



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 60

240

outubro a dezembro de 2023

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2023 – 2024

Senador Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE

Senador Veneziano Vital do Rêgo

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Rodrigo Cunha

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Rogério Carvalho

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Weverton

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Chico Rodrigues

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Styvenson Valentim

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senadora Mara Gabrilli

Senadora Ivete da Silveira

Senador Dr. Hiran

Senador Mecias de Jesus



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 60

240

outubro a dezembro de 2023

SENADO FEDERAL





MISSÃO

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

FUNDADORES

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

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

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Gustavo A. Sabóia Vieira

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Rafael A. Chervenski da Silva

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Britto Vieira

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

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

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

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

Trimestral.

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

ISSN 0034-835X (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

CONSELHO

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

PARECERISTAS

Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alejandro Knaesel Arrabal, Fundação Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, SC, 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 de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. Andre Vicente Pires Rosa, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antonio Teixeira de Barros, Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Me. Ariel Engel Pessa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Benjamim Brum Neto, 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 / Me. Carlos Alberto da Silva Moura Júnior, Tribunal de Justiça do Piauí, Teresina, PI, Brasil / Me. Carlos Eduardo Ferreira dos Santos, Universidade de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, Espanha / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro, Centro Universitário de Lavras, Lavras, MG, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Gustavo Silva Caçada, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Me. Icaro Fellipe Alves Ferreira de Brito, Faculdade de Desenvolvimento do Norte, São Francisco, MG, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procuradoria da República de São Paulo, Marília, SP, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Me. João Paulo Medeiros de Araújo, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Jose Emilio Medauar Ommati, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Serro, MG, Brasil / Ma. Larissa de Moura Guerra Almeida, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Leandro Maciel do Nascimento, Ministério Público de Contas, Teresina, PI, Brasil / Dr. Lelio Maximino Lellis, Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson, Araras, SP, Brasil / Dr. Leonardo de Araújo Ferraz, Controladoria-Geral do Município de Belo Horizonte, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Leonel Pires Ohlweiler, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Lucas Catib de Laurentis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Lucas Fucci Amato, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luciano Athayde Chaves, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. 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. Marcelo Dias Varella, UniCEUB, Brasília, DF, 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 / Dra. Maria Pia dos Santos Lima Guerra, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Maurício Buosi Lemes, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Me. Maurício Sullivan Balhe Guedes,

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, 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 / Dr. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Rafael Borges de Souza Bias, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Rafael Reis Ferreira, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Ricardo Victor Ferreira Bastos, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valteciendes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Sandro Lúcio Dezan, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Stanley Plácido da Rosa Silva, Instituto Legislativo Paulista, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Victor Carvalho Pinto, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Vinicius de Lara Ribas, Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Ma. Vivian Maria Caxambu Graminho, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 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 / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil

AUTORES

Álvaro Augusto de Borba Barreto é doutor em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; pós-doutor pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil. / Andre Bueno da Silveira é doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito (LL.M.) pela Universidade de Toronto, Toronto, Canadá; graduado em Direito pela USP, São Paulo, SP, Brasil; procurador da República. / Caroline Bianca Graeff é doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil; professora substituta do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil. / Caroline da Rosa Pinheiro é doutora pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professora de Direito Empresarial da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil. / Cláudio José Franzolin é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor pesquisador e titular do programa de graduação e pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil; advogado. / Daniel Falcão é doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; especialista em Marketing Político e Propaganda Eleitoral pela USP, São Paulo, SP, Brasil; graduado em Direito e em Ciências Sociais pela USP, São Paulo, SP, Brasil; controlador-geral do Município de São Paulo, SP, Brasil. / Eliziane Fardin de Vargas é doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), Santa Cruz do Sul, RS, Brasil; bolsista Prosuc/Capes, modalidade I; integrante do grupo de pesquisa Jurisdição constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos, Unisc, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil. / Fernanda Souza Correa é mestra e bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil; advogada. / Fernanda Tomé é mestra em Energia pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; doutoranda em Energia na USP, São Paulo, SP, Brasil; graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; advogada. / Fernando Martinho de Barros Penteado é mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Direito na PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; juiz de Direito no Estado de São Paulo, São Bernardo do Campo, SP, Brasil. / Frediano José Momesso Teodoro é doutor e mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Paraíba, São José dos Campos, SP, Brasil; advogado criminal. / Hirdan Katarina de Medeiros Costa é doutora e mestra com livre docência e pós-doutorado em Energia pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; estágio de doutoramento na Faculdade de Direito da Oklahoma University (OU), Oklahoma, EUA; LLM em Direito de Energia e de Recursos Naturais pela OU, Oklahoma, EUA; mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutoranda em Sustentabilidade pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da USP, São Paulo, SP, Brasil; advogada, professora e consultora. / Igor Pires Gomes da Costa é mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil, e pela Universidade de Nantes, Nantes, França; procurador do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. / José Luiz de Almeida Simão é mestre em Direito Político e Econômico

pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Paraíba, São José dos Campos, SP, Brasil; defensor público do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. / Leonardo Figueiredo Barbosa é doutor e mestre em Direito e especialista em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutor e mestre em Filosofia e bacharel em Direito pela UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. / Miguel Gualano de Godoy é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor adjunto de Direito Constitucional dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil. / Mônia Clarissa Hennig Leal é doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil; pós-doutora pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Alemanha; professora dos programas de mestrado e doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil; bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. / Nelson Camatta Moreira é doutor em Direito pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil, com estágio de pesquisa anual na Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; pós-doutor em Direito pela Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha; professor dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, Brasil. / Ronaldo Félix Moreira Júnior é mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil; doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais na FDV, Vitória, ES, Brasil; professor das Faculdades Integradas de Aracruz, Aracruz, ES, Brasil. / Sílvia Andrea Cupertino é mestra em Energia pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; doutoranda em Análise e Planejamento Energético na USP, São Paulo, SP, Brasil; especialista em Direito de Regulação pelo Instituto de Direito Público, Brasília, DF, Brasil; especialista em Meio Ambiente e Sustentabilidade pela Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; consultora legislativa do Senado Federal na área de Minas e Energia, Brasília, DF, Brasil; advogada na área de energia e responsabilidade civil. / Thiago Rodovalho é doutor e mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo, Alemanha; professor titular dos programas de graduação e de mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil.

Sumário

- 11 **Inteligência artificial no Brasil**
Avanços regulatórios
Leonardo Figueiredo Barbosa
Caroline da Rosa Pinheiro
- 43 **Poder Judiciário na era do populismo**
Como o último guardião pode tornar-se a maior ameaça à democracia
Miguel Gualano de Godoy
Igor Pires Gomes da Costa
- 63 **O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA**
Algumas lições sobre revolução constitucional, instabilidade política e estabilidade institucional
Andre Bueno da Silveira
Daniel Falcão
- 89 **A democracia liberal na encruzilhada**
As causas da *autocratização* no Brasil e no mundo
José Luiz de Almeida Simão
Thiago Rodovalho
Frediano José Momesso Teodoro
- 107 **O marco legal da microgeração e minigeração distribuída**
Considerações sobre a Lei nº 14.300/2022
Sílvia Andrea Cupertino
Fernanda Tomé
Hirdan Katarina de Medeiros Costa
- 125 **A construção do constitucionalismo digital na era da desinformação**
O caso *Cambridge Analytica* e seu impacto no ecossistema constitucional
Nelson Camatta Moreira
Ronaldo Félix Moreira Júnior
- 143 ***Aberratio ictus***
Estudo doutrinário e análise comparativa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
Fernando Martinho de Barros Penteado

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

- 171 **Dimensionando a institucionalização do CNJ**
As duas faces do processo em análise
Caroline Bianca Graeff
Álvaro Augusto de Borba Barreto
- 201 **A implantação do instrumento urbanístico da Operação Urbana Consorciada no município de Campinas**
Um estudo de caso
Fernanda Souza Correa
Cláudio José Franzolin
- 219 **Omissão legislativa e atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal em relação às minorias sexuais**
Mônia Clarissa Hennig Leal
Eliziane Fardin de Vargas

Inteligência artificial no Brasil

Avanços regulatórios

LEONARDO FIGUEIREDO BARBOSA

CAROLINE DA ROSA PINHEIRO

Resumo: O artigo tem por objetivo apresentar o atual estado da regulação da inteligência artificial (IA) no Brasil, após breve indicação do panorama regulatório do tema no mundo. A hipótese adotada é a de que a escolha de uma concepção mais ampla de regulação permite considerar melhor alguns fatores capazes de exercer influência significativa na regulação do comportamento humano, além de oferecer estratégias, dinâmicas e instrumentos mais adequados para lidar com as singularidades do desenvolvimento tecnológico, em especial as dificuldades representadas pela IA. Com base em revisão bibliográfica e no método dedutivo, apresentam-se algumas discussões doutrinárias, a análise da Recomendação da OCDE, do relatório da minuta do Substitutivo do Senado Federal e do Projeto de Lei nº 21/2020, que estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da IA no Brasil.

Palavras-chave: inteligência artificial; regulação; políticas públicas; PL 21/2020.

Artificial Intelligence in Brazil: regulatory advances

Abstract: This article aims to present an overview of the regulation of artificial intelligence in Brazil. The hypothesis adopted is that the choice for a broader conception of regulation allows better consideration of some factors capable of exerting a significant influence on the regulation of human behavior, besides offering more strategies and dynamics, in the search for more appropriate instruments to deal with the singularities of technological development, especially regarding the difficulties brought by AI. Through literature review and the deductive method, the discussions brought by the doctrine, the analysis of the OECD Recommendation, the draft report of the Substitute Federal Senate and the Bill 21/2020, which establishes foundations, principles and guidelines for the development and application of artificial intelligence in Brazil, were presented.

Recebido em 10/4/23

Aprovado em 21/9/23

Keywords: artificial intelligence; regulation; public policy; Bill 21/2020 (Brazil).

1 Introdução

A inteligência artificial (IA) surgiu formalmente como campo de estudo quando a expressão foi cunhada há mais de sessenta anos. No verão de 1956, John McCarthy e outros pesquisadores organizaram um seminário de dois meses no Dartmouth College (Hanover, New Hampshire, EUA) com a conjectura básica de que cada aspecto da aprendizagem ou qualquer outra característica da inteligência poderia, em princípio, ser descrita tão precisamente a ponto de ser construída uma máquina capaz de simular tal habilidade (Russell; Norvig, 2013).

Obviamente, diversas propostas e avanços científicos precederam a denominação da área, como – apenas exemplificativamente e buscando escapar de questões mais técnicas da área da ciência da computação – o famoso teste proposto por Alan Turing em 1950, projetado para fornecer uma definição operacional satisfatória de inteligência, no qual um programa precisa responder por escrito a diversas perguntas sem que se consiga distinguir se as respostas são dadas por um programa ou por um ser humano¹.

Apesar do grande entusiasmo inicial, seguido de interesse e de investimentos expressivos, o contraste entre o modesto desenvolvimento e as grandes expectativas ocasionaram os chamados “invernos” da IA (*AI winters*), caracterizados como décadas de ceticismo e pessimismo nas quais entraram em colapso tanto o interesse público quanto os investimentos e as demandas².

Todavia, o cenário modificou-se a partir do final do século passado e início do atual. O aumento significativo da capacidade computacional, a diminuição de custos de armazenamento de dados e o consequente aumento da quantidade e qualidade destes – que possibilitam o treinamento da IA³, além de aperfeiçoamentos específicos na área,

¹ Um detalhamento do teste de Turing pode ser encontrado em Ertel (2017, p. 5).

² Ver Parentoni e Cardoso (2021), Russell e Norvig (2013), Calo (2017), Thierer, O’Sullivan e Russell (2017).

³ Basicamente, os sistemas de IA podem “aprender” de duas formas diferentes: por aprendizado supervisionado e por aprendizado não supervisionado. A explicação completa dessas abordagens envolve conceitos complexos que fogem ao escopo deste trabalho. De forma simplificada, pode-se dizer que a principal diferença é que na primeira forma se utilizam dados rotulados (com informações previamente indicadas) para ajudar a orientar os

como a aprendizagem de máquina com base em redes neurais (OECD, 2019) – acarretaram avanços práticos que permitiram que boa parte das promessas feitas quando do surgimento da IA pudessem ser finalmente concretizadas, como os aplicativos de reconhecimento de fala e tradução em tempo real, os programas de diagnóstico médico com grande margem de acerto, os carros com direção automática, entre outras possibilidades. Além disso, diversos relatórios indicam a utilização cada vez mais ampla de IA por empresas e governos⁴. Ou seja, o “inverno” da IA teria sido superado por uma exuberante “primavera” (Havenstein, 2005), com o potencial de significativa transformação de aspectos sociais e econômicos, tanto na esfera privada quanto na pública.

Fenômeno similar ocorreu com a questão da regulação da IA. Nos EUA, por exemplo, quando John F. Kennedy foi eleito em 1960, houve pedidos para que ele realizasse uma conferência sobre a questão da automação tecnológica e seu possível impacto no mercado de trabalho (Anslow, 2016). Apesar de fazer um discurso na American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) sobre a importância de uma liderança governamental efetiva e vigorosa para auxiliar a resolver os “problemas decorrentes da automação”, ele não atendeu ao pedido. Somente em 2016 ocorreu a “primeira audiência exclusivamente focada em inteligência artificial” no Senado dos EUA. No mesmo ano, durante o governo de Barack Obama, a Casa Branca realizou vários *workshops* sobre IA e publicou três relatórios oficiais pormenorizando suas considerações sobre o tema (Calo, 2017, p. 402-403).

Nos últimos anos, o desenvolvimento da IA, por um lado, promete – com maior credibilidade – transformar praticamente todos os campos de interesse da humanidade⁵; mas, por outro, também desperta receio efetivo quanto aos significativos riscos e possíveis problemas em relação à preservação de direitos humanos, ao adequado funcionamento de aspectos econômicos, como a preservação da competitividade entre as empresas, e à possível insegurança jurídica diante de eventuais

resultados da análise ou do tratamento desses dados pela IA; em contrapartida, na segunda os dados não são previamente rotulados e, portanto, caberá unicamente ao sistema de IA identificar padrões nos dados brutos fornecidos. Para uma análise mais técnica, ver seção 18.1, de Russell e Norvig (2013).

⁴ Apenas exemplificativamente: o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) produziu um relatório referente à Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (Ebia), no qual se indica que o financiamento mundial de *startups* relacionadas à IA aumentou de cerca de um bilhão de dólares em 2013 para mais de 20 bilhões de dólares em 2018. Em 2019, os EUA investiram 224 milhões em *startups* de IA e a China, 45 milhões – ao passo que o Brasil investiu apenas um milhão de dólares (Brasil, 2021).

⁵ Por exemplo: o uso de IA na medicina tem possibilitado diagnósticos mais rápidos e, pelo menos, tão precisos quanto os fornecidos por médicos experientes, bem como o monitoramento em tempo real da situação de pacientes, aperfeiçoando o atendimento das equipes hospitalares (Biernath, 2019).

situações inusitadas produzidas por essa renovada tecnologia⁶.

À medida que as empresas e governos aumentam a utilização de AI – por meio de algoritmos complexos que podem estar em constante transformação – em seus produtos, serviços, processos e mecanismos de tomada de decisões, aumenta a preocupação com esse tema, de forma similar ao que ocorreu com a utilização e a necessidade de proteção de dados pessoais. Tal preocupação tem sido externada também por mecanismos de regulação dessas atividades. De fato, diferentes países, entidades internacionais e até o próprio setor privado têm buscado alternativas, conforme se verá a partir da próxima seção.

A regulação da AI é um fenômeno global (Candelon; Di Carlo; De Bondt; Evgeniou, 2021), que já alcançou o cenário brasileiro, no qual diversos projetos de lei específicos têm sido propostos desde 2019 tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal. O presente trabalho propõe-se fazer uma brevíssima apresentação do cenário internacional e das propostas nacionais, com especial enfoque na análise do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 21/2020, devido à sua aprovação naquela Casa legislativa e o consequente encaminhamento para apreciação pela outra casa. Busca também analisar alguns contrapontos entre esse projeto e o recente relatório da minuta do substitutivo aos Projetos de Lei nºs 5.051/2019, 21/2020, e 872/2021, apresentado por uma comissão de juristas instituída pelo Senado Federal⁷.

⁶ Ao longo dos últimos anos, figuras relevantes na área de tecnologia têm chamado a atenção para os possíveis riscos e a consequente necessidade de cautela no desenvolvimento e utilização de IA. Stephen Hawking, Elon Musk e Bill Gates são apenas alguns exemplos (Marr, 2018). No mesmo sentido, diversos relatórios e propostas sobre IA, apresentados tanto por países como instituições internacionais de peso, têm indicado a necessidade de maior atenção aos sistemas de IA justamente pelos riscos que sua implantação acarreta, evidenciando, pois, esse caráter dúbio de oportunidade e ameaça (Artificial [...], 2023).

⁷ Segundo o ato do presidente do Senado que instituiu a Comissão de Juristas, esse trabalho foi fundamental diante

2 Regulação estatal⁸: conceito e fundamentação

Preliminarmente, cabe analisar o conceito de *regulação*, sobretudo porque se trata de termo polissêmico. Conforme Moreira (1997, p. 35), pode significar,

- (a) em sentido amplo, [...] toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins;
- (b) num sentido menos abrangente, [...] a intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo portanto ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada;
- (c) num sentido restrito, [...] somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).

Salomão Filho (2001, p. 15), por exemplo, adota uma concepção significativamente – e, conforme o autor, propositadamente – ampla:

“regulação” [...] [e]ngloba toda forma de organização da atividade econômica através

da complexidade técnica, jurídica e moral envolvida na ampliação do uso de tecnologias de IA como instrumentos auxiliares para a tomada de decisões pelos Poderes Públicos e agentes privados. A comissão é formada pelo ministro do STJ Ricardo Villas Bôas Cueva (presidente da Comissão); pelas professoras Laura Schertel Ferreira Mendes (relatora) e Ana de Oliveira Frazão (da Universidade de Brasília); pelo especialista em privacidade e proteção de dados Bruno Ricardo Bioni; pelos advogados Fabricio da Mota Alves, Wederson Advinçula Siqueira, Thiago Luís Santos Sombra, Estela Aranha, Clara Iglesias Keller e Mariana Giorgetti Valente; pelos professores Filipe Medon (da Universidade Federal do Rio de Janeiro), Miriam Wimmer, Danilo Cesar Maganhoto Doneda e Georges Abboud (do Instituto Brasileiro de Direito Público), Claudia Lima Marques (da Universidade Federal do Rio Grande do Sul) e Juliano Souza de Albuquerque Maranhão (da Universidade de São Paulo); o perito criminal da Polícia Federal Frederico Quadros D’Almeida e o consultor legislativo do Senado Federal Victor Marcel Pinheiro (Brasil, 2022b).

⁸ O presente trabalho enfocou as formas de regulação promovidas pelo Estado; assim, não analisa sistematicamente a *regulação pública não estatal* e a *autorregulação*, ainda que se possam fazer eventuais comentários sobre tais questões.

do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia. [...] Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo. É, assim, incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas as formas de regulação.

É similar a posição de Marques Neto (2005, p. 2), que define *regulação* como

a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de [hipossuficiências] ou a consagração de políticas públicas.

Todavia, há relevantes doutrinadores brasileiros que defendem outros posicionamentos, como Moreira (2016, p. 181-184, grifos nossos), que pugna por uma concepção mais restrita:

Propõe-se uma definição restrita de regulação, *limitada ao estabelecimento de normas* (gerais e abstratas, mas também na condição de preceitos-medida ou de atos concretos) que sujeitem terceiros ao seu cumprimento (e respectivas sanções). Regulação econômica é a *positivação de normas* para o atingimento de alguma finalidade econômica. Inclui-se no conceito a *formulação de princípios e de regras*; de normas de estrutura e normas de conduta. [...]

O Estado permanece ocupando um plano lógico-normativo anterior (legislativo e regulamentar), impondo regras de conduta, controlando o seu cumprimento e impondo eventuais sanções (positivas ou negativas). O que *abrange* tanto a *atividade regulatória*

repressiva (sanções negativas) *como os incentivos e o fomento* (Direito promocional).

Também é o caso de Justen Filho (2018, p. 350, grifo nosso), para quem

[u]ma característica essencial da regulação reside na sua *natureza exclusivamente normativa*. A regulação consiste na adoção de normas e outros atos estatais, sem se traduzir na aplicação dos recursos estatais para o desempenho direto de alguma atividade no domínio econômico-social. A regulação estatal se traduz numa atuação jurídica, de natureza repressiva e promocional, visando a influenciar o modo de conduta dos agentes públicos e privados.

Essa polissemia relaciona-se à forma como os diferentes sistemas jurídicos estrangeiros – e suas respectivas concepções acerca do relacionamento entre o Estado e a economia – vislumbram a regulação econômica ou a atividade produtiva governamental (como regra ou como exceção) e, conseqüentemente, adotam os conceitos de *intervenção econômica* e de *regulação econômica* como gênero ou como espécie uma da outra (Moreira, 2016).

Contudo, independentemente do sentido adotado, ressalte-se que, embora o objetivo primordial seja a influência no comportamento dos agentes econômicos, nunca será possível desconsiderar os aspectos sociais atrelados à regulação. Nesse sentido, Justen Filho (2018, p. 531) destaca o caráter tanto econômico quanto social desse tipo de atividade do Estado, bem como a primazia da concretização dos valores constitucionais, em especial os relacionados aos direitos e garantias expostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB): “a regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implantar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”.

Outro ponto relevante consiste no forte e tradicional debate sobre a fundamentação da regulação. Salomão Filho (2001, p. 16-26), por exemplo, indica que as escolas clássicas sobre a regulação são i) a que ele denomina *Escola do interesse público*, para a qual a regulação deve ser intensificada e justificada pela necessidade de satisfação do interesse público ou do bem comum; e ii) a *Escola econômica ou neoclássica*, também conhecida como Escola de Chicago, para a qual a regulação tem por objetivo garantir o adequado funcionamento do mercado, buscando corrigir suas falhas (*market failures*).

Portanto, não é nova a divergência acerca da intensidade adequada da regulação (ou da defesa da desregulação), apesar de influenciar substancialmente a regulação da tecnologia. Se *demasiada*, a regulação poderia reduzir a autonomia dos indivíduos, inviabilizar atividades econômicas, dificultando não apenas o desenvolvimento econômico mas também a inovação e os avanços tecnológicos e científicos, que podem contribuir significativamente para o desenvolvimento social. Por outro lado, se *insuficiente*, pode permitir as chamadas *falhas de mercado* (concentração e abuso de poder econômico, externalidades negativas, assimetria informacional etc.), além de relegar a segundo plano a justiça social, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.

No Brasil, de forma mais incisiva desde a década de 1990, tem-se alterado a forma de intervenção estatal, com a redução da intervenção direta e a intensificação de instrumentos indiretos; e o protagonismo da regulação em sentido estrito é concretizado principalmente pelas *agências reguladoras*, cuja característica primordial é a ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, garantida pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, e pela estabilidade do mandato de seus dirigentes, conforme o art. 3º da Lei nº 13.848/2019 (Brasil, 2019).

Em relação a esse debate, o presente trabalho adota uma visão mais ampla de *regulação* (ainda que para parte da doutrina nacional ela possa ser confundida com o próprio conceito de *intervenção do Estado*) defendida, por exemplo, por Binenbojm (2016, p. 75-76, 152-155), de que a regulação econômica pelo Estado não se dá exclusivamente por meio de técnica normativa, mas envolve um arsenal amplo de métodos, técnicas, estratégias e instrumentos destinados a modelar, em termos estruturais e finalísticos, o funcionamento de setores econômicos, com vistas à consecução de objetivos político-jurídicos predeterminados:

a regulação da economia envolve um arsenal amplo de estratégias de interferência no comportamento dos agentes econômicos para alcançar seus objetivos. Aos mecanismos próprios do poder de polícia combinam-se, em variados arranjos, medidas de fomento econômico e social,

participações societárias minoritárias em empresas privadas, consórcios empresariais público-privados, ou mesmo a atuação direta de empresas estatais, orientados para a consecução de fins regulatórios específicos. [...]

A atividade de regulação tem à sua disposição uma grande variedade de métodos, técnicas e instrumentos destinados a modelar e a preservar, em termos estruturais e finalísticos, o funcionamento de distintos setores econômicos, com vistas à consecução de objetivos político-jurídicos pre-determinados. [...] o direito se converte em um instrumento do Estado, que o utiliza para erigir distintas formas de regulação orientadas à busca de objetivos socialmente valorizados (eficiência, maximização da riqueza, proteção ambiental, objetivos redistributivos).

Essa óptica mais ampla da regulação parece aproximar-se, em alguma medida, da proposta por Lessig (1999), segundo a qual existiriam quatro formas principais de regulação do comportamento humano: i) o *Direito* (modo tradicional que o Estado utiliza para exercer seu poder de coerção); ii) as *normas sociais* (que indicam padrões de comportamento adequado por meio de sanções provenientes da comunidade); iii) o *mercado* (a influência de preços e outros elementos econômicos no comportamento dos cidadãos); e iv) a *arquitetura* (o *design* de um sistema, ou seja, os limites impostos pelo modo como algo foi criado).

Este trabalho adota uma concepção ampliada de regulação, o que, por um lado, permite considerar melhor alguns fatores que efetivamente podem exercer influência na regulação do comportamento humano e, por outro, possibilita um leque maior de estratégias, dinâmicas e instrumentos para lidar com as singularidades do desenvolvimento tecnológico, em especial com as dificuldades representadas pela IA.

3 Regulação da tecnologia e da IA

Os avanços tecnológicos têm gerado mudanças cada vez mais expressivas no ambiente regulatório atual, apresentando desafios significativos. Em qualquer área de inovação tecnológica, um sistema regulatório enfrenta ao menos três desafios relevantes: i) reduzir o quantitativo e a gravidade dos danos aos indivíduos e à sociedade; ii) possibilitar uma adequada alocação de custos dos eventuais danos que ainda ocorram; e (iii) não impossibilitar (e, preferencialmente, promover) a inovação (Hubbard, 2014).

Embora se possa alegar que as atuais inovações tecnológicas (ao menos, boa parte) não são tão disruptivas (Cortez, 2014, p. 177) como foram, em seus respectivos momentos, a criação dos veículos a motor, a invenção do telefone ou das máquinas a vapor, o fato é que o momento atual parece trazer algumas características realmente diferenciadas: i) a existência de

uma dimensão não tangível dessas inovações (uma realidade virtual); ii) a abrangência e a relevância que tais tecnologias têm assumido no cotidiano dos indivíduos e da sociedade; e (iii) a velocidade de constante aprimoramento e eventual modificação dessas tecnologias (Baptista; Keller, 2016).

Devido a essas (e outras) características, as inovações tecnológicas atuais – dentre as quais a IA é uma das mais representativas – apresentam dificuldades expressivas para os tradicionais instrumentos do campo jurídico de forma geral e para a regulação de forma específica. É possível afirmar que novas tecnologias podem provocar ao menos duas consequências relevantes para a área jurídica:

1) *disrupção jurídica (legal disruption)*: se a transformação tecnológica for tão significativa e dramática a ponto de afetar praticamente todas as áreas da vida social, certamente também causará impacto no Direito, dado que estruturas, doutrinas e institutos jurídicos tradicionais são – e continuarão sendo – desafiados por desenvolvimentos tecnológicos que afetam a estabilidade e a certeza até então supostamente asseguradas pelo Direito. Obviamente, o grau de *disrupção jurídica* pode variar e ocorrer de modos diversos: posicionamentos doutrinários podem exigir reavaliação, como no caso do Direito dos contratos ou do consumidor quando relacionados ao comércio eletrônico; podem surgir lacunas legais ou regulatórias, como a adequada responsabilidade civil por danos decorrentes de produtos ou serviços que utilizam tecnologias de IA.

2) *disrupção regulatória (regulatory disruption)*: exatamente porque a inovação tecnológica frequentemente causa “*disrupção*” nas formas, estruturas e capacidades regulatórias existentes, tal cenário pode despertar preocupações sobre a adequação

dos regimes regulatórios, bem como acerca das instituições das quais aqueles dependem (Brownsword; Scotford; Yeung, 2016). Por exemplo: a falta de participação democrática dos possíveis afetados pelas inovações tecnológicas pode acarretar questionamentos sobre a legitimidade dos processos de tomada de decisão ou sobre a adequação de determinadas estruturas regulatórias diante de inovações com impactos transfronteiriços significativos.

Também podem ocorrer questionamentos e reformulações mais profundos, por exemplo, acerca da própria fundamentação, justificativa e objetivos da atividade de regulação estatal. Brownsword, Scotford e Yeung (2016, p. 6-7) afirmam que, do final da década de 1970 até há alguns anos, boa parte das reflexões acadêmicas sobre a regulação econômica era fundamentada na necessidade de resposta às falhas de mercado, ao passo que as reflexões acadêmicas mais recentes convergem para a questão da gestão de risco, e tal mudança de foco tem destacado a natureza descentralizada da atividade, que também conta com a ativa participação de entidades não estatais, como organizações empresariais e da sociedade civil organizada. Argumenta-se que alinhar a regulação à ideia de governança de riscos possibilitaria uma concepção regulatória mais adequada para lidar com as incertezas e as rápidas mudanças que as inovações tecnológicas produzem. Inclusive lançam luz sobre três significativas dimensões do risco: i) que o termo *risco* é normalmente utilizado para denotar a possibilidade de ocorrência de efeitos adversos e indesejados; ii) que tal possibilidade é contingente e incerta; e iii) que podem existir diferentes perspectivas acerca de como os riscos são percebidos e, conseqüentemente, quais são as respostas adequadas a cada um deles.

A regulação da IA precisa dar conta de desafios tanto práticos como conceituais. Muitos

dos desafios práticos advêm do modo como ocorrem as pesquisas e o desenvolvimento da IA. Em contrapartida, os desafios conceituais derivam, por exemplo, da dificuldade em definir exatamente o que se entende por IA, bem como em atribuir adequadamente responsabilidade moral e legal por danos causados por máquinas autônomas. De acordo com Scherer (2016), podem-se apresentar, de forma não exaustiva, os seguintes exemplos de problemas regulatórios relacionados à IA, ainda que alguns deles sejam compartilhados por outras tecnologias.

a) Problema de definição (*definitional*): qual é o exato conceito ou definição de *inteligência artificial*? Como afirma Kaplan (2016), essa é uma pergunta fácil de fazer, mas difícil de responder basicamente por duas razões: i) há pouco consenso sobre o significado de *inteligência* e ii) há poucas razões para acreditar que a IA, ao menos como existe nos dias de hoje, teria substancial relação com a inteligência humana. Essa é uma dificuldade que precisa ser superada ou minimizada caso se pretenda regular adequadamente essa tecnologia; afinal, é necessário que uma norma regulatória defina exatamente aquilo que pretende normatizar, sob pena de ser *sobreinclusiva* – a normatização englobará certos casos e situações particulares que não deveriam estar subsumidos, pois não produzirão o resultado desejado pela norma – ou *subinclusiva* – a regulação não consegue capturar adequadamente todos os casos e situações que intentava, o que reduz substancialmente um dos maiores objetivos do Direito, o de proporcionar segurança jurídica (Schauer, 1991). Todavia, essa não é uma missão simples. Russell e Norvig (2013), numa das obras de referência na área (*Artificial intelligence: a modern approach*) – apresentam oito possíveis definições de IA com base em quatro categorias: pensamento

humano, pensamento racional, ação humana e ação racional. Portanto, não existe consenso acerca desse conceito.

b) Problema de discricção (*discreetness*): agentes legislativos e reguladores, ao menos historicamente, estão acostumados a lidar com produtores de bens e prestadores de serviço que utilizam uma infraestrutura significativa e, conseqüentemente, são facilmente identificáveis, o que permite sua localização e fiscalização, mas os projetos de pesquisa e desenvolvimento de IA podem ser realizados sem a necessidade de estruturas e recursos típicos dos modelos industriais do século XX. Uma pessoa não precisa de recursos financeiros e estruturas significativas para escrever um código de computador; ao contrário, qualquer um com conhecimento e um computador pessoal com bons recursos ou até um bom smartphone pode colaborar para o desenvolvimento de projetos relacionados com IA. Essa característica dificultaria a identificação e responsabilização dos que efetivamente participam dessas atividades (Scherer, 2016, p. 370).

c) Problema de difusividade (*diffuseness*): ligado diretamente à questão anterior está o fato de que os sistemas de IA podem ser desenvolvidos por programadores espalhados por diferentes jurisdições e com equipamentos que podem ser razoavelmente adquiridos por pessoas comuns, sem substanciais recursos financeiros. Nessas hipóteses, será difícil determinar uma organização legalmente reconhecível e responsável pelo desenvolvimento desse sistema específico.

d) Problema de opacidade (*opacity*): o funcionamento da IA pode acarretar uma opacidade muito maior – se comparado com o de outras tecnologias – pelos mais diversos motivos. Isso porque, por exemplo, os dados (ou sua exata proporção e

combinação) utilizados para alimentar o sistema não são, em regra, de conhecimento público; ou porque se trata de aprendizado de máquina não supervisionado, no qual a IA busca encontrar padrões sem que sejam fornecidos “rótulos” para os dados iniciais. Obviamente, tal característica pode dificultar a tarefa de regulação em decorrência da falta de clareza sobre os problemas que tais sistemas podem suscitar, sobre como esses problemas poderão ser resolvidos e sobre a adequada divisão de responsabilidade diante de eventuais danos (Scherer, 2016).

e) **Problema de previsibilidade (*foreseeability problem*):** ao menos em algumas hipóteses, os sistemas que fazem uso de IA podem operar de forma autônoma, ou seja, podem ser imprevisíveis até para seus programadores originais, o que pode gerar lacunas ou no mínimo, questionamentos sobre a responsabilidade por eventuais danos (Scherer, 2016).

Os desafios apresentados demonstram, por um lado, a necessidade de estabelecer regramentos para a utilização de sistemas de IA, pois, embora tal tecnologia traga possibilidades de benefícios expressivos para toda a sociedade, ficam evidentes os potenciais riscos da ausência de qualquer regulação. Todavia, eventuais normatizações precisam tomar os devidos cuidados tanto para não desestimular o processo de inovação quanto para minimizar o quantitativo e a gravidade dos riscos e danos aos indivíduos e à sociedade por meio de uma adequada alocação de custos e responsabilidades.

Conforme já se verifica em diversas propostas internacionais, a regulamentação deve propiciar segurança jurídica tanto para os cidadãos quanto para os empreendedores; e, ao mesmo tempo, deve ser flexível para dar conta de uma área em constante e rápida evolução. O Parlamento europeu, por exemplo, na proposta

de regulamento apresentada em 21/4/2021, pretende disciplinar o tema da IA com

uma abordagem regulamentar horizontal *equilibrada* e proporcionada ao domínio da inteligência artificial, que *se limita aos requisitos mínimos necessários* para dar resposta aos riscos e aos problemas associados à IA, *sem restringir ou prejudicar indevidamente a evolução tecnológica* ou *aumentar desproporcionalmente o custo de colocação no mercado das soluções de IA*. A proposta estabelece um *quadro jurídico sólido e flexível*. Por um lado, as suas escolhas regulamentares fundamentais, incluindo os requisitos baseados em princípios que os sistemas de IA devem respeitar, são abrangentes e estão preparadas para o futuro. Por outro lado, cria um sistema regulamentar proporcionado, centrado numa abordagem regulamentar *baseada no risco* bem definida que *não cria restrições desnecessárias* ao comércio e na qual a intervenção jurídica é adaptada às situações concretas em que existe um motivo de preocupação justificado ou em que tal preocupação pode ser razoavelmente antecipada num futuro próximo. Ao mesmo tempo, o quadro jurídico inclui *mecanismos flexíveis* que permitem a sua adaptação dinâmica à medida que a tecnologia evolui e surgem novas situações preocupantes (União Europeia, 2021, grifos nossos).

4 A regulação da IA no cenário internacional

A preocupação com a necessidade de regulação da IA passou a ser tema global nos últimos anos. Diversos países, bem como organizações internacionais de prestígio, têm apresentado diretrizes, princípios, projetos e propostas dos mais diversos tipos, com o intuito de orientar tal regulação.

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) mapeou, até o presente momento, mais de 700 iniciativas

envolvendo organizações internacionais em mais de 60 países (National [...], 2021) – entre as quais se podem indicar exemplificativamente o *G20 AI Principles*; a *Recommendation on the ethics of artificial intelligence* da Unesco (primeiro instrumento normativo global sobre ética da inteligência artificial) (Estados-Membros [...], 2021); a *Executive order on promoting the use of trustworthy AI in Federal Government* dos EUA; o *New Generation Artificial Intelligence Development Plan* chinês –, além de estratégias nacionais de países, como Canadá (primeiro país a lançar uma estratégia nacional específica de IA), Alemanha, Brasil, Colômbia, Espanha, Japão, Coreia, Malta, México, Nova Zelândia, Peru, Reino Unido, entre outros.

Porém, conquanto seja possível afirmar um consenso de que algo precisa ser feito quanto à regulação da IA, não há tanta certeza sobre o que exatamente pode ou deve ser feito e quão eficaz será uma regulamentação sobre o tema. Esse é um dos motivos por que tem sido comum o estabelecimento de propostas com base em princípios e orientações (Hartmann, [2020], p. 7).

Iniciativas de diferentes organizações ou países caracterizam-se por essa postura orientativa e principiológica. Por exemplo, pesquisadores do Berkman Klein Center for Internet & Society, da Universidade de Harvard, realizaram em 2020 um levantamento com base em 36 documentos de diferentes setores (propostos por governos ou organizações intergovernamentais, empresas, associações profissionais, organizações sociais e iniciativas multissetoriais) e regiões do globo (América Latina, Leste e Sul da Ásia, Oriente Médio, América do Norte e Europa) e concluíram que existem oito temas centrais relativos aos princípios relacionados à IA:

- a) Privacidade: os sistemas de IA devem respeitar a privacidade dos indivíduos, tanto no que respeita à utilização de dados para o desenvolvimento desses sistemas quanto à necessidade de fornecer às pessoas eventualmente impactadas algum nível de ingerência sobre seus dados e sobre as decisões tomadas com base neles (Fjeld; Achten; Hilligoss; Nagy; Srikumar, 2020, p. 21-27).
- b) Prestação de contas (*accountability*): deve haver mecanismos que garantam a prestação de contas, a responsabilidade e a responsabilização decorrentes dos eventuais impactos ocasionados pelos sistemas de IA (Fjeld; Achten; Hilligoss; Nagy; Srikumar, 2020, p. 28-36).
- c) Confiabilidade (combinação de segurança e proteção): um sistema confiável apresenta *segurança*, na medida em que funciona como o esperado, e também se caracteriza pela *proteção*, pois não é vulnerável a ser comprometido por terceiros não autorizados (Fjeld; Achten; Hilligoss; Nagy; Srikumar, 2020, p. 37-40).

d) Transparência e explicabilidade: os sistemas de IA precisam permitir sua supervisão, inclusive por meio da tradução de suas operações em informações inteligíveis, bem como o fornecimento de informações sobre onde, quando e como eles estão sendo usados (Fjeld; Achten; Hilligoss; Nagy; Srikumar, 2020, p. 41-46).

e) Justiça e não discriminação: embora sempre tenham sido relevantes, os princípios relacionados à temática ganharam maior destaque diante de diversas situações que demonstram como a utilização de IA pode maximizar preconceitos e injustiças sociais, com o agravante de que tais violações passam a estar sob o manto de uma suposta decisão imparcial, porque tecnológica. Além disso, dadas as substanciais transformações que essa tecnologia pode produzir, seu planejamento, desenvolvimento e uso sempre devem ser orientados para maximizar a justiça e a inclusão social (Fjeld; Achten; Hilligoss; Nagy; Srikumar, 2020, p. 47-52).

f) Controle humano da tecnologia: decisões importantes devem permanecer sujeitas à revisão humana (Fjeld; Achten; Hilligoss; Nagy; Srikumar, 2020, p. 53-55).

g) Responsabilidade profissional: os indivíduos envolvidos no planejamento, desenvolvimento e uso de sistemas de IA têm um papel substancial nos impactos (positivos e negativos) que esses sistemas podem acarretar aos indivíduos e à coletividade, o que exige profissionalismo e integridade em sua atuação, para garantir que as partes interessadas apropriadas sejam consultadas, e os efeitos de longo prazo sejam planejados (Fjeld; Achten; Hilligoss; Nagy; Srikumar, 2020, p. 56-59).

h) Promoção de valores humanos: os princípios aqui reunidos estabelecem que os fins aos quais a IA é dedicada e os meios pelos quais é implantada devem corresponder aos valores fundamentais e buscar promover o bem-estar da humanidade (Fjeld; Achten; Hilligoss; Nagy; Srikumar, 2020, p. 60-63).

A própria OCDE⁹, que também tem monitorado as iniciativas de orientação e regulação da IA, publicou, em maio de 2019, o documento *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, que se identifica como o primeiro padrão intergovernamental para IA, com o objetivo declarado de “fomentar a inovação e a confiança na IA, por meio do incentivo à administração responsável de uma IA confiável, ao mesmo tempo em que garante o respeito pelos direitos humanos e valores democráticos” (OECD,

⁹ A OCDE, organização econômica fundada em 1961, conta com 38 países membros. Representantes desses e de outros países reúnem-se para trocar informações e alinhar políticas com o objetivo de potencializar o crescimento econômico. Por meio dessa cooperação, a OCDE tornou-se fonte de soluções para políticas públicas num mundo globalizado.

2022, p. 3, tradução nossa). A Recomendação busca, com foco específico em questões relacionadas à IA, estabelecer um padrão “implementável e suficientemente flexível para resistir ao teste do tempo neste campo em rápida evolução” (OECD, 2022, p. 3, tradução nossa).

O documento define padrões da OCDE para áreas como privacidade, segurança digital, gerenciamento de riscos e conduta empresarial responsável e já é uma das principais referências internacionais sobre o tema. Isso indica que os países, em alguma medida, se comprometeram a respeitar os princípios gerais relacionados à gestão responsável de uma IA confiável, elencados pela Recomendação da OCDE. Apesar de não integrar formalmente a organização, o Brasil foi um dos que se comprometeram a seguir a Recomendação.

Como se trata do primeiro conjunto de princípios com o qual um número significativo de governos e organizações (entre os quais o G20) se comprometeu, bem como por sua influência em diversas propostas feitas no Brasil, é relevante uma análise mais minuciosa desse documento.

Até por seu caráter orientativo-direcionador, a Recomendação da OCDE apresenta um texto propositadamente aberto, de natureza principiológica. Nele são indicados alguns conceitos considerados essenciais (*AI system*¹⁰, *AI system lifecycle*¹¹, *AI knowledge*¹², *AI actors*¹³ e *stakeholders*¹⁴), bem como cinco princípios orientadores fundamentais, que são complementares e devem ser considerados como um todo:

- a) Crescimento inclusivo, desenvolvimento sustentável e bem-estar: todas as partes interessadas devem envolver-se proativamente na administração responsável daquilo que se convencionou chamar de *IA confiável*, de forma a buscar resultados benéficos para as pessoas e para o planeta, como o aumento das capacidades humanas e o incremento da criatividade; a inclusão de populações sub-representadas; a redução de desigualdades econômicas, sociais, de gênero e de outras

¹⁰ “An AI system is a machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments. AI systems are designed to operate with varying levels of autonomy” (OECD, 2022, p. 7).

¹¹ “AI system lifecycle phases involve: i) ‘design, data and models’; which is a context-dependent sequence encompassing planning and design, data collection and processing, as well as model building; ii) ‘verification and validation’; iii) ‘deployment’; and iv) ‘operation and monitoring’. These phases often take place in an iterative manner and are not necessarily sequential. The decision to retire an AI system from operation may occur at any point during the operation and monitoring phase” (OECD, 2022, p. 7).

¹² “AI knowledge refers to the skills and resources, such as data, code, algorithms, models, research, know-how, training programmes, governance, processes and best practices, required to understand and participate in the AI system lifecycle” (OECD, 2022, p. 7).

¹³ “AI actors are those who play an active role in the AI system lifecycle, including organisations and individuals that deploy or operate AI” (OECD, 2022, p. 7).

¹⁴ “Stakeholders encompass all organisations and individuals involved in, or affected by, AI systems, directly or indirectly. AI actors are a subset of stakeholders” (OECD, 2022, p. 7).

naturezas; a proteção dos ambientes naturais, que possibilite o crescimento inclusivo, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar (OECD, 2022, p. 7).

b) Valores centrados no ser humano e na justiça: o planejamento, o desenvolvimento e o uso dos sistemas de IA devem respeitar o Estado de Direito, os direitos humanos e os valores democráticos, ao longo de todo o ciclo de vida desses sistemas. Essa preocupação inclui, por exemplo, valores como a liberdade, a dignidade e a autonomia; a privacidade e a proteção de dados; a não discriminação e a igualdade; a diversidade, a justiça social e os direitos trabalhistas reconhecidos internacionalmente. Para tornar isso possível, aqueles que têm um papel ativo no ciclo de vida da IA devem implantar salvaguardas, medidas e mecanismos de mitigação de risco adequados ao contexto e consistentes com o estado da arte, capazes de buscar a garantia desses valores (OECD, 2022, p. 7).

c) Transparência e explicabilidade: aqueles que atuam no ciclo de vida de IA devem comprometer-se com a transparência e a divulgação responsável dos sistemas de IA. Para isso, devem fornecer informações significativas, apropriadas ao contexto, consistentes com o estado da arte e capazes de: i) promover a compreensão geral dos sistemas de IA; ii) conscientizar as partes interessadas sobre suas interações com sistemas de IA, inclusive no local de trabalho; iii) permitir que os potencialmente afetados por um sistema de IA possam entender os resultados esperados; e iv) possibilitar que os afetados negativamente por um sistema de IA possam contestar tal situação com base em informações de fácil entendimento sobre os elementos e a lógica que serviram de base para a previsão, a recomendação ou a decisão tomada pela IA (OECD, 2022, p. 8).

d) Robustez, segurança e proteção: os sistemas de IA devem ser robustos, seguros e protegidos ao longo de todo o seu ciclo de vida para que – em condições de uso normal, uso previsível, uso indevido ou em outras condições adversas – funcionem adequadamente e não representem riscos de segurança não razoáveis. Para isso, os que têm papel ativo nos sistemas de IA devem garantir a rastreabilidade de conjuntos de dados, processos e decisões tomadas durante o ciclo de vida do sistema de IA, de forma a possibilitar a análise dos resultados gerados pela IA, bem como respostas a questionamentos, de modo adequado ao contexto e consistentes com o estado da arte. Além disso, espera-se que os denominados *atores de IA* – com base em seus papéis, contexto e capacidade de agir – ponham em prática uma abordagem sistemática e contínua de gerenciamento de risco em cada fase do ciclo de vida do sistema de IA visando minimizar riscos, inclusive

questões de privacidade, segurança digital e enviesamento (OECD, 2022, p. 8).

e) Prestação de contas e responsabilização (*accountability*): aqueles que têm papel ativo no ciclo de vida da IA devem ser responsáveis pelo bom funcionamento dos sistemas de IA e pelo adequado cumprimento dos princípios e orientações mencionados, sempre levando em consideração seus respectivos papéis, o contexto específico, bem como o estado da arte (OECD, 2022, p. 8).

Adicionalmente, o documento da OCDE faz cinco recomendações às autoridades governamentais com competência para decidir acerca das políticas sobre o tema, com especial atenção para as pequenas e médias empresas:

- a) Investir em pesquisa e desenvolvimento de IA: os governos deveriam considerar a necessidade de investimento público de longo prazo, bem como incentivar o investimento privado em pesquisa e desenvolvimento de IA, incluindo esforços interdisciplinares. Isso é necessário para estimular a inovação em IA confiável centrada tanto em questões técnicas desafiadoras quanto em implicações sociais, legais e éticas. Os governos também devem considerar a necessidade de investimento público e incentivo ao investimento privado para tornar disponíveis *datasets*¹⁵ abertos que sejam representativos e respeitem a privacidade e a proteção de dados, com o intuito de viabilizar um ambiente para pesquisa e desenvolvimento de IA livre de vieses inadequados, bem como para melhorar a interoperabilidade e o uso de padrões adequados (OECD, 2022, p. 8).
- b) Promover um ecossistema digital para IA: os governos deveriam promover o desenvolvimento e o acesso a um ecossistema digital

adequado ao desenvolvimento de uma IA confiável. Tal ecossistema inclui tecnologias, infraestrutura e mecanismos que possibilitem o compartilhamento apropriado de conhecimentos relacionados à IA (tanto habilidades como recursos – por exemplo, dados, códigos, algoritmos, modelos, pesquisa, know-how, treinamento, programas, governança, processos e melhores práticas) (OECD, 2022, p. 8-9).

c) Moldar um ambiente político favorável à IA: os governos deveriam construir um ambiente político capaz de efetivamente apoiar uma rápida transição do estágio de pesquisa e desenvolvimento para o estágio de implantação e operação de sistemas de IA confiáveis. Para isso, devem considerar a possibilidade de experimentação em ambientes controlados nos quais os sistemas de IA podem ser testados e apropriadamente ampliados. Além disso, os governos deveriam revisar e adaptar suas políticas e estruturas regulatórias, bem como seus mecanismos de avaliação aplicáveis, aos sistemas de IA, de modo a incentivar a inovação e a competição para o desenvolvimento de uma IA confiável (OECD, 2022, p. 9).

d) Fortalecer a capacidade humana e preparar as pessoas para a transformação do mercado de trabalho: os governos deveriam trabalhar em estreita colaboração com as partes interessadas no intuito de preparar toda a sociedade para a transformação do mundo do trabalho e da sociedade, principalmente em relação à capacitação e ao desenvolvimento das habilidades necessárias para que as pessoas possam efetivamente interagir com os sistemas de IA em toda a gama de aplicativos. Os governos deveriam tomar medidas, inclusive por meio do diálogo social, para garantir aos trabalhadores uma transição justa à medida que a IA é

¹⁵ Base ou conjunto de dados sobre cujos fundamentos os sistemas de IA efetuam suas análises.

implantada. Tais medidas podem incluir programas de treinamento ao longo da vida profissional, suporte e auxílio para as pessoas afetadas pelo desajuste em relação às inovações tecnológicas e o acesso a novas oportunidades no mercado de trabalho. Por fim, os governos também deveriam trabalhar em estreita colaboração com as partes interessadas para promover o uso responsável da IA nas atividades laborativas, melhorando a segurança dos trabalhadores e a qualidade dos empregos, fomentando o empreendedorismo e a produtividade, de forma a garantir que os benefícios da IA sejam compartilhados de maneira ampla e justa (OECD, 2022, p. 9).

e) Cooperação internacional para uma IA confiável: os governos deveriam cooperar ativamente para implantar os princípios indicados na Recomendação da OCDE e concretizar a administração responsável de uma IA confiável. Para isso, deveriam trabalhar com a OCDE e outros fóruns globais e regionais para promover o compartilhamento adequado do conhecimento de IA, encorajar a cooperação internacional e intersetorial, bem como as iniciativas de diferentes partes interessadas, visando reunir experiência de longo prazo em IA. Além disso, os governos deveriam promover o desenvolvimento, orientado por consenso, de padrões técnicos globais para uma IA *interoperável* e confiável, bem como de métricas internacionalmente comparáveis para avaliar a pesquisa, o desenvolvimento e a implantação de IA reunindo informações capazes de aferir o progresso na concretização dos princípios indicados pela OCDE (OECD, 2022, p. 9).

Percebe-se que a Recomendação se concentra em questões específicas de IA, pretendendo estabelecer um padrão implementável e suficientemente flexível para resistir ao teste do

tempo num campo de conhecimento sujeito a transformações e rápida evolução.

5 Panorama regulatório no Brasil

Seguindo a tendência global, nos últimos anos o Brasil apresentou algumas iniciativas de regulação específica da IA¹⁶:

- a) o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 21/2020, cuja aprovação naquela Casa com emendas substitutivas, levou a que outros projetos fossem considerados prejudicados (caso dos Projetos de Lei nºs 240/2020 e 1.969/2021);
- b) os Projetos de Lei do Senado Federal: o nº 5.051/2019 estabelece princípios para o uso da IA no Brasil¹⁷; o nº 5.691/2019 propõe uma Política Nacional de Inteligência Artificial; o nº 872/2021 dispõe sobre os marcos éticos e as diretrizes que fundamentam o desenvolvimento e o uso da inteligência artificial no País; e a minuta de substitutivo sobre inteligência artificial instruída pelo Ato do presidente do Senado nº 4/2022, aprovada em 1º/12/2022;
- c) as iniciativas do Poder Executivo federal por meio do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC): a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (Ebia), instituída pela Portaria MCTI nº 4.617, de 6/4/2021

¹⁶ Embora ainda não tenha uma regulação específica sobre IA, o ordenamento jurídico brasileiro tem normas que incidem sobre o tema, mesmo que de forma transversal. Apenas exemplificativamente: o tratamento de dados pessoais eventualmente efetuado pelos sistemas de IA precisam respeitar as determinações da LGPD (Lei nº 13.709/2018), assim como eventuais danos ocasionados pelo uso ou desenvolvimento de IA devem ser ressarcidos de acordo com as normas do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor, a depender do tipo de relação jurídica estabelecida entre os envolvidos.

¹⁷ Para uma análise minuciosa do PL nº 5.051/2019, ver o artigo de Parentoni, Valentini e Alves (2020).

e alterada pela Portaria MCTI nº 4.979, de 13/7/2021. Embora a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital/E-Digital – aprovada, em março de 2018, pelo Decreto nº 9.319/2018 e pela Portaria MCTIC nº 1.556/2018 – já alertasse para a importância de se tratar de maneira prioritária o tema da IA, o Poder Executivo, talvez em reação aos projetos de leis que começaram a tramitar no Congresso (Parentoni; Valentini; Alves, 2020, p. 5), decidiu programar estratégia específica para a IA: o financiamento de seis Centros de Pesquisas Aplicadas em Inteligência Artificial (Universidade de São Paulo; Universidade Federal de Minas Gerais; Universidade Estadual de Campinas; Centro Universitário Senai Cimatec, na Bahia; Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo; e Universidade Federal do Ceará) (MCTI [...], 2022).

6 Análise do Projeto de Lei nº 21/2020

Este trabalho propõe-se fazer uma análise mais detalhada – ainda que não exaustiva – do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 21/2020 (Brasil, 2020), em vista da sua aprovação nessa Casa legislativa, seu encaminhamento para a apreciação do Senado Federal e principalmente as mudanças relevantes sofridas durante sua tramitação. A despeito das diversas iniciativas de ambas as Casas do Congresso Nacional, trata-se do primeiro – e o único, até o momento deste estudo – projeto de lei a ser debatido e aprovado numa das Casas e com possibilidade de tornar-se a futura normatização sobre o tema após mudanças que provavelmente serão propostas pelo Senado, com a recente juntada do relatório final da Comissão de juristas sobre a minuta de substitutivo dos PLs nºs 5.051/2019, 21/2020 e 872/2021.

Preliminarmente, importa ressaltar que a tramitação do projeto em caráter de urgência e sua rápida aprovação provocaram muitas críticas, sobretudo porque isso teria impossibilitado uma discussão mais aprofundada sobre o tema, bem como excluído dos debates e da elaboração do PL os principais especialistas da área no País (Nogueira, 2021).

6.1 Escopo do Projeto de Lei

Na versão final do PL enviada ao Senado, a ementa indica que a proposta pretende estabelecer “fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências”, o que é seguido de forma muito similar pelo art. 1º: “Esta Lei estabelece fundamentos e princípios para o desenvolvimento e

a aplicação da inteligência artificial no Brasil e diretrizes para o fomento e a atuação do poder público nessa área” (Brasil, 2020).

Destaque-se o aprimoramento desse texto ao longo dos debates: a proposta inicial mencionava, em vários trechos, apenas a preocupação com o *uso* da IA, expressão substituída por *desenvolvimento e aplicação* da IA tanto na ementa quanto nos artigos.

Embora possa parecer mera modificação terminológica, a preocupação não apenas com o uso ou as aplicações da IA mas também com todo o seu ciclo de vida permite que temas como ética, privacidade, inclusão, não discriminação e demais valores sociais considerados relevantes possam ser levados em conta em todo o processo de engenharia da IA, desde os primeiros estágios de *design* até sua efetiva aplicação. De modo similar à ideia de *privacy by design*¹⁸ (privacidade desde a concepção, adotada em boa parte das legislações relacionadas à privacidade e proteção de dados pessoais¹⁹), pode-se falar em *ethics by design*, *inclusion by design*, entre outros.

A IA ultrapassa a função de mera ferramenta, visto que tem aumentado sua interação com os seres humanos de modo cada vez mais autônomo, o que amplia a possibilidade de riscos expressivos e até de consequências imprevisíveis. Dado que ela pode atuar como agente influenciador e até tomador de decisões, devem-se estimular modelos de *design sensíveis a valores*

(Magrani, 2019, p. 264) considerados essenciais, como direitos humanos, democracia, equidade.

Esses aspectos estão presentes nos arts. 1º, 2º e 3º do relatório do substitutivo do Senado Federal (Brasil, 2022c, p. 15-16). Nele, fundamentos como a centralidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade, a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento sustentável têm como fulcro “proteger os direitos fundamentais e garantir a implantação de sistemas seguros e confiáveis, em benefício da pessoa humana, do regime democrático e do desenvolvimento científico e tecnológico”. Enfatiza-se a necessidade de uma abordagem proativa em relação a esses valores no próprio desenvolvimento dos projetos de IA, como sugerido pela minuta do substitutivo – no PL nº 21/2020, a centralidade do ser humano não está afirmada satisfatoriamente –, em vez de um viés meramente reativo, corretivo, punitivo ou compensatório.

6.2 Um conceito de inteligência artificial

Há significativa diferença entre a definição de *sistema de inteligência artificial* apresentada inicialmente no PL – “sistema baseado em processo computacional que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões e recomendações ou tomar decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais” (Brasil, 2020) – e esta versão final²⁰:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se sistema de inteligência artificial o sistema baseado em processo computacional que, a partir de um conjunto de objetivos definidos por humanos,

¹⁸ Conceito cunhado por Ann Cavoukian, quando ainda ocupava o cargo de *information and privacy commissioner* em Ontário (Canadá) (Resolution [...], 2010).

¹⁹ O autor defende que essa ideia mas com outra denominação está prevista no § 2º do art. 46 da LGPD, o qual estabelece que os agentes de tratamento de dados “devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito”, e que “as medidas de que trata o *caput* deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução” (Brasil, [2022a], grifo nosso).

²⁰ Além disso, incluíram-se diversos termos e conceitos relativos à AI, como “ciclo de vida do sistema”, “agentes de”, “conhecimento em”, “relatório de impacto de”, “partes interessadas”. Embora tais expressões estejam presentes em outras partes do projeto substitutivo, suas definições foram excluídas.

pode, por meio do processamento de dados e de informações, aprender a perceber e a interpretar o ambiente externo, bem como a interagir com ele, fazendo previsões, recomendações, classificações ou decisões, e que utiliza, sem a elas se limitar, técnicas como:

I – sistemas de aprendizagem de máquina (*machine learning*), incluída aprendizagem supervisionada, não supervisionada e por reforço;

II – sistemas baseados em conhecimento ou em lógica;

III – abordagens estatísticas, inferência bayesiana, métodos de pesquisa e de otimização.

Parágrafo único. Esta Lei não se aplica aos processos de automação exclusivamente orientados por parâmetros predefinidos de programação que não incluam a capacidade do sistema de aprender a perceber e a interpretar o ambiente externo, bem como a interagir com ele, a partir das ações e das informações recebidas (Brasil, 2020).

Como assinalou a análise do problema apontado por Scherer (2016), não existe consenso acerca do conceito de IA. A mudança de definição no PL foi proposta sob a argumentação de que o texto original – claramente influenciado pela Recomendação sobre Inteligência Artificial da OCDE – continha uma conceituação muito aberta e abrangente, que poderia abarcar sistemas computacionais menos sofisticados, sem as tipicidades das tecnologias de IA, o que tornaria a proposta original mais *sobreinclusiva* que a versão final. Assim, nos moldes da proposta de Regulamento de IA da União Europeia, propôs-se um conceito mais restrito e um rol exemplificativo de algumas técnicas computacionais compreendidas como IA, na expectativa de reduzir ambiguidades na aplicação da futura lei.²¹

De fato, a proposta da Comissão Europeia afirma que

[a] definição de “sistema de IA” deve ser inequívoca, para assegurar a segurança jurídica, concedendo em simultâneo a flexibilidade suficiente para se adaptar a futuras evoluções tecnológicas. A definição deve basear-se nas principais características funcionais do software, em particular a capacidade, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos pelos seres humanos, de criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões que influenciam o ambiente com o qual o sistema interage, quer numa dimensão física, quer digital. [...] A definição de “sistema de IA” deve ser completada por uma lista de técnicas e abordagens específicas utilizadas para o seu desenvolvimento, que deve ser atualizada face à evolução do mercado e da tecnologia, mediante a adoção de atos delegados da Comissão que alterem essa lista (União Europeia, 2021).

Essa conceituação mais ampla, mesmo que orientada por exemplos, parece prestigiar a possibilidade de adoção de marcos regulatórios setoriais. Ou seja: cria-se uma lei geral de regulação da IA, de cunho mais principiológico e orientativo, sem que isso impeça a compatibilidade com normas (existentes ou futuras) de cada setor específico, de modo que se possam atender às demandas e características de cada segmento²².

A despeito de o PL nº 21/2020 ter avançado numa conceituação mais ampla, mencione-se o esforço para a definição de IA apresentada pela minuta do substitutivo (art. 4º), na qual se verifica um conceito mais amplo e principiológico, tendente a compatibilizar-se com marcos regulatórios setoriais. Contudo, ressalva-se o tratamento da IA de forma genérica devido aos riscos de superposições ou conflitos regulatórios, e defende-se como solução alguma forma de coordenação geral entre os setores.

²¹ Conforme debates na Sessão Deliberativa Extraordinária da Câmara dos Deputados em 29/9/2021.

²² Conforme debates em sessão deliberativa extraordinária da Câmara dos Deputados em 29/9/2021.

6.3 Objetivos da IA

O art. 3º contém diversos objetivos²³ que devem nortear o uso e o desenvolvimento da IA, e boa parte deles já está prevista no ordenamento jurídico – embora, obviamente, não se refira à IA – ou nos documentos internacionais que tratam do tema.

Art. 3º A aplicação de inteligência artificial no Brasil tem por objetivo o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como:

I – a promoção do desenvolvimento econômico sustentável e inclusivo e do bem-estar da sociedade;

II – o aumento da competitividade e da produtividade brasileira;

III – a inserção competitiva do Brasil nas cadeias globais de valor;

IV – a melhoria na prestação de serviços públicos e na implementação de políticas públicas;

V – a promoção da pesquisa e desenvolvimento com a finalidade de estimular a inovação nos setores produtivos; e

VI – a proteção e a preservação do meio ambiente (Brasil, 2020).

A CRFB, desde as mudanças promovidas pela Emenda Constitucional (EC) nº 85/2015, passou a reforçar a relação necessária entre ciência, tecnologia e inovação (CT&I), estabeleceu

²³ Na proposta original, os objetivos elencados no art. 5º eram razoavelmente diferentes, pois consistiam na promoção: “I – da pesquisa e do desenvolvimento da inteligência artificial ética e livre de preconceitos; II – da competitividade e do aumento da produtividade brasileira, bem como da melhoria na prestação dos serviços públicos; III – do crescimento inclusivo, do bem-estar da sociedade e da redução das desigualdades sociais e regionais; IV – de medidas para reforçar a capacidade humana e preparar a transformação do mercado de trabalho, à medida que a inteligência artificial é implantada; e V – da cooperação internacional, com o compartilhamento do conhecimento de inteligência artificial e a adesão a padrões técnicos globais que permitam a interoperabilidade entre os sistemas” (Brasil, 2020).

novos mecanismos de fomento ao setor e valorizou a articulação entre entes públicos e privados nas diversas esferas de governo, inclusive com a criação do Sistema Nacional de CT&I (SNCTI) para auxiliar nessa integração. Tais mudanças abriram caminho para a aprovação da Lei nº 13.243/2016, conhecida como *Novo marco legal de ciência, tecnologia e inovação*, regulamentada pelo Decreto nº 9.283/2018, que, por meio da alteração significativa de diversas leis, buscou dar novo direcionamento ao setor de CT&I, com especial destaque para a simplificação de processos, a descentralização do fomento e para a interação de governo, empresas e as chamadas *instituições científicas, tecnológicas e de inovação* (ICTs), visando, entre outros objetivos, ao desenvolvimento científico e tecnológico e ao consequente aumento da produtividade e da competitividade brasileira.

Por outro lado, a preocupação com a busca de equilíbrio entre o desenvolvimento técnico (econômico, científico ou tecnológico) e o desenvolvimento humano e social, com especial enfoque no bem-estar e na diminuição das injustiças sociais (econômicas, ambientais, laborativas etc.) perpassa toda a CRFB – caso dos objetivos fundamentais dispostos no art. 3º; da indicação dos valores da justiça social, da defesa do meio ambiente, da função social da propriedade, entre outros, como determinantes da ordem econômica; ou a referência do art. 193 ao bem-estar e à justiça como objetivos da ordem social (Brasil, [2023]).

Por conseguinte, o conceito de *desenvolvimento* utilizado no PL talvez pudesse estar alinhado a uma concepção mais atual e abrangente. Conforme Sen (2000, p. 17),

[p]rocuramos demonstrar que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. O enfoque nas liberdades

humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto, ou industrialização. O crescimento do PNB pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como os serviços de educação e saúde e os direitos civis.

O texto final do PL, porém, atrela o termo – em suas 16 menções – ou à questão operacional (desenvolvimento e aplicação da inteligência artificial) ou a algum aspecto técnico ou econômico (desenvolvimento científico e tecnológico ou desenvolvimento econômico), como ocorre no art. 3º. É verdade que se adicionou ao critério econômico (art. 3º, I) a qualificação *sustentável e inclusivo*, ampliando um pouco sua aceção. Contudo, na própria CRFB, a noção de *desenvolvimento* não diz respeito exclusivamente a questões monotemáticas (sejam econômicas ou técnicas); tem sentido bem mais abrangente ao considerar diversos outros temas de relevância para o ser humano. De acordo com Nusdeo (2002, p. 19, grifos nossos),

[j]á na atual Constituição de 1988, a expressão perdeu o seu qualificativo econômico para aparecer de maneira mais ampla e correta como desenvolvimento nacional (art. 3º, II), quedando-se, pois, fora do Título VII dedicado à Ordem Econômica e Financeira. Como já acima assinalado, o *desenvolvimento* não pode ser restringido ao campo puramente econômico, *devendo abarcar necessariamente o institucional, o cultural, o político e todos os demais*. [...] Assim, investimentos em setores sociais como educação, saúde, habitação, se, num primeiro momento, parecem desviar recursos das aplicações diretamente produtivas ou econômicas, como estradas, usinas e poços de petróleo, na realidade irão poupar um conjunto muito severo de custos a se manifestarem logo adiante pela queda de produtividade da mão de obra, pelo aumento da criminalidade, pelo solapamento da coesão

social e tantos outros. Aliás, tem sido a constatação destes custos o que tem levado a se repensar o conceito e as manifestações do desenvolvimento.

Além disso, apesar de o art. 3º se referir a outros valores sociais relevantes já presentes na CRFB (como a proteção e a preservação do meio ambiente), a escolha de apenas alguns valores em detrimento de outros pode eventualmente ser criticada. Mesmo que se alegue não se tratar de rol taxativo, por que não incluir a promoção da educação e inclusão digital, a redução das desigualdades sociais e regionais²⁴, a elevação da qualidade de vida dos cidadãos, o incremento da liberdade política, o aumento da adequação/funcionalidade das instituições ou qualquer outro tema que se considere relevante para o desenvolvimento da humanidade?

Ao apontar como objetivos “proteger os direitos fundamentais e garantir a implementação de sistemas seguros e confiáveis, em benefício da pessoa humana, do regime democrático e do desenvolvimento científico e tecnológico” (Brasil, 2022c, p. 15-16), os objetivos traçados no art. 1º da minuta do substitutivo do Senado Federal, com a inclusão do termo *direitos fundamentais*, contempla os valores sociais relevantes em sua integralidade e faz com que o conceito de *desenvolvimento* abranja outros campos, além do puramente econômico.

6.4 Fundamentos da IA

Quando comparado à sua versão original – que tinha apenas cinco incisos –, o art. 4º do PL foi substancialmente ampliado, com a indicação de diversos “fundamentos” para o uso e desenvolvimento da IA. De forma similar ao já mencionado na seção anterior, boa parte desses

²⁴ Sugestões feitas pelo Laboratório de Políticas Públicas e Internet (Lapin) (Inteligência [...], [201-]).

fundamentos já está prevista no ordenamento jurídico, embora não se refira à IA.

Contudo, em especial num assunto tão novo e com riscos indetermináveis, a futura lei deveria fazer a adequada diferenciação entre *fundamentos* e *objetivos*. Bastos (2000, p. 159-160) afirma que os *fundamentos* são inerentes ao tema a que se referem, fazem parte de sua estrutura, ao passo que os *objetivos* correspondem a algo exterior que deve ser perseguido. A falta de diferenciação é evidente quando, por exemplo, a questão do desenvolvimento científico, tecnológico e inovação aparece tanto como objetivo (art. 3º, *caput*, V) quanto como fundamento (art. 4º, I) da IA. Esse problema repete-se na minuta do substitutivo do Senado Federal no art. 1º, que expõe os objetivos, e no art. 2º, VI, que aborda os fundamentos (Brasil, 2020, 2022c).

Apesar dessa crítica, há que se elogiar a inclusão de valores essenciais no rol de fundamentos da IA tanto no PL quanto na minuta do substitutivo do Senado, pois, seguindo a linha defendida por Bastos (2000), entende-se que temas como ética e não discriminação (que na proposta original do PL estavam elencados como objetivos), bem como direitos humanos e garantias fundamentais, valores democráticos, inclusão, liberdade de pensamento e expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação devem ser considerados integrantes de sua estrutura, reforçando a ideia de uma IA centrada no ser humano (como previsto no art. 5º, II, do PL, em que é considerado *princípio*, e no art. 2º, I, na minuta do substitutivo em que é tido como *fundamento*), tornando obrigatória a exigência de modelos de *design* sensíveis a valores, conforme se mencionou na seção 6.1.

Todavia, entre outros aspectos, o estímulo à autorregulação²⁵ não seria fundamento da

IA, pois pode ser adequado para determinados setores ou momentos e inadequado para outros. Assim, parece mais apropriado indicá-lo como um objetivo – que pode ser afastado em determinadas situações, quando sopesado por outros objetivos ou valores relevantes –, caso se compreenda que essa é a escolha política adequada²⁶. Esse argumento é reforçado pelo fato de o estímulo à autorregulação não se ter incluído como fundamento na minuta do substitutivo do Senado, embora essa inclusão tenha sido defendida por diferentes expositores na formulação do documento.

6.5 Princípios da IA

O art. 5º evidencia o caráter principiológico intentado pelo PL nº 21/2020, o que também ocorria no texto original, conforme previa o antigo art. 6º. Essa orientação repete-se no art. 3º da minuta do substitutivo do Senado. A busca de uma normatização principiológica tem sido a tendência mundial e reflete-se nas propostas de normas no País. Aliás, a preferência por princípios e conceitos jurídicos indeterminados em detrimento de regras tem sido elogiada por especialistas quando o tema da regulação se relaciona com tecnologias inovadoras e em constante evolução (Parentoni; Valentini; Alves, 2020). Tal escolha técnica possibilita algum nível de orientação estatal na defesa de valores jurídicos

da regulação por ser exercida pelos próprios agentes de mercado” e “engloba três características: (i) a imposição de regras desenvolvidas pelos próprios regulados; (ii) a coletividade do fenômeno, visto ser fruto de uma organização estabelecida para o fim de autorregular o grupo; e (iii) o caráter privado, já que não decorre diretamente do Estado” (Pinheiro; Soares, 2022, p. 234-235).

²⁶ Até mesmo representantes do setor privado têm demonstrado ceticismo sobre a capacidade de autorregulação, ao menos em algumas situações. Brad Smith, presidente da Microsoft, afirmou que a regulação governamental é necessária e que não acredita que “o mundo será mais bem servido por uma corrida comercial” na qual as empresas de tecnologia sejam “forçadas a escolher entre responsabilidade social e sucesso de mercado” (Smith, 2018, tradução nossa).

²⁵ “A autorregulação, também compreendida como espécie de coordenação do mercado, diferencia-se essencialmente

relevantes, mas evita um engessamento excessivo capaz de desestimular o desenvolvimento tecnológico e a inovação que, em última análise, colaboram substancialmente para o desenvolvimento tanto econômico quanto social.

Fica clara aqui a influência da *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence* da OCDE (OECD, 2022), que – conforme se apontou na seção 4.1 – é uma das principais referências internacionais sobre o tema e foi subscrita pelo Brasil. Mesmo que todos os princípios e recomendações indicados naquele documento não estejam previstos no art. 4º, a análise do PL nº 21/2020 evidencia que eles inspiraram fortemente tanto a redação do dispositivo que trata dos princípios da IA quanto de todo o texto, apesar de algumas diferenças relevantes.

6.6 Diretrizes para o Poder Público e responsabilidade dos agentes

No art. 6º do PL (Brasil, 2020), há uma evidente preocupação de orientar a futura atividade regulatória relacionada ao tema da IA, com a intenção, ao menos em parte, de não inibir o desenvolvimento tecnológico e a inovação, além de respeitar as singularidades de cada segmento, bem como os riscos de cada tipo de atividade.

Contudo, alguns aspectos merecem destaque, como o fato de o princípio da prestação de contas e da responsabilização (*accountability*), indicado pela OCDE, principalmente em seu segundo aspecto, ter sido deslocado do art. 6º, VI, do texto original, no qual era classificado como um dos princípios da IA, para o art. 7º, VI, como uma *diretriz* para o Poder Público, determinando, como regra, a responsabilidade subjetiva. É verdade que, no próprio inciso VI, bem como nos §§ 3º e 4º, faz-se a ressalva de que, havendo disposição legal em outro sentido, como ocorre nos casos de relação de consumo ou na

prestação de serviços públicos, a responsabilização dos agentes seguirá a respectiva previsão legal. Entretanto, a discussão sobre a questão da responsabilidade por danos causados pela IA é extremamente complexa, porque os eventuais danos decorrentes de falhas no algoritmo de programação, nas amostras de dados utilizados para a aprendizagem de máquina ou de outros fatores dependem dos diferentes contextos em que a IA pode ser utilizada.²⁷

A definição da responsabilidade civil subjetiva como o regime padrão aplicável aos danos causados por sistemas de IA fez com que um grupo de juristas brasileiros encaminhasse uma carta ao Senado Federal, externando sua preocupação com a dificuldade de as vítimas de danos causados por IA obterem a devida reparação. Em vista disso, sugerem nova redação para o inciso VI do art. 6º:

responsabilidade: normas sobre responsabilidade dos agentes que atuam na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial devem, salvo disposição legal em contrário, levar em consideração a *tipologia* da inteligência artificial, o *risco gerado* e seu *grau de autonomia* em relação ao ser humano, além da *natureza dos agentes* envolvidos, a fim de se *determinar, em concreto, o regime de responsabilidade civil aplicável* (Especialistas [...], 2021, grifos nossos).

Em virtude de tais preocupações, o relatório da minuta do substitutivo do Senado apresentou, entre vários outros princípios aplicáveis aos sistemas de inteligência artificial, a necessidade de prestação de contas e de reparação integral de danos (art. 3º, X). No mesmo sentido, determinou que o fornecedor ou operador de sistema de IA que cause dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, é obrigado a repará-lo de

²⁷ Para um aprofundamento sobre o tema, ver Teffé e Medon (2020).

modo integral independentemente do grau de autonomia do sistema. Além disso, indicou que, em casos de sistemas de IA de alto risco ou de risco excessivo, o fornecedor ou operador tem responsabilidade objetiva pelos danos causados, na medida de sua participação no dano. Nos sistemas de baixo risco, indicou a responsabilidade subjetiva, mas com dano presumido de inversão do ônus da prova em favor da vítima (art. 27). Todavia, ressaltou que as hipóteses de responsabilização civil decorrentes de danos causados no âmbito das relações de consumo permanecerão sujeitas às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor (Brasil, 2022c, art. 29).

Quanto à intervenção subsidiária apriorística, até mesmo representantes de grandes empresas do setor de tecnologia demonstram certo ceticismo acerca da escolha da autorregulação como regra. Se, por um lado, na presente quadra histórica se advoga por um Estado gerencial em vez de um Estado interventivo, por outro, a predeterminação de que regras específicas devem ser estabelecidas “apenas quando absolutamente necessárias” pode desequilibrar o pêndulo desnecessariamente no sentido contrário, ao restringir demasiada e antecipadamente a atuação do Poder Público.

6.7 Diretrizes para o fomento de IA pelos entes federativos

Boa parte das determinações do art. 7º sobre as diretrizes para o fomento de IA pelos entes federativos – apesar de direcionadas para questões específicas de IA, como o estímulo a práticas pedagógicas inovadoras – está, em alguma medida, relacionada ao escopo regulatório de CT&I, que tem sido implantado ao menos desde a EC nº 85/2015.

Embora apresente novos desafios, a preocupação com a capacitação e a preparação das pessoas para a reestruturação do mercado de

trabalho, prevista no inciso V, também já está presente no ordenamento desde a CRFB, cujo art. 7º, XXVII, firma a necessidade de o Estado garantir proteção aos trabalhadores em face da automação (Brasil, [2023]).

6.8 Competência legislativa e *vacatio legis*

A proposta substitutiva retirou por completo a ideia de um artigo como o art. 9º da proposta original, que tratava especificamente dos deveres dos agentes de IA. O novo art. 8º, II, determina que direitos, deveres e responsabilidades serão regulamentados pelo Poder Executivo federal, por meio dos órgãos e entidades setoriais com competência técnica na matéria, cabendo a eles também monitorar a gestão de risco das atividades com IA, bem como creditar instituições que promovam a autorregulação.²⁸

Merece destaque o debate acerca da possibilidade de instituição de uma agência reguladora ou órgão/entidade similar com atribuições regulatórias especificamente relacionadas à IA. Embora não esteja previsto nada similar no PL nº 21/2020, pode-se cogitar – nos moldes do que se fez em relação à proteção de dados pessoais com a ANPD²⁹ – da criação de uma instituição,

²⁸ “Art. 8º As diretrizes de que tratam os arts. 6º e 7º desta Lei serão aplicadas conforme regulamentação do Poder Executivo federal por órgãos e entidades setoriais com competência técnica na matéria, os quais deverão: I – monitorar a gestão do risco dos sistemas de inteligência artificial, no caso concreto, avaliando os riscos da aplicação e as medidas de mitigação em sua área de competência; II – estabelecer direitos, deveres e responsabilidades; e III – reconhecer instituições de autorregulação” (Brasil, 2020).

²⁹ A ANPD é o órgão da administração pública federal responsável por zelar pela proteção de dados pessoais e por implantar e fiscalizar o cumprimento da LGPD no Brasil. Assim, a missão institucional da ANPD é assegurar a mais ampla e correta observância da LGPD no Brasil, garantindo a devida proteção aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. A própria LGPD prevê diversas competências e atribuições, desde “elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade”, fiscalizar e aplicar sanções em caso de descumprimento da lei, até promover o conhecimento da população sobre as

que, composta por representantes de diversos segmentos sociais e com expertise no assunto, possa direcionar os esforços de regulação do setor. Dois fundamentos principais das agências reguladoras podem contribuir para a adequada regulação da IA: a) a despolitização do tema, para conferir tratamento técnico e maior segurança jurídica ao setor; e b) a necessidade de celeridade na regulação de área de conhecimento que se desenvolve em velocidade incompatível com o tempo das decisões legislativas regulares, que supõem um debate muito mais moroso.

Diversos problemas relacionados à regulação – indicados na seção 3 – talvez possam ser minimizados, mas não eliminados, por meio de uma “autoridade” técnica com maior agilidade de atuação, responsável tanto pela criação de normas e fiscalização como por uma política de certificação de conformidade. Há, inclusive, quem proponha a criação de um sistema de responsabilização civil limitada por meio de um fundo responsável pelas indenizações e administrado por esse tipo de órgão (Scherer, 2016, p. 393-397).

Após posicionamentos diversos sobre a criação de uma entidade reguladora, a minuta do substitutivo do Senado avançou em relação ao tema. O art. 32 determina que o Poder Executivo designará autoridade competente para zelar pela implantação e fiscalização da IA, especifica suas atribuições nos incisos, e define que ela será o órgão central responsável pela aplicação da futura lei e pelo estabelecimento de normas e diretrizes para sua implementação (art. 33). Ademais, para facilitar as competências regulatórias, fiscalizatórias e sancionatórias, estabelece (art. 32, § 1º) a obrigação de cooperação técnica com setores específicos da atividade econômica e a necessidade de consultas públicas (art. 35)

antes da edição de quaisquer regulamentos ou normas pela autoridade competente (Brasil, 2022c).

Contudo, a criação desse tipo de órgão ou entidade precisa superar diversos entraves tanto políticos quanto técnicos, como a definição de sua composição e estrutura, os custos de programação e manutenção, as dificuldades de dirimir os conflitos de competência surgidos em situações concretas. Isso talvez justifique a aparente predominância da visão – ao menos no setor político – de se incentivar a regulação setorial por meio das agências já existentes, em vez de se criar uma nova entidade. São nesse sentido as declarações da relatora do PL nº 21/2020, a deputada Luisa Canziani:

Quem é o melhor órgão para falar das questões financeiras? É o Banco Central. Quem é o melhor órgão para falar das questões de aviação? É a Anac. Quem é o melhor órgão para falar das questões de saúde e medicamentos? A Anvisa. Então o que nós vamos fazer na lei não é criar uma outra agência para falar de inteligência artificial, nós vamos dar instrumentos para os organismos já existentes para balizar a inteligência artificial (Canziani, 2021).

Por fim, tanto o art. 9º quanto o 10 não demandam maiores esclarecimentos. O primeiro determina que compete privativamente à União legislar sobre IA evitando que estados, Distrito Federal ou municípios tentem editar normas, como ocorreu nos episódios relacionados à proteção de dados pessoais (Múltiplas [...], 2019); e o segundo indica tão somente que será de 90 dias o período de *vacatio legis* (Brasil, 2020).

7 Considerações finais

Este trabalho dedicou-se ao estudo da regulação jurídica da IA no Brasil. Apresentou-se

normas e políticas de proteção de dados pessoais (Brasil, [2022a]).

um panorama de sua regulação no mundo, seguido pelas principais iniciativas regulatórias no País, pela análise detalhada do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 21/2020 e de breve contraponto entre esse PL e a minuta do substitutivo do Senado Federal.

A hipótese adotada no trabalho é de que a opção por um conceito mais amplo de regulação permite considerar melhor os fatores que podem exercer influência significativa na regulação do comportamento humano, além de possibilitar a busca de estratégias e instrumentos mais adequados para lidar com as singularidades do desenvolvimento tecnológico, em especial com as complexidades e dificuldades representadas pela IA.

O Brasil tem buscado alinhar-se, ao menos em parte, à visão principiológica apontada pela Recomendação da OCDE, o que enfatiza a preocupação com o desenvolvimento sustentável da IA, centrada em valores de respeito aos seres humanos e à ideia de justiça.

Conquanto seja louvável a preocupação de que essa regulação ocorra de forma célere, as propostas apresentadas, em especial o PL nº 21/2020, sofrem significativas críticas devido à ausência de um debate mais amplo, especialmente da participação da academia, de especialistas do setor e de representações de segmentos sociais que podem vir a ser seriamente afetados pela tecnologia, fato para o qual o Senado atentou ao criar uma comissão de juristas para a elaboração da minuta do substitutivo e ao promover reuniões, seminários e audiências públicas em diversos eixos temáticos para o amadurecimento da discussão.

A regulação da IA é tema estratégico para qualquer país e precisa ser realizada na adequada medida: feita de forma excessiva, pode reduzir a autonomia dos indivíduos, inviabilizar atividades produtivas, e dificultar não apenas os avanços tecnológicos e científicos mas também a inovação e o desenvolvimento econômico e social; por outro lado, a regulação insuficiente pode ocasionar concentração e abuso de poder econômico, aumentar a assimetria informacional, dificultar a concretização da justiça social, o respeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais.

Cabe à sociedade brasileira, com a efetiva participação dos diferentes segmentos sociais, identificar de que forma pretende estimular o desenvolvimento da IA e estabelecer os limites para o respeito aos valores sociais relevantes.

Sobre os autores

Leonardo Figueiredo Barbosa é doutor e mestre em Direito e especialista em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutor e

mestre em Filosofia e bacharel em Direito pela UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. E-mail: lfb.oab@gmail.com

Caroline da Rosa Pinheiro é doutora pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professora de Direito Empresarial da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil. E-mail: caroline.ufjf@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

BARBOSA, Leonardo Figueiredo; PINHEIRO, Caroline da Rosa. Inteligência artificial no Brasil: avanços regulatórios. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 11-41, out./dez. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p11

(APA)

Barbosa, L. F., & Pinheiro, C. da R. (2023). Inteligência artificial no Brasil: avanços regulatórios. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(240), 11-41. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p11

Referências

ANSLOW, Louis. Robots have been about to take all the jobs for more than 200 years. *Medium*, [s. l.], May 16, 2016. Disponível em: <https://timeline.com/robots-have-been-about-to-take-all-the-jobs-for-more-than-200-years-5c9c08a2f41d>. Acesso em: 26 set. 2023.

ARTIFICIAL intelligence: threats and opportunities. *European Parliament News*, [s. l.], 20 June 2023. Society. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20200918STO87404/artificial-intelligence-threats-and-opportunities>. Acesso em: 26 set. 2023.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias?: os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66659>. Acesso em: 26 set. 2023.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BIERNATH, André. Inteligência artificial está salvando vidas nos hospitais brasileiros. *VEJA Saúde*, [s. l.], 29 jul. 2019. Medicina. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/inteligencia-artificial-esta-salvando-vidas-nos-hospitais-brasileiros>. Acesso em: 26 set. 2023.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 21, de 2020*. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 26 set. 2023.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2023.

_____. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 26 set. 2023.

_____. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 26 set. 2023.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA*. [Brasília, DF]: MCTI, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ebia-diagramacao_4-979_2021.pdf. Acesso em: 26 set. 2023.

_____. Senado Federal. *Ato do Presidente do Senado Federal nº 4, de 2022*. Institui Comissão de Juristas responsável por subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo para instruir a apreciação dos Projetos de Lei nºs 5.051, de 2019, 21, de 2020, e 872, de 2021 [...]. Brasília, DF: Senado Federal, 2022b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/152136>. Acesso em: 26 set. 2023.

_____. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável por subsidiar elaboração de Substitutivo sobre inteligência artificial no Brasil. *Relatório final*. Brasília, DF: Senado Federal, 2022c. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9221643&ts=1679601924437&disposition=inline&_gl=1. Acesso em: 26 set. 2023.

BROWNSWORD, Roger; SCOTFORD, Eloise; YEUNG, Karen. Law, regulation, and technology: the field, frame, and focal questions. In: _____ (ed.). *The Oxford handbook of law, regulation and technology*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 3-38. (Oxford Handbooks).

CALO, Ryan. Artificial intelligence policy: a primer and roadmap. *University of California Davis Law Review*, Davis, CA, v. 51, n. 2, p. 399-435, Dec. 2017. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uw.edu/faculty-articles/640/>. Acesso em: 26 set. 2023.

CANDELON, François; DI CARLO, Rodolphe Charmé; DE BONDT, Midas; EVGENIOU, Theodoros. AI regulation is coming: how to prepare for the inevitable. *Harvard Business Review*, [s. l.], Sept./Oct. 2021. Disponível em: <https://hbr.org/2021/09/ai-regulation-is-coming>. Acesso em: 26 set. 2023.

CANZIANI, Luisa. Marco Legal da IA: intenção é que seja aprovado ainda neste ano, diz relatora. [Entrevista cedida a] João Porto. *JOTA*, [s. l.], 11 ago. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/marco-legal-da-ia-relatora-11082021>. Acesso em: 26 set. 2023.

CORTEZ, Nathan. Regulating disruptive innovation. *Berkeley Technology Law Journal*, Berkeley, CA, v. 29, n. 1, p. 175-228, May 2014. DOI: <https://doi.org/10.15779/Z38NM5G>. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1126204>. Acesso em: 26 set. 2023.

ERTEL, Wolfgang. *Introduction to artificial intelligence*. 2nd ed. Cham: Springer International Publishing, 2017. (Undergraduate Topics in Computer Science, 1863-7310).

ESPECIALISTAS criticam responsabilidade subjetiva prevista no PL do marco da IA. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 27 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-27/especialistas-questionam-artigo-pl-marco-legal-ia>. Acesso em: 26 set. 2023.

ESTADOS-MEMBROS da UNESCO aprovam o primeiro acordo mundial sobre ética da inteligência artificial. *UNESCO Notícias*, [s. l.], 25 nov. 2021. Disponível em: <https://pt.unesco.org/news/estados-membros-da-unesco-aprovam-o-primeiro-acordo-mundial-etica-da-inteligencia-artificial>. Acesso em: 26 set. 2023.

FJELD, Jessica; ACHTEN, Nele; HILLIGOSS, Hannah; NAGY, Adam Christopher; SRIKUMAR, Madhulika. *Principled artificial intelligence: mapping consensus in ethical and*

rights-based approaches to principles for AI. [S. l.]: Harvard University, Berkman Klein Center for Internet & Society, 2020. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/42160420>. Acesso em: 26 set. 2023.

HARTMANN, Ivar A. (coord.). *Regulação de inteligência artificial no Brasil*: policy paper. Contribuição do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) – Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio) à consulta pública do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC sobre a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial. [Rio de Janeiro]: FGV Direito Rio, [2020]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30078>. Acesso em: 26 set. 2023.

HAVENSTEIN, Heather. Spring comes to AI winter. *Computer World*, [s. l.], Feb. 14, 2005. Disponível em: <https://www.computerworld.com/article/2569567/spring-comes-to-ai-winter.html>. Acesso em: 26 set. 2023.

HUBBARD, F. Patrick. “Sophisticated robots”: balancing liability, regulation, and innovation. *Florida Law Review*, [s. l.], v. 66, n. 5, p. 1.803-1.872, Sept. 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol66/iss5/1>. Acesso em: 26 set. 2023.

INTELIGÊNCIA artificial. In: LAPIN. [S. l., 201-]. Disponível em: <https://lapin.org.br/inteligencia-artificial/>. Acesso em: 26 set. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KAPLAN, Jerry. *Artificial intelligence: what everyone needs to know*. New York: Oxford University Press, 2016. (What Everyone Needs to Know).

LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. Rio de Janeiro: Arquipélago Editorial, 2019. (Série Pautas em Direito, v. 5).

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*: REDAE, Salvador, n. 1, p. 1-18, fev./abr. 2005. Disponível em: direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=10. Acesso em: 26 set. 2023.

MARR, Bernard. Is artificial intelligence dangerous? 6 AI risks everyone should know about. *Forbes*, [s. l.], Nov. 19, 2018. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/11/19/is-artificial-intelligence-dangerous-6-ai-risks-everyone-should-know-about/?sh=627438692404>. Acesso em: 26 set. 2023.

MCTI seleciona seis Centros de Pesquisas Aplicadas em inteligência artificial. *MCTI Notícias*, [Brasília, DF], 3 nov. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/noticias/2021/05/mcti-seleciona-seis-centros-de-pesquisas-aplicadas-em-inteligencia-artificial>. Acesso em: 26 set. 2023.

MOREIRA, Egon Bockmann. *O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia*. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2016. Disponível em: <https://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/o-direito-administrativo-contemporaneo-e-suas-relacoes-com-a-economia/>. Acesso em: 26 set. 2023.

_____. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107-139.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MÚLTIPLAS normas locais sobre proteção de dados podem causar insegurança jurídica. *Migalhas*, [s. l.], 13 jun. 2019. Migalhas Quentes. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/304421/multiplas-normas-locais-sobre-protacao-de-dados-podem-causar-inseguranca-juridica>. Acesso em: 26 set. 2023.

NATIONAL AI policies & strategies. In: OECD.AI. [Paris]: OECD, 2021. Disponível em: <https://oecd.ai/en/dashboards/overview>. Acesso em: 26 set. 2023.

NOGUEIRA, Pablo. Projeto de marco legal da IA no Brasil é pouco consistente e pode ser inútil, dizem especialistas. *Jornal da Unesp*, [São Paulo], 30 jul. 2021. Disponível em: <https://jornal.unesp.br/2021/07/29/projeto-de-marco-legal-da-ia-no-brasil-e-pouco-consistente-e-pode-ser-inutil-dizem-especialistas/>. Acesso em: 26 set. 2023.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 11-24.

OECD. *Artificial intelligence in society*. Paris: OECD Publishing, 2019. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/artificial-intelligence-in-society_eeedfee77-en. Acesso em: 26 set. 2023.

_____. *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*: OECD/LEGAL/0449. [Paris: OECD Publishing], 2022. (OECD Legal Instruments). Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em: 26 set. 2023.

PARENTONI, Leonardo Netto; CARDOSO, Renato César (coord.). *Law, technology and innovation: insights on artificial intelligence and the law*. Belo Horizonte: Expert Editora Digital, 2021. v. 2. Disponível em: https://experteditora.com.br/wp-content/uploads/2021/02/LAW-TECHNOLOGY_v2.pdf. Acesso em: 26 set. 2023.

PARENTONI, Leonardo Netto; VALENTINI, Rômulo Soares; ALVES, Tárrik César Oliveira e. Panorama da regulação da inteligência artificial no Brasil: com ênfase no PLS n. 5.051/2019. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, p. 1-29, maio/ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.5902/1981369443730>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/43730>. Acesso em: 26 set. 2023.

PINHEIRO, Caroline da Rosa; SOARES, Adrienny Rúbia de Oliveira. *Compliance*: entre teoria e prática. Regulação e autorregulação no mercado de capitais. In: PINHEIRO, Caroline da Rosa (coord.). *Compliance entre a teoria e a prática: reflexões contemporâneas e análise dos programas de integridade das companhias listadas no novo mercado*. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 229-250.

RESOLUTION on Privacy by Design. In: INTERNATIONAL CONFERENCE OF DATA PROTECTION AND PRIVACY COMMISSIONERS, 32., 2010, Jerusalem. [*Proceedings*]. Jerusalem: [s. n.], 2010.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial*. Tradução de Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1991. (Clarendon Law Series).

SCHERER, Matthew U. Regulating artificial intelligence systems: risks, challenges, competencies, and strategies. *Harvard Journal of Law & Technology*, [Cambridge, MA], v. 29, n. 2, p. 353-400, 2016. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v29/29HarvJLTech353.pdf>. Acesso em: 26 set. 2023.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SMITH, Brad. Facial recognition: it's time for action. In: MICROSOFT'S Blog. [S. l.], Dec. 6, 2018. Disponível em: <https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2018/12/06/facial-recognition-its-time-for-action/>. Acesso em: 26 set. 2023.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MEDON, Filipe. Responsabilidade civil e regulação de novas tecnologias: questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. *Revista Estudos Institucionais: REI*, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 301-333, jan./abr. 2020.

DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i1.383>. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/383>. Acesso em: 26 set. 2023.

THIERER, Adam; O'SULLIVAN, Andrea Castillo; RUSSELL, Raymond. Artificial intelligence and public policy. *Mercatus Research Paper*, Arlington, VA, p. 1-54, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3021135>. Acesso em: 26 set. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho nº 2021/0106*. Que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da União. Bruxelas: Comissão Europeia, 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>. Acesso em: 26 set. 2023.

Poder Judiciário na era do populismo

Como o último guardião pode tornar-se a maior ameaça à democracia

MIGUEL GUALANO DE GODOY
IGOR PIRES GOMES DA COSTA

Resumo: As cortes atuam como *veto points* contra as ameaças dos regimes populistas à democracia. Contudo, o populismo evoluiu de forma a infiltrar-se no Poder Judiciário. O resultado tem-se materializado em decisões que transcendem a lei e parecem cada vez mais conectadas com a missão heroica de guiar e salvar a sociedade. O presente artigo pretende estudar esse fenômeno, especialmente seus efeitos no Judiciário brasileiro.

Palavras-chave: populismo; democracia; Poder Judiciário.

Courts in the age of populism: how the last guardian of democracy may become its biggest threat

Abstract: The Courts can act as veto points against the threats to democracy that populist regimes can represent. However, the populism has evolved to be able to penetrate and control the judiciary. As a result, we can see the emergence of many decisions that transcend the law and seem to be increasingly connected with a heroic mission to save and guide the path of society. This article aims to study such phenomenon, especially its effects on the Brazilian judiciary.

Keywords: populism; democracy; Judiciary Power.

1 Introdução

Recebido em 9/5/23
Aprovado em 16/11/23

O populismo não é fenômeno novo; existe há pelo menos dois séculos, mas nos últimos anos retornou com força renovada em diferentes países,

inclusive no Brasil. Por essa razão, a comunidade acadêmica tem discutido o tema não só com base nos cânones tradicionais mas também sob novas perspectivas. Dentre os aspectos abordados destacam-se as razões para a atual emergência do populismo no cenário político, seu impacto e seus riscos para a democracia, suas características e vertentes, bem como as manobras populistas que podem camuflar-se como políticas que seguem as regras do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao último ponto, as novas estratégias populistas parecem ser fruto das derrotas da maioria dos regimes ditatoriais do século passado¹: governantes com intenções autoritárias entenderam que é mais vantajoso não se apresentarem como ameaça à democracia, e sim como seus “reais defensores”.

Assim como um vírus que evolui estrategicamente para não apresentar qualquer sintoma enquanto se fortalece no hospedeiro, os populistas parecem respeitar as regras do jogo, enquanto minam um a um os pilares da democracia. Ao final, o corpo – ou o Estado – não encontra mais células de defesa – ou instituições – capazes de preservar a vida – ou a democracia.

No desenho institucional da democracia, as cortes judiciais são tradicionalmente consideradas o último posto de controle para identificar e combater a ameaça populista. Afinal, a elas cabe o freio e o contrapeso a arroubos que coloquem em xeque o Estado de Direito.

Em outras palavras, quando a maioria da população já foi convencida pelos discursos populistas, quando as organizações civis de defesa da democracia são sufocadas e perdem a voz, quando a imprensa foi capturada e perdeu a liberdade, quando o Executivo e o Legislativo já estão tomados por líderes populistas, ainda deveriam restar as cortes como obstáculo à implantação de políticas autoritárias e de emendas ou leis inconstitucionais. Entretanto, como o populismo – o vírus populista – tem o poder de evoluir em face dos remédios, rapidamente percebeu que é vantajoso infiltrar-se também nas cortes.

Fugindo à majoritária abordagem do populismo, mais centrada na análise dos seus efeitos no Poder Executivo e Legislativo, o presente artigo propõe-se contribuir para a investigação do fenômeno do populismo judicial – uma abordagem ainda em construção pela academia brasileira, o que justifica o recorte escolhido neste estudo.

Inicialmente apresentam-se noções gerais sobre o populismo e suas variedades, tendo como principal marco teórico os trabalhos desenvolvidos

¹ Barber (2019, p. 130) faz um interessante paralelo entre líderes populistas atuais e os ditadores do século passado: “Populists are not tyrants or dictators, though, as populism develops, they might slide into these forms of state. Tyrants and dictators rule without the support of the bulk of the people, using fear and coercion as primary tools of government. Populists, in contrast, rely on the support of the people for their power – though, like all rulers, they buttress this support with coercion against some state members”.

por Mark Tushnet e Jan-Werner Müller. O objetivo é situar o leitor na temática e distinguir o conceito adotado neste artigo de outras formas de populismo.

Como passo seguinte, serão investigadas as possibilidades de ataque do populismo ao Poder Judiciário, com o propósito de identificar e discutir tanto as ameaças externas quanto as internas: aquelas, decorrentes das investidas dos Poderes Executivo e Legislativo; estas, das próprias cortes. Nesse ponto, apresentam-se exemplos de tentativas de capturas das cortes, retirados principalmente dos trabalhos de Kim Lane Scheppele e David Landau.

Por fim, o trabalho propõe-se investigar qual deve ser o papel dos tribunais na proteção do Estado Democrático de Direito, refutando a tese da existência de um papel iluminista das cortes e abraçando a ideia de que o Judiciário deve servir para proteger, e não para aperfeiçoar a democracia.

Além dos conceitos formulados pelos autores citados, a contribuição de outros autores complementa a compreensão do populismo, sua inserção e operação no âmbito do Poder Judiciário e seus efeitos nefastos para a democracia. O trabalho, portanto, busca oferecer um aporte teórico qualificado para uma análise contemporânea de um velho problema que volta a bater à porta.

2 Populismo

Discussões sobre o tema *populismo* já alcançaram alto grau de sofisticação; e, apesar das divergências conceituais e de abordagens²,

²De acordo com Barber (2019, p. 129), está na moda falar em *populismo*, e têm-se atribuído ao termo vários significados contraditórios: “Populism is an idea that is in fashion, and, like many fashionable ideas in constitutional theory, has been given a wide range of different – even contradictory – meanings”. No Brasil, um recente trabalho de Câmara (2021) também aborda o problema.

pode-se afirmar que não existe apenas uma forma de populismo, e todas são uma séria ameaça à democracia.

Como lembra Tushnet (2019), o populismo é uma atividade política que não tem conteúdo substantivo próprio, ou seja, é um modelo de governo que pode ser apropriado por partidos políticos tanto de esquerda quanto de direita. Para qualquer dos extremos, o que importa é a forja de um governo que se vista de democrático, enquanto busca obter poderes tirânicos.

Como metodologia típica, o populismo – repita-se, em qualquer de suas modalidades – escolhe apenas uma parte da população e identifica-a como o “verdadeiro povo” ou, nos termos de Mudde e Rovira Kaltwasser (2017), o “povo puro”. Assim, aos não escolhidos nega direitos básicos, políticas de inclusão, além de criar e operar mecanismos para dificultar que suas vozes sejam ouvidas. Em última análise, como ensina Müller (2017, p. 2), os populistas não são pluralistas: ignoram a diversidade de opiniões e impõem uma visão monolítica de *povo*. Ao contrário, esforçam-se arduamente para alterar as regras do jogo com o intuito de impossibilitar ou dificultar ao máximo os canais de contestação e a competição política; e não medem esforços para realizar tal propósito, mesmo à custa de emendas constitucionais ou até mesmo da substituição da Constituição, como sublinha Prendergast (2019, p. 250).

Por outro lado, de acordo com Mendes (2018), o populismo também é anti-institucional, pois defende a bandeira de que não pode haver barreiras à vontade do povo e instiga, assim, as massas contra todas as regras e procedimentos estabelecidos para garantir a democracia.

Entretanto, para o regime não ser identificado como autoritário, os líderes populistas apresentam-se como salvadores da democracia, os “únicos capazes” (Prendergast, 2019, p. 248) de implantar os programas de que o

povo – escolhido – necessita; e distribuem a culpa pelo fracasso do Estado de bem-estar social entre as elites e as minorias – a parte da população que não consideram integrante do povo. O populismo costuma agir para acentuar a polarização política, apontando, como lembra Alterio (2019), os amigos e os inimigos da nação. Para Barber (2019), essa seria a caracterização primária dos populistas – o que, de certa maneira, implica o retorno a uma vontade geral do povo, nascida com Rousseau.

Evidentemente, o fracasso dos governos antecessores em cumprir as promessas de distribuição de renda e prestação de serviços básicos é essencial para criar um ambiente perfeito para que as propostas populistas floresçam. É que a necessidade de mudança nas instituições realmente existe, os anseios por reforma são legítimos.

Tushnet (2019, p. 386-387) ressalta que muitas vezes os ataques aos populistas podem estar disfarçados e ter outra intenção: a defesa do *status quo* fracassado. Para o autor, até mesmo instituições basilares como a independência judicial podem, de fato, reproduzir falhas de um modelo que necessita ser superado.

Líderes populistas usam o apoio popular massivo obtido em eleições para atacar as instituições que podem impedir as reformas necessárias e garantir sua perpetuação no poder. Nesse contexto, as cortes serão um dos principais alvos, dada sua competência de guardião da Constituição. Apesar de fracassarem em alguns casos, os tribunais muitas vezes conseguiram impedir reformas antidemocráticas em vários países.

Contudo, quando o populismo se infiltra nas estruturas do Poder Judiciário, fica mais difícil o cumprimento de sua missão constitucional – e a democracia perde uma das principais armas contra sua autodestruição.

3 Captura do Judiciário pelo populismo

Assim como acontece quando se infiltra no Poder Executivo e no Legislativo, o populismo usa a estratégia de capturar o Judiciário com o discurso de salvar a democracia. Tal estratégia é executada em dois *fronts*: por meio do ataque externo às estruturas da instituição; e pelo alastramento interno, isto é, por meio da adesão de membros do Judiciário a ideologias populistas.

3.1 Inimigos externos do Poder Judiciário

Um Judiciário forte, que atue nos limites de sua competência, pode ser um obstáculo à expansão populista, mesmo quando já tenha ocorrido a captura dos Poderes Executivo e Legislativo. Aliás, como alerta

Arato (2017), cresce a importância do Judiciário quando o populismo já está presente em outro Poder.

Para enfrentar essa missão, os tribunais precisam ter poderes para revisar e avaliar mudanças legislativas e constitucionais, e sua independência não pode ser questionada apenas por não estar em consonância com os interesses da maioria. Esse escudo, destacam Tomio e Robl Filho (2013, p. 32), é o que permite às cortes não sucumbir às pressões sociais, econômicas e políticas que objetivem oprimir as minorias.

Como já assinalado, o ataque do populismo não pode ser direto; ao contrário, deve-se passar por democrático. Sem dúvida, visto o papel que o Judiciário deve desempenhar, frequentemente torna-se prioridade dos partidos populistas o ataque às decisões de cortes independentes. Como a Constituição é o parâmetro utilizado pelo Judiciário, os ataques miram a realização de reformas constitucionais para enfraquecer o órgão de controle. Quando bem-sucedidos, os populistas conseguem capturar as cortes e manter a aparência democrática das instituições, ao mascararem a inexistência de separação dos Poderes e neutralizarem o valor dos controles realizados pelos tribunais.

Neste ponto é oportuna uma ressalva: nem todas as reformas constitucionais que alteram a estrutura do Judiciário ferem o Estado Democrático de Direito³. A identificação do intuito populista de uma reforma constitucional é missão árdua a ser feita caso a caso, conforme explicita Tushnet (2019). Para o autor, saber identificar se uma reforma de inspiração populista é contrária ao constitucionalismo

³O caso da Bolívia é frequentemente utilizado como exemplo de uma mudança radical na composição da Corte Constitucional que não fere o Estado Democrático de Direito. Salvador (2015) narra que a Constituição aprovada em 2009 criou o Tribunal Constitucional Plurinacional, que reconheceu diversas etnias indígenas como nações que compõem o Estado boliviano.

liberal exige a análise cuidadosa sobre como as instituições interagirão após as mudanças, e não existe na doutrina método neutro algum capaz de projetar os impactos futuros. Dentre as estratégias de reforma mais observadas, destacam-se a alteração da composição dos tribunais e a modificação de suas competências.

Quanto à composição, a reforma pode ser feita por meio de leis que forcem à aposentadoria os membros em exercício ou ampliem o número de cadeiras. Nos dois casos, o intuito é nomear novos juízes para obter a maioria dos votos⁴. Em relação às competências, a reforma pode restringi-las, retirando do controle do Judiciário atos dos demais Poderes, ou ampliando-as, sobrecarregando os juízes dos tribunais constitucionais com matérias desimportantes, de forma que não consigam cumprir sua função constitucional.

Por vezes, as duas estratégias andam de mãos dadas, como lembra Scheppele (2018), ao citar o caso da Turquia. Para camuflar o interesse de controlar o tribunal, a reforma primeiramente aumentou significativamente as competências da Corte. Para fazer face ao significativo aumento da demanda, novos juízes seriam necessários. Assim, a um só tempo, o presidente Recep Tayyip Erdoğan passou a governar com uma Corte Constitucional com a maioria dos juízes por ele indicada e atribuiu-lhe a competência para julgar várias questões que estavam na alçada de outros tribunais – e tudo isso com base na mensagem da necessidade de fortalecimento da Corte.

Viktor Orbán, na Hungria, fez algo parecido. Deu à Suprema Corte a competência para julgar reclamações constitucionais feitas por petições individuais de qualquer cidadão. Assim, a avalanche potencial de novos pedidos

⁴Essa estratégia recebeu em inglês a denominação *to pack the court*.

foi suficiente para justificar, com fundamentos democráticos, a nomeação de vários novos juízes. Além disso, tentou diminuir a idade prevista para a aposentadoria dos membros dos tribunais. Essa manobra foi barrada pela Suprema Corte do país; mas, para Scheppele (2012), a decisão não teve impacto significativo para evitar a captura do Judiciário húngaro.

Uma estratégia radical, que tangencia mais fortemente o autoritarismo, é o caso venezuelano. O grupo vencedor das eleições convocou uma nova assembleia constituinte. Animados pela ideia de que o poder constituinte originário não encontra limites externos à vontade popular, as manobras permitiram até o fechamento da Suprema Corte do país, como rememora Landau (2013).

Na Polônia, líderes populistas tomaram medidas para atribuir ao ministro da Justiça a competência para a escolha dos presidentes e vice-presidentes dos tribunais inferiores. Uma segunda lei foi ainda mais longe: deu poderes para remover todos os juízes da Suprema Corte polonesa. Após pressão internacional, conforme detalham Bogdandy, Bogdanowicz, Canor, Taborowski e Schmidt (2018), o presidente Andrzej Duda vetou a última lei, mas permaneceu com o controle de nomeação da presidência dos tribunais inferiores.

Observa-se que as leis, emendas constitucionais e até a elaboração de uma nova Constituição não vendem a imagem de supressão do Poder Judiciário. É que os líderes populistas não ousam atacar a separação dos Poderes; ao contrário, defendem a importância do Judiciário. Contudo, querem um Judiciário que chancele seu programa de governo e decida desfavoravelmente a demandas da oposição.

Além disso, dada a necessidade de manter o massivo apoio popular interno, regimes populistas não podem negligenciar as pressões internacionais. Alterio (2019) argumenta que

a manutenção das cortes pelas Constituições venezuelana e húngara demonstra claramente a preocupação do novo populismo com a imagem do regime no cenário internacional. Assim, diante das exigências do capitalismo e da competição eleitoral, é mais vantajoso e menos desgastante garantir a preservação formal das instituições.

3.2 Inimigos internos do Poder Judiciário

Esta seção trata de uma manobra mais rebuscada do populismo: a captura do Poder Judiciário. O diferencial é que a ameaça à democracia não parte dos Poderes Executivo ou Legislativo e, portanto, aparentemente não representa um problema no equilíbrio entre eles⁵.

O discurso populista atinge tal grau de sofisticação que consegue conquistar não só as mentes da população ou de representantes eleitos mas também dos membros do Poder Judiciário, minando o papel contramajoritário que cabe aos tribunais desempenhar. O populismo passa, então, a manifestar-se nas razões de decidir em detrimento das leis e, por vezes, é forte o suficiente para afastar até mesmo a aplicação da Constituição (Landau, 2013; Bogdandy; Bogdanowicz; Canor; Taborowski; Schmidt, 2018).

Não é missão simples explicar o êxito do populismo ao infiltrar-se numa instituição que reconhecidamente tem função contramajoritária. Entretanto, sem a pretensão de esgotar as possibilidades – que podem variar de país para país – apontam-se alguns dos pilares sobre os quais o populismo judicial intenta edificar-se.

O primeiro pilar é a própria habilidade em camuflar-se dentro das estruturas democráticas. Sem mudar sua estratégia, o populismo manipula o conceito de *legitimidade da jurisdição* a

⁵ Conforme será explicado adiante, a ameaça à harmonia entre os Poderes ocorre de maneira inversa: o populismo judicial busca assumir funções tipicamente executivas e legislativas, enfraquecendo, assim, os demais Poderes.

seu favor, definindo como justa a decisão que respeite a vontade popular ou que seja capaz de satisfazer aos anseios da sociedade e garantir o progresso. Do ponto de vista empírico, sabe-se que a jurisdição constitucional tem caráter parcialmente político, de modo que as decisões judiciais com frequência levam em consideração aspectos estratégicos, como a opinião popular e a possibilidade de que o Poder Legislativo oponha resistência aos posicionamentos da corte (Bickel, 1978; Rodrigues, 2014, 2016). Todavia, o “realismo jurídico” praticado pelas cortes não chega a abdicar da gramática jurídica nas fundamentações das decisões judiciais. O populismo jurídico vai além: passa a fundamentar as decisões em razões extrajurídicas, que supostamente captariam os anseios sociais de maneira mais acurada que a mera invocação de regras e princípios jurídicos.

O segundo pilar – pode-se considerar – é combustível para o anterior: a rapidez com que as informações atualmente se disseminam potencializa a pressão da sociedade sobre o conteúdo das decisões judiciais. As manifestações populares organizadas pelas redes sociais, por exemplo, pressionam os juízes a decidirem de maneira a atender ao “clamor popular”. Um caso recente foi o episódio conhecido como “La Manada”, quando cerca de 30 mil pessoas saíram às ruas de Pamplona, na Espanha, para protestar contra a decisão que condenou cinco homens por abuso sexual – e não estupro – de uma jovem de 18 anos. O abaixo-assinado virtual para a realização de um novo julgamento coletou 1,2 milhões de assinaturas⁶. No Brasil, sempre que o Supremo Tribunal Federal (STF) se reuniu para analisar a possibilidade de prisão em segunda instância, milhares de manifestantes compareceram em protestos, contra as decisões ou a favor delas, por

⁶ Para mais informações, recomenda-se a leitura do resumo do caso no site da BBC Brasil (O caso [...], 2018).

meio de mobilizações virtuais, como registram Rodrigues e Arantes (2020).

De acordo com Elster (2000, p. 156), os perigos da paixão popular sempre existiram, com a diferença de que atualmente a pressão é potencializada pelas redes sociais. Contudo, a novidade perigosa reside no comportamento dos juízes cooptados pelo populismo, que decidem conforme o clamor popular não por se sentirem acuados, e sim para captarem a vontade popular e fazê-la constar de suas decisões, mesmo que isso contrarie a lei ou extrapole suas competências.

No âmbito do STF, por exemplo, o ministro Luiz Fux, então presidente da Corte, falou da importância de “se ouvir a voz das ruas” e do dever do Supremo de “se ajustar ao sentimento constitucional do povo” (Fux, 2021). Essa nova postura foi chamada por Mendes (2018) de *populisprudência*⁷.

O terceiro pilar de sustentação de crescimento do populismo judicial é o fracasso ou a fraqueza dos Poderes Executivo e Legislativo, cenário que incentiva os juízes das mais diversas instâncias a reconhecerem em si a função messiânica de conduzir a nação no enfrentamento das crises atuais. De última fronteira para a defesa da Constituição e da democracia, o Judiciário passa a ser visto por ele mesmo como última instância de solução dos problemas da sociedade.

O quarto pilar – possivelmente o mais controverso – corresponde aos efeitos colaterais

⁷ Para o autor, “[e]ntramos na era da *populisprudência*, a versão judicial do populismo. A *populisprudência* sintoniza sua antena na opinião pública e no humor coletivo e ‘transcende’ a lei quando esta não estiver afinada com uma causa maior. Convoca apoiadores e lhes agradece publicamente pela mobilização em defesa da ‘causa’. Adere à cultura de celebridade, aceita prêmios em cerimônias chiques, tanto faz quem as organize ou quem sejam seus companheiros de palco. Frequenta gabinetes políticos e a imprensa, onde opina sobre a conjuntura política, alerta sobre decisões que poderá tomar em casos futuros e ataca juízes não aliados à ‘missão’. A *populisprudência* é televisionada e tuitada, não está só nos autos” (Mendes, 2018).

do uso extremado ou isolado do princípio da publicidade. A realidade brasileira é um bom exemplo disso.

Insero na Constituição e intimamente ligado ao princípio republicano, o princípio da publicidade está presente como regra quase absoluta na Administração Pública brasileira – desde a divulgação mensal da remuneração de todos os servidores públicos até a transmissão em televisão aberta das sessões de julgamento do STF. Quanto ao Poder Judiciário, essa máxima publicidade pode trazer armadilhas – entre elas, a possível exacerbação da vaidade dos julgadores, algo já observado por Elster (2000) quando analisou os debates entre os Federalistas.

Ao comentar os elogios feitos por Madison à decisão dos constituintes sobre manter os procedimentos fechados e secretos, Elster (2000, p. 181-182) afirma que o comprometimento prévio e público com outras ideias torna muito mais difícil para qualquer pessoa a adesão a um ponto de vista contrário, sobretudo em razão da coerência. Com efeito, a publicidade traz consigo o ônus da pressão pela justificativa para a mudança de comportamento. Em alguns casos, inclusive, a mudança pode ser vista como traição. Ao comentar esse momento histórico, Elster (2000, p. 181) ressalta que, diante da necessidade de escolher entre a discricção e a vaidade, os constituintes norte-americanos optaram pela primeira.

A publicidade nem sempre é o melhor caminho e talvez por essa razão persista até hoje nos EUA a tradição de não dar a conhecer o que é debatido nas salas dos *justices* da Suprema Corte. A publicidade fica restrita à divulgação da decisão, muitas vezes redigida só por um dos juízes. Como fica claro da leitura de Greenhouse (2012), quando for o caso, também são publicados os votos divergentes e, eventualmente, concorrentes.

No Brasil, o debate sobre essa questão parece ter-se iniciado apenas recentemente, mas de

maneira tímida. Para Binenbojm (2009), restringir a transmissão ao vivo dos debates seria voltar à época de “seitas secretas”. O autor reconhece que os demais países não expõem as entranhas do Judiciário como faz o Brasil, mas que a publicização é uma ideia boa e original. Por sua vez, apesar de afirmar não ter conhecimento de outro país em que os debates sejam televisados, o ex-ministro do STF Carlos Velloso não se opõe a sua transmissão, mas considera que seria necessária a edição dos debates, de modo a permitir a exclusão das partes sem interesse da função jurisdicional (É a favor [...], 2009). A preocupação de Velloso justifica-se porque os debates são um verdadeiro espetáculo midiático, com direito a xingamentos, frases de efeito e discursos políticos. Não por outra razão são de amplo conhecimento da população os nomes e até mesmo os discursos dos membros do STF – e as pessoas apoiam e defendem aqueles que partilham de sua linha política⁸.

Entretanto, para Silva e Mendes (2009), a questão central deve ser outra: que condições institucionais contribuem para que o tribunal alcance as melhores decisões possíveis?

Sem dúvida, a resposta a essa questão é bem mais importante, pois pode expandir a discussão, antes restrita ao princípio da publicidade. Em primeiro lugar porque a preservação da publicidade e da transparência não diz respeito à quantidade de decisões transmitidas pela televisão, muito menos equivale a dizer que a transmissão seja

⁸ É interessante a ilustração de Mendes (2018): “Cartazes de passeatas os tratam como heróis ou inimigos, e seus nomes já entram em pesquisas de popularidade. O elemento impessoal, por sua vez, aparece nas decisões escritas, que mesclam o juridiquês com frases de efeito sobre a calamidade brasileira e o papel messiânico do Judiciário. Há juízes que preferem não aparecer, mas se somam na ‘missão institucional’. No resultado, essas decisões parecem oscilar conforme os ventos da comoção pública, não por divergências plausíveis de interpretação da lei. Assim como a hipocrisia é a homenagem que o vício presta à virtude, a aparência jurídica é o tributo que a populisprudência paga à jurisprudência”.

condição da democracia. Para os autores, o debate deve ser iniciado já com a destruição desse mito de transparência (Silva; Mendes, 2009).

Não há como sustentar, por exemplo, que sejamos os democratas, e outros países, como os EUA, sejam os censores. Retomando Carlos Velloso, não podemos confundir “democracia com democratismo” (É a favor [...], 2009). Mesmo no campo do Direito Administrativo brasileiro, com os estudos de Heck e Bombino (2018), já se defende a confidencialidade como pressuposto da boa-fé e da confiança nas relações público-privadas, notadamente no curso de mediações.

De acordo com Silva e Mendes (2009), um tribunal constitucional transparente toma decisões com base em argumentos claros e fundamentos jurídicos, e apresenta-os para o debate público.

Apesar da estrutura disponível hoje para que o STF transmita as suas sessões ao vivo, não se pode afirmar com convicção como ele decide sobre as questões a ela submetidas, já que os votos são desconexos, não dialogam entre si, e o resultado é a simples soma de posições isoladas, que não são capazes de formar uma posição institucional⁹.

A Corte fica devendo, como ressaltam Chueiri e Macedo (2018, p. 123), o que é de suma importância: a consistência decisória. Falhando nessa missão, pouco contribui a transmissão ao vivo para garantir a transparência desejada. Ao contrário, tem o potencial de atrapalhar, na medida em que representa uma porta escancarada para “um indesejável populismo judicial” (Silva; Mendes, 2009). Com efeito, a possibilidade de os ministros se comunicarem diretamente com o público externo transforma as sessões em palco para discursos políticos e pode alimentar vaidades individuais. O soerguimento desse quarto pilar representa o perigo que Elster (2000, p. 181) identificou também nos pensamentos dos Federalistas.

Não é necessário que os quatro pilares coexistam para que o Judiciário seja cooptado pelo populismo. Também é possível que ingredientes diversos ajudem a formar receitas populistas em diferentes contextos e países. No Brasil, a presença dos quatro pilares descritos cria um cenário que facilita o florescimento de ideias populistas entre juízes.

⁹O caso da proibição da prática da vaquejada é um bom exemplo de como um tema pode ser decidido e, ainda assim, não se saber o que a Corte realmente entende a respeito. Por 5 votos a 4 o STF declarou inconstitucional a lei do estado do Ceará que regulamentava a prática. Entretanto, não é possível depreender as razões de decidir do Tribunal, apenas as dos votos analisados de forma isolada. Entre os que votaram pela inconstitucionalidade da lei, há ministros que entendem que a crueldade é intrínseca à prática da vaquejada. Outros, porém, entendem que seria possível a prática, desde que a lei previsse medidas para preservar a saúde dos animais. Há também os que consideram tratar-se de prática cultural; e os que julgam que a tortura não pode ser vista como prática cultural. Entre os ministros que decidiram pela constitucionalidade da prática, há os que entendem pela inexistência de sofrimento do animal, e há os que entendem que a prática é constitucional porque a manifestação cultural prepondera sobre o direito dos animais.

4 O populismo judicial e o papel iluminista das cortes constitucionais

Antes de ser nomeado ministro do STF, Barroso (2013) defendia o clássico pensamento acerca do papel do Poder Judiciário: os tribunais devem servir como mecanismo essencial para a contenção das paixões populares, preservando sobretudo as minorias – papel contramajoritário –, bem como o de estar atento às demandas sociais e anseios políticos para concretizar direitos que não foram atendidos pelo Poder Legislativo¹⁰. Tal linha de argumentação foi mantida nos seus primeiros anos já como ministro do STF¹¹.

A evolução desse entendimento pôde ser notada mais recentemente, quando o ministro passou a defender o terceiro papel das cortes constitucionais, o papel iluminista, que garantiria o “avanço civilizatório para toda a sociedade” (Barroso, 2018)¹². Ele próprio delimita o sentido da palavra *iluminismo* como razão humanista que conduziria o processo civilizatório, o progresso social e a libertação de mulheres e homens. Em outras palavras, seria papel do STF, ainda que excepcionalmente, em momentos precisos, impulsionar o processo civilizatório, transformando-se em agente da história.

Entre outros exemplos norte-americanos, Barroso cita os casos *Brown v. Board of Education* (United States, 1954) e *Obergefell v. Hodges* (United States, 2015); em relação aos exemplos brasileiros, aponta as decisões

¹⁰ Destaque-se o seguinte trecho: “De um lado, a atuação dos tribunais, em geral – e no controle de constitucionalidade das leis, em particular – é reconhecida, de longa data, como um mecanismo relevante de contenção das paixões passageiras da vontade popular. De outra parte, a ingerência do Judiciário, em linha oposta à das maiorias políticas, enfrenta, desde sempre, questionamentos quanto à sua legitimidade democrática. [...] Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário. O populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral. [...] A opinião pública é um fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade” (Barroso, 2013, p. 909-911).

¹¹ Destaque-se a seguinte passagem escrita pelo ministro: “O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). [...] O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como representativo. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional” (Barroso, 2017, p. 15).

¹² Destaque-se este excerto: “Nesse ambiente, Supremas Cortes e Cortes Constitucionais desempenham três grandes papéis: contramajoritário, quando invalidam atos dos Poderes eleitos; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem avanços civilizatórios independentemente das maiorias políticas circunstanciais” (Barroso, 2018, p. 2.218).

relativas à união de pessoas do mesmo sexo – ADI 4.277/DF (Brasil, 2011) – e à inconstitucionalidade do aborto até o terceiro mês de gestação – HC 124.306/RJ (Brasil, 2016a). Segundo o ministro, os precedentes evidenciam que as cortes foram importantes exatamente por resistirem ao entendimento conservador da população e do Poder Legislativo.

Não pairam dúvidas a respeito das boas intenções do julgador. Contudo, refuta-se o papel iluminista por ele defendido, pois todas as decisões citadas como exemplos são, na realidade, amplamente amparadas pelos dois papéis – contramajoritário e representativo – do Judiciário.

Não é objetivo deste estudo destrinchar os argumentos envolvidos nas decisões dos casos apresentados. O que se pretende, em primeiro lugar, é defender que as decisões não representam o papel iluminista, e sim conquistas de minorias; em segundo lugar, essas conquistas originaram-se do controle de constitucionalidade, que toma a Constituição como parâmetro decisório.

No caso *Brown v. Board of Education*, entendeu-se que a política de separação entre escolas de brancos e negros violava a 14ª Emenda à Constituição. No caso *Obergefell v. Hodges*, a Suprema Corte decidiu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é legítimo em todo o território dos EUA e que qualquer lei estadual em sentido contrário viola a Constituição federal.

Os exemplos brasileiros, amplamente conhecidos pelo leitor, também tomaram como parâmetro a Constituição. As funções contramajoritária e representativa do STF satisfazem o papel de proteção de minorias e de garantias de direitos básicos. Tais papéis são, como lembra Ely (1981), amigas da democracia, dado que têm a função de “clarear os canais do processo de mudança política” para “facilitar a representação das minorias”.

O acréscimo *iluminista* é justamente o que atribui ao Judiciário a responsabilidade e a função heroica de promover o avanço civilizatório, mesmo que de forma excepcional. A defesa dessa tese é perigosa, pois representa um passo largo em direção ao populismo judicial. Também Barroso (2018, p. 2.218) admite o risco autoritário ao afirmar que a ferramenta iluminista deve ser usada apenas em “momentos excepcionais e com grande cautela”.

O fato de o ministro Barroso, um notável democrata, defender uma tese que carrega consigo tantos riscos à democracia é uma vitória do populismo judicial, que evidencia sua habilidade em camuflar-se nas estruturas democráticas. Entretanto, na definição de Barroso, o *iluminismo* não se confunde com o populismo. É preciso também quebrar dois escudos: o que pretende limitar a função iluminista a situações excepcionais e o que defende sua utilização para a proteção de minorias.

Para Mendes (2013), a carga de populismo nas decisões judiciais no Brasil não pode ser considerada exceção, já que não está adstrita a decisões do STF, pois expande-se por todos os graus de jurisdição – é o próprio carimbo da Justiça brasileira.

Quanto a não permitir a utilização da perspectiva iluminista para atender à vontade da maioria, é oportuno lembrar novamente o debate sobre a prisão após a condenação em segunda instância. Antes, porém, ressalte-se que o presente trabalho não pretende posicionar-se acerca do acerto ou desacerto da decisão final, mas apenas apreciar as razões de decidir. Para isso, serão analisadas as ADCs 43, 44 e 54, e a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), que prevê, entre as condições para a prisão, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O tema não é novo no STF. Em 2009, o Tribunal já concedera o HC 84.078/MG (Brasil,

2009) permitindo que um condenado em segunda instância recorresse em liberdade. No início de 2016, entretanto, quando do julgamento do HC 126.292/SP (Brasil, 2016b), o plenário alterou a jurisprudência para declarar a possibilidade de prisão em segunda instância. Em outubro do mesmo ano, no julgamento em caráter liminar das ADCs 43, 44 e 54, foi mantido o último entendimento. Por fim, em 2019, quando o mérito das ADCs foi julgado, o STF reverteu novamente o seu posicionamento e declarou ser possível a prisão condenatória apenas após o trânsito em julgado da decisão (Brasil, [2023]).

Prevista no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), e no art. 283 do CPP, a matéria não se caracterizava como uma demanda que envolvia vácuo do Poder Legislativo, capaz de atrair a incidência do legítimo papel representativo do STF. Por outro lado, o papel contramajoritário também não pode ser invocado pelos defensores da prisão em segunda instância, porque a minoria seria composta pelas pessoas que ficariam presas enquanto pendentes recursos de natureza extraordinária. Restaria, portanto, o papel iluminista, aplicado nesse caso para atender aos supostos anseios da maioria – que não encontrariam respaldo no texto da CRFB. O respeito à vontade popular, inclusive, foi citado em vários dos votos.

Além do “clamor social”, também foram usados como razão de decidir vários argumentos extrajurídicos, como o baixo índice de sucesso de recursos de natureza extraordinária, a morosidade do Judiciário em apreciar tais recursos, o sofrimento das vítimas, a necessidade de resolver o problema da criminalidade e a de dar uma satisfação à sociedade. Nos debates, sempre inflamados e com alto grau de carga emocional, era cristalino que os ministros falavam não apenas para seus pares mas para toda a sociedade que acompanhava, ao vivo, voto a voto, o placar do julgamento.

No momento em que se atribui à Corte um papel iluminista, o risco de que suas decisões transcendam a lei e a Constituição aumenta exponencialmente. No afã de atender às demandas da maioria além do que dispõem as decisões legislativas, o Judiciário ecoa as mesmas estratégias populistas que deveria combater. Landau (2013) alerta para o risco de as cortes passarem a acreditar que suas decisões aprimoram a democracia e, como consequência, a buscar, com o passar do tempo, “ampliar sua margem de decisão”.

Para Prendergast (2019), o alarme contra o populismo soa quando alguém acredita saber e representar o que é melhor para a população. Permitir a função iluminista não é garantia de acerto; pretendendo-se avançar, atrasa-se a história. Sobre as habilidades políticas de advogados e juízes, Ely (1981) afirma: a competência que sobra em advogados e juízes

para avaliar processos e procedimentos falta-lhes quando as questões envolvem políticas substantivas.

5 O Judiciário como defensor da democracia

Não é possível delimitar fronteiras claras e precisas para a atuação do Judiciário; igualmente, não se defende que os juízes devam atingir um nível utópico de neutralidade política.

Tribe (1980), que antes criticara severamente o posicionamento de John Hart Ely, pondera que este, ao defender um papel mais contido do julgador, não pretendia que eles fossem capazes de elaborar decisões substancialmente neutras em termos de valor, e sim de minimizar a incorporação judicial de valores extraconstitucionais. No mesmo sentido, McLoughlin (2009) defende a criação de princípios-base para que juízes não deslizem e, sem limites, produzam decisões substantivas.

Atualmente, na linha dos estudos de Kyritsis (2017), entende-se que a oposição entre os Poderes não é o melhor caminho para a manutenção de democracia. Ao contrário, é possível que eles atuem em parceria, garantindo e aperfeiçoando o Estado Democrático de Direito¹³. Contudo, para isso, é preciso afastar o potencial autoritário que o populismo em geral e o populismo judicial em particular possam trazer. Assim, mediante analogia, realizou-se o exercício de delinear qual deve ser o papel de um juiz, conforme se verá a seguir.

5.1 Momento para intervir

Comentando o trabalho de John Hart Ely, assevera McLoughlin (2009, p. 90) que as cortes devem limitar seus trabalhos a “policar as regras do jogo democrático”. Para evitar os diferentes sentidos da palavra *policar* e balizar a análise de leis e atos governamentais, afirma que compete aos juízes identificar os fundamentos proeminentes e duradouros da justiça política.

Prendergast (2019, p. 257-258, tradução nossa), por sua vez, afirma que a figura do inspetor falharia, na medida em que é trabalho dele intervir em “qualquer falha apresentada no produto, ainda que mínima”. Por tal razão, prefere a figura do árbitro de um jogo, proposta por John Ely. Para este, os tribunais devem desempenhar o papel de filtro e intervir apenas

¹³ Sobre a atuação dos tribunais na preservação da democracia, ver relato de David Landau sobre a Colômbia. Para o autor, “the Court probably did prevent a significant erosion of democracy by preventing a strong president from holding onto power indefinitely” (Landau, 2013, p. 203).

quando a violação das regras do jogo implica a perda do equilíbrio da disputa democrática, ou seja, quando não se está diante de uma simples falha, mas de um “defeito sistemático” (Ely, 1981, p. 107).

Prendergast (2019) conclui que a democracia necessita de intervenções judiciais, preferencialmente preventivas, mas apenas como último recurso, com o objetivo de evitar ou corrigir uma falha que não tenha a possibilidade de ser corrigida pelos demais processos democráticos. Todavia, essas intervenções não autorizariam interpretações inovadoras com o potencial de “ampliar o constitucionalismo” (Prendergast, 2019).

A preferência pelo papel preventivo dos tribunais foi endossada em decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) no julgamento do caso *Refah Partisi (The Welfare Party) v. Turkey*. A CEDH entendeu não ser razoável que o Estado espere que partidos antidemocráticos se instalem no poder antes de intervir (European Court of Human Rights, 2003).

Em outras palavras, a atuação preventiva funciona como um remédio que é mais eficaz nos estágios precoces de um quadro infeccioso. Contudo, isso não significa dizer que a intervenção das cortes não é devida quando partidos populistas já lograram capturar o aparelho estatal. Seja na função de polícia, de fiscal ou de árbitro, é importante que a sociedade e os fiscais da lei fiquem alerta e acionem o Poder Judiciário para a preservação da democracia.

5.2 Intervir para proteger, e não para aperfeiçoar a democracia

Como se viu nas seções anteriores, diferentes graus de intervenção judicial podem ser necessários a depender do contexto de cada país. Não há, portanto, uma fórmula pronta que os tribunais possam seguir para atuarem sem ferir o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, a via negativa facilita a reflexão, pois permite responder com maior facilidade ao questionamento sobre como as cortes não podem intervir. Prendergast (2019) afirma que o procedimento de controle constitucional deve limitar-se a proteger a democracia, sem expandir-se para aperfeiçoar a democracia.

Em outros termos, não é função dos tribunais imaginar e querer aplicar o que julga ser melhor para a democracia. Rememorando a figura do árbitro mencionada por Ely (1981), não compete ao Judiciário fazer as vezes do gestor ou do legislador, intervindo por entender que as decisões tomadas são subótimas. Compete ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei, mas não lhe cabe afastá-la por entender que o que ela prescreve não é a melhor solução para a sociedade e para o regime democrático – ainda que para isso se utilize da técnica da interpretação conforme à Constituição.

6 Conclusão

O presente artigo abordou o populismo, tema muito presente nos debates jurídicos atuais, sob uma lente pouco usada pela academia: sua influência sobre o Poder Judiciário. Iniciando com o estudo das linhas gerais do fenômeno nos Poderes Legislativo e Executivo, delinearam-se os contornos que fazem do populismo judicial um fenômeno distinto, perigoso e de grande importância para futuros debates.

De fato, a captura dos tribunais constitucionais, considerados a última sentinela da Constituição, é estratégia decisiva dos líderes populistas que pretendem livrar-se das barreiras contra as reformas de sua iniciativa. Em caráter exemplificativo, foram apresentados quatro pilares sobre os quais o populismo se instala no Poder Judiciário.

Demonstrou-se que o populismo judicial não é um risco apenas quando se consideram as ameaças externas de captura das cortes. Com efeito, o Poder Judiciário também pode ser corroído por dentro, quando seus próprios membros sucumbem a ideologias populistas e passam a defendê-las.

No âmago dos tribunais, até mesmo propostas teóricas, institucionais e comportamentais, como as do ministro Barroso, podem ser exemplos de um possível populismo judicial ou servir-lhe de fundamento.

Contudo, um traço marcante separa o populismo judicial das formas mais conhecidas de populismo: a intenção dos juízes não se relaciona com a eliminação da concorrência, tampouco faz parte de um planejamento para a perpetuação no poder; na maioria dos países, o cargo de juiz é vitalício, ao menos nas cortes constitucionais.

Todavia, mesmo cercado de boas intenções – e ao contrário do que um juiz seduzido pelo populismo possa acreditar –, uma atuação iluminista dos tribunais, ao flertar com o populismo, apresenta sérios riscos ao Estado Democrático de Direito. Situar a vontade popular e o progresso acima das leis é uma ameaça a ser combatida pelos guardiões da democracia. É por tal razão que, a despeito de carregar um custo democrático, a intervenção judicial deve ser democraticamente protegida.

Por outro lado, a importância da tarefa dos juízes não pode levá-los a posicionar-se acima das leis para guiar os caminhos da nação. A democracia não precisa de heróis; e é contraintuitivo que apenas um número restrito de pessoas saiba o que seria melhor para todos. Quando se instala no berço de seu último defensor, o populismo pode tornar-se incontrolável e converter-se na ameaça maior à democracia.

Das cortes esperamos proteção contra atos autoritários, mesmo quando tropeçamos coletivamente em nossas próprias pernas para aperfeiçoar a democracia.

Sobre os autores

Miguel Gualano de Godoy é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor adjunto de Direito Constitucional dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil. E-mail: miguelggodoy@hotmail.com

Igor Pires Gomes da Costa é mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil, e pela Universidade de Nantes, Nantes, França; procurador do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. E-mail: igor_pires@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

GODOY, Miguel Gualano de; COSTA, Igor Pires Gomes da. Poder Judiciário na era do populismo: como o último guardião pode tornar-se a maior ameaça à democracia. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 43-61, out./dez. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p43

(APA)

Godoy, M. G. de, & Costa, I. P. G. da (2023). Poder Judiciário na era do populismo: como o último guardião pode tornar-se a maior ameaça à democracia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(240), 43-61. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p43

Referências

ALTERIO, Ana Micaela. Reactive vs structural approach: a public law response to populism. *Global Constitutionalism*, Cambridge, UK, v. 8, n. 2, p. 270-296, July 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2045381719000029>.

ARATO, Andrew. Populism and the courts. *In*: VERFASSUNGSBLOG. [S. l.], 25 Apr. 2017. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/populism-and-the-courts/>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BARBER, Nicholas William. Populist leaders and political parties. *German Law Journal*, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 129-140, Apr. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.9>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/populist-leaders-and-political-parties/BA883B7AE8798F07E88F85FB66111741>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Pensar*: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 864-939, set./dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.5020/23172150.2012.866-941>. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/2813>. Acesso em: 17 nov. 2023.

_____. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2.171-2.228, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 17 nov. 2023.

_____. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, p. 9-17, out. 2017. Disponível em:

<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2018/01/artigo-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court and the idea of progress*. New Haven, CT: Yale University Press, 1978.

BINENBOJM, Gustavo. A justiça na TV. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 2 maio 2009. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0205200909.htm>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BOGDANDY, Armin von; BOGDANOWICZ, Piotr; CANOR, Iris; TABOROWSKI, Maciej; SCHMIDT, Matthias. A constitutional moment for the European rule of law – upcoming landmark decisions concerning the Polish judiciary. *MPIL Research Paper*, Heidelberg, n. 10, p. 1-13, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3199809. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF*. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Interessados: Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator substituto: Min. André Mendonça, [2023]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 17 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF*. 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico [...]. Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessados: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 17 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus nº 84.078/MG*. *Habeas corpus*. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil [...]. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus nº 124.306/RJ*. Direito processual penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício [...]. Pacientes: Edilson dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 9 de agosto de 2016a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 17 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Constitucional. *Habeas corpus*. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade [...]. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 17 nov. 2023.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. Populistas e autoritários? Debates sobre usos do conceito. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 861-884, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50402>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50402>. Acesso em: 17 nov. 2023.

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias constitucionais progressistas, *backlash* e vaquejada. *Seqüência*, Florianópolis, v. 39, n. 80, p. 123-150, dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n80p123>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n80p123>. Acesso em: 17 nov. 2023.

É A FAVOR da transmissão ao vivo de julgamentos do STF? *Estadão*, [São Paulo], 20 maio 2009. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-a-favor-da-transmissao-ao-vivo-de-julgamentos-do-stf,373650>. Acesso em: 17 nov. 2023.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Ed. Unesp, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Revised ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Grand Chamber). *Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*: (Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98). Applicants: Refah Partisi and others. Respondent State: Türkiye. Judges: Mr L. Wildhaber, President, *et al.*, 13 February 2003. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%22001-60936%22>}. Acesso em: 17 nov. 2023.

FUX, Luiz. “O Brasil não admite retrocesso”. [Entrevista cedida a] Sérgio Ruiz Luz. *VEJA*, [São Paulo], 4 mar. 2021. Páginas Amarelas. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/paginas-amarelas/nada-justifica-derrubar-a-lava-jato-diz-luiz-fux/>. Acesso em: 17 nov. 2023.

GREENHOUSE, Linda. *The U.S. Supreme Court: a very short introduction*. New York: Oxford University Press, 2012. (Very Short Introductions, 306).

HECK, Tatiana de Marsillac Linn; BOMBINO, Luciana Marques. Princípio da confidencialidade e princípio da publicidade: incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na administração pública. *Revista da ESDM*, Porto Alegre, v. 4, n. 8, p. 125-143, 2018. DOI: <https://doi.org/10.29282/esdm.v4i8.84>. Disponível em: <http://revista.esdm.com.br/index.php/esdm/article/view/84>. Acesso em: 17 nov. 2023.

KYRITSIS, Dimitrios. *Where our protection lies: separation of powers and constitutional review*. New York: Oxford University Press, 2017.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, [Davis, CA], v. 47, n. 1, p. 189-260, 2013. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/Articles/47-1_Landau.pdf. Acesso em: 17 nov. 2023.

MCCLOUGHLIN, Luke P. The Elysian foundations of election law. *Temple Law Review*, [s. l.], v. 82, n. 1, p. 89-148, 2009. Disponível em: <https://www.templelawreview.org/article/82-1-mcloughlin/>. Acesso em: 17 nov. 2023.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013. (Oxford Constitutional Theory).

_____. Populispudência. *Época*, [s. l.], 27 abr. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/04/populispudencia.html>. Acesso em: 17 nov. 2023.

MUDDE, Cas; ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal. *Populism: a very short introduction*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2017. (Very Short Introductions). E-book.

MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?* [S. l.]: Penguin, 2017. E-book.

O CASO de estupro coletivo que chocou a Espanha e está levando milhares para as ruas do país. *BBC News Brasil*, [s. l.], 29 abr. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43944755>. Acesso em: 17 nov. 2023.

PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. *German Law Journal*, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 245-262, Apr. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.15>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/judicial-role-in-protecting-democracy-from-populism/99585581EB11E7AFCD98C773F2EBFAB0>. Acesso em: 17 nov. 2023.

RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. Alf Ross e seu realismo jurídico: uma resenha crítica. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 117-125, jan./abr. 2016. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2016.81.12>. Disponível

em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.81.12>. Acesso em: 17 nov. 2023.

_____. Sobre juízes e políticos: pensando a dificuldade contramajoritária à luz do modelo de Georg Vanberg. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, DF, v. 39, n. 1, p. 139-150, 2014.

RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogério Bastos. Supremo Tribunal Federal e a presunção de inocência: ativismo, contexto e ação estratégica. *REI – Revista Estudos Institucionais*, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 21-54, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i1.459>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/459>. Acesso em: 17 nov. 2023.

SAGER, Lawrence G. Constitutional justice. *New York University Journal of Legislation & Public Policy*, New York, v. 6, n. 1, p. 11-19, 2002. Disponível em: <https://nyujlpp.org/wp-content/uploads/2012/11/Lawrence-G-Sager-Constitutional-Justice.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

SALVADOR, Bartolomé Clavero. Tribunal constitucional no Estado plurinacional: o desafio constituinte da Bolívia. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 39, n. 2, p. 13-41, jul./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.5216/rfd.v39i2.34658>. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/34658>. Acesso em: 17 nov. 2023.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 85, n. 2, p. 545-583, 2018. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/autocratic-legalism>. Acesso em: 17 nov. 2023.

_____. How to evade the Constitution: the Hungarian Constitutional Court's decision on judicial retirement age, part I. In: VERFASSUNGSBLOG. [S. l.], 9 Aug. 2012. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/evade-constitution-case-hungarian-constitutional-courts-decision-judicial-retirement-age>. Acesso em: 17 nov. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 11 maio 2009. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1105200908.htm>. Acesso em: 17 nov. 2023.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 29-46, mar. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782013000100004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/rjsocp/a/s7QsTNvBPDdBfPYTjTVD69S/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 nov. 2023.

TRIBE, Laurence H. The puzzling persistence of process-based constitutional theories. *The Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 89, n. 6, p. 1.063-1.080, May 1980. DOI: <https://doi.org/10.2307/796023>.

TUSHNET, Mark. Varieties of populism. *German Law Journal*, [s. l.], v. 20, n. 3, p. 382-389, Apr. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.27>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/varieties-of-populism/CCC1F93141F2202E26ABC184808407A5>. Acesso em: 17 nov. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). The Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution prohibits states from segregating public school students on the basis of race [...]. May 17, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 17 nov. 2023.

_____. Supreme Court. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015). Under the Fourteenth Amendment of the U.S. Constitution, all states must license a marriage between two people of the same sex and recognize such a marriage if it was lawfully licensed and performed in another state. June 26, 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/>. Acesso em: 17 nov. 2023.

O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA

Algumas lições sobre revolução constitucional, instabilidade política e estabilidade institucional

ANDRE BUENO DA SILVEIRA
DANIEL FALCÃO

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar o New Deal – conjunto de políticas implantadas nos EUA nas décadas de 1930 e 1940 pelo governo de Franklin Roosevelt – e, com base na revolução constitucional representada pelo New Deal, extrair lições aplicáveis ao Poder Judiciário brasileiro. O New Deal conheceu dois momentos marcados pelo conflito entre a Suprema Corte de um lado e a Presidência e o Congresso de outro. Apresenta-se o primeiro New Deal e a resistência da Corte a ele. Explica-se a resposta de Roosevelt, que lança o segundo New Deal, e a contrarreação dos seus defensores na Corte. Por fim, analisa-se a virada no tempo e a consolidação do New Deal na Suprema Corte.

Palavras-chave: New Deal; Poder Judiciário; intervenção do Estado na economia.

The conflict between the New Deal and the Judiciary in the USA: some Lessons on Constitutional Revolution, Political Instability, and Institutional Stability

Abstract: The purpose of this article is to analyze the New Deal – a series of programs implemented in the USA under Franklin Roosevelt in the 1930s and 1940s – and, from this, draw lessons that can be applied to the current Brazilian Judiciary. The New Deal is divided into two distinct moments, marked by conflict, on one side, the US Supreme Court and, on the other side, the US Presidency and Congress. The First New Deal and the US Supreme Court's resistance to it are presented. Then, Roosevelt's responses with the Second New Deal and the New Deal's counter-reaction to the Supreme Court are explained. Finally, the article analyzes the switch in time and the consolidation of the New Deal in the US Supreme Court.

Recebido em 13/2/23
Aprovado em 29/5/23

Keywords: New Deal; Judiciary; government intervention in the economy.

1 Introdução

O objetivo deste artigo é analisar o New Deal – uma série de políticas implantadas durante os mandatos de Franklin D. Roosevelt (1933-1945) – e, com base nessa revolução constitucional, extrair lições que podem suscitar mudanças no Poder Judiciário do Brasil.

O New Deal influenciou o Direito de vários ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro. Naquele período, havia grandes semelhanças entre os EUA e o Brasil do primeiro período Vargas (1930-1945), notadamente em razão do conflito entre liberalismo e corporativismo¹. Ainda hoje sua

¹ Segundo Bruce Ackerman em entrevista a Menezes (2022): “Então, em 1930, temos a revolução de Vargas. Por que ela aconteceu em 1930? Porque, em 1929, houve a Grande Depressão, que sobrecarregou – e isso precisa ser observado de vários pontos de vista – todos os sistemas constitucionais. Falando relativamente, comparado à França, Alemanha e Itália, a mudança foi fundamental, mas uma revolução em escala humana. Ela não repudiava 1930 e tudo que havia ocorrido antes disso. E de maneira bastante notável, foi uma revolução como o New Deal, nos Estados Unidos. Nesse sentido, um dos momentos sobre o qual os brasileiros – e norte-americanos interessados nessa relação – devem refletir foi a célebre visita de Franklin Delano Roosevelt [ao Brasil] e seu discurso em 27 de novembro de 1936, no qual ele diz: ‘Vargas e eu temos os mesmos objetivos’. É preciso lembrar que Roosevelt era profundamente deficiente, ele respirava com dificuldade e não podia andar, como você sabe. Ele nunca fez uma viagem de navio para fora dos Estados Unidos durante toda a sua doença [poliomielite], até esse ponto. Essa foi sua primeira viagem para fora dos Estados Unidos. Ele poderia ter ido para a Inglaterra... vários países queriam vê-lo e ele vai ao Brasil. Por quê? Porque Vargas e Roosevelt eram corporativistas. O New Deal exigia que as empresas negociassem com sindicatos. Se eles se recusassem a negociar e os sindicatos entrassem em greve, a greve duraria para sempre. Nada poderia ser feito para prejudicar o movimento. Isso é corporativismo – e eu adoraria que um estudante do Brasil viesse a Yale pesquisar os paralelos – e era algo bastante autoconsciente”. No mesmo sentido, Lopes (2000, p. 384-385): “Um debate jurídico exemplar marcará a era Vargas e mostrará o conflito entre duas concepções distintas de direito e do papel dos juristas. Seus protagonistas serão Waldemar Ferreira, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, e Oliveira Vianna, consultor jurídico do Ministério do Trabalho, também sociólogo e jurista, professor no Rio de Janeiro. Waldemar Ferreira coloca-se em defesa do liberalismo; Oliveira Vianna não vê possibilidade de alterar o Brasil senão pela via da intervenção do Estado. Mas não se trata da intervenção socializante: trata-se, sim, da intervenção corporativa. Oliveira Vianna examina a mudança dos rumos do Direito, tendo em vista as novas fontes, os novos ramos (especialmente o direito do trabalho) e os novos métodos. Crítica nos professores brasileiros a estreiteza de método e visão: ‘Dahi vem que não tivemos até agora nenhuma ‘construção’ propriamente nacional das nossas Constituições republicanas, nem a de 91, nem a de 34. Esta está ahi, novinha em folha; mas, já vae sendo rapidamente esvaziada do seu espírito moderno e renovador, progressivamente envolvida nas faixas apertadas de uma exegese de civilistas e comercialistas, francamente evoluindo para uma definitiva ‘mumificação’ jurisprudencial...’ (Vianna, 1938, 28-29). Enquanto era consultor do Ministério, Oliveira Vianna teve de enfrentar o deputado Waldemar Ferreira, cujo liberalismo não permitia aceitar uma justiça do trabalho e nem um direito do trabalho fora dos padrões do direito privado. [...] Os professores de direito tinham dificuldade de compreender os novos tempos e os novos institutos e rejeitavam o poder normativo da justiça do trabalho, como também a delegação de poderes ao executivo e às autarquias”. Como aponta Lopes (2000, p. 382): “Os anos 30 são

influência direta e imediata pode ser percebida, entre outros casos, na atuação das agências reguladoras. São nesse sentido, por exemplo, as decisões da Securities and Exchange Commission, uma referência para a regulamentação do mercado de capitais no mundo todo. Contudo, a influência do New Deal vai muito além das agências reguladoras. Discute-se hoje sobre a necessidade de um *green new deal* (Costa; Peres, 2021) e da aplicação de princípios do New Deal a *woke corporations*². No Brasil, em pleno século XXI, não raro ainda se cogita da *court-packing*³.

Um aspecto relevante do estudo do New Deal para o Brasil são as lições a serem aprendidas com os conflitos entre os Poderes previstos na Constituição. Os eventos durante o New Deal mostram como é possível

de transformação profunda. É o tempo do grande conflito entre socialismo, liberalismo e corporativismo. Os movimentos operários se ampliavam em toda parte. Na Europa o fim da Primeira Guerra Mundial foi marcado pelas revoluções na Rússia e na Alemanha em particular. [...] De outro lado, o capitalismo financeiro e a insuficiência das regras individualistas, privatistas e meramente contratuais dos códigos era evidente. Era preciso reorganizar o mercado. Keynes já escrevia sobre os limites do sistema de mercado e de suas regras financeiras. Assim é que no Brasil também os 30 são o resultado de muita insatisfação: com o sistema eleitoral, com o predomínio das oligarquias cafeeiras, com nossa posição no mercado internacional. São Paulo havia experimentado uma greve geral em 1917 e o movimento operário, a despeito da repressão e da expulsão dos estrangeiros que o lideravam, continuava ativo. Os tenentes promoviam rebeliões e revoluções, o Partido Comunista fora criado em 1922. Deu-se aqui também a discussão entre liberais, socialistas e corporativistas (Ferreira, 1993)".

² Nesse sentido: "Florida Gov. Ron DeSantis is seeking to bar financial intermediaries, such as banks, from discriminating against customers on the basis of their political, religious or social views. That's a great idea – and an excellent reason for why he's surging among Republicans nationwide. The concept is a sound one: Financial institutions are the bloodstream of private enterprise; a business or an individual cut off from them is economically helpless. Preventing banks and other financial entities from using their market power to force compliance with their views maintains everyone's freedom. [...] People who worry that DeSantis's proposal would infringe upon the freedoms of financial companies ignore how we already circumscribe corporate liberties to maintain individual freedoms. [...] One can even argue that this principle – that private economic power can be regulated to preserve individual freedom and autonomy – is at the heart of the modern state. The early economic regulations of the Progressive Era, such as minimum wage laws and the regulation of monopolies, were often opposed as infringements on the freedom of corporations and their owners. The New Deal's extension of that principle is what gave rise to the modern regulatory-welfare state, and was vociferously opposed by groups such as the American Liberty League as unconstitutional infringements. Franklin D. Roosevelt [FDR] rejected their argument clearly in his fifth fireside chat. 'The toes of some people are being stepped on and are going to be stepped on,' he told Americans. But it was right, he said, to curtail liberty for 'the comparative few' whose improper exercise of that freedom was 'harmful to the greater good.' [...] DeSantis's embrace of FDR's principle is political gold because conservatives increasingly fear that 'woke corporations' are wielding their considerable power to deny them their core political freedom. The social reformers and labor advocates at the turn of the 20th century suffered from that era's corporate establishment abuse of power, too, so they organized to curtail an employer's power when they had the chance. That's exactly what conservatives today want from their leaders" (Olsen, 2022).

³ Em entrevista pouco antes do segundo turno das eleições de 2022, o candidato derrotado Jair Bolsonaro afirmou: "Por falar em Judiciário, faz parte mesmo de seus planos aumentar o número de vagas no STF num futuro governo?" Já chegou essa proposta para mim e eu falei que só discuto depois das eleições. Eu acho que o Supremo exerce um ativismo judicial que é ruim para o Brasil todo. O próprio Alexandre de Moraes instaura, ignora Ministério Público, ouve, investiga e condena. Nós temos aqui uma pessoa dentro do Supremo que tem todos os sintomas [*sic*] de um ditador. Eu fico imaginando o Alexandre de Moraes na minha cadeira. Como é que estaria o Brasil hoje em dia?" (Lima, 2022).

manter a estabilidade institucional em períodos de forte instabilidade política.

Roosevelt foi a principal figura política do período do New Deal⁴. Teve de enfrentar um período histórico de grandes adversidades, que incluíram a Grande Depressão, após o *crash* da Bolsa de Nova Iorque em 1929, e a Segunda Guerra Mundial. Por isso, é preciso notar que algumas medidas propostas no período do New Deal, como o *court-packing*, foram defendidas por uma figura histórica com inequívoco compromisso com a democracia.

Porém, é possível questionar sobre o que poderia acontecer se fossem empreendidas – para fins antidemocráticos – medidas como o *court-packing* e a manipulação institucional consciente de uma corte constitucional por meio da mudança de composição dos membros para a obtenção de ganhos político-partidários, alguns de longo prazo⁵. A manipulação da composição de supremas cortes para se garantir a consolidação de regimes autoritários é uma ameaça real em muitos países⁶. Não raro, a última barreira de

⁴ Nesse sentido: “‘It’s such a dramatic story, a man in a wheelchair being the most powerful war leader in our country’s history,’ said Kovlar. ‘A man in a wheelchair beats Adolf Hitler, that’s not bad. A man in wheelchair overcomes the nation’s greatest economic disaster since the Civil War – such moving symbolism.’” (Tucker, 2001).

⁵ Considere-se o caso alemão: “The Basic Law referred no fewer than twenty times to the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*). The document called for the Court’s creation, and endowed it with extraordinary powers. The Court would consider appeals from various *Bundestag* decisions dealing with electoral law and various *Bundesrat* decisions dealing with administrative matters. It would decide on the accuracy of parliamentary allegations that the federal president or judges of the ordinary courts had engaged in unconstitutional behavior. Within the Basic Law’s militant democracy, the court would determine to what extent persons who abused fundamental rights would forfeit those rights, and it would decide whether (on appeal from Parliament or the federal government) to ban allegedly anti-constitutional political parties. Most portentous of all, the Court would wield exclusive jurisdiction over all controversies arising between branches and levels of government, and all challenges to the constitutionality of state or federal law. The Court would police the boundaries of constitutional authority between the chambers of Parliament; between Parliament and the federal government; between the federation and the states; and between individual states. The Court’s constitutional jurisdiction would be exclusive; and its jurisdiction would be exclusively constitutional. [...] The framers established or anticipated two features of the Court’s jurisdiction that would profoundly shape the history of the Federal Republic. The first was the power of abstract judicial review (*Normenkontrolle*), by which the Court could – on appeal from a qualified parliamentary minority, the federal government, or a state government – review the constitutionality of federal legislation directly. This prerogative dispensed with an American-style ‘case or controversy’ requirement. In a very short time, it would give opposition parties a remarkable weapon in opposing majority initiatives. To this was later added the right of individual complaint, by which private citizens, having exhausted other legal remedies, could appeal to the Court to redress infringements of their constitutional rights. Such complaints, though subject to standing requirements, would give ordinary citizens access to the country’s supreme constitutional tribunal. In years to come, West German citizens filed individual complaints by the tens of thousands. The procedure would become a central source of the Court’s public trust and popular esteem. Taken together, these provisions amounted to a staggering conferral of judicial authority. Rarely in world history had a court wielded such wide competence. If the Basic Law exuded the aura of a full-fledged constitution, the Constitutional Court bore all the trappings of an authorized interpreter and enforcer. The Court would give teeth, it was thought, to the Basic Law’s most innovative provisions” (Collings, 2015, p. xxv-xxvi).

⁶ Durante a ditadura militar (1964-1985), o Ato Institucional (AI) nº 2/1965, mantido pela Constituição de 1967, aumentou de 11 para 16 ministros do Supremo Tribunal Federal

proteção da democracia é a atuação firme de um Poder Judiciário autônomo e independente⁷.

Em sentido mais estrito, *court-packing* refere-se à alteração do número de magistrados ou mesmo da estrutura de uma suprema corte para permitir a nomeação de ministros adicionais (Lawlor, 1986, p. 971). Frequentemente, no entanto, o termo é usado de forma mais ampla para referir-se a qualquer situação em que considerações de natureza política influenciem o processo de nomeação dos ministros de um tribunal (Lawlor, 1986, p. 971). Não se deve confundir a legítima discricionariedade política exercida pelos Poderes Executivo e Legislativo no processo de nomeação de ministros de uma suprema corte com a efetiva manipulação desse processo para a mera obtenção de ganhos político-partidários. O termo *court-packing* utilizado aqui tem sentido mais restrito, ou seja, o de aumento ou redução no tamanho de uma suprema corte de forma a se alterar a frequência normal de nomeações (Lawlor, 1986, p. 971).

A contribuição que este artigo pode dar ao Direito brasileiro é apresentar um relato dos acontecimentos ocorridos na época do New Deal para mostrar as semelhanças com o período atual e como são necessárias mudanças institucionais, de forma a se proteger a democracia constitucional do Brasil. Mais precisamente, estudar o período do New Deal diz respeito à necessidade de mudanças no Poder Judiciário no Brasil. É necessário que o Poder Legislativo analise medidas como: i) o aprimoramento da forma

(STF), uma manobra que praticou o *court-packing* e que na época do New Deal se restringia a uma ameaça. Com base no AI nº 5/1968, foram aposentados três ministros. Posteriormente, o AI nº 6/1969 restabeleceu o número de 11 ministros; firmou-se que as vagas que surgissem não seriam preenchidas até que o novo número de ministros fosse alcançado.

⁷ Novamente, considere-se o caso da Alemanha: “The German word for ‘guardian’ in the statement just quoted is *Vormund*, a term used to designate the legal guardian of a minor child. But there is another German term, central to the Court’s history and self-understanding, which also translates as ‘guardian’: *Hüter*. In a 1952 manifesto the Court proclaimed itself *Hüter der Verfassung* – Guardian of the constitution. It was a redolent phrase. During the 1920s and 1930s German legal theorists fiercely debated who should stand as ‘guardian’ of the embattled Weimar constitution. ‘Who will protect the constitution against its enemies?’ was the pointed query of Carl Schmitt. Schmitt’s answer was the Reich President, along with the public administration – the civil service. Hans Kelsen, Schmitt’s most formidable antagonist, championed constitutional judicial review. In the short run, Schmitt seemed to prevail. In the long run, the cup went to Kelsen. As parliamentary governance in the Weimar Republic dwindled into chaos and instability, the Reich President – who enjoyed the prestige of plebiscitary appointment – ruled the land by emergency decree. Ultimately, as noted, it was Reich President von Hindenburg who invited the Nazis to assume power. This was the fateful precedent that led the Federal Republic’s founders to eschew plebiscites and weaken the presidency. On the other hand, the framers erected a powerful Constitutional Court to police the constitution’s boundaries and enforce its basic rights. [...] The observation that the Court had helped to democratize a pre-democratic political culture led, in the fullness of time, to a conviction that the Court was a constitutive element of the democratic political culture it helped create. The key to the Court’s success was the public’s embrace of the following syllogism: No democracy without fundamental rights (major premise); No fundamental rights without constitutional justice (minor premise); No democracy without the Constitutional Court (conclusion). This is the secret of the Court’s staggering popularity in the face of the obvious restraints it places on democratic self-governance and political freedom of action” (Collings, 2015, p. xxxv-xxxviii).

de escolha e nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF); por exemplo, a elaboração de listas sêxtuplas nos diversos setores da comunidade jurídica, para serem apreciadas pelos Poderes Executivo e Legislativo⁸, a fim de melhor considerarem a diversidade de pensamento na sociedade e na comunidade jurídica; ii) o estabelecimento de mandato para os ministros do STF – por exemplo, 10 anos, além de um período de quarentena⁹ (de 4 anos, por exemplo), de modo que ninguém se utilize do cargo para projetar-se politicamente para cargos eletivos¹⁰ – ou o estabelecimento de idade mínima mais elevada (por exemplo, 60 anos), que leve ao mesmo resultado prático do estabelecimento de mandato¹¹

⁸ Na Alemanha, por exemplo, a Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) tem 16 membros, metade escolhida pelo parlamento nacional alemão (Bundestag), órgão equivalente à Câmara dos Deputados no Brasil, e metade pelo órgão legislativo federal de representantes dos estados-membros (Bundesrat), equivalente ao Senado brasileiro. Nesse sentido: “The Court consists of two Senates, each of them with eight Justices. Currently, the President presides over the First Senate, the Vice-President over the Second Senate. Both Senates form Chambers with three members each. Each of the 16 Justices is assisted by four judicial clerks who have gained relevant professional experience at ordinary courts, public authorities, law firms or universities. Half of the 16 Justices of the Federal Constitutional Court are elected by the Bundestag, and half by the Bundesrat. The President and Vice-President of the Court are also elected, in turns, by the Bundestag and the Bundesrat. A two-thirds majority is required in both electoral bodies to ensure that the composition of the Senates is well-balanced. At least three members of each Senate must be elected from the supreme federal courts (Federal Court of Justice, Federal Administrative Court, Federal Finance Court, Federal Labour Court and Federal Social Court), so that the Federal Constitutional Court’s decisions can benefit from their broad judicial experience” (Structure, c2023). Na Suprema Corte do Japão, há 15 ministros escolhidos da seguinte forma: 6 juízes de carreira, 2 membros do Ministério Público, 4 advogados, 1 diplomata e 1 servidor público do gabinete do primeiro-ministro. Nesse sentido: “The Japanese Supreme Court has fifteen justices, not nine like the United States. The justices’ career backgrounds are respectively, six career judges (consisting of four who majored in civil cases and two who majored in criminal cases), two who have been prosecutors, four who have been practitioners, one diplomat, one professor from the law department of a university, and one administrative official (often the former head of Legislation Bureau of the Cabinet). The break-down just mentioned has undergone some changes in the past, but by and large the similar structure has been maintained since the inception of the Court. When one justice retires, the new candidate is nominated from the same group or profession as that from which the retiree was chosen from. And in the overwhelming number of cases, the candidate was appointed as the successor. This is due to the policy pronounced when the Court was established that, in order to substantiate the mission assigned to the new Court, not only the legal professions but other professions should be included to incorporate their wisdom” (Chikusa, 1999, p. 1.720).

⁹ Nos EUA tramita a denominada *Supreme Court Tenure Establishment and Retirement Modernization Act of 2022*, proposta legislativa que cria um mandato de 18 anos para os ministros da Corte, além de estabelecer uma regra de transição e regras de renovação periódica dos ministros (United States, 2022).

¹⁰ Os ministros da Bundesverfassungsgericht têm mandato de 12 anos, sem possibilidade de renovação desse período, e a aposentadoria compulsória ocorre aos 68 anos: “Anyone who is at least 40 years old and qualified to hold judicial office pursuant to the German Judiciary Act may be elected. A Justice’s term of office ends after twelve years or when the retirement age of 68 is reached. To ensure their independence, Justices may not be re-elected” (Structure, c2023).

¹¹ Embora não haja previsão de mandato na Suprema Corte do Japão, em regra os ministros permanecem por curto período de tempo, e há previsão de reavaliação da presença do ministro a cada 10 anos. Nesse sentido, Chikusa (1999, p. 1.721): “I do not think that there is any substantial difference between the United States and Japan in the professional independence and the fact that there is any substantial difference guarantee of tenure of the justices. In the case of the justices of the Japanese Supreme Court, however,

porque, por não serem eleitos, o seu tempo de permanência no cargo não pode ser excessivo; e iii) a forte restrição ao poder dos ministros do STF de proferir decisões monocráticas – por exemplo, com a previsão de que a decisão monocrática seja encaminhada automaticamente a julgamento virtual, com necessidade de confirmação pela maioria dos ministros, e de que, após o prazo de vista dos autos com um ministro do STF, o processo volte à pauta automaticamente, medida já parcialmente implementada pela própria Corte¹².

the retirement age is fixed at seventy (in the case of judges in general, sixty-five, and in the case of the judges in the summary court, seventy). Since the justices are appointed at the age of more than sixty, the tenure is almost always less than ten years, and frequently less than five years. Apart from the merit that it refreshes the Court, one can not deny the clerical tiresomeness of always having to handle the retirement of someone among as many as fifteen. The Cabinet appoints justices (with the exception of the appointment of the Chief Justice whose appointment is made by the Emperor upon the designation made by the Cabinet) and the Emperor acknowledges the appointment. The judges may not be dismissed except through the judgment of impeachment, unless he or she is ruled as incapable of fulfilling his or her mission due to physical or mental health defects. The judges may be subject to disciplinary actions by the court on the basis of the Law of Professional Careers of Judges. Additionally, the appointment of justices must be submitted to a national vote at the time of the election of the members of the House of Representatives to be conducted for the first time of the appointment of a justice and subsequently at 10-year intervals. If a majority of votes is for the dismissal of a particular justice, the justice in question is dismissed. This has, however, never happened”.

¹² Conforme a Emenda Regimental nº 58, de 19/12/2022: “Art. 1º Os dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a seguir enumerados passam a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 21. [...] IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos de competência respectiva, medidas cautelares de natureza cível ou penal necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, submetendo-as imediatamente ao Plenário ou à respectiva Turma para referendo, preferencialmente em ambiente virtual. [...] § 5º A medida cautelar concedida nos termos do inciso V produzirá efeitos imediatos e será automaticamente inserida na pauta da sessão virtual subsequente, para julgamento do referendo pelo colegiado competente. § 6º Na hipótese do parágrafo anterior, o Ministro Relator poderá optar por apresentar o feito em mesa na primeira sessão presencial subsequente à concessão da decisão, sem prejuízo de sua manutenção na sessão virtual, se não for analisado. § 7º Em caso de excepcional urgência, o Relator poderá solicitar ao Presidente a convocação de sessão virtual extraordinária, com prazo mínimo de 24 (vinte e quatro) horas, para referendo da medida cautelar concedida nos termos do inciso V, consoante o disposto no art. 21-B, § 4º, deste Regimento. § 8º A medida de urgência prevista no inciso V deste artigo, caso resulte em prisão, será necessariamente submetida a referendo em ambiente presencial e, se mantida, reavaliada pelo Relator ou pelo Colegiado competente, a cada 90 (noventa) dias, nos termos do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, cabendo à Secretaria Judiciária realizar o acompanhamento dos prazos.’ Art. 134. O ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da publicação da ata de julgamento. [...] § 5º Vencido o prazo previsto no *caput*, os autos estarão automaticamente liberados para a continuação do julgamento.’ Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 6 (seis) dias úteis, manifestação sobre a questão da repercussão geral.” (Brasil, 2023, p. 294-295). Segundo o art. 2º da Emenda Regimental nº 58/2022 do RISTF, “[a]s medidas de que trata o inciso IV do art. 21 que tiverem sido proferidas antes da entrada em vigor desta Emenda Regimental deverão ser submetidas ao Plenário ou à respectiva Turma para referendo em até 90 (noventa) dias úteis. Parágrafo único. Aplica-se o mesmo prazo para a devolução dos processos com pedido de vista já formulado na data de publicação desta Emenda Regimental” (Brasil, 2023, p. 295). O STF aprovou as propostas de alterações e inclusões dos seguintes dispositivos ao Regimento Interno, relacionadas à matéria concernente ao reforço da colegialidade: 2.1. Por unanimidade, a inclusão dos §§ 5º, 6º, 7º e 9º (renumerado como 8º) ao art. 21 e do § 5º ao

Note-se que, algumas décadas após o New Deal, o Estado sofreu novas mudanças significativas de cunho liberalizante no governo de Ronald Reagan¹³, as quais precederam o surgimento da internet e das grandes empresas de tecnologia¹⁴.

2 Antecedentes históricos das técnicas jurídicas de transformação: reconstrução e New Deal

Em grande parte do século XIX e no início do século XX, a palavra *liberalismo* dizia respeito à crença na liberdade econômica e na atuação bem limitada do Estado (Brinkley, 1995, p. 8). Essa modalidade de liberalismo, denominada *laissez-faire*, é frequentemente descrita ainda hoje como um movimento ideologicamente conservador (Brinkley, 1995,

art. 134, e a alteração do *caput* dos arts. 134 e 324. 2.2. Por maioria, a alteração dos incisos IV e V do art. 21 do Regimento Interno do STF, vencido o ministro Nunes Marques, que registrou ressalva em seu voto.

¹³ A respeito da mudança de mentalidade ocorrida no governo de Ronald Reagan: “On November 20 he [Ronald Reagan] got into the game. At the National Press Club in Washington he declared that he was challenging Ford for the Republican nomination in 1976. ‘Our nation’s capital has become the seat of a buddy system that functions for its own benefits, increasingly insensitive to the needs of the American worker who supports it with his taxes,’ he said. ‘Today it is difficult to find leaders who are independent of the forces that have brought us our problems: the Congress, the bureaucracy, the lobbyists, big business, and big labor.’ The inclusion of big business in Reagan’s rogues’ gallery raised eyebrows among those who remembered him as a longtime front man for one of America’s biggest businesses, General Electric. He would soon abandon this aspect of his critique, finding in government ample targets for indignation. He called for swift and stringent cuts in federal spending. ‘We have no choice,’ he said. ‘This government must get back as quickly as possible to a balanced budget.’ Responding to questions whether his unmoderated embrace of conservatism risked a repeat of the Republican’s debacle with Goldwater in 1964, he asserted that Goldwater had simply been ahead of his time. ‘The only thing wrong in 1964 was that the voters of this country were still in something of a New Deal syndrome. They still believed that federal help was free and that federal programs did solve problems. Now the change has come, and the people no longer have to be convinced that the federal government is too big, too costly and hasn’t really solved any problems’” (Brands, 2015, p. 194).

¹⁴ Assim narra um biógrafo de Ronald Reagan: “In early January 1989, Reagan attended a fiftieth-anniversary celebration of the Franklin Roosevelt Presidential Library. More openly than ever, he drew the connection between himself and his political model. ‘Franklin Roosevelt aroused the interest of young men and women in politics and government and drew them into the national service,’ Reagan said. ‘From the brain trusters to the many idealists who staffed the agencies and bureaus of the New Deal, his magic brought thousands to Washington. But I can tell you from personal experience that it didn’t stop there. All across the nation, millions of new voters looked at this president who was filled with confidence in the future, faith in the people, and the joy of the democratic rough-and-tumble, and they said to themselves maybe someday they, too, would like to serve the nation in public life. I was one of those millions.’ Reagan had built a political career bashing what Roosevelt had created, but with his political career ending he acknowledged his debt to FDR. ‘Franklin Roosevelt was the first president I ever voted for, the first to serve in my lifetime that I regarded as a hero.’ Reagan told of seeing Roosevelt when the president visited Des Moines in 1936. ‘What a wave of affection and pride swept through that crowd, as he passed by in an open car – a familiar smile on his lips, jaunty and confident, drawing from us a reservoir of confidence and enthusiasm some of us had forgotten.’ Reagan recalled his own reaction, and his debt to Roosevelt. ‘It was that ebullience, that infectious optimism that made one young sportscaster think that maybe he should be more active as a citizen’” (Brands, 2015, p. 706).

p. 8). Porém, no início do século XIX o liberalismo *laissez-faire* representava um ataque ao conservadorismo enraizado na proteção da tradição e de hierarquias sociais rígidas (Brinkley, 1995, p. 8-9); vislumbrava uma sociedade fluida e mutável na qual o Estado não protegeria os padrões de riqueza e os privilégios, os cidadãos poderiam perseguir seus objetivos livremente e teriam condições de avançar de acordo com seus próprios méritos e realizações (Brinkley, 1995, p. 9).

Na prática, porém, o liberalismo *laissez-faire* não criou uma sociedade verdadeiramente justa e aberta (Brinkley, 1995, p. 9). Empresários condenavam a interferência do Estado quando restringia suas atividades, mas aceitavam e até exigiam ajuda do Estado quando esta lhes era útil. Os campeões do liberalismo *laissez-faire* também não estavam realmente interessados numa competição aberta por riqueza e poder (Brinkley, 1995, p. 9): fizeram *lobby* por proteção contra a concorrência estrangeira por meio de tributos, lutaram para escapar da competição doméstica criando *pools*, cartéis, *holdings* e *trustes*, beneficiaram-se muitas vezes da intervenção do Estado para se protegerem de questionamentos jurídicos de seus próprios trabalhadores (Brinkley, 1995, p. 9). Todavia, por mais inadequada que descrevesse a realidade social da época, a ideia de *liberal* tornou-se justificativa poderosa para um mundo capitalista em rápida expansão e para uma noção de liberdade individual que estava tornando-se cada vez mais flagrante (Brinkley, 1995, p. 9).

No início do século XX, surgiu uma forma concorrente de liberalismo – um liberalismo *reformista*, cético em relação à afirmação dos defensores do liberalismo *laissez-faire* de que um mercado sem restrições sociais e econômicas produziria uma sociedade justa e aberta (Brinkley, 1995, p. 9). Os defensores do liberalismo reformista (a maioria deles, a princípio,

tida como progressista) buscaram muitos objetivos diferentes, de forma que os historiadores às vezes tinham dificuldade de estabelecer uma definição minimamente precisa para o conceito de *progressismo* ou o de *reforma* (Brinkley, 1995, p. 9). Os liberais progressistas diferiam dos liberais *laissez-faire* pela sua crença na interconectividade (*interconnectedness*) da sociedade e, com isso, na necessidade de se protegerem as pessoas, as comunidades e o próprio Estado do poder empresarial abusivo, a necessidade de se garantir aos cidadãos um nível básico de subsistência e de dignidade, geralmente por meio de alguma forma de intervenção do Estado na economia (Brinkley, 1995, p. 9).

O New Deal nasceu dessa concepção diferente e conflitante de *reforma*, que tinha *liberalismo* agregada a ela, e que, ao mesmo tempo, procurava transformá-lo (Brinkley, 1995, p. 9). Os *new dealers* tinham pouco interesse em aspectos morais da reforma progressista. Em regra, evitavam questões raciais, étnicas, de família, de gênero e de comportamento pessoal, em parte porque temiam os conflitos culturais e políticos que essas questões haviam produzido na década de 1920 (e que causaram grandes prejuízos eleitorais ao Partido Democrata) e que muitos liberais vieram a interpretar como uma forma de irracionalidade popular (Brinkley, 1995, p. 9). Os defensores do New Deal também não estavam muito preocupados com uma reforma político-partidária. O governo Roosevelt raramente desafiou o poder de lideranças políticas e o de máquinas partidárias – em verdade, contribuiu para reforçá-los –, bem como nunca tratou o combate à corrupção como ponto central, diversamente do que fizeram as anteriores gerações de reformistas (Brinkley, 1995, p. 9-10). Contudo, o New Deal abrangia preocupações dos reformistas progressistas. Acima de tudo – o que não era nenhuma surpresa em meio à maior crise econômica da história dos EUA –, o New Deal

envolvia a convicção de que o Estado deveria ter papel ativo na economia (Brinkley, 1995, p. 10).

3 O New Deal

O programa institucional do New Deal compunha-se de três grandes críticas institucionais à estrutura constitucional do país (Sunstein, 1987, p. 423).

A primeira delas, substantiva em seu caráter, era a conclusão de um longo período de reflexão sobre o *common law* (Sunstein, 1987, p. 423). Os defensores do New Deal viam nele um mecanismo para isolar a distribuição de riqueza e de direitos da possibilidade de controle social. O catálogo de direitos do *common law* incluía uma excessiva proteção a direitos de propriedade e uma insuficiente proteção aos interesses dos pobres, dos idosos, dos desempregados (Sunstein, 1987, p. 423). Por isso, defendiam mudanças substanciais que levassem ao reconhecimento de novos interesses como direitos e à redistribuição de riqueza da sociedade (Sunstein, 1987, p. 423). De forma vista até mesmo como radical na época, Roosevelt clamou por uma “Segunda Declaração de Direitos” (“Second Bill of Rights”), disponível a todos, independentemente de posição social, raça ou religião, que incluía, entre outros aspectos: i) o direito a um trabalho útil e remunerado na indústria, no comércio, nas fazendas ou nas minas; ii) o direito de receber o suficiente para se proverem alimentação, vestuário e recreação adequados; iii) o direito de cada agricultor de plantar e colher seus produtos com um retorno que possibilitasse uma condição de vida digna para ele e sua família; iv) o direito de todo empresário, grande ou pequeno, de realizar negócios num ambiente livre de concorrência desleal e do domínio de monopólios, tanto no mercado interno quanto no externo; v) o direito de toda família a moradia

decente; vi) o direito a tratamento médico adequado e à oportunidade de desfrutar de boa saúde; vii) o direito a proteção adequada contra o desamparo econômico provocado pela idade, doenças, acidentes e desemprego; e viii) o direito a educação de qualidade (Sunstein, 1987, p. 423).

A segunda crítica institucional do New Deal dirigia-se ao modelo de Estado tripartite e ao sistema de freios e contrapesos. Os reformistas acreditavam em que a estrutura constitucional original dos EUA, assim como o *common law*, estavam intimamente associados à proteção da forma de distribuição de riqueza e de direitos então existente na sociedade (Sunstein, 1987, p. 424). Na opinião dos *new dealers*, o sistema estruturado com base em funções separadas impedia o Estado de reagir de forma suficientemente flexível e rápida para estabilizar a economia e proteger os mais vulneráveis de flutuações num mercado desregulado. Além disso, acreditavam que a distribuição de funções entre os três Poderes criava disputas políticas que privavam os agentes do Poder Executivo de fazer políticas regulatórias livres da pressão partidária (Sunstein, 1987, p. 424). Embora os ataques mais radicais ao modelo tripartite de Estado tenham falhado, a força política por trás deles pavimentou o caminho tanto para o fortalecimento da autoridade do presidente quanto para a ascensão do poder regulatório da administração pública (Sunstein, 1987, p. 424). As agências reguladoras – uma novidade em grande parte forjada durante o New Deal – ao mesmo tempo em que combinavam funções do Estado tradicionalmente separadas, permaneceram livres de controle direto do Congresso, do Poder Judiciário federal e, às vezes, até do presidente (Sunstein, 1987, p. 424-425). Com isso, a segunda crítica institucional do New Deal apontava para a necessidade de criar entidades menos oneradas pelo modelo de Estado tripartite. Essa ideia acompanhava o programa

legislativo proposto pelos *new dealers* (Sunstein, 1987, p. 425).

A terceira crítica institucional, por sua vez, produziu uma grande mudança na relação entre a União e os estados-membros (Sunstein, 1987, p. 425). A interdependência na economia, uma revelação central da Grande Depressão, tornou cada vez mais difícil para os reformistas da época acreditar que os estados-membros pudessem resolver os problemas sociais e econômicos da nação sem a ajuda do governo federal (Sunstein, 1987, p. 425). A competição entre eles, em alguns casos, produzia paralisia, e muitos problemas exigiam uma resposta nacional uniforme; não raro, pareciam ser arenas para disputas de caráter provinciano entre os grupos políticos (Sunstein, 1987, p. 425). Era difícil sustentar a crença, até então tradicional, de que a autodeterminação dos estados-membros poderia ser efetivamente obtida pela autonomia estadual. Nessas circunstâncias, era natural o anseio por um aumento expressivo no exercício do poder regulatório federal (Sunstein, 1987, p. 425).

Como consequência dessas três grandes críticas institucionais, a estrutura constitucional foi modificada significativamente (Sunstein, 1987, p. 425) ao provocar: i) o estabelecimento de uma concepção diferente de direitos, rejeitando o *common law* e as premissas do *status quo* para definir o que constitui ação ou omissão do Estado; ii) o surgimento de uma concepção muito diferente da Presidência e de um novo conjunto de atores administrativos; e iii) a rejeição de noções tradicionais do federalismo (Sunstein, 1987, p. 425).

3.1 O Primeiro New Deal

A primeira proposta de New Deal ocorreu em 1933 e 1934 e sofreu enorme resistência da Suprema Corte, que declarou inconstitucionais inúmeras leis promulgadas pelo Congresso no

período¹⁵. Ainda assim, algumas leis importantes dessa primeira fase foram efetivamente aprovadas e mantidas, como o *Securities Act of 1933*¹⁶.

A maior resistência ao Primeiro New Deal ocorreu em razão do *National Industrial Recovery Act* (Nira), fortemente marcado pela ideologia corporativista. O Nira propôs abolir o capitalismo de mercado nos EUA e substituí-lo por uma estrutura corporativista sob a liderança da Presidência (Ackerman, 1998, p. 286). De acordo com ele, cada setor da economia legislaria seu próprio código de vida econômica – e, não menos que os interesses do capital, seriam representados os da classe trabalhadora organizada (Ackerman, 1998, p. 286-287). Na medida em que cada código fosse aprovado pelo presidente, o Nira procuraria tornar a nova ordem corporativista – e não o livre mercado – a medida da justiça econômica (Ackerman, 1998, p. 287). Porém, Roosevelt não propôs que o Nira se tornasse imediatamente uma estrutura permanente do Estado. Despenderam-se dois anos nesse experimento social; após isso, o Nira estava previsto para expirar, salvo se a legislatura seguinte do Congresso aprovasse uma nova lei sobre o assunto (Ackerman, 1998, p. 287).

O Nira autorizava o presidente (normalmente a pedido de alguma associação) a

¹⁵ Segundo Gunther (2011, p. 380), “[i]n 1934, the Court sent its first warning signals to the New Deal: with Justice Roberts writing for the majority (in an opinion that prompted Frankfurter to call him an economic reactionary), it struck down a law regulating railway worker’s pensions, even though the railroad industry had been found the most readily regulatable in pre-New Deal decisions. Soon after, the Court challenged the administration directly by striking down more New Deal laws. The most sweeping ruling came in the Schechter case, holding the National Industrial Recovery Act unconstitutional. The act itself was flawed – it was the most loosely drafted product of the Hundred Days of 1933 – but the overtones of the opinions were ominous, and FDR promptly blasted the ruling as an effort by the justices to take the country back to ‘the horse and buggy days’”.

¹⁶ As leis que regulam o mercado de capitais norte-americano são consideradas uma das conquistas mais duradouras do New Deal. Ver Palmiter (2011, p. 19-21).

promulgar códigos de concorrência justa (*codes of fair competition*) para o comércio e a indústria (Gunther, 2011, p. 381). Centenas de códigos foram adotados, e logo apareceram nas janelas de empresas pelo país cartazes com o símbolo da águia azul da Administração Nacional de Recuperação (National Recovery Administration (NRA)), uma das agências criadas pelo New Deal. Um típico código de concorrência justa da NRA continha disposições sobre práticas desleais de comércio, salário mínimo e preços, limite máximo de jornada de trabalho, entre outras disposições decorrentes de convenções coletivas (Gunther, 2011, p. 381). Além de ter dado causa a diversos processos judiciais e buscado regular a indústria avícola na região metropolitana de Nova Iorque, esse código levou à condenação a empresa Schechter em razão da violação dos limites de jornada de trabalho e salários de seus empregados, bem como de outras disposições sobre práticas de comércio (Gunther, 2011, p. 381).

Embora tenha sido a proposta legislativa mais importante do Primeiro New Deal, outras iniciativas são minimizadas quando comparadas ao Nira (Ackerman, 1998, p. 288). Por exemplo: a autorização do Congresso a Roosevelt de abandonar o padrão-ouro e desvalorizar o dólar foi muito além do que fizeram Abraham Lincoln e o Congresso ao emitirem *greenbacks* (cédulas de papel-moeda verdes) durante a Guerra Civil (1861-1865) (Ackerman, 1998, p. 239-240, 288; Canova, 2009)¹⁷. Inicialmente, essa experiência com moeda fiduciária (*fiat money*) também havia sido considerada inconstitucional pela Corte (Ackerman, 1998, p. 288). Ademais, o Congresso aprovou a Autoridade do Vale do Tennessee (Tennessee Valley Authority) e deu origem a outra experiência nacional que chegou a ser acusada de “socialismo dissimulado” (Ackerman, 1998, p. 288)¹⁸.

3.2 A reação da Suprema Corte ao New Deal

Quando começaram os debates sobre a constitucionalidade do Nira, algo muito peculiar aconteceu. Os principais advogados do governo federal não

¹⁷ De acordo com Wahl (2010, p. 717-719), “Lincoln sprang into action. Often working behind the scenes, he used Secretary Chase and various members of Congress to conduct a radical overhaul of the nation’s financial system. The federal government issued some \$450 million in fiat money (known as greenbacks for the distinctive green ink on the reverse side), designated greenbacks and Treasury notes as legal tender, created a national banking system that required capitalization with Treasury bonds, and taxed state banknotes out of existence, leaving the field completely to federal currency. [...] The United States thus emerged from the War with a far different financial system than it had when conflict began. The nation boasted a uniform currency. It had conducted its first major experiment with fiat money. Perhaps most important, by binding the banks to federal borrowing via mandatory capitalization with Treasury obligations, it bound the bankers to the fortunes of the Union. But it also tied the federal government to the fortunes of the financial sector, which, as we know today, can have significant economy-wide effects”.

¹⁸ Dwight Eisenhower chamou a Tennessee Valley Authority de exemplo de *creeping socialism* (Eisenhower [...], 1953, p. 1).

disfarçaram os problemas envolvendo a constitucionalidade do Nira (Ackerman, 1998, p. 293)¹⁹.

Após um período de incerteza sobre qual seria sua reação, a resposta da Corte foi marcada por alto nível de agressividade (Ackerman, 1998, p. 295). Em 27/5/1935, os ministros anunciaram a sua decisão no caso *Schechter Poultry Corporation v. United States* (United States, 1935; Ackerman, 1998, p. 295). Com enorme rapidez, os ministros da Corte rejeitaram o Nira por unanimidade, com uma fundamentação que gerava implicações que transcendiam em muito o caso sob julgamento²⁰. A propósito, o presidente da Corte

¹⁹ Gunther (2011, p. 381-382) explica os argumentos sobre a inconstitucionalidade do Nira: “Two constitutional objections were raised in *Schechter*. The first was the ‘delegation’ issue: Did the act adequately channel the president’s discretion in promulgating codes of fair competition? Or had Congress, instead of legislating policy itself, granted too much unconfined authority to the president, thereby unconstitutionally delegating Congress’s legislative power to the executive branch? Hand and his colleagues had little difficulty rejecting this challenge. Hand pointed out in his pre-conference memorandum that the Court had long sustained broad delegations, as in the provision authorizing the Federal Trade Commission to delineate ‘unfair methods of competition.’ The far more troublesome issue in *Schechter* was the scope of congressional authority to regulate interstate commerce. Hand had no doubt that the trade practices were sufficiently connected with interstate business to be within the reach of national powers; it was the regulation of the hours and wages of employees in *Schechter*’s business that was the truly difficult problem. To deal with this issue in 1935, before the Supreme Court had expressed itself on the NIRA or any other major New Deal law, was a difficult task for a judge. The precedents were chaotic: one line of cases – dealing with the railway industry and stockyards, for example – had sustained national regulation of ‘local’ intrastate business in the interest of effective exercise of the authority over interstate commerce; another, far more restrictive line had indicated that the proper analysis did not look to economic relationships between intrastate and interstate commerce, but instead relied on logical connections, hinting that all traditionally ‘local’ activities – manufacturing, mining, agriculture, and presumably chicken slaughtering – were beyond congressional power, since any relation these activities had with interstate commerce was only ‘indirect’ rather than ‘direct’. How, then, was the *Schechter* dispute to be resolved?”

²⁰ Conforme explica Brinkley (1995, p. 18), “[t]hat the *Schechter* decision created such alarm in the administration was mildly ironic, for the NRA by 1935 was a woeful failure, even a political embarrassment; many liberals (including, it seems likely, Roosevelt himself) were quietly relieved to see it die. But the Court’s reasoning in the case, based on a very narrow interpretation of the Constitution’s interstate commerce clause, not only doomed the decrepit NRA but seemed to

Charles Evans Hughes mostrou-se fortemente contrário ao argumento de emergência econômica do governo federal (Brinkley, 1995, p. 18-19; Ackerman, 1998, p. 295).

A Corte identificou dois princípios tradicionais que exigiriam algum tipo de revisão popular se o presidente resolvesse prosseguir no caminho de tentar modificar a Constituição (Ackerman, 1998, p. 295). O primeiro princípio envolvia a estrutura do Estado (Ackerman, 1998, p. 295-296). Ao estabelecer o Nira, o Congresso havia delegado amplos poderes regulatórios a grupos empresariais e de trabalhadores que se reuniam para elaborar códigos de concorrência justa. Uma vez elaborados, tais códigos eram submetidos ao presidente, que detinha amplo poder discricionário para aprová-los ou não (Ackerman, 1998, p. 295). A Corte entendeu que esse sistema era inconstitucional, pois o Congresso teria abdicado do papel central de legislar estabelecido no período da *Fundação* do país e reafirmado no da *Reconstrução* (Ackerman, 1998, p. 295). Na visão da Corte, os legisladores em 1933 não tinham recebido mandato popular para substituir a tradição do Estado, que era centrada no Congresso, por um regime corporativista baseado na liderança do presidente²¹. O segundo princípio

threaten other New Deal legislation as well. The President reacted sharply, telling reporters during a long and rambling press conference in the Oval Office: “The implications of this decision are much more important than almost certainly any decision of my lifetime or yours, more important than any decision probably since the *Dred Scott* case ... The big issue is this: Does this decision mean that the United States Government has no control over any economic problem? A few moments later, as he rifled through the pages of the *Schechter* decision, he observed: ‘We have been relegated to the horse-and-buggy definition of interstate commerce’.”

²¹ De acordo com a Suprema Corte: “What is meant by ‘fair competition’ as the term is used in the Act? Does it refer to a category established in the law, and is the authority to make codes limited accordingly? Or is it used as a convenient designation for whatever set of laws the formulators of a code for a particular trade or industry may propose and the President may approve (subject to certain restrictions), or the President may himself prescribe, as being wise and beneficent provisions for the government of the trade or industry in order to accomplish the broad purposes of rehabilitation, correction

envolvia a competência legislativa dos estados-membros. Segundo os ministros da Corte, era tipicamente local a atividade da Schechter Poultry Corporation, distribuidora de frango *kosher* no Brooklyn, em Nova Iorque (Ackerman, 1998, p. 295). Se qualquer ente estatal pudesse controlar as práticas trabalhistas e de distribuição dessa empresa, tal ente seria o estado de Nova Iorque, e não o monólito do New Deal²². A Corte considerou que a atividade da Schechter tinha impacto apenas indireto no comércio interestadual, pois o frango provinha de outros estados, o que seria insuficiente para justificar um controle nacional de sua atividade (Ackerman, 1998, p. 295)²³.

and expansion which are stated in the first section of Title I? The Act does not define 'fair competition.' 'Unfair competition,' as known to the common law, is a limited concept. [...] To summarize and conclude upon this point: Section 3 of the Recovery Act is without precedent. It supplies no standards for any trade, industry or activity. It does not undertake to prescribe rules of conduct to be applied to particular states of fact determined by appropriate administrative procedure. Instead of prescribing rules of conduct, it authorizes the making of codes to prescribe them. For that legislative undertaking, § 3 sets up no standards, aside from the statement of the general aims of rehabilitation, correction and expansion described in section one. In view of the scope of that broad declaration, and of the nature of the few restrictions that are imposed, the discretion of the President in approving or prescribing codes, and thus enacting laws for the government of trade and industry throughout the country, is virtually unfettered. We think that the code-making authority thus conferred is an unconstitutional delegation of legislative power" (United States, 1935).

²² A Corte entendeu que: "(4) If the commerce clause were construed to reach all enterprises and transactions which could be said to have an indirect effect upon interstate commerce, the federal authority would embrace practically all the activities of the people, and the authority of the State over its domestic concerns would exist only by sufferance of the Federal Government. Indeed, on such a theory, even the development of the State's commercial facilities would be subject to federal control. P. 295 U. S. 546" (United States, 1935).

²³ Nesse sentido, afirmou a Corte que "[i]n determining how far the federal government may go in controlling intrastate transactions upon the ground that they 'affect' interstate commerce, there is a necessary and well established distinction between direct and indirect effects. The precise line can be drawn only as individual cases arise, but the distinction is clear in principle. Direct effects are illustrated by the railroad cases we have cited, as, e.g., the effect of failure to use prescribed safety appliances on railroads which are the highways of both interstate and intrastate commerce, injury to an employee engaged in interstate transportation by the negligence of an

A decisão da Corte no caso *Schechter* teve grande importância na época, sobretudo no processo de temperamento do New Deal (Ackerman, 1998, p. 303). Todavia, a Corte não parou nesse ponto: resistiu fortemente ao ideal de um Estado interventor na economia, então emergente no país entre 1935 e 1936 (Ackerman, 1998, p. 303). Nesse período, entre outros diplomas legais e regulamentos administrativos, ela julgou inconstitucionais as seguintes leis propostas pelo governo Roosevelt: o *National Industrial Recovery Act*, o *Agricultural Adjustment Act*, o *Railroad Retirement Act*, o *Bituminous Coal Conservation Act* e a legislação do estado de Nova Iorque sobre salário mínimo²⁴.

Desde a Guerra Civil, os ministros da Corte haviam declarado princípios de liberdade que restringiam a atividade do Estado em todos os níveis – no âmbito estadual não menos que no federal (Ackerman, 1998, p. 303)²⁵. Em termos

employee engaged in an intrastate movement, the fixing of rates for intrastate transportation which unjustly discriminate against interstate commerce. But where the effect of intrastate transactions upon interstate commerce is merely indirect, such transactions remain within the domain of state power. If the commerce clause were construed to reach all enterprise and transactions which could be said to have an indirect effect upon interstate commerce, the federal authority would embrace practically all the activities of the people, and the authority of the State over its domestic concerns would exist only by sufferance of the federal government. Indeed, on such a theory, even the development of the State's commercial facilities would be subject to federal control" (United States, 1935).

²⁴ E Rauh Junior (1990, p. 94) acrescenta que "[t]hese decisions, plus the Court's ruling at the end of the 1935-36 Term invalidating the New York minimum wage law not only killed the laws already considered but threatened those enacted but untested such as the Wagner Labor Relations Act, the Social Security Act, the Holding Company Act and bills on the drawing board, including a federal wage-hour-child-labor law".

²⁵ Segundo Gardbaum (1997, p. 492-494), "[t]he story of the rise and fall of substantive due process between the late 1880s and 1937 is too well known to require detailed retelling here. Prior to what has become known as the Lochner era, the Due Process Clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments were understood as essentially procedural, guaranteeing that the federal government (under the Fifth Amendment) and the states (under the Fourteenth Amendment) must follow certain 'due' procedures before they may constitutionally deprive any person of life, liberty, or property. In 1886 and 1887, the Supreme Court for the first time announced the

amplios, esses princípios de contenção do poder do Estado apresentavam a propriedade privada e a liberdade contratual como os bastiões constitucionais da liberdade individual contra a tirania da maioria. Tais entendimentos baseados na ideia de liberalismo *laissez-faire* frustravam sistematicamente as reformas estruturais em curso que representavam o New Deal no imaginário popular (Ackerman, 1998, p. 303).

3.3 A resposta de Roosevelt à Suprema Corte

Com a resistência da Corte, Roosevelt tinha três opções: i) recuar e propor um novo programa

doctrine of substantive due process, meaning that the liberty sections of the two Due Process Clauses were deemed to grant certain substantive rights to individuals that limited the authority of Congress and the states to regulate private – especially economic – activity. The Court relied on this new doctrine to invalidate a state statute for the first time in the 1890 case of *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railway Co v Minnesota*, and seven years later in *Allgeyer v Louisiana* it provided a particularly clear statement of this new constitutional doctrine: ‘The liberty mentioned [in the Due Process Clause] means not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint of his person, as by incarceration, but the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties; to be free to use them in all lawful ways; to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned.’ In *Lochner v New York*, the case that gave its name not only to an era but subsequently to a term connoting illegitimate judicial activism, the Supreme Court in a five-four decision declared unconstitutional a New York statute that set maximum hours for bakers on the ground that it impermissibly interfered with the freedom to contract of both employers and employees that was an essential part of the liberty of individuals protected by the Due Process Clause. The era of substantive due process lasted until 1937 when the Court, in the landmark case of *West Coast Hotel Co v Parrish* and over the dissents of the ‘four horsemen’, distinguished its own decision of the previous year and overruled the leading case of *Adkins v Children’s Hospital*, both of which had held state minimum wage laws for women unconstitutional. Since *West Coast Hotel*, no claim challenging economic regulation on substantive due process grounds has been entertained by the Court. In 1949, the Court made clear that, in rejecting substantive due process, it had returned ‘to the earlier constitutional principle that states have power to legislate against what are found to be injurious practices in their internal commercial and business affairs, so long as their laws do not run afoul of some specific federal constitutional prohibition’.”

legislativo mais modesto, que aceitasse a resistência de natureza constitucional da Corte; ii) enfrentar o desafio da Corte, repropor algum projeto de lei semelhante ao NIRA e, em seguida, apelar ao povo para que em 1936 concedesse aos democratas um mandato popular para insistir nas mesmas iniciativas – e, com isso, sobrepor-se ao tribunal; e iii) nem recuar nem repropor o mesmo programa legislativo, mas repensar o New Deal e verificar se o modelo centralizador de corporativismo baseado na Presidência realmente seria a melhor maneira de se controlarem os abusos e as injustiças de uma economia de livre mercado (Ackerman, 1998, p. 296-297).

Roosevelt escolheu a terceira opção e dedicou-se a uma verdadeira reflexão constitucional²⁶. Em vez de aceitar ou rejeitar, ou simplesmente ignorar a decisão da Corte no caso *Schechter*, usou-a para refinar suas prioridades constitucionais, distinguindo entre o que era importante e o que era fundamental (Ackerman, 1998, p. 298).

3.4 O Segundo New Deal

O desafio constitucional e principiológico imposto pela Suprema Corte no caso *Schechter* serviu de estímulo para que Roosevelt e o Congresso dessem ao New Deal uma forma mais aceitável (Ackerman, 1998, p. 302). Embora o Congresso estivesse preparando-se para o recesso

²⁶ Segundo Lasser (1988, p. 134), “[w]hatever their immediate impact, *Schechter* and the *Railroad Retirement Case* did make it clear that the future of the New Deal required a resolution of several constitutional issues. ‘We cannot afford ... to give people the idea that the thing [NIRA] can be worked out as the Court dictated,’ Roosevelt told Tugwell, ‘because it cannot.’ ‘If this decision [*Schechter*] stands and is not met in some way,’ wrote Cummings, ‘it is going to be impossible for the Government to devise any system which will effectively deal with the disorganized industries of the country, or root out, by any affirmative action, manifest evils, sweatshop conditions, child labor, or any other unsocial or anti-social aspects of the economic system.’ For Cummings, the administration’s choice was clear: ‘We can throw up our hands and say we have done our best ... or we can strive for some alternative and more circumscribed line of action until the thing can work itself out more naturally.’”

legislativo, Roosevelt insistiu que os parlamentares permanecessem durante o verão de 1935 para aprovar um novo programa legislativo. O resultado foi o chamado *Segundo período de cem dias* de atividade criativa do Congresso, que produziu marcos legislativos como o *Wagner Labor Act* (*National Labor Relations Act*), o *Social Security Act* e o *Public Utility Holding Company Act*, todos aprovados em 1935 (Ackerman, 1998, p. 302).

Tais leis fizeram parte do Segundo New Deal, que marcou importante mudança no curso da história constitucional. Em vez de substituir o livre mercado competitivo pelo Nira²⁷, Roosevelt e o Congresso aceitaram o mercado como parte legítima da ordem econômica emergente com o New Deal, desde que estruturas regulatórias, elaboradas em razão da vontade do povo revelada pelo processo democrático, pudessem ser introduzidas para corrigir abusos e injustiças (Ackerman, 1998, p. 302).

Até o caso *Schechter*, o programa legislativo do New Deal vinculava-se ao amplo corporativismo do Nira. A partir do caso, a estratégia de se usarem iniciativas legislativas de caráter estrutural desvinculadas da ideologia corporativista passou a ser, com crescente clareza, o eixo central do Segundo New Deal (Ackerman, 1998, p. 302). Nas eleições de 1936, os membros do Partido Democrata apresentaram-se aos eleitores como defensores de um capitalismo regulado e propuseram uma série de iniciativas estruturais mediante as quais as pessoas poderiam controlar, mas não eliminar, o livre mercado (Ackerman, 1998, p. 302). A criação das agências reguladoras é um exemplo de iniciativa legislativa inovadora de caráter estrutural dessa segunda fase.

3.5 A contrarreação dos defensores do New Deal na Suprema Corte

Os resultados das eleições de 1936 foram marcantes. Com forte apoio popular, os democratas retornaram ao Congresso e à Casa Branca (Ackerman, 1998, p. 313). Roosevelt passou a ter o apoio de 331 democratas na Câmara dos Representantes (House of Representatives) e 76 democratas no Senado para aperfeiçoar o significado do seu mandato popular. Os democratas estavam cientes de que seriam obrigados novamente, em

²⁷ Segundo Brinkley (1995, p. 38-39), “[t]he NRA established ‘code authorities’ (not unlike trade associations) in major industries and allowed manufacturers to agree on common pricing and production policies without fear of antitrust prosecution. In exchange, firms were required to recognize and bargain with labor unions and submit to a vaguely defined level of government supervision of their agreements. Within a year, the experiment was in turmoil. Consumers complained that industries were inflating prices artificially and that the government was not playing a strong enough role in policing the agreements. Labor organizations complained that wages were not rising and that employers were not bargaining in good faith, or were not bargaining at all. Small businessmen complained that large manufacturers were controlling the codes and using them to enhance their dominance, and that the collective bargaining requirements threatened their ability to compete with bigger firms”.

curto período de tempo (com novas eleições em dois anos), a defender nas urnas sua visão da Constituição (Ackerman, 1998, p. 313).

O confronto entre os defensores do New Deal e a antiga composição da Corte já havia gerado uma onda de propostas de emenda constitucional (PECs) antes das eleições de 1936 (Ackerman, 1998, p. 316). Foram apresentadas durante a sessão legislativa anterior do Congresso 39 PECs destinadas ao combate à forte crise econômica e social. Seu teor variava, mas a maioria dizia respeito a questões relacionadas ao Poder Executivo federal e ao livre mercado, inclusive levantadas pelo presidente em seus ataques à decisão da Corte no caso *Schechter* (Ackerman, 1998, p. 316).

Porém, Roosevelt tinha outros planos²⁸ e, em 5/2/1937, revelou seu projeto de expansão da Corte (Ackerman, 1998, p. 317)²⁹. De acordo com a proposta, seria apresentado um projeto de lei que daria ao presidente o poder de nomear um novo ministro para a Corte para cada ministro em exercício que não se aposentasse no prazo de 6 meses após completar 70 anos de idade (Ackerman, 1998, p. 317; Brinkley, 1995, p. 19). Os atuais ministros não seriam obrigados a renunciar; mas, se continuassem em exercício, a Corte seria expandida para admitir ministros mais novos em número igual ao de ministros em

exercício com aquela idade, até o limite máximo de 15 (Ackerman, 1998, p. 317-318; Brinkley, 1995, p. 19-20). O tamanho da Corte estaria sob o controle dos ministros mais antigos: se eles se apegassem ao poder, a Corte poderia expandir-se até o novo limite legal de 15; porém, se ela “entendesse o recado”, permaneceria com 9 ministros (Ackerman, 1998, p. 318; Brinkley, 1995, p. 19-20).

Roosevelt argumentou que era um “assunto delicado”, mas os magistrados mais idosos não estavam preparados para os desafios físicos e intelectuais da litigância moderna (Ackerman, 1998, p. 318; Brinkley, 1995, p. 19-20). A lógica da expansão da Corte, porém, baseava-se na sua composição. Embora nem sempre tivessem votado a favor do governo, os ministros Louis Brandeis, Harlan Fiske Stone e Benjamin Cardozo eram os defensores mais confiáveis do New Deal na Corte (Cushman, 2013, p. 10). Contudo, até eles haviam votado pela declaração de inconstitucionalidade do Nira e da *Lei Frazier-Lemke*. Brandeis, Stone e Cardozo, considerados *liberais* (denominação utilizada nos EUA para *progressistas*), votaram pela constitucionalidade da política monetária do governo – sobretudo nos chamados *gold clause cases*³⁰.

De outro lado, os ministros Willis Van Devanter, James Clark McReynolds, George Sutherland e Pierce Butler – conhecidos como os *Quatro Cavaleiros do Apocalipse (Four Horsemen)* – eram conservadores tão ferrenhos que, quase sempre quando entrava no Tribunal, o procurador-geral (Attorney General) Homer Cummings já sabia que teria quatro votos contra o governo (Cushman, 2013, p. 10). Na grande maioria dos casos importantes, de fato votaram contra o New Deal (Cushman, 2013, p. 11). Isso

²⁸ Conforme explica Cushman (2013, p. 7): “Why was the President so resistant to compromise? First, as a number of scholars have noted, he believed that he had the support of the voters. Though a series of public opinion polls indicated that the Court-packing plan never enjoyed the support of a majority of respondents, Roosevelt persistently maintained that ‘the people are with me’”.

²⁹ Brinkley (1995, p. 19) afirma que “[t]wo weeks later, on February 5, he proposed legislation to reform the Supreme Court. The ‘Court-packing plan’, as critics quickly and pejoratively named it, would have given the President the power to appoint an additional Justice to the Supreme Court whenever a sitting Justice failed to retire within six months of his seventieth birthday; since the Justices in 1937 were as a group unusually aged, passage of the bill would have allowed Roosevelt to name six new members immediately. (The bill would also have permitted him to name additional judges to lower federal courts on the same grounds.)”.

³⁰ Estes são os casos que se denominam *gold clauses cases*: *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935); *Nortz v. United States*, 294 U.S. 317 (1935); e *United States v. Banker's Trust Co.*, 294 U.S. 240 (1935).

significava que, se o presidente da Corte Charles Evans Hughes ou o ministro Owen Josephus Roberts se juntassem aos quatro ministros, todo programa legislativo do New Deal poderia ser derrotado por votações com resultados como 5 a 4 ou 6 a 3; isso já acontecera com relativa frequência e, na visão do governo, os ministros Hughes e Roberts não eram suficientemente confiáveis (Cushman, 2013, p. 11). Com isso, Roosevelt acreditava estar diante de um risco inaceitavelmente alto: 6 votos contrários e apenas 3 votos a favor. Seriam necessários mais ministros indicados por ele para garantir segurança jurídica ao New Deal (Cushman, 2013, p. 12).

Na apresentação inicial de seus planos, Roosevelt evitou criticar abertamente a doutrina constitucional então predominante na Corte: o liberalismo *laissez-faire* (Ackerman, 1998, p. 318)³¹. Apresentou sua iniciativa como parte de uma reforma mais ampla e que se aplicava aos juízes de todos os níveis do Poder Judiciário. O esforço de rejuvenescimento era apresentado apenas como parte de uma reorganização maior de todo o sistema judiciário (Ackerman, 1998, p. 318)³². Na visão dos seus adversários, essa

postura dúbia apenas acrescentava uma aparência enganosa aos outros pecados do presidente. Todavia, segundo Ackerman (1998, p. 318), do ponto de vista estritamente jurídico, a posição de Roosevelt não era totalmente descabida: nada havia no texto constitucional que especificasse o número de ministros – o qual, aliás, fora alterado com relativa frequência ao longo do tempo, especialmente durante a Guerra Civil e no período da *Reconstrução* do país (1865-1877). Ackerman (1998, p. 318) argumenta que constitucionalista sério algum tenha negado que, ao menos nos EUA, o Congresso e o presidente têm o poder de reorganizar o Poder Judiciário para melhorar a sua eficiência³³. Assim, ao explicitamente basear suas ações nesse fundamento, Roosevelt aumentou muito a probabilidade de a Corte aceitar, mesmo com uma composição desfavorável a ele, a constitucionalidade do aumento do número de seus membros, caso fosse adotada (Ackerman, 1998, p. 318). Além disso, essa iniciativa já fora posta em prática no Reino Unido por alguns primeiros-ministros (como Lloyd George), num movimento contra o poder de veto da Câmara dos Lordes (*lords-packing*) (Ackerman, 1998, p. 319-320)³⁴.

³¹ Segundo Brinkley (1995, p. 19), “Roosevelt said nothing about his intentions in his 1937 inaugural address; but there were enigmatic passages in the speech, largely unnoticed at the time, that suggested his preoccupation with the issue: ‘The essential democracy of our Nation and the safety of our people depend not upon the absence of power, but upon lodging it with those whom the people can change or continue at stated intervals.’ And a blunter comment: ‘The Constitution of 1789 did not make our democracy impotent’”.

³² Brinkley (1995, p. 19) explica que “[t]he President’s motives were obvious: to shift the balance of the Court decisively in his favor. But his explanation was deliberately deceptive. His message to Congress and his accompanying public statements said virtually nothing about ideology and spoke instead about ‘congestion,’ ‘delays,’ ‘overcrowded dockets,’ and ‘insufficient personnel with which to meet a growing and more complex business.’ This would be legislation, Roosevelt claimed, to improve the efficiency of the courts. Only weeks later, after the opposition had begun to coalesce, did the President begin to speak openly of his real intentions: to bring to the judiciary younger men ‘with a present-day sense of the Constitution’”.

³³ No Brasil, alguma semelhança pode ser identificada nas decisões do STF que confirmam a constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ressalvado que ele não tem poder sobre o próprio STF. Cite-se, por exemplo, o Agravo Regimental na Reclamação nº 15.564/PR (Brasil, 2019).

³⁴ Em 2005, houve uma reforma constitucional no Reino Unido, e as funções jurisdicionais exercidas pela Câmara dos Lordes foram transferidas para a Suprema Corte (também criada em 2005, mas efetivamente instalada em 2009). Sobre o *lords-packing*, explica Prakke (2006, p. 122-123) que “[a] lot more would need to happen, however, before this threat could be made good, and Campbell-Bannerman would not live to see the day. He died in April 1908 and was succeeded by Asquith, who was replaced at the Exchequer by David Lloyd George. Meanwhile, the government’s programme of legislation continued to sustain heavy damage in the Lords. Merely starting on a very important topic like Home Rule was impossible given the extremely hostile attitude of the Conservatives and the overwhelming majority with which the Lords had thrown out Home Rule in 1893. Despite all this, the government was unwilling to resign itself to its

Havia paralelamente a tentativa de alguns parlamentares de encontrar outro mecanismo para mudar de absoluto para relativo o poder de veto *de facto* da Corte sobre leis promulgadas democraticamente (Ackerman, 1998, p. 322). O senador de Montana Burton Wheeler, antigo defensor de Roosevelt e um dos líderes do New Deal, e o senador de Washington Homer Bone apresentaram em 17/2/1937 uma PEC para permitir ao Congresso revisar (especialmente revogar) decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Corte³⁵.

Também houve um esboço de reação da Corte, como a carta do presidente Hughes, que confrontou os argumentos de eficiência de Roosevelt e sustentou que os ministros tinham condições de bem desempenhar seu trabalho (Ackerman, 1998, p. 330). Porém, essa reação foi insuficiente para evitar a chamada *virada no tempo* da Suprema Corte.

impotence. As early as May 1907, Campbell-Bannerman had explained in a memorandum to the Cabinet that in his view the House of Lords' absolute right of veto should be replaced by a suspensive right, and a month later the Commons adopted a motion to that effect by a large majority. Interest in this issue gradually increased and there was public speculation about the possibility of breaking the Lords' resistance to a 'Veto Bill' by raising large numbers of Liberals to the peerage. In 1711 Queen Anne had shown how effective this could be, and in 1832 King William IV, after much fussing and fuming, had promised his Prime Minister Lord Grey that he would, if necessary, confer a title of nobility on eighty people in order to guarantee the passage of the Reform Act. On that occasion, the threat alone had been enough: 'Rather than be swamped by Whig peers, the Lords passed the Bill'.

³⁵ A proposta de emenda constitucional formulada pelos senadores Wheeler e Bone continha a seguinte disposição: "Section 1. In case the Supreme Court renders any judgment holding any Act of Congress or any provision of any such Act unconstitutional, the question with respect to the constitutionality of such Act or provision shall be promptly submitted to the Congress for its action at the earliest practicable date that the Congress is in session [...]; but no action shall be taken by the Congress upon such question until an election shall have been held at which Members of the House of Representatives are regularly by law to be chosen. If such Act or provision is re-enacted by two-thirds of each House of the Congress to which such Members are elected at such election, such Act or provision shall be deemed to be constitutional and effective from the date of such reenactment" (Ackerman, 1998, p. 321).

4 A virada no tempo e a consolidação do New Deal na Suprema Corte

Diante das ameaças tanto do presidente quanto do Congresso, a Corte recuou. Havia chances reais de aprovação da proposta de *court-packing* de Roosevelt no Congresso³⁶. Depois do recuo, ela consolidou constitucionalmente a revolução empreendida pelo New Deal, e o Congresso rejeitou a proposta de expansão³⁷.

³⁶ Segundo Lasser (1988, p. 157), "[d]espite all the criticism of the Court-packing plan, Roosevelt's chances of getting the bill through Congress were not overwhelmingly negative. On 15 February, just a few days after the plan was announced, Morgenthau put FDR's chances at around '50-50'. An early survey of senatorial opinion by the Literary Digest found 31 senators in favor of the proposal, 24 against, and 41 undecided. As late as 17 June a White House headcount predicted 45 senators for the plan, 39 against, and 12 uncommitted, with 49 needed for victory in the Senate".

³⁷ Segundo Currie (1987, p. 553-555), em posição mais crítica à *virada no tempo* da Suprema Corte, "[t]he Constitution was very different at the end of Hughes's tenure than at the beginning. The retreat of substantive due process in economic cases was a blessing; the doctrine had been illegitimate from the start. In rewriting the contract clause and eradicating federalistic limitations on national authority, however, the Court seemed to embrace the dangerous principle that constitutional provisions that did not suit contemporary needs need not be respected. All nine justices voted to enforce the limitation on congressional power in Schechter; two years later five of them voted to ignore it. Why? Had the Court-packing proposal frightened them into making a tactical concession to avoid the greater evil? Had circumstances or public opinion persuaded them that the need for a stronger central government justified taking liberties with the Constitution? Had repeated encounters with refractory factual situations convinced them that there was no tenable place to draw the line? Answers to questions like these are not to be found in judicial opinions. The revolution was often explained in terms of Justice Holmes's familiar argument of judicial restraint. In cases involving 'ordinary commercial transactions,' wrote Justice Stone in the *Carolene Products* case, 'in the absence of statutory findings' supporting the legislative judgment 'they would be presumed.' This was the deferential approach Brandeis had employed in upholding limits on insurance commissions in 1931, suggesting both a respect for the opinions of other branches and what Judge Cooley had referred to as 'conscious[ness] of the fallibility of the human judgment.' Similar considerations underlay Brandeis's familiar list in the *Ashwander* case of judicially created doctrines for avoiding the decision of constitutional questions entirely. [...] Appropriately, it was Justice Stone – perhaps the principal architect of the whole revolution – who summed it all up in the most clairvoyant and best-known footnote in

A resolução da crise política do *court-packing* veio como uma espécie de anticlímax (Lasser, 1988, p. 157). No auge da crise, a Corte proferiu uma decisão no caso *West Coast Hotel v. Parrish* (United States, 1937b), que reverteu entendimento anteriormente adotado no caso *Adkins*, em que foi julgada inconstitucional a lei de salário mínimo em Washington, DC (United States, 1923), e permitiu que leis estaduais fixassem salário mínimo para mulheres (Lasser, 1988, p. 157).

A chave da *virada* foi o ministro Roberts, que se juntou aos ministros Hughes, Brandeis, Cardozo e Stone na formação de maioria a favor do New Deal na Corte (Lasser, 1988, p. 157). Em seguida, no caso *National Labor Relations Board v. Jones e Laughlin Steel*, por votação que resultou em 5 a 4, a Corte reverteu decisões proferidas por ela nos casos *Schechter* e *Carter Coal*. O *chief justice* Hughes foi o ministro relator e declarou que a Corte não mais fecharia os olhos para os fatos mais evidentes da vida nacional (Lasser, 1988, p. 157).

O ano de 1937 marcou, assim, o início do fim de uma era (Currie, 1997, p. 88; United States, 1937a). O ministro Van Devanter aposentou-se naquele ano. Em 1941, os *Quatro Cavaleiros do Apocalipse* haviam deixado o tribunal: Sutherland aposentara-se em 1938, Butler falecera em 1939 e McReynolds aposentara-se em 1941 (Currie, 1997, p. 88)³⁸. Foi um símbolo da mudança dos

tempos a escolha por Roosevelt do ministro Harlan Fiske Stone como presidente da Corte em 1941; nesse ano, o único ministro remanescente da composição da Corte de 1937 era Owen Roberts, cuja mudança de posição tornou possível a revolução constitucional do New Deal (Currie, 1997, p. 88). Roosevelt também teve a rara oportunidade de nomear 7 novos ministros para a Suprema Corte em apenas 5 anos. Eles foram cuidadosamente selecionados por serem simpáticos ao programa legislativo de Roosevelt: Hugo L. Black, em 1937; Stanley F. Reed, em 1938; Felix Frankfurter e William O. Douglas, em 1939; Frank Murphy, em 1940; James F. Byrnes, Jr., e Robert H. Jackson, em 1941 – este último depois se licenciaria por um período para exercer a função de procurador-chefe no Tribunal de Nuremberg. Wiley Rutledge substituiu o ministro Byrnes quando este foi nomeado para o governo de Roosevelt em 1943 (Currie, 1997, p. 88).

Por fim, é preciso notar que a proposta de *court-packing* é comumente considerada um dos erros políticos mais graves de Roosevelt (Lasser, 1988, p. 156-157). De acordo com pesquisas de opinião da época, praticamente metade do povo opôs-se ao projeto de lei de *court-packing*, apesar do seu apoio maciço ao New Deal. O plano foi considerado uma ameaça à tradição do Estado, que era, ao mesmo tempo, ambígua e delicadamente equilibrada (Lasser, 1988, p. 157). A

Supreme Court history. No longer would the Court be much concerned with the controversies over social and economic legislation that had commanded the bulk of its past attention. In suggesting that the presumption of constitutionality might have less force with respect to measures affecting specific guarantees like freedom of speech, disadvantaging 'discrete and insular minorities,' or obstructing 'those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation,' Stone established the Court's agenda for the next fifty years".

³⁸De acordo com o ministro Hughes, "[i]n view of respondent's far-flung activities, it is idle to say that the effect would be indirect or remote. It is obvious that it would be immediate, and might be catastrophic. We are asked to shut our eyes to the plainest facts of our national life, and to deal with the question of direct and indirect effects in

an intellectual vacuum. Because there may be but indirect and remote effects upon interstate commerce in connection with a host of local enterprises throughout the country, it does not follow that other industrial activities do not have such a close and intimate relation to interstate commerce as to make the presence of industrial strife a matter of the most urgent national concern. When industries organize themselves on a national scale, making their relation to interstate commerce the dominant factor in their activities, how can it be maintained that their industrial labor relations constitute a forbidden field into which Congress may not enter when it is necessary to protect interstate commerce from the paralyzing consequences of industrial war? We have often said that interstate commerce itself is a practical conception. It is equally true that interferences with that commerce must be appraised by a judgment that does not ignore actual experience" (United States, 1937a).

comunidade jurídica declarou que queria um Poder Judiciário independente. Liberais (progressistas) e conservadores defenderam a Suprema Corte como o único baluarte das liberdades públicas (Lasser, 1988, p. 157).

Com a *virada no tempo*, além da saída do tribunal do ministro Van Devanter, o apoio popular ao *court-packing* caiu significativamente. No final, a Comissão do Senado sobre o Judiciário (Senate Judiciary Committee) deu fim ao projeto de lei de *court-packing* ao recomendar ao Plenário que ele fosse enfaticamente rejeitado (o que ocorreu em julho de 1937), para que nunca mais uma proposta semelhante fosse reapresentada (Lasser, 1988, p. 157). Igualmente, foram arquivadas as PECs que buscavam limitar o poder da Corte.

5 Conclusão

Assim como a Segunda Guerra Mundial foi decisiva para o desenvolvimento econômico dos EUA, o New Deal também resultou em inúmeras conquistas jurídicas e políticas, tais como: i) a ideia de que o governo federal deve assumir a responsabilidade pela produtividade em geral e pela saúde da economia no nível macroeconômico; ii) a proposição de que o governo federal tem responsabilidade de proteger as pessoas contra os riscos de uma economia de mercado, por meio da seguridade e da assistência social (Stewart, 1998, p. 240); iii) a demonstração da impossibilidade de planejamento central da economia por meio de institutos como o Nira; iv) a regulação em âmbito nacional de determinados setores da economia (Stewart, 1998, p. 241); e v) a possibilidade de transição de uma doutrina constitucional, baseada no liberalismo *laissez-faire*, para um modelo mais preocupado com questões sociais, como a necessidade de proteção de direitos sociais e da eventual intervenção do Estado na economia para proteger o interesse público e a estabilidade institucional.

Entre outras, são estas as lições mais significativas que se podem extrair do New Deal para o Poder Judiciário brasileiro: i) muitas vezes, decisões proferidas por cortes constitucionais em democracias modernas, não têm caráter estritamente jurídico; ii) a relação de conflito ou de alinhamento de uma suprema corte com o governo em determinado momento histórico pode gerar, respectivamente, instabilidade política ou alterações profundas na própria Constituição, sem necessariamente alterar o texto constitucional; e iii) é possível a manipulação constitucional da composição de uma suprema corte para a obtenção de ganhos político-partidários, que podem ser de longo prazo.

Por isso, para o fortalecimento institucional da democracia brasileira, é necessária a adoção de medidas como: i) o aprimoramento da forma de

escolha e nomeação de ministros do STF, para que melhor se considere a diversidade de pensamento na sociedade e na comunidade jurídica; ii) o estabelecimento de mandato para os ministros do STF ou de idade mínima mais elevada para assumirem o cargo, notadamente porque não têm mandato popular, de modo que devem permanecer menos tempo no cargo; e iii) a forte restrição ao poder dos ministros da Corte de proferir decisões monocráticas, medida que o próprio STF já implantou.

Sobre os autores

Andre Bueno da Silveira é doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito (LL.M.) pela Universidade de Toronto, Toronto, Canadá; graduado em Direito pela USP, São Paulo, SP, Brasil; procurador da República.

E-mail: andrebsilveira@hotmail.com

Daniel Falcão é doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; especialista em Marketing Político e Propaganda Eleitoral pela USP, São Paulo, SP, Brasil; graduado em Direito e em Ciências Sociais pela USP, São Paulo, SP, Brasil; controlador-geral do Município de São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: danielfalcao@danielfalcao.adv.br

Como citar este artigo

(ABNT)

SILVEIRA, Andre Bueno da; FALCÃO, Daniel. O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA: algumas lições sobre revolução constitucional, instabilidade política e estabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 63-87, out./dez. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p63

(APA)

Silveira, A. B. da, & Falcão, D. (2023). O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA: algumas lições sobre revolução constitucional, instabilidade política e estabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(240), 63-87. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p63

Referências

ACKERMAN, Bruce. *We the people: transformations*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1998. v. 2.

BRANDS, H. W. *Reagan: the life*. New York: Doubleday, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental na Reclamação nº 15.564/PR*. Agravo regimental. Reclamação. Alegação de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ações ordinárias contra atos do Conselho Nacional de Justiça [...]. Agravante: União. Agravado: Sindicato dos Servidores da Justiça Federal no Paraná – Sinjuspar. Interessado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relatora: Min. Rosa Weber. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, 10 de setembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751315605>. Acesso em: 30 maio 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até a Emenda Regimental n. 58/2022. Brasília, DF: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/REGIMENTOINTERNO-C-1980.PDF>. Acesso em: 30 maio 2023.

BRINKLEY, Alan. *The end of reform: New Deal liberalism in recession and war*. New York: Alfred A. Knopf, 1995.

CANOVA, Timothy A. Lincoln's populist sovereignty: public finance of, by, and for the people. *Chapman Law Review*, [s. l.], v. 12, n. 3, p. 561-590, 2009. Disponível em: <https://digitalcommons.chapman.edu/chapman-law-review/vol12/iss3/7/>. Acesso em: 30 maio 2023.

CHIKUSA, Hideo. Japanese Supreme Court: its institution and background. *SMU Law Review*, [s. l.], v. 52, n. 4, p. 1.719-1.730, Jan. 1999. Disponível em: <https://scholar.smu.edu/smulr/vol52/iss4/11/>. Acesso em: 30 maio 2023.

COLLINGS, Justin. *Democracy's guardians: a history of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2015.

COSTA, André Galindo da; PERES, Ursula Dias. A proposta do Green New Deal em 6 pontos. *Nexo Políticas Públicas*, [s. l.], 9 fev. 2021. Disponível em: <https://pp.nexojournal.com.br/perguntas-que-a-ciencia-ja-respondeu/2021/A-proposta-do-Green-New-Deal-em-6-pontos>. Acesso em: 30 maio 2023.

CURRIE, David P. The Constitution in the Supreme Court: the New Deal, 1931-1940. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 54, n. 2, p. 504-555, 1987. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol54/iss2/3/>. Acesso em: 30 maio 2023.

_____. The New Deal Court in the 1940s: its constitutional legacy. *Journal of Supreme Court History*, [s. l.], v. 22, n. 1, p. 87-98, 1997. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5818.1997.tb00065.x>.

CUSHMAN, Barry. Court-packing and compromise. *Constitutional Commentary*, [s. l.], v. 29, n. 1, p. 1-30, 2013. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/954/. Acesso em: 30 maio 2023.

EISENHOWER points to the T. V. A. as 'creeping socialism' example; Eisenhower cites T. V. A. as socialism. *The New York Times*, New York, p. 1, June 18, 1953. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1953/06/18/archives/eisenhower-points-to-the-t-v-a-as-creeping-socialism-example.html>. Acesso em: 30 maio 2023.

GARDBAUM, Stephen. New Deal constitutionalism and the unshackling of the States. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 64, n. 2, p. 483-566, 1997. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol64/iss2/2/>. Acesso em: 30 maio 2023.

GUNTHER, Gerald. *Learned Hand: the man and the judge*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2011.

LASSER, William. *The limits of judicial power: the Supreme Court in American politics*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1988.

LAWLOR, John M. Court packing revisited: a proposal for rationalizing the timing of appointments to the Supreme Court. *University of Pennsylvania Law Review*, [s. l.], v. 134, n. 4, p. 967-1.000, 1986. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol134/iss4/6/. Acesso em: 30 maio 2023.

LIMA, Maurício; LUZ, Sérgio Ruiz. Jair Bolsonaro, em entrevista a VEJA: “Hoje sou um liberal”. *VEJA*, [São Paulo], 11 out. 2022. Política. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/bolsonaro-em-entrevista-a-veja-hoje-sou-um-liberal/>. Acesso em: 30 maio 2023.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. Revisão técnica e índices onomástico e remissivo de Antônio Aparecido Palma Filho e Georgio Alessandro Tomelin. São Paulo: M. Limonad, 2000.

MENEZES, David Sobreira Bezerra de. Presidencialismo permite que ‘demagogos carismáticos’ conquistem massas, diz jurista: Bruce Ackerman defende nova Constituição no Brasil e diz que ‘haverá problema’ se Bolsonaro se reeleger. *JOTA*, Brasília, DF, 25 jul. 2022. Entrevista. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/presidencialismo-permite-que-demagogos-carismaticos-conquistem-massas-diz-jurista-25072022>. Acesso em: 30 maio 2023.

OLSEN, Henry. Ron DeSantis is taking on woke corporations. Good. *The Washington Post*, [Washington, DC], July 29, 2022. Opinion. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/07/29/ron-desantis-is-taking-woke-corporations-good/>. Acesso em: 30 maio 2023.

PALMITER, Alan R. *Securities regulation*. 5th ed. New York: Aspen Publishers, 2011. (Examples & Explanations).

PRAKKE, Lucas. Swamping the lords, packing the court, sacking the king: three constitutional crises. *European Constitutional Law Review*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 116-146, Feb. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1574019606001167>.

RAUH JUNIOR, Joseph L. A personalized view of the court-packing episode. *Journal of Supreme Court History*, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 93-98, 1990. DOI: <https://doi.org/10.1353/sch.1990.0010>.

STEWART, Richard B. Evaluating the New Deal. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, [s. l.], v. 22, n. 1, p. 239-246, 1998.

STRUCTURE. [Berlin]: Bundesverfassungsgericht, c2023. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Das-Gericht/Organisation/organisation_node.html. Acesso em: 30 maio 2023.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 101, n. 2, p. 421-510, 1987. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/8335/. Acesso em: 30 maio 2023.

TUCKER, Neely. A wheelchair gains a place at FDR Memorial. *The Washington Post*, [Washington, DC], Jan. 7, 2001. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/archive/local/2001/01/07/a-wheelchair-gains-a-place-at-fdr-memorial/546cdfbb-c7c8-4188-92cb-9795c4458de2/>. Acesso em: 30 maio 2023.

UNITED STATES. Congress. Senate. S. 4706. To amend title 28, United States Code, to provide for the duration of active service of the Chief Justice of the United States and associate justices of the Supreme Court of the United States, and for other purposes. Washington, DC: Congress, 2022. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/4706?s=1&r=9>. Acesso em: 30 maio 2023.

_____. Supreme Court. *Adkins v. Children’s Hosp.*, 261 U.S. 525 (1923). It is an unconstitutional violation of due process for a law to mandate a minimum wage for working women. April 9, 1923. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/>. Acesso em: 30 maio 2023.

_____. Supreme Court. *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). Congress cannot delegate its legislative authority to the executive branch. May 27, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/495/>. Acesso em: 30 maio 2023.

_____. Supreme Court. *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937). Congress has the authority to regulate intrastate activities that significantly affect interstate commerce,

directly or indirectly. April 12, 1937a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/301/1/>. Acesso em: 30 maio 2023.

_____. Supreme Court. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). The freedom of contract provided by the Constitution requires only that a state comply with due process. This means that an economic regulation is reasonable in relation to its subject and adopted in the interests of the community. March 29, 1937b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/>. Acesso em: 30 maio 2023.

WAHL, Jenny. Give Lincoln credit: how paying for the Civil War transformed the United States financial system. *Albany Government Law Review*, New York, v. 3, n. 2, p. 700-733, 2010. Disponível em: <https://www.albanygovernmentlawreview.org/article/23834-give-lincoln-credit-how-paying-for-the-civil-war-transformed-the-united-states-financial-system>. Acesso em: 30 maio 2023.

A democracia liberal na encruzilhada

As causas da *autocratização* no Brasil e no mundo

JOSÉ LUIZ DE ALMEIDA SIMÃO

THIAGO RODOVALHO

FREDIANO JOSÉ MOMESSO TEODORO

Resumo: O artigo investiga as causas da crise enfrentada pela democracia liberal no Brasil e no mundo. Entende-se que a recessão democrática decorre de questões estruturais, como os descontentamentos econômico e cultural, e que o respeito às normas democráticas informais pode ser a chave para a salvaguarda do regime democrático. A metodologia empregada privilegiou o método teórico-dogmático e baseou-se na revisão das literaturas nacional e estrangeira especializadas.

Palavras-chave: democracia liberal; crise; autocracia; causas; normas informais.

Liberal democracy in the spotlight: a study on the causes of autocratization in Brazil and the world

Abstract: This article analyzes the reasons observed in Brazil and in the world for the crisis faced by liberal democracy and investigates the main causes for the phenomenon. It is understood that the democratic recession is based on structural issues such as economic and cultural dissatisfaction, and respect for informal democratic norms may be the key to safeguarding the democratic regime. The methodology employed privileged the theoretical-dogmatic method and was based on the review of specialized national and foreign literature.

Keywords: liberal democracy; crisis; autocracy; causes; informal rules.

Recebido em 28/3/23

Aprovado em 10/8/23

1 Introdução

Veículos de imprensa de todo o mundo noticiaram que autoridades de segurança pública da Alemanha deflagraram uma grande operação que culminou na prisão de ao menos 25 pessoas que mantinham planos avançados de invadir o Parlamento. O intuito era derrubar o regime republicano e restabelecer a monarquia sob a liderança do “príncipe” Heinrich – 13º Príncipe Regente, supostamente descendente da família da Casa Real de Reuss, que governou parte do leste do país (Alemanha [...], 2022).

Anteriormente, evento semelhante teve curso no dia 6/1/2021 nos EUA, quando centenas de apoiadores do então presidente Donald Trump – que passara meses denunciando uma suposta fraude no sistema eleitoral – invadiram e depredaram o Capitólio, sede do Legislativo federal, e ameaçaram de morte os congressistas. O objetivo da multidão era impedir a certificação da vitória do presidente eleito, Joe Biden.

O evento, a maior tentativa de rompimento da ordem democrática em toda a história dos EUA, deixou profundas marcas nas instituições liberais do país, com saldo de mortes, prisões, um pedido de *impeachment* e a instauração de um Comitê bipartidário para realizar uma investigação abrangente sobre os fatos¹ (Tortella, 2022).

Esses acontecimentos são apenas alguns exemplos de como as instituições fundamentais da democracia liberal passam por um momento de estresse, decorrente de constantes ameaças e atos violentos perpetrados por setores da sociedade que colocam em xeque o processo eleitoral e a legitimidade de governos regularmente empossados.

O cenário no Brasil não destoa do verificado em outros países. De fato, desde a proclamação do resultado do pleito eleitoral que sagrou a vitória do candidato à Presidência da República, Luiz Inácio Lula da Silva, apoiadores do candidato derrotado, Jair Bolsonaro, tomaram as ruas em diversos locais do País para protestar contra o resultado das eleições.

Recusando-se a reconhecer a derrota de Bolsonaro (alguns provavelmente ainda se recusam), centenas de manifestantes acampados nos arredores de instalações militares do Exército clamaram por medidas de força para impedir a diplomação e a posse do candidato vencedor, numa atitude francamente golpista e antidemocrática (Reis, 2022), o que acabou

¹ Pelo menos dois manifestantes e três policiais morreram nos dias seguintes ao ataque. Nos meses subsequentes, quatro agentes de segurança que defenderam o Capitólio se suicidaram e outros 140 policiais ficaram feridos. O Departamento de Justiça americano já prendeu e indiciou 725 pessoas em todo o país, e o relatório final divulgado pelo Comitê concluiu que o ex-presidente Donald Trump foi o responsável pela invasão do Capitólio por meio de incentivos nas redes sociais; ele praticou diversos atos durante as eleições para tentar minar a credibilidade do sistema.

culminando – a exemplo do que ocorrera nos EUA, e até com gravidade maior – na invasão às sedes dos três Poderes em 8/1/2023.

No Brasil, o quadro ganha contornos ainda mais graves quando se observa que tais manifestações, ao menos até aquele fatídico dia, receberam apoio de parcela significativa da população. Pesquisa divulgada na época pelo PoderData demonstra que 32% dos entrevistados responderam afirmativamente, e 11% simplesmente não souberam responder (32% [...], 2022) à pergunta “De maneira geral, você é a favor ou contra as manifestações em frente aos quartéis pedindo intervenção militar no Brasil?”.

É inegável que em diversos Estados a democracia liberal passa por forte processo erosivo, com seus elementos fundamentais atacados por grupos e políticos com tendências autoritárias. E tal fenômeno não acontece apenas em países com democracias frágeis. Também Estados com instituições democráticas reconhecidamente consolidadas testemunham a ascensão ao poder de líderes políticos que veiculam discursos de viés populista e utilizam a retórica de confronto e exclusão para relativizar direitos humanos e fragilizar a independência dos órgãos de controle, em prática claramente autocrática.

O relatório anual sobre a qualidade da democracia no mundo publicado pelo Instituto Varieties of Democracy (V-Dem), ligado à Universidade de Gotemburgo, na Suécia, mostra que atualmente cerca de 70% da população mundial – isto é, 5,4 bilhões de pessoas – vivem sob regimes autoritários (V-Dem Institute, 2022).

A democracia padece de forte deterioração ao redor do globo, num cenário que Applebaum (2021) chama de *crepuscular*. O relatório informa que apenas 34 países adotam a democracia como regime político – o mesmo patamar de 1989 – e que, nos últimos dez anos, houve um salto de cinco para 35 nações em que os índices associados à saúde democrática sofreram piora significativa.

Segundo o V-Dem Institute (2022), o Brasil é um dos 33 países que entre 2011 a 2021 caminharam para a autocratização e experimentaram deterioração nos índices que medem a robustez das instituições da democracia liberal.

Pesquisa conduzida pelo Latinobarómetro (2021, p. 21) destaca que no Brasil o apoio ao regime democrático e às suas instituições liberais alcança apenas 40% da população, e tal percentual inclui o crescimento ocorrido entre 2018 e 2020.

O presente artigo pretende analisar alguns dos fatores que têm levado o Brasil e o mundo a experimentarem uma onda de *autocratização*, que muitos cientistas políticos haviam pensado ter ficado no passado, e sugerir medidas a serem adotadas por governos e pela sociedade civil para frear o retrocesso democrático e fortalecer as bases de uma democracia saudável.

2 A democracia liberal sob ataque

Em 1989, o cientista político nipo-americano Francis Fukuyama publicou na revista *National Interest* um famoso ensaio, intitulado *The End of History?*, no qual conferia contornos filosóficos a uma sensação generalizada de alívio após o fim da Guerra Fria e das ameaças de um confronto nuclear entre as duas superpotências antagônicas (Fukuyama, 1989). Sua tese principal era a de que, após um século de emergência e declínio dos regimes fascistas e comunistas, de enormes turbulências políticas e de crises econômicas, de questionamentos ao liberalismo econômico e político, o mundo estava retornando ao seu ponto inicial, o do triunfo inquestionável do sistema liberal ocidental.

O otimismo de Fukuyama parece ter perdido ancoragem. Em diversas partes do mundo – Moscou, Ancara, Pequim, Caracas e Budapeste –, o mito da vitória da democracia liberal tem sido fortemente contestado, testemunhando o retorno da crença numa versão autoritária do destino das nações. Autores como Luce (2020, p. 22) defendem a ideia de que a crise vivida pela democracia liberal é estrutural e persistente, não havendo indício de arrefecimento.

O panorama de perda de prestígio da democracia liberal tem sido definido pela expressão *terceira onda de autocratização*, noção subjacente à ideia de alternância entre períodos de democratização e de *autocratização*. As três ondas de democratização corresponderiam às décadas de 1830 a 1920², 1940 a 1960³ e 1980 a 2000⁴, ao passo que as de *autocratização* estariam representadas pelos acontecimentos dos anos 1920 a 1940⁵, 1960 a 1980⁶ e 1990 até os dias atuais⁷ (Brito; Mendes; Sales; Amaral; Barreto, 2022, p. 8).

Os estudos a respeito dos motivos do incremento atual do autoritarismo devem necessariamente preocupar-se com a definição de democracia liberal e suas instituições vitais. Na esteira de Bobbio (2000, p. 48), este artigo parte da premissa de que democracia e liberalismo não são necessariamente compatíveis, e a aproximação de ambos somente pode ocorrer por meio da política.

Assim, a *democracia liberal* pode ser entendida como o regime político no qual as decisões vinculantes de uma comunidade devem ser tomadas

² Ampliação do sufrágio em vários países, como o Reino Unido, a França, os EUA, a Argentina.

³ Democratização de países totalitários após o fim da Segunda Guerra Mundial.

⁴ Enfraquecimento de regimes ditatoriais militares na América Latina, Ásia, Europa, e fim da União Soviética.

⁵ Ascensão do fascismo e do nazismo na Europa.

⁶ Consolidação das ditaduras militares na América Latina.

⁷ *Autocratização* de diversos países relevantes, como a Hungria, a Polônia, a Índia, a Turquia.

por deliberação da maioria dos indivíduos do grupo social e em espaços institucionais amplos destinados a tal finalidade, com respeito aos direitos fundamentais, que funcionam como pré-condição para a limitação ao exercício do poder e da liberdade dos indivíduos, tais como as liberdades de locomoção, as comunicativas, os direitos sociais e econômicos (Bobbio, 2017, p. 65; Todorov, 2017, p. 14).

Segundo Mounk (2019, p. 159), a democracia liberal tem legitimidade porque é o único regime político capaz de, ao mesmo tempo, preservar os valores da liberdade e da igualdade:

Defensores bem-intencionados da democracia liberal acreditam haver uma legitimidade inerente ao sistema político que abraçaram.

Seu elemento democrático, afirmam, assegura a igualdade dos cidadãos. Em uma monarquia, o rei se eleva acima dos súditos pelo acaso de sua origem nobre. Numa democracia, pelo contrário, todo cidadão tem direito ao voto, independentemente da cor da pele ou da posição social de seus ancestrais.

Seu elemento liberal, enquanto isso, garante a liberdade dos cidadãos. Em um regime totalitário, o governo pode controlar a vida de seus súditos nos mínimos detalhes e puni-los ao seu bel-prazer. Num sistema liberal, pelo contrário, o braço da lei é contido e os cidadãos estão protegidos contra interferências arbitrárias em suas vidas.

A literatura especializada costuma chamar a atenção para o fato de que a defesa da democracia não se faz apenas com cidadãos críticos e conscientes da relevância da manutenção do regime que lhes garante voz e participação. A verdadeira proteção da democracia depende da promoção de instituições vitais para a manutenção do regime, sem as quais a demagogia e o populismo podem representar sérias ameaças às liberdades fundamentais do povo (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 44).

Segundo Dahl (2001, p. 99-100), uma verdadeira democracia liberal deve contar com as seguintes instituições públicas responsáveis pela promoção da liberdade e igualdade dos cidadãos: (i) políticos eleitos por um procedimento regulado em lei que franqueia ampla participação dos indivíduos; (ii) eleições livres, justas, frequentes e sem coerção ilegítima; (iii) garantia da liberdade de expressão para que as pessoas possam livremente manifestar suas críticas aos detentores do poder e às políticas públicas implementadas; (iv) acesso dos cidadãos a fontes diversificadas para informar-se sobre os temas de importância coletiva sem constrangimentos ou manipulações; (v) ambiente de autonomia para a criação de associações, partidos políticos ou grupos para a defesa dos interesses dos cidadãos; e (vi) ampliação da cidadania para que as pessoas residentes permanentemente no país e sujeitas ao poder do Estado tenham possibilidade de usufruir dos benefícios propiciados por essas instituições.

A democracia liberal deve contar, portanto, com eleições livres, justas e multipartidárias, alto nível de garantias institucionais democráticas, como as liberdades de expressão e associação, e o sufrágio universal, além de mecanismo de controle do Poder Executivo pelos outros Poderes e órgãos independentes.

A decadência da democracia liberal fica patente quando as instituições políticas são objeto de constantes ataques de agentes interessados em obter dividendos com a desestabilização do sistema (Bermeo, 2016, p. 5); e, uma vez no poder, os líderes de tendências autoritárias apostam no enfraquecimento das instituições democráticas e na ampliação de seus poderes (Santos, 2021, p. 70).

Diferentemente dos golpes de Estado do passado, a erosão da democracia começa lentamente por meio de atos levados adiante por autoritários eleitos que muitas vezes passam despercebidos. Não raras vezes esses atos ostentam o verniz da legalidade e têm como objetivo atingir uma finalidade pública que encontra respaldo na sociedade e mesmo nas instituições, mas acabam por minar as bases do convívio social democrático (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 81).

Um dos primeiros passos dos autocratas é *capturar* os órgãos independentes do Estado que têm como função investigar e punir líderes que cometem ilegalidades, como a autoridade policial e o Poder Judiciário. Tais arrestos ocorrem pela instrumentalização dos órgãos de controle para investigar e reprimir opositores políticos e os meios de comunicação críticos ao regime. O controle e o dirigismo dos órgãos repressivos manifestam-se de diversas maneiras, mas é comum, por exemplo, que a polícia passe a “reprimir duramente manifestações da oposição ao mesmo tempo em que tolera atos de violência perpetrados por assassinos pró-governo” (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 82).

Quanto ao Poder Judiciário, quando os juízes não são abertamente cooptados, estratégias de mudança da composição de tribunais para nomear asseclas do autocrata ou do recurso do *impeachment* para afastar magistrados incorruptíveis são largamente utilizados, quando não se consuma a destruição completa de órgãos judiciários e sua substituição por outros leais ao governo, como fez Hugo Chávez na Venezuela em 1999.

Obtido o controle sobre os tribunais e os órgãos de repressão, o passo seguinte é acabar com toda sorte de oposição, seja de políticos que procuram desafiar o líder autoritário, seja da mídia independente crítica ao governo. O ataque ocorre com a instrumentalização da legislação e dos tribunais para perseguir os opositores mediante instauração de processos judiciais sob a acusação de cometimento de delitos contra a honra do presidente, ou pela imposição de pesadas sanções sob os pretextos mais disparatados, que acabam por inviabilizar a candidatura de partidos

opositores ou o próprio funcionamento de jornais e canais de televisão não leais ao governo.

A última e decisiva jogada é mudar as regras do jogo democrático para favorecer o partido do líder. Autocratas em busca da consolidação do poder precisam enfraquecer as engrenagens que sustentam o sistema de freios e contrapesos próprio da democracia e, para debilitar ainda mais a oposição, engendram alterações constitucionais no sistema eleitoral, como mudanças nos distritos para restringir o sufrágio de eleitores contrários ao regime, ou limitação do financiamento eleitoral de opositores (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 90-92).

A figura política mais representativa dessa nova tendência autocrática, embora não seja a única, é o primeiro-ministro da Hungria, Viktor Orbán, que, num famoso discurso em 2014, utilizou a expressão *democracia iliberal* para definir o regime político em vigor em seu país:

A nação húngara não é um simples aglomerado de indivíduos, mas uma comunidade real, que deve ser organizada, reforçada e, na prática, construída. Nesse sentido, o novo estado que estamos em vias de erguer na Hungria é um Estado “iliberal”, não “liberal”. Ele não nega os valores fundamentais do liberalismo, como a liberdade, mas, por outro lado, não faz dessa ideologia o elemento central da organização estatal (Da Empoli, 2020, p. 88).

As práticas políticas de Orbán têm como tema dominante a ideia de uma Hungria unida, francamente contrária ao pluralismo social, pois a união do país deve ocorrer em torno da linhagem étnica em que “uma pessoa de sangue magiar que viva na Sérvia ou na Romênia é mais autenticamente húngara do que um cigano ou turco nascido e criado na Hungria” (Albright, 2018, p. 175).

O ideal de governo de Orbán e de outros líderes que adotam a *democracia iliberal*, como Putin

na Rússia e Erdoğan na Turquia, é a revitalização do conceito de “razão de Estado” ancorado na chave da segurança nacional contra a imigração em massa, e não na proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, especialmente das minorias culturais em seus territórios.

O termo *democracia iliberal* foi utilizado pela primeira vez por Zakaria (1997), no contexto em que alertava para o aumento de regimes nos quais são realizadas eleições, mas os direitos fundamentais não são respeitados. É o fenômeno intitulado por Mounk (2019, p. 47-74) *democracia sem direitos*.

Na *democracia iliberal*, define-se a nação como uma comunidade étnica e cultural homogênea. A vontade nacional se manifestaria por uma ditadura cesarista, cujo líder é aclamado pelas multidões. Haveria a instauração de um fantasioso antagonismo entre a nação e seus inimigos internos e externos cujos conflitos são resolvidos pelo líder supremo. O povo seria, então, mobilizado por mitos de origem que lhes garantiriam identidade grupal (Lynch; Cassimiro, 2022, p. 117).

O apego ao paradigma da *democracia iliberal* representa uma resposta a uma demanda popular de um governo mais eficaz, que consiga fornecer respostas rápidas e concretas aos grandes problemas contemporâneos, como o desemprego, a falta de segurança, o aumento do custo de vida. Nesse sentido, “muitos passaram a ver instituições liberais, como a imprensa livre, os tribunais constitucionais e os direitos individuais, não como proteções contra o arbítrio do poder público, mas como obstáculos à governança efetiva” (Galston, 2017, p. 30, tradução nossa).

A ascensão ao poder de Jair Bolsonaro após a vitória nas eleições de 2018 marca o início da institucionalização da *democracia iliberal* no Brasil. Em meio a constantes ataques à independência dos Poderes e à autonomia das

instituições, presencia-se a sedimentação na opinião pública de discursos voltados especificamente para combater e desacreditar os princípios que após o fim da ditadura militar nortearam a reconstitucionalização do País e moldaram sua vida política nos últimos trinta anos.

Mesmo antes de assumir a Presidência da República, Jair Bolsonaro e seus pares fizeram declarações contrárias à autonomia das instituições republicanas. O deputado federal e filho do ex-presidente, Eduardo Bolsonaro, disse que para fechar o Supremo Tribunal Federal (STF) bastava um cabo e um soldado (Bastam [...], 2018). Durante a campanha eleitoral de 2018, o próprio Jair Bolsonaro declarou que, se fosse eleito, aumentaria o número de ministros da Corte Constitucional de onze para vinte e um membros, para garantir-lhe uma suposta neutralidade (Bolsonaro [...], 2018).

Após a vitória nas eleições de 2018, intensificaram-se as manifestações pedindo o fechamento do STF e a pressão sobre o Congresso Nacional e os líderes partidários, que, em certas ocasiões, não se posicionavam de forma dócil a propostas irrazoáveis vindas do Poder Executivo. A intenção era desacreditar esses Poderes frente à opinião pública a fim de diminuir a capacidade de fiscalização dos atos presidenciais e concentrar prerrogativas no Poder Executivo.

Investidas foram lançadas também contra órgãos dotados de autonomia na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas, bem como agências da burocracia do Estado com funções previstas em lei e que desempenham suas atribuições institucionais de maneira relativamente independente, como a Fundação Nacional do Índio (Funai) e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) (Souza Neto, 2020, p. 173-174).

No caso do Ministério Público, Jair Bolsonaro quebrou uma tradição de anos e indicou para

a chefia da instituição um postulante, Augusto Aras, que não compunha a lista tríplice formada com os mais votados e que desde a campanha já dava sinais de subserviência. O resultado foi uma Procuradoria-Geral da República (PGR) cooptada e voltada à proteção de Bolsonaro, de seus amigos e parentes próximos contra investigações (Neves, 2022).

Com relação a Funai, acusa-se Bolsonaro de, desde a posse, ter adotado medidas que afastaram o órgão de sua função primordial de defesa dos povos indígenas e demarcação de terras para a preservação das tradições culturais dos povos originários.

Ataques contundentes foram dirigidos ao Coaf com o intuito de inibir sua cooperação com os órgãos responsáveis pela persecução penal logo que vieram a público notícias de que um dos filhos do então presidente, o senador Flávio Bolsonaro, realizara movimentações financeiras suspeitas que poderiam indicar lavagem de dinheiro. Bolsonaro editou uma medida provisória que modificou a composição do órgão e tornou-o mais permeável ao controle político, o que resultou na paralisação das investigações (Souza Neto, 2020, p. 177).

A despeito de Jair Bolsonaro não ter conseguido a reeleição em 2022, a expressiva quantidade de votos⁸ obtidos indica que parcela considerável da população abraçou, total ou parcialmente, práticas abertamente autoritárias adotadas durante os quatro anos em que ele esteve no poder, de sorte que os riscos para a consolidação da democracia brasileira não se tornaram irrelevantes com o início do novo governo a partir de 2023.

Para buscar possíveis medidas contra a tendência autocrática no Brasil, é fundamental

⁸No segundo turno das eleições presidenciais de 2022, o candidato Jair Bolsonaro recebeu 58.206.322 de votos (49,1% dos votos válidos).

entender as características desse novo tipo de populismo dos atuais autocratas, o qual coloca em xeque o consenso democrático em várias partes do Ocidente.

3 Os perigos do populismo para a democracia liberal

Diversos cientistas políticos advertem que um dos principais perigos à democracia liberal é o populismo. Todorov (2017, p. 16) chega a afirmar, inclusive, que o populismo é um dos “inimigos íntimos da democracia”.

Segundo Galston (2017, p. 30, tradução nossa), “[o] populismo ameaça não apenas o simples majoritarismo ou mesmo a soberania popular, mas o conjunto de princípios e instituições que compõem a dimensão liberal da democracia contemporânea”.

De acordo com Mounk (2019, p. 167), a atual ascensão populista deriva de três causas principais que devem ser entendidas em conjunto: (i) o surgimento das mídias sociais que empoderaram pessoas e ideias antes colocadas à margem do processo político; (ii) a piora do padrão de vida econômico de parcela considerável de cidadãos, o que põe em dúvida a capacidade de a democracia responder a suas demandas; e (iii) a tensão cultural em torno da perda da identidade étnica advinda do aumento da imigração.

Embora as causas do recesso democrático não possam ser analisadas isoladamente, neste trabalho procuraremos enfatizar os aspectos da estagnação econômica e da tensão cultural como elementos-chave do aumento do apego a ideias populistas, deixando de lado, por ora, o estudo das implicações da internet e das redes sociais para o fenômeno.⁹

A exemplo do que acontece com inúmeros termos utilizados na Ciência Política, a definição de *populismo* não é tarefa simples e está sujeita a críticas e contestações. Nesse debate, é fundamental levar em consideração a advertência de Tormey (2019, p. 51), que enfatiza as razões pelas quais é difícil encontrar as características definidoras do populismo. Segundo o professor da Universidade de Sydney, o populismo não é uma ideologia histórica como o marxismo, o liberalismo ou o socialismo. O desenvolvimento do populismo na história é muito mais acidentado e disperso, o que dificulta a tarefa de identificar pontos de referência que o definam ideologicamente como um conjunto de crenças ou pontos de vista mobilizadores. Isso é problemático porque o “populismo quase se torna qualquer coisa que alguém queira fazer dele” (Tormey, 2019, p. 54).

Por outro lado, para Barros e Lago (2022, p. 87), a dificuldade conceitual não pode levar ao abandono do termo *populismo* para caracterizar líderes ou discursos políticos, mas deve-se considerar que a determinação do que seja um discurso populista é uma questão de grau: podem-se identificar características do populismo em variações menos ou mais amplas em torno do núcleo duro do conceito.

O populismo pode ser definido como “um estilo de fazer política típico de ambientes democráticos ou de massa, praticado por uma liderança carismática, que reivindica a representação de uma maioria contra o restante da sociedade” (Lynch; Cassimiro, 2022, p. 15).

Na doutrina há um relativo consenso de que são três as características centrais do núcleo duro do conceito de populismo: (i) o populismo investe suas fichas na criação de uma oposição discursiva entre “povo” e “elite”; (ii) tem um

⁹ Para uma análise mais particularizada a respeito das influências das redes sociais no enfraquecimento da

democracia liberal, ver Bruzzone (2021); Da Empoli (2020); e Santos (2021).

aspecto claramente transgressor por ser propulsor de crises permanentes e criador de pânico moral; e (iii) procura transformar as instituições, entendidas também como costumes e regras (muitas delas não escritas), reguladores da vida em comunidade (Barros; Lago, 2022, p. 87; Tormey, 2019, p. 31; Bruzzone, 2021, p. 56).

O populismo que ameaça atualmente as instituições da democracia liberal está diretamente relacionado ao aumento de influência da extrema direita¹⁰. Tal fenômeno é perceptível ao menos há quase duas décadas, especialmente após a grande recessão de 2008, com a emergência de partidos radicais na Europa, como o Partido da Independência do Reino Unido, a Liga Norte e o Partido da Liberdade na Áustria, de modo que seria equivocado identificar o ano de 2016, com o Brexit e a eleição de Donald Trump, como o momento propulsor do populismo atual, conforme vários estudos bastante difundidos (Tormey, 2019, p. 62).

Para explicar o incremento de partidos e movimentos populistas em várias partes do Ocidente, Tormey (2019, p. 63) elenca três fatores: (i) o descontentamento econômico; (ii) o descontentamento cultural; e (iii) o descontentamento democrático, entendido como consequência dos dois primeiros.

O descontentamento econômico não pode ser dissociado da relativa estagnação do padrão de vida nos países de economias desenvolvidas. Embora se reconheça que o nível médio de renda dos países ricos seja alto, Mounk (2019, p. 186-187) elucida que, nas últimas

duas décadas, nações como os EUA, a França, a Itália, a Espanha e a Alemanha cresceram em ritmo muito menor que nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial.

Corolário desse fenômeno, a desigualdade aumentou consideravelmente em ambos os lados do Atlântico, retroagindo a índices da década de 1930. Pela primeira vez, grande parte da geração nascida a partir de 1980 não tem expectativa de obter melhora da situação financeira nos próximos anos, e tudo indica que não desfrutarão de um padrão de vida superior ao de seus pais.

Barroso (2021, p. 22-25) chama a atenção para certa contradição entre a melhora dos indicadores da qualidade de vida e o desprezo pelas instituições democráticas responsáveis pelos avanços sociais. Ao longo do século XX, cresceu a expectativa de vida, ampliou-se a alfabetização, reduziu-se a pobreza e a miséria. Progressivamente diminuiu a desigualdade econômica (ainda que de forma lenta) e cresceu o número de países que adotaram a democracia como o modelo de sistema político.

Contudo, essa contradição é apenas aparente, pois a chave para compreender os questionamentos dirigidos às instituições da democracia liberal está menos na realidade econômica e mais na apreensão econômica. A apreensão econômica está ligada ao medo do futuro, isto é, à perspectiva internalizada pelas pessoas – tanto as vulneráveis quanto as da classe média – de que eventos estruturais, como o avanço tecnológico e a globalização, resultarão em perda dos benefícios sociais e em aumento do desemprego, arruinando a expectativa de progresso material difundida durante todo o período de estabilidade democrática do pós-guerra (Mounk, 2019, p. 194; Luce, 2020, p. 23-95).

O descontentamento cultural, por sua vez, está relacionado à percepção da perda da

¹⁰ A extrema direita reacionária diferencia-se da direita conservadora ao pregar não a preservação das instituições e dos valores sociais, mas sim a regressão dos processos de democratização, liberalização e secularização que marcam a modernidade. Aposta-se na regeneração da ordem perdida por meio da aceleração da ruptura com a ordem vigente capaz de reconstruir no futuro uma sociedade equivalente à que se perdeu no passado (Lynch; Cassimiro, 2022, p. 23-24).

identidade étnica nos países da Europa e nos EUA resultante do afluxo de imigrantes oriundos especialmente de países em desenvolvimento. Essa apreensão demográfica torna-se particularmente preocupante no cenário de acentuada contração econômica, porque cria no imaginário social uma ideia muito explorada pelos populistas de que as pessoas dos grupos majoritários serão substituídas por imigrantes e de que sua cultura e modo de vida em breve se tornarão minoritários (Mounk, 2019, p. 209).

A passagem a seguir evidencia os efeitos psicológicos da imigração em massa sobre os brancos nativos:

À medida que o crescimento cessa, a desigualdade cresce e a apreensão aumenta, uma ampla parcela da população se concentra na autorrealização. [...] Preocupados com seu sustento, os brancos cada vez mais se ressentem dos imigrantes e das minorias étnicas que reivindicam o direito a seus recursos coletivos. Ameaçados pelas forças aparentemente incontrolláveis da globalização e do terrorismo, reverterem atitudes menos tolerantes para com as minorias étnicas e religiosas (Mounk, 2019, p. 217).

A ideia subjacente é a de que a população majoritária é a grande perdedora das políticas públicas da liberalização econômica e das fronteiras abertas que vêm a reboque da globalização, criando uma divisão no interior das sociedades entre os “de qualquer lugar” e os “de algum lugar” (Tormey, 2019, p. 73).

Os “de qualquer lugar” são as pessoas que desfrutam e se beneficiam das fronteiras *relativamente* abertas propiciadas pela cooperação entre as nações. Elas têm uma visão cosmopolita e não se veem enraizadas em determinado local. Acreditam que a globalização representa o progresso social e concentram os ganhos advindos desse panorama geopolítico.

De outro lado, a maioria da população é formada pelos “de algum lugar”. São indivíduos que costumam viver e trabalhar no mesmo local durante a maior parte de suas vidas, somente viajam em férias ou a trabalho, e sua interpretação do mundo e das relações sociais é moldada pela forma de viver das pessoas com quem convivem diariamente num círculo muito restrito, formado por indivíduos com hábitos e valores similares. São pessoas contentes com o que é familiar, não anseiam por experiências de mudança de vida; na verdade, têm medo do mundo criado pela imigração em massa, pela globalização e pelo transnacionalismo:

Enquanto os de Qualquer Lugar veem o influxo de migrantes como bem-vinda diversificação da sociedade, os de Alguém Lugar o veem como ameaça a um modo de vida. A sensibilidade dos de Alguém Lugar habita afetuosamente em um passado que era mais simples, mais fácil de

entender, mais previsível e povoado de pessoas como eles [...]. Questões em torno da imigração e do medo da perda de identidade parecem ter sido mais reveladoras que considerações econômicas, até mesmo quando parcelas menos abastadas do eleitorado estavam envolvidas. Isso parecer ter acontecido em toda a Europa continental (Tormey, 2019, p. 74, 78).

A soma dos descontentamentos econômico e cultural provocados pelos acontecimentos das últimas décadas é a força motriz da aceitação dos ícones da *democracia iliberal* por parcela considerável da opinião pública. Diante desse cenário, o conceito de *vulnerabilidade ontológica* apresentado por Barros e Lago (2022, p. 99) é útil para compreender o fenômeno. De acordo com os autores, a vulnerabilidade ontológica é fruto de um longo processo típico da modernidade em que todas as formas de autoridade tradicionais são colocadas em xeque, fazendo com que a perda dessas certezas seja turbinada pelo aumento da angústia e do desamparo social (Barros; Lago, 2022).

Nesse ambiente floresce o populismo reacionário que promete, por meio de uma revolução conservadora, restabelecer um suposto passado idílico em que a nação vivia harmoniosamente com seus costumes tradicionais. O populismo reacionário entoado pela extrema direita oferece uma resposta à falta de segurança e de certeza sobre o futuro. Aposta suas fichas na manipulação do conceito de “povo” que vai além da divisão sociológica tradicional entre “ricos” e “pobres”, e encontra na segurança contra os infortúnios da modernidade o núcleo do seu discurso.

No caso específico da extrema direita brasileira representada por Jair Bolsonaro, o verdadeiro povo brasileiro seria composto pelos “cidadãos de bem”, entendidos como chefes de família armados e organizados em milícias, sob a orientação espiritual de sacerdotes cristãos:

A prosperidade do povo seria garantida pela liberdade de ação conferida aos donos de terras (os “senhores de engenho” convertidos em “agro-negociantes”) e os empreendedores com “instinto animal” (os “bandeirantes” convertidos em “neoliberais”). Nessa chave, a predação da natureza e a violência pela morte, pela doença ou por catástrofe são considerados acontecimentos naturais, sob os quais não adiante chorar. Infelizmente, a harmonia da sociedade brasileira gestada na colonização teria sido perturbada a partir da segunda metade do século XX pela ameaça do “comunismo” – conceito “guarda-chuva” a que se associam toda a sorte de ideias e ações que ameaçariam sua suposta “essência”. Liberais e socialistas – “maus brasileiros” – teriam então se apoderado do aparelho de um Estado cada vez mais intervencionista para impor uma cultura niveladora e relativista, de origem estrangeira, inimiga da família, da religião, da propriedade. [...] Claro está que, quando falam em defesa da democracia, os reacionários se referem ao estilo de vida daqueles “cidadãos de bem” cultores da religião, da virilidade e das armas típicas do período colonial (Lynch; Cassimiro, 2022, p. 123).

No discurso do populismo reacionário nacional, a “elite” que o bolsonarismo se propõe combater é essencialmente a administrativa, cívica e intelectual – todas ideologicamente de esquerda – a qual empreenderia uma luta cultural para acabar com os alicerces do Estado; ampara-se na religião cristã sob a roupagem evangélica e na família tradicional composta pelo binômio homem/mulher e no militarismo – este encarnado no histórico militar de Jair Bolsonaro:

O conflito que Bolsonaro prega, portanto, não é o que alimenta a democracia liberal, nem o que aponta para os seus pontos cegos para ampliar direitos. Pelo contrário, o conflito defendido por Bolsonaro busca precisamente acabar de vez com a “bagunça” do regime democrático. É movido pela fantasia de um momento final de purificação, em que os “vermes” e “corruptos” serão extintos, e uma pátria de lei e ordem será refundada. Para proteger esse “povo” que busca segurança, tudo o que é estranho, diferente, que não se encaixa na tribo dos “cidadãos de bem”, deve ser eliminado (Barros; Lago, 2022, p. 107).

A relação de Jair Bolsonaro com as instituições autônomas é de forte ataque, ao mesmo tempo em que permite a perpetuação e o aprofundamento da corrupção. O objetivo do ex-presidente da República sempre foi atacar abertamente aquilo que ele entende como a “elite” superpoderosa brasileira. Ele considera que as três últimas décadas que coincidem com a Nova República e com a solidificação das instituições democráticas é uma época de deterioração para o País e que, portanto, setores da Administração Pública federal que representam esse novo ambiente devem ser destruídos. Por isso investe contra o princípio da separação de Poderes e faz reiteradas críticas ao Congresso Nacional e ao Poder Judiciário (neste caso, especificamente ao STF) como instituições que o impediram de governar e implantar as medidas aprovadas pela população no processo eleitoral vitorioso.

Ministérios cruciais para o desenvolvimento do País foram fechados, como o Ministério do Planejamento e o do Trabalho, e outros instrumentalizados por meio da nomeação de ministros que se afastavam das pautas essenciais do próprio ministério, a exemplo de um ministro do Meio Ambiente francamente contrário às pautas da preservação ambiental e do desenvolvimento sustentável. Ademais, o financiamento público de atividades culturais e científicas foram represados, e o governo priorizou verba pública para publicidade apenas para as emissoras de rádio e televisão abertamente favoráveis ao regime. Por fim, durante a campanha para a reeleição, Jair Bolsonaro disse inúmeras vezes não confiar no sistema eleitoral nacional e ameaçou não respeitar o resultado do pleito caso não se sagraisse vencedor (Barros; Lago, 2022, p. 133).

Em suma, porque se percebe como a encarnação da vontade do povo soberano, o populista radical considera-se autorizado a desprezar a independência das instituições representativas, a fim de dobrá-las pela cooptação ou pela intimidação (Lynch; Cassimiro, 2022, p. 122).

Para Levitsky e Ziblatt (2018, p. 32), os líderes autoritários adotam quatro medidas que, aplicadas em conjunto ou isoladamente, servem como alertas para a deterioração das bases democráticas: (i) a rejeição das regras democráticas do jogo político por palavras ou ações; (ii) a negação da legitimidade da oposição; (iii) o encorajamento ou a tolerância da violência política; e (iv) a disposição de restringir as liberdades civis da oposição e da mídia crítica. Verifica-se, pois, que Jair Bolsonaro cumpre com exatidão a descrição de autocrata dos autores.

Sozinhas, as instituições democráticas não são capazes de se defender contra investidas sistemáticas dos populistas autoritários. Segundo Levitsky e Ziblatt (2018, p. 99-116), isso ocorre porque elas não são obras completas, e as regras democráticas incrustadas nas Constituições estão sujeitas a interpretações controversas. Assim, a defesa efetiva da democracia deve contar com normas informais democráticas fortes, entendidas como normas que, embora não constem em lei, são amplamente aceitas e cumpridas pelos contendores.

Dois normas destacam-se na proteção da democracia: (i) a tolerância mútua e (ii) a reserva institucional. A tolerância mútua é a disposição dos políticos de concordarem em discordar, ou seja, desde que os competidores políticos respeitem as regras do jogo, o resultado será sempre respeitado. Quando a norma da tolerância mútua não é observada, a democracia corre risco porque, como os adversários políticos não são vistos como legítimos, procura-se destruí-los sempre que ameaçam chegar ao poder e opta-se por assumir posições autoritárias. Em vários golpes, a justificativa para o fortalecimento do Executivo foi a rotulação dos oponentes como ameaça à sua existência (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 104).

A reserva institucional é o ato de evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente o seu espírito. É a hipótese de o governante não abusar de um direito legalmente legítimo com o intuito de prejudicar o seu adversário. Essas normas são relevantes em regimes presidencialistas em que impasses graves podem levar presidentes ou o Poder Legislativo a abusar de suas prerrogativas para burlar a obstrução provocada pelo outro. Podem ser arrolados como exemplos o uso de medidas provisórias pelo chefe do Executivo para obstruir a pauta do Legislativo ou a abertura do processo de *impeachment* contra um presidente da República sem motivo justificado (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 107-111).

Como advertem Lynch e Cassimiro (2022, p. 190), se é correto que as constituições contemporâneas adotaram uma série de regras escritas

positivadas tendentes a impedir a consumação de golpes de Estado, tais como as medidas de exceção do estado de defesa e do estado de sítio, as Constituições do futuro deverão incorporar normas que exijam o respeito a práticas informais democráticas plenamente instituídas, a fim de se evitar a corrosão da democracia por dentro.

4 Conclusão

A democracia é uma forma política que busca a satisfação das necessidades humanas por meio de um processo que permite e estimula a participação do povo na tomada das decisões com o intuito de emancipá-lo e garantir os valores fundamentais da liberdade e igualdade entre os cidadãos.

O regime democrático apresenta uma série de benefícios ao contribuir para evitar o governo de autocratas cruéis e corruptos, ao estender os direitos democráticos ao maior número possível de cidadãos.

A despeito de todos esses fatores, observa-se no Brasil e no mundo a tendência de fortes ataques à democracia liberal promovidos por líderes populistas reacionários cuja aposta se faz fundamentalmente na criação artificial de uma oposição entre “elite” e “povo” com o objetivo de provocar divisões na sociedade e enfraquecer o equilíbrio do poder para concentrar prerrogativas em suas mãos.

A ascensão autocrática decorre de questões estruturais da modernidade, provocadas pelos descontentamentos econômico e cultural, e exploradas neste trabalho com base no conceito de vulnerabilidade ontológica.

No Brasil, o populismo reacionário está encarnado na figura do ex-presidente da República Jair Bolsonaro, que, desde os primeiros dias de governo, procurou sabotar o espírito da Nova República cristalizado nas instituições democráticas pela CRFB, cujo projeto foi temporariamente interrompido, mas não finalizado com a derrota eleitoral: a expressiva votação obtida por ele deixa claro que as consequências de suas práticas serão sentidas por muito tempo.

A recuperação da saúde da democracia no País requer o respeito às normas informais da tolerância mútua e da reserva institucional, capazes de promover os ideais do pluralismo e da independência dos Poderes.

Sobre os autores

José Luiz de Almeida Simão é mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito da Universidade

do Vale do Paraíba, São José dos Campos, SP, Brasil; defensor público do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: jlasimao@univap.br

Thiago Rodovalho é doutor e mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo, Alemanha; professor titular dos programas de graduação e de mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil.

E-mail: rodovalho@rodovalho.pro.br

Frediano José Momesso Teodoro é doutor e mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Paraíba, São José dos Campos, SP, Brasil; advogado criminal.

E-mail: frediano@univap.br

Como citar este artigo

(ABNT)

SIMÃO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago; TEODORO, Frediano José Momesso. A democracia liberal na encruzilhada: as causas da *autocratização* no Brasil e no mundo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 89-106, out./dez. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p89

(APA)

Simão, J. L. de A., Rodovalho, T., & Teodoro, F. J. M. (2023). A democracia liberal na encruzilhada: as causas da *autocratização* no Brasil e no mundo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(240), 89-106. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p89

Referências

ALBRIGHT, Madeleine. *Fascismo: um alerta*. Com Bill Woodward. Tradução de Jaime Biaggio. São Paulo: Planeta, 2018.

ALEMANHA prende extremistas que planejavam golpe de Estado e nomeação de 'príncipe'. *Folha de S.Paulo*, [São Paulo], 7 dez. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/12/alemanha-prende-extremistas-que-planejavam-golpe-de-estado-e-nomeacao-de-principe.shtml>. Acesso em: 11 ago. 2023.

APPLEBAUM, Anne. *O crepúsculo da democracia: como o autoritarismo seduz e as amizades são desfeitas em nome da política*. Tradução de Alessandra Bonruquer. Rio de Janeiro: Record, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Revolução tecnológica, crise da democracia e Constituição: direitos e políticas públicas num mundo em transformação*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BARROS, Thomás Zicman de; LAGO, Miguel. *Do que falamos quando falamos de populismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

BASTAM um soldado e um cabo para fechar STF, disse filho de Bolsonaro em vídeo. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 21 out. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/>

poder/2018/10/basta-um-soldado-e-um-cabo-para-fechar-stf-disse-filho-de-bolsonaro-em-video.shtml. Acesso em: 11 ago. 2023.

BERMEO, Nancy. On democratic backsliding. *Journal of Democracy*, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 5-19, Jan. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1353/jod.2016.0012>.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. (Pensamento Crítico, 63).

BOLSONARO quer aumentar número de ministros do STF para 21. *Poder360*, [s. l.], 3 jul. 2018. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-stf-para-21/>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRITO, Adriane Sanctis de; MENDES, Conrado Hübner; SALES, Fernando Romani; AMARAL, Mariana Celano de Souza; BARRETO, Mariana Shlessarenko. *O caminho da autocracia: estratégias atuais de erosão democrática*. São Paulo: Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo, 2022. Disponível em: <https://laut.org.br/o-caminho-da-autocracia/>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRUZZONE, Andrés. *Ciberpopulismo: política e democracia no mundo digital*. São Paulo: Contexto, 2021.

DA EMPOLI, Giuliano. *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, 2020. (Coleção Espírito do Tempo).

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília, DF: Ed. UnB, 2001.

FUKUYAMA, Francis. The end of history? *The National Interest*, [s. l.], n. 16, p. 3-18, 1989.

GALSTON, William A. The 2016 U.S. election: the populist moment. *Journal of Democracy*, [s. l.], v. 28, n. 2, p. 21-33, Apr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1353/jod.2017.0021>.

LATINOBARÓMETRO. *Informe 2021*. Santiago, CL: Corporación Latinobarómetro, 2021. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>. Acesso em: 11 ago. 2023.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LUCE, Edward. *O liberalismo em retirada*. Tradução de Diogo Rosas G. Belo Horizonte: Áyiné, 2020.

LYNCH, Christian; CASSIMIRO, Paulo Henrique. *O populismo reacionário: ascensão e legado do bolsonarismo*. São Paulo: Contracorrente, 2022.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

NEVES, Rafael. PGR já arquivou 104 pedidos de investigação contra Bolsonaro vindos do STF. *UOL*, Brasília, DF, 30 jul. 2022. Política. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/07/30/sob-aras-pgr-arquivou-mais-de-80-pedidos-de-investigacao-contra-bolsonaro.htm>. Acesso em: 11 ago. 2023.

REIS, Daniel. Manifestantes protestam pelo país contra eleição de Lula. *CNN Brasil*, [s. l.], 15 nov. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/manifestantes-protestam-contra-eleicao-de-lula/>. Acesso em: 11 ago. 2023.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *Fake democracy: a internet contra a democracia constitucional*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2017.

TORMEY, Simon. *Populismo: uma breve introdução*. Tradução de Mário Molina. São Paulo: Cultrix, 2019.

TORTELLA, Tiago. Invasão do Capitólio completa um ano: relembre o ataque à democracia dos EUA. *CNN Brasil*, [s. l.], 7 jan. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/invasao-ao-capitolio-completa-um-ano-relembre-o-ataque-a-democracia-dos-eua/>. Acesso em: 11 ago. 2023.

32% apoiam atos pró-Bolsonaro em quartéis, diz PoderData. *Poder360*, [s. l.], 16 dez. 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poderdata/32-apoiam-atos-pro-bolsonaro-em-quarteis-diz-poderdata/>. Acesso em: 11 ago. 2023.

V-DEM INSTITUTE. *Democracy report 2022: autocratization changing nature?* Gothenburg, SE: University of Gothenburg, Department of Political Science, 2022. Disponível em: <https://v-dem.net/publications/democracy-reports/>. Acesso em: 11 ago. 2023.

ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracy. *Foreign Affairs*, [s. l.], v. 76, n. 6, p. 22-43, Nov./Dec. 1997. DOI: <https://doi.org/10.2307/20048274>.

O marco legal da microgeração e minigeração distribuída

Considerações sobre a Lei nº 14.300/2022

SILVIA ANDREA CUPERTINO

FERNANDA TOMÉ

HIRDAN KATARINA DE MEDEIROS COSTA

Resumo: O Brasil tem experimentado um crescimento acentuado na potência instalada de unidades geradoras nos níveis de tensão de distribuição, o que mostra a necessidade de ampliar a pesquisa sobre o modelo legislativo e regulatório. Este trabalho pretende traçar um panorama do avanço do modelo da geração distribuída, que culminou na regulação da microgeração e da minigeração pela Lei nº 14.300/2022. Com a Resolução Normativa nº 482, o modelo consolidou-se e avançou na alocação de créditos de energia previstos pela lei. Mecanismos legais de incentivos têm sido ofertados às pequenas centrais hidrelétricas, eólicas e usinas à biomassa que injetem até 30 MW de potência nas redes de distribuição e transmissão. Contudo, o papel do consumidor final permanece o mesmo, o de unidade consumidora, pois a legislação não autoriza que ele comercialize energia.

Palavras-chave: geração distribuída; microgeração; minigeração; regulação; mercado brasileiro.

Considerations on the new Law n. 14,300, of 2022, which establishes the legal framework for microgeneration and distributed minigeneration

Abstract: Brazil has experienced a sharp growth in the installed power of generating units at distribution voltage levels, which shows the need to expand research in the model adopted by the legislation and regulation of the country. This work intends to provide an overview of the legislation and regulatory evolution of distributed generation in the Brazilian context that culminated with the enactment of Law n. 14,300, of 2022, which established the regulatory framework for microgeneration and distributed generation in Brazil. After the evolution achieved with the publication

Recebido em 13/3/23

Aprovado em 13/7/23

of Normative Resolution n. 482 in the regulatory sphere, the regulatory environment evolves to consolidate the model, through advances in the allocation of energy credits provided for by Law n. 14.300/2022, which demonstrates a clear evolution in the model. Legal mechanisms of incentives have been offered to small hydroelectric, wind and biomass plants that inject up to 30 MW of power into the distribution and transmission networks. However, the role of the final consumer remains the same, that of a consumer unit, and the current legislation is at the stage of not authorizing the sale of energy by the final consumer.

Keywords: distributed generation; microgeneration; minigeneration; regulation; Brazilian market.

1 Introdução

Em países mais desenvolvidos, onde já existe o incentivo governamental para a instalação de fontes alternativas de energia e o poder aquisitivo dos cidadãos é superior ao do Brasil, observa-se um crescimento acentuado na potência instalada de unidades geradoras nos níveis de tensão de distribuição, em sua maioria, painéis fotovoltaicos. A alta representatividade das pequenas unidades geradoras torna necessário o estudo de suas características sob o ponto de vista das concessionárias.

Como afirmam Rodrigues, Borges e Falcão (2007, p. 362), a geração predominante no Brasil é a centralizada, representada por grandes blocos de geração interconectados por linhas de transmissão e despacho centralizado; em contrapartida, a geração distribuída consiste na geração de pequeno porte, localizada na rede da distribuidora local de energia elétrica.

O presente trabalho visa apresentar a evolução regulatória da geração distribuída no País, bem como a nova legislação resultante desse processo, representada pela Lei nº 14.300/2022. Após esta introdução, na seção 2 caracteriza-se a energia distribuída, seus benefícios e o papel da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) na regulação da micro e minigeração distribuída e no incentivo à expansão desse mercado no País. Na seção 3, apresenta-se a evolução das normativas elaboradas com base em audiências públicas e promulgadas entre 2006 e 2022, processo que culminou com a aprovação da Lei nº 14.300/2022, focalizada na seção 4. Na conclusão, faz-se uma síntese do cenário atual da geração distribuída no Brasil.

2 Geração distribuída no Brasil

A geração distribuída proporciona diversos benefícios, como redução de perdas, tempo rápido de implantação, baixo impacto ambiental, redução no carregamento das redes, maior confiabilidade, aumento da diversidade energética, além de ser positiva para a economia e para a população, ao estimular uma atitude mais sustentável (Aneel, 2014).

A Aneel exerce papel importante nesse cenário, pois tem a missão de “proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade” (Missão [...], 2022). Compete à agência regular os requisitos necessários à concessão e à outorga de autorização para explorar e alterar a capacidade instalada de usinas termelétricas, usinas eólicas e de outras fontes alternativas de energia.

Segundo a Aneel (2014), a geração distribuída (GD) consiste na produção de energia elétrica por pequenas centrais geradoras que utilizem fontes de energia de base hidráulica, solar, biomassa ou cogeração qualificada, com conexão da instalação de unidades consumidoras à rede de distribuição, o que pode ser caracterizado como minigeração ou como microgeração.

Em 2012, a Aneel publicou a Resolução Normativa (REN) nº 482, cujo principal objetivo era reduzir as barreiras e incentivar a conexão das micro e minigeração distribuídas, instituindo o modelo de *net metering* no País. Além disso, essa resolução serviu como estímulo ao desenvolvimento da geração fotovoltaica, já que é o tipo de fonte com maior uso na GD.

Uma das resoluções da Aneel ([2023a]) define que a microgeração distribuída consiste numa central geradora de energia elétrica com potência instalada menor ou igual a 100 kW,

e a minigeração distribuída para a potência instalada acima de 100 kW e menor ou igual a 1 MW. Ambas podem utilizar diferentes fontes energéticas: hidráulica, solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada. Essa resolução também define as regras de faturamento às quais estará exposto o consumidor que fizer a adesão ao Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE).

Deve-se ressaltar que o SCEE foi concebido para adequar-se à realidade do setor elétrico brasileiro da forma mais simples possível, em virtude do ainda elevado custo da instalação física e da impossibilidade regulatória de o consumidor cativo comercializar a energia gerada, que pode apenas abatê-la do seu consumo (Aneel, 2019).

Simultaneamente, para a fonte solar cuja potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição fosse menor ou igual a 30 MW, a Aneel (2012) publicou a REN nº 481/2012, que estipulou o desconto de 80% para os empreendimentos que entrassem em operação comercial até 31/12/2017 – aplicável, nos dez primeiros anos de operação da usina, às tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição (Tust e TUSD) – e de 50% após o décimo ano de operação da usina. Também fariam jus ao desconto de 50% os empreendimentos que entrassem em operação comercial após 31/12/2017.

Em 2015, a Aneel promoveu alterações no regimento sobre o tema, permitindo a ampliação do acesso GD a um número maior de consumidores e tornando o processo mais célere. A REN nº 687/2015 elevou o limite de potência da minigeração distribuída de 1 MW para 3 MW no caso das fontes hídricas e para 5 MW em relação às demais fontes e alterou também o limite mínimo da microgeração distribuída para 75 kW. Além disso, essa resolução contemplou a criação de modalidades até então inexistentes,

como é o caso da geração compartilhada e dos empreendimentos com múltiplas unidades consumidoras (Aneel, [2023b]).

Em 2017, com a publicação da REN nº 786, a Aneel proibiu o enquadramento de geradoras já existentes no SCEE e elevou para 5 MW o limite de potência de fontes hídricas para a minigeração (Aneel, [2023c]).

A Lei nº 14.300/2022 (Brasil, 2022b) modificou os benefícios tarifários para empreendimentos protocolados na distribuidora a partir de janeiro de 2023. Por sua vez, os projetos protocolados nas distribuidoras até 12 meses da publicação da lei não sofreram alterações e seguiram com os benefícios tarifários até o ano de 2045. Para projetos aprovados entre o 13º e o 18º mês após a publicação da lei, as alterações tarifárias passariam a vigorar a partir de 2023.

Conforme dados divulgados pela Aneel, nas projeções para o mercado de micro e minigeração distribuída, o processo de difusão das tecnologias só começou a acelerar em 2016. Entre 2016 e 2021, a potência instalada aumentou consideravelmente e fechou o ano com 8.013 MW instalados, correspondentes a 4% da capacidade instalada do Brasil (Brasil; Empresa de Pesquisa Energética, 2022). Dessa potência instalada, a fonte solar fotovoltaica corresponde a 98% do total, e a hídrica a menos que 1% do total. Em números absolutos de potência instalada, conforme os dados divulgados até dezembro de 2021, havia 8.771 MW de fotovoltaicas, 15 MW de eólicas, 115 MW de termelétricas e 63 MW de hidrelétrica (Brasil; Empresa de Pesquisa Energética, 2022).

Com relação ao tipo de fonte, a energia solar fotovoltaica domina o percentual das instalações, correspondendo hoje a 99% do total de 186.717 instalações. Na modalidade eólica, o Brasil contava, em dezembro de 2021, com 78 instalações; na modalidade hídrica com 70; e na modalidade termelétrica com

327 instalações (Brasil; Empresa de Pesquisa Energética, 2022).

Em relação à classe de consumidor ligado a essas conexões, destaca-se o residencial que, em maio de 2022, representava 46% do total, seguido pelo de comércio e serviços com 31,8%, o rural com 13,7%, o industrial com 7,3%, o Poder Público com 1,1%, o serviço público com 0,1%, com a iluminação pública contribuindo com uma parcela irrelevante de 0,02% (Brasil; Empresa de Pesquisa Energética, 2022).

Quanto ao aspecto locacional dos micro e minigeradores, a Absolar (2022) apresenta a potência instalada de cada estado registrada até maio de 2022. De acordo com esses dados, nota-se que a maior parte das instalações está localizada na região central do País. Em relação à modalidade de geração distribuída, destaca-se a modalidade de geração na própria unidade consumidora, que corresponde a 72% do total. A modalidade autoconsumo remoto corresponde a 28% das conexões, a geração compartilhada a 1% e a modalidade consumidora do tipo “condomínio” a 150 conexões, representando menos de 1%.

Para o Plano Decenal de Energia Elétrica 2031, a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) estimou a expansão da geração distribuída no País e, como resultado do modelo utilizado, prevê-se que em 2031 a geração distribuída no Brasil contabilize 37.218 MW (Brasil; Empresa de Pesquisa Energética, 2022).

3 Histórico regulatório

A primeira REN analisada foi a nº 235/2006 (Aneel, [2022b]), que estabeleceu os requisitos para a qualificação de centrais termelétricas cogeneradoras de energia. Os requisitos da REN para o enquadramento de central termelétrica cogeneradora eram a regularização perante a

Aneel, conforme o disposto na legislação específica e na Resolução nº 112, de 18/5/1999, e o preenchimento dos requisitos mínimos de racionalidade energética.

A REN nº 390/2009 (Aneel, [2020b]), por sua vez, estabeleceu “os requisitos necessários à outorga de autorização para exploração e alteração da capacidade instalada de usinas termelétricas e de outras fontes alternativas de energia”, bem como “os procedimentos para registro de centrais geradoras com capacidade instalada reduzida”.

O Anexo III da REN nº 390/2009 determinava que o empreendedor fornecesse os seguintes dados para o registro: potência instalada bruta, número de unidades geradoras, combustível para usina termelétrica, potência instalada total, número de arranjos e módulos de usina fotovoltaica (Aneel, [2020b]).

A REN nº 391/2009 (Aneel, [2020c]) também fixou os “requisitos necessários à outorga de autorização para exploração e alteração da capacidade instalada de usinas eólicas”, além dos “procedimentos para registro de centrais geradoras com capacidade instalada” reduzida. Ademais, dispôs que “a implantação das centrais geradoras com potência igual ou inferior a 5.000 kW” deveria ser comunicada à Aneel, sendo “assegurada às centrais geradoras com capacidade instalada reduzida e registradas na Aneel a comercialização de energia e o livre acesso às instalações de distribuição e de transmissão, nos termos da legislação vigente”.

A REN nº 391/2009 não se diferencia muito da REN nº 390/2009, pois contém a mesma regulação, com a diferença de que esta última prescreveu que a documentação referente aos requisitos técnicos deve estar assinada, em todas as suas partes, “pelo engenheiro responsável pelas informações, incluindo a comprovação de sua inscrição e regularidade perante o Conselho Regional de Engenharia

e Agronomia – CREA” (Aneel, [2020c]). Determinou também que “quaisquer modificações dos dados apresentados na solicitação de Registro ou Autorização” que implicassem alterações nas características do empreendimento deveriam “ser informadas à Aneel, antes da emissão do respectivo ato” (Aneel, [2020c]).

A mesma resolução também esclareceu que a Aneel poderia solicitar “outros dados e informações correlatos, ou a complementação daqueles já apresentados, para melhor instrução e análise dos requerimentos”. Além disso, estabeleceu que, para obter “acesso às instalações de distribuição e de transmissão, incluindo o atendimento às etapas para viabilização do acesso, os interessados devem seguir o disposto nos Procedimentos de Rede, nos Procedimentos de Distribuição [Prodist] e na regulamentação específica da ANEEL” (Aneel, [2020c]).

Portanto, houve um avanço no esclarecimento das regras, bem como a inserção da necessidade de atender aos procedimentos de rede e dos Prodist, o que dá maior tecnicidade às normas relacionadas ao tema.

Por sua vez, a REN nº 343/2008 estabeleceu os “procedimentos para registro, elaboração, aceite, análise, seleção e aprovação de projeto básico”, e para a autorização relativa ao “aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW, em regime de produção independente ou autoprodução, com características de Pequena Central Hidrelétrica – PCH” (Aneel, [2020a]). De acordo com essa resolução, o projeto básico consiste no “requerimento de registro assinado por pessoa física interessada ou representante legal de pessoa jurídica, inclusive consórcios, nos termos da legislação vigente”; no preenchimento de termo de compromisso e formulário de registro, acompanhados dos documentos requeridos; na apresentação de

“documentação que assegure a devida autorização de uso, no caso de aproveitamentos que utilizem estruturas de propriedade da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”, bem como no “comprovante de aporte da garantia de registro” (Aneel, [2020a]). Foram, pois, estabelecidas mais formalidades a que o empreendedor deve atender.

A partir da efetivação do registro, o interessado deveria apresentar “relatórios trimestrais contendo o andamento e a evolução dos trabalhos, bem como as articulações com os demais órgãos envolvidos com vistas à adequada definição do potencial hidráulico”. A periodicidade de tal relatório poderia ser alterada a critério da Aneel. O interessado assumiria, por sua conta e risco, a elaboração do projeto básico, “inclusive quanto à administração do prazo de validade e demais condições e informações referentes ao registro, incluindo o acompanhamento do Diário Oficial da União, no que couber, sendo responsável por eventuais ônus decorrentes da atividade ou da aplicação” oriundos da Resolução. Somente o interessado detentor de registro ativo ou seu representante legal seria reconhecido para fins de instrução processual (Aneel, [2020a]).

Por último, analisou-se a REN nº 482/2012 (Aneel, [2023a]), que estabeleceu especificamente “as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica”. Essa Resolução entende por microgeração distribuída a central geradora de energia elétrica com potência instalada menor ou igual a 100 kW, e por minigeração distribuída a central geradora de energia elétrica com potência instalada superior a 100 kW e menor ou igual a 1 MW, ambas para fontes com base em energia hidráulica, solar, eólica, biomassa ou cogeração qualificada, conectadas à rede de distribuição por meio de unidades de consumo. A REN nº 482/2012

também criou para as distribuidoras a obrigação de adequação de seus sistemas comerciais e de elaboração ou revisão das normas técnicas para tratar do acesso de microgeração e minigeração distribuída. As referências utilizadas foram os Prodist, as normas técnicas brasileiras e, de forma complementar, as normas internacionais. Além disso, dispensou a assinatura de contratos de uso e conexão na qualidade de central geradora para microgeração e minigeração distribuída que participe do sistema de compensação de energia elétrica da distribuidora, sendo suficiente a celebração de Acordo Operativo para os minigeradores, ou do Relacionamento Operacional para os microgeradores (Aneel, [2023a]). Houve, assim, uma nítida simplificação nos procedimentos de acesso à rede.

Os custos de eventuais ampliações ou reforços no sistema de distribuição em função exclusivamente da conexão de microgeração ou minigeração distribuída participante do SCEE não devem fazer parte do cálculo da participação financeira do consumidor e são integralmente arcados pela distribuidora. Com efeito, a Seção 3.7 do Módulo 3 dos Prodist descreve os procedimentos para o acesso de micro e minigeração distribuída ao sistema de distribuição como critérios técnicos e operacionais.

Com vistas à expansão do mercado, outra competência da Aneel é “implementar as políticas e [as] diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995” (Brasil, [2022a]).

Em 2010, a Aneel promoveu a Consulta Pública (CP) nº 15/2010 (de 10/9 a 9/11/2010) com o objetivo de “apresentar os principais instrumentos regulatórios utilizados no Brasil e em outros países para incentivar a geração distribuída de pequeno porte, a partir de fontes

renováveis de energia, conectada na rede de distribuição” e “receber contribuições dos agentes interessados e sociedade em geral sobre as questões que o regulador deve enfrentar para reduzir as barreiras existentes” (Aneel, 2010).

Posteriormente, abriu-se a Audiência Pública nº 42/2011 (de 11/8 a 14/10/2011), com o objetivo de obter contribuições para a minuta de resolução para reduzir barreiras relativas à instalação de micro e minigeração distribuída incentivada e alterar o desconto na Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição (Tusd) e na Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão (Tust) para usinas com fonte solar (Aneel, 2011). Após os procedimentos de consulta e audiência pública, entrou em vigor em 17/4/2012 a REN nº 482/2012, que estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração distribuída (Aneel, [2023a]). Segundo essa Resolução, o consumidor pode gerar sua própria energia elétrica com o uso de fontes renováveis e até fornecer o excedente para alguma rede de distribuição local.

A REN nº 482/2012 conceitua o SCEE como o “sistema no qual a energia ativa injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída é cedida, por meio de empréstimo gratuito, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa” dessa mesma unidade consumidora ou de outra unidade consumidora de mesma titularidade da unidade consumidora onde os créditos foram gerados (Aneel, [2023a]). A Resolução também determina que as distribuidoras devem adequar seus sistemas comerciais e elaborar ou revisar as normas técnicas relativas ao acesso de microgeração e minigeração distribuída utilizando como referência os Prodist, as normas técnicas brasileiras e, se necessário, normas internacionais.

Além de definirem as condições de acesso – que compreendem a conexão e o uso do sistema de distribuição, mas não abrange as Demais Instalações de Transmissão (DIT) –, os Prodist têm como objetivo definir os critérios técnicos e operacionais, os requisitos de projeto, as informações, os dados e a implantação da conexão, que se aplicam tanto aos novos acessantes quanto aos já existentes, e são ferramentas importantes na manutenção da confiabilidade do sistema.

A REN nº 482/2012 deixa claro que os custos referentes à adequação do sistema de medição para implantação do sistema de compensação de energia elétrica são arcados pelo interessado. Contudo, qualquer custo referente a ampliações e reforços no sistema de distribuição das micro e minigeradoras participantes do sistema de compensação de energia elétrica devem ser arcados pela distribuidora (Aneel, [2023a]). Com o Módulo 3 dos Prodist foram estabelecidas as condições de acesso, definidos os critérios técnicos e operacionais, os requisitos de projeto, as informações

de implementação de novas conexões, além de requisitos de operação, manutenção e segurança da conexão.

Para que a geradora se enquadre na categoria de microgeração ou minigeração distribuída, são obrigatórias as etapas de solicitação e de parecer de acesso. A solicitação é um requerimento elaborado pelo acessante e dela deve constar o memorial descritivo, a localização, o arranjo físico, diagramas das instalações de conexão, além de outros documentos que venham a ser solicitados pela distribuidora.

Em junho de 2015, houve uma audiência pública para discutir a revisão da REN nº 482/2012, que trata da instalação de geração distribuída de pequeno porte – a microgeração, com até 100 quilowatt (kW) de potência, e a minigeração, com 100 kW até 1 megawatt (MW). Os principais objetivos dessa revisão foram reduzir as barreiras ainda impostas à conexão dos micro e minigeradores à rede das distribuidoras, compatibilizar as regras do sistema de compensação de energia elétrica com as condições gerais de fornecimento, aumentar o público alvo e realizar aperfeiçoamentos na regulamentação.

Com as alterações propostas nessa audiência, previu-se que aproximadamente 500 mil consumidores residenciais e comerciais instalarão microgeração solar fotovoltaica até 2024, totalizando 2 GW de potência instalada. Caso haja a adesão de todos os estados à isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), a previsão chega a 700 mil. Atualmente São Paulo, Pernambuco, Goiás, Rio Grande do Norte e Minas Gerais já podem dar essa isenção.

Foram constatadas várias barreiras técnicas, econômicas e regulatórias para pôr em execução a geração distribuída no Brasil: a estrutura tarifária, a interconexão da rede elétrica, os modelos de negócios praticados, o alto custo de implantação e o longo tempo de retorno do investimento, o que pode desestimular sua implantação.

4 A nova regulação de GD no Brasil

4.1 Discussões prévias à aprovação da Lei nº 14.300/2022

Apesar de se verificar uma importante evolução no tratamento regulatório dado à GD, comprovada pelo forte crescimento dos últimos anos, ainda são necessários aprimoramentos do ponto de vista regulatório e mercadológico para fomentar a evolução energética e tecnológica do País.

Assim, ainda em 2018, a Aneel (2018a) abriu a CP nº 10 com a finalidade de “obter subsídios ao aprimoramento das regras aplicáveis à micro e minigeração distribuída” estabelecidas pela REN nº 482/2012. O

objetivo específico dessa CP foi o desenvolvimento de uma metodologia que permitisse a realização de uma análise de impacto regulatório (AIR) sobre a forma de compensação da energia gerada pela GD.

Um dos primeiros pontos levantados pela CP foi a discussão sobre o autoconsumo remoto e a geração compartilhada introduzidos pela REN nº 687/2015. Na época da publicação da norma, já se debatera se a compensação da energia excedente se daria apenas pelo custo da energia em si – isto é, exclusivamente pela componente *energia* da Tarifa de Energia (TE) – ou pela compensação de todas as componentes da TE.

Em virtude das discussões e da “cenarização” da expansão da GD à época, o diretor-relator do processo da REN nº 687/2015 propôs uma revisão da norma até o final de 2019, com foco no aspecto econômico, de forma a evitar que ela seja extremamente benéfica a quem a instala, mas prejudicial aos distribuidores e aos demais consumidores que não optaram por investir na GD (Aneel, 2018b).

O modelo de AIR desenvolvido analisou alternativas relacionadas tanto à compensação local de energia quanto à remota, mensurando seus impactos sobre a expansão da GD e seus desdobramentos: redução de mercado, energia evitada, perdas na distribuição, perdas na transmissão, capacidade em kW, redução da emissão de CO₂ e geração de empregos (Aneel, 2018b).

Como resultado da análise, a Aneel apontou que, no caso da compensação local, a manutenção das regras vigentes – cobrança com base em todas as componentes da TUSD¹ e da TE² –, acabaria por gerar um impacto negativo para o consumidor que não optou por investir em GD. Contudo, o mesmo relatório apontou que é viável a manutenção da regra vigente até a consolidação do mercado, para posteriormente deixar de compensar a componente TUSD Fio B (Aneel, 2018b).

Do ponto de vista da compensação remota, os resultados apontam custos acima de 68 milhões de reais para os consumidores no caso da manutenção das regras vigentes para o longo prazo. Esses custos poderiam ser evitados em 98%, caso tanto o Fio A quanto o Fio B e os encargos da TUSD deixassem de ser compensados a partir de 2020 (Aneel, 2018b). Nesse caso, avalia-se também a mudança gradual na compensação.

Para os dois casos, a Aneel sugere no AIR as alterações com relação a GD em duas etapas. Inicialmente, a agência opta por manter o cenário em que o investimento em GD é atrativo, até que se consolide o mercado e posteriormente, na segunda etapa, em virtude de um nível de penetração de

¹ Funções de custos e componentes tarifários da TUSD: Transporte Fio A; Transporte Fio B; Encargos e Perdas.

² Funções de custos e componentes tarifários da TE: Energia; Encargos e demais componentes.

GD mais elevado, opta por um endurecimento do ferramental regulatório, de modo a permitir que toda a sociedade se beneficie da expansão da GD.

Por fim, o material da agência aponta que, no caso da adoção da estratégia indicada pelo AIR, a GD alcançaria uma potência de 22 GW em 2035, o que equivale a 13% da capacidade instalada total do País hoje, “com redução de emissão de CO₂ da ordem de 74 milhões de toneladas e com uma geração estimada de quase 550 mil empregos” (Aneel, 2018b). Para que se discutisse com a sociedade a AIR apresentada, a Aneel optou pela instauração da AP nº 1 de 2019, que continua aberta.

Dentre os diversos pontos levantados pelos contribuintes da CP e da AP, destaca-se a questão da tarifa binômia para os consumidores de baixa tensão, em virtude de algumas concessionárias de distribuição terem defendido sua adoção por apontarem que a tarifa “volumétrica de cobrança de um consumo mínimo, em kWh, não garante a receita necessária para as empresas de distribuição fazerem frente aos seus custos de capacidade” (Equatorial Energia, 2018). Assim, propõem a criação de tarifas de referência de demanda para a baixa tensão e a manutenção da estrutura vertical já empregada no desenho da tarifa de referência para fins de processo tarifário. Contudo, atualmente o parque consumidor nacional não é dotado em sua totalidade de medidores que permitam o faturamento da demanda, o que é um entrave à proposta.

Com relação à necessidade da criação da tarifa binômia, um ponto levantado por outro grupo concessionário é a constatação de que o auto-consumo acarretará a redução do mercado e, em consequência, uma elevação das tarifas para os consumidores que não optarem pela GD. Diante dessa situação, considera-se necessária a evolução para uma tarifa binômia que cobre pela demanda de potência da rede, “a fim de que seja algo mais justo ao conjunto de consumidores” (Neoenergia, 2018, p. 6).

Os cenários projetados pela EPE para a expansão de GD consideram a adoção de tarifa binômia para os novos microgeradores e minigeradores a partir de 2020, de maneira a acompanhar as discussões e manter uma visão mais conservadora, pois, “se o planejador ‘contar’ com essa energia e o cenário de menor inserção se realizar (com binômia), o País pode ter problemas de suprimento de energia centralizada” (Brasil; Empresa de Pesquisa Energética, 2018, p. 212).

Por último, destaca-se a contribuição do grupo EDP, que salienta a diferença entre os dois regimes regulatórios vigentes, o que incide sobre o consumidor e sua atividade acessória de micro e minigeração distribuída e também sobre o gerador (EDP Energias do Brasil, 2018).

O entendimento atual da Aneel sobre a GD é que a função acessória desempenhada pelo consumidor, nesse caso, traduz-se “como uma opção para redução de seus custos com o fornecimento de energia elétrica e não

para geração de renda própria”. Por essa razão, dá-se o tratamento como unidade consumidora, e não como geradora ou autoprodutora (EDP Energias do Brasil, 2018, p. 5).

Portanto, a Aneel aplica sobre a GD o regime regulatório em questão de procedimento de acesso à rede, responsabilidade pela qualidade, tarifa, ponto de conexão, tributação, regras de comercialização, energia excedente, entre outros, similar ao que é aplicado ao consumidor e diferente do que é aplicado ao gerador. Em razão disso, o grupo EDP propõe a equiparação legal da GD ao autoprodutor (EDP Energias do Brasil, 2018).

4.2 A nova Lei

A Lei nº 14.300/2022 instituiu o marco legal da microgeração e da minigeração distribuídas, de forma a consolidar todas as tratativas resultantes das diversas discussões realizadas ao longo dos anos, como se descreveu nas seções anteriores deste artigo.

Dentre as mudanças verificadas, ressaltam as relacionadas à definição do porte das centrais geradoras enquadradas na Lei nº 14.300/2022. As usinas conectadas à rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras passaram a ser caracterizadas como: (i) microgeração distribuída, quando a potência instalada da central geradora some até 75 kW e utilize cogeração qualificada ou fontes renováveis de energia elétrica; ou (ii) minigeração distribuída, quando a potência instalada da central geradora some (ii.1) entre 75 kW e 3 MW, no caso de fontes não despacháveis de energia; ou (ii.2) entre 75 kW e 5 MW, no caso de fontes despacháveis de energia (Brasil, 2022b).

Além disso, com a instituição do marco em 2022, ampliaram-se as formas associativas caracterizadoras da geração compartilhada de energia elétrica, e adicionou-se à previsão inicial

da REN nº 482/2012 – restrita à possibilidade de exploração tão somente por consórcios ou cooperativas – o condomínio civil voluntário ou edifício e qualquer outra forma de associação civil instituída com essa finalidade.

Foi viabilizada a transferência da titularidade das contas e das faturas de energia elétrica das unidades consumidoras associadas aos geradores, quando participantes do sistema de compensação de energia elétrica. Estabeleceu-se regramento para permitir que, na hipótese de excedentes, a energia elétrica gerada possa ser alocada em outra unidade de consumo, desde que vinculada ao mesmo titular. Além disso, por opção do gerador, tornou-se possível a comercialização dos créditos da energia elétrica e a prestação de serviços ancilares para as empresas distribuidoras, caso seja identificada a necessidade pelas concessionárias. A Lei nº 14.300/2022 também avançou ao tornar possível a destinação dos créditos de energia gerada em zona de permissão para outra área de concessão desde que dentro de um mesmo estado, refletindo o entendimento da Aneel no Despacho nº 4.018, de 14/12/2021.

Ademais, facultou-se a opção pelo faturamento da energia elétrica como grupo B às unidades consumidoras ligadas em tensão primária com geração local, cuja “potência nominal total dos transformadores seja igual ou inferior a uma vez e meia o limite permitido para ligação de consumidores do Grupo B” (Brasil, 2022b).

Nesse novo contexto, os projetos de empreendimentos de microgeração e da minigeração distribuídas foram classificados como obras de infraestrutura e, diante disso, caracterizados como aptos ao aproveitamento dos benefícios do Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (Reidi), instituído pela Lei nº 11.488/2007.

Os procedimentos para a obtenção dos pareceres de acesso foram simplificados,

especialmente com a diminuição do número de etapas, já que a solicitação da conexão à rede de distribuidora passou a ser realizada junto com a solicitação do próprio parecer de acesso da Central Geradora Fotovoltaica. Quando realizados após a promulgação da nova Lei, a transferência de tais pareceres poderá ser efetivada por meio da solicitação de vistoria do ponto de conexão à distribuidora. A venda dos pareceres de acesso permanece interdita, sob pena de perder o parecer de acesso e de sofrer penalidades.

Com a nova lei, as condições sobre o início da vigência e o faturamento pelo uso do sistema de distribuição foram modificadas e, diferentemente do disposto na REN nº 482/2012, caso sejam necessárias na rede de conexão obras de responsabilidade tanto do consumidor quanto da distribuidora, não permanecem mais vinculadas à conclusão das obras de rede. Todavia, tal condição relacionada à dilação dos prazos depende de o empreendedor comprovar a ocorrência de eventos caracterizadores de excludentes de responsabilidade, como força maior e caso fortuito.

A partir da promulgação do novo marco legislativo, tornou-se necessária a apresentação de garantias de fiel cumprimento como condicionante da solicitação de pareceres de acesso de novos empreendimentos semelhantemente ao regramento já praticado nos casos dos leilões de energia nova para a contratação de usinas no Ambiente de Contratação Regulada (ACR). Assim, com exceção das usinas da modalidade geração compartilhada, tornou-se necessária a apresentação das garantias de fiel cumprimento para empreendimentos com potência instalada entre 500 kW e 1.000 kW em valor equivalente a 2,5% do montante investido. Para proprietários das usinas com potência instalada superior a 1.000 kW, a somatória deve equivaler a 5% do total investido (Brasil, 2022b).

Em comparação com as condições estabelecidas na REN nº 482/2012, foram as seguintes as

principais alterações promovidas pela promulgação da Lei nº 14.300/2022: a) em limites de potência instalada, há possibilidade de fonte não despachável, o que não era anteriormente previsto; b) viabilidade de qualquer forma de associação civil; c) possibilidade de transferência de contas e de comercialização de energia, condicionadas a chamadas públicas realizadas pelas distribuidoras de energia; d) alternativa de alocação de créditos (i) numa mesma zona de concessão ou de permissão, ou (ii) numa zona de permissão para outra área de concessão, desde que no mesmo Estado; e) como regra de transição fica estabelecida a compensação entre a energia injetada e a consumida pela unidade. Até 31/12/2045, será afastada a incidência de todas as componentes tarifárias³.

5 Conclusão

O modelo de geração das grandes hidrelétricas é predominante no Brasil. Contudo, após a publicação de novas resoluções da Aneel, têm ocorrido modificações nas condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, bem como no ambiente de pesquisa e desenvolvimento.

No final de 2010, a Aneel realizou uma consulta pública com o objetivo de receber sugestões dos agentes do setor para remover barreiras regulatórias que permitissem investimentos em GD. De acordo com a nota técnica disponibilizada para os agentes realizarem suas contribuições, as distribuidoras pouco optaram por contratar

³ A regulamentação da Lei nº 14.300/2022 pela Agência Nacional de Energia Elétrica é objeto de debate pela Consulta Pública nº 51/2022, publicada no DOU de 4/11/2022 (Aneel, 2022a, p. 171). Encontra-se em votação minuta de resolução homologatória de modelos de formulários de orçamento estimado e de conexão de centrais de microgeração e minigeração distribuída, assim como os valores de referência dos custos de investimento e os fatores de capacidade dessas centrais. Até o momento da submissão do presente artigo, essa regulamentação não havia sido publicada.

energia por meio de chamada pública e, em consequência, o número de empreendimentos de GD alcançados por esse instrumento foi muito reduzido. Esse resultado indicou que o modelo precisava ser aperfeiçoado, já que parecia não ser suficientemente atraente para os pequenos geradores e para as distribuidoras (Neoenergia, 2018).

Constatou-se que a Aneel, mediante mecanismos legais, oferece incentivos para as pequenas centrais hidrelétricas, eólicas e usinas à biomassa que injetem até 30 MW de potência nas redes de distribuição e transmissão. Porém, as geradoras de pequeno porte – geralmente conectadas em redes de baixa tensão de distribuidoras – têm enfrentado barreiras técnicas, regulatórias e legais para a conexão e a comercialização de energia, bem como a viabilização econômica dos projetos.

O entendimento da Aneel em relação à geração distribuída evoluiu para considerá-la função acessória desenvolvida pelo consumidor, dando-lhe tratamento de unidade consumidora, e não de geradora ou autoprodutora. No estágio atual, a legislação ainda não autoriza a comercialização de energia pelo consumidor final.

Com a Lei nº 14.300/2022 houve avanços na alocação de créditos de energia elétrica dentro de um mesmo Estado, possibilitando a destinação para outras áreas de concessão. Desse modo, foi consolidado o entendimento da Aneel exarado pelo Despacho nº 4.018, de 14/12/2021, no ano anterior à publicação da normativa legal.

Sobre as autoras

Silvia Andrea Cupertino é mestra em Energia pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; doutoranda em Análise e Planejamento Energético na USP, São Paulo, SP, Brasil; especialista em Direito de Regulação pelo Instituto de Direito Público, Brasília, DF, Brasil; especialista em Meio Ambiente e Sustentabilidade pela Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; consultora legislativa do Senado Federal na área de Minas e Energia, Brasília, DF, Brasil; advogada na área de energia e responsabilidade civil.
E-mail: silviaan@senado.gov.br

Fernanda Tomé é mestra em Energia pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; doutoranda em Energia na USP, São Paulo, SP, Brasil; graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; advogada.
E-mail: fernandamcaputo@hotmail.com

Hirdan Katarina de Medeiros Costa é doutora e mestra com livre docência e pós-doutorado em Energia pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; estágio de doutoramento na Faculdade de Direito da Oklahoma University (OU), Oklahoma, EUA; LLM em Direito de Energia e de Recursos Naturais pela OU, Oklahoma, EUA; mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutoranda em Sustentabilidade pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da USP, São Paulo, SP, Brasil; advogada, professora e consultora.
E-mail: hirdan@usp.br

Esta pesquisa contou com os seguintes financiamentos: i) PRH-33.1-PRH-ANP, EDITAL nº 1/2018/PRH-ANP e Convênio FINEP/FUSP/USP (Ref. 0443/19), por recursos provenientes do investimento de empresas petrolíferas qualificadas na Cláusula de P D & I da Resolução da ANP nº 918/2023; ii) Processo 23074.085232/2023-25 da Universidade Federal da Paraíba; e iii) Processos 2014/50279-4 e 2020/15230-5 do RCGI da Universidade de São Paulo (USP) e FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

Como citar este artigo

(ABNT)

CUPERTINO, Silvia Andrea; TOMÉ, Fernanda; COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. O marco legal da microgeração e minigeração distribuída: considerações sobre a Lei nº 14.300/2022. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 107-123, out./dez. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p107

(APA)

Cupertino, S. A., Tomé, F., & Costa, H. K. de M. (2023). O marco legal da microgeração e minigeração distribuída: considerações sobre a Lei nº 14.300/2022. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 60(240), 107-123. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p107

Referências

ABSOLAR. *Energia solar fotovoltaica no Brasil*. São Paulo: ABSOLAR, 2022. (Infográfico ABSOLAR, n. 43). Disponível em: <https://www.absolar.org.br/wp-content/uploads/2022/09/2022.05.13-Infografico-ABSOLAR-no-43-.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023.

ANEEL (Brasil). *Audiência Pública nº 001/2019*. Obter subsídios para a Análise de Impacto Regulatório – AIR sobre o aprimoramento das regras aplicáveis à micro e minigeração distribuída (Resolução Normativa nº 482/2012). [Brasília, DF]: ANEEL, 2019. Disponível em: https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/audiencias-publicas-antigas?p_auth=MH3LvZmY&p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideParticipacaoPublica=2301&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_javax.portlet.action=visualizarParticipacaoPublica. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Audiência Pública nº 042/2011*. Obter contribuições à minuta de Resolução Normativa que busca reduzir as barreiras para a instalação de micro e minigeração distribuída incentivada e alterar o desconto na TUSD e TUST para usinas com fonte solar. [Brasília, DF]: ANEEL, 2011. Disponível em: https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/audiencias-publicas-antigas?p_auth=9z0YJLp&p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideParticipacaoPublica=588&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_javax.portlet.action=visualizarParticipacaoPublica. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Aviso de Consulta Pública nº 051/2022*. Obter subsídios para o aprimoramento das minutas de Resoluções Normativas, com dispensa de Análise de Impacto Regulatório, com vistas à adequação dos regulamentos aplicáveis à micro e minigeração

distribuída [...]. *Diário Oficial da União*: Seção 3, Brasília, DF, ano 160, n. 209, p. 171, 4 nov. 2022a. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=04/11/2022&jornal=530&pagina=171&totalArquivos=384>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Consulta Pública nº 010/2018*. Obter subsídios ao aprimoramento das regras aplicáveis à micro e minigeração distribuída, estabelecidas pela Resolução Normativa nº 482/2012. [Brasília, DF]: ANEEL, 2018a. Disponível em: https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas-antigas?p_auth=9z0JYJLp&p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideParticipacaoPublica=3329&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_javax.portlet.action=visualizarParticipacaoPublica. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Consulta Pública nº 015/2010*. Apresentar os principais instrumentos regulatórios utilizados no Brasil e em outros países para incentivar a geração distribuída de pequeno porte, a partir de fontes renováveis de energia, conectada na rede de distribuição [...]. [Brasília, DF]: ANEEL, 2010. Disponível em: https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas-antigas?p_auth=MH3LvZmY&p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideParticipacaoPublica=3197&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_javax.portlet.action=visualizarParticipacaoPublica. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Micro e minigeração distribuída*: sistema de compensação de energia elétrica. Brasília, DF: ANEEL, 2014. (Cadernos Temáticos ANEEL). Disponível em: https://www.neosolar.com.br/forum/media/kunena/attachments/1174/ANEEL_caderno-tematico-microeminigeracao.pdf. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Resolução Normativa nº 235, de 14 de novembro de 2006*. Estabelece os requisitos para a qualificação de centrais termelétricas cogeneradoras de energia e dá outras providências. [Brasília, DF]: ANEEL, [2022b]. Revogada. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2006235.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Resolução Normativa nº 343, de 9 de dezembro de 2008*. Estabelece procedimentos para registro, elaboração, aceite, análise, seleção e aprovação de projeto básico e para autorização de aproveitamento de potencial de energia hidráulica com características de Pequena Central Hidrelétrica – PCH. [Brasília, DF]: ANEEL, [2020a]. Revogada. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2008343.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Resolução Normativa nº 390, de 15 de dezembro de 2009*. Estabelece os requisitos necessários à outorga de autorização para exploração e alteração da capacidade instalada de usinas termelétricas e de outras fontes alternativas de energia, os procedimentos para registro de centrais geradoras com capacidade instalada reduzida e dá outras providências. [Brasília, DF]: ANEEL, [2020b]. Revogada. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2009390.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Resolução Normativa nº 391, de 15 de dezembro de 2009*. Estabelece os requisitos necessários à outorga de autorização para exploração e alteração da capacidade instalada de usinas eólicas, os procedimentos para registro de centrais geradoras com capacidade instalada reduzida e dá outras providências. [Brasília, DF]: ANEEL, [2020c]. Revogada. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2009391.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Resolução Normativa nº 481, de 17 de abril de 2012*. Altera a Resolução Normativa nº 77, de 18 de agosto de 2004. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, DF, ano 149, n. 77, p. 65, 20 abr. 2012. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=20/04/2012&jornal=1&pagina=65&totalArquivos=312>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012*. Estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica, e dá outras providências.

[Brasília, DF]: ANEEL, [2023a]. Revogada. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/atren2012482.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Resolução Normativa nº 687, de 24 de novembro de 2015*. Altera a Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012, e os Módulos 1 e 3 dos Procedimentos de Distribuição – PRODIST. [Brasília, DF]: ANEEL, [2023b]. Revogada. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2015687.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Resolução Normativa nº 786, de 17 de outubro de 2017*. Altera a Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012. [Brasília, DF]: ANEEL, [2023c]. Revogada. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2017786.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Revisão das regras aplicáveis à micro e minigeração distribuída – Resolução Normativa nº 482/2012*: Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 0004/2018-SRD/SCG/SMA/ANEEL. Brasília, DF: ANEEL, 2018b. Disponível em: <https://antigo.aneel.gov.br/documents/656877/18485189/6+Modelo+de+AIR+-+SRD+-+Geração+Distribuida.pdf/769daa1c-51af-65e8-e4cf-24eba4f965c1>. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427cons.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Lei nº 14.300, de 6 de janeiro de 2022*. Institui o marco legal da microgeração e minigeração distribuída, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) e o Programa de Energia Renovável Social (PERS); altera as Leis nºs 10.848, de 15 de março de 2004, e 9.427, de 26 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2022b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14300.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia; EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Plano decenal de expansão de energia 2027*. Brasília, DF: MME: EPE, 2018. Disponível em: http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Documents/PDE%202027_aprovado_OFICIAL.pdf. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. *Plano decenal de expansão de energia 2031*. Brasília, DF: MME: EPE, 2022. Disponível em: https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Documents/PDE%202031_RevisaoPosCP_rvFinal_v2.pdf. Acesso em: 13 jul. 2023.

EDP ENERGIAS DO BRASIL. *Contribuição à Consulta Pública nº 010/2018*. Micro e minigeração distribuída. [S. l.]: EDP Energias do Brasil, 2018. Disponível em: https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas-antigas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=37837&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp. Acesso em: 13 jul. 2023.

EQUATORIAL ENERGIA. *Contribuição para a Consulta Pública nº 010/2018*. CEMAR e CELPA. [S. l.]: Equatorial Energia, 2018. Disponível em: https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas-antigas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=37817&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp. Acesso em: 13 jul. 2023.

MISSÃO, visão e valores. [Brasília, DF]: ANEEL, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/missao-visao-valores>. Acesso em: 13 jul. 2023.

NEOENERGIA. *Consulta Pública nº 010/2018*. Aprimoramento das regras aplicáveis à micro e minigeração. [S. l.]: Neoenergia, 2018. Disponível em: <https://antigo.>

aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas-antigas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=37855&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp. Acesso em: 13 jul. 2023.

RODRIGUES, Flávia F. C.; BORGES, Carmen L. T.; FALCÃO, Djalma M. Programação da contratação de energia considerando geração distribuída e incertezas na previsão de demanda. *Revista Controle & Automação*, Campinas, v. 18, n. 3, p. 361-371, jul./set. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-17592007000300008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ca/a/zg6xMnY5nyphcVfmqGCpXYK/?lang=pt>. Acesso em: 13 jul. 2023.

A construção do constitucionalismo digital na era da desinformação

O caso *Cambridge Analytica* e seu impacto no ecossistema constitucional

NELSON CAMATTA MOREIRA
RONALDO FÉLIX MOREIRA JÚNIOR

Resumo: A presente pesquisa demonstra como os impactos dos avanços tecnológicos recentes (notadamente o aumento da disseminação de notícias falsas e o caso *Cambridge Analytica*) têm afetado não apenas os direitos individuais, mas colocado o próprio sistema democrático em risco. Muitos pesquisadores e juristas, diante desses fenômenos, buscam ferramentas de controle dessas tecnologias, o que inclui um crescente debate a respeito do tema constitucionalismo digital. Este trabalho tem como escopo informar a respeito do que é o constitucionalismo digital e se é possível afirmá-lo como paradigma minimamente capaz de contribuir para o combate à desinformação e a outras violações de direitos (e da própria democracia) no âmbito virtual. Como método, o artigo parte de extensa pesquisa bibliográfica e do estudo de casos concretos, para demonstrar como o conceito de *constitucionalismo digital* ainda carece de precisão e desenvolvimento.

Palavras-chave: constitucionalismo digital; desinformação; violação de direitos fundamentais.

Building digital constitutionalism in the era of disinformation: the *Cambridge Analytica case* and its impact on the constitutional ecosystem

Abstract: This research demonstrates how the impacts of recent technological advancements (notably the increased dissemination of fake news and the *Cambridge Analytica case*) have affected not only individual rights but also put the democratic system itself at risk. In the face of these phenomena, many researchers and jurists seek tools to oppose and control these technologies, which include a growing debate on the topic of digital constitutionalism. This work aims to inform about what digital constitutionalism entails and

Recebido em 28/6/23
Aprovado em 20/11/23

whether it can be considered a minimally effective paradigm in combating misinformation and other violations of rights (and democracy itself) in the virtual scenario. As a method, this work starts from extensive bibliographic research and study of concrete cases, demonstrating how the concept of *digital constitutionalism* still lacks precision and development.

Keywords: digital constitutionalism; misinformation; violation of fundamental rights.

1 Introdução

No atual estágio de desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, a cada ano nos deparamos com avanços sem precedentes que transformam de maneira significativa a sociedade e as relações humanas. No entanto, junto com essas transformações, surgiram desafios complexos que ainda afetam não apenas os direitos individuais, mas também o próprio sistema democrático. Um dos mais relevantes dentre esses desafios é a disseminação desenfreada de notícias falsas, comumente chamadas de *fake news*. Esse fenômeno tem o potencial de influenciar e distorcer a opinião pública, minando até mesmo os fundamentos da democracia, conforme demonstram as seções seguintes.

Esta pesquisa explora os impactos desses avanços tecnológicos recentes, com ênfase no aumento da desinformação no ambiente digital. Nesse contexto, o campo jurídico tem-se dedicado a buscar ferramentas e estratégias para enfrentar e controlar essas tecnologias, o que tem gerado crescentes debates em torno do conceito de *constitucionalismo digital*, objeto central do trabalho. É importante destacar que o estudo tem grande relevância para o cenário jurídico, dado que investigar o tema *constitucionalismo digital* não só contribui para o aprimoramento teórico-jurídico, mas também tem implicações práticas significativas, orientando a criação de políticas e normas adequadas para proteger e promover os direitos dos cidadãos no contexto digital.

O constitucionalismo digital consiste num novo paradigma que busca aplicar os princípios constitucionais ao ambiente digital, a fim de garantir a proteção dos direitos fundamentais e promover uma governança mais justa e equilibrada nesse novo cenário tecnológico. Nesse sentido, este trabalho¹

¹ A metodologia do trabalho parte de uma investigação bibliográfica que leva em consideração os principais autores que desenvolveram o tema *constitucionalismo digital*,

busca analisar o seguinte problema: o constitucionalismo digital pode ser considerado um paradigma capaz de contribuir para o combate à desinformação e a outras violações de direitos, bem como para a preservação da própria democracia no contexto virtual?

Como objetivos específicos são analisados ao longo do artigo os principais desafios enfrentados no ambiente digital em relação à propagação de desinformação, como a manipulação de dados pessoais e a exacerbada polarização política. Além disso, são examinadas as possíveis abordagens e hipóteses existentes nesse novo modelo de constitucionalismo, tais como a regulação adequada das plataformas digitais, a proteção da privacidade e a promoção da alfabetização tecnológica.

Assim, a primeira seção do trabalho apresenta uma breve retrospectiva do pensamento acadêmico em relação ao potencial tecnológico no campo da comunicação – ilustrando, por exemplo, a hipótese de McLuhan relativa à aldeia global. Além disso, com a contribuição de autores como Körner e Castells, a parte final da seção visa ilustrar a forma como as tecnologias e os novos fluxos afetam a sociedade nacional e frequentemente impactam sua própria soberania – e o que conhecemos como Estado Democrático de Direito.

A segunda seção tem o objetivo de aprofundar o tema e o problema da desinformação, e aponta um exemplo prático da ingerência das novas tecnologias nos Estados nacionais: o *caso Cambridge Analytica*. A seção também busca informar o que os Estados têm feito para mitigar esses danos; menciona-se, por exemplo, o surgimento de normas, como a *Lei geral de proteção de dados*, e projetos de lei que buscam regulamentar as plataformas digitais.

A seção final do artigo vai ao cerne do problema: a construção de um *constitucionalismo*

digital. Tal como apontado adiante, trata-se de uma expressão que ainda carece de concretude e aplicação fática, motivo por que se analisam suas principais características e dificuldades. Apenas com a análise criteriosa desse fenômeno será possível apontar que medidas podem ser utilizadas no combate às violações corriqueiras ocorridas no ciberespaço.

2 Da aldeia global aos fluxos de informação e desinformação

Antes da era da comunicação em massa, as interações eram predominantemente face a face. No entanto, com o advento da imprensa, do rádio, da televisão e, posteriormente, da internet, alterou-se drasticamente a experiência humana e até mesmo criou uma sensação de proximidade e interconexão global. Segundo McLuhan (1969, p. 89), a televisão desempenhou um papel crucial para essa mudança. Ele acreditava que a transmissão de informações e entretenimento por esse meio de comunicação estava rompendo as barreiras geográficas e culturais, permitindo que pessoas de diferentes partes do mundo experimentassem eventos simultaneamente.

McLuhan (1969, p. 91) desenvolveu, no final da década de 1960, o conceito de *aldeia global* para conjecturar a respeito de um campo no qual o uso das tecnologias de informação e comunicação desempenharia o papel de encurtar as distâncias, fossem elas geográficas ou culturais. Desse modo, o autor sustentava que a utilização desses artefatos tecnológicos acarretaria uma transformação significativa na forma como as pessoas levariam sua vida privada e profissional, habitando um tipo de comunidade globalizada na qual a transmissão de conhecimento poderia ocorrer de maneira rápida e eficiente. Não apenas isso: esse novo modelo de vida seria marcado também pelo enfraquecimento do poder

além do estudo de um caso concreto.

exercido pelos Estados nacionais, já que em algum momento não mais seria possível falar na viabilidade das tradicionais estruturas cívicas e estatais (McLuhan, 1969, p. 91).

Com base nas ideias de McLuhan, é possível concluir que a aldeia global teria implicações significativas na sociedade e na consciência humana. Ele acreditava que o aumento da interconectividade levaria a um aumento da consciência coletiva, na qual as pessoas estariam mais conscientes das questões globais. Além disso, ele previu que a aldeia global seria caracterizada por uma “tribalização” (McLuhan, 1969, p. 92) da sociedade, na qual as identidades culturais locais seriam reforçadas, ao passo que as barreiras nacionais perderiam importância.

Apesar de ser possível argumentar que o progresso tecnológico no campo informacional facilitou a criação de uma sociedade globalizada, a chegada das tecnologias de informação também deu origem aos coletivos de oposição a esses efeitos globalizantes. Curiosamente, esses grupos utilizam as próprias tecnologias para disseminar suas ideologias e princípios. A atuação desses coletivos tem o potencial de gerar um verdadeiro mercado de desinformação, conforme se demonstra adiante.

Ainda quanto aos efeitos do crescimento tecnológico, a internet tem gerado uma desconexão tão pronunciada entre os espaços físicos que muitos pesquisadores chegaram a sustentar o fim da sociedade tradicionalmente concebida, como pontua Castells (2002, p. 483). No entanto, o autor sustenta a existência de uma nova sociedade fundamentada no conhecimento e organizada em torno de redes e fluxos. Segundo Castells (2002, p. 501), o conceito de *fluxo* está ligado a processos pelos quais a informação é transmitida, compartilhada e disseminada por redes de comunicação e tecnologias digitais.

Pode-se afirmar que os fluxos de informação desempenham papel fundamental na sociedade contemporânea, moldando as interações sociais, a produção econômica e a construção do conhecimento. Esses fluxos ocorrem em diferentes contextos (Castells, 2002, p. 501): o econômico, em que são trocadas informações sobre mercados, produtos e transações; o político, em que são comunicadas as informações relacionadas à tomada de decisões e a processos políticos; e o simbólico, em que as ideias, valores e narrativas são compartilhados e difundidos.

A compreensão dos fluxos de informação proposta por Castells é fundamental para analisar o fenômeno da disseminação de notícias falsas, as famigeradas *fake news*. Nesse contexto, as redes digitais desempenham papel central e permitem a rápida propagação de informações enganosas em uma escala global.

As *fake news* – ou *desinformação*, termo mais adequado para nomear o fenômeno – são transmitidas pelos fluxos de informação na sociedade em rede para se expandirem de forma viral e amplamente compartilhada. A facilidade de compartilhamento e disseminação de conteúdo nas redes sociais e plataformas digitais cria um ambiente propício para a propagação de informações enganosas, que muitas vezes tentam manipular opiniões, distorcer fatos ou promover agendas específicas.

É necessário definir o conceito de *desinformação*, mas essa tarefa não é simples. De acordo com Francis (2018, p. 102), a literatura acadêmica indica que as *fake news* podem abranger uma ampla gama de formas, como criações completamente falsas, conteúdos enganosos, mas também sátiras ou paródias. No entanto, o autor salienta a existência de diferentes intencionalidades por trás dessas notícias, o que exige diferentes abordagens para intencionalidades distintas. Assim, sátiras

e paródias devem ter um tratamento completamente diverso em relação às informações deliberadamente enganosas.

É lógico concluir, com esteio nas diretrizes de Castells (2002), que, ao mesmo tempo em que acarretam benefícios em termos de acesso à informação e conexão global, também tornam mais desafiador o discernimento e a veracidade das informações recebidas. A velocidade e a quantidade de informações circulando nas redes (o que está ligado ao que se conhece como *big data* ou megadados) dificultam a verificação e a triagem de conteúdo confiável e abrem espaço para a disseminação de notícias falsas.

O termo *big data* diz respeito a conjuntos de informações extremamente grandes e complexos que não podem ser facilmente processados ou analisados usando métodos tradicionais de processamento de dados. O conceito de *big data* envolve três características principais: volume, velocidade e variedade. O primeiro se refere à imensa quantidade de dados gerados e coletados de várias fontes, como redes sociais, sensores, dispositivos móveis, transações financeiras, entre outros. Esses dados são geralmente de ordem de *terabytes*, *petabytes* e além. O segundo, velocidade, é relativo à taxa de geração de dados e à necessidade de processá-los em tempo real ou quase. Por fim, a variedade tem relação com a diversidade dos tipos e dos formatos de dados que são gerados. Os dados podem ser estruturados – como os bancos de dados tradicionais – ou não estruturados – como o texto, o áudio, o vídeo (Moreira Júnior; Lopes, 2019, p. 33).

Além disso, a lógica dos fluxos de informação na sociedade em rede promove a formação de bolhas informativas e a seletividade na busca de informações, em que as pessoas tendem a buscar e compartilhar conteúdos alinhados com suas crenças e valores, o que vai de encontro ao conceito de *aldeia global*

de McLuhan, na qual os indivíduos teriam acesso a ampla informação e seriam capazes de encontrar dados em diferentes setores.

A facilidade com que notícias falsas, teorias da conspiração e informações enganosas são compartilhadas tem sido potencializada pelas plataformas digitais. Para Körner (2019, p. 3-4), a falta de filtros adequados e a propagação em massa dessas informações têm gerado consequências prejudiciais para a sociedade, minando a confiança nas instituições, distorcendo o debate público e comprometendo a formação de opinião informada.

A produção e a disseminação da desinformação no ambiente digital (seja diretamente pelos indivíduos, seja por algoritmos) representam um desafio complexo, que requer abordagens multidisciplinares e estratégias eficazes (Francis, 2018, p. 103). O uso de algoritmos e inteligência artificial (IA) para a detecção e filtragem de conteúdo enganoso, a promoção da alfabetização midiática e o fortalecimento da educação digital são algumas das medidas a ser consideradas no combate à disseminação da desinformação, o que, inclusive, é tema relacionado ao que se chama de *constitucionalismo digital*, conforme se demonstra na seção final do artigo.

A próxima seção procede a uma análise de caso e aborda não apenas o processo de disseminação de desinformação pela Cambridge Analytica, mas também as consequências globais do crescimento desse fenômeno.

3 O uso de dados pessoais, desinformação e ingerência política: o caso Cambridge Analytica

A Cambridge Analytica ganhou notoriedade durante a campanha eleitoral que levou Donald Trump a presidência dos Estados

Unidos em 2016. Muito se discutiu à época a respeito do principal instrumento usado para vender propagandas adequadas à visão de mundo das pessoas conectadas a tal empresa nos resultados das eleições. Dizia-se que o trabalho realizado pela Cambridge Analytica na eleição fora baseado na utilização de informações dos usuários de internet para o impulsionamento de comportamentos e ações.

Após a eleição de Trump, numa palestra em Nova Iorque o próprio CEO da Cambridge Analytica, Alexander James Ashburner Nix, abordou a estratégia que a empresa poderia utilizar em eleições. Para ele, é bem certo que fatores demográficos, geográficos e econômicos influenciam na visão de mundo de uma pessoa ou grupo de pessoas e interferem em suas decisões eleitorais. Entretanto, “é a personalidade que guia os comportamentos, e os comportamentos obviamente influenciam como você vota” (Nix *apud* Oliveira, 2018). Inúmeros dados pessoais de usuários da rede mundial de computadores foram empregados para que o resultado de uma eleição pudesse ser influenciado. Esse foi um procedimento complexo que passou por inúmeras etapas e dependeu da participação de redes sociais digitais, tais como o Facebook.

Para que esse resultado fosse alcançado, num primeiro momento desenvolveu-se em 2014 um aplicativo de teste de personalidade. Como é comum nos aplicativos do tipo, é necessário aceitar os termos de uso, que coleta certas informações pessoais. O aplicativo em questão também se aproveita de uma falha de segurança no próprio Facebook para também conseguir dados de amigos das pessoas que instalaram o software de teste de personalidade. A quantidade de perfis cujas informações foram obtidas chegou a mais de 50 milhões (Oliveira, 2018).

Muito embora o Facebook alegue que esse tipo de informação não possa ser utilizado para propósitos políticos ou governamentais,

mas apenas acadêmicos, tanto o presidente norte-americano quanto a campanha a favor do Brexit no Reino Unido utilizaram serviços da Cambridge Analytica, saindo-se vitoriosos (Cabral, 2018).

Para que tais informações coletadas pudessem ter sido utilizadas para fins de ingerência política, algumas etapas tiveram que ser seguidas, sendo que a primeira etapa tratou de mapear e modelar os perfis dos usuários, obtendo suas informações por meio de uma interface chamada GraphAPI, criada pelo Facebook, que permitia aos desenvolvedores conseguirem, com suas aplicações, informações de usuários e suas conexões mediante permissões estendidas (Oliveira, 2018).

A segunda etapa desse processo consistiu no chamado *data mining* ou mineração de dados. Conforme Oliveira (2018), trata-se do processo de desvelamento de padrões em grandes quantidades de informações coletadas por meio de diferentes processos, como o *machine learning*, sistema de banco de dados e estatísticas.

Em resumo, as duas etapas mencionadas serviram para que, por meio do que parecia ser apenas um simples teste de personalidade do Facebook, milhões de dados de indivíduos fossem coletados e processados, de uma forma que alguns padrões foram reconhecidos, sobretudo padrões de indivíduos com maiores tendências em apoiar a eleição favorecida pela Cambridge Analytica. Conforme aponta *The Washington Post* (Cambridge [...], 2018), os perfis selecionados consistiam principalmente de indivíduos com uma série de características, entre elas: 1) etnia caucasiana; 2) indivíduos cristãos e casados; 3) tendência de voto predominantemente em políticos republicanos; e 4) pessoas emotivas e sensíveis a discursos de insegurança.

O passo seguinte foi direcionar anúncios específicos para os indivíduos que se enquadravam no perfil selecionado nos momentos mais

adequados, o que se diferenciava da tradicional estratégia eleitoral de atingir o máximo de pessoas possível com propagandas de caráter genérico. Nota-se que essa ferramenta apenas permite que a informação pretendida alcance o público pretendido, mas esse sistema passou a disseminar mensagens enganosas e falsas.

Oliveira (2018) menciona que, a fim de as notícias falsas tomarem grande proporção após serem disseminadas nesses grupos, necessita-se de dois elementos vinculados aos indivíduos que se encontravam no espectro do perfil coletado: viés de confirmação e câmaras de ecos. O primeiro elemento diz respeito a uma tendência de as pessoas manterem e reforçarem sua crença em relação a certo argumento, ainda que confrontadas com informações contrárias. As câmaras de eco, por sua vez, são os indivíduos com autoridade em relação a um tipo de público, capazes de aumentar o alcance e a própria relevância da informação disseminada. A partir do momento em que essas informações falsas alcançam um público exacerbado, torna-se possível falar sobre seus impactos danosos na coletividade.

3.1 A ingerência digital na democracia

Com fundamento nesse caso, é possível iniciar o debate relativo aos efeitos das tecnologias de informação e comunicação nas estruturas sociais e a possibilidade de serem utilizadas como ferramenta de ingerência política – o que afeta, de certo modo, direitos políticos e a própria democracia. Apesar de McLuhan e Castells sugerirem a possibilidade de uma revolução democrática por meio do avanço tecnológico, não são poucos os autores que argumentam que tais progressos podem ser utilizados com a finalidade de violar direitos.

De acordo com Körner (2019, p. 1-2), as tecnologias digitais podem ser empregadas seja por sociedades liberais, seja por autoritárias, do

que resulta o considerável aumento das capacidades repressivas dos governos. A realidade tem demonstrado um acesso sem precedentes à informação por esses Estados. Contudo, o controle da informação também contribui para a disseminação crescente de desinformação e propaganda. Embora seja mais comum em Estados autoritários, esse fenômeno tem-se manifestado em países democráticos, resultando num aumento do populismo e da polarização, fenômenos amplamente observados nos contextos em que a Cambridge Analytica atuou.

Não é surpreendente, pois, que percebamos o enfraquecimento do poder dos Estados democráticos diante desse fluxo de informação (e, certamente, de outros fluxos), pois a proliferação em massa de notícias falsas e desinformação em geral cria uma percepção de falta de confiabilidade nos mecanismos convencionais do Estado (Urry, 2000, p. 12).

Dessa forma, a separação dos Poderes, as Cortes independentes e até a liberdade de imprensa, antes vistos como mecanismos protetores da democracia, acabam por fragilizar-se diante de tais agentes que entram em acordo com as corporações que detêm grande quantidade de dados e, dessa forma, um grande poder sobre *que* tipo de informação disseminar, *como* disseminar e para *quem* disseminar. O caso *Cambridge Analytica* ilustra muito bem essa situação.

Fenômenos como esse servem de aviso: até mesmo as instituições democráticas não funcionam sozinhas. É preciso que haja cidadãos informados e engajados, bem como representantes políticos ativos. Entretanto, conforme menciona Körner (2019, p. 2), o conluio entre instituições e representantes de uma democracia com corporações detentoras da informação acaba por criar essa espada de dois gumes, pois pode ser utilizada por um Estado democrático de Direito contra ele próprio.

Körner (2019, p. 3) demonstra que a tecnologia certamente é uma das forças motrizes da história, mas a forma como ela molda a sociedade e seus sistemas políticos depende de sua implantação por companhias e governos, além de sua adaptação pelos indivíduos. O autor reforça seu argumento ao afirmar que foram necessários diversos anos para que passasse a euforia inicial do avanço das tecnologias digitais e se começasse a perceber o desafio que tais instrumentos representam para os direitos civis, para grupos, para governos e para toda a sociedade.

Assim, há uma demanda cada vez maior em relação aos indivíduos, de modo a se exigir um filtro melhor e um questionamento mais crítico em relação à massiva disseminação de informação que ocorre diariamente, de forma individualizada, automatizada e de influência velada.

Para Körner (2019, p. 4), as tecnologias digitais não são utilizadas somente para a disseminação de informações que afetam diretamente os direitos políticos; há também outras influências, como: 1) mudanças tectônicas de poder financeiro e político na economia de dados; 2) perda de privacidade e sensibilidade do usuário; 3) tecnologia persuasiva e dependência de mídia social; 4) erosão dos direitos civis por meio do viés algorítmico; 5) vigilância em massa e fortalecimento de autoritarismo; e 6) impacto da IA e da automação na competitividade e no apoio à democracia.

Autores como Körner e Urry mencionam o fato de que as mobilidades e os fluxos contemporâneos afetam de maneira drástica a atuação dos Estados nacionais. Fica evidente, pelos argumentos anteriores, que a maior ingerência ocorre no campo da própria democracia. Para Bartlett (2019), está mais que claro que as campanhas políticas acabaram adotando as últimas técnicas de marketing e publicidade

on-line, mas menciona que o problema transcende essa questão. Concordando com eles, Bartlett (2019) afirma que o maior problema está ligado à forma como a publicidade on-line moderna se direciona para as pessoas com base num perfil muito detalhado dos pensamentos, esperanças, medos e preocupações. O resultado desse fenômeno é o direcionamento de falsas notícias e a consequente erosão das instituições democráticas – e mesmo do próprio sistema democrático.

3.2 O desafio dos Estados democráticos

É preciso apontar os mecanismos utilizados como forma de resistência a esses efeitos nocivos das tecnologias de comunicação e informação.

Uma indagação relevante diz respeito à possibilidade de os Estados nacionais realizarem um devido controle do fluxo desse tipo de informação. Contudo, em boa parte a disseminação da desinformação ocorre quando indivíduos que se utilizam de aplicativos favorecem a rápida troca de dados, o que dificulta a sua responsabilização. Entretanto, nem todos os que compartilham esse tipo de informação o fazem de má-fé; muitas vezes, há apenas a ignorância nos mais diversos grupos.

Como a disseminação alcança a própria população e é por ela impulsionada, o fenômeno torna-se desafio ainda maior para os Estados democráticos, haja vista que a coesão nas democracias se baseia tanto na soberania quanto no consenso de seus cidadãos (Körner, 2019, p. 1).

O agravamento da polarização por desinformação e decisões tomadas em períodos decisivos, como os eleitorais, em que indivíduos eleitos que se aproveitam das *fake news* (Moreira; Oliveira; Peixoto, 2021, p. 16) impactam diretamente a organização de um país. Assim, os governos são cada vez mais forçados a atualizar suas regulações, regras de competição eleitoral

e poder de supervisão com o propósito de mitigarem a ingerência do fluxo de informações no sistema político.

Certamente, não se trata apenas de um conjunto de ações que devem ser realizadas pelo Poder Público. As companhias também têm sido levadas a assumir modelos de negócios compatíveis com os direitos fundamentais e com as instituições e processos democráticos. Nesse sentido, a própria Cambridge Analytica admitiu ter feito uso de forma incorreta dos dados do Facebook, descumprindo a política de privacidade e recebendo multa de 19,1 mil dólares como consequência de tais ações (Cambridge [...], 2019).

No Brasil, certos dispositivos surgiram com parâmetros que podem ser utilizados para coibir tais ações. Há o atual interesse em impedir essa espécie de disseminação de informações, dado o amplo uso de compartilhamento e mensagens falsas nas campanhas eleitorais de 2018, na qual serviços de empresas de marketing digital (como a Yacows) foram utilizados para direcionar mensagens a uma lista de dados cadastrais dos candidatos envolvidos (Brasil, 2020).

Muito embora no País já houvesse regramento que apontava a necessidade de consentimento para o uso de dados pessoais, como é o caso do *Marco civil da internet* (Brasil, [2018]), a vedação da utilização de tais serviços de disparo massivo surgiu apenas com a Resolução nº 23.610/2019, cujo art. 28, IV, “a” e “b”, proíbe a utilização de tais ferramentas (Brasil, [2022b]). A Resolução, em diversos dispositivos, menciona a *Lei geral de proteção de dados* (LGPD) (Lei nº 13.709/2018). A recente legislação combate a disseminação de desinformação e apresenta elementos que ajudam a definir o campo de atuação de cada um dos envolvidos na utilização de dados pessoais e disseminação geral de informação.

Conforme estabelece o art. 5º da LGPD (Brasil, [2022a]), deve-se distinguir: 1) o controlador, ligado ao tratamento dos dados pessoais coletados; 2) o operador, ligado ao tratamento dos dados em favor do indivíduo controlador; e 3) o encarregado, indicado pelo controlador e pelo operador, que atua como canal de comunicação entre o próprio controlador, os titulares dos dados pessoais e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Essa diferenciação é fundamental para conferir maior transparência e facilitar a demonstração de responsabilidade de cada um dos envolvidos.

É certo que apenas uma legislação ou conjunto normativo de um Estado não é o suficiente para impedir a ocorrência desse fenômeno. Conforme já mencionava Beck (2010, p. 81), individualmente os Estados nacionais não são capazes de suprimir os riscos globais, não importa sua origem; deve haver cooperação entre as nações e entre elas e os grandes grupos privados. Independentemente da forma como os grupos nacionais

lidam com esse fenômeno, é certo que a utilização de megadados já se firmou como uma ocorrência global no conceito de riscos capazes de causar grandes alterações nas estruturas sociais.

A atualização do campo jurídico tornou-se ainda mais crucial após a superação das fronteiras físicas pelas barreiras virtuais. Madalena (2016, p. 90) aponta a necessidade de uma organização temática da regulação da internet, como um microsistema jurídico próprio, pois é dotado de princípios e características próprias, além de ensejar relações jurídicas peculiares. Com esteio nessa discussão, o tema do *constitucionalismo digital* ganha maior relevância, conforme se demonstra a seguir.

4 O paradigma do constitucionalismo digital e seus desafios

Uma abordagem crítica do constitucionalismo tem como um dos escopos o questionamento das relações de poder subjacentes à elaboração e à implantação de uma Constituição. Ela analisa como interesses políticos, econômicos e sociais influenciam o conteúdo das Constituições, bem como a maneira como são interpretadas e aplicadas pelos tribunais e outros órgãos do sistema jurídico. Essa perspectiva crítica busca identificar as desigualdades e injustiças embutidas nas estruturas constitucionais e promover uma reflexão sobre como essas limitações podem ser superadas para alcançar uma sociedade mais justa e democrática.

Nesse sentido, Morais e Moreira (2019, p. 21) compreendem que o atual Estado (liberal) Democrático de Direito, concebido pelo constitucionalismo brasileiro em 1988, ainda se mantém na lógica da propriedade privada e da economia de mercado, não transformando nem lidando com as desigualdades e escondendo os problemas de uma sociedade cunhada na exclusão. Os

autores questionam como seriam as condições para que o Estado de Direito, visto como cerne do constitucionalismo contemporâneo, pudesse tornar visíveis seus limites e, com base nisso, conceder visibilidade aos que “vivem nos seus subterrâneos” (Morais; Moreira, 2019, p. 23). Por isso, um estudo crítico do constitucionalismo deve examinar as falhas e as contradições presentes nas Constituições e desenvolver análises e propostas que visem aprimorar a proteção dos direitos humanos, a distribuição equitativa do poder e a inclusão de grupos historicamente marginalizados.

Existem várias abordagens que utilizam os termos *Constituição* e *constitucionalismo* para explicar as transformações na forma como os Poderes operam e nos sistemas normativos que vão além dos limites territoriais do Estado-nação, ou que se sobrepõem a eles. Pereira e Keller (2022, p. 2.650) estabelecem, como exemplos dessas abordagens, o pluralismo constitucional, o constitucionalismo societal, o constitucionalismo global, o constitucionalismo transnacional e até mesmo o chamado *constitucionalismo multinível*.

Nesse âmbito de disputa conceitual e de multiplicação de teorias nasce a expressão *constitucionalismo digital* com base na ideia de *sociedade das plataformas*, de José Van Dijck, Thomas Poell e Martijn de Waal (Pereira; Keller, 2022, p. 2.650-2.651). Ele tem sido usado, frequentemente de forma simplória e sem o arcabouço necessário, para tratar de fenômenos e certas práticas jurídicas relacionadas à proteção de direitos no contexto das tecnologias de comunicação e informação.

Para Pereira e Keller (2022, p. 2.651), o constitucionalismo digital engloba a proteção dos direitos constitucionais em várias tecnologias digitais. Não se limita, assim, apenas ao debate sobre a internet e plataformas digitais, mas também se relaciona com tecnologias de IA, proteção

de dados e, mais recentemente, com tecnologias quânticas.

A discussão acerca da digitalização do constitucionalismo ocorre porque o ecossistema constitucional não se alheia das inovações tecnológicas. De forma a colaborar para a tese sustentada no trabalho até o momento, na perspectiva de Celeste (2021, p. 65-66), as principais alterações nesse ecossistema são: 1) a amplificação das possibilidades de movimentação na luta por direitos fundamentais nos ambientes virtuais; 2) a amplificação das possibilidades de violação de direitos fundamentais, como já se mencionou neste artigo; e 3) a alteração do equilíbrio de Poderes no ecossistema constitucional, como a ascensão de grandes empresas privadas que figuram como atores dominantes ao lado dos Estados-nação.

A disseminação de desinformação e o seu uso pelas grandes plataformas digitais estão intrinsecamente ligadas às formas como as tecnologias de informação afetam o ecossistema constitucional. Isso pode ser observado em relação às duas formas mencionadas por Celeste (2021). Para explicar essa relação de forma mais aprofundada, a amplificação das possibilidades de violação de direitos fundamentais é evidente quando se trata de desinformação. As plataformas digitais oferecem um ambiente propício para a disseminação rápida e viral de informações enganosas ou completamente falsas. Conforme já se apontou, essas notícias falsas podem prejudicar a reputação de pessoas ou instituições, minar a confiança na mídia e nos processos democráticos, e até mesmo incitar à violência ou prejudicar a saúde pública, como ocorreu durante a epidemia de Covid-19.

Quanto à alteração do equilíbrio de Poderes no ecossistema constitucional, as grandes plataformas digitais desempenham papel fundamental na disseminação de informações e no acesso à informação pelos usuários. No entanto, essas plataformas frequentemente operam com algoritmos e mecanismos de recomendação que priorizam

o engajamento, em vez da veracidade das informações. Isso pode resultar na amplificação de notícias falsas e na propagação de desinformação. Dessa forma, as grandes empresas privadas que controlam essas plataformas digitais tornam-se atores dominantes no cenário informativo, influenciam a percepção pública e desafiam o papel de controle tradicional dos Estados-nação.

Uma vez que é possível identificar um desequilíbrio no chamado *ecossistema constitucional*, o surgimento de um novo paradigma vem acompanhado de medidas que objetivam restabelecer a harmonia perdida. Dessa maneira, Celeste (2021, p. 67) compreende como lógico detectar três grupos de contramedidas: 1) normas que reconhecem a diversidade de formas de exercer um direito fundamental (com base nas tecnologias digitais); 2) normas que limitam e impedem o aumento da violação de direitos²; e 3) normas que visam restabelecer o equilíbrio entre os Poderes. Quanto a este último ponto, não basta estabelecer normas que afetam somente o Poder Público – como as que estabelecem o direito de acesso a documentos e informações em posse de instituições públicas por meio de instrumentos digitais –, mas também normas que afetam o desbalanceamento de poder entre entidades públicas e privadas. Aliás, a regulamentação das plataformas digitais tem ganhado muito apreço devido a certos abusos praticados por elas.

4.1 Obstáculos a um constitucionalismo digital

A expressão *constitucionalismo digital* não é recente e, no decorrer das últimas duas décadas, foi abordado com certas especificidades por autores como Teubner (2004), o qual acredita que uma

² Não se fala apenas em normas sancionatórias (como normas de Direito Penal), mas também normas que priorizem a proteção da privacidade e a promoção da alfabetização digital.

Constituição digital seria a resposta dada pelo novo constitucionalismo aos desafios da sociedade moderna representados pela digitalização, privatização e globalização. A Constituição, portanto, não poderá mais ser ancorada à noção do Estado, mas criada além dele numa espécie de normatização constitucional transnacional.

Há autores que, fundamentados nas ideias teubnerianas, concebem o constitucionalismo digital como um potencial para limitar o poder digital público e privado. De qualquer forma, a noção desse novo constitucionalismo ainda parece estar limitada ao surgimento de “cartas de direitos” na internet que não ultrapassam as primeiras fases do processo de constitucionalização da sociedade descrito originalmente por Teubner (Celeste, 2021, p. 77). Isso significa que o processo de criação de tais documentos como “cartas de direitos cibernéticos” não foi capaz de gerar normas compartilháveis em nível social e certamente estão longe de alcançar qualquer tipo de transnacionalização.

Assim, falta consenso em relação aos seus aspectos fundantes, ao seu objetivo principal ou mesmo ao instrumento capaz de materializá-lo³. De forma a tentar contornar esse primeiro dilema, este artigo adota o entendimento de Celeste (2021, p. 79), que compreende o constitucionalismo digital como uma ideologia, uma verdadeira declinação do constitucionalismo moderno, com o objetivo de garantir um quadro normativo minimamente capaz de realizar a proteção de direitos e garantias fundamentais, bem como o equilíbrio entre os poderes público e privado no campo cibernético.

Com esteio nesse conceito, pode-se chegar a no mínimo três consequências primárias quanto ao novo ecossistema constitucional. Em primeiro lugar, deve-se reconhecer a relevância das tecnologias digitais na sociedade e seu impacto no exercício dos direitos e liberdades fundamentais. Isso significa reconhecer que a tecnologia não é neutra e pode influenciar o equilíbrio constitucional. Em segundo lugar, o avanço das tecnologias digitais demanda a criação de medidas normativas capazes de enfrentar os desafios que suscitam essas mudanças. Isso inclui a atualização das leis já existentes, bem como a criação de normas que garantam a proteção dos direitos e princípios constitucionais nesse novo contexto. Por fim – e como consequência lógica da segunda colocação –, o conceito adotado de *constitucionalismo digital* enfatiza a importância da proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital. Isso implica garantir a privacidade, a liberdade de expressão, a igualdade, o acesso à informação,

³ Celeste (2021, p. 78) menciona diferentes autores que divergem a respeito do instrumento capaz de traduzir o constitucionalismo digital. Fitzgerald atribui esse papel ao Direito privado, Berman o faz em relação ao Direito Constitucional, ao passo que Redeker, Gill e Gasser o atribuíram aos documentos de declaração de direitos firmados na internet.

entre outros direitos, mesmo diante das transformações provocadas pelas tecnologias digitais, ao mesmo tempo em que sejam coibidos abusos praticados tanto por particulares quanto por grandes empresas.

Com base nessa análise, pode-se responder às questões propostas na Introdução. A limitação do poder privado mencionada por Teubner pode ser pensada para casos como o da Cambridge Analytica. Contudo, a resposta relativa à efetividade de um novo constitucionalismo depende de seus objetivos centrais. Este trabalho optou pela conceituação de Celeste (2021), cujo objetivo é permitir a criação de um quadro normativo protetor de direitos e garantias fundamentais, além de propiciar o equilíbrio entre os poderes público e privado.

No campo teórico é fácil conceber essas ideias; em contrapartida, não parece possível responder com facilidade à indagação central do artigo. Em primeiro lugar porque a proposta de um constitucionalismo digital ainda não alcançou o consenso e depende de uma atuação positiva que ultrapasse os Estados nacionais individualmente considerados. Em segundo lugar, ainda que concordemos em que direitos devam ser protegidos e os poderes público e privado devam ser harmonizados, há questões de ordem prática que dificultam qualquer tipo de normatização nesse sentido.

Relativamente às eficiências na proteção dos direitos fundamentais, argumenta-se que o constitucionalismo digital pode não ser capaz de lidar adequadamente com os desafios emergentes no contexto das tecnologias de comunicação e informação. Isso ocorre porque as estruturas e os princípios do constitucionalismo tradicional nem sempre são facilmente aplicáveis às questões relacionadas à privacidade, à liberdade de expressão, à proteção de dados e a outros direitos fundamentais no ambiente digital. São os desafios inerentes ao Direito Digital (Machado, 2021, p. 106). Esse problema está intrinsecamente ligado à velocidade das mudanças tecnológicas, visto que o avanço rápido e contínuo das tecnologias digitais pode tornar difícil para as estruturas constitucionais tradicionais se adaptarem às mudanças e acompanharem o ritmo das inovações tecnológicas. Isso pode resultar em lacunas regulatórias e numa proteção insuficiente dos direitos individuais.

O constitucionalismo digital também suscita preocupações com a soberania e a governança. O surgimento de tecnologias digitais transcede as fronteiras nacionais e desafia a autoridade dos Estados-nação para regulamentar efetivamente o ambiente digital. Isso levanta questões sobre a distribuição do poder e a capacidade de os governos nacionais protegerem os interesses dos cidadãos num contexto global e digitalizado.

Por certo, não se podem esquecer o acesso e as desigualdades digitais (Sousa, 2016, p. 54-55), dadas as preocupações com o acesso equitativo às

tecnologias digitais e com sua implicação para os direitos fundamentais. Isso é particularmente relevante em países periféricos econômica e tecnologicamente. A exclusão digital e as desigualdades no acesso à internet e às tecnologias podem provocar disparidades na proteção dos direitos fundamentais, limitando a participação efetiva dos cidadãos no espaço digital.

No contexto do constitucionalismo digital, também se discute sobre a responsabilidade e a prestação de contas, o que tem sido alvo de debates tanto no Brasil como no exterior. Com a disseminação de plataformas digitais e algoritmos complexos, é desafiador determinar o responsável por violações de direitos fundamentais e como garantir a responsabilização adequada. É preciso levar em consideração também a força política dessas plataformas e a maneira como firmam seus termos de usos em patamares acima das legislações nacionais.

Apesar de o constitucionalismo digital ser um paradigma necessário na contemporaneidade, a falta de uma conceituação clara e questões de ordem técnicas tornam complexa sua existência. Ainda assim, é possível pensar (Celeste, 2021, p. 79) no constitucionalismo digital como desdobramento do constitucionalismo contemporâneo – e até mesmo fruto das teorias críticas do constitucionalismo tradicional – que demanda a criação de medidas normativas capazes de fornecer ideais, valores e princípios e de lidar com as mudanças, como o equilíbrio constitucional, resultantes do advento das tecnologias digitais.

5 Conclusão

Neste artigo evidenciamos as mudanças drásticas nas relações interpessoais, hábitos e costumes impulsionados pelos avanços das tecnologias digitais. Também discutimos

as preocupações decorrentes desses avanços, especialmente quando se trata de violações de direitos. Exemplificamos isso ao analisar o *caso Cambridge Analytica*, que utilizou dados pessoais ilegalmente, fomentando a disseminação de *fake news* até mesmo no contexto político.

Esses problemas destacam a necessidade de abordar a questão do *constitucionalismo digital*, um conceito que busca respostas e soluções para os desafios apresentados pelas tecnologias digitais no que diz respeito aos direitos fundamentais. No entanto, deve-se reconhecer que esse conceito ainda enfrenta diversos problemas e desafios.

Um desses desafios é a falta de consenso em relação ao *constitucionalismo digital*. Ainda não existe um acordo abrangente sobre como ele deve ser definido e implantado, o que dificulta a busca de respostas claras para os problemas apresentados. Além disso, a rápida evolução das tecnologias digitais cria lacunas regulatórias e desafios para as estruturas constitucionais tradicionais se adaptarem e acompanharem o ritmo das inovações tecnológicas.

A criação de marcos legais adequados e o fortalecimento da responsabilidade e da prestação de contas são passos fundamentais para garantir a proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital em constante evolução.

Contudo, há questões práticas que tornam difícil a ascensão desse novo paradigma, como as questões relacionadas às noções de soberania e governança ou ao acesso equitativo às tecnologias digitais. A participação individual num contexto de constitucionalismo digital é decisiva. Entretanto, conforme se mencionou, em países periféricos econômica e tecnologicamente, a exclusão digital e as desigualdades no acesso à internet e às tecnologias podem resultar em disparidades na proteção dos direitos fundamentais e limitar a participação efetiva dos cidadãos no âmbito digital.

Essas nações frequentemente enfrentam desafios significativos no acesso à tecnologia, como a falta de infraestrutura adequada e a escassez de dispositivos eletrônicos. Essa divisão entre os que têm e os que não têm acesso limita a implantação de iniciativas de constitucionalismo digital, que dependem de uma base tecnológica sólida. A pobreza e a escassez de recursos tornam o acesso à tecnologia uma prioridade secundária para muitos indivíduos que enfrentam necessidades mais urgentes em suas vidas.

O ecossistema constitucional não pode ficar alheio às inovações tecnológicas. Muito embora diversos países já tenham adotado medidas concretas, ainda há um longo caminho para a efetivação de direitos e a coibição de violações no ambiente digital.

Sobre os autores

Nelson Camatta Moreira é doutor em Direito pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil, com estágio de pesquisa anual na Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; pós-doutor em Direito pela Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha; professor dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, Brasil.

E-mail: nelsoncmoreira@hotmail.com

Ronaldo Félix Moreira Júnior é mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil; doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais na FDV, Vitória, ES, Brasil; professor das Faculdades Integradas de Aracruz, Aracruz, ES, Brasil.

E-mail: ronaldo.fr32@gmail.com

Artigo decorrente do estudo desenvolvido no Grupo de Pesquisa-CNPq Teoria Crítica do Constitucionalismo, do PPGD em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória por Ronaldo Félix Moreira Júnior, sob orientação de Nelson Camatta Moreira.

Como citar este artigo

(ABNT)

MOREIRA, Nelson Camatta; MOREIRA JÚNIOR, Ronaldo Félix. A construção do constitucionalismo digital na era da desinformação: o caso *Cambridge Analytica* e seu impacto no ecossistema constitucional. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 125-141, out./dez. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p125

(APA)

Moreira, N. C., & Moreira, R. F., Jr. (2023). A construção do constitucionalismo digital na era da desinformação: o caso *Cambridge Analytica* e seu impacto no ecossistema constitucional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(240), 125-141. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p125

Referências

BARTLETT, Jamie. Como a internet está matando a democracia. [Entrevista cedida a] Ethel Rudnitzki. *Pública*, [s. l.], 19 mar. 2019. Disponível em: <https://apublica.org/2019/03/como-a-internet-esta-matando-a-democracia/>. Acesso em: 28 nov. 2023.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. *CPMI Fake News – Depoimentos dos sócios-proprietários da empresa Yacows*. [Brasília, DF: Senado Federal], 2020. 1 vídeo (ca. 284 min). Publicado pelo canal TV Senado. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6iBli64yb0>. Acesso em: 21 nov. 2023.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

_____. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Brasília, DF: TSE, [2022b]. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 21 nov. 2023.

CABRAL, Carlos. Quatro perspectivas para entender o caso Cambridge Analytica & Facebook. *CryptoID*, [s. l.], 10 abr. 2018. Disponível em: <https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/quatro-perspectivas-para-entender-o-escandalo-da-cambridge-analytica/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

CAMBRIDGE Analytica se declara culpada em caso de uso de dados do Facebook. *G1*, [s. l.], 9 jan. 2019. Economia. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/01/09/cambridge-analytica-se-declara-culpada-por-uso-de-dados-do-facebook.ghtml>. Acesso em: 21 nov. 2023.

CAMBRIDGE Analytica's 'ripon' brochure. *Washington Post*, Washington, DC, 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/apps/g/page/politics/cambridge-analyticas-ripon-brochure/2293/?noredirect=on>. Acesso em: 21 nov. 2023.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2002. (A Era da Informação. Economia, Sociedade e Cultura, v. 1).

CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. Tradução de Paulo Rená da Silva Santarém. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v15i45.1219>. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1219>. Acesso em: 21 nov. 2023.

FRANCIS, Chloe. Trial of truth: law and 'fake news'. *Edinburgh Student Law Review*, Edinburgh, v. 3, n. 3, p. 100-113, 2018. Disponível em: <https://www.eslr.ed.ac.uk/wp-content/uploads/sites/30/2018/06/Edinburgh-Student-Law-Review-June-2018.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2023.

KÖRNER, Kevin. Digital politics: AI, big data and the future of democracy. *Deutsche Bank Research*, p. 1-16, Aug. 22, 2019. EU Monitor. Disponível em: https://www.dbresearch.com/PROD/RPS_EN-PROD/PROD000000000497768/Digital_politics%3A_AI%2C_big_data_and_the_future_of_d.pdf?undefined&reload=hz7AV3vyI0f6EDxcHH/GEM8vrB5R-vjbyCZQVA39uUDEZA/L3i-M92TOiQ64zMh. Acesso em: 21 nov. 2023.

MACHADO, Daniel Dias. Direito digital e os obstáculos para o meio judiciário. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*, [s. l.], ano 6, v. 10, n. 6, p. 102-108, jun. 2021. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/meio-judiciario>. Acesso em: 21 nov. 2023.

MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 105, n. 974, p. 81-110, dez. 2016.

MCLUHAN, Marshall; FIORE, Quentin. *O meio são as massa-gens: inventário de efeitos*. Tradução de Ivan Pedro Martins. Rio de Janeiro: Record, 1969.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan de; MOREIRA, Nelson Camatta. Constitucionalismo, Estado de direito e a invisibilidade social que “teima” em continuar. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 20, n. 3, p. 11-30, set./dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v20i3.1798>. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1798>. Acesso em: 21 nov. 2023.

MOREIRA JÚNIOR, Ronaldo Félix; LOPES, Jayme K. R. O poder dos fluxos de informação: análise sociológica do exercício político pela rede mundial de computadores. *Revista da Semana Discente de Sociologia Política do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 33-35, 2019.

MOREIRA, Nelson Camatta; OLIVEIRA, Antônio Leal de; PEIXOSO, Robertha dos Santos. Efetivação de políticas públicas ambientais na era da (des)informação. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 8, n. 2, p. 1-27, jul./dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v8i02.342>. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/RDFG/article/view/13960>. Acesso em: 21 nov. 2023.

OLIVEIRA, Bruno. Como eram feitas as análises do Cambridge Analytica. *Medium*, [s. l.], 22 set. 2018. Disponível em: <https://medium.com/internet-das-coisas/tic-02-como-eram-feitas-as-analises-do-cambridge-analytica-42235dea12d5>. Acesso em: 21 nov. 2023.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo digital: contradições de um conceito impreciso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2.648-2.689, dez. 2022. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2022/70887>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/70887>. Acesso em: 21 nov. 2023.

SOUSA, Antonio Idêrlian Pereira de. Analfabetismo digital na educação. *Revista EaD & Tecnologias Digitais na Educação*, Dourados, MS, v. 4, n. 5, p. 52-57, 2016. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/ead/article/view/5493>. Acesso em: 21 nov. 2023.

TEUBNER, Gunther. Societal constitutionalism: alternatives to state-centred constitutional theory? In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (ed.). *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2004. p. 3-28. (International Studies in the Theory of Private Law).

URRY, John. *Sociology beyond societies: mobilities for the twenty-first century*. London: Routledge, 2000. (International Library of Sociology).

Aberratio ictus

Estudo doutrinário e análise comparativa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

FERNANDO MARTINHO DE BARROS PENTEADO

Resumo: Este artigo visa examinar o erro na execução de resultado duplo, isto é, quando é atingida tanto a vítima não desejada quanto a vítima não pretendida. Com base na revisão bibliográfica e no exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), busca-se definir a que título deve ocorrer a responsabilização penal do agente em relação ao resultado provocado à vítima não pretendida. Sustenta-se que, na *aberratio ictus* de resultado duplo, o agente deve responder pelo resultado não desejado por culpa, e não dolo. Mais que reforço ao exame doutrinário, a análise da jurisprudência do STJ situa o estado atual da discussão na Corte e demonstra a existência de julgados contraditórios sobre o tema sem o necessário *distinguishing*.

Palavras-chave: erro na execução; *aberratio ictus*; culpa; dolo.

***Aberratio ictus*: doctrinal study and comparative analysis with the Brazilian's Superior Court of Justice case law**

Abstract: This article aims to examine the *aberratio ictus* in the event in which both the foreseen victim and the unintended victim are harmed. Through bibliographic review and also with the aid of the Brazilian's Superior Court of Justice (STJ, acronym in Portuguese) case law, it is sought to discuss how the actor's criminal liability should be with regard the consequence sustained by the unintended victim. It is argued that in the case of *aberratio ictus* the unintended outcome must be assigned to negligence or recklessness, and not to intent. Besides adding up to the doctrinal review, the STJ's case law demonstrates the current situation of the subject in that Court, as it reveals divergent precedents on the matter, without proper *distinguishing*.

Recebido em 24/5/23

Aprovado em 17/8/23

Keywords: transferred intent; *aberratio ictus*; negligence; *mens rea*.

1 Introdução

O trabalho visa examinar o erro na execução ou *aberratio ictus*, em especial a modalidade de resultado duplo. No erro na execução de resultado único, em vez da vítima pretendida, é atingida somente a pessoa não desejada.¹ Por sua vez, no resultado duplo são atingidas tanto a vítima desejada como a não pretendida.²

Busca-se verificar a tipificação legal da conduta praticada contra a vítima não visada, mais precisamente a que título deve ocorrer a responsabilização do agente quando, além de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge também pessoa diversa. A correta tipificação penal é relevante não apenas no plano teórico mas também, em especial, na dosimetria da pena. Segundo Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 203), “[h]avendo concurso formal, crime continuado ou *aberratio ictus*, o aumento deve operar depois de fixada a pena para cada crime concorrente, como se não houvesse o concurso”.³ Não basta, pois, que se proceda à fixação da pena do crime mais grave e depois se acrescente um sexto até metade pelo delito remanescente. É necessária a dosimetria de todos os delitos individualmente, para então perquirir se a aplicação da fração pelo concurso formal ultrapassa ou não a soma das penas e decidir se incidirá ou não o chamado *concurso material benéfico*.

O art. 73 do Decreto-lei nº 2.848/1940 (*Código Penal* (CP)), segunda parte, dispõe que “[n]o caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código” (Brasil, [2023a]). Por sua vez, o parágrafo único do art. 70 do CP determina que, em caso de concurso formal, a pena não poderá exceder a que seria cabível em decorrência do concurso material. Assim, impor-se-á a soma das penas, pois trata-se de providência menos gravosa ao agente do que o aumento de um sexto até a metade do concurso formal próprio.

A regra do concurso material benéfico, que não estava prevista na redação original do CP, foi introduzida na Reforma Penal de 1984 (Lei nº 7.209/1984). No entanto, mesmo no Anteprojeto de 1981, que originou a Lei nº 7.209/1984, essa modalidade de concurso não constava da redação do art. 70.⁴ Somente quando a íntegra do Anteprojeto de 1981 foi publicada no *Diário Oficial* para o recebimento de contribuições e

¹ Também conhecido como *aberratio ictus* com unidade simples ou em sentido estrito.

² Também conhecido como *aberratio ictus* com unidade complexa em sentido amplo ou plurilesiva.

³ A individualização da pena de todos os crimes em caso de concurso formal e crime continuado é também necessária para verificar a prescrição, nos termos do art. 119 do CP (Brasil, [2023a]).

⁴ Ver, em Torelly (1981, p. 309), o quadro comparativo entre o CP, em sua redação antes da Lei nº 7.209/1984, e o *Anteprojeto* de 1981.

sugestões – conforme previsto na Portaria nº 192, de 6/3/1981, do Ministério da Justiça (Torelly, 1981, p. 305) – é que pela primeira vez foi suscitada essa modificação. Uma das propostas apresentadas sugeria o acréscimo de um parágrafo ao art. 70 do Anteprojeto de Código Penal de 1981,⁵ sugestão cuja origem é um caso de erro na execução de resultado duplo no Tribunal do Júri.⁶ Ao final, a proposta foi admitida e inserida no texto final da Lei nº 7.209/1984.

A metodologia empregada será a revisão bibliográfica e a análise da jurisprudência do STJ, orientadas pelo método dedutivo. O exame de julgados servirá para melhor compreender e situar na prática a questão teórica. Além de postular e prescrever *de lege lata* uma interpretação plausível do Direito positivo, no caso do art. 73 do CP, este estudo também tem orientação *de sententia ferenda*, ou seja, busca realizar a análise crítica de determinada linha jurisprudencial de modo a propor sua eventual modificação.⁷

Duas razões principais justificam este trabalho. Inicialmente, em que pese se tratar de tradicional instituto do Direito Penal, nota-se na atualidade escasso número de estudos doutrinários voltados para a *aberratio ictus* de duplo resultado. Em segundo lugar, constata-se entendimentos díspares do STJ nas últimas duas

décadas (2000-2020) – o que é relevante, pois a Corte é responsável pela interpretação final da lei federal no ordenamento jurídico.

O estudo é composto de três partes: a primeira, de caráter descritivo, tratará dos aspectos teóricos da *aberratio ictus*; a segunda abordará especificamente o erro na execução de duplo resultado segundo a legislação, com viés crítico; e a terceira analisará a jurisprudência sobre o tema e o confronto da *ratio decidendi* dos julgados.

2 Erro na execução e dogmática penal

O erro na execução ou *aberratio ictus*⁸ constitui caso de desvio causal, em que há incongruência entre o idealizado e o realizado pelo agente. Um objeto é desejado, mas, por erro ou acidente na execução,⁹ outro é atingido: o agente quer matar A, mas erra o disparo e atinge mortalmente B.¹⁰

⁸ Para Dias (2007, p. 361), a expressão latina *aberratio ictus vel impetus* significa “desvio da trajetória ou do golpe”.

⁹ Tem-se distinguido entre dois tipos de *aberratio ictus*: i) erro na execução (a pessoa pretendida está no local dos fatos, mas não é atingida por inabilidade do agente); e ii) por acidente (a pessoa visada pode estar ou não presente no local dos fatos, mas outrem acaba sofrendo o resultado por acidente e não inabilidade do agente) (Gomes; García-Pablos de Molina, 2007, p. 400).

¹⁰ O Direito anglo-americano não costuma empregar a expressão *aberratio ictus* e identifica o fenômeno pelo nome da ficção aplicada para justificar a punição do agente por crime doloso consumado: *transferred intent* no Direito norte-americano ou *transferred malice* no Direito inglês. De todo modo, a *aberratio ictus* pode ser vertida livremente para o inglês como *attack gone astray* (Bohlander, 2010, p. 599). A teoria do *transferred intent* regula as situações em que o agente causa dano a um objeto diferente do que inicialmente pretendia, o que abrange tanto a situação de erro na execução (*bad aim*) como o erro sobre a pessoa (*mistaken identity*) (Eldar, 2012, p. 633-634). Em sentido contrário, Bohlander (2010, p. 556) exclui de sua abrangência o erro sobre a pessoa (“Structurally, the proper application of transferred malice occurs only in cases of missing the intended target, also called *aberratio ictus*”). A teoria seria utilizada para impedir um resultado que a doutrina e a jurisprudência anglo-americanas em regra reputam injusto, isto é, que o agente responda por tentativa de homicídio (*attempted murder*) e homicídio culposo (*manslaughter*),

⁵ Essa proposta foi apresentada por Pires (1982, p. 155) com a seguinte redação: “Quando a aplicação da hipótese prevista no artigo redundar em prejuízo do agente, aplica-se a regra do art. 69”.

⁶ Pires (1996) afirma: “A título de ilustração recordo-me de um julgamento em que, afirmados o homicídio doloso e a lesão culposa (esta em *aberratio ictus*), o juiz-presidente do Júri optou pela regra do concurso formal, após considerar a hipótese como concurso material (que era mais benéfica ao agente). O desconchavo do *decisum* fez-me sugerir a inserção de regra impeditiva da aplicação do concurso formal em face de hipóteses como a exemplificada. [...] A sugestão forma hoje a regra do parágrafo único do art. 70 do Código”.

⁷ Conforme Courtis (2006, p. 131), “en este caso lo que sucede es que el jurista no acepta que la sentencia sea una derivación justificada del derecho aplicable, es decir, considera que la decisión judicial ha sido errónea y que debe enmendarse en casos futuros – es decir, no se ‘adhieren’ a la solución judicial”.

Para Jescheck e Weigend (2002, p. 335), “la *aberratio ictus* se caracteriza por una doble desviación del suceso que el autor se había representado: por un lado, su ataque fracasa en relación con el objetivo buscado y, por otro, alcanza (por casualidad) a una persona u objeto que el autor no había previsto”.¹¹

No erro na execução, o vício não incide no momento psicológico, mas na fase executiva (exteriorização), que não corresponde exatamente ao pretendido pelo agente (Bruno, 1967, p. 124). Diferencia-se, assim, do erro sobre a pessoa, que pressupõe uma falsa representação da realidade porque o agente pensa que pratica o crime contra determinada pessoa, que na realidade não é quem o agente pensou ser (Galvão, 1995, p. 235).

Na década de 1930, Torres (1935, p. 175) já alertava para as polêmicas suscitadas pelo erro na execução. Segundo o autor, se pelo prisma empírico é fato comum na vida humana atirar contra alguém, errar o alvo e acertar outrem, “[p]ara o Direito, [...] é grave, complexíssimo problema, que tem atormentado os doutores e os tribunaes quanto ao modo de considerar a responsabilidade do criminoso”.¹²

delitos cujas sanções combinadas não resultariam em pena tão grave como a de um homicídio doloso, que, ao contrário da tentativa e do homicídio culposo, inclui potencialmente a pena de morte (Husak, 1996, p. 65). Portanto, a justificativa ordinária para o *transferred intent* seria a necessidade de se obter o resultado justo: a condenação por homicídio doloso, e não apenas por tentativa de homicídio, homicídio culposo ou mesmo ambos cumulados (Tomlin, 2022, p. 332).

¹¹ Wolter (2012, p. 145) considera a *aberratio ictus* “un caso especial y extremo de desviación causal”.

¹² No Direito anglo-americano, a questão é igualmente antiga. Há um importante e conhecido precedente inglês de 1573 (R. v. Saunders and Archer), quando John Saunders, pretendendo matar sua esposa para se casar com outra mulher, foi ajudado por Alexander Archer. Este último trouxera veneno e orientara Saunders a entregar uma maçã envenenada à esposa – o que foi feito. Contudo, a esposa comeu apenas uma pequena parte e deu o resto para a filha do casal, Eleanor, de três anos de idade, que morreu envenenada (Crofts, 2015, p. 37). Outro caso semelhante foi R. v. Agnes Gore, de 1611 (Westen, 2013, p. 324). Em

No âmbito dogmático, duas teorias disputam e buscam identificar a natureza da conduta derivada do erro na execução: a teoria da concretização e a da equivalência. São construções teóricas especialmente importantes nos ordenamentos que não têm disposição legal expressa.¹³

Para a teoria da concretização, o dolo pressupõe a sua concretização num objeto determinado. Logo, se em razão do desvio outro objeto foi alcançado, não há dolo em relação a este último (Roxin, 1997, p. 492): “[e] dolo debe ser concreto, esto es, debe abarcar a un suceso individualizado de acuerdo con los elementos objetivos, con inclusión de las circunstancias esenciales del curso causal” (Jescheck; Weigend, 2002, p. 333). Assim, em concurso de crimes prevaleceria a tentativa de homicídio para a vítima visada e o homicídio culposo para a vítima não visada.

A teoria da equivalência, por sua vez, sustenta que o dolo deve abarcar apenas o resultado típico e os elementos determinantes de sua espécie. Portanto, se o agente quis matar uma pessoa, mas por erro matou pessoa diversa, o desvio causal não influenciaria o dolo em razão da equivalência dos objetos (Roxin, 1997, p. 493). Segundo essa corrente teórica, o dolo admitiria resultado típico genérico (Santos, 2020, p. 172-173), sendo irrelevante que se concretize em pessoa diversa da pretendida, uma vez que os resultados seriam tipicamente equivalentes (Queiroz, 2015, p. 279).

meados do século XVIII, Blackstone (2016, p. 133) admitia a “transferência do dolo” do agente de uma vítima para a outra: “Thus if one shoots at A and misses him, but kills B, this is murder; because of the previous felonious intent, which the law transfers from one to the other”.

¹³ Sobre a utilidade da existência de dispositivo expresso é válida a advertência de Costa Júnior (1996, p. 41-42): “Se se considerarem as dúvidas e disputas que se travam, principalmente em países, como a Alemanha, que não dispõem de nenhum dispositivo a respeito, poder-se-á melhor avaliar não só a utilidade da norma, como a sua função complementar no que tange ao elemento subjetivo do crime”.

Segundo a teoria da equivalência, os bens jurídicos são protegidos como gênero e com abstração das qualidades do objeto que não são significativas para a perspectiva do tipo penal, ou seja, sem preocupação com a sua titularidade. Desse modo, tal como o erro sobre a pessoa, o erro na execução seria uma modalidade de erro sobre “qualidades extratípicas” e, por isso, não teria relevância penal (Silva Sánchez, 1984, p. 352-353).¹⁴ Em suma, se quis matar uma pessoa, e o resultado foi a morte de outra pessoa, o agente realizou exatamente o que queria. De forma semelhante, Cardenal Murillo (1991, p. 52) aponta que

[e]l resultado será atribuído dolosamente si fue abarcado “en sus rasgos esenciales” (típicos) por la representación del autor. Esta idea en cierto modo justifica la denominación de “teoría de la equivalencia valorativa”, pues si el objeto representado y el que se lesionó aparecen comprendidos en el dolo del autor, este último también estará comprendido en el dolo del autor, por coincidir en sus rasgos esenciales con aquél.

Não se verifica divergência entre ambas as teorias quanto ao reconhecimento do erro sobre a pessoa como crime doloso consumado (Silva Sánchez, 1984, p. 349)¹⁵. Além disso, elas admi-

¹⁴ A única diferença entre ambos seria que o erro sobre a pessoa incidiria sobre a identidade do objeto, e o erro na execução recairia sobre a posição do objeto no espaço; mas, para a teoria da equivalência, tais qualidades seriam “extratípicas” e, portanto, irrelevantes penalmente (Silva Sánchez, 1984, p. 353).

¹⁵ Essa foi a opção legislativa expressa no art. 20, § 3º, do CP (Brasil, [2023a]). Costa Júnior (1996, p. 21) cita exemplo da jurisprudência francesa sobre a possibilidade de concomitância do erro na execução e do erro sobre a pessoa: A dispara contra B, um desconhecido, que acreditava ser C, seu inimigo, e acaba atingindo D, seu amigo que estava ao lado. Em tese, o agente deve responder como se tivesse matado a pessoa que pretendia. Nesse sentido, ver Gomes e García-Pablos de Molina (2007, p. 400). Um exemplo histórico de erro sobre a pessoa foi o *caso Rose-Rosahl* julgado pelo Tribunal Supremo da Prússia em 1859: o trabalhador Rose foi induzido por seu patrão Rosahl a matar com arma de fogo o carpinteiro Schliebe. Agindo durante a noite, Rose

tem os mesmos resultados em quatro hipóteses (Roxin, 1997, p. 493-494).¹⁶

Os casos relevantes de erro na execução em que as teorias da concretização e da equivalência divergem são aqueles em que, excluído o erro sobre a pessoa: i) o desvio causal mantém-se dentro do previsível; ii) o objeto afetado tem a mesma proteção penal do objeto pretendido; e iii) não há dolo eventual do agente.¹⁷

matou por engano o estudante Harnisch acreditando que fosse Schliebe. Sobre o *caso Rose-Rosahl*, ver Roxin (1997, p. 503-508), Sequeira (2016, p. 73-74) e Blanco Cordero (2012, p. 137-138). A irrelevância do erro sobre a pessoa (“mistaken identity”) é largamente aceita também na doutrina anglo-americana (Husak, 1996, p. 67, 80; Eldar, 2012, p. 635-636).

¹⁶ As quatro hipóteses são: i) quando o objeto a que se dirige a ação e o resultado alcançado não são tipicamente equivalentes, há concurso entre tentativa e crime culposos; para Silva Sánchez (1984, p. 348-349), quando o objeto lesado tem proteção penal distinta da do objeto pretendido, a solução na doutrina sempre foi menos problemática; frise-se que essa foi a opção da lei brasileira materializada no art. 74 do CP (resultado diverso do pretendido ou *aberratio delicti*); ii) a presença de causa de excludente de ilicitude alcança o erro decorrente, salvo eventual hipótese de culpa; iii) se o desvio causal está abrangido pelo dolo eventual do agente, não há crime culposos, como na hipótese em que A, ao apontar a arma para B, vê C, que está ao seu lado e, mesmo percebendo a possibilidade de atingi-lo, ainda assim dispara e provoca a morte de C; e iv) se o curso causal não for adequado (desvio imprevisível), o crime decorrente do erro fica excluído, pois, se a imprevisibilidade impede a imputação quando o objeto da ação é alcançado, com ainda mais razão exclui o crime consumado quando o objeto não é o pretendido, corroborando que o resultado imprevisível por curso causal anormal exclui a atribuição do fato contra a vítima não desejada, pois significaria caso fortuito, restando apenas a tentativa de homicídio contra a vítima visada – Roig Torres (2012, p. 318), Santos (2020, p. 172-173), Greco (2015, p. 694) e Jesus (1995, p. 280); ao contrário, Ambrogini (1970, p. 48) entende que a discordância entre o desejado e o produzido pode resultar de causas intrínsecas ou extrínsecas ao agente, incluindo o caso fortuito; por sua vez, Costa Júnior (1996, p. 22-23) parece igualmente dispensar a previsibilidade do resultado envolvendo a vítima não desejada, pois “[p]osta em movimento a vontade, superado o estágio do juízo em que o erro se insere, poderão interferir na mudança de direção outras causas. Dependentes ou não do comportamento do agente. Fortuitas ou não”.

¹⁷ Conforme Silva Sánchez (1984, p. 349), na Alemanha a polêmica é centenária. A posição majoritária inclina-se para a solução da tentativa – concurso ideal entre crime tentado doloso e delito consumado culposos –, ao passo que a minoritária propugna crime único doloso consumado. Na Espanha, a tendência é inversa: entende-se majoritariamente como crime doloso consumado único; na Itália ocorre o mesmo, ainda que por razões legislativas (arts. 60 e 82

A lei brasileira adotou a teoria da equivalência para a *aberratio ictus*. Em sua redação original, o CP determinava aplicar ao erro na execução o mesmo tratamento conferido ao erro sobre a pessoa, isto é, o agente respondia como se tivesse praticado o crime contra a pessoa pretendida:

Art. 53. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao [invés] de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no art. 17, § 3º, 2ª parte. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do § 1º do art. 51 (Brasil, [1940]).

Com a Reforma Penal de 1984, a sistemática foi mantida, alterando-se apenas a numeração do dispositivo, que passou para o atual art. 73 do CP:

Art. 73 – Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao

disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código (Brasil, [2023a]).

A opção legislativa pela equivalência na *aberratio ictus* é vista como correta por Lyra (1955, p. 438), pois a subjetividade que animou o ato inicial sujeita a objetividade do resultado. Logo, considerar culposo o crime decorrente da aberração significaria “separar, artificialmente, a ação criminosa, que resultou do mesmo movimento celerado do mesmo *nisus voluntatis*, a intenção inicial, íntegra, una e subsistente”¹⁸.

Dessa forma, a produção do resultado em objeto material diverso não excluiria o caráter doloso e unitário da conduta, “porquanto o resultado provocado consubstancia-se com o representado pelo agente” (Ambrogini, 1970, p. 48). Desse modo, no erro na execução haveria um aproveitamento do dolo, uma vez que o objeto visado não se altera e tem a mesma tipicidade básica, adaptada às circunstâncias específicas da vítima virtual (Nucci, 2013, p. 508).

Ao proteger bens e interesses, a norma penal não se preocuparia com a individualidade concreta, estendendo-se a todos indistintamente, o que tornaria indiferente se “o agente queira ferir a este ou a outrem” (Lyra, 1955, p. 438). Dessa

do CP italiano). Por sua vez, Roig Torres (2012, p. 324) confirma a tendência do Tribunal Supremo da Espanha em reconhecer a irrelevância do erro nesse caso e admitir a responsabilização por crime doloso consumado. Todavia, ressalva a situação em que a vítima não desejada não estiver à vista do agente: “Con la salvedad indicada, de que la víctima no estuviere a la vista del actor, pues en este caso sí habrá un concurso ideal entre el tipo doloso intentado y el imprudente consumado”. Semelhantemente às teorias da concretização e equivalência, o debate sobre o *transferred intent* no Direito anglo-americano envolve a corrente purista, segundo a qual o agente deve responder por tentativa de homicídio e homicídio culposo, e a corrente abolicionista, que sustenta a responsabilidade do agente por homicídio doloso consumado sem a necessidade de valer-se da ficção legal do *transferred intent*, pois o dolo exigido no homicídio doloso é simplesmente a intenção de matar um ser humano, isto é, uma ou outra pessoa (Husak, 1996, p. 69-73). Westen (2013, p. 328) fala em três teorias: *transferred intent doctrine* (partidária da ficção legal), *impersonality doctrine* (semelhante à abolicionista) e *particular-person doctrine* (semelhante à purista). Para Bohlander (2010, p. 558), contudo, a impessoalidade (*impersonality*) acaba sendo o substrato da teoria da *transferred intent*.

¹⁸ Lyra (1955, p. 437) critica também a jurisprudência dominante à época do CP de 1890, a qual, “se não caracterizada a tentativa [...] desprezava a ação contra a pessoa visada e somente punia o resultado aberrante, mas a título de culpa”. Também sobre período de vigência do CP de 1890, Torres (1935, p. 186) ressalta entendimentos variados sobre a matéria na época, tanto na doutrina como na jurisprudência, ora entendendo que a responsabilidade adviria por crime doloso, ora apenas por culposo, ora ainda por dois delitos (doloso em relação à pessoa visada e culposo quanto à atingida). No entanto, reconhece que “a jurisprudência se tem ultimamente orientado pela opinativa de crime doloso na *aberratio ictus*, abandonando o antigo conceito, que preponderava, de crime culposo conjugado a doloso” (Torres, 1935, p. 186). Por sua vez, Costa Júnior (1996, p. 42) assevera que, quando não havia disposição legal, a solução pluralística era dominante na doutrina e na jurisprudência. Entretanto, depois de inserto o art. 53 no CP (posteriormente convertido no art. 73), a doutrina passou a inclinar-se para a solução unitária.

forma, a equivalência se apresentaria como “más respetuosa con la finalidad de protección de los bienes jurídicos individuales encomendada al ordenamiento jurídico” (Cardenal Murillo, 1991, p. 59). Costa Júnior (1996, p. 29-31) sustenta que o elemento subjetivo é um só: o endereçado à pessoa visada. E, uma vez empregado em relação a pessoa diversa, o mesmo elemento subjetivo não pode ser novamente utilizado em relação à pessoa visada, pois isso significaria “multiplicar o dolo, que é único, por dois, o que seria absurdo”. Logo, diante da unidade de ação, a tentativa em relação à pessoa pretendida é absorvida pelo crime consumado que atingiu a pessoa diversa:

Já que o dolo é único, ao atribuímos ao agente o crime consumado, não se lhe poderá atribuir ademais uma tentativa, com base em elemento subjetivo idêntico. Se se utilizar o dolo da tentativa no crime consumado, não se poderá reempregá-lo uma segunda vez, para construir a tentativa. E a ação tentada, despojada do elemento subjetivo, é um *nihil* (Costa Júnior, 1996, p. 31).

A despeito de tais ponderações, a explicação conferida pela teoria da concretização é mais consentânea e adequada ao considerar o que realmente ocorre na situação do erro na execução. Com efeito, há duas ocorrências sucessivas: uma tentativa contra a vítima visada e um homicídio culposo contra a vítima não pretendida. Como pontuam Muñoz Conde e García Arán (2010, p. 277), trata-se de dois crimes: “El autor por su mala puntería alcanza a B, cuando quería matar a C. En este caso se considera que hay tentativa de homicidio doloso en concurso con un homicidio imprudente consumado”. Similarmente,

[a] acção falha o seu alvo e apresenta por isso a estrutura da *tentativa*. A produção do outro resultado, que tanto podia não ter lugar como ser de outra gravidade, só

pode eventualmente conformar um *crime negligente*. A punição deve por isso ter lugar só por tentativa ou por concurso desta com um crime negligente; é a chamada *teoria da concretização* (Dias, 2007, p. 361).¹⁹

Por outro lado, não é suficiente que o dolo seja referido de forma abstrata e vise genericamente a determinada classe de objeto material, pois o autor deve ter a intenção de atacar um objeto específico (Jescheck; Weigend, 2002, p. 336), ou seja, determinada pessoa. Nesses termos, “el dolo requiere el conocimiento de todos los elementos del tipo y en este segundo ilícito se desconoce el concreto objeto de ataque” (Roig Torres, 2012, p. 325).²⁰ O desvirtuamento em relação à concepção inicial do autor decorrente do erro interfere no desvalor da ação, porque o dolo refere-se também e necessariamente à forma de praticar o delito (Carvalho, 2011, p. 14).

Todavia, por opção político-criminal, a lei brasileira adotou a teoria da equivalência, criando uma ficção legal. Por essa única razão, o erro na execução deve ser tratado como crime único e, se inexistisse a regra específica do art. 73 do CP, aplicar-se-ia a teoria da concretização.²¹ Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 438),

¹⁹No mesmo sentido: “É, pois, claro e incontroverso [...] que um tiro desferido por alguém, ferindo terceiro, pode ser considerado como dois crimes, um doloso, contra o visado, e outro culposo, pelo resultado não previsto, mas previsível” (Torres, 1935, p. 180-181).

²⁰Sobre os demais argumentos a favor e contra ambas as teorias na doutrina alemã, ver a síntese feita por Silva Sánchez (1984, p. 351-362). O Direito anglo-americano padece da mesma tensão em relação ao *transferred intent* e à necessidade de o dolo abarcar todos os elementos do tipo penal: “The central tension underlying the doctrine is between the logic of transferred malice and its intuitive appeal and the requirement that *mens rea* concur with all the elements of the offence” (Eldar, 2012, p. 634).

²¹Galvão (1995, p. 236), Barros (2011, p. 281), Greco (2015, p. 693), Fragoso (1994, p. 353), Bruno (1967, p. 125), Oliveira (2010, p. 397-398) e Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 438) entendem que a rigor há dois crimes (tentativa de homicídio contra a vítima visada em concurso formal com homicídio culposo contra a pessoa não visada), mas a lei brasileira considera por ficção jurídica crime único, e o agente responde como se tivesse atingido a pessoa visada.

“[a] confusão trazida por este dispositivo legal é enorme, e provém da tradição de preciosismo do Código Rocco, sendo herança do código de 1940”. Essa ficção legal, contudo, é passível de críticas. Em primeiro lugar, a solução legislativa é mais gravosa ao agente, pois a pena do homicídio consumado é superior ao concurso material entre homicídio tentado e homicídio culposo.

Além disso, pode ensejar situações desproporcionais, como impedir o perdão judicial caso o agente dispare contra seu inimigo e acidentalmente atinja seu filho (Martinelli; Bem, 2022, p. 1.081)²² ou ostentar resquício de Direito Penal do autor, pois para a lei “não importa, ou só importa secundariamente, o fato efetivamente praticado pelo autor, mas aquele que pensou em ou pretendeu praticar” (Queiroz, 2015, p. 279). Em outros termos, não importa que a morte tenha advindo culposamente, mas apenas que a intenção do agente tenha sido dolosa. Por fim, representa potencial hipótese de responsabilidade penal objetiva, pois, se o agente não pretendia nem assumiu o risco de matar pessoa diversa da vítima almejada, e lesionou outrem que não desejava por culpa, a previsão de punição por dolo afrontaria a teoria finalista da ação (Carvalho, 2011, p. 14).²³

Não obstante a adequação da teoria da concretização, não se devem esquecer os casos limites ou diferenciados de erro na execução que podem comportar a solução de crime único preconizado pela equivalência. Para Roxin (1997, p. 494-495), deve ser perquirido adicionalmente o “plano do fato” do agente. Se a identidade da

²² Queiroz (2015, p. 278-279) dá exemplo de aplicação problemática da regra do art. 20, § 3º, do CP ao erro na execução: em razão dos maus-tratos e ameaças de morte, mulher decide matar seu companheiro e coloca veneno em sua marmita. Contudo, em vez dele, acidentalmente os dois filhos menores do casal comem e morrem. Trata-se de caso semelhante a *R. v. Saunders and Archer*, de 1573 (ver nota 12).

²³ Franco (2007, p. 403) e Broeto (2021, p. 95) consideram tratar-se de responsabilidade penal objetiva.

vítima for relevante (A queria atingir B, mas atinge seu filho C), deve responder por tentativa e crime culposo consumado em concurso (imputação do resultado por dolo não é possível por falta de realização do plano do autor, subsistindo a tentativa). Por outro lado, em não sendo relevante a identidade da vítima atingida, o erro na execução não excluirá a imputação ao dolo.²⁴ Assim, a teoria da concretização estaria correta desde que o plano do autor pressuponha um objeto concreto, mas, se não for esse o caso, aplica-se a teoria da equivalência.²⁵

Situação distinta pode ocorrer quando o agente não está presente fisicamente no mesmo local em que a vítima e careceria da percepção físico-espacial do objeto. Na hipótese em que A põe uma bomba no quarto de seu inimigo B, mas B abandona o cômodo um dia antes, e C, que o ocupava naquele momento, acaba morto pela explosão, ainda que A tenha tido uma representação errônea, criou um risco: o de matar o ocupante do quarto – seja quem for. O risco realiza-se tal como o agente dolosamente o criou *ex ante*, e a individualização do bem

²⁴ No mesmo sentido, Wolter (2012, p. 146, 153) entende que, se houver indiferença quanto à identidade da vítima ou se tal individualização for totalmente arbitrária, haverá crime doloso consumado. Nesse caso, a decisão contra uma vítima leva também ao dolo para a outra, como no exemplo da bola de neve: Ao querer atingir o primeiro transeunte, A mira em B que é o primeiro, mas atinge C que vinha atrás. A atuação dolosa contra B funde-se com o risco e o resultado contra C, gerando crime doloso contra C. No Direito anglo-americano também se considera que, se a identidade da vítima for irrelevante, o agente responde por crime doloso consumado. No exemplo de Husak (1996, p. 74), um terrorista dispara contra uma multidão sem um alvo específico e erra os primeiros tiros, mas após mais disparos acaba acertando uma pessoa. Em igual sentido, ver Horder (2006, p. 397).

²⁵ Sobre ser a *aberratio ictus* um problema de imputação objetiva ou subjetiva, Wolter (2012, p. 154) reconhece que existem argumentos a favor e contra. A favor da imputação subjetiva está a concretização do dolo, pois, se em geral se exclui a consumação dolosa, isso ocorre pelo fato de o agente alcançar vítima diferente, não individualizada pelo dolo. Contudo, adverte que há mais argumentos em favor de sua qualificação como um problema de imputação objetiva, a exemplo do caso da bola de neve em que, apesar de existir uma *aberratio ictus*, há um crime doloso consumado.

jurídico ocorre com base no marco espaço-temporal,²⁶ reproduzindo a estrutura do erro sobre a pessoa e autorizando a solução de crime doloso consumado (Silva Sánchez, 1984, p. 380-381).²⁷

Em situação semelhante, A envia para a casa de B uma bebida envenenada, mas o motorista erra o endereço e deixa a bebida na casa do vizinho C, que bebe o líquido e morre. Como o agente abandonou o controle direto da execução e o cedeu a terceiros, não podia desprezar a possibilidade de alcançar pessoa diversa da pretendida, razão por que não seria viável a exclusão do crime doloso consumado. No entanto, em tese seria admissível manter a solução da concretização para a *aberratio ictus* se o agente tivesse adotado medidas concretas e específicas para evitar que o risco se realizasse em direção diversa daquela por ele desejada, o que o autorizaria a acreditar que o resultado diverso (morte de C) não fosse acontecer (Silva Sánchez, 1984, p. 382).

No exemplo de Wolter (2012, p. 149-150), A leva bebida (conhaque) envenenada para o quarto de hotel de seu inimigo B, mas este por precaução havia-se mudado, e o quarto estava ocupado por C, que toma a bebida e morre. Essa hipótese seria um caso “impróprio” de *aberratio ictus* a ser solucionado com base na (im)previsibilidade. Tanto a mudança de quarto como a morte de C são *ex ante* objetivamente imprevisíveis, pois o resultado não é decorrência consequente, objetivamente imputável, mas

²⁶ Para alcançar essa conclusão, o autor pressupõe o bem jurídico como realidade empírica (e não como valor), contemplado em seu valor funcional para o Direito. Assim, o tipo de homicídio não protege o valor vida, mas vidas concretas, empíricas, valiosas para o Direito e situadas em coordenadas espaço-temporais (Silva Sánchez, 1984, p. 355, 381). Ao abordar o erro na execução, Mir Puig (2007, p. 229-230) acolhe tal concepção de bem jurídico.

²⁷ Para Silva Sánchez (1984, p. 381), poder-se-ia falar em *aberratio ictus* tradicional se, por um defeito, a bomba explodisse fora do momento programado e ninguém estivesse no quarto, mas os destroços atingissem quem estava do lado de fora, passando ocasionalmente.

ao contrário constituiu mero azar. Assim, em relação a C, exclui-se o crime doloso (mesmo tentado) e também o ilícito culposo, subsistindo a tentativa dolosa contra B.²⁸ Contudo, se a mudança de quarto e a colocação em perigo de C pudessem ter sido conhecidas por A, ao menos objetivamente, estar-se-ia diante de um caso “próprio” de *aberratio ictus*.

3 Erro na execução de resultado duplo na legislação brasileira

Delineados os contornos essenciais da *aberratio ictus* de resultado único, cabe agora examinar a *aberratio ictus* de resultado duplo. Trata-se da hipótese em que, além de ser atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, alcança-se também terceiro não desejado.

A primeira constatação pertinente é a insustentabilidade da tese de crime único, pois a vítima pretendida também é atingida. Logo, as divergências sobre a (in)adequação do caráter abstrato do bem jurídico ou a (des)necessidade de o dolo concretizar-se na pessoa visada não são mais relevantes pelo fato de a vítima pretendida ter sido efetivamente atingida, assim como o terceiro não desejado.

Ademais, a própria legislação prevê tratamentos distintos para o erro de resultado simples e para o erro de resultado duplo. No primeiro, por ficção legal, a lei manda aplicar a regra do erro sobre pessoa e responsabiliza o agente por

²⁸ Conforme Wolter (2012, p. 149-150), esse caso na verdade em nada se diferenciaria das hipóteses tradicionais de desvio causal, como quando a vítima é atingida mortalmente com dolo homicida, mas depois de socorrida morre não em razão dos golpes, mas em virtude de um acidente com a ambulância ou incêndio no hospital. Assim, “el ejemplo del coñac constituye, más que un caso de auténtica *aberratio ictus* (o – como sugiere Herzberg – de *error in persona*, lo que nos llevaría a consumación), un supuesto perteneciente a la doctrina general de la imputación objetiva (el riesgo y del resultado)”.

crime único, ao passo que no segundo reconhece a prática de dois crimes e determina a incidência do concurso formal de delitos, considerando os resultados lesivos suportados seja pela vítima pretendida, seja pela não desejada. Por conseguinte, é necessário perquirir a natureza da conduta contra a vítima não desejada, pois o art. 73 do CP determina a aplicação do concurso formal sem especificar se dolosa ou culposa.

Para Lyra (1955, p. 437), na *aberratio ictus* com unidade complexa, “dada a unidade da atividade criminosa, há concurso formal de crimes dolosos”.²⁹ Essa solução estende o dolo presente na conduta contra a vítima desejada à vítima não pretendida, criando verdadeiro dolo presumido (*in re ipsa*).

No entanto, somente se pode cogitar de *aberratio ictus* se o resultado for proveniente de culpa, afastando-se o erro na hipótese de dolo, seja direto ou eventual. Com efeito, se o agente queria o resultado ou não se importava em produzi-lo e o aceitou, agiu intencionalmente no que concerne a ambas as vítimas e, portanto, não errou nem houve acidente.

Há, pois, incompatibilidade ontológica entre a situação de erro e o dolo, até porque “[n]unca é demais lembrar: ninguém ‘erra’ por dolo... se errou, é porque agiu com culpa” (Capez, 2011, p. 285).

Não se poderá, pois, conceber um comportamento doloso qualquer com respeito à pessoa atingida e não visada [...]. Nem mesmo o

²⁹ Fonseca (2001, p. 510) também admite erro cumulado com dolo ao sustentar que, “quando há erro na execução, é atingida uma terceira pessoa, além da pessoa visada, e os crimes resultam de designios autônomos, por dolo direto ou eventual, as penas serão aplicadas cumulativamente”. Noronha (1961, p. 729) igualmente parece admitir o dolo; ao comentar o caso de erro na execução em que o Conselho de Sentença decidiu por tentativa dolosa e homicídio culposo – apesar de não necessariamente vislumbrar contradição no julgamento –, observou que, em tese, a solução legal se orientaria por tentativa e homicídio consumado, ambos dolosos.

dolo, em sua forma eventual, de menor intensidade, poderá configurar-se com atinência à pessoa diversa. Qualquer forma de dolo é incompatível com as hipóteses previstas pelo art. 73, escapando ao âmbito da *aberratio ictus* (Costa Júnior, 1996, p. 46).³⁰

Assim, dado o inerente antagonismo entre o erro e o dolo e, não sendo viável a imputação de dolo a quem não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, o agente deve responder por crime doloso (vítima desejada) em concurso formal com crime culposo (vítima não pretendida).³¹

Nesse panorama são possíveis as seguintes hipóteses: i) se ocorrer a morte de ambas as vítimas, haverá homicídio doloso consumado (vítima desejada) e homicídio culposo (vítima não pretendida); ii) se sofrerem ambas as vítimas lesões corporais, haverá tentativa de homicídio (vítima desejada) e lesão corporal culposa (vítima não pretendida); iii) se ocorrer a morte da vítima desejada e lesões corporais na vítima não pretendida, haverá homicídio doloso consumado e lesão corporal culposa; e iv) se a vítima desejada sofrer lesões corporais e a vítima não pretendida morrer, será o caso de tentativa de

³⁰ No mesmo sentido, ver Greco (2015, p. 694). Com argumento de reforço contra a incidência automática de dolo na *aberratio ictus* de resultado duplo, Carvalho (2011, p. 14) destaca que “[t]anto é assim que, caso atinja exclusivamente a vítima que queria lesionar, o agente jamais responderá pela tentativa de homicídio dos transeuntes que circulavam em torno dela”.

³¹ Admitindo a ocorrência de dois crimes em concurso formal (doloso em relação à vítima pretendida e culposo quanto à vítima não desejada), ver Barros (2011, p. 282), Santos (2020, p. 416), Tavares (2020, p. 332), Jesus (1995, p. 278), Capez (2011, p. 259), Carvalho (2011, p. 14), Ferré Olivé, Núñez Paz, Oliveira e Brito (2011, p. 351). Aliás, esse é o entendimento constante no item 57 da Exposição de Motivos da Reforma Penal de 1984; ao explicar a inovação relativa ao concurso material benéfico (art. 70, parágrafo único, do CP), apresenta-se o exemplo de erro na execução de resultado duplo com referência expressa ao concurso entre delito doloso e culposo: “Impede-se, assim, que uma hipótese de *aberratio ictus* (homicídio doloso mais lesões culposas) se aplique ao agente pena mais severa, em razão do concurso material” (Brasil, [1983]).

homicídio e de homicídio culposo. Tem sido objeto de divergências a última hipótese, ou seja, quando o resultado mais grave ocorre com a vítima não desejada.

Jesus (1995, p. 279) entende que, se ferir a pessoa visada e matar a não pretendida, apesar de haver tentativa dolosa e homicídio culposo, o agente responderá por homicídio doloso em concurso formal, como se tivesse matado a vítima pretendida. Explica Galvão (1995, p. 236-237) que nesse caso continua tendo aplicação a primeira parte do art. 73 do CP: considera-se o resultado mais grave como praticado contra a pessoa visada, e os demais resultados são computados em concurso formal, mas a título de culpa. Assim, o agente responderia por homicídio doloso consumado como se tivesse matado a vítima pretendida em concurso formal com lesão culposa como se tivesse ferido a vítima não desejada.³²

Melhor solução é a exposta por Fragoso (1994, p. 354): tentativa de homicídio contra a vítima visada e homicídio culposo contra a vítima não desejada.³³ De fato, como pondera Barros (2011, p. 282), contrariamente ao que dispõe a primeira parte do art. 73, sua segunda parte não faz menção ao § 3º do art. 20 do CP. Dessa forma, o erro sobre a pessoa fica circunscrito à primeira parte do dispositivo, isto é, à *aberratio ictus* de resultado simples. Além disso, a aplicação do art. 20, § 3º, do CP implica a substituição da vítima não pretendida pela vítima desejada. Ou seja, o agente responde pelo que fez com a vítima não desejada como se esta fosse a vítima pretendida.

Todavia, não há previsão de uma segunda “substituição”, isto é, a de que o agente responda por lesão culposa como se tivesse ferido a vítima não desejada, substituindo-a agora pela vítima pretendida. Com efeito, justamente por conceber apenas uma substituição (vítima não pretendida pela vítima desejada, e não o contrário), o disposto na primeira parte do art. 73 do CP tem aplicação restrita ao erro na execução de resultado único.

Numa terceira posição, Estefam e Gonçalves (2013, p. 359) entendem haver homicídio doloso consumado (vítima não desejada) em concurso ideal com uma tentativa de homicídio (vítima pretendida); o argumento é o de que a imputação de tentativa de homicídio e homicídio culposo resultaria numa pena inferior para o agente do que se houvesse resultado único, o que não poderia ser aceito. Não obstante, a pretexto de corrigir uma disfuncionalidade ou possível injustiça na cominação da pena, tal posição incide no mesmo equívoco dos que pregam a solução dolosa e, conseqüentemente, ignoram a incompatibilidade entre o dolo e o erro, além

³² Ainda segundo Galvão (1995, p. 236-237), se houver mais de uma vítima não desejada, “[t]roca-se qualquer uma das vítimas efetivas em que ocorreu o resultado pretendido pela vítima potencial e computam-se os demais resultados a título de culpa”.

³³ Na mesma direção, ver Gomes e García-Pablos de Molina (2007, p. 401).

de atribuir responsabilidade penal com esteio na analogia *in malam partem*, pois estende a ficção jurídica prevista na primeira parte do art. 73 do CP a casos não abrangidos pela norma legal. A solução cabível seria a alteração legislativa de modo a estabelecer sanção adequada para essa configuração de erro na execução.

Importa notar também que a segunda parte do art. 73 do CP não prevê a hipótese de a vítima visada não ser atingida e ser alcançado mais de um terceiro não desejado. O dispositivo preconiza: “[n]o caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender” (Brasil, [2023a]), pressupondo que necessariamente a vítima visada seja materialmente afetada junto com outra(s) pessoa(s) não desejada(s). Logo, *a contrario sensu*, não abrange a hipótese de multiplicidade de resultados contra terceiros sem que a vítima visada tenha sido atingida. Para Galvão (1995, p. 238), abrem-se três possibilidades:

1^ª) utiliza-se apenas a regra contida na parte inicial do art. 73 do CP, o que importa em desprezar os demais resultados; 2^ª) utiliza-se a regra contida na parte final do art. 73 do CP, desconsiderando-se a exigência de também ser atingida a pessoa visada; 3^ª) não se utilizam as regras do art. 73 do CP, o que implica reconhecer a ocorrência de concurso formal, mas sem considerar alteradas as regras da imputação objetiva que impõem que sejam trocados os resultados produzidos nas vítimas efetivas e na potencial, determinando-se a responsabilidade pelo cômputo dos crimes que efetivamente ocorreram.

Assim, na primeira posição o agente responderia apenas por crime doloso consumado. Na segunda, que pressupõe a aplicação do art. 20, § 3^º, do CP à segunda parte do art. 73, substituir-se-ia uma das vítimas efetivas (não pretendidas) pela vítima visada, e os demais resultados seriam computados a título de culpa. Na terceira posição, o agente responderia pelo

que efetivamente aconteceu: tentativa em relação à vítima visada e crimes culposos quanto às vítimas não pretendidas.

Inexistindo regra expressa de atribuição de responsabilidade, devem prevalecer as normas ordinárias de imputação, ou seja, afasta-se o art. 73 do CP, e o agente responderá por tentativa de homicídio contra a vítima visada e crimes culposos contra as vítimas não pretendidas, tantas quantas tenham sido atingidas.

Na prática, o resultado será idêntico ao da hipótese em que a vítima visada sofreu o resultado menos grave, e a vítima não desejada o mais grave, excluindo-se a aplicação do art. 20, § 3^º, do CP.

No mais, tal como ocorre na *aberratio ictus* de resultado simples,³⁴ a responsabilização do agente pelo *plus* relativo ao evento não desejado é viável, desde que necessariamente presentes os elementos de um crime culposos, notadamente a inobservância do dever de cuidado objetivo e a previsibilidade objetiva do resultado, sob pena de responsabilidade objetiva.

Assim, se o resultado for imprevisível em decorrência de curso causal anormal, exclui-se a responsabilidade do fato contra a vítima não desejada, pois significaria caso fortuito, remanescendo apenas a tentativa de homicídio contra a vítima visada.³⁵

³⁴ Ver seção 2.

³⁵ Em sentido contrário, Costa Júnior (1996, p. 50-52) entende que o *plus* não desejado no erro plurilesivo é atribuído à responsabilidade objetiva, pois mesmo o fortuito não excluiria o nexo de causalidade, conclusão reforçada pela redação do art. 73 do CP, que não exige qualquer indagação sobre o comportamento psicológico do agente. Com efeito, subsistiria a responsabilidade penal ainda que ausente qualquer modalidade de culpa. No mesmo sentido, sustentando que a *aberratio ictus* é hipótese de responsabilidade penal objetiva, bastando o nexo causal para gerar a responsabilidade penal, Nucci (2013, p. 509) argumenta que, se A queria matar B e, em razão de um esbarrão em seu braço, atinge B e também C, deverá responder pelo segundo resultado, mesmo sem culpa. Noronha (1961, p. 730) também parece admitir a responsabilidade sem culpa. “Vê-se, pois: responsabilidade objetiva, accidentalidade, causa estranha à vontade do delinquente etc.”

Ainda que se admita que a *aberratio ictus* possa ser gerada não apenas por erro propriamente dito (inabilidade do agente, como erro de pontaria) mas também por acidente (esbarrão de alguém no braço do agente, escorregão do agente no momento do disparo etc.), o desvio anormal do curso causal de forma totalmente imprevisível tem o condão de afastar a responsabilidade penal do agente.

Falta analisar a modalidade de concurso de crime a que se sujeita o agente na *aberratio ictus* com unidade complexa. O art. 73 do CP faz remissão expressa ao art. 70 do mesmo diploma, que estabelece o concurso formal.

Considerando que o erro somente admite a culpa, é forçoso reconhecer que, em relação ao dolo dirigido à vítima desejada e à culpa voltada para a vítima não pretendida, não se pode falar em desígnios autônomos. Portanto, terá lugar o concurso formal próprio (ou perfeito), aplicando-se a pena do crime mais grave (doloso), aumentada de 1/6 até a metade. Contudo, não se pode olvidar que a pena do crime culposo poderá eventualmente ser inferior ao acréscimo decorrente do concurso formal, razão pela qual, em tais casos, incidirá a regra do concurso material benéfico, prevista no parágrafo único do art. 70 do CP. Assim, é imprescindível realizar a dosimetria de cada um dos crimes no caso de erro plurilésivo na execução, incluindo o culposo, para se aferir a necessidade de aplicar o concurso material benéfico.

Evidentemente, se o agente agir com desígnios autônomos e desejar também a morte da vítima não visada, não haverá erro, mas dois delitos dolosos em concurso formal impróprio.³⁶

³⁶ Nesse sentido, ver Barros (2011, p. 281-282) e Queiroz (2015, p. 276). Por outro lado, se presentes modalidades diversas de dolo (eventual – vítima não desejada; e direto – vítima pretendida), qual seria a modalidade de concurso formal? Próprio ou impróprio? Bitencourt (2015, p. 800) e Jesus (1995, p. 279) admitem concurso formal impróprio.

4 Orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

Como parâmetro comparativo ao estudo dogmático realizado nos itens precedentes (2 e 3), apresentar-se-á agora o entendimento do STJ sobre a *aberratio ictus* de duplo resultado com foco na responsabilização do agente em relação à conduta perpetrada contra a vítima não visada.

As amostras foram obtidas no sítio virtual do STJ (Brasil, [2023b]), no campo “Pesquisa de jurisprudência”, em 26/3/2023. Para delimitar a pesquisa, não houve distinção do tipo de ação ou recurso em que o tema foi apreciado naquela Corte, nem limitação temporal da data dos julgados. Todavia, excluíram-se as decisões monocráticas e admitiram-se somente os julgados proferidos colegiadamente pela Quinta e pela Sexta Turmas do STJ.

Na pesquisa com a palavra-chave *aberratio ictus* foram encontrados 55 acórdãos; após a devida triagem, 15 dentre eles revelaram pertinência temática com o objeto do presente estudo. O critério de pertinência considerou apenas casos de erro na execução de resultado duplo envolvendo crimes de homicídio doloso.³⁷

Em decorrência disso, no universo de 15 acórdãos, foram desprezados os julgados: i) de erro na execução com resultado simples (um caso);³⁸ ii) de ações e recursos não criminais

Em sentido contrário – por entenderem que, se houver dolo eventual e dolo direto, inexistirão desígnios autônomos, e o agente responderá por concurso formal próprio –, ver Fragoso (1994, p. 354) e Nucci (2013, p. 509-510). Outros, todavia, asseveram o concurso material em caso de dolo direto ou eventual: ver Ambrogini (1970, p. 50) e Bruno (1967, p. 126).

³⁷ Essa delimitação deve-se ao notório fato de que a *aberratio ictus* “[s]e da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física” (Muñoz Conde; García Arán, 2010, p. 277). Essa notoriedade encontrou ressonância na análise empírica realizada, pois, dentre os 44 julgados que tratavam de matéria criminal, somente três acórdãos envolviam *aberratio ictus* em outros crimes.

³⁸ REsp 1.492.921/DF.

(onze casos);³⁹ iii) sem o enfrentamento, ao menos implicitamente, da natureza (dolosa ou culposa) da conduta praticada contra a vítima não visada por limites cognitivos (Brasil, 2005) (seis casos);⁴⁰ iv) em que o objeto da ação ou do recurso não abrangia especificamente o erro na execução, seja por discutir apenas os requisitos da prisão preventiva (dez casos),⁴¹ seja por questões diversas, como a dosimetria, a prescrição, os limites da pronúncia ou quesitação (oito casos),⁴² seja por discussões sobre competência (quatro casos).⁴³

Por sua vez, consideraram-se pertinentes – e, portanto, foram incluídos entre as amostras analisadas – os julgados que, mesmo invocando eventuais limitações cognitivas em princípio impeditivas para o exame da matéria, acabaram por empreender, direta ou indiretamente, algum tipo de análise da natureza da conduta praticada contra a vítima não visada.

Da mesma forma, admitiram-se como pertinentes casos em que foram imputados ao agente dois delitos dolosos sem menção ao erro na execução, mas a *aberratio ictus* foi arguida como tese defensiva durante o processo.

Os resultados considerados pertinentes foram divididos em três blocos e dispostos em ordem cronológica (do mais antigo para o mais

recente). O primeiro deles envolve os julgados que, mesmo implicitamente ou *a contrario sensu*, admitiram a possibilidade de culpa na conduta praticada contra a vítima não visada. O segundo grupo abrange os julgados que entenderam pela ocorrência de crime doloso quanto à vítima não pretendida. Para os casos inconclusivos foi reservada uma subseção em separado e explicitadas as razões disso.

4.1 Evento culposo

Nesse bloco, a primeira referência encontrada foi o Recurso Especial (REsp) 439.058/DF, 5ª Turma, de maio de 2003 (Brasil, 2003), em cuja ementa constou que o agente atingira a pessoa visada e também uma terceira pessoa, e reconheceu-se o concurso formal de delitos. No entanto, no voto do relator explicitou-se que o agente disparara contra seu desafeto, mas errara o alvo e acertara vítima diversa. A vítima visada fugiu, e o agente efetuou outros disparos contra ela, mas novamente não a atingiu. Assim, na verdade – e ao contrário do que constou da ementa –, a vítima visada não fora atingida na primeira oportunidade, nem na segunda.⁴⁴

O agente foi denunciado por duas tentativas de homicídio duplamente qualificadas. Todavia, a decisão de pronúncia entendeu que a conduta contra a vítima pretendida era *post factum* impunível na medida em que ela não suportou lesão física. Em suma, tratar-se-ia de erro na execução de unidade simples, respondendo o agente apenas por tentativa contra a vítima não pretendida, como se tivesse praticado a conduta contra a vítima desejada (art. 73, primeira parte, do CP). Essa conclusão foi mantida pela Corte local. No entanto, o STJ deu provimento ao recurso ministerial para incluir na pronúncia

³⁹ EDcl no AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 732.938/RS; AgInt no AREsp 1.386.603/SP; AgRg nos EDcl na Rcl 28.604/RJ; AgRg no REsp 492.376/PB; REsp 1.376.449/SP; AgRg no REsp 1.101.996/MG; Rcl 2.006/AP; REsp 163.808/AM; REsp 152.030/DF; AgInt nos EDcl no REsp 1.900.708/PB; AgInt no REsp 1.672.953/PR.

⁴⁰ AgRg nos EDcl no HC 570.806/MS; AgRg no AREsp 1.557.416/PE; AgRg no REsp 1.612.733/MG; AgRg no AREsp 1.041.180/SE; REsp 1.121.276/DF; HC 25.812/RS.

⁴¹ AgRg no RHC 143.766/PE; RHC 115.019/AL; AgRg no AgRg no HC 513.125/RJ; HC 342.974/GO; HC 400.111/RS; RHC 57.886/GO; RHC 5.549/RJ; RHC 26.282/RJ; RHC 22.194/SP; AgRg no RHC 170.792/MG.

⁴² AgRg no REsp 1.843.821/PR; HC 496.580/MS; HC 159.614/MS; HC 164.755/SP; HC 100.822/RJ; HC 59.421/RJ; REsp 775.062/DF; HC 46.280/SP.

⁴³ AgRg no HC 560.391/DF; RHC 2.008/DF; CC 41.057/SP; CC 27.368/SP.

⁴⁴ Tal situação fática foi confirmada em pesquisa do processo de origem (Distrito Federal, 2001).

a segunda conduta (tentativa contra a vítima pretendida), pois, mesmo depois de ter lesionado a vítima não desejada, o agente prosseguira no seu intento e efetuara novos disparos contra a vítima visada, razão pela qual, em tese, caracterizaram-se duas tentativas de homicídio.

Diante dos fatos narrados, duas situações são possíveis, mas nenhuma delas compatível com erro na execução de resultado duplo: i) houve uma só ação praticada no mesmo contexto fático e somente a vítima não visada foi atingida, razão pela qual se trata de erro na execução de resultado único; ii) houve duas ações em contextos fáticos diversos, no caso, antes de a vítima visada fugir, quando então a vítima não pretendida foi atingida em erro; e depois que a vítima visada fugiu, ocasião em que novamente não foi atingida, caracterizando crime autônomo. Logo, houve *aberratio ictus* com resultado único no primeiro momento e crime autônomo no segundo momento (nova tentativa de homicídio).⁴⁵

Ainda assim, o caso é pertinente para a presente pesquisa, pois, apesar do equívoco da ementa, a segunda conduta praticada pelo agente foi aceita como dolosa somente em razão de ter sido compreendida como desvinculada da conduta inicial. Logo, não houve automática extensão do dolo às duas condutas, mas sim verificação específica de que, após a primeira conduta em erro na execução, o agente atuou novamente e empreendeu novo e autônomo crime (doloso).

No *Habeas Corpus* (HC) 110.232/PA, 6ª Turma, de abril de 2011 (Brasil, 2011), trata-se de *writ* impetrado contra condenação a 19 anos de reclusão visando à anulação da sentença, entre outros motivos, por votação contraditória dos quesitos. A Corte manteve a condenação por não vislumbrar contradição entre as respostas dos jurados que reconheceram o dolo na morte da vítima visada e a culpa na morte da vítima não visada, admitindo que o júri possa decidir de forma distinta em relação a cada um dos homicídios, caso exista erro na execução.

Houve menção de que somente se poderia cogitar de erro na execução nos casos em que inexistisse dolo em relação à vítima não visada, pois, se houver dolo, seja direto ou eventual, é inviável falar em erro. O *writ* foi denegado, mas a ordem foi concedida de ofício apenas para reduzir o *quantum* da majoração pelo concurso formal em decorrência do erro na execução.⁴⁶

⁴⁵Em sentido semelhante, mas com exemplo de homicídios consumados, Gomes e García-Pablos de Molina (2007, p. 399) argumentam que, caso haja erro na execução no momento inicial (não atingindo a vítima visada, mas matando terceiro), se o agente prosseguir em seu intento e vier a matar a pessoa visada, responderá por dois homicídios dolosos consumados: o primeiro (vítima não visada) em erro na execução e o segundo (vítima visada) sem erro na execução.

⁴⁶Na primeira fase, a sentença fixou a pena em 15 anos; na segunda, reduziu-a para 14 anos e 3 meses; na terceira fase, usou a fração de 1/3 para aumentar pelo concurso formal

Por sua vez, no REsp 1.250.950/DE, 6ª Turma, de junho de 2012 (Brasil, 2012), a Corte estadual aplicou o concurso formal próprio, mas o Ministério Público recorreu e pediu a incidência de concurso material ou, alternativamente, o concurso formal impróprio. O STJ entendeu que competia às instâncias ordinárias o cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de simples erro na execução ou de dolo eventual e, por consequência, negou provimento ao recurso com base na Súmula 7 daquela Corte (Brasil, 2005). A despeito de entender pela vedação de reexame probatório, o julgado implicitamente reconheceu a incompatibilidade de erro na execução com o dolo na conduta contra a vítima não visada, pois na ementa distinguiu a hipótese de erro na execução do dolo eventual.

Ademais, no voto-vista do ministro Vasco Della Giustina, que foi vencido, deu-se provimento ao agravo do Ministério Público para reconhecer o concurso formal imperfeito. Entendeu o ministro que aquele que dispara vários tiros em direção a uma pessoa que está ao lado de outra no mínimo corre o risco de acertar a não desejada. Assim, ainda que a intenção fosse acertar apenas uma das pessoas (a vítima visada), dadas as circunstâncias – no caso, a proximidade das pessoas entre si, o meio mortífero empregado (arma de fogo) e o número de disparos efetuados –, o agente correu o risco de gerar o segundo resultado, aceitando-o. Sustentou ainda o mesmo ministro que, para os fins do art. 73 do CP, o concurso formal perfeito só tem lugar quando há culpa, e não quando há dolo direto ou eventual (Brasil, 2012, p. 15-19). Assim, tanto no voto vencedor quanto no vencido reitera-se a tese de incompatibilidade entre o erro e o dolo.

No HC 239.834/RS, 6ª Turma, de maio de 2016 (Brasil, 2016), o paciente foi condenado a 12 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado em concurso formal por um homicídio qualificado consumado e três homicídios qualificados tentados. Entre outros motivos, o *writ* postulava o reconhecimento do erro na execução. Apesar de a impetração não ter sido conhecida pela vedação do exame de provas, o relator, ministro Rogério Schietti Cruz, realizou um juízo mínimo de plausibilidade das alegações do impetrante e entendeu que, diante das circunstâncias apresentadas, o dolo eventual no homicídio estava razoavelmente demonstrado em

em razão do erro na execução, o que resultou em 19 anos de reclusão. Ao constatar que o concurso material era mais benéfico ao recorrente do que o concurso formal, o STJ cumulou as penas. No entanto, como a pena do crime culposos não tinha sido individualizada na sentença nem no acórdão recorrido (apenas aumentou-se de 1/6 na terceira fase), a Corte aplicou a pena máxima do homicídio culposos (3 anos) e somou-a à pena do homicídio doloso (14 anos e 3 meses), de modo a totalizar 17 anos e 3 meses de reclusão. Aqui se percebe a relevância – e a imprescindibilidade – da individualização da pena para a constatação ou não do concurso material benéfico.

razão de o agente ter conscientemente anuído ao resultado lesivo: ao disparar a esmo com uma arma de fogo, o agente assentiu na possibilidade de atingir outras pessoas que não as visadas inicialmente, assumindo o risco de matá-las. Dessa forma, ao se lançar mão da plausibilidade do dolo eventual para afastar o erro na execução, indiretamente reconheceu-se o antagonismo entre o dolo e a *aberratio ictus*.

No Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial (AgRg no AREsp) 372.202/SC, 6ª Turma, de maio de 2017 (Brasil, 2017a), o recorrente buscava a cassação da decisão dos jurados por contrariedade à prova dos autos, com o fundamento em suposto erro na execução quanto à vítima do crime tentado. A Corte estadual entendeu haver provas de que o agente, depois de disparar contra a vítima fatal, voltou-se voluntariamente contra a vítima do delito tentado e efetuou disparos.

Sem avaliar as provas produzidas em face da Súmula 7 (Brasil, 2005), o STJ entendeu que, diante das premissas fáticas fixadas pelo tribunal *a quo*, a tese de erro na execução deveria ser afastada na medida em que a revisão dessas circunstâncias demandaria revolvimento fático-probatório, inviável na via eleita.

Assim, com base no quadro fático-probatório delineado pelas instâncias ordinárias, não se poderia falar em *aberratio ictus*, pois o agente atuou com desígnios autônomos ao pretender a morte das duas vítimas. Em outras palavras: implicitamente afastou-se o erro na execução, pois houve dolo do agente em desfavor de ambas as vítimas e, desse modo, não poderia simultaneamente subsistir o erro.

De forma similar, no Agravo Interno no Habeas Corpus (AgInt no HC) 422.707/MT, 6ª Turma, de fevereiro de 2019 (Brasil, 2019a), entendeu-se não haver nulidade no acórdão recorrido por ausência de enfrentamento da tese de erro na execução, pois a Corte local, ao

aferir a responsabilidade do agente no exame do duplo resultado produzido, reconheceu que, no mínimo, foi assumido o risco de pôr fim à vida de ambas as vítimas. Novamente, ainda que de modo indireto, a Corte Superior sinalizou a incompatibilidade entre o erro e o dolo eventual.

No último julgado do primeiro grupo – REsp 1.779.570/RS, 6ª Turma, de agosto de 2019 (Brasil, 2019c) –, o agente foi pronunciado em primeiro grau por dois homicídios tentados. A Corte local afastou a pronúncia em relação a um dos crimes por entender configurado o erro na execução previsto no art. 73 do CP. O Ministério Público tinha interposto recurso requerendo o afastamento do erro na execução e o reconhecimento do concurso formal impróprio, uma vez que o agente teria agido com dolo direto em relação à vítima visada e com dolo eventual em relação à vítima efetivamente atingida, conforme descrito na denúncia.

O STJ entendeu que a moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias pode em tese configurar a hipótese de dolo eventual, de forma que não é possível afastar a imputação de tentativa de homicídio do exame pelo Conselho de Sentença. Assim, efetuados disparos de arma de fogo em via pública movimentada, é crível supor que o autor tivesse condições de prever e consentir a possibilidade de atingir fatalmente pessoas diversas daquela que inicialmente pretendia acertar. Restabeleceu-se a decisão de pronúncia de primeiro grau, e o caso foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, mantida a acusação de dolo eventual.

Dois circunstâncias são relevantes nesse julgado. A primeira se relaciona ao fato de que, visto sob a perspectiva do art. 73 do CP, tal caso em tese caracterizaria *aberratio ictus* de resultado único (e não duplo), pois somente uma das vítimas foi atingida, ao passo que a outra nada sofreu. Contudo, o agente foi denunciado por dois crimes, com imputação de dolo direto para

uma das vítimas (tentativa) e dolo eventual para a outra (consumado). Logo, justamente por essa razão – se houve dolo, não se pode falar em erro –, o Ministério Público não enquadrou o caso como erro na execução, tese suscitada posteriormente pela defesa técnica, em juízo. Não obstante, ainda que em tese se tratasse de erro na execução com unidade simples, o interesse em manter tal caso como pertinente deve-se ao fato de que houve o enfrentamento da questão dolo *vs.* erro.

A segunda circunstância diz respeito ao fato de que, diante do inerente antagonismo entre o dolo e o erro, compete ao órgão acusatório, ao exercer a *opinio delicti*, necessariamente descrever a situação de erro na execução e, nesse caso, classificar a conduta não pretendida como culposa ou, caso entenda ter havido dolo, afastar o erro e explicitar a(s) conduta(s) como dolosa(s), sem mencionar o art. 73 do CP, como exatamente ocorreu no referido julgado.

4.2 Evento doloso

No segundo bloco de julgados, no REsp 138.557/DF, 5ª Turma, de maio de 2002 (Brasil, 2002a), o recorrente foi condenado em primeiro grau por homicídio consumado qualificado e homicídio tentado qualificado, com menção aos arts. 70 e 73 do CP, e as penas foram somadas pelo concurso formal imperfeito. Interposto recurso de apelação, a Corte local deu parcial provimento para aplicar a regra do concurso formal próprio e reduzir a pena.

Segundo a Corte local, o dolo eventual emergente do erro na execução não ensejaria o concurso formal impróprio e a consequente soma das penas, pois para isso se exigiria do agente desígnios autônomos, o que não teria ocorrido em razão do erro.

O STJ entendeu que houve desígnios diversos (dolo direto contra a vítima desejada e dolo

eventual contra a vítima não desejada) e que, ainda assim, era aplicável o concurso formal imperfeito, já que a ação foi integralmente dolosa (apesar de orientada por diferentes espécies de dolo). Com efeito, reformou o acórdão local para restabelecer a sentença de primeiro grau.

Esse julgado, tal como outros do primeiro grupo, considerou que houve dolo na conduta, seja contra a vítima visada (dolo direto), seja contra a vítima não pretendida (dolo eventual). Contudo, o que o distingue é o fato de que o STJ partiu da premissa – reconhecida pela Corte local – de que houve erro na execução. Contudo, admitiu a ocorrência de dolo eventual contra a vítima não desejada e, portanto, não considerou incompatível o erro com o dolo eventual.

No HC 105.305/RS, 5ª Turma, de novembro de 2008 (Brasil, 2008), o impetrante arguiu a nulidade absoluta da quesitação em face da não submissão de quesito relativo a uma das teses defensivas – no caso, a desclassificação para a forma culposa quanto ao crime de homicídio praticado contra a vítima não visada.

O STJ não vislumbrou mácula no indeferimento do quesito culposos, argumentando que seria despropositado indagar aos jurados se o fato advindo do erro na execução seria culposos, pois o que importaria era a verificação do dolo no resultado dirigido contra a vítima pretendida. Como a conduta foi dolosa em relação à vítima visada, o dolo repercutiria e estender-se-ia também à vítima não desejada.

Segundo o julgado, a tese de desclassificação para a forma culposa em relação ao evento ocorrido contra a vítima não visada somente seria cabível se também fosse proposta a desclassificação para a conduta perpetrada contra a vítima visada, o que não ocorreu. Em suma, o resultado contra a vítima não visada somente pode ser doloso, pois vinculado ao resultado

pretendido; e, se reconhecido o dolo quanto à vítima desejada, este se estenderia à vítima não visada.

Por sua vez, no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* (AgRg no HC) 337.474/DF, 6ª Turma, de outubro de 2015 (Brasil, 2015), o recorrente foi condenado pelo Tribunal do Júri por três tentativas de homicídio e pediu a revisão das penas sob o argumento de que, apesar de a decisão agravada ter reconhecido a aplicação do art. 70 do CP, indevidamente não observou a regra do concurso material benéfico prevista no mesmo dispositivo.

O STJ negou provimento ao agravo regimental e manteve o concurso formal próprio, mencionando que o cúmulo material resultaria em uma pena ainda maior. No entanto, depreende-se do relatório do acórdão que o recorrente sustentou que a condenação decorrente do erro na execução deveria ter sido por lesão corporal culposa (e não tentativa de homicídio), razão pela qual postulou o concurso material benéfico, o que ensejaria uma pena menor que a do concurso formal próprio (Brasil, 2015, p. 2).

Ao examinar essa alegação, a Corte entendeu que era descabida a condenação por lesão corporal culposa por ter havido condenação por tentativa de homicídio com erro na execução, na forma do art. 73 do CP. Logo, os três crimes cometidos pelo agente foram classificados como tentativas de homicídio, dois deles por erro de execução e, dessa forma, o concurso material pretendido pelo recorrente resultaria em pena ainda maior. Portanto, atribuiu-se a natureza dolosa à conduta praticada decorrente do erro na execução, afastando-se a culpa.

Quanto ao HC 210.696/MS, 5ª Turma, de setembro de 2017 (Brasil, 2017b), o paciente foi pronunciado pela prática de homicídio doloso tentado em concurso formal com homicídio consumado em razão de erro na execução. No julgamento em plenário sobreveio a condenação por homicídio doloso tentado e homicídio culposo consumado.

Em apelação do Ministério Público, o recurso foi provido para anular o julgamento sob o fundamento de que as respostas dos jurados teriam sido inconciliáveis entre si porque, havendo um segundo resultado não pretendido quando da prática de crime doloso, ele também deveria ser punido como crime doloso, ainda que o erro decorresse de culpa do agente (imprudência, imperícia e negligência).

Impetrado *writ* visando à reforma do acórdão proferido pela Corte local, a Corte Superior entendeu que o art. 73 do CP afasta a possibilidade de se reconhecer a ocorrência de crime culposo quando decorrente de erro na execução na prática de crime doloso; ponderou-se que houve contradição entre as respostas apresentadas pelos jurados, não sanada na forma do art. 490 do Código de Processo Penal (CPP). Caracterizou-se,

então, a nulidade do julgamento e, ao fim, não se conheceu da impetração. Percebe-se aqui novamente uma posição explícita de incompatibilidade do erro na execução com a figura culposa, e a atribuição do dolo também sobre o resultado não projetado pelo agente.

No AgRg no AREsp 1.604.763/MG, 5ª Turma, de março de 2020 (Brasil, 2020a), o impetrante alegou nulidade por contradição na resposta dos jurados, pois, tendo sido reconhecido o erro na execução, o agente deveria responder por crime culposos. Em análise do pleito, o STJ reiterou o entendimento anteriormente exarado no HC 210.696/MS (Brasil, 2017b) e excluiu a possibilidade de crime culposos em se tratando de erro na execução. Para a Corte, o art. 73 do CP exclui a possibilidade de ocorrência de crime culposos quando decorrente de erro na execução na prática de crime doloso.

Finalmente, no REsp 1.853.219/RS, 6ª Turma, de junho de 2020 (Brasil, 2020b), a Corte local deu provimento em parte ao apelo defensivo para, mantida a pronúncia quanto à conduta contra a vítima visada, desclassificar de ofício a conduta decorrente do erro na execução em relação à vítima não visada para lesão corporal culposa. O Ministério Público recorreu, e o STJ restabeleceu a decisão de pronúncia, que admitira potencial dolo nessa conduta, asseverando que, se além da vítima visada, outra pessoa é atingida por imprecisão dos atos executórios, estende-se o elemento subjetivo (dolo) e aplica-se a regra do concurso formal.

Trata-se de mais um julgado em que explicitamente se considerou que o elemento subjetivo da conduta praticada contra a vítima visada (dolo) se projeta também para a vítima não visada, mesmo que o erro de pontaria tenha decorrido de conduta negligente, imprudente ou imperita do agente.

4.3 Casos inconclusivos

Os dois casos a seguir envolveram erro na execução; contudo, com base nos dados dos acórdãos pesquisados, não foi possível compreender o entendimento adotado sobre a natureza da conduta contra a vítima não pretendida ou se houve erro na execução de resultado simples ou duplo.

No Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) 1.553.373/SP, 5ª Turma, de maio de 2019 (Brasil, 2019b), o recorrente foi condenado a 14 anos e 7 meses de reclusão por homicídio consumado duplamente qualificado da vítima pretendida e erro na execução, tendo a vítima não desejada sofrido lesão corporal leve. Em princípio, a discussão envolveu dosimetria da pena, isto é, se a circunstância de ter atingido mais de uma pessoa foi empregada na primeira fase e depois novamente utilizada na terceira fase para o concurso formal.

O Juízo de primeiro grau e a Corte local não abordaram a natureza da conduta praticada contra a vítima não visada nem realizaram a dosimetria

individualizada dos crimes: limitaram-se a aplicar o aumento de 1/6 do concurso formal sobre a pena da segunda fase (12 anos e 6 meses + 1/6 = 14 anos e 7 meses de reclusão).

No exame do recurso, a Corte Superior afastou a tese de *bis in idem* e admitiu como correto o concurso formal, mas igualmente não se pronunciou sobre a natureza da conduta decorrente do erro (se culposa ou dolosa) ou sobre a ausência de dosimetria individualizada, o que seria necessário para aferir eventual concurso material benéfico.

Com base apenas na admissão do concurso formal não foi possível extrair do julgado se a conduta era culposa ou dolosa. Isto porque o aumento de 1/6 do concurso formal totalizou 2 anos e 1 mês e, portanto, foi superior à pena máxima tanto da lesão corporal culposa (2 meses a 1 ano) como da lesão corporal leve dolosa (3 meses a 1 ano). Assim, sem a individualização das penas, ficou inconclusivo o entendimento do STJ sobre a natureza da conduta praticada contra a vítima não visada.

Por sua vez, no REsp 261.886/CE, 5ª Turma, de fevereiro de 2002 (Brasil, 2002b), o agente foi levado duas vezes a julgamento pelo Tribunal do Júri e nas duas ocasiões foi arguida a tese de delito culposos, reconhecida pelos jurados. O Ministério Público alegou *error in procedendo* em decorrência da formulação do quesito sobre a culpa, mas a Corte local negou o apelo. Em Recurso Especial, o STJ entendeu que a inserção de quesito para o exame da culpa não foi “aberrante”; desse modo, admitiu a possibilidade de crime culposos. Dadas as informações constantes do acórdão, foi possível compreender que havia uma vítima virtual (pretendida) e uma vítima efetiva (não pretendida).

Todavia, não foi possível concluir se a vítima visada foi ou não atingida, nem se o agente foi pronunciado ou não por mais de um crime. Mencionou-se que a tese de crime culposos foi acolhida e houve a desclassificação, presumindo-se

que o agente foi condenado unicamente por crime culposos, ausente qualquer referência ao concurso de crimes. Pelos dados do acórdão, o máximo a que se pode chegar é que se tratou de erro na execução de resultado único e que houve a desclassificação para crime (único) culposos.⁴⁷

5 Conclusão

O erro na execução ou *aberratio ictus* constitui típico caso de desvio causal, em que há incongruência entre o idealizado e o realizado pelo agente. Um objeto é desejado, mas outro é atingido por erro ou acidente na execução.

A lei brasileira adotou a teoria da equivalência para a *aberratio ictus* e, mediante ficção legal, determina que o agente responda como se tivesse praticado o crime contra a pessoa pretendida.

Em que pese a opção legal, a teoria da concretização mostra-se mais adequada no plano dogmático, pois a imputação dolosa pressupõe a sua concretização num objeto determinado. No âmbito político-criminal, a equivalência pode gerar resultados potencialmente injustos, pois privilegia uma ficção em detrimento da realidade.

Na *aberratio ictus* de resultado duplo, a legislação brasileira desvencilha-se do sistema de crime único e admite concurso formal de delitos.

Em relação ao resultado não pretendido no erro plurilesivo, o agente deve responder pelo *plus* a título de culpa. Por outro lado, havendo dolo direto ou eventual quanto ao resultado não pretendido, não se tratará de erro ou acidente na execução, dada a inerente incompatibilidade.

Na *aberratio ictus* de resultado duplo, a identificação da natureza da conduta contra a vítima não visada (*in casu*, culposos) é essencial para

⁴⁷ Em pesquisa no sítio virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará não foram obtidas informações adicionais sobre o caso de modo a solucionar a dúvida.

a correta dosimetria da pena e influi diretamente na determinação da modalidade de concurso de crimes (material benéfico ou formal próprio), o que, por consequência, impõe a individualização das penas de cada crime, inclusive o delito praticado contra a vítima não desejada.

Quanto ao erro na execução de resultado duplo, a análise do desenvolvimento da jurisprudência do STJ (primeiro bloco) indicou que alguns julgados admitiram culpa na conduta praticada contra a vítima não visada; e outros abordaram a questão do dolo e da culpa apenas indiretamente, mas acabaram por reconhecer a incompatibilidade entre o dolo e o erro na execução.

No segundo bloco identificaram-se julgados que reconheceram, em maior ou menor grau, a conduta dolosa contra a vítima não visada, admitindo a extensão e o aproveitamento do dolo dirigido à vítima pretendida para a vítima não desejada – o que caracteriza dolo presumido ou *in re ipsa*. Outros julgados sustentaram que, mesmo decorrendo de culpa do agente por conduta imprudente, negligente ou imperita, a responsabilização ocorreria necessariamente por dolo.

A análise da jurisprudência no período da pesquisa (2002 a 2020) sinalizou uma relevante instabilidade no entendimento da Corte, que ora reconheceu crime culposos, ora crime doloso, sem o necessário *distinguishing* entre os julgados.

Cronologicamente, os acórdãos alternaram posições divergentes ao longo dos anos sem que se possa afirmar a prevalência de uma tese sobre a outra. No entanto, os julgados mais recentes – AgRg no AREsp 1.604.763/MG (Brasil, 2020a) e REsp 1.853.219/RS (Brasil, 2020b) –, de março e junho de 2020, respectivamente, afastaram a culpa no erro na execução, o que sinaliza a tendência atual em projetar o dolo na conduta praticada contra a vítima não visada.

Espera-se que, em futuras oportunidades, o STJ possa debruçar-se com maior densidade teórica no exame da *aberratio ictus* de resultado duplo e uniformizar coerentemente sua jurisprudência, de forma a distinguir entre os casos em que a responsabilização pelo resultado não pretendido na execução necessariamente advirá a título de culpa e os casos em que está presente o dolo eventual.

Sobre o autor

Fernando Martinho de Barros Penteado é mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Direito na PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; juiz de Direito no Estado de São Paulo, São Bernardo do Campo, SP, Brasil. E-mail: fernandompenteado@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. *Aberratio ictus*: estudo doutrinário e análise comparativa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 143-170, out./dez. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p143

(APA)

Penteado, F. M. de B. (2023). *Aberratio ictus*: estudo doutrinário e análise comparativa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(240), 143-170. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p143

Referências

AMBROGINI, Orestes. Da “aberratio ictus”. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 32, n. 70, p. 47-54, jul./set. 1970.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*: of public wrongs. With an introduction, notes, and textual apparatus by Ruth Paley. Oxford, UK: Oxford University Press, 2016. v. 4.

BLANCO CORDERO, Isidoro. El error en la persona en la inducción. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 23, p. 135-176, 2012.

BOHLANDER, Michael. Transferred malice and transferred defenses: a critique of the traditional doctrine and arguments for a change in paradigm. *New Criminal Law Review: an international and interdisciplinary journal*, [s. l.], v. 13, n. 3, p. 555-624, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1525/nclr.2010.13.3.555>. Disponível em: <https://online.ucpress.edu/nclr/article/13/3/555/68704/Transferred-Malice-and-Transferred-Defenses-A>. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, [1940]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 ago. 2023.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 ago. 2023.

_____. Ministério da Justiça. *Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [1983]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaoodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 17 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Agravo Interno no Habeas Corpus nº 422.707/MT*. Agravo regimental no *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Nulidade por inobservância do art. 484 do CPP. Não configurada. Erro de execução. Tese enfrentada na origem. Agravo regimental improvido [...]. Agravante: Alessandro Pereira da Conceição. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 26 de fevereiro de

2019a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702813926&dt_publicacao=13/03/2019. Acesso em: 17 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 372.202/SC*. Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Júri. Homicídio duplamente qualificado e tentativa de homicídio duplamente qualificada. Apelação. Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Incidência da Súmula n. 7 do STJ quanto às alegações de: necessidade de afastamento das qualificadoras, reconhecimento de que o réu tenha agido em legítima defesa ou sob violenta emoção e ocorrência de *aberratio ictus* quanto ao homicídio tentado [...]. Agravante: Bruno Armando Russi. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 16 de maio de 2017a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302466369&dt_publicacao=24/05/2017. Acesso em: 17 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.604.763/MG*. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Júri. Homicídios qualificados consumado e tentado. Nulidade. Contradição na resposta dos jurados. Inexistência. Erro na execução. Norma do art. 73 do CP. Pena-base. Fundamentação idônea. Discricionariedade do julgador. Recurso não provido [...]. Agravante: Edson Gonçalves de Sena. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5 de março de 2020a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903133663&dt_publicacao=18/03/2020. Acesso em: 17 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 337.474/DF*. Agravo regimental contra o indeferimento liminar de *habeas corpus*. Inevitância de constrangimento ilegal. Homicídio tentado contra três vítimas. Erro de execução. Concurso formal. Disposição do art. 73 do CP [...]. Agravante: Cleomario Oliveira Pimentel. Agravado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 15 de outubro de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502457824&dt_publicacao=05/11/2015. Acesso em: 17 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.553.373/SP*. Agravo regimental no recurso especial [...]. Erro na execução. Terceira pessoa atingida por um dos disparos de arma de fogo efetuados contra quem se pretendia ofender. Concurso formal. Causa de aumento [...]. Agravante: José Jerônimo de Lima. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Jorge Mussi, 21 de maio de 2019b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502201434&dt_publicacao=04/06/2019. Acesso em: 17 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus nº 105.305/RS*. Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Homicídio simples e tentativa de homicídio qualificado. *Aberratio ictus* com duplicidade de resultado. Alegação de ter sido a decisão do júri contrária à prova dos autos. Inocorrência. Qualificadora. Configuração. Supressão de instância. Quesitação. Nulidade não evidenciada [...]. Impetrante: Francisco da Motta Teixeira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Francisco da Motta Teixeira. Relator: Min. Felix Fischer, 27 de novembro de 2008. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800926038&dt_publicacao=09/02/2009. Acesso em: 17 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus nº 110.232/PA*. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Erro na execução. Nulidade. Ausência de votação de tese defensiva. Inocorrência. Erro material no registro dos votos. Respostas antagônicas. Inexistência. Duas vítimas. *Aberratio ictus* em unidade complexa. Sentença em desacordo com os votos dos jurados. Improcedência da alegação [...]. Impetrante: Hilário Carvalho Monteiro Junior. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Paciente: Sergio Monteiro Rocha. Relator: Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), 28 de abril de 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801470254&dt_publicacao=20/06/2011. Acesso em: 17 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus nº 210.696/MS. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Verificação de constrangimento ilegal que justificaria a concessão da ordem de ofício. Não ocorrência. Homicídio doloso. Erro na execução. Pluralidade de resultados. Tribunal do Júri. Quesitos inconciliáveis. Contradição na resposta aos quesitos. Apelação. Anulação do julgamento. Possibilidade. Ordem não conhecida [...]. Impetrante: Éder Carlos Moura Candado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Paciente: Phellige Rodrigues Nunes de Carvalho. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 19 de setembro de 2017b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101433649&dt_publicacao=27/09/2017. Acesso em: 17 ago. 2023.*

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus nº 239.834/RS. Habeas corpus. Tripla tentativa de homicídio e homicídio consumado. Erro na execução. Supressão de instância. Inviabilidade de discussão na via estreita do writ. Dolo eventual suficientemente demonstrado. Pena. Dosimetria. Circunstâncias judiciais. Fundamentação suficiente. Ordem não conhecida [...]. Impetrantes: Maria Cezalpina Peixoto Anadon e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Samuel Constantino Lopes. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 10 de maio de 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200789236&dt_publicacao=19/05/2016. Acesso em: 17 ago. 2023.*

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Especial nº 138.557/DF. Criminal. REsp. Júri. Homicídio qualificado tentado e consumado. Recurso ministerial que pretende a aplicação da regra do concurso formal imperfeito. Aberratio ictus. Autonomia de desígnios caracterizada. Recurso ministerial provido [...]. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Ricardo de Brito Rocha. Relator: Min. Gilson Dipp, 14 de maio de 2002a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700457494&dt_publicacao=10/06/2002. Acesso em: 17 ago. 2023.*

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Especial nº 261.886/CE. Processual penal. Recurso especial. Homicídio. Quesitação. Aberratio ictus. Homicídio culposo [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Ceará. Recorrido: Francisco José Albuquerque de Freitas. Relator: Min. Felix Fischer, 19 de fevereiro de 2002b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000553050&dt_publicacao=11/03/2002. Acesso em: 17 ago. 2023.*

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Especial nº 439.058/DF. Recurso especial. Penal e processo penal. Aberratio ictus. Concurso formal de delitos. Pena [...]. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Adonilson Freire dos Santos. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca, 13 de maio de 2003. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200614200&dt_publicacao=09/06/2003. Acesso em: 17 ago. 2023.*

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial nº 1.250.950/DF. Penal e processo penal. Recurso especial. Violação ao art. 92, I, “b”, do CP. Dissídio jurisprudencial. Inocorrência. Perda do cargo público [...]. Agravo em recurso especial. Violação aos arts. 70, 1ª parte, 73, do CP. Negativa de vigência aos arts. 18, 2ª parte, 69 e 70, 2ª parte, do CP. Erro na execução. Dolo eventual. Análise que demanda reexame fático e probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo em recurso especial a que se nega provimento [...]. Recorrente: Eder Douglas Santana Macedo. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Agravante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Agravado: Eder Douglas Santana Macedo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 19 de junho de 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101007518&dt_publicacao=27/06/2012. Acesso em: 17 ago. 2023.*

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial nº 1.779.570/RS. Recurso especial. Penal e processual penal. Tribunal do Júri. Pronúncia. Dupla tentativa de homicídio. Erro na execução. Dolo eventual. Índícios mínimos. Submissão ao conselho de sentença. Necessidade [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Osmar Krutri. Relatora: Min. Laurita Vaz, 13 de agosto de 2019c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803016841&dt_publicacao=27/08/2019. Acesso em: 17 ago. 2023.*

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial nº 1.853.219/RS*. Recurso especial. Tribunal do Júri. Pronúncia. Homicídio doloso. Erro na execução. *Aberratio ictus* com duplicidade de resultado. Dolo. Extensão à conduta não intencional. Incidência do art. 73, última parte, do CP. Aplicação do concurso formal. Recurso especial provido [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luis Fernando Barbosa de Lima. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 2 de junho de 2020b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetFnteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903710702&dt_publicacao=08/06/2020. Acesso em: 17 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. [Sítio eletrônico do STJ]. Brasília, DF: STJ, [2023b]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio/>. Acesso em: 17 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Súmula nº 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. *Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, DF, ano 1, n. 1, p. 143-193, nov. 2005. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf. Acesso em: 17 ago. 2023.

BROETO, Filipe Maia. “Aberratio ictus”, erro na execução ou erro de golpe: uma análise comparativa entre os sistemas penais brasileiro e argentino e a necessidade de superação da teoria da equivalência em respeito ao princípio da culpabilidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 110, n. 1.029, p. 79-100, jul. 2021.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

CARDENAL MURILLO, Alfonso Carlos. Atribución dolosa y relevancia del “error in obiecto” y de la “aberratio ictus” tras la reforma penal de 1983. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 43, p. 45-68, 1991.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aberratio ictus* ou erro na execução: vestígio de responsabilidade penal objetiva no Código Penal? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 227, p. 14-15, out. 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O crime aberrante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

COURTIS, Christian. El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática. In: _____ (ed.). *Observar la ley*: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006. p. 105-156. (Estructuras y Procesos. Derecho).

CROFTS, Penny. The identic turn: the culpability of accessories and perpetrators. *Legal History Turns*, [s. l.], v. 33, n. 1, p. 37-59, Mar. 2015. DOI: <https://doi.org/10.26826/law-in-context.v33i1.63>. Disponível em: <https://journals.latrobe.edu.au/index.php/law-in-context/article/view/63/127>. Acesso em: 17 ago. 2023.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. 1.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça (1. Turma Criminal). *Recurso em Sentido Estrito nº 20000710144273RSE*. Recurso em sentido estrito. Tentativas de homicídio – *Aberratio ictus*. Vítimas efetiva e virtual – Execução continuada. Unidade delituosa. Art. 73 do Código Penal [...]. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Adonilson Freire dos Santos. Relator: Des. Everards Mota e Matos, 16 de agosto de 2001. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/>. Acesso em: 17 ago. 2023.

ELDAR, Shachar. The limits of transferred malice. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, UK, v. 32, n. 4, p. 633-658, Oct. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqs027>.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Esquematizado).

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro*: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FONSECA, Luiz Vidal da. Do erro na execução com desígnios autônomos e a prescrição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 794, p. 505-510, dez. 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 15. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FRANCO, Alberto Silva. Art. 73 – Erro na execução. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 402-403.

GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2015. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HORDER, Jeremy. Transferred malice and the remoteness of unexpected outcomes from intentions. *Criminal Law Review*, London, p. 383-398, May 2006.

HUSAK, Douglas N. Transferred intent. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 65-97, 1996. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ndjlepp/vol10/iss1/4/>. Acesso em: 17 ago. 2023.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada y amp. Granada: Comares, 2002. (Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica).

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*: parte geral. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: arts. 28 a 74. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 2.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal*: parte geral: lições fundamentais. 7. ed. São Paulo: D'Plácido, 2022.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal*: fundamentos e teoria do delito. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. rev. y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. “Aberratio ictus” e júri. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 50, n. 312, p. 729-730, out. 1961.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Funcionalismo e dogmática penal: ensaio para um sistema de interpretação. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. (coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito*: homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 387-400.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. [Comentário em contracapa]. In: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O crime aberrante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. Da aplicação da regra do concurso material em caso de concurso formal. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 1., 1981, Brasília, DF. *Anais* [...]. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Política Penitenciária, 1982. p. 155-157.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 1.

ROIG TORRES, Margarita. *El concurso ideal de delitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. (Tirant Monografías, 779).

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SEQUEIRA, Vanessa Freire de Brito. *Aberratio ictus*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3020/1/ABERRATIO%20ICTUS.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2023.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Aberratio ictus” e imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 37, n. 2, p. 347-386, 1984. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/114>. Acesso em: 17 ago. 2023.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TOMLIN, Patrick. Accidentally killing on purpose: transferred malice and missing victims. *Law and Philosophy*, [s. l.], v. 41, n. 2-3, p. 329-350, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10982-021-09421-x>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10982-021-09421-x>. Acesso em: 17 ago. 2023.

TORELLY, Márcia Weinert de Abreu. Código Penal: anteprojeto de lei (parte geral) comparado ao Código vigente. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 18, n. 70, p. 305-374, abr./jun. 1981. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181282>. Acesso em: 17 ago. 2023.

TORRES, Antonio Eugenio Magarinos. Conceito jurídico do erro de pontaria (*aberratio ictus*). *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 10-11, n. 1, p. 175-187, set./dez. 1935.

WESTEN, Peter K. The significance of transferred intent. *Criminal Law and Philosophy*, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 321-350, May 2013. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11572-012-9169-6>.

WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto: a la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*. In: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 121-158.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

Dimensionando a institucionalização do CNJ

As duas faces do processo em análise

CAROLINE BIANCA GRAEFF

ÁLVARO AUGUSTO DE BORBA BARRETO

Resumo: Diferentes fatores têm moldado a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a abrangência do seu poder no interior do Judiciário, o qual se encontra em constante disputa e negociação com outros atores institucionais e no interior do próprio CNJ. O texto apresenta as duas faces que se articulam e contribuem para a definição dos caminhos do Conselho, a exógena e a endógena. Objetiva também analisar as dimensões que permitem compreender a institucionalização do CNJ, por meio da aplicação das teorias de Polsby (2008), McGuire (2004) e Huntington (1975). Com as bases teóricas apresentadas, demonstra-se que a institucionalização do CNJ pode ser considerada um processo em andamento e que, para compreender como se vêm consolidando as definições em torno desse processo, é necessário olhar para situações concretas, incorporar a agência nas análises e observar as discussões e disputas não somente internas ao Conselho, bem como as externas a ele.

Palavras-chave: Conselho Nacional de Justiça; construção institucional; institucionalização.

Dimensioning the institutionalization of the CNJ: the two faces of the process under analysis

Abstract: Different factors have been shaping the performance of the National Council of Justice (CNJ) and the scope of its power within the Judiciary, which is in constant dispute and negotiation with other institutional actors and within the CNJ itself. The text presents the two faces that articulate and contribute to the definition of the Council's paths, the exogenous and the endogenous. Still, the article aims to carry out an analysis of the dimensions that allow understanding the institutionalization of the CNJ, through the application of the theories of Polsby (2008), McGuire (2004) and Huntington (1975). From the theoretical bases

Recebido em 5/6/23
Aprovado em 29/9/23

presented, it is demonstrated that the institutionalization of the CNJ can be considered an ongoing process and that, in order to understand how the definitions around this process have been consolidating, it is necessary to look at concrete situations, incorporating the agency to the analyzes and observing discussions and disputes internal and external to the Council.

Keywords: National Council of Justice; institutional building; institutionalization.

1 Introdução

O artigo propõe um debate sobre uma parte específica da estrutura estatal brasileira: o Poder Judiciário. Historicamente, cada esfera desse Poder tem atuado com ampla autonomia no exercício de sua gestão interna, e a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) alterou esse cenário. A sua inserção no panorama institucional revelou um caminho repleto de disputas que percorreram as discussões sobre a sua existência, a forma como ele deveria ser implantado, atribuições e composição.

Entende-se que as disputas que antecederam a criação do CNJ não cessaram – e novas discussões e enfrentamentos implicam possíveis reconfigurações. Com base nisso, diferentes fatores têm moldado a atuação do Conselho, o qual se encontra em constante disputa e negociação com outros atores institucionais e no seu próprio interior.

Desse modo, o Conselho passa por um processo de institucionalização após a sua inserção formal no Poder Judiciário; e, para compreender esse processo, é necessário explorar as duas faces que se articulam e contribuem para a definição dos caminhos do Conselho, a exógena e a endógena. Com base nelas, o artigo objetiva realizar um estudo das dimensões que permita compreender a sua institucionalização. Para isso, apresenta-se uma análise crítica esteada em teses, dissertações, artigos publicados em livros e revistas, além de textos legais, decisões judiciais e atos normativos do CNJ.

O artigo está dividido em três partes, além desta introdução e da conclusão. Na primeira seção analisa-se a chamada *construção exógena* – ou seja, a forma como o relacionamento do CNJ com outras instituições tem determinado os limites e as diretrizes da sua atuação. Num segundo momento, apresenta-se a *construção endógena*, relativa aos conflitos travados internamente, numa abordagem baseada no relacionamento entre os diversos agentes pertencentes ao órgão. Por último, dimensiona-se

esse complexo processo de institucionalização por que passa o CNJ com fundamento nas teorias de Polsby (2008), McGuire (2004) e Huntington (1975); e propõe-se uma reflexão sobre os diversos caminhos e obstáculos a serem superados para a reformulação do Judiciário.

2 A construção exógena

Obviamente, a institucionalização do CNJ não é um processo que se encerrou com sua configuração formal pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004. Os seus contornos têm sido definidos no relacionamento da instituição com outras organizações e com seus próprios integrantes. As diretrizes daí resultantes têm modelado a forma como o Conselho atua, o âmbito de suas competências, bem como seus limites e a forma como ele se insere no Poder Judiciário.

Nesse cenário, cada decisão do Conselho abre margem para discutir sua construção no interior do Judiciário. Ao tratar do tema, Falcão, Lennertz e Rangel (2009, p. 111) argumentam que a decisão do CNJ numa questão administrativa específica (a que os autores denominam *judicial administrativa*) não define apenas o caso concreto, mas também os contornos da institucionalização do próprio CNJ.

Essa percepção também figura em Feitosa (2007, p. 60), que afirma:

a superação parcial das discussões sobre o poder regulamentar conferido ao CNJ e sobre a constitucionalidade da EC45 transferiu as investidas contra as atividades do Conselho para uma contestação fragmentária e pulverizada. Iniciou-se uma rotina de questionamentos sobre os controles administrativos, as medidas disciplinares e a aplicação das determinações do Conselho. Nesta nova fase, encontra-se também um processo de definição dos limites do poder atribuído ao CNJ, contudo tal delimitação possui outra natureza. Enquanto no primeiro momento, poucas e relevantes ações concentravam os temas nucleares para a sobrevida do Conselho, no segundo momento, um grande número de ações parece destinada a testar a extensão da capacidade do órgão de interferir sobre assuntos pontuais e difusos na rotina administrativa dos tribunais.

A essa linha o artigo de Falcão, Arguelhes e Cerdeira (2012) acrescenta outro elemento analítico: o desenho institucional do CNJ, que, por mais detalhado e explícito que seja, não é autoaplicável, tampouco definitivo. Como todo texto legal, ele se constrói, ganha contornos mais nítidos e consolida-se por seus intérpretes – situações em que há confronto de diferentes visões sobre o sentido do texto e das decisões tomadas pelo Conselho. Isso não significa dizer que o texto normativo não tenha intencionalidades, que não crie condicionalidades para os choques de

interpretação e que não seja ele próprio, em sua forma original, produto de disputas e de consensos. Ao contrário, o texto não é a realidade, é o ponto de partida para novas disputas que pretendem construir os seus significados e possíveis efeitos.

Conforme Ribeiro e Arguelhes (2015b, p. 468) e Falcão, Arguelhes e Cerdeira (2012, p. 51), o STF é um palco privilegiado, pois, sempre que houver conflitos em torno da constitucionalidade de uma medida tomada, a ele cabe decidir. Logo, “o STF acaba sendo um espaço de diálogo sobre como o Conselho *deveria* ser desenhado” (Ribeiro; Arguelhes, 2015b, p. 469).

A consequência desse pressuposto é que especialmente os grupos contrários à existência do CNJ ou que questionam a extensão das prerrogativas do órgão demandarão ao STF, com a alegação de inconstitucionalidades em atos e em decisões do CNJ, com vistas a redefinir (e restringir) sua identidade constitucional. O mote será sempre reivindicar casos concretos (normas editadas pelo CNJ) para questionar a interpretação da Constituição.

Os argumentos contrários ao CNJ continuam a girar em torno do respeito ao pacto federativo e à separação dos Poderes – os mesmos que compunham a primeira Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) que o contestava ao ser analisada pelo STF, em 2005, a ADI 3.367/DF. Contudo, há um elemento mais “político” em torno dessa estratégia: especular com o fato de que mudanças na composição do STF permitam alterar a correlação de forças e, assim, tornar possível reverter decisões (e derrotas), bem como reinterpretar dispositivos constitucionais para limitar competências específicas.

Na visão dos autores, como o STF precisa responder às demandas apresentadas e não tem como descartá-las – embora possa determinar

o *timing* da resposta –, a consequência é sempre um momento de instabilidade institucional para o CNJ (Falcão; Arguelhes; Cerdeira, 2012, p. 52). Em vista desse cenário, alertam para a relevância de verificar o modo como o STF tem reagido a tais estratégias e, com isso, tem configurado o que chamam de *processo de construção da identidade e das competências do CNJ* – uma tarefa que só pode ser cumprida por meio de pesquisa empírica, cujas abordagens normativas não permitem obter as respostas necessárias.

Com tal aporte analítico, a investigação de Falcão, Arguelhes e Cerdeira (2012) abrange o período 2005-2009. As de Ribeiro e Arguelhes (2015a, 2015b), os anos entre 2005 e 2013. Os achados indicam que as ações envolvendo o CNJ no STF são quantitativamente irrelevantes. Entre elas, preponderam os mandados de segurança, entre cujos litigantes há atores do próprio sistema de justiça e temas a eles relacionados – e que envolvem juízes, servidores públicos, concursos, cartórios.

Jimenez (2014) também investiga como, entre 2004 e abril de 2014, o STF se manifestou em relação a ações propostas em face do CNJ ou que o têm como interessado, bem como a ações julgadas pelo plenário que direta ou indiretamente geram efeitos no CNJ. Os resultados corroboram os achados anteriores: o material analisado abrange 655 ações, com concentração de mandados de segurança (535) contra algumas medidas específicas – como a Resolução nº 7 (nepotismo), que mereceu 30 deles, e as Resoluções nºs 80 e 81, que determinaram a vacância de cargos de titulares de serventia ocupados sem provimento em concurso público, e motivaram 281 mandados de segurança e uma ADI. Diante desses resultados, a autora observa que o STF se transformou numa “instância recursal do CNJ, tal qual o é o tribunal de justiça para [...] os juízos de

primeira instância” e que “o aumento de ações ajuizadas não se deve a discussões de cunho institucional, mas sim de caráter individual na busca de impedir a ação administrativa de controle, gestão e fiscalização do CNJ” (Jimenez, 2014, p. 44-45).

Ainda nessa linha, Fragale Filho (2010) concentrou-se nos órgãos de classe dos magistrados e suas estratégias de ação em face das decisões do CNJ. Ele intenta saber que demandas foram apresentadas e se havia diferenças entre elas, conforme o tipo de associação; caso existissem, elas poderiam corresponder a distintas concepções em torno da profissão que essas entidades representavam. Especificamente, o autor abordou: a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), a Associação Juízes para a Democracia (AJD), a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages) e a Associação Brasileira de Magistrados, Procuradores e Promotores Eleitorais (Abramppe).

Os resultados apontaram para uma mobilização intensa e diversificada da AMB, abarcando todas as categorias utilizadas pelo autor para classificar os processos, ao passo que a Anamatra e a Ajufe estavam mais concentradas em questões relativas à remuneração e à política judiciária; por sua vez, a última se ocupa também da organização judiciária. As demais entidades não acionaram o CNJ uma quantidade de vezes que permitisse alguma interpretação segura.

Quando a questão envolve ADIs, Falcão, Arguelhes e Cerdeira (2012) e Ribeiro e Arguelhes (2015a, 2015b) observam que os demandantes têm o mesmo perfil dos autores dos mandados de segurança, preponderando associações de classe de magistrados, e constatam que o STF tem sido muito cauteloso

ao apreciá-las, preferindo não emitir juízos definitivos, o que gera permanente e renovada incerteza em torno da identidade constitucional do CNJ.

Há alguns momentos-chave nesse processo de “construção institucional” do CNJ, realizado pelo STF ao decidir favoravelmente sobre os limites de atuação do órgão. Além da já comentada ADI 3.367/DF, destacam-se duas decisões.

Uma delas é a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 12/DF, que a AMB apresentou à Resolução nº 7/2005 do CNJ, relativa à proibição de nepotismo nos órgãos judiciais. A discussão era em torno da possibilidade de o CNJ exercer poder normativo autônomo e de natureza primária ou somente para complementar leis já estabelecidas. O STF afiançou a constitucionalidade do poder normativo das resoluções do CNJ no âmbito de sua competência, o que favorece a sua atividade e neutraliza as pretensões de bloqueá-lo. Inicialmente, fez isso em 2006, em análise de medida cautelar; repetiu-o em 2008, no julgamento do mérito.

A fundamentação foi a alegação de que a Resolução estava baseada diretamente no texto constitucional. Ou seja, o órgão pode seguir “imediatamente a vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma”, como anotou o ministro relator do STF, Ayres Britto (Brasil, 2006, p. 19). No caso específico, ela decorria do dever conferido ao CNJ de zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), conforme o art. 103-B, § 4º, II (Brasil, [2023]).

A outra ocorreu no âmbito da ADI 4.638/DF (Brasil, 2012), proposta novamente pela AMB, cuja votação foi concluída em fevereiro de 2012. Ela contestava a Resolução nº 135 do CNJ, sob a alegação de que a possibilidade de processar administrativamente magistrados

era subsidiária às corregedorias estaduais, de modo que o CNJ só poderia agir depois dos tribunais, jamais antes ou concomitantemente. Se a Resolução nº 135 fosse considerada inconstitucional, o escopo de atuação do Conselho seria drasticamente reduzido.

Na questão principal, o entendimento do STF foi definido por maioria mínima e indicou que as competências disciplinares do CNJ e dos tribunais eram concorrentes, o que lhe tornava possível a atuação, ainda que as corregedorias não o tivessem feito. Não por acaso, Silveira (2016, p. 16) chamou essa decisão de *segunda certidão de nascimento* do CNJ. Sadek (2015, p. 300) considera que essa ADI evidenciou um grau elevado de tensão entre membros do Judiciário e o CNJ (notadamente a Corregedoria Nacional), em cujo cerne se questionava a própria identidade do CNJ e contestava-se a abrangência de sua atuação.

Outro estudo é a tese de Chaves (2019) de que o CNJ é uma “obra em construção”, na qual vigoram diferentes episódios de disputa política, que se apresentam sob a forma de embates em torno do conteúdo e da extensão das normas jurídicas. O autor considera que o CNJ não é uma instituição criada apenas para reformar a gestão e a administração do Judiciário; ele visa também ampliar os mecanismos de controle, prestação de contas e disciplina sobre juízes e tribunais, com vistas a alcançar mais eficiência e eficácia. Ele o concebe também, e principalmente, como uma modalidade peculiar de governo judicial, isto é, de órgão que procuraria criar “pontes” num Judiciário que é formado por ilhas excessivamente autônomas, isoladas e sem coesão – daí a inexistência de formas de controle, de políticas públicas e até mesmo de sistemas de informação integrados. Soma-se a essas características um Poder, que, cioso dessa independência, torna-se ainda mais refratário ao incremento de sua coesão e ao desenvolvimento de políticas concertadas.

Se esse cenário por si só anuncia dificuldades políticas para que o CNJ cumpra o seu papel, outras peculiaridades tornam o quadro mais agudo e complexo. O autor destaca que a mudança que a criação do CNJ deveria propiciar foi realizada sem que o modelo organizativo do Judiciário sofresse qualquer mudança de fôlego. Ou seja, um órgão centralizador e integrador foi introduzido, o que implica a redução do insulamento das cortes e dos juízes, sem que tivesse sido alterada a autonomia formal das muitas partes que compõem o Judiciário. Para ele, essas prerrogativas que asseguram a autonomia “exercem uma força fragmentadora e insular sobre o tecido judicial, resultando em uma série de problemas e desafios para a consecução da administração da Justiça e, nesse sentido, para o governo judicial” (Chaves, 2019, p. 46).

Nesse panorama, o autor dispõe-se a analisar como se relacionam o CNJ e os órgãos insulados do Judiciário. O foco é a convivência dele com

o *Estatuto da Magistratura*, destinado a assegurar a unidade nacional e a integridade do estatuto profissional dos juizes, e com as normas estaduais sobre a organização de suas justiças ou disposições regimentais dos Tribunais de Justiça (TJs), as quais, em teoria, não o podem contrariar, embora o façam recorrentemente. Portanto, para Chaves (2019, p. 36), a questão é saber se

o modelo de governo judicial no Brasil tem sido capaz de assegurar que os seus juizes estejam [...] subsumidos a um mesmo e único “estatuto”; ou se, ao contrário, a difusidade judicial tem – na verificação empírica da institucionalidade de seus órgãos – implicado a fragmentação estatutária dos magistrados.

A investigação empírica procurou, inicialmente, observar as decisões do STF relativas ao *Estatuto da Magistratura*, entre maio de 1979 e fevereiro de 2019, para identificar quais temas seriam, conforme a interpretação da Corte constitucional, formalmente reservados ao *Estatuto* e que, portanto, não poderiam ser disciplinados por outras fontes normativas – no caso específico do estudo, as originárias dos estados (Chaves, 2019, p. 402).

Foram identificados 126 casos em que o texto normativo se relacionava com o problema da unidade estatutária da magistratura e houve decisão do STF. Desse total, 58,7% se referem à legislação infraconstitucional (federal ou estadual), 72,2% têm por origem o âmbito estadual, envolvendo leis aprovadas pelas Assembleias Legislativas, decisões internas dos TJs etc.; desse total, 78% foram invalidados, pois invadiam indevidamente o escopo do *Estatuto da Magistratura*.

Quanto à temática, o autor verificou que se consideraram reservadas ao *Estatuto* questões como: critérios para aferição da antiguidade na carreira; direitos e vantagens da magistratura; vedação à acumulação de cargos; eleição para cargos de direção dos tribunais; controle da presença do juiz na sede da comarca; critérios de promoção por antiguidade e merecimento na carreira; critérios para a remoção voluntária de magistrado; procedimento disciplinar instaurado contra magistrado; ingresso na carreira da magistratura; fixação de férias coletivas.

O passo seguinte da investigação foi analisar amostras de textos normativos estaduais que, além de estampar como é fragmentado e difuso o *Estatuto da Magistratura*, também representariam violação à unidade funcional do estatuto profissional dos juizes como integrantes de um Poder Judiciário uno e nacional. O autor identificou alguns casos, dentre os quais se destacam dois: a) lei do Estado de Santa Catarina, de 2006, que criou o *Estatuto da Magistratura* estadual, ainda vigente e não contestada no STF; e b) lei do Estado do Rio de Janeiro, de 2009, que dispõe sobre os fatos funcionais da magistratura estadual, objeto de ADI no STF desde

2010, mas ainda vigente, pois não há decisão até o momento. Com esteio nesses achados, o autor afirma que, em virtude das

dimensões da Federação e a dinâmica ineficiente de impugnação de leis locais, supostamente em descompasso com a unidade funcional, tudo está a indicar que o “arquipélago da Justiça” também é um “arquipélago estatutário” da Magistratura, não apenas por negar a unidade funcional, mas também por esvaziar e nulificar a própria imagem de um Poder Judiciário uno e nacional. Nesse contexto, a autonomia dos tribunais – inclusive quanto a iniciativa de leis que deveriam, em tese, dispor apenas sobre organização judiciária e outros temas expressamente delineados pela Constituição – acabou distorcida, capturada que foi por proposições, boa parte de cariz corporativo-funcional, que conservam e alimentam uma realidade fragmentada e difusa do aparato judicial (Chaves, 2019, p. 426).

O autor também questionou em que medida o CNJ poderia alterar essa realidade de “concorrência intrajudicial”, por ser órgão do sistema judicial. Chaves (2019) parte do pressuposto de que o CNJ pode anular decisões dos tribunais que contrariem o *Estatuto da Magistratura* e que considere ilegais ou abusivos – o que está previsto no art. 103-B, § 4º, I e II. No entanto, verifica que

o próprio Conselho Nacional de Justiça e, principalmente, o Supremo Tribunal Federal, têm estabelecido algumas posições que, na prática, implicam importantes bloqueios à atividade do órgão como centro de controle efetivo da atividade administrativa e, em especial, da unidade do Estatuto, conservando e até permitindo a ampliação da difusidade estatutária (Chaves, 2019, p. 443).

Dentre esses bloqueios o autor especifica a situação observada por Moreira (2015): a de considerar uma questão judicializada como

limitadora do conhecimento, da discussão e da decisão do CNJ, restrito que deve estar aos aspectos administrativos.

Outro campo em que a ação é neutralizada reside nas decisões do STF que invalidam as do CNJ por considerar que ele não pode emitir juízo sobre a constitucionalidade de leis – o que, como relatado a seguir, foi revisto pelo STF mais recentemente. Assim, ele conclui que “pouco pode operar o CNJ para cumprir, de ofício ou mediante provocação, o comando constitucional de ‘zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura’ (art. 103-B, § 4º, inciso I, CF)” (Chaves, 2019, p. 449).

Apesar disso, o autor encontra o que chamou de sinais do STF, ainda não inteiramente estabilizados, cuja intenção é assegurar que o CNJ desempenhe sua função de governo judicial, de controle do *Estatuto da Magistratura* e enfatize a unidade nacional da categoria (Chaves, 2019, p. 450). O exemplo vem de uma decisão de 2016, a Ação Cautelar (AC) 2.390/PB, relativa à discussão sobre os efeitos da Lei nº 8.223/2007, do Estado da Paraíba, que criou diversos cargos comissionados de assistentes de administração. Ao fim, o STF reconheceu que o CNJ pode exercer controle de constitucionalidade, cuja determinação encontra respaldo no art. 103-B, § 4º, II, que atribui ao Conselho zelar pela observância do art. 37 da CRFB.

3 A construção endógena

Outro olhar sobre a mesma temática é o da construção endógena, o qual implica observar como a institucionalização do CNJ se vem moldando pelas dinâmicas internas do órgão. Esse viés de análise está na argumentação de Ribeiro e Arguelhes (2015a). Eles ponderam que a judicialização vista na seção anterior é a face exógena da tentativa de direcionar a construção institucional

do CNJ – mas que também é possível buscar uma alternativa no próprio órgão para atingir esses mesmos objetivos. E, se produz efeitos, ela limita a necessidade de demandas exógenas.

Ribeiro e Arguelhes (2015b, p. 468) lembram que um dos palcos desses conflitos interpretativos é o próprio CNJ. O cotidiano de funcionamento “se torna um espaço de constante debate interno sobre o seu papel e os seus poderes”, cujas deliberações estabelecem, ainda que indiretamente, o desenho da instituição. Em particular, os autores se referem à possibilidade de os magistrados “capturarem” o CNJ, servindo-se de sua condição majoritária no Conselho:

procura-se modificar as atribuições do CNJ através da alteração das regras e procedimentos internos de tomada de decisão pelos quais o poder de *policy* é exercido. Mas, para isso, é preciso “ocupar” os espaços de poder dentro do próprio Conselho; ou seja, é preciso que determinados atores “capturem” o órgão e o usem para implementar seus interesses e objetivos – ou, no mínimo, para bloquear a edição de *policies* e regulações que conflitem com esses interesses e objetivos (Ribeiro; Arguelhes, 2015a, p. 240).

Aliás, esse risco é identificado em vários conselhos judiciais. Por exemplo, Garoupa (2011, p. 36) vincula-o não simplesmente à presença majoritária de membros oriundos da magistratura, mas também ao que chama de *assimetria de informação* dos juízes relativamente à atividade judicial. Em decorrência dessa assimetria, os magistrados ou órgãos específicos do Judiciário podem capturar o Conselho, de forma a promover interesses corporativos. Um dos efeitos desse fenômeno é acautelar o desempenho eficaz do órgão, que se torna mais tímido e domesticado ao longo do tempo.

O problema é que, ao contrário da busca do controle pela via exógena, a ideia do controle endógeno é mais uma hipótese do que um

conjunto de evidências que a confirme, segundo os próprios autores (Ribeiro; Arguelhes, 2015a). Um dos elementos que torna mais difícil encontrar essas evidências são as dificuldades metodológicas que o desenho institucional do CNJ apresenta para as pesquisas, notadamente o curto mandato dos conselheiros – o que faz dele um órgão de rápida alternância em sua composição e torna mais complexo identificar o comportamento dos conselheiros. Porém, essa mesma alternância é utilizada pelos autores como um argumento em favor da hipótese da “captura”, pois ela faz com que os magistrados de 1º grau que atuam no CNJ retornem, em curto período, às suas atividades cotidianas, ocasião em que “voltarão a responder hierarquicamente aos desembargadores que talvez tenham desagradado com seus votos no Conselho” (Ribeiro; Arguelhes, 2016, p. 31-32). Tal situação diz respeito à chamada *independência interna e comportamental do juiz* (Facchini Neto, 2009; Russell, 2001; Zaffaroni, 1995).

Uma ação autônoma no CNJ poderia tornar esses juízes malvistas e trazer prejuízo às expectativas de ascensão na carreira ou de remoção para localidades mais atraentes, e ambas as possibilidades dependem dos tribunais para se efetivarem. Ao contrário, se eles se mostrarem cordatos e defenderem os interesses corporativos – que também são os deles –, poderão não só alcançar esses benefícios como recebê-los mais rapidamente.

Essa peculiaridade do desenho institucional do CNJ e a ponderação sobre os efeitos que ela pode causar no processo decisório do órgão já havia sido anotada por Franco (2015, p. 63). Segundo ele,

[h]á conselheiros novos, ainda no início de suas carreiras, e que devem trilhar percursos institucionais longos – afirmação válida para carreiras públicas. Estes conselheiros

convivem no mesmo colegiado com membros de hierarquia superior na carreira e com membros dos mais altos Tribunais do país – afirmação válida principalmente para juízes em relação a desembargadores e para ambos em relação aos Ministros.

Ribeiro e Arguelhes (2016) citam duas situações que interpretam como indícios do processo da “captura corporativa” que aventaram. Uma é a formação de dois conselhos consultivos para assessorar a Presidência do CNJ, criados por iniciativa do ministro Ricardo Lewandowski quando ocupava o cargo em 2015. O primeiro é formado por associações de magistrados; o segundo, por membros do colégio permanente de presidentes de tribunais. Tais conselhos são considerados canais institucionais para influenciar decisões políticas do CNJ a respeito da gestão e administração da Justiça. A outra é a Resolução nº 226/2016 sobre a amplitude da definição de exercício da atividade docente por magistrados, cuja versão aprovada pelo CNJ é, segundo eles, menos restritiva do que a originalmente proposta.

Esses dois episódios corroboram a avaliação que Sadek (2015, p. 299, 2016, p. 116) fez da gestão de Lewandowski (10/9/2014 a 11/9/2016), quando ela ainda estava em andamento: “tem sinalizado na direção de reduzir o protagonismo da instituição”, como reforçam Recondo e Mendes (2016, p. 58), ao se reportarem ao primeiro ano do ministro como presidente do CNJ, pois acarretou a perda de relevância do órgão e na colocação de um “freio” no Conselho, pondo em risco suas funções de normatização e de fiscalização. Para os autores,

o ministro imprimiu uma pauta corporativa, defendendo interesses dos juízes, como o pagamento de auxílio moradia, reajuste salarial e uma proposta de novo estatuto da magistratura repleto de novos penduricalhos,

privilégios e prerrogativas que fazem aprofundar o encastelamento dessa classe profissional (Recondo; Mendes, 2016, p. 57).

Outro adepto dessa hipótese da “captura corporativa” é Fragale Filho (2013), que busca evidências que comprovem sua interpretação por meio da análise do processo de indicação dos membros do CNJ. O argumento é que as instituições responsáveis por indicar conselheiros adotaram diferentes estratégias para definir os nomes, mas convergem para bloquear a participação da sociedade civil no plenário do CNJ – o que inclui os cidadãos a serem selecionados pelas duas Casas do Poder Legislativo. Desse modo, apesar de sujeitos a heterogêneos interesses, estes giram em torno da lógica interna do Judiciário. Na mesma direção, pondera que a alta rotatividade dos membros do CNJ não altera essa “captura”, embora possa causar impacto na dinâmica de funcionamento do órgão – o que será comentado adiante.

Koerner e Fragale Filho (2015, p. 66) adotam essa interpretação e enfatizam que a agenda do CNJ tem sido gerada endogenamente, que seu processo decisório é prisioneiro da representação corporativa e centralizada de sua composição, pois, “na verdade, a incorporação do CNJ na estrutura burocrática do Poder Judiciário, a captura do processo de indicação de seus membros pelas instâncias representadas e a presença exclusiva de bacharéis explicam sua atuação com foco e propósitos internos ao Judiciário”.

Essa visão conflui para a de Santaolalla López (2001-2002) ao analisar o conselho judicial espanhol. Sem precisar discutir o modo como o órgão atua, o autor classifica-o como “corporativo” simplesmente por evidenciar o predomínio de membros oriundos da magistratura. Ele vincula essa origem ao tipo de interesses profissionais que serão defendidos. Ou seja, a “captura” não seria o resultado do desempenho dos atores, e sim estaria prevista no próprio modelo adotado,

em nome do autogoverno e da independência judiciais.

É convincente o argumento de Fragale Filho (2013) em torno de uma “captura corporativa” presente já no desenho institucional, e ele apresenta evidências que o corroboram. No entanto, persiste um hiato, pois o texto não demonstra eficazmente como a “captura corporativa” se tem manifestado nas decisões do CNJ, o que ele próprio reconhece ao afirmar “que um exame do conteúdo decisório do Conselho [é] necessário para corroborar o argumento aqui desenvolvido” (Fragale Filho, 2013, p. 998). O autor vai mais longe:

a ausência de uma análise mais circunstanciada e talvez processualmente restrita a uma carteira de processos não permite ir além dessa constatação: está-se diante de um possível horizonte explicativo que ainda requer muita escavação para que todas as suas possibilidades possam emergir (Fragale Filho, 2013, p. 999).

Dessa forma, embora acresça elementos relevantes ao que afirmam Ribeiro e Arguelhes (2015a, 2016), e robusteça a hipótese, também ele não apresenta evidências suficientes que consigam comprová-la. O mesmo não pode ser dito do artigo de Alves (2019), que salienta um caso de parceria entre o poder regulamentar do CNJ e o poder jurisdicional do STF, formada para atender a interesses da magistratura – e que, portanto, pode subsidiar a ideia da “captura corporativa”.

Os interesses em questão referem-se à remuneração da categoria. Conforme a autora, essa parceria assim se manifestou: de um lado, o STF afirmou a *magistratura una*; de outro, o CNJ criou o conceito vago e impreciso de *simetria*, cuja constitucionalidade ainda não foi analisada pelo STF. Trata-se de construções normativas que se autoalimentam; e, dadas as dificuldades

para conseguir aumento salarial dos magistrados, redundaram na concessão de benefícios remuneratórios, entre os quais a mais recente e de maior visibilidade é a extensão do auxílio-moradia a toda a categoria. Em razão dessas construções normativas, “uma verba alcançada por uma instituição pode ter espaço para ser virtualmente paga às demais”; afinal, há uma *magistratura una* e a necessidade de manutenção da *simetria* remuneratória (Alves, 2019, p. 6). O pormenor que faz toda a diferença é que a decisão sobre essas questões cabe ao CNJ e, em última instância, ao STF.

A autora também critica o fato de o STF adotar cada vez mais a decisão monocrática e liminar para deliberar sobre tais questões, como ocorreu no caso do auxílio-moradia: a liminar foi derrubada somente após os magistrados receberem aumento salarial – numa espécie de “ajuste de contas”. Assim,

levando-se em consideração a ideia de mudança de perfil e o baixo *enforcement* dos regimes de teto e subsídio normatizados pelo Conselho na sua criação, certo é que o CNJ caminhou rumo a um perfil de ator classista e de arena difusa. As Resoluções que revelam um enredo corporativo, somadas à inação diante do descumprimento do teto constitucional, podem ter acentuado o papel do Conselho de braço operacional do STF, e mais especialmente da sua Presidência, no campo da política (Alves, 2019, p. 15).

Outro autor que testa a hipótese da “captura corporativa” é Franco (2015). Ele busca verificar se a variável *origem institucional* do conselheiro é relevante para explicar o voto nos casos que envolvem controle disciplinar. Como se sabe, essa questão é sempre sensível para a magistratura, a qual, para evitar os riscos de punição, toma as possibilidades desse controle como uma ofensa à independência e à autonomia judiciais. Notadamente, o autor quer saber se a clivagem

juiz/não juiz é decisiva para a ocorrência de votos divergentes nos julgamentos dessa temática. Para isso, debruça-se sobre as decisões tomadas pelo CNJ entre 2005 e 2013 relativas à sindicância, reclamação disciplinar, processo administrativo disciplinar (PAD) e revisão disciplinar – um total de 305 processos e 399 casos de magistrados passíveis de punição.

O modelo analítico utilizado é uma combinação do método institucional e do estratégico de decisão. Do primeiro, destaca o peculiar desenho do CNJ: um colegiado formado por muitos membros (15) oriundos de diferentes ramos e níveis do sistema judicial, mas também de órgãos externos, todos exercendo mandatos curtos. E também um colegiado cujas decisões podem envolver sanção administrativa de magistrados e, de igual modo, podem ser revistas judicialmente. Do outro, registra que essas peculiaridades fazem com que os membros, ainda que formalmente iguais e com o mesmo peso e poder de voto, tenham características profissionais distintas, o que torna complexas as relações de poder dentro do CNJ e pode influenciar na decisão dos conselheiros.

Importante estratégia metodológica adotada pelo autor foi não trabalhar com os conselheiros individualmente considerados, mas sim com a origem institucional de sua indicação, o que lhe permitiu superar as dificuldades proporcionadas pelos mandatos curtos. A distinção básica era entre juiz ou não juiz e, depois, as subdivisões em cada um – ou seja, se era juiz de 1ª ou de 2ª instância, ou de tribunais superiores, ou promotor, advogado etc.

Dentre os resultados alcançados, destaca-se o elevado índice de decisões unânimes (76,4%) e a preponderância de decisões contra o magistrado (63%), além do índice de decisão por maioria que pune o magistrado, que é superior ao de deliberação unânime (71,3% a 60,3%). Com base nesses dados, observa que

[a]s decisões unânimes dizem muito sobre o Conselho Nacional de Justiça. Significam que o órgão de composição eclética tem atuação coesa no controle disciplinar, sem grandes cisões internas, em regra. Mesmo que por razões distintas, mesmo que por respeito à colegialidade (em caso de jurisprudência consagrada), não há como apontar diferenças no comportamento decisório em mais de três quartos dos casos mais sensíveis julgados pelo Plenário do CNJ (Franco, 2015, p. 95).

Ao concentrar-se nas decisões não unânimes, o autor constata um comportamento mais pró-juiz de parte dos conselheiros magistrados e mais punitivista de parte dos não juízes (Franco, 2015, p. 180).

Outra descoberta diz respeito ao corregedor nacional: ele é o membro que menos vezes foi derrotado em plenário e exerce mais influência que o presidente em matéria disciplinar. A posição de responsável pelas

investigações ajuda a explicar essa preponderância, bem como é fator relevante para entender por que seu voto é mais punitivista e mais próximo do de membros não juízes que dos conselheiros magistrados.

Neste ponto, pode-se retomar a questão da alta rotatividade dos membros no desenho institucional. Além de alimentar a hipótese da captura corporativa, ela serve de subsídio a outra peculiaridade que o funcionamento do CNJ tem apresentado ao longo do tempo: a ascendência do presidente sobre os demais conselheiros e o colegiado como um todo.

Numa organização em que os mandatos são curtos, de apenas dois anos, a grande maioria dos membros não é reconduzida – e mesmo que sejam, podem ficar no máximo quatro anos –, há a tendência de que ocorra o predomínio do presidente. Vários fatores associam-se para efetivar essa tendência e fazer com que, apesar do caráter colegiado, o norte do CNJ seja determinado por esse ator específico.

Um deles reside no fato de que o ocupante da Presidência não é escolhido pelos demais conselheiros. O cargo é prerrogativa exclusiva do presidente do STF. Logo, ao atuar no CNJ, ele continua a ser membro do STF, a mais alta autoridade do Judiciário. Consequentemente, essa ascendência deixa sua marca no plenário do colegiado – ele é, efetivamente, um *primus inter pares*.

Disso decorre outro fator: por ser presidente do STF, não o atingem as decisões que o colegiado vier a tomar. Isto é, como se distingue dos demais conselheiros do Judiciário, o presidente do CNJ não precisa submeter-se a resoluções e recomendações, não precisa cumprir metas, não pode ser investigado, tampouco sofrer punição disciplinar etc.

Se esses dois fatores se referem a peculiaridades externas e “superiores”, decorrentes do STF e adotadas pelo CNJ, um terceiro diz respeito ao próprio órgão e relaciona-se à ascendência hierárquica do presidente sobre os demais membros, prevista no Regimento Interno. Tal prerrogativa¹ leva Saraiva (2015, p. 544) a destacar o caráter presidencialista do CNJ.

¹ Para uma narrativa completa sobre as prerrogativas do presidente do CNJ, previstas no Regimento Interno, ver Fluhr (2011). Destacam-se as seguintes: convocar e presidir as sessões plenárias do CNJ, dirigindo-lhes os trabalhos; responder pelo poder de polícia nos trabalhos do CNJ, podendo requisitar, quando necessário, o auxílio de outras autoridades; antecipar, prorrogar ou encerrar o expediente nos casos urgentes, *ad referendum* do Plenário; decidir questões de ordem; conceder licença aos conselheiros, de até três meses, e aos servidores do quadro de pessoal; conceder diárias e passagens, bem como o pagamento de ajuda de custo, transporte ou indenização de despesa quando for o caso; orientar e aprovar a organização das pautas de julgamento preparadas pela Secretaria-Geral; supervisionar as audiências de distribuição; realizar o despacho do expediente do Conselho; a execução e a determinação de execução das ordens e deliberações do Conselho; a decisão sobre as matérias relacionadas aos direitos e deveres dos servidores do Conselho; o provimento, na forma da lei, dos cargos do quadro de pessoal do Conselho; a designação do secretário-geral e a concessão de posse aos chefes e aos diretores dos órgãos internos do Conselho; a exoneração, a pedido, de servidor do quadro de pessoal do Conselho; a superintendência da ordem e da disciplina do Conselho, bem como a aplicação de penalidades aos seus servidores; o provimento de cargos em comissão e a designação de servidores para exercer funções gratificadas; a

O reflexo é que o presidente exerce amplo poder de agenda sobre o CNJ. O termo não se refere simplesmente à determinação da pauta de deliberações do Conselho – o que, por si só, não é pouco, como o demonstram análises relativas ao seu exercício no STF (Dimoulis; Lunardi, 2008; Lewandowski, 2014; Esteves, 2020). Ele diz respeito a uma prerrogativa mais abrangente: a de fornecer a orientação política do órgão, imprimir dinâmicas próprias de atuação, fixar a lista de prioridades, as políticas públicas a serem desenvolvidas e enfatizadas, o teor e o *timing* das decisões a serem tomadas pelo Plenário. Isso também implica alterar, às vezes radicalmente, as agendas anteriores.

Ao usar a expressão *redesenho institucional*, Fragale Filho (2013, p. 991) também se refere a esse poder de agenda específico do presidente: ele pode ser o líder e o principal vetor para a já mencionada “captura corporativa”. Se ele for adepto dessa postura – como se reputou a do ministro Ricardo Lewandowski e, em certa medida, a do ministro Antonio Cezar Peluso – tem os meios e as condições para direcionar o CNJ e fazer com que o colegiado, de modo interessado ou compulsório, conjugue ações de defesa e de ataque. Assim, permite neutralizar ameaças ao Judiciário (notadamente de ordem disciplinar), bem como deliberar sobre temas que lhe interessam (especialmente os econômicos). Destaque-se, nesse sentido, a já comentada análise de Alves (2019) sobre a parceria com o STF para garantir vantagem pecuniária à magistratura.

Essa é uma percepção encontrada em diversos autores, como Sadek (2010, 2015, 2016), que a aborda em diversos trabalhos, mais Silva Júnior (2015) e Saraiva (2015), ambos ex-conselheiros do CNJ. Silva Júnior (2015, p. 527-528) é mais discreto: indica que o órgão “sofre forte influência em seu atuar conforme o perfil [do presidente]”. Em contrapartida, Saraiva (2015, p. 543-544) é mais incisivo: classifica essa situação como decorrente da imaturidade institucional, agravada pela rotatividade dos membros, mas também a atribui à hierarquizada cultura institucional do Poder Judiciário, na qual o poder do presidente é desproporcional em relação ao colegiado.

delegação aos demais conselheiros, bem como ao secretário-geral, da prática de atos de sua competência; a prática, em caso de urgência, de ato administrativo de competência do Plenário, submetendo-o ao referendo deste na primeira sessão que se seguir; a assinatura da correspondência em nome do Conselho; a requisição dos magistrados, delegando-lhes quaisquer de suas atribuições, observados os limites legais; a apreciação, liminarmente, antes da distribuição, dos pedidos e requerimentos anônimos ou estranhos à competência do Conselho; a instituição de grupos de trabalho, visando à realização de estudos e diagnósticos, bem como à execução de projetos de interesse específico do Conselho; a instituição de comitês de apoio, compostos por servidores, para a elaboração de estudos e pareceres técnicos sobre matéria de interesse do Conselho; a aprovação dos pareceres de mérito a cargo do CNJ nos casos previstos em lei, com referendo do Plenário e encaminhamento aos órgãos competentes; a celebração de convênios e a assinatura de contratos, dando-se ciência imediata aos conselheiros (Conselho Nacional de Justiça, [2022]).

Quem também faz uma observação nessa linha é Freitas (2015, p. 512), para quem parece faltar ao CNJ uma linha de atuação mais uniforme. Destaca que o CNJ muda conforme se alteram seus quadros, especialmente o presidente. Essa é uma questão sensível no CNJ, pois, apesar da relevância do presidente para a orientação do Conselho, o período de gestão está condicionado à atuação do ministro na Presidência do STF, a qual pode ser interrompida por término do mandato decorrente de cumprimento do período, aposentadoria voluntária ou compulsória (e também por outras circunstâncias, ainda não verificadas, como morte ou *impeachment*).

A aposentadoria tornou mais breves os mandatos de Néelson Jobim, Ayres Britto e Joaquim Barbosa e produziu ainda mais alternâncias na Presidência do CNJ que o esperado – também por isso, a ênfase de Fragale Filho (2013) no processo contínuo de redesenho institucional, comentado há pouco.

Corroborando essa perspectiva “presidencialista”, Reis Júnior (2017) apresentou as realizações e os impasses do CNJ até 2015, tendo por matriz classificatória o período de cada presidente, o que também foi realizado por Oliveira (2013, p. 80-82) relativamente à classificação dos atos normativos.

Por sua vez, Ribeiro e Paula (2016) demonstram os efeitos da orientação política e estratégica exercida pelos dirigentes. Eles ressaltam a atuação dos ministros Nelson Jobim e Antônio de Pádua Ribeiro (respectivamente, primeiro presidente e corregedor do CNJ), para implantar e viabilizar o Conselho, sob as difíceis condições inaugurais em que ele passou a operar. Jobim liderou a legitimação externa do CNJ – isto é, perante a sociedade –, o que se fez mediante a ação moralizante do combate ao nepotismo. Pádua Ribeiro, em contrapartida, buscou a legitimação interna. A estratégia não foi orientada

pelo enfrentamento da magistratura, e sim por argumentos técnicos sobre a importância de imprimir maior celeridade à justiça em detrimento de ações punitivas.

Subjaz à investigação de Ribeiro e Paula (2016) a centralidade de determinados conselheiros no funcionamento do CNJ; e, não por acaso, os resultados revelam o peso dos dois representantes das instâncias mais altas do Judiciário (STF e STJ), que inerentemente respondem pelos dois cargos mais relevantes; a Presidência e a Corregedoria.

Saraiva (2015) e, principalmente, Sadek (2010) atribuíram o peso do presidente ao fato de o CNJ ainda estar em processo de institucionalização, o que acena para a perspectiva de o fenômeno recuar ao longo do tempo. Fragale Filho (2013) diverge: considera que esse quadro não deriva da “novidade” do órgão, mas do próprio desenho institucional, caracterizado pela rotatividade dos conselheiros, de forma que a tendência é que essa característica se perpetue.

Em outro texto, Sadek (2015, p. 298) reformula a assertiva ou complementa-a. Seu argumento é que o desenho institucional fornece parâmetros, mas que o processo de construção institucional e a definição final dependem de seus integrantes e do confronto com os demais atores públicos, tanto da área jurídica quanto de fora dela. A autora lista alguns fatores relevantes nesse processo: a) traços individuais dos integrantes da instituição, especialmente da Presidência e da Corregedoria; b) grau de entrosamento/concordância entre ambas; c) interesses em disputa; d) prioridades escolhidas; e) resistências e apoios no interior da magistratura; e f) resistência e apoios externos à magistratura, especialmente da opinião pública.

Tais fatores operam como guia de variáveis a serem testadas em pesquisas sobre essa questão, mas que, salvo melhor juízo, ainda é pauta pendente.

4 Dimensões do processo de institucionalização

Em vista do exposto, podem-se tecer algumas diretrizes sobre o processo de institucionalização do CNJ. Primeiro, saliente-se que a criação do CNJ modifica as bases do governo judicial e tem potencial para alterar a correlação de poderes e de competências entre os órgãos que compõem o Poder Judiciário. Dessa forma, longe de ser pacífico, o seu processo de institucionalização enfrenta resistências e passa por modificações e ajustes na sua atuação prática. A configuração estruturada na EC nº 45/2004 é o início de um processo de construção institucional que se consolida a cada decisão do órgão e na dinâmica relacional interna e com as demais organizações e agentes.

O fato de ocupar o mesmo campo organizacional das demais instituições que o compõem faz com que o Conselho se insira numa área reconhecida da vida institucional com a tendência de apresentar isomorfismo – o “processo de restrição que força uma unidade em uma população a se assemelhar a outras unidades que enfrentam o mesmo conjunto de condições ambientais” (DiMaggio; Powell, 2005, p. 76) –, em especial quanto a procedimentos, desenho institucional, perfil de quadros, de “cultura organizacional” e profissionalização.

Ressalve-se que, embora pertença ao campo organizacional do Poder Judiciário, o CNJ é *sui generis*, dadas as peculiaridades que o distinguem do padrão dominante. O CNJ é uma instituição isolada. E, precisamente por exercer competências de outra ordem – que giram em torno principalmente de ser um órgão de controle do próprio Poder Judiciário, mas não jurisdicional –, suas decisões atingem todo o Judiciário, à exceção do STF, e a princípio devem ser por ele obedecidas.

A questão mais delicada na relação interinstitucional diz respeito à definição da esfera de

atuação e das competências do Conselho, as quais estão formalmente no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional. Igualmente são as ambiguidades, as omissões e eventuais intersecções ou sobreposições relacionadas a essas competências. Sobre esse ponto, ressalte-se que essas asperezas são esperadas, pois, como ponderam Arguelhes e Leal (2011, p. 17),

[h]á um movimento inicial para alocar poder entre instituições, mas: (a) essa alocação pode ser ambígua, permitindo que diversas questões sejam reconduzidas às esferas de atuação legítima de mais de uma instituição; e (b) as instituições podem usar sua dotação inicial de poder para oferecer leituras *transformadoras* da alocação inicial supostamente expressa no texto constitucional. Em outras palavras, mesmo se assumirmos que o desenho original se pautou por um ideal de especialização funcional, esse desenho original será contestado e transformado ao longo do tempo.

Isso ocorre porque o CNJ é uma instituição *fluida, viscosa* ou *plástica*, conforme as denominações da literatura sobre políticas públicas. Essa classificação pretende indicar a capacidade de uma instituição ser alterada, não necessariamente em seu arranjo institucional, mas no modo como define suas áreas prioritárias de atuação, desenvolve e mantém padrões para realizar as suas tarefas.

Em termos mais específicos: instalado em 2005, o CNJ é uma instituição mais maleável e suscetível a alterações relevantes em sua agenda, em seus procedimentos, no modo como aborda determinadas questões ou demandas, decorrentes das escolhas dos atores, que estão mais livres ou são menos constrangidos por regras consolidadas. A imprecisão ou a textura aberta da definição de suas competências no texto constitucional agravam ainda mais o quadro.

Como já se afirmou, por si só as peculiaridades do seu desenho institucional tornam a

instituição mais fluida – caso do peso do presidente e dos mandatos curtos, ao que se soma o curto período de sua existência. Ainda nesse terreno, há o fato de ter sido instalada com pretensões de exercer o governo num meio consolidado, específico e cioso de sua autonomia – como o é o Poder Judiciário –, o que pouco contribui para facilitar a tarefa do CNJ.

Em termos teóricos, a categoria que traduz essa situação com acuidade é a *institucionalização*. O CNJ é uma organização que ainda busca essa condição, entendendo-a como conquista de valor e estabilidade, persistência no tempo e complexidade, assim como de procedimentos e normas que lhe permitam exercer poderes não encontráveis em outros lugares, e uma identidade ou missão vista como única (Huntington, 1975; Selznick, 1972). Como comenta Selznick (1972, p. 14), a

institucionalização é um processo. É algo que acontece a uma organização com o passar do tempo, refletindo sua história particular, o pessoal que nela trabalhou, os grupos que engloba com os diversos interesses que criaram, e a maneira como se adaptou ao seu ambiente.

Esse juízo pode ser confirmado mediante alguns dos principais parâmetros propostos pela literatura da área. Polsby (2008) estabelece três critérios para dimensionar a institucionalização: diferenciação, complexidade e procedimentos internos universalistas. McGuire (2004) também: diferenciação, durabilidade e autonomia. Huntington (1975) propõe quatro critérios: adaptabilidade, complexidade, autonomia e coesão.

O critério *diferenciação* figura tanto em Polsby (2008) quanto em McGuire (2004) e diz respeito à definição da instituição e à sua distinção no seu ambiente externo, o que se relaciona diretamente com o papel que desempenha no sistema no qual está inserta. Selznick (1972, p. 14) também a destaca, ao ponderar que “quanto mais precisa

for a finalidade de uma organização e quanto mais especializadas e técnicas as suas operações, menos chances haverá de forças sociais afetarem seu desenvolvimento”.

No caso do CNJ, o critério implica distinguir-se das demais unidades do Poder Judiciário, o que está formalmente garantido, pois suas atribuições não são jurisdicionais e abrangem prerrogativas específicas, que os demais ramos não têm (ou não o têm na mesma amplitude), como formular políticas públicas para o Poder e atuar como “órgão de controle”. Há outras que são compartilhadas ou concorrentes, como a função disciplinar, que causou tantas discussões, só resolvidas em definitivo pelo STF por meio da ADI 4.638/DF. Todavia, essas distinções ainda compreendem interseções e sobreposições, pontos cinzentos, o que tem gerado diversos embates com os diferentes tribunais em torno da efetiva competência exclusiva ou da extensão das eventuais competências compartilhadas.

McGuire (2004) adverte que a diferenciação também se manifesta tanto por indicadores concretos quanto simbólicos, como o fato de a instituição possuir infraestrutura com sede exclusiva e adequada, orçamento próprio, funcionários exclusivos organizados em carreira e selecionados pela própria organização etc. Entre várias contribuições esparsas, há textos de ex-conselheiros, produzidos por ocasião do 10º aniversário do CNJ, que fazem referência a essa questão. Marcelo Nobre, indicado pela Câmara dos Deputados para os biênios 2007-2009 e 2009-2011, comenta que

a estrutura que movimenta o CNJ de 2014 é completamente diferente daquela que o iniciou, em 2005, quando dois representantes constitucionais [...] dividiam o mesmo gabinete, sem assessoria e apenas três magistrados auxiliavam a Presidência. Hoje, os gabinetes estão estruturados, com força de trabalho compatível com a demanda que só fez crescer em todos estes anos (Nobre, 2015, p. 271-272).

Ruth Lies Scholt de Carvalho, que esteve na primeira composição do CNJ indicada pelo MPE, também relata a precariedade inicial:

[O] Conselho Nacional de Justiça foi instalado no dia 14.06.2005, na Cobertura do Anexo II do STF. Contava com o auxílio de um número mínimo de servidores do STF e alguns terceirizados, que não chegavam a uma dúzia. Suas dependências eram constituídas pelo Plenário, com capacidade para menos de quarenta pessoas, por uma sala que se destinava à Secretaria Geral e por uma antessala. Não havia gabinetes e os Conselheiros eram acomodados num espaço entre a antessala e o Plenário (Carvalho, 2015, p. 460).

Porém, ao contrário de Nobre, ela considera que a situação não melhorou o suficiente:

[P]assados dez anos de sua criação, o Conselho está instalado em espaços improvisados, que não retratam sua importância constitucional, vê-se o desmantelamento do corpo técnico do órgão – dividido em quatro prédios em pontos diferentes do Distrito Federal – e a sua Corregedoria atua nas instalações do STJ, Tribunal a que lhe compete fiscalizar e corrigir (Carvalho, 2015, p. 466).

Saliente-se que, após esse trabalho de Nobre, em 2016 o CNJ mudou suas instalações e passou a ocupar nova estrutura no Distrito Federal. Ainda assim, três anos depois anunciou que trocava suas instalações físicas novamente, buscando ampliar o seu espaço e estar mais próximo das instalações do STF, corroborando a afirmação de que o CNJ estaria “no meio do caminho”, ainda em fase de adaptações e mudanças em suas estruturas.

Polsby (2008, p. 222) agrega uma diferenciação mais abrangente: o critério não compreende apenas a delimitação de competências e estrutura física e funcional; implica também saber o quanto os membros de uma instituição “são

facilmente identificáveis, é relativamente difícil tornar-se um membro e seus líderes são recrutados principalmente no interior da organização”.

Por um lado, o CNJ está bem delimitado, pois o ingresso passou por uma formalização que especifica a organização com direito a dele participar, seja por indicação de um de seus membros, seja mediante a apresentação de nome externo. Como já se afirmou, até se pode debater o modo como cada organização seleciona os membros que atuarão no CNJ, especialmente quanto ao cumprimento da “missão” da entidade. Da mesma forma, há ponderações quanto ao número de vagas, à sua divisão entre as instituições, à definição das legitimadas e das não incluídas. Contudo, essas discussões não apagam o principal: o desenho institucional é claro nesse quesito e não sofreu alterações de fundo desde que foi fixado.

Por outro lado, fragiliza-a a regra que estabelece mandatos de dois anos e fixa a permanência na instituição em no máximo quatro anos consecutivos, em virtude do impacto decorrente do “entra e sai dos seus membros”, que limita a especialização no exercício das atividades típicas do órgão. Como a literatura já observou, o CNJ é sensível às constantes alterações na sua composição, especialmente no caso do presidente, o que permite mudanças de agenda e de procedimentos em períodos relativamente curtos e pode torná-lo “oscilante”, o que se liga a outro dos critérios, como será destacado a seguir.

Polsby (2008, p. 223) indica que uma organização pouco institucionalizada é “indiferenciada, [na qual] entrar e sair é fácil e frequente. Líderes ascendem rapidamente, a entrada lateral desde o exterior para posições de liderança é bastante comum e a constância da liderança ao longo do tempo é rara”.

À luz dessa descrição, o CNJ cumpre e descumpre o critério, pois, se o entra e sai do CNJ é frequente – em razão das regras, não da ausência

de interesse dos membros em permanecer –, nem por isso é fácil nele ingressar. Para isso, em se tratando de representante oriundo das carreiras jurídicas, é necessário pertencer a uma instituição de cúpula do Judiciário, como STJ e STF e TST, ou ser indicado por um desses tribunais. E, no caso dos membros não magistrados, como advogados, promotores e cidadãos, ser indicado por uma entidade específica: OAB, MP e casas legislativas.

A mesma questão ocorre com a liderança do presidente do CNJ. Em decorrência das regras de permanência, ela é sempre exercida por curtos períodos. Contudo, já está previamente definida – é prerrogativa do presidente do STF enquanto ele exercer esse cargo no órgão de origem, de modo que formalmente não decorre de uma conquista “política” – não ao menos de uma obtida no próprio CNJ. Ou seja, o posto não é fruto da vitória em uma competição com outros pretendentes no interior da própria instituição; ela decorre do fato de o ministro se tornar presidente do STF.

Assim, para usar a terminologia de Polsby (2008), não há espaço para “entrada lateral” no CNJ ou na liderança do órgão, isto é, não há entradas rápidas e sem vivência na Casa. Ou, de outro modo, todas as entradas na instituição são laterais, pois não há “carreira” no próprio órgão. Ao mesmo tempo, se não pode ser aplicado devido à sua inadequação, o critério *carreira* sobreleva o risco permanente – e efetivo – que a transitoriedade dos membros representa.

Contudo, pode-se ponderar que essa característica não seja decisiva para a institucionalização do CNJ. A título de comparação, observa-se que a Justiça Eleitoral apresenta características que a aproximam do CNJ (Graeff, 2020): seus membros cumprem mandatos e não são integrantes de carreira dessa Justiça. Além disso, os membros da Justiça Eleitoral são indicados por uma série de instituições distintas, a sua Presidência é exercida por um dos representantes do STF, e os mandatos têm o mesmo período adotado no CNJ. Porém, ainda que apresente certa instabilidade decorrente da transitoriedade dos seus membros, nem por isso a organização deixou de institucionalizar-se.

Isso remete ao segundo critério adotado como explicação para as boas perspectivas de o CNJ alcançar a institucionalização – ao menos, conforme delimitado pela teoria. Esse segundo critério é o proposto por McGuire (2004): a durabilidade. A Justiça Eleitoral conserva praticamente a mesma estrutura desde sua criação em 1932. Dessa forma, cumpre o critério da durabilidade, e a consistência ao longo do tempo lhe confere segurança institucional e fortalece sua institucionalização. Pode-se, então, considerar que, em razão do curto período de existência (menos de duas décadas até o momento), não é possível atestar que o CNJ preencha esse critério.

Todavia, como formalmente o CNJ é “eterno”, ou seja, não há previsão de término de suas atividades, pode-se dizer que isso é muito mais

uma contingência, cuja própria passagem do tempo se encarregará de superar. Conseqüentemente, a restrita durabilidade não é em si mesma um impedimento à futura institucionalização, tampouco algo que ponha em dúvida que seja alcançada, embora demarque que, de fato, ainda não foi atingida.

Pondera-se que a durabilidade não é medida simplesmente em tempo de funcionamento, mas também na capacidade de persistir e de adaptar-se à mudança, com vistas a permanecer em operação. Assim, ela corresponde ao critério da adaptabilidade, proposto por Huntington (1975).

Por esse teste o CNJ ainda não passou plenamente. De um lado, ele não sofreu alteração formal alguma em suas atribuições, no modelo de composição, nas formas de recrutamento e nas garantias oferecidas aos seus membros. Além disso, teve conformadas as suas capacidades nas principais contestações que sofreu, como foi o caso da sua constitucionalidade, da possibilidade de exercer poder normativo, disciplinar e, mais recentemente, controle de constitucionalidade. De outro, em razão das mudanças na sua composição – em especial a do presidente, que tem amplas possibilidades de produzir a agenda do órgão –, o CNJ tem sofrido alterações na sua pauta de prioridades, com a adoção e o abandono de ações e de políticas públicas, assim como no modo como se posiciona frente às demandas processuais que recebe.

De acordo com Huntington (1975), a duração da entidade é relevante para dimensionar a adaptabilidade, porque indica precisamente a quantidade de sucessões de lideranças que ela vivenciou e como suportou ou moldou-se aos riscos que tal mudança significa para os rumos de uma instituição. Conforme exalta McGuire (2004, p. 132, tradução nossa),

[u]m link relacionado à durabilidade de uma organização é a presença de normas internas e de procedimentos regularizados para a tomada de decisões. Afinal, um formulador de políticas genuinamente integrado aos negócios da governança mantém-se equilibrado ao confiar em regras formais, não nas forças efêmeras das personalidades individuais.

Não se pode dizer que o CNJ não siga normas internas, nem que não tenha procedimentos regularizados para a tomada de decisões. Como órgão do Poder Judiciário, composto primordialmente por membros oriundos de carreiras jurídicas ou que conhecem e trabalham nesse universo, ele está calcado em regras processuais e em comportamentos que essas regras geram, inclusive manifestos por traços culturais, como determinado tipo de linguagem e de formas de tratamento esperadas e consideradas adequadas.

O que o CNJ não tem é estabilidade nas decisões tomadas e na agenda de prioridades. Conforme as mudanças em sua composição, ambas

estão sujeitas a alterações: não necessariamente seguem decisões anteriores, tampouco uma orientação comum sobre a pauta de deliberações a serem tomadas.

Graeff (2020) analisou 162 processos no CNJ e 134 casos que foram processados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) entre 2005 e 2015. Foram selecionados 39 casos no CNJ e 28 na Justiça Eleitoral (JE) em que a autora observou um potencial conflito entre as instituições. Com base nesses casos, procurou identificar as mudanças institucionais decorrentes das disputas que envolveram as prerrogativas para decidir sobre questões internas do próprio Judiciário e alusivas ao governo judicial. Assim, buscou compreender como o CNJ se tem institucionalizado e moldado as fronteiras de sua atuação frente à Justiça Eleitoral, visto que, em grande medida, as competências administrativas do CNJ foram sobrepostas às funções dessa Justiça, as quais envolvem não apenas sua administração interna, mas também a administração do processo eleitoral em todos os seus âmbitos. O estudo demonstrou a fragilidade do CNJ para sustentar suas decisões perante a Justiça Eleitoral:

Observou-se que o CNJ foi modificando a forma como tratou os assuntos relacionados à Justiça Eleitoral, conforme o TSE foi barrando o implemento de suas determinações. Houve uma retração do Conselho diante da postura de veto do TSE. A dinâmica estabelecida pelos conflitos direcionou o CNJ para uma atuação voltada ao estabelecimento de metas, programas e [estratégias] para o Judiciário e o afastou dos assuntos relacionados à administração interna da JE (Graeff, 2020, p. 501).

Constatou também que, devido ao curto período de existência, o CNJ não atingiu a maturidade institucional. Além da instabilidade decisória, das pautas contingentes e da existência de mandatos curtos, a coesão dos seus membros em

defesa da instituição é enfraquecida pela falta de uma história e de um patrimônio institucional e jurisdicional que promova um sentido de valor e estimule seus integrantes a reivindicá-lo em nome do fortalecimento da entidade.

Em benefício do próprio CNJ, pode-se argumentar que, como traço a confirmar a não institucionalização, essa instabilidade é reflexo do pouco tempo de existência da instituição, o que ainda não permitiu consolidar procedimentos e acumular decisões que, em nome de coerência e dos precedentes, condicionem as escolhas e dirijam os caminhos a serem percorridos.

A juventude do CNJ nem sequer o expôs a tantos *leading cases* capazes de indicar os pilares de fixação da sua missão e do modo como ele próprio supõe que a deve executar. Apesar de confirmarem a ausência de uma institucionalização consolidada, também apontam que seria de se esperar que essa institucionalização ainda não tivesse sido alcançada.

O desafio é saber se efetivamente os pilares do CNJ estão em construção e se consolidarão no correr dos anos ou se a alternância permanente de membros fará com que a instituição esteja sempre sendo refeita ou sujeita a mudanças de rumo ocasionais. Por outro lado, essa característica “genética” torna o CNJ altamente adaptável e pouco rígido – e a maleabilidade é uma qualidade das organizações institucionalizadas. Desse modo, dificilmente ele passará por desafios que ameaçam as instituições mais antigas. Conforme Huntington (1975, p. 25),

se durante certo período de tempo uma organização desenvolveu um conjunto de respostas para lidar efetivamente com um tipo de problema, e se vê então diante de um tipo inteiramente diferente de problema que exige uma resposta diferente, a organização pode muito bem ser uma vítima de seus sucessos anteriores e mostrar-se incapaz de se ajustar ao novo desafio.

Contudo, essa adaptabilidade também é indicador de fragilidade, de certa dificuldade para sustentar suas decisões frente a eventuais oposições externas. De igual forma, pode contribuir para essa fragilidade a possível ausência de coesão entre os membros do CNJ, que não estão plenamente comprometidos com a defesa da instituição, não porque a desconsiderem, mas porque não têm tempo de permanência suficiente para com ela se identificarem e por serem oriundos de diferentes organizações. Assim, como não há uma história, não há um conjunto de decisões e de episódios aos quais se reportar e reivindicar como bandeira da sustentação de suas deliberações.

A carência do CNJ é daquilo que Selznick (1972, p. 15) identifica como *infusão de valor*, por ele considerado o significado mais importante de *institucionalização*. Essa carência foi observada por Graeff (2020): ao analisar os processos envolvendo a relação entre o CNJ e a JE, a autora demonstra o predomínio do relator nas decisões do órgão, além da ausência de discussões mais aprofundadas e de pedidos de vistas. Esses traços foram identificados nos processos em que a competência e as decisões do CNJ mereceram contestação da JE e nos quais, supostamente, seria esperada mais mobilização dos seus integrantes e do plenário em defesa da própria instituição.

Como já indicado, o CNJ é mais plástico e maleável: ainda não definiu com clareza a sua “missão” e o elenco de postulados que se propõe realizar. Tal ambiguidade é um indicador de que teorias únicas, formais e rígidas de institucionalização podem mostrar-se inaptas para formular juízos definitivos frente à diversidade de organizações e de contextos a que elas estão submetidas. Logo, rigidez ou adaptabilidade são condições ou polos que podem ou não ser benéficos, conforme o ambiente em que a instituição está inserida. Assim, ser ou não

institucionalizada não implica um resultado excludente ou medido com base em critérios rígidos ou num modelo aplicado de modo idêntico a todos os casos, sem ponderar diferenças e peculiaridades.

Interessante é que Huntington (1975) não valoriza tanto o primeiro critério proposto por McGuire (2004) e por Polsby (2008): pondera que a diferenciação não é tão relevante quanto a adaptabilidade funcional, de tal modo que não a insere como indicador de institucionalização. Como ele argumenta,

a adaptabilidade funcional, e não a especificidade funcional, é a verdadeira medida de uma organização altamente desenvolvida. A institucionalização torna a organização algo mais que um simples instrumento para a consecução de objetivos. Seus líderes e membros passam então a valorizá-la em si mesma e ela desenvolve uma existência própria, à parte das funções específicas que pode desempenhar num determinado momento. A organização triunfa sobre a sua função (Huntington, 1975, p. 27).

De acordo com os critérios de McGuire (2004), a maior fragilidade do CNJ estaria na autonomia. Ela se apresenta por meio da presença de procedimentos que protegem a independência da instituição frente a outros atores políticos e outras instituições, o que tem como indicador a capacidade de construir sua agenda, definir e preservar uma padronização procedimental e decisória, de modo a tornar rotineiras as suas ações. Conforme McGuire (2004, p. 132, tradução nossa), “decidir o que decidir permite flexibilidade para se concentrar nas questões políticas e jurídicas de maior preocupação para seus membros”. Tal dimensão é enfatizada por Polsby (2008, p. 222-223) por meio do critério *universalismo dos procedimentos* e da insubmissão a personalismos e particularismos. Ele o apresenta nos seguintes termos:

a organização tende a usar critérios universais mais que particulares e métodos automáticos mais que discricionários para conduzir seus assuntos internos. Precedentes e regras são seguidos; sistemas de mérito substituem o favoritismo e o nepotismo; códigos impessoais suplantam as preferências pessoais como prescrições para o comportamento.

Autonomia também é critério apresentado por Huntington (1975, p. 32): implica “o desenvolvimento de organizações e procedimentos políticos que não sejam apenas expressões dos interesses de grupos sociais determinados”, e sim a expressão da própria entidade.

No entanto, os critérios propostos por Huntington (1975) tornam-se mais acurados para identificar a fragilidade do CNJ, ao menos no modo como ele é aqui percebido por agregar à autonomia o critério da *coesão*, o qual considera que “organização efetiva requer pelo menos o consenso substancial sobre os limites funcionais do grupo e sobre os procedimentos para dirimir as disputas que surgem dentro deles” (Huntington, 1975, p. 32). O autor relaciona os dois critérios ao frisar que

a autonomia torna-se um meio de alcançar a coesão, permitindo que a organização desenvolva um estilo e um espírito que se tornam as marcas distintas de seu comportamento. A autonomia impede também a intrusão de forças externas desagregadoras, embora, é claro, não proteja contra a desagregação originária de fontes internas (Huntington, 1975, p. 35).

Como já se enfatizou, essa é uma das fragilidades principais do CNJ, ainda muito submisso às prioridades e à agenda fixada por seu presidente, o que produz alterações razoavelmente rápidas e, conseqüentemente, descontinuidades nas tarefas desempenhadas ou nas ênfases estabelecidas, visto que essas mudanças seguem o ritmo das mudanças na Presidência. Como esse

cargo é do presidente do STF, algumas vezes a alteração tem ocorrido antes do cumprimento integral do mandato, pois, assim que o titular deixa o cargo no STF, também se afasta do CNJ.

Ter um “território de caça” – metáfora utilizada por Panebianco (2005) para indicar a reserva sobre a qual a organização estabelece os próprios direitos e em relação à qual é definida a identidade organizativa – torna mais fácil não só conhecer a si própria como saber o que deve defender. No modelo proposto por Huntington (1975, p. 30), outro critério é o da complexidade da instituição, o que pode

envolver tanto a multiplicação de subunidades organizacionais em bases hierárquicas e funcionais, como a diferenciação entre os diversos tipos de subunidades. Quanto maior o número e a variedade de subunidades, maior a capacidade da organização de assegurar e manter a lealdade dos seus membros. Além do mais, uma organização que possui muitos objetivos pode adaptar-se melhor à perda de um deles do que uma organização que possui apenas um objetivo.

Polsby (2008, p. 222) também dele se serve, definindo-o como saber se

a organização é relativamente complexa, ou seja, suas funções são internamente separadas sob alguma base regular e explícita; suas partes não são totalmente intercambiáveis e, para pelo menos alguns propósitos importantes, suas partes são interdependentes. Há uma divisão do trabalho em que os papéis são especificados e há expectativas amplamente compartilhadas a respeito do desempenho de papéis. Há padrões regularizados de recrutamento para os papéis e de mudança de um papel para outro.

Em síntese: a complexidade implica divisão do trabalho, organização de subunidades, especialização de funções e hierarquização, com a coordenação entre essas divisões internas.

Quanto a esse critério, tem-se observado a progressiva complexidade da estrutura operacional do CNJ, com a descentralização de tarefas e a criação de mais comissões e subdivisões internas – como a Secretaria Especial de Programa, Pesquisa e Gestão Estratégica, o Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário, o Departamento de Pesquisas Judiciárias –, assim como a ampliação de seus campos de atuação, de forma que ela avança no atendimento dessa exigência.

Orren e Skowronek (1994, p. 326) alertam que o conceito de institucionalização está associado à diferenciação de papéis dentro de uma organização, e não fora dela, e ao desenvolvimento de especializações e de procedimentos internos. Contudo, para eles, é a interação com outras instituições que impulsiona o processo de institucionalização. Ou seja, a delimitação do espaço e a construção institucional não é apenas um processo interno, também e principalmente implica alcançar esses resultados por meio da “fricção” e da colisão com outras instituições (Orren; Skowronek, 1994, p. 321).

Em suma, a institucionalização do CNJ deve ser vista como um processo complexo, aberto, em andamento e indefinido, no qual a disputa entre os atores ao interpretarem as regras e implantarem determinada versão do desenho institucional é decisiva e configura o modo como a instituição opera. Portanto, ao ser criado, o CNJ não estava definido, tampouco era um projeto institucional pronto, acabado, dado que seu regimento contém imprecisões, ambiguidades e omissões, as quais só poderiam ser esclarecidas ou supridas pelo modo como os agentes se posicionaram em situações concretas durante o processo decisório efetivo, o que só amplia as oportunidades de disputa entre esses agentes e seus posicionamentos. Além disso, ainda que estivesse claramente delimitado no seu desenho institucional, havia a efetiva possibilidade de

ser implantado de modo distinto (e até mesmo contrário) ao previsto, em razão do choque de interesses e de interpretações dos atores envolvidos no processo de sua concretização.

Não se pode negligenciar que o CNJ surge num ambiente institucional – o do Poder Judiciário – já estabelecido e com potencial para contestá-lo, por ser um órgão de controle e de governo. Logo, ainda sem uma delimitação clara de competência e menos ainda de procedimentos a adotar, o CNJ tem de estabelecer-se perante instituições já consolidadas e particularmente ciosas de seus respectivos insulamentos, e passar a ocupar, ao menos parcialmente, um espaço que já lhes pertencia, ou a ele se sobrepor, o que necessariamente acarreta choques com os interesses e as prerrogativas que elas já ostentavam e que buscam preservar.

Como pondera Chaves (2019, p. 36), o rearranjo do “arquipélago” do Judiciário a partir do surgimento do CNJ é muito mais um processo e uma expectativa que necessariamente uma certeza, pois “a fragmentação da Justiça ainda é uma realidade institucional do Judiciário e o arrefecimento dessa difusidade é um processo em curso, que pode não ter uma única direção e sentido”.

5 Conclusões

O artigo apresentou uma revisão da literatura sobre o CNJ e demonstrou existirem duas faces na construção institucional do Conselho. Uma, a construção *exógena*, consubstancia-se na forma como o relacionamento do CNJ com outras instituições vai definindo os limites e as diretrizes para a sua atuação. Ela aparece, principalmente, na apresentação de demandas sobre as decisões do CNJ ao próprio Conselho ou ao STF, chamado a participar dessa tentativa de redesenho restritivo das competências

da instituição. A segunda, a construção *endógena*, refere-se ao relacionamento e aos conflitos internos entre os agentes pertencentes ao órgão. Assim, o desenho institucional do Conselho e a “captura corporativa” que ele possibilita, bem como a atuação do seu presidente, são fatores determinantes na forma como o CNJ está sendo moldado.

Com fundamento nas perspectivas apresentadas, analisou o processo de institucionalização do Conselho com base nos critérios propostos por Polsby (2008) – diferenciação, complexidade, procedimentos internos universalistas; McGuire (2004) – diferenciação, durabilidade e autonomia; e Huntington (1975) – adaptabilidade, complexidade, autonomia e coesão.

A diferenciação, medida por sua distinção perante outras instituições, está formalmente garantida. Com previsão constitucional, o Conselho tem características que o tornam um órgão *sui generis*, com composição, forma de organização e atribuições que o distinguem dos demais órgãos que compõem o Poder Judiciário, inclusive, não atuando na seara jurisdicional. Ainda assim, alguns aspectos da abrangência de sua atuação geram conflitos e levantam discussões sobre suas competências frente a outras instituições desse Poder, como a função disciplinar compartilhada com as Corregedorias. Esses momentos advêm, sobretudo, de ambiguidades, omissões e eventuais intersecções ou sobreposições entre as competências administrativas e de controle do CNJ e o restante do Judiciário. É inegável que eles provocam certa instabilidade institucional e abrem margem a discussões sobre o processo de construção da identidade e das competências do CNJ.

Quanto a sua infraestrutura – aspecto que, para McGuire (2004), está presente na análise da dimensão da diferenciação –, o CNJ tem ampliado e aprimorado sua situação. Relatos de ex-conselheiros evidenciam essa gradativa

melhora – destaque-se que em 2019 o Conselho trocou suas instalações físicas novamente.

Quanto aos membros da instituição, destacado por Polsby (2008) como mais um ponto a ser observado na averiguação da diferenciação, grifam-se dois aspectos: a) os integrantes do Conselho estão delimitados constitucionalmente; e b) a regra que estabelece mandatos de dois anos e fixa a permanência na instituição em, no máximo, quatro anos consecutivos fragiliza-o, pois há um impacto decorrente de inevitável entra e sai dos seus membros.

Em relação à durabilidade, medida pelo tempo de existência da instituição, o CNJ não logrou ultrapassar esse critério dado o curto período de sua existência, o que configura mais uma contingência que um impedimento à sua futura institucionalização.

A dimensão da adaptabilidade, proposta por Huntington (1975), refere-se à capacidade de persistir e de adaptar-se à mudança. Esse aspecto constitui um teste pelo qual o CNJ ainda não passou plenamente, pois não sofreu alterações formais em suas atribuições ou em sua composição.

Relativamente à autonomia ou ao universalismo dos procedimentos e à insubmissão a personalismos e particularismos, em conjunto com o critério chamado por Huntington (1975) de *coesão*, verificou-se a presença de normas internas e de procedimentos regularizados para a tomada de decisões. Contudo, em razão das alterações na composição do Conselho, especialmente a mudança do presidente, que tem amplas possibilidades de produzir sua agenda, a pauta de prioridades do órgão tem sofrido variações, assim como seu posicionamento frente às demandas processuais que recebe. Constata-se que a instabilidade decisional, as pautas contingentes e os mandatos curtos são aspectos que dificultam a coesão entre os membros em defesa de uma linha de atuação para a instituição.

O critério de *complexidade* da instituição, adotado por Huntington (1975) e Polsby (2008), compreende a divisão do trabalho, organização de subunidades, especialização de funções e hierarquização, com a coordenação entre essas subdivisões internas. Em se tratando desse critério, observa-se progressiva complexidade da estrutura operacional do CNJ, com a criação de mais comissões e subdivisões internas e a ampliação de seus campos de atuação.

Por fim, o estudo demonstra que a institucionalização do CNJ pode ser considerada um processo em andamento. A questão principal, contudo, é compreender como se têm consolidado as definições em torno desse processo, com um olhar para situações concretas que envolvem as discussões e disputas exógenas e endógenas. Esse é ainda um desafio a ser enfrentado por pesquisas empíricas que demonstrem os diferentes parâmetros antes apontados. O fato de o CNJ ser uma “obra aberta”, que ganha contornos na ação e nos conflitos entre os atores interessados, torna necessário compreender a complexa gama de articulações envolvidas no processo de institucionalização do órgão.

Sobre os autores

Caroline Bianca Graeff é doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil; professora substituta do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil.
E-mail: carolinegraeff@gmail.com

Álvaro Augusto de Borba Barreto é doutor em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; pós-doutor pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil.
E-mail: albarret.sul@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

GRAEFF, Caroline Bianca; BARRETO, Álvaro Augusto de Borba. Dimensionando a institucionalização do CNJ: as duas faces do processo em análise. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 171-200, out./dez. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p171

(APA)

Graeff, C. B., & Barreto, A. A. de B. (2023). Dimensionando a institucionalização do CNJ: as duas faces do processo em análise. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(240), 171-200. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p171

Referências

ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. Do caos remuneratório ao deliberativo?: uma análise das interações estabelecidas entre o STF e o CNJ na AO nº 1.773/DF (auxílio-moradia). *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-19, 2019. DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2019.43174>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/43174>. Acesso em: 2 out. 2023.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.38.184>. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>. Acesso em: 2 out. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF*. Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Medida cautelar [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Interessados: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal – Sindjus/DF e outros. Relator: Min. Carlos Britto, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>. Acesso em: 2 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.638/DF*. Processo objetivo – Liminar – Atuação do relator – Referendo parcial. Atuando o relator em período no qual o Colegiado não esteja reunido, cumpre submeter a cautelar na abertura dos trabalhos. Referendo parcial implementado pela ilustrada maioria nos termos da ata de julgamento. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Interessado: Presidente do Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 8 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081184>. Acesso em: 2 out. 2023.

CARVALHO, Ruth Lies Scholte. Conselho Nacional de Justiça, realidade irreversível. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (org.). *Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 459-466.

CHAVES, Luciano Athayde. *O arquipélago da justiça: o modelo do governo judicial no Brasil e o controle do Estatuto da Magistratura*. 2019. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Resolução nº 67, de 3 de março de 2009*. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. [Brasília, DF]: CNJ, [2022]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado200302202211156373f07600d9a.pdf>. Acesso em: 2 out. 2023.

DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. A gaiola de ferro revisitada: isomorfismo institucional e racionalidade coletiva nos campos organizacionais. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, [s. l.], v. 45, n. 2, p. 74-89, abr./jun. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/37123>. Acesso em: 2 out. 2023.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O poder de definição da pauta no Supremo Tribunal Federal: reflexões sobre um caso de configuração autocrativa do processo objetivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 878, p. 11-28, dez. 2008.

ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus?: a presidência do STF e sua influência na atuação do Tribunal. *REI – Revista Estudos Institucionais*, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 129-154, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i1.463>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/463>. Acesso em: 2 out. 2023.

FACCHINI NETO, Eugênio. O Poder Judiciário e sua independência – uma abordagem de direito comparado. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [s. l.], v. 3, n. 8, p. 121-149, jul./set. 2009. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v3i8.478>. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/478>. Acesso em: 2 out. 2023.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; CERDEIRA, Pablo de Camargo. O diálogo entre o CNJ e o Supremo. *Interesse Nacional*, [s. l.], ano 4, n. 16, p. 50-61, jan./mar. 2012.

FALCÃO, Joaquim; LENNERTZ, Marcelo; RANGEL, Tânia Abrão. O controle da administração judicial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 103-121, jan. 2009. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4138>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4138>. Acesso em: 2 out. 2023.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. O Supremo Tribunal Federal e a construção do Conselho Nacional de Justiça. *Revista Diálogo Jurídico*, Fortaleza, ano 3, n. 6, p. 45-63, out. 2007.

FLUHR, Fernanda Adriano. *A jurisdição constitucional e o Conselho Nacional de Justiça: a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade pelo CNJ*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/459>. Acesso em: 2 out. 2023.

FRAGALE FILHO, Roberto. Conselho Nacional de Justiça: desenho institucional, construção de agenda e processo decisório. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 975-1.007, dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582013000400008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/YXmbJ7jhPnTwwLGQZkkrxL/?lang=pt>. Acesso em: 2 out. 2023.

_____. Reconfigurações profissionais da magistratura: um exercício (preliminar) a partir da jurisprudência do Conselho Nacional de Justiça. In: CUNHA, José Ricardo (org.). *Poder Judiciário: novos olhares sobre gestão e jurisdição*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010. p. 97-125.

FRANCO, Ivan Candido da Silva de. *Como são julgados os juízes?: uma análise do controle disciplinar do Conselho Nacional de Justiça (2005-2013)*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13645>. Acesso em: 2 out. 2023.

FREITAS, Vladimir Passos de. A criação e o papel do Conselho Nacional de Justiça. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (org.). *Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 505-513.

GAROUPA, Nuno. *O governo da justiça*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011. (Ensaio da Fundação, 20).

GRAEFF, Caroline Bianca. *Mudança institucional e governo judicial: os conflitos entre CNJ e Justiça Eleitoral (2005-2015)*. 2020. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2020. Disponível em: <https://guaiaca.ufpel.edu.br/handle/prefix/6904?show=full>. Acesso em: 2 out. 2023.

HUNTINGTON, Samuel P. *A ordem política nas sociedades em mudança*. Tradução de Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: Edusp, 1975.

JIMENEZ, Priscilla da Costa Lima. *CNJ e judicialização: o reconhecimento do poder de atuação do CNJ pelo STF e suas consequências na judicialização*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6464>. Acesso em: 2 out. 2023.

KOERNER, Andrei; FRAGALE FILHO, Roberto. Do controle externo à participação cidadã: por uma revisão do modelo do Judiciário brasileiro. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (org.). *Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 61-68.

LEWANDOWSKI, Andressa. *O direito em última instância: uma etnografia do Supremo Tribunal Federal*. 2014. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18359>. Acesso em: 2 out. 2023.

MCGUIRE, Kevin T. The institutionalization of the U.S. Supreme Court. *Political Analysis*, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 128-142, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1093/pan/mp005>.

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues. *Atuação do Conselho Nacional de Justiça e independência jurisdicional: interfaces e interferências*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/6937>. Acesso em: 4 out. 2023.

NOBRE, Marcelo. CNJ: dez anos depois. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (org.). *Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 271-284.

OLIVEIRA, Érika Neves. *Atuação do Conselho Nacional de Justiça à luz dos modelos da administração pública: uma análise do período de 2005 a 2012*. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://repositorio2.unb.br/jspui/handle/10482/15618>. Acesso em: 2 out. 2023.

ORREN, Karen; SKOWRONEK, Stephen. Beyond the iconography of order: notes for a “new institutionalism”. In: DODD, Lawrence C.; JILLSON, Calvin (ed.). *The dynamics of American politics: approaches and interpretations*. Boulder: Westview Press, 1994. p. 311-330. (Transforming American Politics).

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

POLSBY, Nelson W. A institucionalização da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos. Tradução de Gustavo Biscaia de Lacerda. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 221-251, jun. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782008000100014>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/qfZ64Z63nswQcsjTrqd7b8F/>. Acesso em: 2 out. 2023.

RECONDO, Felipe; MENDES, Conrado Hübner. O STF entre 2015 e 2016. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. p. 29-61. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17250>. Acesso em: 2 out. 2023.

REIS JÚNIOR, Francisco Soares. *Dez anos do Conselho Nacional de Justiça: a experiência de accountability adotada pelo CNJ nos Tribunais de Justiça estaduais (2005-2015)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. A dinâmica de judicialização das decisões do Conselho Nacional de Justiça. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (org.). *Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a. p. 237-252.

_____. CNJ: captura nacional da justiça. *Conjuntura Econômica*, [s. l.], v. 70, n. 9, p. 30-32, set. 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/view/66054>. Acesso em: 2 out. 2023.

_____. O Conselho no Tribunal: perfil quantitativo das ações contra o CNJ junto ao STF. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 464-503, 2015b. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2015.14928>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/14928>. Acesso em: 2 out. 2023.

RIBEIRO, Leandro Molhano; PAULA, Christiane Jalles. Inovação institucional e resistência corporativa: o processo de institucionalização e legitimação do Conselho Nacional de Justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 6, n. 3, p. 5-19, 2016. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpb/bjpp.v6i3.4318>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4318>. Acesso em: 2 out. 2023.

RUSSELL, Peter H. Toward a general theory of judicial independence. In: RUSSELL, Peter H.; O'BRIEN, David M. (ed.). *Judicial independence in the age of democracy: critical perspectives from around the world*. Charlottesville: University of Virginia Press, 2001. p. 1-24. (Constitutionalism and Democracy).

SADEK, Maria Tereza Aina. CNJ: impactos no Judiciário e na sociedade. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (org.). *Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 293-311.

_____. CNJ: o futuro na agenda. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio (coord.). *Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 109-123. (Série IDP: Linha Doutrina).

_____. Poder Judiciário: uma nova instituição. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 12-20, 2010. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0c6038d9-7acf-ef37-12a2-7834b4beb344&groupId=252038. Acesso em: 2 out. 2023.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. Consideraciones constitucionales sobre el llamado autogobierno judicial. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, [s. l.], n. 8-9, p. 235-250, 2001-2002. DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.8-9.2001.6557>. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6557>. Acesso em: 2 out. 2023.

SARAIVA, Wellington Cabral. O Conselho Nacional de Justiça e a autonomia dos tribunais. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (org.). *Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 541-549.

SELZNICK, Philip. *A liderança na administração: uma interpretação sociológica*. Tradução de Arthur Pereira e Oliveira Filho. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1972.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Conselho Nacional de Justiça. 10 (dez) anos de existência: órgão central e estratégico do sistema judicial brasileiro. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (org.). *Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 515-540.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Apresentação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio (coord.). *Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 15-17. (Série IDP: Linha Doutrina).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

A implantação do instrumento urbanístico da Operação Urbana Consorciada no município de Campinas

Um estudo de caso

FERNANDA SOUZA CORREA

CLÁUDIO JOSÉ FRANZOLIN

Resumo: A contratualização da atividade administrativa ganhou impulso após a Constituição de 1988 como forma de induzir o desenvolvimento, regular e operacionalizar atividades de relevância pública. Este trabalho objetiva examinar a produção legislativa de Campinas (SP) relativa ao instrumento jurídico-urbanístico previsto no art. 4º, III, *p*, do Estatuto da cidade – a Operação Urbana Consorciada – para compreender se e como o município, que integra a região metropolitana de Campinas, tem implantado essa modalidade de parceria público-privada no planejamento da cidade. A pesquisa foi realizada com base na análise qualitativa da regulamentação das operações urbanas consorciadas para se compreender em que medida a Administração Pública se utiliza desse mecanismo como forma de solução de problemas urbanísticos da cidade e se o faz de acordo com os princípios da eficiência e da sustentabilidade. O marco inicial do trabalho é a Constituição de 1988, a partir da qual se introduziram o modelo participativo e os mecanismos de Administração Pública consensual no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: cidades sustentáveis; direitos humanos; desenvolvimento sustentável; instrumentos urbanísticos; operação urbana consorciada.

Analysis of the implementation of the urban instrument of consorciated urban operation: a case study from the urban planning of Campinas

Abstract: The contractualization of administrative activity has gained momentum following the Constitution of 1988, as a way to induce development in general as well as to regulate and operationalize publicly

Recebido em 15/5/23
Aprovado em 16/10/23

relevant activities. The present paper aims to probe into the municipal legislative production of the city of Campinas (SP) regarding the legal-urban tool as provided for in article 4, III, *p*, of the City Statute – the Consortiated Urban Operation – with a view to understand if and how the municipality, which is part of the Metropolitan region of Campinas, has implemented such sort of public-private partnership in the city plan. The research was carried out by means of the qualitative analysis of the regulations of said consortiated urban operations in Campinas in order to understand to what extent the local public administration avails itself of such a tool to tackle the city’s urban problems and whether these are solved in accord with the principles of efficiency and sustainability.

Keywords: sustainable cities; human rights; sustainable development; urbanistic instruments; consortiated urban operation.

1 Introdução

O *Estatuto da cidade* (EC) – Lei nº 10.257/2001 – é o diploma legislativo que estabelece as diretrizes gerais e os instrumentos urbanísticos a serem utilizados no planejamento das cidades. Em seu art. 4º, V, elenca 20 instrumentos jurídico-urbanísticos, que podem ser manejados com o intuito de promover a política urbana. Um deles, objeto de estudo desta pesquisa, é a Operação Urbana Consorciada (OUC) (art. 4º, V, *p*), disciplinada nos arts. 32 a 34-A do *Estatuto* (Brasil, [2022]).

Nos termos da lei, a OUC é definida como um conjunto de medidas e intervenções urbanas coordenadas pela Administração Pública municipal, das quais participam “proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental” (Brasil, [2022]).

Após a previsão normativa e a delimitação dos requisitos mínimos legais, as OUCs – que já eram manejadas anteriormente à promulgação do EC – não se revelaram um instrumento jurídico produtivo. Um exemplo do seu insucesso são as operações urbanas e interligadas na cidade de São Paulo: quando da promulgação do EC, elas serviram como base para elaborar e redefinir as OUCs à luz das diretrizes gerais e dos objetivos da política urbana inaugurados com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e regulamentados pelo EC em 2001.

O EC deu mais visibilidade às diretrizes a serem incorporadas quando o Poder Público implementa a política urbana; e uma das diretrizes descritas no art. 2º, I, da Lei nº 10.257/2001 é a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito “à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (Brasil, [2022]).

Por outro lado, ante a apropriação do espaço urbano pelo mercado, o que se acentuou nas cidades brasileiras foram a segregação socioespacial, a gentrificação e a desigualdade socioeconômica. Ademais, embora no mencionado artigo esteja prevista como critério a justa distribuição dos ônus e dos bônus do processo de urbanização (Brasil, [2022], art. 2º, inc. IX), a interface do Direito público com o privado ainda não promove o retorno à sociedade do lucro obtido pela criação da estrutura urbana – não ao menos na forma como deveria. Em outros termos, no ambiente urbano prepondera a força de interesses privados associados à mercantilização do espaço urbano, repercutindo de forma decisiva na valorização do solo urbano e, por vezes, em sentido inverso ao caráter social e à qualidade ambiental (Abascal; Kato; Cymrot, 2013, p. 76).

Assim, se a OUC não é novidade quando se fala em instrumentos da política urbana, também não é recente a discussão sobre as experiências consideradas negativas em diversas gestões municipais, dado o favorecimento à iniciativa privada e o desrespeito ao interesse público. Em que pese a possibilidade de realização de grandes projetos urbanísticos com impacto social positivo, é corriqueira a associação do instrumento urbanístico à burla da legislação, ao fomento dos lucros do capital imobiliário e à acentuação da desigualdade social.

O poder dos *lobbies* do setor imobiliário e a constante captura dos interesses do Estado levam a um cenário de difícil condução de OUCs que atendam ao interesse social. Alguns grupos são favorecidos em decorrência de mudanças institucionais que alteram o valor dos bens e das atividades controladas pelo Estado e comandadas por loteadores, incorporadores, empreiteiros de obras públicas e proprietários de terras, ao passo que a população de baixa renda só consegue fazer-se representar por movimentos sociais desprovidos de poder econômico e político (Maricato; Ferreira, 2002). Frente ao risco de barganha e de captura do interesse público pelo privado, a implantação de OUCs desperta receios.

Contudo, em vista da atual complexidade da Administração Pública, a solução para esse dilema não parece ser o fechamento para as interações, já que ocorrerão articulações informais em decisões formais, mesmo na ausência de procedimentos formais de diálogo. É, pois, relevante estudar o modo de regulamentação e os pontos de contato entre o público e o privado (Maricato; Ferreira, 2002).

Embora não tenha a pretensão de discutir a fundo a capacidade das OUCs de promover melhorias sociais, este artigo lembra a importância de debater o tema, especialmente porque esse instrumento urbanístico tem sido utilizado na elaboração de projetos de grande magnitude. Desse modo, atento às situações de possível favorecimento do interesse particular em detrimento do interesse público, o presente esforço investigativo busca compreender como e com qual finalidade as administrações locais têm utilizado o instrumento da OUC. Com base na análise dos dados coletados, espera-se contribuir para esclarecer as variáveis e os padrões de implementação dessas intervenções.

Por conseguinte, este estudo examina a produção das leis municipais da cidade de

Campinas sobre o instrumento jurídico-urbanístico previsto no art. 4º, III, *p*, do EC – a OUC. Busca-se compreender *se e como* o município tem considerado ou implantado essa modalidade de parceria público-privada.

Como hipótese de pesquisa, partiu-se da ideia de que em Campinas o instrumento urbanístico da OUC ainda foi pouco aplicado, mesmo estando previsto no Plano Diretor municipal e na *Lei de uso e ocupação do solo*.

Utilizou-se o método qualitativo¹ para analisar a regulamentação das OUCs no município e para compreender como a Administração Pública local se utiliza desse instrumento para a solução de problemas no planejamento da cidade; e o método empírico², para avaliar se o emprego desse instrumento contribui para os fins almejados, ou seja, se o princípio da eficiência é atingido.

Assim, por meio de pesquisa legislativa na biblioteca jurídica on-line do município (Campinas, [2022]), selecionaram-se os documentos publicados entre janeiro de 2001 e janeiro de 2022, quando se iniciou a consolidação dos dados e a redação deste artigo. Os parâmetros utilizados para a pesquisa foram *operações urbanas consorciadas e operação urbana consorciada*.

A primeira seção deste artigo aborda a contratualização do setor público e as novas possibilidades de interação do Estado com

agentes privados e a sociedade civil instituídas pela CRFB.

A segunda trata da relação entre o instrumento da OUC e a diretriz de cooperação entre governos e os demais setores da sociedade com o objetivo de traçar os contornos conceituais da OUC no ordenamento jurídico brasileiro e o papel dos governos municipais no plano urbanístico.

Na terceira seção, analisam-se os resultados da pesquisa no contexto da realidade social de Campinas e das áreas eleitas no seu Plano Diretor como suscetíveis à implantação de OUCs.

Nas considerações finais, consolidam-se os resultados da pesquisa legislativa.

2 A contratualização da Administração Pública e as parcerias público-privadas

Figuras comuns no ordenamento jurídico brasileiro atual, os primeiros registros de parcerias público-privadas são da década de 1970, época das crises de arrecadação estatal na Europa e nos EUA.³ O aumento do desemprego, o alto custo da manutenção do Estado-Providência e a crise fiscal ocorriam num contexto de reestruturação produtiva e de esgotamento do modelo fordista-taylorista. Com isso, a noção de *governança*, que torna corresponsáveis pela gestão da cidade todos os agentes participantes da produção do espaço, ganhou força política e papel de destaque (Maricato; Ferreira, 2002).

Em meados de 1985, diante da erosão da base econômica fiscal de grandes cidades, os governos municipais, o setor privado e membros

¹ Nas palavras de Cellard (2008, p. 305), “[a] qualidade e a validade de uma pesquisa resultam, por sua vez, em boa parte, das precauções de ordem crítica tomadas pelo pesquisador. De modo mais geral, é a qualidade da informação, a diversidade das fontes utilizadas, das corroborações, das intersecções, que dão sua profundidade, sua riqueza e seu refinamento a uma análise”.

² De acordo com Epstein e King (2013, p. 23), “[i]ndependentemente do tipo de dado empregado, toda a pesquisa empírica procura atingir um dentre três fins, ou mais tipicamente alguma combinação deles: *coletar dados* para o uso do pesquisador ou de outros; *resumir dados* para que sejam facilmente compreendidos; e *fazer inferências descritivas ou causais*, o que envolve usar os dados que observamos para aprender sobre os dados que queremos levantar”.

³ Exemplo disso é a promulgação de Lei nº 11.079/2004, que regulamenta a contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública.

da academia reuniram-se para refletir sobre linhas de ação para as gestões urbanas (Harvey, 1996, p. 49). Harvey cita um colóquio realizado em Nova Orleans (EUA) como sintomático da reorientação da administração urbana, que passava a dar espaço às ações voltadas ao *empresariamento*⁴ urbano. Segundo o autor, essa visão derivava do consenso de que a cidade que assume um comportamento mais alinhado a ações empresariais aumenta o seu desenvolvimento econômico (Harvey, 1996, p. 49).

No Brasil, a Administração Pública tem-se caracterizado “cada vez mais pelo diálogo entre Estado e sociedade para a concepção e o desenvolvimento de tarefas públicas” (Reisdorfer, 2014, p. 1). Sob a óptica constitucional de 1988, da Emenda Constitucional nº 19/1998 e do Estado Democrático de Direito, propõe-se um modelo de Administração Pública gerencial, orientada para a eficiência. Essa nova ordem coloca em desuso a atuação unilateral do Estado e o modelo burocrático, abrindo espaço para uma Administração Pública dialógica, que promove a atuação conjunta entre particulares e o Poder Público (Leitão; Kaur, 2020, p. 121).

A lógica de articulação de atores sociais, fundada no consenso (Reisdorfer, 2014, p. 1), deixa de lado a acepção dicotômica de mercado e Estado – aquele voltado apenas aos interesses privados, este ao interesse público – e admite a existência de uma relação permanente entre empresários, políticos e burocratas, todos dotados de interesses próprios e dispostos a influenciar politicamente os demais agentes (Pinto, 2014, p. 38).

Compreende-se que as falhas existem tanto no mercado quanto nos governos e que a degradação da qualidade de vida nas cidades decorre

da inadequação das instituições que regem a política urbana; e qualquer alteração dessa dinâmica depende de uma institucionalização profunda do desenvolvimento urbano (Pinto, 2014, p. 38-41).

Diante da necessidade de superação das falhas tanto do mercado quanto dos governos locais, releva incorporar na discussão a eficiência da Administração Pública como forma de avaliar o alcance das finalidades estatais nos aspectos qualitativo e quantitativo. À luz da CRFB, essa eficiência deve ser compreendida não como simples subordinação da atividade administrativa à racionalidade econômica, mas como cumprimento dos fins do Estado Democrático de Direito, da cidadania, do respeito e da garantia dos direitos humanos (Limberger; Kossmann, 2016, p. 291).

A contratualização da atividade pública consiste no “recurso crescente a instrumentos convencionais como via para o desenvolvimento e regulação de atividades de relevância pública” (Reisdorfer, 2014, p. 2). Embora não seja novidade no ordenamento jurídico brasileiro, o estudo sobre o tema justifica-se em decorrência da utilização cada vez mais frequente dos instrumentos jurídicos de aproximação entre a Administração Pública e o setor privado.

As OUCs e a intervenção no solo urbano podem implantar ações que vão desde a reabilitação de zonas ociosas da cidade até a alteração de índices de parcelamento, uso e ocupação do solo. A demanda pela instituição desse instrumento ocorreu no contexto econômico-social dos anos 1980: escassez de recursos públicos para a aplicação de capital em transformações urbanísticas, concepção de que os investimentos públicos poderiam promover valorização imobiliária e de que o controle do potencial construtivo era uma “moeda” valiosa para o Poder Público em detrimento de estratégias de controle do uso e ocupação do solo ineficazes

⁴ Termo utilizado pelo tradutor, que significa a captura do interesse público pelo setor privado e indica que a administração da cidade saiu do controle do Poder Público para as mãos do interesse privado.

na captação de singularidades do território (Instituto Pólis, 2001, p. 80).

No que se refere à relação entre a OUC e os contratos públicos, a participação direta de agentes privados na realização de melhorias na cidade compreende acordos que objetivem a alteração da realidade urbana e a concretização da política urbana (Reisdorfer, 2014, p. 158). O plano pode incluir diversas medidas para as áreas-alvo previstas num rol não taxativo (Alfonsin, 2006, p. 290) do art. 32, § 2º, como recuperar áreas degradadas e adequar a infraestrutura urbana (Lomar, 2002, p. 254-255). Contudo, não deve ser utilizado para flexibilizar os padrões urbanísticos com vistas a dar privilégios à iniciativa privada ou realizar programas higienistas, expulsando os pobres de locais-alvo de especulação imobiliária (Carvalho Filho, 2013, p. 279).

A OUC implica a incorporação de técnicas de atuação ampla, que produzam incentivos gerais e tenham como contrapartida a adoção de práticas e a assunção de compromissos pelos agentes envolvidos, com o fim de concretizar o plano urbanístico elaborado (Reisdorfer, 2014, p. 150).

3 A OUC, a diretriz de cooperação e a urbanização em atendimento ao interesse social

Em breve recapitulação histórica, a OUC, instrumento desenvolvido no Direito Urbanístico brasileiro desde a década de 1990, tem regramento municipal e, após a entrada em vigor do EC em 2001, passou a ser prevista no diploma federal.

De acordo com a lógica de descentralização instituída pela CRFB, a responsabilidade pela política de planejamento, gestão e desenvolvimento urbano foi atribuída aos governos locais. Segundo o art. 182 da CRFB (Brasil, [2023]), a participação da sociedade é elemento básico na

política urbana (Schonardie; Foguesatto, 2020, p. 1.152).

Um dos instrumentos previstos no rol do art. 4º do EC – regulamentada nos arts. 32 a 34-A –, a OUC é definida como um conjunto de intervenções e medidas urbanas efetivadas por diversos atores urbanos e coordenadas pelo Poder Público municipal (Brasil, [2022]). Trata-se de um tipo especial de intervenção que envolve o redesenho da cidade e a combinação de investimentos privados e públicos na sua execução, bem como a transação de direitos de uso e edificabilidade do solo, e as obrigações decorrentes da urbanização (Instituto Pólis, 2001, p. 78).

É comum associar a OUC, por um lado, à flexibilização da legislação urbanística, vista como “burocrática” ou “engessada”, e, por outro, ao urbanismo modernista-funcionalista que ignora as rotinas diárias, o esvaziamento urbano ou a deterioração de bairros inteiros e administrados de forma impessoal e com regras rígidas (Maricato; Ferreira, 2002). Uma das vantagens da OUC é a possibilidade de comunhão de esforços entre o Estado e distintos segmentos sociais, ou seja, esse instrumento não envolve apenas acordos bilaterais. Representa, portanto, uma técnica de atuação mais ampla, com incentivos diversos e adoção de práticas e compromissos para o cumprimento do plano da OUC (Reisdorfer, 2014, p. 150).

As OUCs podem propiciar a participação dos grupos e atores da sociedade, sem perder de vista os fins sociais, uma vez que cabe à Administração Pública municipal mediar e encaminhar os projetos. Por meio de parcerias, contratos e da negociação dos benefícios e ônus urbanísticos, o Poder Público, agente coordenador das medidas e intervenções, tem a atribuição de harmonizar, com legalidade, objetividade e publicidade, os atos negociais que serão praticados, observando a política urbana vigente (Reisdorfer, 2014, p. 153); portanto, esta pode ser executada por meio de

contratos administrativos⁵ entre os entes públicos e privados para promover melhorias urbanísticas no local da OUC, com recursos angariados pela própria operação.

O EC positiva no art. 1º que a regulamentação dos arts. 182 e 183 da CRFB será feita por normas de ordem pública; e a propriedade urbana, nela compreendidas a pública e a privada, será regida pelo interesse social. No art. 2º, III, o documento define, como uma de suas diretrizes gerais, a cooperação entre governos, iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização com vistas ao atendimento do interesse social (Brasil, [2022]).

Longe de impedir a obtenção do lucro pelo mercado imobiliário, o EC positivou condições para o uso e a alteração da cidade com base em princípios relacionados com a garantia do bem-estar da população, a preservação do meio ambiente, as iniciativas sustentáveis de ocupação do território, a participação e a cooperação da população e dos atores que representem os vários segmentos da sociedade na execução de planos e projetos de desenvolvimento urbano.

A valorização da entidade municipal como articuladora e responsável por promover a política pública urbana deve-se, em primeiro lugar, ao reconhecimento do município como ente federal autônomo com tratamento equivalente ao dos demais. Além disso, estão expressas na CRFB a competência legislativa do município quando se trata do interesse local e a atribuição de estabelecer uma constituição local ou lei orgânica própria (Avila, 2018, p. 525).

De acordo com Olbertz (2011, p. 77), a competência para a instituição das OUCs é do

município, mas sem excluir a ação concertada entre esse ente, os estados e a União para a consecução do plano da operação. O envolvimento de outros entes federativos no plano da OUC deve ocorrer quando as intervenções municipais afetem competências mais amplas, como as regionais e a nacional.

O ditame constitucional é claro quanto à necessidade de “observância das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas na lei municipal do plano diretor” (Lomar, 2002, p. 259). Todavia, em relação à competência concorrente entre União, estado e municípios, não há como apartar os interesses específicos e as competências de outros entes da federação na instituição de uma OUC. A justaposição de interesses deve ser reconhecida, sob pena de desconsideração das atribuições e deveres legais de cada ente (Olbertz, 2011, p. 79).

Entretanto, a compatibilização dos interesses públicos recomendada pela literatura especializada não é tarefa simples. Exemplo disso é a instituição do regime jurídico das operações urbanas consorciadas interfederativas (OUC-i), instrumento jurídico inserido pela Lei nº 13.089/2015, conhecida como *Estatuto da metrópole* (EM). Essa norma inseriu, no texto do EC, o art. 34-A e seu parágrafo único, que passou a prever a possibilidade de implantação de OUC-i. Embora a criação desse instituto tenha os fins antes mencionados, as implicações jurídicas das OUC-i esbarram na ausência de casos práticos, na falta de doutrina urbanística e na emergência de unidades territoriais urbanas (Pêcego; Estevam, 2021, p. 2.215).

Mesmo que o art. 34-A do EC tenha previsto que a OUC-i será instituída por lei complementar estadual, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.842/RJ, que transitou em julgado no ano de 2021, a decisão foi a de que o regime metropolitano e o estadual não se confundem (Brasil, 2013). Por essa

⁵ Por *contratos administrativos* entende-se o acordo de vontades que perfaz o ato jurídico entre as partes relativo a deveres e direitos e que tem como características principais a criação de uma relação jurídica mediante livre acordo de vontades e a possibilidade de alteração unilateral das cláusulas pela Administração Pública para assegurar o interesse coletivo (Mello, 1968, p. 12).

determinação, os planos metropolitanos não precisam mais ser submetidos à aprovação das Assembleias Legislativas. A CRFB determina que a instituição e a organização de regiões metropolitanas cabem exclusivamente aos estados federados e que a alteração dessa competência dependeria, antes da promulgação do EM, de emenda constitucional (Pêcego; Estevam, 2021, p. 2.228). Assim, uma legislação que tinha como objetivo reconhecer juridicamente o fenômeno metropolitano e oficializar a possibilidade de realização de OUC-i segue com entraves jurídicos e práticos sete anos depois de sua promulgação.

4 Campinas e o planejamento urbano: considerações metodológicas e demonstração de resultados

A cidade de Campinas, com população estimada em 1.223.237 pessoas em 2021, tem 245,14 km² de área urbanizada (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2022]).

O padrão de urbanização do município foi a periferação, induzido pelo processo de industrialização que reorganizou o espaço em conjunto com a capitalização da cidade e levou à criação de bairros com problemas de ligação entre si e com o centro da cidade. Os reflexos da urbanização direcionada majoritariamente para os interesses do mercado e com poucas ações voltadas para a redução de assimetrias sociais levou a região metropolitana de Campinas a caracterizar-se por uma urbanização dispersa e em geral ancorada em empreendimentos imobiliários de grande porte e uso diverso, aumento da mobilidade da população, supremacia do transporte individual e utilização do sistema rodoviário nos deslocamentos cotidianos (Caiado; Pires, 2006, p. 279).

De acordo com o *Plano municipal de habitação* publicado em 2011 (Campinas, 2011, p. 13), o urbanismo atual da região consolidou-se como uma soma dos processos de periferação do período industrial, cujo resultado foi a delimitação de territórios cada vez mais fechados e voltados ao comércio regional – condomínios industriais, escritórios, loteamentos e condomínios fechados. Tanto no Plano Diretor quanto na *Lei de uso e ocupação do solo*, está previsto o instrumento da OUC, indicado também na Lei Municipal nº 208/2018 (Campinas, 2018c), segundo a qual atualmente as áreas passíveis de implementação de OUCs são as macrozonas macro metropolitanas e de estruturação urbana.

4.1 Considerações metodológicas

Com base na pesquisa legislativa realizada na biblioteca jurídica on-line do município (Campinas, [2022]), foram selecionados os documentos publicados entre janeiro de 2001, ano em que foi publicado o EC – que previu em seu texto a OUC municipal – e janeiro de 2022, quando se iniciou a consolidação dos dados e a redação deste artigo.

A varredura inicial para a localização da expressão *operação urbana consorciada* nos resultados obtidos levou à exclusão da Lei nº 10.850/2001 por não mencionar a palavra-chave pesquisada.

Com o objetivo de selecionar os resultados válidos para a análise qualitativa do tema, todos os textos foram lidos e selecionaram-se aqueles com conteúdo decisório relevante sobre a política urbana. Esse procedimento permitiu identificar o posicionamento do município sobre o tema e excluir os resultados relativos à mera nomeação de membros, retificações de portaria e outros aspectos burocráticos relativos às OUCs.

Os Quadros 1 e 2 apresentam os resultados da busca com base nos termos *operação urbana consorciada* e *operações urbanas consorciadas*, respectivamente.

Quadro 1

Termo *operação urbana consorciada*: resultados da pesquisa

Palavras-chave: <i>operação urbana consorciada</i>		
Normas	Ementas	Observações
Lei nº 10.850/2001	Cria a área de proteção ambiental – APA – do município de Campinas, regulamenta o uso e ocupação do solo e o exercício de atividades pelo setor público e privado.	Não menciona a palavra-chave pesquisada.
Lei Complementar nº 12/2004	Estabelece diretrizes urbanísticas para a operação urbana consorciada Parque Linear do Rio Capivari-Cerâmicas entre a Rodovia Santos Dumont e a Rodovia dos Bandeirantes.	Conteúdo decisório relevante.
Decreto nº 15.089/2005	Regulamenta o disposto no art. 33 da Lei Complementar nº 12, de 17 de dezembro de 2004.	Conteúdo decisório relevante.
Lei Complementar nº 15/2006	Dispõe sobre o Plano Diretor do município de Campinas.	Conteúdo decisório relevante.
Decreto nº 17.150/2010	Comissão de Avaliação de Imóveis na área da operação urbana consorciada Parque Linear do Rio Capivari.	Conteúdo decisório relevante.
Decreto nº 17.152/2010	Conselho Gestor da operação urbana consorciada Parque Linear do Rio Capivari.	Conteúdo decisório relevante.
Decreto nº 17.151/2010	Fórmula de cálculo da quantidade de certificado de potencial adicional de construção.	Conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 72.603/2010	Nomeação de membros do Conselho Gestor da operação urbana consorciada Rio Capivari.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 72.753/2010	Retificação de item da Portaria nº 72.603/2010.	Sem conteúdo decisório relevante.
Deliberação nº 01/2010	Aprovação do regimento interno.	Conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 73.019/2010	Composição da Comissão de Avaliação de Imóveis na área da operação urbana consorciada Rio Capivari.	Sem conteúdo decisório relevante.
Regimento Interno s/n, de 24/3/2011 – Seplan/CGPC	Regimento interno da Comissão de Avaliação de Imóveis na OUC Rio Capivari.	Conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 74.379/2011	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 74.476/2011	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.

Palavras-chave: operação urbana consorciada		
Normas	Ementas	Observações
Portaria nº 74.950/2011	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 74.958/2011	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 75.343/2011	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 75.169/2011	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 75.086/2011	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Decreto nº 17.471/2011	Inclusão de representante da Secretaria Municipal de Infraestrutura no Conselho Gestor.	Conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 76.452/2012	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 76.610/2012	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 76.835/2012	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 76.818/2012	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 76.998/2012	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 77.111/2012	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 77.519/2012	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Lei Complementar nº 35/2012	Dispõe sobre o Plano Local de Gestão da Macrozona 5 – MZ 5 – Área de Requalificação Prioritária – ARP.	Sem conteúdo decisório relevante.
Decreto nº 17.799/2012	Institui o livro de registros de Certificados de Potencial Adicional de Construção – Cepac.	Conteúdo decisório relevante.
Ordem de Serviço 002/2013	Criação de Grupo Interno da Secretaria Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Urbano do município de Campinas.	Conteúdo decisório relevante.
Decreto nº 18.295/2014	Revoga a fixação do cálculo da indenização com base nos parâmetros do mercado imobiliário para pagamento a vista.	Conteúdo decisório relevante.
Ordem de Serviço 004/2016	Nomeação do Grupo Interno de acompanhamento da OUC Rio Capivari.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 87.363/2016	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 88.391/2017	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 88.541/2017	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 88.793/2017	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.
Portaria nº 88.868/2017	Nomeação.	Sem conteúdo decisório relevante.

Palavras-chave: operação urbana consorciada		
Normas	Ementas	Observações
Lei Complementar nº 189/2018	Dispõe sobre o Plano Diretor Estratégico do município de Campinas.	Conteúdo decisório relevante.
Lei Complementar nº 207/2018	Dispõe sobre a demarcação e ampliação do perímetro urbano e institui a Zona de Expansão Urbana.	Conteúdo decisório relevante.
Lei Complementar nº 208/2018	Dispõe sobre parcelamento, ocupação e uso do solo no município de Campinas.	Conteúdo decisório relevante.

Fonte: elaborado pelos autores com base em dados da pesquisa.

Quadro 2

Termo *operações urbanas consorciadas*: resultados da pesquisa

Palavras-chave: operações urbanas consorciadas		
Normas	Ementas	Observações
Lei nº 10.850/2001	Cria a Área de Proteção Ambiental – APA – do município de Campinas, regulamenta o uso e ocupação do solo e o exercício de atividades pelo setor público e privado.	Não menciona a palavra-chave pesquisada.
Lei Complementar nº 15/2006	Dispõe sobre o Plano Diretor do município de Campinas.	Conteúdo decisório relevante.
Lei Complementar nº 35/2012	Dispõe sobre o Plano Local de Gestão da Macrozona 5 – MZ 5 – Área de Regualificação Prioritária – ARP.	Conteúdo decisório relevante.
Ordem de Serviço 002/2013	Criação de Grupo Interno da Secretaria Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Urbano do município de Campinas.	Conteúdo decisório relevante.
Ordem de Serviço 004/2016	Nomeação do Grupo Interno de acompanhamento da OUC Rio Capivari.	Sem conteúdo decisório relevante.
Lei Complementar nº 208/2018	Dispõe sobre parcelamento, ocupação e uso do solo no município de Campinas.	Conteúdo decisório relevante.
Decreto nº 21.374/2021	Institui Grupo de Trabalho para buscar parcerias público-privadas e apoiar a gestão das Concessões e Operações Urbanas Consorciadas.	Conteúdo decisório relevante.
Decreto nº 21.402/2021	Acrescenta o inciso XIII ao art. 1º do Decreto nº 21.374, de 8 de março de 2021, que institui Grupo de Trabalho para buscar parcerias público-privadas e apoiar gestão das concessões e operações urbanas consorciadas.	Conteúdo decisório relevante.

Fonte: elaborado pelos autores com base em dados da pesquisa.

Por fim, foram confrontados os resultados obtidos e identificadas eventuais repetições nos textos legais para, então, analisar-se a implantação do instrumento urbanístico OUC no município.

4.2 Demonstração dos resultados

Na base de dados das legislações de Campinas foram encontradas as Portarias nºs 88.793/2017, 88.868/2017, 88.541/2017, 88.391/2017 e 88.363/2017, que tratam da única OUC implantada no município, a OUC Parque Linear do Rio Capivari-Cerâmicas, instituída pela Lei Complementar (LC) nº 14/2004, para promover melhorias na área de influência do projeto, localizada entre as rodovias Santos Dumont e Bandeirantes.

Entre as intervenções elencadas na OUC estavam o pagamento de desapropriações para a realização de obras; a construção, a ampliação e a adequação de vias e avenidas; o prolongamento de uma avenida; a implantação de unidades de empreendimentos habitacionais de interesse social e de sistema de áreas verdes e espaços públicos diversos.

Contudo, a LC nº 14/2004 foi revogada em 2018 pela LC nº 208/2018, que trata sobre o parcelamento, a ocupação e o uso do solo na cidade e prevê, no art. 191, a possibilidade de implantação de OUCs nas áreas definidas como “passíveis de aplicação de OUC”, contidas nas macrozonas metropolitanas e de estruturação urbana; e aponta que essa implantação deve ocorrer preferencialmente nos “polos de desenvolvimento estratégico, ao longo da Rede Estrutural de Mobilidade – Eixos do DOT, nas Áreas Potenciais para Grandes Empreendimentos e regiões que envolvam as áreas indicadas para Projetos Urbanos” (Campinas, 2018c, p. 108).

Na busca relacionada às publicações de 2018, localizou-se a LC nº 207/2018, que dispõe sobre a demarcação e ampliação do perímetro urbano, instituindo a Zona de Expansão Urbana. Essa norma inclui, no art. 2º, II, a área contígua ao Polo Estratégico de Desenvolvimento – Unicamp/Ciatec II; determina que as áreas abrangidas precisam permitir usos urbanos compatíveis e sustentáveis; apresenta, no art. 14, disposições sobre a justa distribuição dos ônus e benefícios oriundos do processo de urbanização; e aponta a OUC como um dos instrumentos desse processo (Campinas, 2018b).

Também referente ao ano de 2018 foi localizada a LC nº 189/2018, norma responsável por instituir o Plano Diretor Estratégico de Campinas, que tratou das OUCs nos arts. 94 e seguintes de forma semelhante à *Lei de uso e ocupação do solo* (Campinas, 2018a).

A pesquisa realizada com base na expressão *operações urbanas consorciadas* rendeu três resultados dentro dos critérios eleitos para a investigação. Como um deles foi semelhante ao encontrado em outra busca (*Lei*

de uso e ocupação do solo), não foi realizado o detalhamento dessa norma.

Em 2021, o Decreto Municipal nº 21.374/2021 instituiu um grupo de trabalho com o objetivo de buscar parcerias público-privadas e apoiar a gestão das Concessões e OUCs, o que demonstra que o município iniciou estudos voltados para a celebração de parcerias público-privadas especialmente por meio da modalidade OUC (Campinas, 2021a). No mesmo ano, indicou-se o primeiro grupo de trabalho com a responsabilidade de designar dois representantes para a atuação conjunta e definiu-se que a coordenação ficaria ao encargo da Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas (Emdec), sociedade de economia mista.

No mesmo ano, o Decreto nº 21.402/2021 acrescentou o inciso XIII ao art. 1º do Decreto nº 21.374/2021, que instituiu um grupo de trabalho para buscar parcerias público-privadas e apoiar a gestão das concessões e OUCs, e incluiu nesse grupo a Secretaria Municipal de Infraestrutura (Campinas, 2021b).

Da análise de resultados é possível inferir que o planejamento urbano de Campinas promulgou somente um plano de OUC em meados de 2004 – a OUC Rio Capivari –, cuja lei, contudo, foi revogada sem qualquer previsão legal posterior que previsse nova destinação ou forma jurídica para o território em questão, o que demonstra o desinteresse da política urbana local em dar continuidade ao projeto implementado. Contudo, em 2021 o município passou novamente a demonstrar interesse na celebração de parcerias público-privadas para a execução de obras de planejamento urbano, apontando como uma das modalidades possíveis a instituição de OUCs.

Embora a instituição do grupo de trabalho para apoiar concessões ou OUCs e para realizar a prospecção de oportunidades de celebração dessas modalidades de parceria seja indicativo da

possibilidade de implantação futura desses instrumentos, nenhuma ação posterior foi efetivada para integrar o instrumento à política urbana municipal. Por ora, é lícito concluir que tanto uma nova atribuição ou texto legal referente à OUC Rio Capivari quanto outros planos futuros de OUCs estão apenas no nível das ideias.

Por conseguinte, nos mais de 20 anos de promulgação do *Estatuto da cidade*, o instrumento da OUC em nenhum momento foi utilizado na política urbana do município de Campinas como instrumento para atingir a eficiência almejada pela Administração Pública.

5 Considerações finais

O artigo teve como finalidade estudar a aplicação prática do instrumento da OUC na realidade urbana da cidade de Campinas (SP).

A análise da literatura especializada revelou que a contratualização da Administração Pública, o regime inaugurado pela CRFB e a interação de agentes públicos e privados passaram a ser reconhecidos como meios para o desenvolvimento da política urbana, especialmente devido à crise fiscal dos municípios.

Nesse contexto, a aplicação da OUC popularizou-se entre os gestores públicos e incorporou-se à legislação que regulamentou o capítulo sobre a política urbana prevista constitucionalmente, o *Estatuto da cidade*.

Após essa incorporação, a partir de 2001 o regime jurídico desse instrumento, reinterpretado sob os paradigmas do desenvolvimento urbano sustentável e da gestão democrática da cidade, passou a ser previsto nos planos diretores municipais não mais como exceção ao planejamento urbano rígido, mas como forma de complementação e atenção às realidades locais.

A análise dos resultados de pesquisa confirma a hipótese levantada na introdução de que é

incipiente a aplicação do instrumento OUC em Campinas, pois as ações urbanísticas do único plano, elaborado após a promulgação do *Estatuto da cidade*, foram perdidas no tempo e descontinuadas no espaço.

Sobre os autores

Fernanda Souza Correa é mestra e bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil; advogada.

E-mail: ferscorrea@outlook.com.br

Cláudio José Franzolin é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor pesquisador e titular do programa de graduação e pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil; advogado.

E-mail: cfranzol30@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

CORREA, Fernanda Souza; FRANZOLIN, Cláudio José. A implantação do instrumento urbanístico da Operação Urbana Consorciada no município de Campinas: um estudo de caso. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 201-217, out./dez. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p201

(APA)

Correa, F. S., & Franzolin, C. J. (2023). A implantação do instrumento urbanístico da Operação Urbana Consorciada no município de Campinas: um estudo de caso. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(240), 201-217. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p201

Referências

ABASCAL, Eunice H.; KATO, Volia; CYMROT, Raquel. Transformações da área-alvo da Operação Urbana Vila Leopoldina-Jaguapé pelo mercado imobiliário: a verticalização residencial como motor de desenvolvimento urbano. *EURE*, Santiago, CL, v. 39, n. 116, p. 75-99, enero 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0250-71612013000100003>. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0250-71612013000100003. Acesso em: 20 out. 2023.

ALFONSIN, Betânia. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais-valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (org.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 287-300.

AVILA, Marta Marques. O município no constitucionalismo brasileiro: a presença constante e a mudança de paradigma pós 1988. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 500-531, 2018. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2018.30467>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/30467/23364>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

_____. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10257.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842/RJ*. Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico [...]. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 6 de março de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 20 out. 2023.

CAIADO, Maria Célia Silva; PIRES, Maria Conceição Silvério. Campinas metropolitana: transformações na estrutura urbana atual e desafios futuros. In: CUNHA, José Marcos Pinto da (org.). *Novas metrópoles paulistas: população, vulnerabilidade e segregação*. Campinas: Núcleo de Estudos de População-Nepo, Unicamp, 2006. p. 275-304. Disponível em: <https://www.nepo.unicamp.br/publicacao/novas-metropoles-paulistas-populacao-vulnerabilidade-e-segregacao/>. Acesso em: 20 out. 2023.

CAMPINAS. *Biblioteca Jurídica*. Campinas: Prefeitura de Campinas, [2022]. Disponível em: <https://bibliotecajuridica.campinas.sp.gov.br/>. Acesso em: 20 out. 2023.

_____. *Decreto nº 21.374, de 8 de março de 2021*. Institui Grupo de Trabalho para buscar parcerias público-privadas e apoiar a gestão das concessões e operações urbanas consorciadas. Campinas: Câmara Municipal de Campinas, 2021a. Disponível em: https://sagl-portal.campinas.sp.leg.br/generico/pdfJS/viewer_html?file=https://sagl-portal.campinas.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/49927_texto_integral.pdf?1646088863.15. Acesso em: 20 out. 2023.

_____. *Decreto nº 21.402, de 23 de março de 2021*. Acresce o inciso XIII ao art. 1º do Decreto nº 21.374, de 8 de março de 2021, que institui Grupo de Trabalho para buscar parcerias público-privadas e apoiar a gestão das concessões e operações urbanas consorciadas. Campinas: Câmara Municipal de Campinas, 2021b. Disponível em: https://sagl-portal.campinas.sp.leg.br/generico/pdfJS/viewer_html?file=https://sagl-portal.campinas.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/49978_texto_integral.pdf?1646088986.11. Acesso em: 20 out. 2023.

_____. *Lei Complementar nº 189, de 8 de janeiro de 2018*. Dispõe sobre o Plano Diretor Estratégico do município de Campinas. Campinas: Câmara Municipal de Campinas, 2018a. Disponível em: https://sagl-portal.campinas.sp.leg.br/generico/pdfJS/viewer_html?file=https://sagl-portal.campinas.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/45073_texto_integral.pdf?1646088392.58. Acesso em: 20 out. 2023.

_____. *Lei Complementar nº 207, de 20 de dezembro de 2018*. Dispõe sobre a demarcação e ampliação do perímetro urbano, institui a Zona de Expansão Urbana e dá outras providências. Campinas: Câmara Municipal de Campinas, 2018b. Disponível em: https://sagl-portal.campinas.sp.leg.br/generico/pdfJS/viewer_html?file=https://sagl-portal.campinas.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/46533_texto_integral.pdf?1684846816.04. Acesso em: 20 out. 2023.

_____. *Lei Complementar nº 208, de 20 de dezembro de 2018*. Dispõe sobre parcelamento, ocupação e uso do solo no município de Campinas. Campinas: Câmara Municipal de Campinas, 2018c. Disponível em: <https://sagl-portal.campinas.sp.leg.br/generico/pdfJS/>

viewer_html?file=https://sagl-portal.campinas.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/46532_texto_integral.pdf?1646086590.28. Acesso em: 20 out. 2023.

_____. *Plano municipal de habitação*. Campinas: Prefeitura Municipal de Campinas, 2011. Disponível em: <https://portal.campinas.sp.gov.br/secretaria/habitacao/pagina/plano-municipal-de-habitacao>. Acesso em: 20 out. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean; DESLAURIERS, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H.; LAPERRIÈRE, Anne; MAYER, Robert; PIRES, Álvaro. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 295-316. (Coleção Sociologia).

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em Direito: as regras de inferência*. Tradução de Fábio Morosini *et al.* São Paulo: Direito GV, 2013. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444?show=full>. Acesso em: 20 out. 2023.

HARVEY, David. Do gerenciamento ao empresariamento: a transformação da administração urbana no capitalismo tardio. Tradução de Luís Octávio da Silva e Micaela Krumholz. *Espaço & Debates*, [São Paulo], n. 39, p. 48-64, 1996. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2078563/mod_resource/content/1/Harvey_Do%20gerenciamento%20ao%20empresariamento%20%281%29.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Campinas: panorama*. [S. l.]: IBGE, [2022]. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/campinas/panorama>. Acesso em: 20 out. 2023.

INSTITUTO PÓLIS. *Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Coordenação de Nelson Saule Júnior e Raquel Rolnik. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001.

LEITÃO, Rômulo Guilherme; KAUR, Diego Nogueira. A celebração de termos ou compromissos de ajustamento de conduta: cláusulas leoninas e a advocacia pública como instrumento de construção do consenso. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 113-140, maio/ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82007>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82007>. Acesso em: 20 out. 2023.

LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in) suficiente. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 287-311, set./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66664>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66664>. Acesso em: 20 out. 2023.

LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARICATO, Ermínia; FERREIRA, João Sette Whitaker. Operação urbana consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade? In: OSÓRIO, Letícia Marques (org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 215-250.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Contrato de direito público ou administrativo. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, v. 94, p. 1-18, 1968. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v94.1968.31840>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31840>. Acesso em: 20 out. 2023.

OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PÊCEGO, Daniel Nunes; ESTEVAM, Douglas. Operação urbana consorciada interfederativa: estudo sobre a região metropolitana do Rio de Janeiro. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2.213-2.236, 2021. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2021.64381>.

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/64381>. Acesso em: 20 out. 2023.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCHONARDIE, Elenise Felzke; FOGUESATTO, Ana Maria. Globalização e transnormatividade: os benefícios dos documentos internacionais em prol das cidades. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1.143-1.159, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2020.48640>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/48640>. Acesso em: 20 out. 2023.

Omissão legislativa e atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal em relação às minorias sexuais

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL
ELIZIANE FARDIN DE VARGAS

Resumo: Recorrentemente as minorias sexuais enfrentam percalços na busca de proteção normativa a seus direitos fundamentais pelo Poder Legislativo e, em razão disso, acabam por apelar ao Judiciário para ter suas reivindicações ouvidas e atendidas. Assim, questiona-se a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal (STF) para a proteção das minorias sexuais em face das omissões do Congresso Nacional a respeito dessa temática. Para responder à questão, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico, com o fim de analisar o histórico de projetos de lei e demais investidas em prol da regulamentação da matéria em âmbito nacional. Em seguida, aborda-se o dever de especial proteção das minorias sexuais no contexto do Estado Democrático de Direito, relacionando o debate à tensão entre a democracia representativa (lógica majoritária) e o constitucionalismo (prevalência dos direitos fundamentais). Por fim, analisam-se as nuances do papel contramajoritário desempenhado pelo STF e as contribuições dessa atuação para a proteção igualitária das minorias sexuais no País.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; dificuldade contramajoritária; minorias sexuais; Supremo Tribunal Federal; jurisdição constitucional.

Legislative omission and against-majority acting of the Federal Supreme Court regarding sexual minorities

Abstract: Recurrently the sexual minorities find mishaps on searching normative protection of their fundamental rights in the Legislative Power and, because of that, they appeal to the Judicial Power to have their claims listened and answered. Then, it is asked: what is the importance of the

Recebido em 24/5/23
Aprovado em 4/9/23

exercise of the against-majority acting of the Federal Supreme Court (STF) for the protection of sexual minorities in the face of the National Congress' omissions regarding this theme? To answer the research problem, the deductive approach method and the analytical procedure method will be used, aiming at, initially, to analyze the record of bills and other efforts seeking the regulation of the matter in the national scope, later, to explore the duty of special protection for sexual minorities in the Brazilian law, in the context of the democratic State, relating the debate to the issue of the existing tension between representative democracy (majority logic) and constitutionalism (fundamental rights prevalence), and, lastly, to analyze the nuances that engage the against-majority role performed by the STF and the contributions that this acting may offer regarding the egalitarian protection of sexual minorities in the country.

Keywords: constitutionality control; against-majority difficulty; sexual minorities; Federal Supreme Court; constitutional jurisdiction.

1 Introdução

A luta empreendida pelas minorias sexuais para a concretização da igualdade tem obtido fartos resultados na última década em virtude da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), principalmente no que diz respeito ao papel contramajoritário da jurisdição constitucional na proteção das minorias socialmente estigmatizadas.

No processo político há situações em que a vontade e os direitos fundamentais das minorias são sufocados pela vontade da maioria, o que faz com que suas reivindicações não sejam atendidas pelo processo democrático de deliberação. Nesse caso, a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional ganha impulso para assegurar a fruição de direitos às minorias sub-representadas. Por vezes, invalidam-se atos do Executivo e do Legislativo considerados contrários à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) ou que tenham deixado de garantir os direitos fundamentais das minorias que encontram dificuldade para integrar-se ou que foram excluídas dos espaços de deliberação política.

Em face das decisões do STF garantidoras dos direitos fundamentais e da omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a proteção e a garantia do devido exercício desses direitos pelas minorias sexuais, define-se como centro desta pesquisa o questionamento da atuação contramajoritária do STF em relação ao tema.

A fim de responder à questão, tomam-se como objetivos específicos: i) analisar o histórico de projetos de lei e demais investidas em busca da regulamentação da matéria em âmbito nacional, com o propósito de destacar os entraves que as minorias sexuais encontram no processo de regulamentação de seus direitos¹; ii) abordar o dever de especial proteção das minorias sexuais no contexto de pluralidade – próprio do Estado Democrático de Direito instituído pela CRFB –, relacionando o debate à tensão entre democracia representativa (lógica majoritária) e constitucionalismo (prevalência dos direitos fundamentais); e iii) averiguar como opera o papel contramajoritário desenvolvido pelo STF, com o fim de demonstrar suas contribuições para a proteção igualitária das minorias sexuais. Com o intuito de embasar a análise, utilizam-se o método de abordagem dedutivo e o de procedimento analítico, além da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2 Breve histórico do reconhecimento e da proteção das minorias sexuais no Brasil

Com o escopo de averiguar como a busca pelo reconhecimento dos direitos da comunidade LGBT tem sido desenvolvida no País, buscam-se no sítio eletrônico do Congresso Nacional (Brasil, [2023a]) as propostas legislativas que já tramitaram ou ainda tramitam na Câmara dos Deputados, a fim de analisar os entraves que o tema enfrenta quando se busca a adequada regulamentação. A filtragem foi desenvolvida com base na palavra-chave *LGBT*, e obteve-se como resultado um total de 23 projetos de lei (PL)².

Na Câmara dos Deputados não há uma comissão especialmente voltada para a análise dos projetos de lei relacionados às temáticas que envolvem a comunidade LGBT. Diante disso, cabe à Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, de caráter permanente³ – conforme prevê o art. 32, VIII, “e”, da Resolução nº 17/1989 (Regimento Interno da Câmara dos Deputados) – tratar de demandas ligadas a minorias étnicas e

¹ Para delimitar o âmbito da pesquisa, na busca desenvolvida no sítio do Congresso Nacional optou-se pela análise dos projetos iniciados na Câmara dos Deputados. Empregou-se como filtro a sigla *LGBT* e como tipo de proposição legislativa exclusivamente os projetos de lei ordinária.

² Dada a limitação de espaço, analisar-se-á apenas um PL referente a cada ano do levantamento. Foram estudados, de modo mais aprofundado, os seguintes projetos: PLs nºs 6.297/2005, 5.002/2013, 8.032/2014, 335/2015, 7.292/2017, 3.741/2019, 5.220/2020 e 78/2021. Devido ao seu número expressivo, os projetos de lei estão esquematizados num Quadro ao final do estudo.

³ Segundo o art. 32, I a XXV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, existem 25 Comissões Permanentes atuando na Câmara dos Deputados (Brasil, [2005b]).

sociais; as minorias sexuais enquadram-se neste último grupo (Brasil, [2005b], p. 57).

Como a Comissão de Direitos Humanos e Minorias continua responsável pelo debate sobre as demandas em foco, devem-se analisar alguns dados constantes nos relatórios dessa Comissão sobre o trâmite dos projetos de lei que tratam de temas sensíveis aos direitos das minorias sexuais, como a *LGBTfobia*, a violência contra as pessoas LGBT, a inclusão política da comunidade LGBT, entre outros.

Um dos projetos de lei mais antigos é o PL nº 6.297/2005, sobre o direito ao reconhecimento do companheiro ou companheira homossexual como dependente do parceiro segurado do INSS (Brasil, 2005a). Porém, antes mesmo da sua propositura, já havia sido proposta a Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, na sessão judiciária de Porto Alegre (RS), cuja liminar foi mantida pelo STF no julgamento da Petição nº 1.984/RS. Posteriormente foi editada pelo Ministério da Previdência Social a Portaria nº 513, de 9/12/2010, a qual resguardou o direito dos casais homoafetivos com o disposto no art. 1º⁴ (Amado, 2020, p. 442-443). O PL foi arquivado em 2015, em razão do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: até o término da legislatura, o projeto não fora aprovado em primeiro turno, nem lograra pareceres favoráveis da Comissão (Brasil, [2005b], p. 111).

Apesar do vazio legislativo, contudo, a matéria atualmente é pacífica no âmbito de atuação do INSS e dos Tribunais Regionais Federais, que, embora sem uma previsão legislativa mais robusta, reconhecem o direito dos companheiros homossexuais como dependentes

⁴Dispõe o artigo: “[e]stabelecer que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo” (Brasil, 2010, p. 71).

do companheiro segurado do INSS. A pesquisa não localizou na Câmara projetos sobre o tema entre 2006 e 2012⁵. Na sequência, contudo, outros projetos foram propostos⁶, como o PL nº 5.002/2013, que pretendia a alteração do art. 58 da Lei nº 6.015/1973 (*Lei de registros públicos*) e a proteção da identidade de gênero pelos Registros Públicos do País (Brasil, 2013).

Embora o PL tenha sido arquivado em 2019, igualmente em função do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, na época do arquivamento o STF já se havia posicionado em relação ao assunto na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275/DF, de 1º/3/2018, quando julgou procedente a ação e concedeu interpretação conforme à Constituição e ao *Pacto de São José da Costa Rica* ao art. 58 da *Lei de registros públicos*, definindo que as pessoas transgêneros têm a possibilidade de realizar a retificação do prenome e do sexo diretamente nos cartórios de Registro Público e que a efetivação dessa retificação não está condicionada a qualquer espécie de comprovação da prévia realização de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes (Brasil, 2018b, p. 2-3).

Assim, mais uma vez é possível constatar que a inércia legislativa levou a sociedade e os grupos atingidos por esses déficits a buscarem

⁵Houve propostas nesse interregno, mas elas podem não mais estar tramitando na Câmara dos Deputados, o que as excluiu da filtragem proposta.

⁶Essa característica de um aumento progressivo nas demandas decorre do fato de em 2013 ter havido duas propostas sobre o tema (PLs nºs 5.002/2013 e 6.424/2013); em 2014, foram três (PLs nºs 7.524/2014, 7.582/2014 e 8.032/2014); em 2015, repetiu-se essa marca (PLs nºs 335/2015, 1.804/2015 e 3.369/2015); em 2017, essa crescente rompeu-se, contando-se apenas uma proposta (PL nº 7.292/2017); em 2019, o número saltou para quatro (PLs nºs 2.653/2019, 2.777/2019, 3.741/2019 e 5.096/2019); e aumentou para cinco propostas em 2020 (PLs nºs 3.298/2020, 3.397/2020, 4.795/2020, 5.220/2020 e 5.593/2020). No que diz respeito a 2021, ainda não há um total, mas até o desenvolvimento desta pesquisa contavam-se quatro propostas em tramitação: os PLs nºs 3.311/2021, 1.246/2021, 81/2021 e 78/2021.

respostas em outros canais de proteção. Em geral, o canal em que essas demandas deságuam é o STF, justamente em razão do dever do mais alto tribunal do País de proteger os direitos fundamentais, aí inclusos os dos grupos minoritários.

Contudo, mesmo quando são provocados a fornecer uma resposta, alguns tribunais entram em divergência – caso do reconhecimento da ampliação da proteção disposta na Lei nº 11.340/2006 (*Lei Maria da Penha*) às pessoas transexuais e transgêneros, assunto de que trata o PL nº 8.032/2014 (Brasil, 2014). A demanda desse PL, em tramitação desde 2014 e sem avanços significativos na Câmara dos Deputados, chegou aos tribunais de justiça dos Estados, e a seu respeito houve posicionamentos tanto positivos⁷ quanto negativos⁸.

Em 2019, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal aprovou

⁷No caso, a autoridade judiciária do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Águas Claras (DF) indeferiu o pedido de medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 (*Lei Maria da Penha*) e declinou da competência para a Vara Criminal e Tribunal do Júri daquela circunscrição. Porém, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios interpôs recurso em sentido estrito, e a 2ª Turma Criminal definiu que o julgamento do caso competia ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, mesmo sendo a vítima uma pessoa transexual, conforme se depreende da ementa da decisão: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. APLICAÇÃO DA LEI 11.340/06 (MARIA DA PENHA). VÍTIMA TRANSEXUAL. APLICAÇÃO INDEPENDENTE DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. RECURSO PROVIDO. 1. Diante da alteração sexual, comportando-se a recorrida [sic] como mulher e assim assumindo seu papel na sociedade, sendo dessa forma admitida e reconhecida, a alteração do seu registro civil representa apenas mais um mecanismo de expressão e exercício pleno do gênero feminino pelo qual optou, não podendo representar um empecilho para o exercício de direitos que lhes são legalmente previstos” (Distrito Federal, 2019, p. 1).

⁸A 10ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) declarou que não se aplica o disposto na *Lei Maria da Penha* às pessoas transexuais. A Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo recorreu da decisão ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), buscando anular a decisão do TJSP e ter deferida a medida protetiva à mulher transexual que teve seu direito negado pelo Colegiado do TJSP. Até o momento, o caso aguarda o posicionamento do STJ (PGJ [...], 2021).

o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 191/2017 (Brasil, 2017b), com proposta de teor idêntico ao da proposta registrada na Câmara dos Deputados em 2014. No entanto, o PLS foi arquivado.

Nesse caso, novamente é possível perceber certa mora do Legislativo em colocar em pauta de votação os projetos que propõem alterações voltadas à promoção e à expansão dos direitos das minorias sexuais. Com base nos dados coletados, é possível afirmar que o grande impasse não está relacionado à ausência de propositura de projetos de lei, mas sim à demora no processo de aprovação.

Em 2015 foi encaminhado à Câmara dos Deputados o PL nº 335/2015, no qual era proposta a proteção do direito aos casais com união estável homoafetiva à inscrição, como entidade familiar, nos programas de habitação do governo federal. Contudo, o PL acabou sendo arquivado – e, mais uma vez, com fundamento naquele mesmo art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Brasil, 2015). Com o mesmo objetivo, desde sua propositura em 2019, o PL nº 2.927/2019 aguarda que o parecer do relator na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) dê sequência ao trâmite de votação na Câmara dos Deputados (Brasil, 2019a).

Em 2017 foi proposto o PL nº 7.292/2017⁹ com o intuito de alterar o art. 121 do Código Penal, para que passasse a prever o *LGBTcídio* como circunstância qualificadora do crime de

⁹Segundo dados do *Relatório anual de atividades* de 2018 da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), em 17/5/2018 foi realizada uma audiência pública que tratou dos projetos de lei sobre os direitos humanos da população LGBTI. No encontro, foi debatida a tramitação do PL nº 7.292/2017, conhecido como *Lei Dandara*, nome da travesti brutalmente espancada e assassinada em Fortaleza, em 2017. A ocorrência desse “crime motivou a deputada Luizianne Lins (PT-CE) a apresentar na Câmara um PL que modifica o Código Penal e qualifica o crime de *LGBTcídio*. Ou seja, se ficar comprovado que foi uma atitude de ódio, motivada exclusivamente pelo gênero da vítima, o crime se torna hediondo e as penas aumentam” (Brasil, 2018a, p. 22, grifo nosso).

homicídio e para que o incluísse no rol dos crimes hediondos, disposto no art. 1º da Lei nº 8.072/1990 (*Lei de crimes hediondos*). Em 2021, esse PL obteve parecer favorável da relatora da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) (Brasil, 2017a) e, nos últimos anos, obteve alguns avanços, mas não fica nítido se essa evolução na tramitação não decorreu justamente do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF¹⁰, apreciada em 2019 pelo STF, o qual fixou que,

[a]té que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”) (Brasil, 2019c, p. 5).

Por mais que a redação e a reivindicação do PL não sejam idênticas ao teor da decisão, ambos almejam a proteção das minorias contra

¹⁰Embora se reconheça que a decisão da ADO nº 26/DF represente um significativo avanço no que diz respeito à proteção das minorias sexuais, não raro ela é tachada de “ativista”, em virtude da interpretação expansiva realizada pelo STF ao equiparar as condutas homotransfóbicas aos tipos penais da lei antirracismo. Nesse sentido, Leal e Moraes (2020, p. 398) afirmam que, no caso dessa decisão, a tarefa de aferir se houve ativismo judicial é demasiadamente complexa, dado que o STF não obteve êxito em definir limites assertivos sobre o papel por ele desempenhado e sua relação com os demais Poderes. A legitimação da atuação da jurisdição constitucional permanece adstrita aos argumentos de que é o guardião da Constituição e protetor dos direitos fundamentais.

violências odiosas por motivos de orientação sexual e identidade de gênero, de modo que a decisão, de maneira não expressa, acabou por consagrar a expansão da proteção às minorias sexuais pretendida pelo PL nº 7.292/2017. Cabe também destacar que a sentença do STF não criou um tipo penal, mas reconheceu a omissão legislativa em proteger aquelas minorias sexuais, o que pode ter influenciado, indiretamente, na adoção de um olhar atento ao andamento mais célere dos projetos voltados ao debate da criminalização dos atos homofóbicos e transfóbicos.

Para ampliar a conscientização sobre a violência e os atos de discriminação a que as minorias sexuais permanecem expostas, foi protocolado o PL nº 3.741/2019, que instituiu o Programa Escola sem Discriminação, com o fim de promover a capacitação dos profissionais de educação da rede pública de ensino para o combate da violência contra a população LGBT no ambiente escolar. Esse projeto, contudo, permanece em tramitação e aguarda-se sua apreciação pela CDHM (Brasil, 2019b).

Em 2020, foram registradas duas propostas voltadas para a promoção da inclusão política da comunidade LGBT: o PL nº 5.220/2020 – que prevê a obrigatoriedade de os partidos políticos reservarem o percentual de 10% de vagas para candidaturas de pessoas LGBT – e o PL nº 4.795/2020 –, o qual determina que cada partido respeite a quota mínima de 30% para as candidaturas LGBT, bem como destine 30% do fundo partidário ao financiamento das suas campanhas (Brasil, 2020a, 2020b).

Esses projetos foram apensados ao PL nº 78/2021, que visa coibir atos de discriminação e violência contra candidatos LGBT ou transgêneros durante as eleições. Todos eles estão tramitando em regime de prioridade, segundo o art. 151, II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Brasil, 2021). A omissão ou procrastinação do Poder Legislativo na apreciação

dos projetos de lei mencionados incitam as minorias sexuais, de maneira cada vez mais intensa, a buscarem os demais Poderes e órgãos públicos para terem seus direitos assegurados.

A situação constatada potencializa o fenômeno da judicialização. Segundo Sweet (2012, p. 829), “at times, constitutional judges are more responsive to citizens’ concerns than politicians, and they may cajole officials to be more democratic than they would otherwise be”¹¹. Assim, em busca de respostas mais rápidas e eficazes a suas demandas, as minorias sexuais têm-se socorrido do Poder Judiciário e apostado em sua atuação contramajoritária para conseguir a proteção que não lhes é possível obter em razão da insuficiência de representação política ou da inércia do Poder Legislativo.

No contexto do dever de proteção às minorias sexuais, o tensionamento entre democracia representativa (lógica majoritária) e constitucionalismo (prevalência dos direitos fundamentais) fica ainda mais evidente.

3 O dever de especial proteção às minorias sob a égide do Estado Democrático de Direito

A CRFB, em seu art. 1º, parágrafo único, adota o primado de que “[t]odo poder emana do povo” (Brasil, [2023b]) e elege o sistema democrático como princípio norteador do Estado. Porém, o modelo democrático não é imune a críticas, principalmente se se considerar que “a democracia não pode ser observada enquanto conceito estático e imutável, perfeito e completo, mas pelo contrário, é conceito dinâmico e em constante evolução” (Alves; Oliveira, 2014, p. 35).

Assim, se a democracia é compreendida unicamente como expressão da vontade da maioria, podem ocorrer graves ranhuras aos direitos fundamentais, especialmente quando se trata dos direitos de grupos minoritários e vulneráveis. A democracia pressupõe que a vontade da maioria seja respeitada, mas que essa vontade promova a concretização dos direitos fundamentais e garanta a todos os indivíduos, de maneira livre e igualitária, mecanismos de participação nos processos decisórios (Alves; Oliveira, 2014, p. 35), o que deságua na concepção de que “Todo Estado [autoproclamado] democrático deve garantir os direitos fundamentais de todos [os] seus habitantes, sob pena [de] sua condição democrática ser criticamente questionada” (Lopes, 2008, p. 168).

¹¹ Tradução nossa: “às vezes, os juízes constitucionais são mais sensíveis às preocupações dos cidadãos do que os políticos e podem persuadir os funcionários a serem mais democráticos do que seriam de outra forma”.

A CRFB esteia-se, pois, nas preocupações relacionadas às reivindicações de direitos provenientes dos grupos minoritários e vulneráveis e reconhece o dever estatal de promover uma sociedade livre e plural, que possibilite a cada indivíduo o direito de usufruir, com plenitude, o seu projeto de vida. Diante disso, o moralismo majoritário não pode “justificar discriminações jurídico-sociais pelo simples fato de o grupo discriminado ter um estilo de vida supostamente contrário à moral do grupo majoritário-dominante” (Vecchiatti, 2011, p. 144).

A preocupação com a proteção das minorias e grupos vulneráveis complementa a ideia de que a democracia não é um modelo perfeito: ela pode estar ou tornar-se desatenta aos direitos das minorias, pois

eventualmente minorias dependerão da vontade das maiorias para deliberar sobre direitos que lhe são essenciais, sem que possam, no entanto, vê-los efetivados, porque nem sempre interessa às maiorias defender os direitos dos grupos minoritários. Acredita-se que, por paradigmas mantidos pela falta de instrução, ou também pela visão acrítica da democracia, às maiorias não costuma interessar a defesa dos direitos dos grupos vulneráveis. Pelo contrário, é comumente observável que, por conta da aversão e dos preconceitos de determinados grupos, são suprimidos direitos dos demais (Alves; Oliveira, 2014, p. 36).

Além da proteção dos grupos minoritários e vulneráveis, a CRFB desempenha dois grandes papéis: o de garantidora das regras do jogo democrático, assegurando a ampla participação política e a vontade da maioria; e o de guardiã dos direitos fundamentais, mesmo nas situações em que a vontade da maioria contrarie a proteção desses direitos. Isso evidencia que a democracia não se resume apenas à vontade da maioria ou à supremacia do princípio majoritário (Barroso, 2011, p. 309). Esse duplo encargo recai sobre a CRFB, pois, no sistema democrático representativo, não há mecanismos que possibilitem a proteção das minorias vencidas pela regra da maioria, que norteia o processo deliberativo (Campagnoli; Mandalozzo, 2014, p. 49).

Por causa desse déficit, considera-se que a Constituição atua, especialmente, como a “lei do mais fraco, e o Estado de Direito Constitucional nasceu com os objetivos de minimizar o poder subjetivo do soberano e criar uma concepção de sistema político, potencializando suas funções e garantias” (Campagnoli; Mandalozzo, 2014, p. 50).

A lógica de proteção das minorias contra o poder das “maiorias eventuais” influenciou a conformação do Estado constitucional democrático no período posterior à II Guerra Mundial. Após os atos de barbárie praticados pelo nazifascismo, as noções de democracia e de direitos humanos foram fortalecidas, razão pela qual a Constituição passou a ser considerada não

só a representação da vontade da maioria, mas também instrumento responsável por proteger os direitos dos que não possam (por impossibilidade fático-temporal) ou não consigam (por déficit de representatividade) fazer parte de maiorias eventuais (Leal, 2007, p. 51-52).

Conforme Sarmiento (2007, p. 127-128), no atual Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo e a democracia são ideias com valores complementares, a serem dosados de maneira ponderada, já que

[l]imitações exageradas ao poder podem asfixiar a soberania popular e comprometer a autonomia política do cidadão, como coautor do seu destino coletivo. Mas também uma “democracia” sem limites tenderia a pôr em risco os direitos das minorias, além de outros valores essenciais, que são pressupostos para a própria continuidade da empreitada democrática.

Desse tensionamento entre constitucionalismo e democracia emerge o conceito de *democracia constitucional*, que pressupõe que o povo pode e deve autogovernar-se; porém, deve-se pautar o exercício desse poder pelos parâmetros de proteção aos direitos fundamentais e aos princípios de natureza moral (igualdade material, dignidade humana, pluralismo, justiça social e solidariedade) (García Jaramillo, 2015, p. 73).

Ao lado da concepção de democracia constitucional e com o intuito de repelir situações de afronta aos direitos fundamentais, o princípio da supremacia constitucional¹² preconiza que as leis ou atos normativos contrários ao texto constitucional não podem ser considerados válidos; é necessário desenvolver mecanismos

¹² Além disso, “a supremacia da Constituição pode funcionar como um instrumento a mais, em um Estado Democrático, a garantir um processo deliberativo aberto reforçando a natureza democrática desse Estado” (Santos, 2006, p. 52).

de contenção a essas antinomias jurídicas. Para isso serve o controle de constitucionalidade, que, operado pelas cortes constitucionais, atua como garantidor da supremacia constitucional (Campagnoli; Mandalozzo, 2014, p. 51).

Concomitantemente, o conflito entre a vontade das maiorias e a proteção das minorias tornou necessário o desenvolvimento de um sistema de freios e contrapesos para conter eventuais abusos das primeiras sobre as segundas. Assim, recaiu sobre os juízes a tarefa de exercer esse papel de freio e contrapeso em relação às decisões das maiorias legislativas (Enríquez Soto, 2015, p. 127).

Com o fim de repelir eventuais repetições dos episódios de perversidade causados pelos regimes totalitários durante a II Guerra Mundial, depositou-se nos tribunais constitucionais a tarefa de instrumentalizar os valores constitucionais e realizar a averiguação da compatibilidade das leis com os preceitos constitucionais (Leal, 2007, p. 40-41). Em vista disso, a justiça constitucional tem como objetivo garantir a compatibilidade entre as leis emanadas do Poder Legislativo¹³ e os princípios constitucionais. Isso faz reacender os debates a respeito do tensionamento entre o Poder Legislativo (poder democraticamente eleito) e o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade (tribunais constitucionais) – especialmente em razão do novo panorama definido pelo Estado Democrático de Direito e pela concepção de prevalência dos direitos fundamentais e da dignidade humana (Enríquez Soto, 2015, p. 123).

¹³ Destaque-se o questionamento de Enríquez Soto (2015, p. 148) em relação à legitimidade democrática das leis, pois, segundo o autor, “[u]no de los riesgos de la democracia representativa es que los representantes populares no siempre responden a los intereses legítimos de los ciudadanos. Este hecho pone en entredicho la legitimidad democrática de la ley, porque no obstante que la misma ha sido aprobada por una mayoría parlamentaria, ello no significa que en la ley se recogen los intereses incluyentes de todas las partes destinatarias de la ley”.

Como se verá mais pormenorizadamente, esse tensionamento decorre de

la facultad del tribunal constitucional para declarar la invalidez o desaplicación de una ley aprobada por un órgano del Estado democráticamente electo; este carácter ha sido calificado como “contramayoritario”, porque se supone que es contrario a la voluntad popular, expresada a través de la asamblea legislativa (Enríquez Soto, 2015, p. 123).

A favor dessa atuação do Poder Judiciário, as cortes constitucionais têm não só o encargo de proteger e promover os direitos fundamentais¹⁴ mas também o de garantir o governo da maioria e assegurar que as regras do jogo democrático sejam respeitadas, de modo que a “eventual atuação contramayoritaria do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia” (Barroso, 2018, p. 2.186).

Em igual sentido, Mello (2020, p. 22) afirma que

[a] jurisdição constitucional é, nesses termos, um instrumento de tutela de direitos fundamentais e, portanto, também da democracia. É justamente em virtude de tais argumentos que uma corte constitucional pode proferir decisões contramayoritárias, que invalidam deliberações dos representantes do povo, sem que se lhes possa imputar a pecha de antidemocráticas. Isso porque, ao protegerem

¹⁴Bahia (2012, p. 114), a respeito desse uso do Poder Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais, salienta que “há que se ressaltar que o uso do Judiciário é uma *faca de dois gumes*, pois pode se dar tanto na busca por avanços no que toca aos Direitos Fundamentais, mas também pode ser utilizado por setores conservadores interessados justamente em barrar avanços democráticos – algo que Boaventura de Sousa Santos chama de *contrarrevolução jurídica*. *A partir de sugestões do autor, podemos lembrar ações como as que visaram anular políticas de cotas para negros em universidades, ações contra demarcações de terras indígenas e quilombolas e etc.*”

direitos fundamentais e o adequado funcionamento do processo democrático, as Cortes agem na defesa das condições para a existência da democracia.

Diante disso, nota-se que a jurisdição constitucional permanece encarregada de proteger os cidadãos que não conseguem ser ouvidos nos ambientes de deliberação majoritária, em especial no Parlamento, devendo-se garantir amplamente, em relação a essas minorias, a possibilidade de buscarem “amparo no Judiciário para se evitar o *descumprimento da Constituição* frente a maiorias (eventuais). Caso não haja esse mecanismo, a ‘democracia’ (vontade da maioria) se transforma em ‘ditadura da maioria’” (Bahia, 2012, p. 112-113)¹⁵.

Ely (2010, p. 135), na obra *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* – que trata do embate no cenário estadunidense, mas de grande valia para o debate também na América Latina –, ressalta que, por óbvio, não se defende que juízes nomeados a cargos vitalícios reflitam os interesses populares de melhor modo que os representantes eleitos; porém, entende ser legítimo que haja meios capazes de policiar os mecanismos mediante os quais se assegure que os representantes de fato representem os interesses dos governados.

A linha de decisão judicial constitucional que Ely (2010, p. 136) propõe opera como uma proposta “regulamentadora”, ou – conforme analogia proposta pelo autor – compara-se ao papel do árbitro num jogo de futebol, que deve fazer intervenções quando um time obtiver uma vantagem injusta em relação ao outro. Assim,

¹⁵Nascimento e Alves (2020, p. 383) destacam essa possível tirania da maioria: “ainda que exista uma ideia (quase) consolidada de que a Democracia é um bem jurídico protegido no sistema jurídico nacional, é preciso estar atento à sua fragilidade frente a esses momentos de crise. O processo eleitoral e a soberania popular manifesta no Parlamento democraticamente eleito podem ser mecanismos de legitimação de retrocessos e perseguição de grupos minoritários”.

para Ely (2010, p. 137), a jurisdição constitucional acaba por intervir apenas quando há indícios de “mau funcionamento” ou “desconfiança” em relação no processo democrático. Para Haltern (1998), essa concepção do papel do tribunal constitucional é a de um “cão de guarda” da democracia. Segundo Ely (2010, p. 137),

[o] mau funcionamento ocorre quando o *processo* não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.

Traçados esses aspectos a respeito da constante tensão e complementaridade entre as ideias de *constitucionalismo* e *democracia* na proteção dos grupos minoritários e vulneráveis, passa-se ao estudo da situação das minorias sexuais, as quais não chegam a lograr representação política suficiente para atender aos seus anseios. Necessitam, assim, buscar no Poder Judiciário e, especialmente, no STF – numa perspectiva contramajoritária – o espaço adequado para serem ouvidas e terem seus direitos fundamentais efetivados e protegidos.

4 Atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e sua contribuição para a proteção das minorias sexuais

Nos últimos anos, houve um processo de ascensão institucional do Poder Judiciário, que

passou a incorporar uma dimensão mais política, juntamente com os Poderes Legislativo e Executivo. Tal situação alterou de maneira significativa a relação entre a sociedade e as instituições judiciais, assim como fez emergirem questionamentos a respeito da extensão dos poderes do Judiciário (Barroso, 2007, p. 243).

A legitimidade do STF advém do próprio texto constitucional, que prevê a prerrogativa de uma atuação política da Corte, mesmo não sendo propriamente um órgão representativo da vontade geral do povo (*volonté générale*) (Leal, 2003, p. 115). Com efeito, a Constituição é entendida como um documento que expressa pretensões e preocupações da comunidade, de maneira que

a “vontade geral” da sociedade não incide diretamente na escolha dos membros do Tribunal, mas gera uma legitimidade indireta por meio de uma “autorização constitucional”. Enfim, apesar do Supremo Tribunal Federal não ser um Tribunal *ad hoc* (idéia de *volonté générale*), ele é legítimo, porque a própria Constituição determina sua competência (Leal, 2003, p. 116).

Contudo, a sua legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade decorre também do teor argumentativo e de fundamentação das decisões que profere. Isto é, sua legitimidade está intimamente vinculada à ideia de total consonância da decisão com os princípios expressos na Constituição (Leal, 2003, p. 116). Assim, a consolidação da legitimidade dos tribunais não resulta, exclusivamente, da previsão constitucional: depende igualmente de uma “constante renovação da legitimidade por meio de seus procedimentos, ou seja, pelo conteúdo das decisões que exara, como forma de justificar a competência que lhe foi atribuída” (Leal, 2003, p. 117).

Para Barroso (2007, p. 244) – notadamente pela previsão desse fundamento normativo que

expressa a legitimidade da jurisdição constitucional para o controle de constitucionalidade das leis – , foram postergados no País os debates sobre a “dificuldade contramajoritária” (*counter-majoritarian difficulty*), procedimento mediante o qual “órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular”. Todavia, na doutrina dos EUA, os debates sobre o tema foram inaugurados no final do século XIX, quando Thayer (1893) alertava sobre os riscos presentes na *judicial review* e na possibilidade de o Poder Judiciário invalidar leis federais.

Salientam Martins e Mituzani (2011, p. 324) que o fato de os magistrados ingressarem na carreira de maneira distinta daquela em que são eleitos os representantes do Legislativo e do Executivo de modo algum interfere no seu dever democrático de interpretar as leis e de apreciar os casos submetidos a sua jurisdição, pois, “diferentemente dos cargos eletivos por voto popular, a condição do magistrado, que acessa a carreira por meio de concurso público, pressupõe independência em relação ao eleitorado e compromisso estrito com a Constituição”.

A expansão do papel do Judiciário, segundo Bahia (2012, p. 115), igualmente deriva da insuficiência da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo para a concretização dos direitos fundamentais, e essa deficiência na atuação protetiva faz com que as discussões se desloquem para o Poder Judiciário, criando o que se convencionou chamar *judicialização da política* ou *politização da justiça*.

Para se escusar do encargo de se manifestar sobre temáticas indesejadas ou controversas, o Poder Legislativo vê o recrudescimento da atuação do Poder Judiciário na resolução de questões políticas contenciosas como um pretexto para justificar sua evasão em deliberar sobre certos assuntos. Nesse sentido, Hirschl (2004, p. 15) afirma que o

[j]udicial empowerment through constitutionalization thus offers a convenient refuge for politicians to avoid or delay unwanted political outcomes. Conflicts involving contentious political issues are treated as primarily legal questions rather than political ones, with the concomitant assumption that national high courts, instead of elected representatives, should resolve them.¹⁶

Diante da omissão do Poder Legislativo, o STF escusava-se do julgamento de determinadas questões sob o argumento de que versavam

¹⁶ Tradução nossa: “O empoderamento judicial por meio da constitucionalização, portanto, oferece um refúgio conveniente para os políticos evitarem resultados políticos indesejados. Os conflitos envolvendo questões políticas contenciosas são tratados principalmente como questões mais jurídicas que políticas, com a concomitante suposição de que os tribunais superiores nacionais, em vez de representantes eleitos, deveriam resolvê-los”.

sobre “questões políticas” ou consideradas “*matéria interna corporis*”¹⁷. Porém, gradativamente, essa concepção foi-se alterando e o Tribunal cada vez mais se tem manifestado a respeito de matérias desse gênero (Bahia, 2012, p. 117).

Landa (2006, p. 71) alerta sobre o perigo de deixar certas questões de fora do controle jurisdicional por receio de excessos do ativismo judicial ou por entender que questões políticas não devem passar pelo controle de constitucionalidade, de modo que

si se acepta que la Constitución contiene lagunas políticas excluidas al control de la jurisdicción constitucional, se estaría consagrando que junto al orden jurídico constitucional, exista otro orden político desvinculado del control constitucional y al libre arbitrio del poder mayoritario de turno, que podrían estar soslayando actos ilícitos o contrarios a la Constitución; por ello, no sin cierto valor pragmático se ha señalado, que si bien es inadmisibile la elaboración judicial de las leyes – *judicial lawmaking* –, esta es menos peligrosa que la legislativa; en la medida que los excesos de un activismo judicial clásico puede ser revertido, mediante la legislación o incluso la reforma constitucional, con efectos claro está *ex-nunc*. Por eso, el peligro de dejar inmune a determinadas leyes por ser una *political question*, en base a las imperfecciones de la judicialización de la política, abre la posibilidad de un peligro mayor e insalvable para la libertad y la división del poder, que son valores fundamentales del Estado de Derecho contemporáneo.

O Poder Judiciário – notadamente com as decisões do STF – tem exigido que o Poder Legislativo atue para concretizar dispositivos do texto constitucional. Pode-se mencionar, como exemplo, o caso da união estável de pessoas homoafetivas, que – apesar da ampla proteção constitucional ao direito de igualdade e não discriminação (Brasil, [2023b], art. 3º, inc. IV, art. 5º, inc. I) e do fato de diversos países da América Latina¹⁸ já terem reconhecido tal direito –, no Brasil não há lei federal que regulamente e proteja uniões estáveis (Bahia, 2012, p. 111).

A questão chegou ao STF por meio da ADI nº 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, cujo julgamento reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar detentora de direitos e deveres equivalentes aos

¹⁷ Para Landa (2006, p. 70), perante “questões políticas” (*political questions*), não cabe à jurisdição constitucional adotar uma postura evasiva, mas sim “deberá procurar limpiar los ejemplos de otros países, cultural canales de participación de las minorías en el cambio social, ante el constante peligro del poder omnímoto de las mayorías”.

¹⁸ Podem-se mencionar os casos da Argentina e da Cidade do México, que em 2010 reconheceram os direitos das minorias sexuais, entre os quais o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo; e o caso do reconhecimento em 2008 das uniões estáveis homoafetivas no Uruguai e, no ano seguinte, no Equador (Bahia, 2012, p. 111).

dos casais heterossexuais (Brasil, 2011b, p. 5). Dez anos após a emblemática decisão, o tema ainda aguarda regulamentação pelo Legislativo. O PLS nº 612/2011 – sobre a alteração do Código Civil a fim de possibilitar a regulamentação e o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo – foi arquivado em 2018, conforme prevê o art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal, que dispõe acerca do arquivamento das proposições ao fim de cada legislatura (Brasil, 2011a).

A esse respeito, Bahia (2012, p. 111) salienta que

os vários Projetos de Lei (e de Emenda à Constituição) sobre qualquer tema ligado, ainda que indiretamente, a questões de orientação sexual ou identidade de gênero são colocados de lado. Mas a questão não é que as proposições tenham sido “rejeitadas” em votação. Na maior parte dos casos (senão em todos), os membros do Congresso Nacional, sequer se posicionam, seja a favor, seja contra.

Como exemplo dessa omissão, mencione-se o caso da mora legislativa em relação ao cumprimento dos dispositivos constitucionais de criminalização dos atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais definidos no art. 5º, XLI e XLII, da CRFB. Essa situação fez com que a questão chegasse ao STF mediante a ADO nº 26/DF, na qual se reconheceu, além da mora legislativa, o dever de uma atuação contramajoritária do Tribunal, conforme extraído do posicionamento do ministro relator Celso de Mello, ao afirmar que o STF exerceu tal função diante da inércia legislativa, salientando que a “função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República” (Brasil, 2019c, p. 36).

Em face disso, o papel contramajoritário¹⁹ igualmente tem o fim de conferir efetividade aos direitos fundamentais das minorias diante da inércia legislativa, dado que a omissão para regular tais matérias também representa uma faceta da vontade majoritária que desprestigia as minorias sexuais, conforme se depreende da construção jurisprudencial realizada pelo STF na ADI nº 4.275/DF:

Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades:

¹⁹O caráter *contramajoritário* diferencia-se do *antidemocrático*, razão pela qual “o controle de constitucionalidade das leis, embora possa atuar em contraposição à vontade da maioria, não necessariamente funciona antidemocraticamente, pois, por mais paradoxal que possa parecer essa afirmação, é justamente na razão de ser contramajoritário que esse instituto pode desempenhar sua principal função, em uma democracia constitucional” (Campagnoli; Mandalozzo, 2014, p. 59).

o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de *proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. Esse particular aspecto da questão põe em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, considerada a circunstância de que as pessoas transgêneros representam parcela minoritária da população. O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem-se mostrado infenso, nesse tema específico, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários. É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito. *Cumprir enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política, que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão* (Brasil, 2018b, p. 130-131, grifos nossos).*

Todavia, essa atuação contramajoritária do STF não supre ou desloca para o Judiciário a responsabilidade do Legislativo e do Executivo; muito pelo contrário, apenas dá destaque à omissão dos demais Poderes em dar respostas rápidas e adequadas às demandas propostas pela sociedade, de tal modo que a judicialização dessas matérias evidencia o quanto o Estado-legislador/administrador tem deixado de atuar de maneira suficiente em relação a temas relacionados às reivindicações das minorias sexuais (Bahia, 2012, p. 113).

Com isso, a jurisdição constitucional representa um canal de livre acesso para que as minorias sejam ouvidas, conforme salienta Mello (2020, p. 22-23), ao afirmar que, em relação aos grupos vulneráveis e minoritários,

as cortes constitucionais e supremas cortes podem e devem funcionar com base em um standard mais ativista e, portanto, com menor deferência às deliberações majoritárias. É que esses grupos têm, por definição, menor

acesso e menor voz no âmbito das instâncias representativas. Não conseguem ter seus direitos reconhecidos. São estigmatizados e tratados em condições de desigualdade comparadamente aos demais cidadãos. Dependem, portanto, da jurisdição constitucional como principal e, às vezes, como único canal de acesso institucional, para ter seus pleitos ouvidos e para buscar uma inclusão que é pré-condição para sua participação na vida democrática. Nessa medida, cortes constitucionais e supremas cortes são agentes essenciais para a proteção de tais grupos e devem buscar *técnicas especiais de proteção* para seus direitos.

Na jurisprudência do STF há inúmeros casos em que a proteção aos direitos fundamentais das minorias sexuais adveio do Judiciário e, em boa parte deles, a Corte atuou para declarar inconstitucionais dispositivos com previsões discriminatórias. Nesse contexto, o caráter contramajoritário da decisão evidencia-se pela invalidação de normas elaboradas pelo Poder Legislativo, composto por representantes democraticamente eleitos.

Exemplificam essa atuação contramajoritária em relação às minorias sexuais: i) a ADI nº 4.277/DF, que reconheceu o direito de união estável aos casais homoafetivos²⁰; ii) a ADI nº 4.275/DF, que consagrou o direito à retificação do prenome e do gênero das pessoas transexuais com base no reconhecimento da interpretação conforme à Constituição do *Pacto de São José da Costa Rica* no art. 58 da Lei nº 6.015/1973²¹; e iii) a ADPF nº 132/DF, que também reconheceu o direito de união estável para casais do mesmo sexo²². Em todas essas decisões expandiu-se tanto o reconhecimento dos direitos das minorias sexuais quanto do papel contramajoritário da Corte.

Decisões desse cunho atuam não só como aliadas no combate às discriminações legais, mas também contribuem para conscientizar a sociedade a respeito de variadas mundividências que devem ser respeitadas²³.

²⁰ “Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão” (Brasil, 2011b, p. [239]).

²¹ “Cabe registrar, finalmente, que este julgamento reflete, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar no âmbito do Estado Democrático de Direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias” (Brasil, 2018b, p. 130).

²² “Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos” (Brasil, 2011c, p. [61]).

²³ Vale dizer que “a decisão judicial, especialmente em uma dimensão hermenêutica da ‘corte constitucional’ brasileira, possui também um fim pedagógico de orientação da sociedade para qual é a leitura do texto magno. Isso permite o amadurecimento no seio social da temática e do reconhecido ao se (re)afirmar um conjunto de valores constitucionais e humanos para o sistema jurídico nacional” (Nascimento; Alves, 2020, p. 384-385).

Valendo-se da CRFB como guia nesse processo, a jurisdição constitucional desempenha papel tanto fiscalizatório quanto criativo, rumo à construção de um Direito atual e justo, capaz de contrabalançar interesses de minorias e majorias (Nascimento; Alves, 2020, p. 380).

Diante dos casos mencionados e da atuação contramajoritária significativa do STF, é possível afirmar que as minorias sexuais têm visto o mais alto tribunal brasileiro como um canal que lhes possibilita serem ouvidas e obter respostas mais ágeis e eficazes – especialmente se considerado o tempo de tramitação do Poder Legislativo.

Não se defende aqui a atuação desmedida em prol das minorias sexuais ou a tirania do Poder Judiciário, mas tão só o cumprimento dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, dos deveres dispostos na CRFB, especialmente os de proteção à tutela dos direitos fundamentais dos grupos minoritários e vulneráveis.

5 Conclusão

De início, procedeu-se a um breve histórico de projetos de lei relativos a direitos das minorias sexuais, alguns dos quais aguardam há muito tempo a deliberação e aprovação da Câmara de Deputados para seguirem à conversão em lei. Constatou-se que esses projetos acabam sendo arquivados, o que comprova a tendência do Poder Legislativo à procrastinação e à inércia em relação à proteção normativa de minorias sexuais.

Investigou-se a proteção dessas minorias no contexto do Estado Democrático de Direito e destacou-se que o viés representativo é insuficiente para atender às demandas de grupos com pouca ou nenhuma representação política. Desse modo, é necessária a interferência da jurisdição constitucional para suprir tais lacunas, o que causa tensionamento entre o ideal democrático representativo da lógica majoritária e a atuação

da jurisdição constitucional, sobretudo no que respeita à invalidação das leis democraticamente elaboradas com esteio no controle de constitucionalidade, e na atuação contramajoritária do STF, pautada na prevalência dos direitos fundamentais.

Depois de direcionar a pesquisa para a atuação contramajoritária do STF em relação às minorias sexuais, foi possível concluir sobre a relevância desse papel, dada a posição desfavorecida dessas minorias na dinâmica do jogo político, o que faz com que suas pautas e interesses permaneçam, por vezes, invisíveis e sem atendimento devido ao sobrepeso da vontade da maioria política, como se pôde verificar nos casos analisados.

Em virtude da falta de representação e de acesso aos espaços deliberativos, bem como da inércia legislativa para a devida tutela legal de seus direitos, perpetua-se a situação de vulneração das minorias sexuais tanto no contexto político quanto no social. Contudo, a atuação contramajoritária rompe essa lógica de exclusão, pretendendo garantir que os direitos e interesses dos grupos minoritários sejam providos e respeitados, mesmo que a vontade da maioria política diga o oposto e deixe de contemplá-los.

Valendo-se do seu papel contramajoritário, além de promover o reconhecimento e a expansão dos direitos das minorias sexuais, o STF exigiu o cumprimento desses direitos pelos demais órgãos. Nota-se que o STF tem atuado habilmente não apenas para suprir os déficits de representação política desse grupo, mas também para operar mudanças e propor avanços na proteção e na superação do estigma social sofrido pelas minorias sexuais.

Não se defende uma atuação exacerbada do Poder Judiciário ou um ativismo desmedido da jurisdição constitucional: nos casos em que seja necessária, uma postura contramajoritária atende aos pressupostos do Estado Democrático de Direito e dá concretude aos mandados constitucionais de proteção das minorias.

Sobre as autoras

Mônia Clarissa Hennig Leal é doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil; pós-doutora pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Alemanha; professora dos programas de mestrado e doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil; bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

E-mail: moniah@unisc.br

Eliziane Fardin de Vargas é doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), Santa Cruz do Sul, RS, Brasil; bolsista Prosuc/Capes, modalidade I; integrante do grupo de pesquisa Jurisdição constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos, Unisc, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil.

E-mail: elizianefvargas@mx2.unisc.br

Como citar este artigo

(ABNT)

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. Omissão legislativa e atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal em relação às minorias sexuais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 219-243, out./dez. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p219

(APA)

Leal, M. C. H., & Vargas, E. F. de (2023). Omissão legislativa e atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal em relação às minorias sexuais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(240), 219-243. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p219

Referências

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, PR, n. 20, p. 33-45, 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i20.432>. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>. Acesso em: 4 out. 2023.

AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado democrático de direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 101-126.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2.171-2.228, out. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>.

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/8FdmCG5b5vHMvTDHZyVvChh/?lang=en>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-249.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. *Relatório de atividades de 2018*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2018a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios-de-atividades/relatorios-anuais>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 78, de 2021*. Altera Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral [...] para proibir a violência política eleitoral contra o candidato LGBTQIA+ ou transgênero. Autor: Alexandre Frota (PSDB-SP). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2268724>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 335, de 2015*. Assegura às pessoas que mantenham união estável homoafetiva o direito à inscrição, como entidade familiar, nos programas de habitação desenvolvidos pelo Governo Federal e dá outras providências. Autor: Wadson Ribeiro (PCdoB/MG). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Arquivado. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946593>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.927, de 2019*. Assegura às pessoas que mantenham união estável homoafetiva o direito à inscrição, como entidade familiar, nos programas de habitação desenvolvidos pelo Governo Federal e dá outras providências. Autor: Márcio Jerry (PCdoB/MA). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2203619>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.741, de 2019*. Cria o Programa Escola sem Discriminação de educação para o combate à violência contra LGBTQTs voltado a professores de instituições públicas e dá outras providências. Autores: Fernanda Melchionna (PSOL/RS); David Miranda (PSOL/RJ); Sâmia Bomfim (PSOL/SP). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2209589>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.795, de 2020*. Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) e dá outras providências. Autor: Alexandre Frota (PSDB/SP). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2263685&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.002, de 2013*. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Autor: Jean Wyllys (PSOL/RJ). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. Arquivado. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.220, de 2020*. Obriga todos os Partidos Políticos a manterem um percentual de 10% (dez por cento) para as candidaturas LGBTQIA+, aos cargos do legislativo, deputados federais, estaduais e vereadores. Autores: Alexandre Frota (PSDB/SP); Camilo Capiberibe (PSB/AP). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265462>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.297, de 2005*. Acresce um parágrafo ao art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e acresce uma alínea ao inciso I do art. 17 da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990 [...]. Autor: Maurício Rands (PT/PE). Brasília,

DF: Câmara dos Deputados, 2005a. Arquivado. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=308373>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7.292, de 2017*. Altera o art. 121 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o LGTBcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o LGTBcídio no rol dos crimes hediondos. Autora: Luizianne Lins (PT/CE). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2128135>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.032, de 2014*. Amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – às pessoas transexuais e transgêneros. Autora: Jandira Feghali (PCdoB/RJ). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=623761>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. *Resolução nº 17, de 1989*. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2005b]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/colecoes/informes/Integras/RI2005.pdf>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Congresso Nacional. *[Sítio eletrônico]*. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2023a]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Ministério da Previdência Social. Portaria nº 513, de 9 de dezembro de 2010. Estabelece que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, DF, ano 147, n. 236, p. 71, 10 dez. 2010. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/12/2010&jornal=1&pagina=71&totalArquivos=168>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 191, de 2017*. Altera a redação do art. 2º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha –, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero. Autor: Jorge Viana (PT/AC). Brasília, DF: Senado Federal, 2017b. Arquivado. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129598>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 612, de 2011*. Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Autora: Marta Suplicy (PT/SP). Brasília, DF: Senado Federal, 2011a. Arquivado. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade [...]. Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 1º de março de 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF*. 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico [...]. Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessados: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ayres

Britto, 5 de maio de 2011b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessados: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ*. 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico [...]. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Tribunais de Justiça dos Estados; Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 4 out. 2023.

CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado democrático de direito. *Revista da AJURIS*, [s. l.], v. 41, n. 133, p. 47-62, mar. 2014. Disponível em: <https://www.revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/220>. Acesso em: 4 out. 2023.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça (2. Turma Criminal). *Recurso em Sentido Estrito nº 20181610013827RSE*. Recurso em sentido estrito. Aplicação da Lei 11.340/06 (Maria da Penha). Vítima transexual. Aplicação independente de alteração do registro civil. Competência do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher. Recurso provido [...]. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Rafael de Souza Fernandes. Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos, 14 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br>. Acesso em: 4 out. 2023.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF).

ENRÍQUEZ SOTO, Pedro Antonio. Justicia constitucional y democracia: la dificultad contramayoritaria. In: CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor; GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (coord.). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México, DF: UNAM, 2015. t. 3, p. 123-151. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3824-estado-constitucional-derechos-humanos-justicia-y-vida-universitaria-estudios-en-homenaje-a-jorge-carpizo-tomo-iii-justicia>. Acesso em: 4 out. 2023.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito [da] UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 67-95, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v60i2.41005>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41005>. Acesso em: 4 out. 2023.

HALTERN, Ulrich R. *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen: das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. (Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 751).

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

LANDA, César. *Estudios sobre derecho procesal constitucional*. México, DF: Porrúa, 2006. (Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional).

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. O Supremo Tribunal Federal brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año 26, p. 375-403, 2020. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/39713>. Acesso em: 4 out. 2023.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Desafios e perspectivas dos direitos das minorias no século XXI. *Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 28, n. 2, p. 161-169, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11759>. Acesso em: 4 out. 2023.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. Direito das minorias interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro. *Seqüência*, Florianópolis, v. 32, n. 63, p. 319-352, dez. 2011. DOI: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2011v32n63p319>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p319>. Acesso em: 4 out. 2023.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a defesa da população LGBTI+. *Revista da AGU*, Brasília, DF, v. 19, n. 1, p. 17-44, jan./mar. 2020. DOI: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.19.n.01.2020.2631>. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2631>. Acesso em: 4 out. 2023.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do; ALVES, Fernando de Brito. Vulnerabilidade de grupos minoritários entre cenários de crise e proteção de direitos. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 36, n. 2, p. 363-388, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/110>. Acesso em: 4 out. 2023.

PGJ recorre de decisão que negou medida protetiva a mulher trans. *IBDFAM Notícias*, Belo Horizonte, 26 maio 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8522/PGJ+recorre+de+decis%C3%A3o+que+negou+medida+protetiva+a+mulher+trans>. Acesso em: 4 out. 2023.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 45-55, out./dez. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/93282>. Acesso em: 4 out. 2023.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.

SWEET, Alec Stone. Constitutional courts. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés (ed.). *Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 816-830.

THAYER, James B. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 7, n. 3, p. 129-156, Oct. 1893. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1322284.pdf>. Acesso em: 4 out. 2023.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios fundantes. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 113-170.

Apêndice

Quadro

Projetos de lei encontrados durante a pesquisa

Projeto de Lei	Ementa	Iniciativa	Data da propositura	Situação atual
Nº 3.311/2021	Altera a Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996 e a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para garantir o direito à retificação e averbação gratuitas do nome civil e gênero autopercebido de pessoas travestis, transexuais, transgêneros e não-binárias.	Deputada Natália Bonavides (PT/RN)	24/9/2021	Em tramitação
Nº 1.246/2021	Dispõe sobre a criação de reserva obrigatória de participação de mulheres em conselhos de administração das sociedades empresárias que especifica e dá outras providências.	Deputada Tabata Amaral (PDT/SP)	6/4/2021	Em tramitação
Nº 81/2021	Dispõe sobre infrações administrativas por atos de racismo e homotransfobia nos estádios de futebol, pistas de atletismo, ginásios poliesportivos e demais equipamentos esportivos, nos Municípios e no Distrito Federal e dá outras providências.	Deputado Alexandre Frota (PSDB/SP)	3/2/2021	Em tramitação
Nº 78/2021	Altera Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral o código eleitoral para proibir a violência política eleitoral contra o candidato LGBTQIA+ ou transgênero.	Deputado Alexandre Frota (PSDB/SP)	3/2/2021	Em tramitação
Nº 5.593/2020	Altera a Consolidação das Leis do Trabalho para reservar pelo menos 50% das vagas destinadas à contratação de aprendiz para a contratação de negros, mulheres e LGBTQI+.	Deputado Denis Bezerra (PSB/CE)	18/12/2020	Em tramitação
Nº 5.220/2020	Obriga todos os Partidos Políticos a manterem um percentual de 10% (dez por cento) para as candidaturas LGBTQIA+, aos cargos do legislativo, deputados federais, estaduais e vereadores.	Deputado Alexandre Frota (PSDB/SP) e Deputado Camilo Capiberibe (PSB/AP)	20/11/2020	Em tramitação
Nº 4.795/2020	Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) e dá outras providências.	Deputado Alexandre Frota (PSDB/SP)	1º/10/2020	Em tramitação
Nº 3.397/2020	Institui a "Campanha Permanente pelo Direito à Diversidade".	Deputado David Miranda (PSOL/RJ)	18/6/2020	Em tramitação
Nº 3.298/2020	Dispõe sobre as sanções administrativas a serem aplicadas às práticas de discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero no âmbito da administração pública e privada e dá outras providências.	Deputado Alexandre Frota (PSDB/SP)	15/6/2020	Em tramitação
Nº 5.096/2019	Modifica a Lei nº 13.819, de abril de 2019, para instituir, no âmbito da Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio, recortes e conteúdos voltados para a prevenção do suicídio entre a população LGBTI+.	Deputado David Miranda (PSOL/RJ)	17/9/2018	Em tramitação
Nº 3.741/2019	Cria o Programa Escola sem Discriminação de educação para o combate à violência contra LGBTs voltado a professores de instituições públicas e dá outras providências.	Deputada Fernanda Melchionna (PSOL/RS), Deputado David Miranda (PSOL/RJ), Deputada Sâmia Bomfim (PSOL/SP)	26/6/2019	Em tramitação

Projeto de Lei	Ementa	Iniciativa	Data da propositura	Situação atual
Nº 2.777/2019	Estabelece a necessidade de coleta, processamento de dados e formação de estatísticas sobre a população LGBT nos serviços de saúde, assistência social e segurança pública.	Deputada Talíria Petrone (PSOL/RJ)	9/5/2019	Em tramitação
Nº 2.653/2019	Dispõe sobre a proteção de pessoas em situação de violência baseada na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características biológicas ou sexuais.	Deputado David Miranda (PSOL/RJ)	7/5/2019	Em tramitação
Nº 7.292/2017	Altera o art. 121 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o <i>LGBTicídio</i> como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o <i>LGBTicídio</i> no rol dos crimes hediondos.	Deputada Luizianne Lins (PT/CE)	4/4/2017	Em tramitação
Nº 3.369/2015	Institui o Estatuto das Famílias do Século XXI	Deputado Orlando Silva (PCdoB/SP)	21/10/2015	Em tramitação
Nº 1.804/2015	Altera o art. 208 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para aumentar a pena; e altera a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 para considerá-lo como crime hediondo.	Deputado Rogério Rosso (PSD/DF)	8/6/2015	Em tramitação
Nº 335/2015	Assegura às pessoas que mantenham união estável homoafetiva o direito à inscrição, como entidade familiar, nos programas de habitação desenvolvidos pelo Governo Federal e dá outras providências.	Deputado Wadson Ribeiro (PCdoB/MG)	11/2/2015	Arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.
Nº 8.032/2014	Amplia a proteção de que trata a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – às pessoas transexuais e transgêneros.	Deputada Jandira Feghali (PCdoB/RJ)	28/10/2014	Em tramitação
nº 7.582/2014	Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e <i>caput</i> do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências.	Deputada Maria do Rosário (PT/RS)	20/5/2014	Em tramitação
Nº 7.524/2014	Altera dispositivos da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso.	Deputado Jean Wyllys (PSOL/RJ)	8/5/2014	Arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.
Nº 6.424/2013	Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, no caso de violência contra transexuais, travestis, lésbicas, bissexuais e gays que forem atendidos em serviços de saúde públicos ou privados.	Deputado Paulão (PT/AL)	25/9/2013	Arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.
Nº 5.002/2013	Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973.	Deputado Jean Wyllys (PSOL/RJ), Deputada Erika Kokay (PT/DF)	20/2/2013	Arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Projeto de Lei	Ementa	Iniciativa	Data da propositura	Situação atual
Nº 6.297/2005	Acresce um parágrafo ao art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e acresce uma alínea ao inciso I do art. 217 da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, para incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro homossexual do segurado e a companheira homossexual da segurada do INSS e o companheiro homossexual do servidor e a companheira homossexual da servidora pública civil da União.	Deputado Maurício Rands (PT/PE)	30/11/2005	Arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

- Projetos de lei analisados na pesquisa
 Projetos de lei descartados da pesquisa

Fonte: informações obtidas no sítio eletrônico do Congresso Nacional.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00240