esse risco, ou antes, essa característica das decisões democráticas torna-as sempre provisórias, e o caráter provisório das decisões democráticas é incompatível com a noção tradicional de verdade. Em lugar dela, assume-se uma teoria da verdade para a qual “é a coerência global de um sistema de crenças que determina se uma crença em particular é justificada” (O’BRIEN, 2006, p. 78, tradução nossa), a chamada *teoria da verdade como coerência*. Para que um sistema seja coerente, três condições devem ser preenchidas:

1) as proposições de um sistema coerente de crenças não podem ser contraditórias (O’BRIEN, 2006, p. 78), ou seja, não podem afirmar ao mesmo tempo, por exemplo, que João seja culpado e que João seja inocente;

2) “um sistema coerente de crenças compreende um número mínimo de casos em que a verdade de uma crença em particular torna improvável que

²⁷ *Sobre a Tirania*, 2 (Defenda as instituições).

outra de suas crenças seja verdadeira” (O'BRIEN, 2006, p. 78, tradução nossa)²⁸. Se digo que “João matou Maria com um tiro” e que “João nunca possuiu uma arma de fogo”, as duas proposições não são coerentes (ainda que não sejam opostas logicamente), e, se adotamos a teoria da verdade como coerência, casos como esses devem ser reduzidos ao mínimo possível;

3) um sistema de crença requer mais do que a simples consistência das proposições: exige que elas se conectem e se apoiem umas nas outras. Por exemplo: as proposições “Azul é minha cor predileta”, “Bill Clinton foi presidente dos EUA” e “Amanhã vai ser quinta-feira”, apesar de consistentes, não são propriamente coerentes, pois não integram o mesmo sistema de proposições.

A ideia de que a verdade de um sistema implica a coerência das proposições que o integram é antiga no Direito, pelo menos quanto a duas das condições apontadas, pois um sistema jurídico deve apresentar proposições que não sejam contrárias ou contraditórias (1ª condição) e deve ter normas que incidam em um mesmo âmbito de validade – por exemplo, uma norma brasileira e uma norma norte-americana não formam um sistema passível de ser avaliado como coerente (3ª condição)²⁹. No presente estudo será analisada apenas a primeira condição da teoria da verdade como coerência, pois ela revela a conexão entre a transitoriedade das decisões democráticas e o Direito.

Uma vez que o legislador é orientado por uma vontade mutável, é possível que o conteúdo das leis mude de tal forma que elas se tornem incompatíveis. No caso da moral, isso

seria um problema insolúvel. Como indicou Kelsen (2009), os sistemas morais são sistemas estáticos, quer dizer, sistemas cujas normas os integram pelo seu próprio conteúdo. Um sistema moral que afirme que a vida é o bem mais elevado a ser protegido torna incompatível a norma que afirma que, em caso de gravidez decorrente de estupro, a gestante possa abortar. No entanto, esse problema não existe para o Direito, que Kelsen caracteriza como um sistema dinâmico, ou seja, um sistema cujas normas o integram pelo fato de sua existência ter sido permitida, querida por uma vontade autorizada a fazê-lo. Por isso é possível que um mesmo sistema jurídico contenha normas que proíbam o aborto e normas que o permitam em certas circunstâncias, como é o caso do Brasil. Consequentemente, as regras para reintroduzir a coerência no sistema jurídico (perdida em algum momento porque há uma alternância no Poder Legislativo) são essenciais para seu funcionamento – trata-se das chamadas *regras primárias de câmbio*, indicadas por Hart (2009) em seu livro *O conceito de Direito*. No caso do Direito, pressupõe-se que uma norma superior revogue uma norma inferior, que uma norma especial revogue uma norma geral e que uma norma posterior revogue uma norma anterior (BOBBIO, 2003). Tais regras de tratamento das antinomias conectam o caráter transitório da vontade da autoridade política à coerência requerida pelo sistema jurídico.

Além disso, a verdade como coerência não é mais objetiva, pelo menos nos casos do Direito e da Política, como pressupunha o conceito de república e a teoria de matriz platônica, mas intersubjetiva e por isso mesmo provisória. O problema é, então, como se desenvolve esse sistema coerente, o que conduz ao problema da liberdade de expressão e como ela se articula com uma teoria que evidencie a provisoriabilidade de todas as deliberações em uma democracia. Podemos

²⁸ Ainda que não exclua a existência de tais casos, desde que reduzidos a um mínimo tolerável para o sistema como “exceções que confirmam a regra”.

²⁹ É provável que a 2ª condição também seja observável no Direito, sobretudo na aplicação da lei em processos judiciais, no campo da teoria da prova, mas deixo o exame de tal elemento para outra oportunidade, já que meu argumento não depende da análise exaustiva dessa teoria.

encontrar a origem dessa teorização na publicação do livro *On Liberty* (Sobre a Liberdade), de John Stuart Mill, em 1859.

Mill acreditava que a falibilidade e a *retificabilidade* de todo conhecimento humano fariam dele algo sempre provisório. A retificação dos erros pode ser feita ou pela experiência ou pela discussão, e, de certa forma, esta é superior àquela porque

é necessário que haja discussão para mostrar como se deve interpretar a experiência. Opiniões e práticas erradas gradualmente se rendem ao fato e ao argumento, mas para que produzam qualquer efeito sobre o espírito, fatos e argumentos lhe devem ser apresentados. [...] Como toda a força e todo valor do julgamento humano dependem [...] de uma única propriedade – de que este pode ser corrigido quando errado –, somente se pode depositar confiança nele quando os meios para corrigi-lo estiverem constantemente à disposição (MILL, 2000, p. 33-34).

Exatamente porque recusa um acesso intuitivo e privilegiado à verdade, Mill acredita que tudo deve ser dito em uma democracia, na medida em que tudo contribui para a construção da verdade, e quanto mais ideias opostas forem apresentadas na arena da discussão pública, tanto mais sólida será a verdade construída. Ao se suprimirem os discursos divergentes

sem que as pessoas tenham a experiência de responder e se opor [...] a pontos de vista equivocados, a verdade corre o risco de se tornar um dogma estéril, inefetivo para ser usado porque as pessoas perderão a capacidade de justificá-la e explicá-la quando contestada (BAKER, 2009, p. 150, tradução nossa).

Exatamente porque não dispomos de acesso privilegiado à verdade, seja em assuntos científicos, seja em assuntos morais, nenhum tema pode ser subtraído da discussão, único meio

de se alcançar a verdade, ainda que provisória. O contrário disso seria um censor emitir uma opinião sobre o que deveria ser admitido e o que deveria ser proibido na arena pública. No entanto,

[a] utilidade de uma opinião é, por si mesma, uma questão de opinião: é tão discutível, tão exposta à discussão e exige tanta discussão como a própria opinião. Permanece a mesma necessidade de um juiz infalível das opiniões para decidir tanto que uma opinião é nociva, como que ela é falsa, a menos que a opinião condenada tenha plena oportunidade de se defender (MILL, 2000, p. 37).

Por isso, pensa Mill (2000, p. 80)³⁰, só há vantagens no discurso público e na liberdade de expressão, pois a apresentação de ideias contrárias à minha ou são refutadas pelo meu argumento, tornando minha posição mais sólida, mais confiável, ou levam-me a mudar meu ponto de vista e aproximar-me cada vez mais de uma verdade que não pode ser acessada senão por meio do discurso.

6 Conclusão

A *Oração da Coroa*, de Péricles, estabelece os fundamentos da democracia ateniense na isegoria, entendida como o direito de fornecer, criticar e decidir entre argumentos que orientam a práxis e as decisões do Estado, afastando a ideia de um acesso direto a um bem que não seja mediado pela palavra na praça pública. Essa forma de governo foi reinventada nos EUA quando da proclamação da independência e fez ressurgir a tensão no pensamento político entre decisão pela vontade e decisão em função do bem público, entre democracia e república.

³⁰ Sobre isso, ver Warburton (2020) e Cohen (2018).

A ideia republicana de que o bem público deve nortear as decisões políticas enfrenta a crítica ao fundacionalismo na epistemologia e exige a adoção de uma perspectiva coerentista acerca do que é a verdade e, em especial, o bem público. Tal visão coerentista, por sua vez, exige a provisoriade de todos os pontos de vista e a proteção de uma larga medida de liberdade de expressão que possibilite submeter à crítica os vários pontos de vistas, ideologias e interesses presentes na política em uma sociedade pluralista, como concebido por John Stuart Mill, o que implica o reconhecimento de um amplo espectro de aplicação do princípio nas democracias modernas.

Sobre o autor

Marcelo Campos Galuppo é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; *visiting fellow* da University of Baltimore School of Law, Baltimore, MD, EUA; bolsista de produtividade do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

E-mail: marcelogaluppo@uol.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

GALUPPO, Marcelo Campos. Liberdade de expressão, isegoria e verdade: a tensão entre democracia e república na política moderna. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 195-212, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p195

(APA)

Galuppo, M. C. (2021). Liberdade de expressão, isegoria e verdade: a tensão entre democracia e república na política moderna. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(232), 195-212. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p195

Referências

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

ARISTOTE. *La politique*. Traduction de Jules Tricot. Paris: J. Vrin, 1995. (Bibliothèque des Textes Philosophiques – Poche).

- BAKER, C. Edwin. Autonomy and hate speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (ed.). *Extreme speech and democracy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009. p. 139-157.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1998. 2 v.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 2003.
- BORK, Robert H. Neutral principles and some First Amendment problems. *Indiana Law Journal*, [s. l.], v. 47, n. 1, p. 1-35, 1971. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol47/iss1/1/>. Acesso em: 10 set. 2021.
- CICERO. On the Republic. In: _____. *De Re Publica. De Legibus*. Translated by Clinton Walker Keyes. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000. p. 1-285. (Loeb Classical Library, 213).
- COHEN, Andrew Jason. *Toleration and freedom from harm: liberalism reconceived*. New York: Routledge, 2018. (Routledge Research in Applied Ethics, 104).
- FISS, Owen M. *The irony of free speech*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.
- FUNARI, Pedro Paulo. *Grécia e Roma*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2002. (Repensando a História).
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. (Humanística, 7).
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores, 24).
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Organização de Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. (Biblioteca Jurídica WMF).
- KEYES, Clinton Walker. Introduction. In: CICERO. *De Re Publica. De Legibus*. Translated by Clinton Walker Keyes. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000. (Loeb Classical Library, 213).
- LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate: a biography of the First Amendment*. New York: Basic Books, 2007. (Basic Ideas).
- MADISON, James. Capítulo X: Utilidade da União como preservativo contra as facções e insurreições. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 100-106. (Os Pensadores, 24).
- MARMOR, Andrei. Two rights of free speech. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 31, n. 2, p. 139-159, June 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1111/raju.12201>.
- MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment is an absolute. *The Supreme Court Review*, [Chicago], v. 1.961, p. 245-266, 1961. DOI: <https://doi.org/10.1086/scr.1961.3108719>.
- MILL, John Stuart. A liberdade. In: _____. *A liberdade. Utilitarismo*. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1-174. (Clássicos).
- MOSSÉ, Claude. *Dicionário da civilização grega*. Tradução de Carlos Ramalhete, com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- O'BRIEN, Dan. *An introduction to the theory of knowledge*. Cambridge, UK: Polity Press, 2006.
- PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de história da cultura clássica*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. v. 2.
- PLATÃO. *A República*. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990. (Textos Clássicos).

REALE, Giovanni. *História da filosofia antiga*: léxico, índices, bibliografia. Tradução de Henrique C. de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1995. v. 5. (Série História da Filosofia).

RIBEIRO, Renato Janine. *A democracia*. São Paulo: Publifolha, 2001a. (Folha Explica. Filosofia, 29).

_____. *A República*. São Paulo: Publifolha, 2001b. (Folha Explica. Filosofia, 30).

_____. Democracia *versus* República: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton (org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000. p. 13-25. (Humanitas, 51).

SNYDER, Timothy. *On tyranny: twenty lessons from the twentieth century*. New York: Tim Duggan Books, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995.

TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. Tradução do grego de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília, DF: Ed. UnB: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. (Clássicos IPRI, 2).

UNITED STATES. [Constitution (1787)]. *The Constitution of the United States of America: as amended*. Washington, DC: Government Printing Office, 2007. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

VIRGINIA. General Assembly. House of Delegates. *The Virginia report of 1799-1800, touching the Alien and sedition laws; together with the Virginia resolutions of December 21, 1798, the debate and proceedings thereon in the House of Delegates of Virginia, and several other documents illustrative of the report and resolutions*. Richmond: J. W. Randolph, 1850. Disponível em: <https://archive.org/stream/virginiareportof00virgrich#page/n5/mode/2up/search/the+right+of+freely+examining>. Acesso em: 13 set. 2021.

WARBURTON, Nigel. *Liberdade de expressão: uma breve introdução*. Tradução de Bárbara Batalha. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

O dever de fundamentação das decisões judiciais

A relativização dos limites entre *common law* e *civil law* no CPC

RAINER BOMFIM

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO DE MORAES BAHIA

Resumo: A presente pesquisa, sob a vertente jurídico-sociológica, objetiva investigar a relativização dos limites entre *common law* e *civil law* no domínio processual civil com o advento do Código de Processo Civil de 2015 – especificamente quanto ao dever de fundamentação das decisões judiciais –, bem como verificar se o diálogo entre *common law* e *civil law* suscitado pelo novo Código é um mecanismo jurídico que promove o dever de fundamentação e coíbe decisões judiciais nulas, de modo a garantir o contraditório e a segurança jurídica processual. Para isso, sustenta-se este trabalho em três eixos de investigação: a análise conceitual do dever de fundamentar, a comparação entre os sistemas *common law* e *civil law* e o estudo dos aportes teóricos sobre o risco do julgamento em tese nas decisões dos juízes.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Dever de fundamentação. Julgamento em tese. Hibridização dos sistemas jurídicos.

The duty of the motivation: the limits between common law and civil law in the Brazilian Code of Civil Procedure

Abstract: The present research, under the juridical-sociological aspect, intends to investigate the relativization of the limits between common law and civil law in the Brazilian civil procedural area with the advent of the Code of Civil Procedure in 2015, specifically with regard to the duty to state reasons judicial decisions. Therefore, the objective is to verify if the dialogue between common law and civil law, promoted by the new Code, is a legal mechanism that manages to promote the duty of reasoning, which prevents null legal decisions, in order to guarantee the contradictory and procedural legal certainty. To this end, the present legal-theoretical

Recebido em 28/3/21

Aprovado em 1/6/21

research will be divided into three axes of investigation: conceptual analysis of the duty to substantiate, comparison between common law and civil law systems, and study of theoretical contributions on the risk of judgment in theory in judges' decisions.

Keywords: Civil Procedural Law. Duty to substantiate. Trial in thesis. Hybridization of legal systems.

1 Introdução

A crise dos paradigmas processuais acabou por aproximar os sistemas jurídicos *common law* e *civil law* para se buscarem soluções distintas das rotineiramente apresentadas por ambos. Assim, conforme Taruffo (2016), percebe-se que já não há espaço para as rígidas contraposições dogmáticas, porque no campo das jurisdições insurgiram-se legisladores que em reformas processuais adotaram diretrizes mais pragmáticas e menos abstratas. Dessa forma, ocorreram importantes transformações em muitos ordenamentos processuais de *civil law*, nos quais foram introduzidas instituições jurídicas oriundas do *common law* – particularmente do modelo norte-americano, por razões históricas, políticas e culturais (TARUFFO, 2016).

No Brasil, a relativização dos limites entre *common law* e *civil law* na esfera processual civilista tem ocorrido desde as reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil anterior (CPC/1973) a partir de meados dos anos 1990 – com a criação de jurisprudência e súmulas obstativas de recursos, por exemplo – e, pela via constitucional, com a criação do critério da repercussão geral do Recurso Extraordinário (RE) e das súmulas vinculantes. Essa tendência confirmou-se em 2015 com a promulgação do novo CPC, que criou um microsistema de precedentes. O legislador não só manteve como instaurou técnicas típicas do *common law*, entre as quais se destaca a obrigatoriedade dos precedentes judiciais. Dessa forma, nesse sistema processual híbrido, é função dos magistrados seguir precedentes invocados pelas partes ou demonstrar na sua sentença elementos de superação ou distinção (art. 489, § 1º, VI, do CPC (BRASIL, [2021b]))¹.

¹ Ver: Taruffo (2014), Brito (2017, p. 99), Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron (2016), Ladeira e Bahia (2014), Bahia e Nunes (2013), Cota e Bahia (2016), Bahia e Silva (2015), Nunes, Freire, Godoy e Carvalho (2014) e Coutinho (2018).

Assim, a fundamentação das decisões deve adaptar-se à nova realidade argumentativa, pois a teoria dos precedentes não se limita à aplicação de súmulas, jurisprudência ou decisões repetitivas sem analisar as especificidades do caso concreto: o CPC deixa claro o dever do magistrado de discriminar que elementos de um caso anterior devem ser considerados no caso concreto sob julgamento (art. 489, § 1º, V) (BRASIL, [2021b]; GOLDSTEIN, 1987, p. 5). Diante disso, o julgador deve retirar o *obiter dictum*, identificando-se a *ratio decidendi* ao aplicar aquele precedente ou ao realizar o *distinguishing* ou *overruling* (BAHIA, 2016). Para investigar esse cenário híbrido do sistema processual brasileiro, o presente texto, com viés jurídico-sociológico, é estruturado sobre três eixos: o dever de fundamentação das decisões judiciais, a comparação entre os sistemas *common law* e *civil law* e a análise dos aportes teóricos sobre o risco do julgamento em tese. Desse modo, propõe-se discutir: (1) se as decisões dos juízes se apresentam fundamentadas ou apenas “motivadas”; (2) em que sentidos a hibridização dos sistemas processuais reunidos agora no CPC pode ser instrumento de garantia da concretização do dever de fundamentação; e (3) as consequências da falta de fundamentação das decisões – ressaltando-se, como recorte metodológico, o risco da abstratificação.

Objetiva-se aqui verificar se o diálogo entre *common law* e *civil law* promovido pelo CPC é um mecanismo jurídico de garantia ou de obstrução para concretizar o dever de fundamentação que coíba decisões judiciais nulas (porque mal fundamentadas ou nem isso), salvaguardando o contraditório e a segurança jurídica processual. Por isso, conceitua-se o processo constitucional civil para posteriormente apresentar-se o dever de fundamentar como um direito a ser realizado na sua completude, uma vez que o instrumento decisório

deve referir-se a todos os aspectos discutidos e apresentados durante o processo, como uma garantia das partes.

Adotam-se como marco teórico os estudos de Taruffo (2016) sobre o dever de fundamentar e a hibridização dos modelos processuais. Taruffo (2016) analisa comparativamente os sistemas processuais de *civil law* e de *common law* e aponta a crise de ambos, suas aproximações, seus elementos principais, além de contraposições e contribuições para a doutrina processual civil brasileira.

Em relação ao risco da abstratificação dos julgamentos, utilizamos pesquisa anterior (BAHIA, 2016), centrada no julgamento em tese dos tribunais superiores. Quanto à metodologia, adotou-se a vertente jurídico-sociológica elaborada por Gustin e Dias (2010, p. 22), pois a pesquisa propõe-se compreender a relação dos fenômenos sociológicos com o fenômeno jurídico na medida em que investiga o dever de fundamentação e sua aplicabilidade no contexto jurídico processual civilista brasileiro, estimulado pela crescente influência do *common law*. Não se preocupa apenas com a eficiência das relações normativas, mas também com sua eficácia e efetividade, estudando a realização concreta dos objetivos propostos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e pelo CPC, bem como a postura de tribunais e magistrados perante uma norma que impõe mudanças na sua prática decisória.

2 Dever de fundamentação das decisões judiciais

O dever de fundamentação não é uma novidade introduzida pela CRFB ou pelo atual código. O primeiro marco da legislação processual civil brasileira a introduzi-lo foi o art. 232

do Regulamento 737, de 1850² (MARIQUITO, 2011, p. 149). Entre 1850 e 1939 os códigos de processo civil no Brasil podiam ser elaborados por cada estado-membro e todos estabeleciam esse dever. Posteriormente, no Código de Processo Nacional, de 1939, ele foi positivado no parágrafo único do art. 118³. Por sua vez, o art. 131⁴ do CPC/1973 impunha o dever do magistrado de apresentar os motivos que lhe formaram o convencimento (MARIQUITO, 2011, p. 150). Entretanto, conforme Mariquito (2011), nos códigos de 1939 e de 1973 esse dever não se submetia às normas constitucionais, pois, devido ao excesso de apego ao princípio da legalidade, entendia-se que a inexistência de mandamento constitucional sobre ele não obrigava os juízes a motivarem suas decisões.

A promulgação da CRFB configurou o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*⁵) como um padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade. Esse paradigma desenvolveu-se mediante conceitos garantidores da gestão plural da vida civil e da relação entre seus pares (STRECK, 2013, p. 109), sendo sua obrigação disciplinar a cooperação entre os indivíduos ao se propor resolver conflitos entre os cidadãos (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 310). No Estado Democrático de Direito intenta-se garantir a segurança das relações jurídicas por meio de padrões normativos dotados de caráter coercitivo e intersubjetivo – o que evidencia a pretensão de que as decisões judiciais sejam coerentes com o Direito vigente e adequadas aos casos submetidos à apreciação judicial (OLIVEIRA, 2013, p. 152).

A CRFB estabeleceu preceitos básicos para assegurar um modelo sistêmico de processo que se anuncia já no primeiro artigo do CPC: o entendimento de que o processo é formado por direitos e garantias de fundamento constitucional que são de observância obrigatória em todos os procedimentos, com o propósito de fazer do processo um meio efetivo de gerar provimentos jurisdicionais corretos (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016). Por isso, o processo deve basear-se numa perspectiva constitucional. Conforme Nunes e Bahia (2009, p. 243),

²Art. 232. A sentença deve ser clara, [sumariando] o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou [estilo] em que se funda” (BRASIL, 1850).

³Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio. Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento” (BRASIL, [1986]).

⁴Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (BRASIL, [2015]).

⁵Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]” (BRASIL, [2021a]).

[d]e fato, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou inúmeros direitos e garantias especificamente processuais, confirmando a tendência à constitucionalização do processo, dando a este (seja processo civil, penal, procedimentos administrativos e mesmo privados) uma nova conformação adequada ao Estado Democrático de Direito. Só para citar alguns: inafastabilidade do controle jurisdicional (5º, XXXV), Juízo natural (5º, XXXVII), princípio da legalidade e anterioridade da norma penal (5º, XXXIX), devido processo legal (5º, LIV), direito ao contraditório e à ampla defesa (5º, LV), fundamentação racional das decisões e publicidade (art. 93, IX), duração razoável do processo (5º, LXXVIII), princípio da presunção de inocência (5º, LVII) – além das garantias do *habeas corpus* (5º, LXVIII), mandando de segurança (5º, LXIX), mandado de injunção (5º, LXXI), *habeas data* (5º, LXXII) e a ação popular (5º, LXXIII).

Tal modelo funda-se em mecanismos processuais que estabelecem o contraditório participativo (NUNES, 2008) e deve ser entendido como elemento estruturante do Direito Processual brasileiro, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo da descaracterização do instituto do processo (OLIVEIRA, 2001, p. 212). O modelo constitucional de processo figura no arcabouço de atuação das garantias fundamentais; ele é, pois, o instrumento com o qual se concretiza o exercício das funções do Estado (FARIA, 2016, p. 267-268). Assim, de acordo com Nunes (2008, p. 247-250),

[o] processo lastreado em um modelo constitucional (Andolina, Vignera) constitui a base e o mecanismo de aplicação e o controle de um direito democrático. Processo democrático não é aquele instrumento que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos; como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional. Todos esses princípios serão aplicados em perspectiva democrática se garantirem uma adequada fruição dos direitos fundamentais na visão normativa, além de uma ampla participação e problematização, na ótica policêntrica do sistema, de todos os argumentos.

A perspectiva de um modelo constitucional de processo coaduna-se com os propósitos do Estado Democrático de Direito e com a CRFB, a qual no art. 93, IX, estabelece que decisões jurisdicionais devem ser obrigatoriamente fundamentadas, instituindo o dever de fundamentação sob a ótica do devido processo legal (BRASIL, [2021a]; OLIVEIRA, 2013, p. 152). Destacam-se também os arts. 1º, *caput*, e 5º, II, XXXV, LIV e LV, da CRFB, que estabelecem as bases para a constitucionalização do Direito Processual (BRASIL, [2021a]; FARIA, 2016, p. 261). Esses dispositivos, que devem ser interpretados em conjunto e sob a garantia do contraditório, revelam a influência das partes na formação da decisão judicial.

Além da previsão constitucional, na esfera infraconstitucional o legislador inseriu a norma no CPC tanto no núcleo principiológico (arts. 1º a 12) quanto na estrutura, em que se destacam os arts. 10 (princípio do contraditório) e 11 (dever de fundamentar), bem como no art. 489, II, que não só estabelece a fundamentação da decisão como elemento essencial da sentença, mas também impõe o dever de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, § 1º, IV (BRASIL, [2021b])).

Em vista disso, o dever de fundamentar não é uma posição doutrinária paternalista ou concernente a critério discricionário, pois está previsto no CPC; dessa forma, não cabe ao julgador decidir se deseja aplicá-lo ou não, pois a Constituição e a legislação infraconstitucional estabeleceram os parâmetros mínimos para uma decisão judicial, já que a fundamentação lhe é inerente (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 346).

2.1 Dever de fundamentação *versus* dever de motivação

O dever de fundamentação é uma norma jurídica que viabiliza o direito de as partes serem ouvidas no âmbito processual, de modo que o conteúdo decisório deve referir-se a todos os aspectos discutidos e apresentados durante o processo. Assim, a decisão deve ser estruturada com justificativa adequada e deve indicar os elementos da cognição fornecida e os meios evidenciados pelas partes que confirmam a veracidade e a escolha do magistrado. Cabe ao juiz levar em consideração todas as evidências que contribuam para o processo, tanto as que confirmem sua decisão quanto as que lhe sejam opostas (TARUFFO, 2016). Com efeito, decorre do dever de fundamentação⁶ a obrigação do magistrado de explicar o motivo não só da decisão como também o de desconsiderar os argumentos dos outros partícipes.

A fundamentação estimula o magistrado a um raciocínio de correção, em que se caracteriza o ônus de provar que a decisão é a melhor para o caso concreto, pois enfrenta todos os pontos apresentados, além de propiciar o contraditório e de efetivar o caminho lógico-jurídico-argumentativo das razões determinantes da adoção da tese adequada (PEDRON, 2017, p. 27). Assim, cabe ao magistrado expor não apenas seu raciocínio mas

⁶ Em alguns países utiliza-se esse termo – na tradução livre, *motivação* –, como na Itália (*motivazione*), na França (*motivation*) e na Espanha (*motivación*); nos países de língua inglesa empregam-se *reasoned judgments* ou *giving reasons* e, menos frequentemente, *motivation*. O termo *motivação* não é sinônimo de *fundamentação*: o primeiro é utilizado quando se apresentam razões subjetivas que moveram alguém a agir de certo modo; e o segundo é a obrigação do agente de explicar não apenas o motivo mas também por que considera inválidos os argumentos expostos pelos outros partícipes, bem como por que se valeu de determinada norma, jurisprudência ou precedente para afirmar que estes seriam mais adequados às particularidades do caso.

também os argumentos racionalmente válidos que interpretem a norma conforme seus precedentes, materiais doutrinários e argumentos hermenêuticos (TARUFFO, 2015, p. 19).

Por essa razão, o processo deve conceder às partes toda a prestação a que o jurisdicionado tem direito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 36). Nunes, Pedron e Bahia (2016, p. 193) afirmam que

[é] isso que Dworkin quer dizer quando fala em única resposta correta ou na melhor decisão judicial. Percebe-se aqui que o espaço para a discricionariedade é eliminado para dar lugar a um espaço hermenêutico e argumentativo. Hércules⁷ deve convencer a sociedade que confiou aquele caso ao seu julgamento que fez o melhor que podia – sua decisão tem a pretensão contrafática de ser a única resposta adequada ao caso não apenas pelo esforço hermenêutico mencionado, mas também porque o juiz deverá tomar o caso dentro das particularidades do mesmo e não com um “standard” e um tema. Isso não tem como ser feito sem que estejamos dispostos a fundamentar adequadamente a decisão.

Logo, compreende-se o dever de fundamentação como instrumento para aferir no caso concreto a imparcialidade do juiz, a legalidade e a correção das decisões (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 407). Com base nisso e no modelo constitucional de processo, afirma-se não haver submissão dos sujeitos processuais (partes, juiz, Ministério Público etc.), mas dependência entre eles, pois são igualmente necessários à solução da crise de direito material que lhes é posta. Todos os sujeitos processuais constituem uma espécie de “comunidade de trabalho” (ROSENBERG, 1955, p. 6) a gerar um “policentrismo processual” (TARUFFO, 2016) que afasta a concepção de protagonismo (NUNES, 2008, p. 204).

⁷ O juiz Hércules é uma metáfora, não propriamente um homem ou um ideal (NUNES; PEDRON; BAHIA, 2016).

A fundamentação não se confunde com a postura do magistrado que apenas relembra provas e argumentos que servem ao vencedor (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 475): todo entendimento decisório deve seguir uma lógica no intuito de enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes (ou, ao menos, todos os que possam em tese contrariar seu entendimento), concretizando o contraditório substancial nos termos do art. 93, IX, da CRFB, bem como nos do art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC (BRITO, 2017, p. 74). Esse direito das partes também é definido por Taruffo (2016, p. 238):

la motivación debe ser completa y eso significa que esta debe referirse a todos los aspectos relevantes de la decisión. En particular, esta debe contener una adecuada justificación de la decisión relativa a la verdad o falsedad de las descripciones entorno a los hechos de la causa. Justificar una decisión relativa a la veracidad de un enunciado fáctico significa indicar cuales son los elementos de cognición proporcionados por los medios probatorios que confirman la correspondiente veracidad de los enunciados. Ello implica que el Juez debe tomar en consideración todas las pruebas que son aportada al proceso, no solo aquellas que confirman su decisión, sino también – y quizás sobre todo – aquellas contrarias a dicha decisión. Debe expresar una valoración relativa a la confiabilidad de cada prueba, en vez de una valoración relativa sobre el conjunto de las pruebas disponibles. Estas valoraciones deben, además, fundarse sobre inferencias lógicas que permitan establecer si resultan o no racionalmente fundadas. [...] Vale la pena insistir sobre el requisito de una motivación completa ya que muchas veces se dice, dejando de entender el necesario contenido de la justificación, que el Juez podría limitarse a indicar las pruebas favorables a la versión de los hechos que ha acogido en su pronunciamiento, sin siquiera hacer mención a la información que contradice dicha versión. Se trata de una falacia muy difundida y conocida como “Confirmation bias” que el Juez “racional” debería evitar.

Taruffo (2015, p. 24) entende a fundamentação como norma jurídica e defende a existência do *princípio da completude da fundamentação*, na medida em que é necessária uma argumentação do magistrado que justifique a complexidade da decisão e apresente todos os argumentos determinantes. Taruffo (2015, p. 19) ressalta que, para proferir uma decisão fundamentada, exige-se que o juiz “exponha seus argumentos em função dos quais o observador externo (as partes, os advogados, os outros juízes, a opinião pública) possa verificar que aquela decisão é lógica e juridicamente fundada”. No mesmo sentido, Andolina e Vignera (1997, p. 193-194, grifo nosso, tradução nossa) aduzem:

A citada *ratio* da norma em questão, afinal, condiciona também a reconstrução do conteúdo da fundamentação exigida constitucionalmente, a qual (para ser capaz de desempenhar plenamente a própria função de instrumento de controle democrático do exercício de jurisdição) deve “fornecer todos os elementos, porque *ex post e fora do processo*, quem quer que seja capaz de compreender as razões” da decisão: *daí a necessidade de que a motivação seja mesmo completa, investindo tanto “em fato” quanto “em direito” todos os pontos controversos.*

Espera-se, pois, que o juiz responda de forma fundamentada a todas as questões expostas no decorrer do processo. A relação do provimento jurisdicional adequado e democrático é uma garantia em face do risco de arbitrariedade, bem como um instrumento de legitimação tanto dos direitos fundamentais presentes no Estado Democrático de Direito quanto do dever do Judiciário de estabelecer vínculos com a sociedade (JAYME; LIPIENSKI; MAIA, 2017, p. 401-403).

Todavia, decisão fundamentada não significa necessariamente uma decisão extensa e de difícil compreensão (THEODORO JÚNIOR;

NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 346). Da mesma forma, não se considera fundamentada a decisão que, sem explicar o motivo concreto e adequado, utiliza conceitos e a objetivação desses conceitos pelo debate e pelas particularidades do caso em discussão (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 134). De acordo com Maia (2015, p. 94, grifo nosso),

[a] fundamentação é direito das partes, o juiz pode e deve livremente valorar as provas. No entanto, tem a parte o direito de saber qual ou quais foram os argumentos, as provas, e as alegações que o convenceram a proferir a decisão. Como bem observa Barbosa Moreira, nos dias atuais, já não dá mais para se contentar “com simples referências genéricas e vagas às ‘provas nos autos’”. Decisões com este teor sequer perpassam pela observância do dever de motivação, cabendo ao juiz, em suas decisões, *explicitar os motivos e justificativas por qual razão teria se convencido com os testemunhos de “a” ou de “b” ou por que não considerou ao testemunho de “c” ou “d”*. Assim, *estará devidamente fundamentando a sua decisão, que embora livre, não deve ser arbitrária, e nem vir de seu puro capricho.*

Com efeito, após a promulgação do CPC em 2015, o dever de fundamentar é um princípio que também se tornou regra norteadora para todos os atos jurisdicionais, pois o códex veda a decisão surpresa, como será exposto a seguir.

2.2 Dever de fundamentação e princípio do contraditório

Theodoro Júnior (2009, p. 252-253) afirma que o provimento jurisdicional sempre será fruto do debate dos sujeitos processuais. Assim, o juiz deve fundamentar suas decisões com os argumentos formulados nas alegações das partes, seja para acolhê-las, seja para rejeitá-las. Confirmando que esse é o entendimento a ser seguido, o Supremo Tribunal Federal (STF)

reconheceu o caráter tridimensional do contraditório no Mandado de Segurança (MS) 24.268 (BRASIL, 2004, p. 169):

- 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) direito de manifestação (*Recht auf Ausserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

Ademais, no CPC há a concepção constitucional do princípio do contraditório como um “direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 112). Tais autores afirmam que os princípios do contraditório e do dever de fundamentar partem de uma premissa de cooperação e comparticipação do juiz e das partes (e seus advogados) que garante – nos limites legais do desenvolvimento do processo em tempo razoável – um debate processual gerador do pronunciamento judicial segundo os ditames do processo democrático e do núcleo principiológico do CPC (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 113).

O instituto do contraditório não se reduz a uma concepção – apresentada por Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 55-56) – de mera bilateralidade de audiência ou mero direito de “dizer e contradizer”; hoje ele é entendido como poder de influência na decisão. Nesse sentido, o contraditório é o direito de participação em igualdade na preparação do provimento (OLIVEIRA, 2013, p. 141). Nunes, Bahia e Pedron (2020, p. 216) apresentam o contraditório em seu aspecto substancial como garantia de influência, e não de surpresa, que visa à prolação de um ato decisório legítimo, de modo que seu conteúdo não “soçobra diante das pré-compreensões para as quais o juiz obteve (ou não) comprovação nos autos ou que o mesmo gerou ancoramentos e bloqueios ao julgar” (ver também Sousa (2017, p. 76)). Como destacam os autores, “[o] contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância e impondo a nulidade” (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 218) sempre que se desrespeite esse caráter dialógico.

O contraditório consiste, portanto, numa garantia de participação dos sujeitos processuais (SOUSA, 2017, p. 76) para que possam influir

discursiva e diretamente (por meio dos seus procuradores) na construção do ato decisório, propiciando legitimidade e racionalidade. Diante disso, a interpretação de acordo com o prisma constitucional deve ser adotada em todo o procedimento jurisdicional para que o contraditório e a fundamentação das decisões estejam sempre presentes.

3 A hibridização dos sistemas jurídicos processuais

Embora seja técnico, o Direito Processual Civil teve a mesma precisão na definição constitucional-civil do dever de fundamentação como a utilizada na concepção do contraditório, de forma que há uma crise na fundamentação das decisões no processo civil contemporâneo (BRITO, 2017, p. 29). Essa crise deve ser compreendida considerando o diálogo e as sobreposições dos sistemas *common law* e *civil law*.

Conforme David (2014), podem-se distinguir dois clássicos sistemas jurídicos ocidentais, o *civil law* e o *common law*. O primeiro traduz da melhor forma a tradição do Direito Romano, no qual a construção das normas é feita abstratamente, de maneira que as leis são genéricas, com a simplificação das condutas, distantes do caso que pretendem resolver, cabendo ao magistrado aplicar a lei ao caso concreto (BRITO, 2017, p. 86). Assim, o sistema *civil law* cria as bases para a emergência dos códigos; por isso, a lei tem primazia entre as fontes do Direito nos ordenamentos jurídicos que adotam esse sistema.

Em contrapartida, há o *common law*, originário do Direito inglês, em que a jurisprudência prevalece sobre as outras fontes do Direito. Quanto a esse sistema, a primeira concepção doutrinária refere-se ao “direito comum”, ou seja, um sistema jurídico nascido das sentenças

judiciais dos tribunais de Westminster, com as Cortes constituídas pelo rei e a ele subordinadas diretamente (SOARES, 2000, p. 32).

Por ser assim estruturado, o Direito inglês é tipicamente definido como jurisprudencial⁸. Entretanto, quando se analisa a Inglaterra nos dias de hoje, já é possível observar a lei e os regulamentos (*delegated legislation, subordinate legislation*) como fontes mediatas, desempenhando funções parecidas com as existentes no Direito europeu continental (DAVID, 2014, p. 414-415). Algo similar também tem acontecido há algum tempo nos EUA (GLUCK, 2013). Em contrapartida, nos países de tradição europeia-continental, têm-se valorizado os precedentes, de forma que hoje faz mais sentido falar de *mixed jurisdictions* em referência aos sistemas jurídicos concretos.

Diante da relativização dos limites entre o *common law* e o *civil law*, devem-se analisar as relações entre o dever de fundamentar e o sistema *common law* na Inglaterra, para compreender a complexidade desse princípio quando aplicado num contexto do *civil law*.

3.1 O dever de fundamentar e o sistema *common law* na Inglaterra

Segundo Andrews (2011, p. 107), no século XIX as decisões de recursos dos ingleses eram mais curtas que as prolatadas nos séculos seguintes. Hoje se argumenta que as decisões das instâncias superiores reuniam mais de um voto, o qual podia ser redigido por mais de um juiz, e todas deviam ser fundamentadas.

Como na Inglaterra não existe uma fórmula ou uma prescrição detalhada no seu

⁸ David (2014, p. 414) alude ao termo *jurisprudência* no sentido francês: “a palavra jurisprudência é aqui usada no sentido francês do termo para designar decisões judiciais. A palavra inglesa *jurisprudence* tem um sentido muito diferente”.

ordenamento processual, a estrutura dos votos proferidos pelos juízes é tratada como questão de convenção (ANDREWS, 2011, p. 100). As decisões iniciam-se pelos fatos; em seguida, expõe-se o direito cabível à matéria trazida pelos advogados, com citações dos trechos considerados importantes pelos juízes; e, por fim, é proferida a conclusão e a condenação de custas. Muitas vezes, tais sentenças são proferidas oralmente pelo juízo (ANDREWS, 2011, p. 100). Ressalte-se, no entanto, o dever de respeito aos precedentes⁹ dos órgãos superiores:

Quanto aos aspectos de direito, o raciocínio jurídico inglês é escrupulosamente exauriente, especialmente quando se trata de cortes superiores (vide item 7). Isto envolve exame minucioso de todos os precedentes pertinentes ao caso que está sendo decidido, não só ingleses, mas, em alguns casos, de outros países pertencentes à *Common law* (precedentes estes que são vistos, na Inglaterra, como potencialmente persuasivos ou *iluminadores* das decisões) e, é claro, as decisões relevantes e pertinentes proferidas pela Corte Europeia de Justiça e pela Corte Europeia de Direitos Humanos (a jurisprudência destas Cortes Superiores Europeias é vinculante para o Judiciário inglês e também para as Cortes dos Estados Membros ou Convencionados) (ANDREWS, 2011, p. 102).

Na Inglaterra, a previsão do dever de fundamentar advém do art. 6^o da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁰, que vigora no país desde outubro de 2000. Isso demonstra que é recente

⁹ Como pode ser observado nos seguintes casos: *Tito v. Waddell* (n. 2) (1977), *JP Morgan Chase v. Springwell Navigation Corp* (2008), *Bank Charges litigation* (2008-2009) e *Chelsea Barracks case* (2010) (ANDREWS, 2011, p. 101).

¹⁰ “A [Corte Europeia de Direitos Humanos] [...] exige que a decisão apresente razões suficientes para demonstrar que as questões essenciais levantadas pelas partes foram decididas pela Corte local e como foram resolvidas. Não parece que a jurisprudência da Corte de Estrasburgo vá longe, a ponto de exigir que se esclareça porque se adotou um argumento em vez de outro, porque se preferiu uma prova, à outra” (ANDREWS, 2011, p. 108).

naquele sistema a previsão expressa do dever de fundamentar. Andrews (2011, p. 107) salienta que esse dever é obrigatoriamente seguido pelo magistrado para evitar a arbitrariedade, explicar àquele que perdeu a ação os motivos pelos quais não obteve êxito e garantir que aquela tese jurídica seja confirmada pelos tribunais superiores:

Trata-se de uma garantia contra a arbitrariedade: a disciplina exigida na produção de razões inteligíveis para as decisões pode aprimorar a qualidade do processo de produção da decisão, porque o juiz é obrigado a explicar sua escolha entre as posições sustentadas pelas partes. Em segundo lugar, a fundamentação pode explicar convenientemente ao sucumbente porque este perdeu a demanda. Em terceiro lugar, é o que garante que a decisão possa ser *testada* na apelação. Finalmente, operadores do direito extraem orientação jurídica das decisões de Tribunais Superiores (v. item 7), pois estas decisões são precedentes para decisões futuras e revelam tendências, em vários campos do direito (ANDREWS, 2011, p. 107).

Assim, no sistema inglês há o dever da fundamentação por diversos motivos, como o de a decisão se tornar um precedente para decisões futuras, conforme será abordado a seguir.

3.2 Precedentes e *stare decisis* no Direito inglês

Segundo Oliveira Júnior (2017), no Direito inglês o precedente somente foi institucionalizado em 1898, a partir do caso *London Street Tramways v. London County Council*, em que foi reconhecida a sua obrigatoriedade. Em 26/7/1966, o *Practice Statement* permitiu a possibilidade de os juízes ingleses superarem seus próprios precedentes quando julgassem adequado. Posteriormente, foi publicada uma nota explicativa na imprensa ressaltando a excepcionalidade da utilização da técnica superadora

dos precedentes¹¹. Isso demonstrou que a adoção do *stare decisis* visava garantir maior segurança jurídica e isonomia, com o estabelecimento da chamada *jurisprudência de Direito* (OLIVEIRA JÚNIOR, 2017, p. 284).

Dessa maneira, conforme Oliveira Júnior (2017), a teoria do *stare decisis* estabelece uma vinculação obrigatória dos precedentes tanto em sentido vertical – Cortes superiores e inferiores – quanto em sentido horizontal, ou seja, no âmbito das próprias Cortes. Para o autor, “o respeito aos precedentes judiciais, em sentido vertical e horizontal, é a forma de dar coerência e integridade ao ordenamento jurídico, tornando o Direito mais seguro” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2017, p. 284). No entanto, a vinculação absoluta aos precedentes no Direito inglês do século XIX deu lugar a um sistema mais racional e flexível em meados do século XX (BUSTAMANTE, 2012).

Ganha relevância a função do *stare decisis* (vinculação obrigatória), na medida em que assegura que o Poder Judiciário decidirá sobre os casos da mesma forma como o fez no passado. Todavia, isso não impede que o precedente seja superado (*overruling*) ou que se realize a distinção (*distinguishing*), desde que de forma fundamentada com regras próprias. Como esclarece Nunes (2011),

[a] *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obiter dictum* constituem-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais, de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexó estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*.

Entretanto, nem todas as decisões se tornam precedentes, mesmo quando proferidas pela Suprema Corte, pois uma decisão pode dividir o tribunal, ou ele pode manifestar-se no sentido de que a decisão não cria precedente. Assim, há os precedentes “vinculativos” e os meramente “persuasivos”; a parte da decisão da *ratio decidendi* compõe o primeiro grupo, e o *obiter dictum*, o segundo. Porém, ao contrário do Brasil – onde

¹¹ O teor da nota: “Desde que decidiu o caso inglês *London Street Tramways v. London County Council* em 1898, a *House of Lords* julgou-se obrigada a seguir as próprias decisões, exceto onde uma decisão tenha sido dada *per incuriam* em desrespeito a um preceito legal ou a uma outra decisão obrigatória da corte. A afirmação feita é de grande importância, embora não se deva esperar que haverá frequentemente casos em que a *House of Lords* ache ser correto não seguir seu próprio precedente. Um exemplo de um caso em que a *House of Lords* poderia pensar ser correto afastar-se de um precedente ocorre quando ela considera que a decisão foi influenciada pela existência de condições que não prevalecem mais e que, nas condições atuais, o Direito deve ser diferente” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2017, p. 283).

a lei apresenta os tipos de decisão que se tornarão precedentes (art. 927 do CPC) –, em países de *common law* a decisão torna-se um precedente por sua “força persuasiva”, de forma que decisões são dadas para resolver o caso e podem tornar-se referências no futuro (BAHIA; SILVA, 2015, p. 54).

3.3 Diálogo entre os sistemas jurídicos: a hibridização como fator integrativo das decisões judiciais

Como já se afirmou, em diversos países ocorre a hibridização dos sistemas jurídicos¹² *civil law* e *common law*, como na Espanha e na Alemanha, que, embora adotem o *civil law*, nas últimas décadas têm aprovado disposições legais que tornam algumas decisões das suas Cortes constitucionais expressamente vinculativas para tribunais inferiores e instituições governamentais (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2011).

Esse fenômeno de hibridização dos sistemas ocorre também no Brasil, onde têm sido incorporados instrumentos oriundos da tradição jurídica anglo-saxônica. Com efeito, foram estabelecidos critérios de julgamento para casos similares, de modo a efetivar no âmbito do Poder Judiciário o princípio da segurança jurídica por meio do dever de fundamentação (BRITO, 2017, p. 29).

Moreira (2004) afirma que a hibridização – chamada pelo autor de *miscigenação* – dos sistemas jurídicos poderia servir ao propósito maior do processo: o resultado justo com a pacificação social e menor dispêndio de tempo e energia; e países de tradição *civil law* buscariam inspiração e ideias para seus ordenamentos oriundos de outros sistemas jurídicos, como o *common law*.

Ainda sob a vigência do CPC/1973 foram instituídas modificações que criaram a técnica da vinculação ao precedente. A construção desse fenômeno jurídico pode ser denominada “*common law* à brasileira” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2011), pois acontece sem a preocupação científica de consolidar uma “teoria dos precedentes” no País: as decisões em que se fazem referências a súmulas, e mesmo a processos anteriormente julgados, ocorrem de forma atécnica e desconectada das questões, debates e teses que lhes deram origem (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2011).

¹² Viana (2016, p. 50) ressalva: “A família ou tradição do *civil law* seria caracterizada pelo direito predominantemente legislado, sistematizado ou codificado, enquanto a outra tradição, a do *common law*, seria orientada pelo direito jurisprudencial, aquele oriundo das cortes. Entretanto, uma investigação no direito inglês e continental, mesmo perfunctória, demonstra a insuficiência desta divisão. Isso porque, de início, há a presença de direito legislado na Inglaterra, país modelar da tradição de *common law*. Do mesmo modo, a jurisprudência é prestigiada em países de tradição de *civil law*. Esse estado de coisas torna difícil a indicação de critérios simplórios vocacionados à diferenciação das famílias, mas certamente seria equívoco afirmar a total identidade entre elas”.

De fato, a teoria dos precedentes assume primazia no Direito brasileiro com a promulgação do CPC em 2015: em seus arts. 926 e 927, assim como em outros dispositivos, há regramentos típicos do *common law* (BRITO, 2017, p. 29). Contudo, após a inserção de tais dispositivos, não houve uma correlata discussão sobre o modo de fundamentar as decisões que seja apto à construção, identificação e aplicação da *ratio decidendi*, o que muito dificulta lidar adequadamente com precedentes nos tribunais (BRITO, 2017, p. 29). Dessa forma, é necessário investigar a concretização da técnica do *stare decisis* no Brasil para compreender o dever de fundamentação nesse sistema processualista híbrido.

Didier Junior, Braga e Oliveira (2015, p. 441) definem os precedentes como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. Por sua vez, o instituto do *stare decisis*, como já se afirmou, é a obrigatoriedade de seguir o precedente.

Segundo Brito (2017, p. 71), no âmbito da cultura jurídica brasileira a tradição do livre convencimento surge como obstáculo histórico ao dever de fundamentação. O livre convencimento despontou num contexto de resposta à tarifação legal das provas, que restringia a liberdade dos magistrados para apreciarem os elementos probatórios, o que é crucial para a autonomia do juiz no caso concreto. No entanto, para Brito (2017, p. 72), o livre convencimento pode ser utilizado como muleta argumentativa para justificar qualquer entendimento adotado pelo magistrado, motivo pelo qual se retirou do CPC a palavra *livremente*, com o propósito de definir que o convencimento deve ser racionalmente motivado. Assim, o CPC tem como objetivo conter clivagens autoritárias historicamente presentes no Judiciário, já que a discricionariedade do julgador encontra limite na fundamentação das suas decisões (BRITO, 2017, p. 76).

Para uma decisão judicial fundamentada, deve haver uma construção participativa e dialógica processual que enfrente todas as alegações das partes (ou, pelo menos, todas as teses que se contraponham à adotada pelo magistrado), para que seja possível recompor os caminhos percorridos pelo julgador com base numa demonstração lógico-cognitivo-argumentativa, sob pena de nulidade do ato processual. Quando se trata de precedentes, porém, advogados e juízes ou tribunais não se utilizam de decisões judiciais completas, mas apenas de verbetes, ementários jurisprudenciais ou ementas de acórdãos, que são resumos dos julgamentos com a elaboração de termos considerados tão gerais quanto possíveis. Porém, a utilização da ementa jurisprudencial como se fosse o precedente em si não é suficiente para a análise das individualidades do caso (BAHIA; SILVA, 2015, p. 60).

Com especial observância do art. 927 do CPC, os magistrados devem atentar nas decisões proferidas em Cortes superiores, nas suas próprias

ou mesmo nas proferidas por seus pares, a fim de garantir a função endoprocessual de solucionar a crise de Direito material instaurada pelas partes. Além disso, o mesmo dispositivo visa permitir à sociedade o controle das decisões conforme os preceitos legais e constitucionais, com o intuito de assegurar a validade do ato judicial (JAYME; LIPIENSKI; MAIA, 2017, p. 412). Dessa maneira, a técnica de precedentes judiciais é um mecanismo para a efetivação do dever de fundamentação, pois, além de se utilizar de todos os elementos oferecidos no processo, o julgador deve observar e decidir conforme parâmetros jurisprudenciais relevantes para o caso concreto, o que gera segurança para as partes e a validade das decisões proferidas.

Ademais, para que a decisão seja considerada fundamentada nos moldes estabelecidos no art. 489, § 1º, do CPC, não basta a citação de lei ou a invocação de precedente ou súmula no julgamento: o magistrado deve utilizar todos os elementos oferecidos no processo pelas partes e mostrar de que forma eles se moldam ao caso, para que se confrontem questões de fato e de direito com o paradigma e o caso *sub judice*.

A decisão, portanto, precisa enfrentar todas as teses que possam afetar seu julgamento: se a parte se fundar em norma, súmula, jurisprudência, o juiz deve responder a essa questão, podendo deixar de fazê-lo somente se justificar o *distinguishing* ou *overruling*. Assim, a aplicação de precedentes é um processo argumentativo que se torna o ponto de início do debate judicial, sem encerrar o processo hermenêutico das partes e do julgador (BAHIA; SILVA, 2015, p. 56). Entretanto, esta não é a realidade das decisões dos tribunais superiores brasileiros, como será demonstrado.

4 A realidade nos tribunais superiores sobre o dever de fundamentação dos julgadores

Para verificar como ocorre a hibridização dos sistemas *civil law* e *common law* no Brasil, especificamente quanto ao dever de fundamentação e à análise da técnica de precedentes, é necessário avaliar a jurisprudência civilista e constitucional brasileira. Para isso, esta pesquisa propõe-se examinar alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do STF que fizeram referência direta ao dever de fundamentar.

4.1 Dever de fundamentar e o Supremo Tribunal Federal

Apesar da previsão constitucional, do reconhecimento do caráter tridimensional do contraditório pelo STF e da positivação no CPC, os tribunais superiores ainda mantêm a disposição anterior à vigência

do códex. No caso do STF, isso ocorreu com o “Tema 339 – Obrigatoriedade de fundamentação das decisões” (BRASIL, 2010)¹³, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. O Tema foi afetado por repercussão geral em 2014 e dispõe que a transcrição dos fundamentos da decisão recorrida sem enfrentar as questões em debate é uma ofensa aos arts. 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da CRFB, pois entende-se de forma majoritária que o mero enfrentamento parcial das teses apresentadas no julgamento é suficiente para a elaboração de uma decisão fundamentada no caso concreto¹⁴.

Tal posicionamento é confirmado por Jayme, Lipiensi e Maia (2017) com a análise de julgados em que o STF flexibilizou o dever de fundamentação. Na pesquisa, foram apresentados cinco casos em que a Corte reconheceu a legalidade dos julgados que motivaram sua decisão, mesmo não tendo sido enfrentadas todas as teses expostas no decorrer do processo¹⁵. Em contrapartida, nesse trabalho também foram apresentadas decisões do STF sobre a importância da fundamentação das decisões proferidas no período similar das análises citadas¹⁶, o que demonstra a incons-

tância dos tribunais superiores em relação ao dever de fundamentação (JAYME; LIPIENSKI; MAIA, 2017, p. 412).

Com efeito, o STF considera o dever de fundamentar uma garantia constitucional, embora essa posição não seja unânime na Corte (JAYME; LIPIENSKI; MAIA, 2017, p. 412). Assim, o STF tende a legitimar decisões apenas motivadas – sem enfrentar todas as peculiaridades e provas do caso em concreto –, o que não atende ao dever constitucional de fundamentação.

4.2 Dever de fundamentar e o Superior Tribunal de Justiça

Sousa (2017), num estudo jurídico-teórico, examinou as decisões do STJ acerca da aplicação do art. 489, § 1º, do CPC. Com método de natureza quantitativa e qualitativa, a autora obteve dados disponíveis no repositório de jurisprudência do sítio eletrônico do STJ.

A pesquisadora selecionou como chave de busca a expressão *art. 489, § 1º, CPC/15* e limitou o período segundo a data de publicação do acórdão, de 1º/6/2016 a 31/12/2016 (SOUSA, 2017, p. 106). A pesquisa analisou 24 acórdãos¹⁷,

¹³ Esse tema apresenta-se nas seguintes decisões: ARE 941.316 AgR/MG, AI 747.611 AgR/SP, relatora: ministra Cármen Lúcia; AI 712.035 AgR/RJ, relatora: ministra Ellen Gracie; AI 529.105 AgR/CE, relator: ministro Joaquim Barbosa; AI 743.094 AgR/RJ, relator: ministro Eros Grau; AI 590.140 AgR/SP, relator: ministro Sepúlveda Pertence; RE 414.618 AgR/RN, relator: ministro Ayres Britto; RE 520.187 AgR/MG, relator: ministro Ricardo Lewandowski.

¹⁴ Quanto à questão do julgamento em abstrato, parte-se da argumentação realizada por Bahia (2009) no livro *Recursos Extraordinários no STF e no STJ*.

¹⁵ Os trabalhos analisados pelos autores foram: (1) HC 126.022 AgR-Segundo, relatora: ministra Cármen Lúcia; (2) HC 125.400 AgR-Segundo, relatora: ministra Cármen Lúcia; (3) AP 396 ED, relatora: ministra Cármen Lúcia; (4) AI 747.611 AgR, relatora: ministra Cármen Lúcia; (5) HC 95.034, relator: ministro Celso de Mello.

¹⁶ Quanto à tese da fundamentação e apreciação de todas as provas analisadas pelos autores no trabalho: (1) HC 68.530, relator: ministro Celso de Mello; (2) HC 74.073, relator: ministro Celso de Mello; (3) HC 95.034, relator: ministro Celso de Mello; (4) AI- QO- RG 791.292, relator: ministro Gilmar Mendes; (5) MS 24.268, relatora: ministra Ellen Gracie; relator para o acórdão: ministro Gilmar Mendes;

(6) HC 93.498, relator: ministro Celso de Mello (JAYME; LIPIENSKI; MAIA, 2017, p. 412).

¹⁷ “1) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 853.152/RS (publicado em 19/12/2016); 2) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 911.502/SP (publicado em 07/12/2016); 3) Agravo Interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 793.589/SP (publicado em 02/12/2016); 4) Recurso Especial nº 1.622.386/MT (publicado em 25/10/2016); 5) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 801.104/DF (publicado em 13/10/2016); 6) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 774.436/RS (publicado em 27/09/2016); 7) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.600.922/SP (publicado em 04/10/2016); 8) Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 680.900/RJ (publicado em 23/09/2016); 9) Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 670.609/RJ (publicado em 23/09/2016); 10) Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 698.747/MG (publicado em 21/09/2016); 11) Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso

com base nos quais foram elaboradas cinco perguntas¹⁸. Devido ao recorte do presente trabalho, interessam os seguintes questionamentos: “A fundamentação do relator analisa a situação fática?” e “A fundamentação dos demais julgadores analisa a situação fática?” (SOUSA, 2017, p. 106). A pesquisa apresenta este resultado parcial: dos 24 acórdãos selecionados, apenas oito decisões¹⁹ contextualizaram em suas motivações os argumentos deduzidos pelas partes com as especificidades dos casos concretos (SOUSA, 2017, p. 114). Na análise dos outros dezesseis acórdãos proferidos pelo STJ, constata-se que

Especial nº 866.060/SP (publicado em 16/09/2016); 12) Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 954.759/SP (publicado em 16/09/2016); 13) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.302.132/DF (publicado em 06/09/2016); 14) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 637.841/PR (publicado em 08/09/2016); 15) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 567.352/SP (publicado em 08/09/2016); 16) Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.468.734/SP (publicado em 15/09/2016); 17) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.552.550/SP (publicado em 19/08/2016); 18) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 823.796/PR (publicado em 24/06/2016); 19) Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 743.156/SP (publicado em 22/06/2016); 20) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.584.831/CE (publicado em 21/06/2016); 21) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 826.310/SP (publicado em 14/06/2016); 22) Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.446.879/ES (publicado em 13/06/2016); 23) Agravo Regimental no Agravo [em] Recurso Especial nº 611.803/RS (publicado em 13/06/2016); 24) Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 636.846/SP (publicado em 13/06/2016)” (SOUSA, 2017, p. 107-108).

¹⁸ As outras perguntas são: “A ementa é representativa da situação fática? (SIM/NÃO); Na fundamentação existe citação de enunciados de súmulas? (SIM/NÃO); Na fundamentação existe citação de ementas ou remissão a julgados? (SIM/NÃO)” (SOUSA, 2017, p. 108).

¹⁹ As oito decisões são: “Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 853.152/RS; Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.584.831/CE; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.552.550/SP; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 826.310/SP; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.302.132/DF; Recurso Especial n. 1.622.386/MT; Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 743.156/SP” (SOUSA, 2017, p. 114).

o tribunal, na elaboração de seus fundamentos, não valoriza as particularidades do caso concreto (SOUSA, 2017, p. 106). Sousa (2017, p. 106-107) chega à conclusão de que as decisões jurisdicionais do STJ no período são pautadas em fundamentos considerados genéricos que negam a vigência da norma implementada pelo CPC. Soma-se a isso o fato de o entendimento predominante dos tribunais ser o de que o juiz não é obrigado a responder a todas as questões apresentadas pelas partes se com base em uma (ou em algumas) puder solucionar integralmente a lide, como esclarece a coleta de outras decisões do STJ²⁰. Destaque-se o julgado da Segunda Turma do STJ no REsp nº 1.726.535/RS, já sob a vigência do CPC:

Não se configura a alegada ofensa aos arts. 489, § 1º, III, e 1.022, I e II, parágrafo único, II, do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. Claramente se observa que não se trata de omissão, contradição ou obscuridade, tampouco correção de erro material, mas sim de inconformismo direto com o resultado do acórdão, que foi contrário aos interesses da recorrente. 2. O órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentam (BRASIL, 2018, p. 1).

Portanto, o STJ e o STF têm flexibilizado o dever constitucional de fundamentar, o que também demonstra uma hibridização atécnica

²⁰ Nesse sentido manifesta-se o STJ em: EDcl no AgRg nos EREsp 1.431.157/PB, relator: ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma; EDcl no AgRg no AgRg no REsp 11.041.181/SP, relator: ministro Napoleão Nunes, Primeira Turma; EDcl nos EDcl no REsp 1.334.203/PR, relatora: ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma; AgInt no AREsp 960.685/RS, relator: ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma; AgInt no AREsp 1.273.602/DF, relator: ministro Lázaro Guimarães, Quarta Turma; ED RMS 31.798, relator: ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma.

da teoria dos precedentes originários do *common law*. Paradoxalmente, os textos normativo constitucional e processual têm sido flexibilizados pelos magistrados das instâncias superiores, os quais têm justamente o dever específico de zelar pelo cumprimento das normas e da Constituição.

5 O julgamento em tese como um risco: o efeito da hibridização dos sistemas jurídicos no Brasil

O risco do julgamento em tese ocorre quando, sem observar as peculiaridades do caso concreto, os tribunais tratam cada julgamento como uma tese abstrata. Assim, são invocados os princípios, as súmulas e a jurisprudência para a solução de questões submetidas aos órgãos jurisdicionais apartados das particularidades do caso (BAHIA, 2009, p. 39): toma-se do caso o “tema” de que se está tratando e julga-se com base na tese em abstrato. Ainda mais grave: acrescem a essa prática os julgamentos por “lote” de causas repetitivas, de modo a produzir decisões homogêneas (BAHIA, 2009; SOUSA, 2017, p. 88). Obviamente as causas repetitivas precisam de um tratamento diferenciado das causas de “varejo”; no entanto, isso não pode significar o julgamento de um “caso”, pois na verdade não há ali um caso, mas somente uma tese, formando-se “*standards* decisórios” que serão replicados em outros casos similares (BAHIA, 2009, p. 323)²¹. Uma decisão judicial somente se legitima com a fundamentação adequada no âmbito inter-

no e externo: internamente, as decisões devem considerar a reconstrução do ordenamento jurídico nacional, formado por uma variedade de discursos de todos os sujeitos processuais; e, externamente, devem observar a correção da decisão, com o cumprimento contrafático das condições comunicativas de argumentação (BAHIA, 2009, p. 322).

Um grande risco desse fenômeno são as decisões que pretendem ser baseadas em princípios (v.g. dignidade da pessoa humana), cláusulas gerais (v.g. boa-fé objetiva) e conceitos indeterminados (v.g. fundado receio de dano irreparável), nos quais cada juiz promove uma integração anárquica dos seus conteúdos, sem respeito ao contraditório (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2011).

É necessário romper com o padrão muito frequente do “juiz-computador”²² (SOUSA, 2017, p. 88). A intenção é “pôr fim à utilização indiscriminada dessas decisões pré-preparadas que nitidamente deixavam de enfrentar as alegações fáticas e jurídicas específicas do caso em julgamento” (LUCCA, 2016, p. 239). Consequentemente, acredita-se que as primeiras instâncias também estão cada vez mais sujeitas aos riscos do julgamento em tese ou da abstratificação, dado que se espelham nas formas como são decididos os acórdãos. O problema não está no uso de leis, súmulas ou precedentes, mas sim em não se mostrar em que medida tais elementos se ajustam às particularidades do caso e do cumprimento do dever de fundamentar, de modo que os julgamentos são tratados como teses (BAHIA, 2016, p. 49).

Dessa maneira, a hibridização dos sistemas *common law* e *civil law* no Brasil, sobretudo

²¹ No CPC está claro que, quando for decidido um RE/REsp repetitivo, a decisão sobre a tese (questão de Direito) servirá para que os recursos sobrestados sejam *decididos* – seja para a aplicação da tese (art. 1.039), seja porque ficaram prejudicados. Conforme a situação, pode ser necessário reexaminar o caso (art. 1.040). Sobre as diferenças entre litigiosidade de varejo e de atacado, ver o Capítulo 2 (Parte 2) de Nunes, Bahia e Pedron (2020).

²² A expressão *juiz-computador* é uma metáfora utilizada por Schmitz (2013, p. 350) para indicar que os juizes buscam aplicar mecanicamente textos normativos e súmulas sem interpretá-los, julgam casos como se fossem teses em abstrato estabelecidas como modelos e aplicam-nas indiscriminadamente a casos futuros.

quanto ao dever de fundamentar, representa apenas uma importação parcial da técnica de precedentes, que é a “jurisprudencialização” do Direito brasileiro e a criação de *standards* decisórios, o que contribui para a abstratificação dos julgamentos.

6 Conclusão

Diante da reconstrução teórica do processo constitucional civil com base no arcabouço constitucional (arts. 1º, *caput*; 5º, II, XXXV, LIV e LV; e 98, IX, da CRFB) e legal (arts. 4º, 7º, 10, 11 e 489, § 1º, IV, do CPC), objetivou-se verificar se a crescente influência das matrizes de *common law* no domínio processual civil serve como garantia ou como obstáculo para a concretização do dever de fundamentação.

Mesmo após a alteração legislativa promovida pelo CPC, as decisões dos magistrados não cumprem o dever de fundamentar, pois não se embrenham nas peculiaridades do caso concreto e reproduzem o que já foi dito em casos distintos, nos termos da lógica produtivista do Judiciário. Além do risco da abstratificação, emanam-se decisões apenas motivadas, isto é, com enfrentamento parcial das questões.

Por sua vez, nos julgados do STF quanto ao dever de fundamentar, percebe-se que o CPC não se refletiu na postura dos ministros, que deixam de adotar tal perspectiva e mantêm arraigados padrões antigos e repetidos para justificarem a falta de enfrentamento de todas as decisões.

Portanto, sob a perspectiva participativa processual prevista pelo CPC – e até pelo STF em julgamentos isolados –, magistrados e tribunais em geral não cumprem a trílice concepção do contraditório, especialmente no que se refere ao direito de ter seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), pois, como foi demonstrado, o próprio Tribunal que estabeleceu os seus conceitos não os cumpre.

Nesse sentido, cresce a influência das matrizes de *common law* na esfera processual civil. Todavia, como não tem efetivado o dever de fundamentação, o padrão de julgamento dos magistrados brasileiros é um obstáculo para o modelo constitucional de processo, não sendo capaz de evitar o julgamento em tese.

Não se vislumbra, pois, uma real cultura de precedentes no sistema jurídico brasileiro, que se esteia numa “tentativa de uniformização da jurisprudência a todo custo”²³, com o uso e a produção de súmulas e precedentes apenas para simplificar o processo decisório. Essa afirmativa justifica-se na falta de coerência jurisprudencial e de um controle efetivo

²³ Expressão criada por Picardi e Nunes (2011, p. 108).

sobre como se decide, visto que na prática cada magistrado pode decidir como quiser, fundamentar sem profundidade, utilizar técnicas vedadas pelo CPC, como os conceitos indeterminados – e tudo isso acaba sendo legitimado pelos tribunais superiores.

Disso se conclui que a segurança jurídica, sempre almejada nos países de sistema *civil law* mediante codificação, só poderá ser alcançada se a técnica de precedentes judiciais (arts. 926 e 927 do CPC) for aplicada nos moldes do dever de fundamentação (art. 489 do CPC) e do contraditório substancial (arts. 9º e 10 do CPC).

Por conseguinte, a hibridização dos sistemas *common law* e *civil law* no Brasil, sobretudo quanto ao dever de fundamentar, representa apenas uma importação parcial da técnica de precedentes – a “jurisprudencialização” do Direito brasileiro e a criação de *standards* decisórios –, o que contribui para a abstratificação dos julgamentos, por não se observarem as peculiaridades do caso concreto e a completude dos argumentos das partes, e acarreta um efeito contrário ao esperado num sistema de *stare decisis*.

Sobre os autores

Rainer Bomfim é mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil; doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil, com bolsa de pesquisa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes); professor da graduação em Direito da Doctum Faculdade, João Monlevade, MG, Brasil.

E-mail: rainerbomfim@outlook.com

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da graduação e do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil, e do Ibmec, Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: alexandre@ufop.edu.br

Este trabalho – financiado pela Capes – foi escrito, organizado e formatado pelo primeiro autor e orientado e revisto pelo segundo.

Como citar este artigo

(ABNT)

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O dever de fundamentação das decisões judiciais: a relativização dos limites entre *common law* e *civil law* no CPC. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 213-236, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p213

(APA)

Bomfim, R., & Bahia, A. G. M. F. de M. (2021). O dever de fundamentação das decisões judiciais: a relativização dos limites entre *common law* e *civil law* no CPC. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(232), 213-236. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p213

Referências

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: Il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. ampliata ed aggiornata. Torino: G. Giappichelli, 1997.

ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 99-127, fev. 2011.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; NUNES, Dierle José Coelho. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 79, n. 2, p. 118-144, abr./jun. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/39811>. Acesso em: 10 set. 2021.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código de Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2016.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. *Direito, Estado e Sociedade*, [Rio de Janeiro], n. 46, p. 38-71, jan./jun. 2015. DOI: 10.17808/des.46.778. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/778>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1986]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

_____. *Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850*. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. [Brasília, DF]: Presidência da República, 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869imprensa.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 1.726.535/RS*. Processual civil e tributário. Violação aos arts. 489, § 1º, III, e 1.022, I e II, parágrafo único, II, do CPC/2015. Inocorrência. Isenção de IRPF. Moléstia grave. Termo inicial definido pelo tribunal de origem. Cerceamento de defesa. Necessidade de revisão do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ [...]. Recorrente: Maria Jose Machado Conte. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Min. Herman Benjamin, 17 de abril de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800384280&dt_publicacao=24/05/2018. Acesso em: 13 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 24.268/MG*. Mandado de segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo [...]. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas da União; Gerente de Recursos Humanos da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Fazenda-Gerência Regional de Administração em Minas Gerais. Relatora originária: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 5 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: 13 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 791.292/PE*. Questão de ordem. Agravo de instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência [...]. Agravante: HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo. Agravado: Fernando Soares de Lima. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 de junho de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1662/false>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRITO, Thiago Carlos de Souza. *Fundamentação das decisões judiciais: elementos para superação do conceito de motivação das decisões a partir da análise comparativa da atuação jurisdicional da Supreme Court e dos tribunais brasileiros*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-AW6LN3>. Acesso em: 13 set. 2021.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

COTA, Samuel Paiva; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O modelo constitucional de processo e suas benesses: a reconstrução da teoria dos precedentes no direito brasileiro vs. a [compreensão] equivocada do seu uso no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 260, p. 21-45, out. 2016.

COUTINHO, Sheyla Yvette Cavalcanti Ribeiro. Os precedentes no novo processo civil brasileiro: respeito à fundamentação democrática. *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito da UFOP*, Ouro Preto, v. 4, n. 1, p. 84-103, ago./set. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/907>. Acesso em: 14 set. 2021.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. (Coleção Justiça e Direito).

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 2.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. Contraditório substancial e fundamentação das decisões no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 261-299. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 8).

GLUCK, Abbe R. The federal common law of statutory interpretation: Erie for the age of statutes. *William & Mary Law Review*, [s. l.], v. 54, n. 3, p. 753-811, Feb. 2013. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss3/4/>. Acesso em: 14 set. 2021.

GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in law*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1987.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JAYME, Fernando Gonzaga; LIPIENSKI, Marcos Vinicius; MAIA, Renata Christiana Vieira. A resiliência jurisprudencial na observância do dever de fundamentação das decisões. In: NUNES, Dierle José Coelho; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 401-414.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O precedente judicial em paralelo à súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 234, p. 275-301, ago. 2014.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. (Coleção Eduardo Espinola).

MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de Processo Civil, v. 3).

MARIQUITO, Carla da Silva. Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, p. 147-180, 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20337>. Acesso em: 15 set. 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 118, p. 75-88, nov./dez. 2004.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *Teoria geral do processo: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPODIVM, 2020.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 240-266, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21616>. Acesso em: 23 set. 2021.

NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Danilo Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito da UFOP, Ouro Preto*, v. 1, n. 1, dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/250>. Acesso em: 15 set. 2021.

NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Precedentes e a busca de uma decisão correta. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (coord.). *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015: atualizado de acordo com a Lei 13.256/2016*. Organização de Fernando Gonzaga Jayme, Gláucio Maciel Gonçalves, Juliana Cordeiro de Faria, Marcelo Veiga Franco, Mayara de Carvalho Araújo e Suzana Santi Cremasco. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 189-199.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 199, p. 41-82, set. 2011.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Aspectos da tradição do *common law* necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: NUNES, Dierle José Coelho; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 271-303.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. *Processo constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. As normas fundamentais do CPC/2015 como chaves de compreensão adequada da nova legislação. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; LANNA, Helena (org.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 21-31.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle José Coelho. O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 48, n. 190, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242945>. Acesso em: 15 set. 2021.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera; supervisión de Eduardo B. Carlos y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1955. (Colección Ciencia del Proceso, 27-29). 3 t.

SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. A teoria geral do processo e a parte geral do novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 329-359, jul./set. 2013.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. *O dever de fundamentação das decisões no Código de Processo Civil de 2015: um estudo crítico das decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir do modelo constitucional de processo*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SousaLR_1.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. Apuntes sobre las funciones de la motivación. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 237-249, jul./dez. 2016.

_____. La jurisprudencia entre casuística y uniformidad. Traducción de Daniela Accatino, con la colaboración de Maximiliano Mannett. *Revista de Derecho*, [Valdivia], v. 27, n. 2, p. 9-19, dic. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000200001>. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000200001. Acesso em: 16 set. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 233-264.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A brief discussion of the politicization of the judiciary and the view of its application in Brazilian law. *Verfassung und Recht in Übersee*, [s. l.], v. 44, n. 3, p. 381-408, 2011. Disponível em: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0506-7286-2011-3-381/a-brief-discussion-of-the-politicization-of-the-judiciary-and-the-view-of-its-application-in-brazilian-law-jahrgang-44-2011-heft-3?page=0>. Acesso em: 22 set. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *Novo CPC: Lei 13.105, de 16.03.2015: fundamentos e sistematização*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VIANA, Antônio Aurélio de Sousa. *Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativa*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VianaAA_1.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00232