

Revista de Estudos Jurídicos da UNESP

v. 29 | n. 49 | 2025



UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
SÃO PAULO STATE UNIVERSITY

Reitora

Profa. Dra. Maysa Furlan

Vice-Reitor

Prof. Dr. Cesar Martins

Pró-Reitora de Pós-Graduação

Profa. Dra. Maria Valnice Boldrin

Pró-Reitor de Pesquisa

Prof. Dr. Edson Cocchieri Botelho

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
SCHOOL OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES

Diretora

Profa. Dra. Fernanda Mello Sant'Anna

Vice-Diretor

Prof. Dr. Murilo Gasparido

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. José Duarte Neto

Conselho do Programa de Pós Graduação em Direito

Prof. Dr. Paulo Cesar Correa Borges

Profa. Dra. Eliana dos Santos Alves Nogueira

Prof. Dr. Leonardo Simões Agapito

Profa. Dra. Ana Gabriela Mendes Braga

Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

Profa. Dra. Regina Claudia Laisner

Prof. Dr. Murilo Gasparido

Profa. Dra. Patrícia Borba Marquette

Prof. Dr. Daniel Damásio Borges

Profa. Dra. Kelly Cristina Canela

Ma. Nathália Eugênia Nascimento e Silva

Fernando Melo Gama Peres

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
SÃO PAULO STATE UNIVERSITY

Revista de Estudos Jurídicos da UNESP

v. 29 | n. 49 | 2025

ISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos da UNESP	Franca	v. 29	n. 49	2025
---------------------------------------	--------	-------	-------	------

© 2025 Faculdade de Ciências Humanas e Sociais

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA UNESP

UNESP JOURNAL OF LEGAL STUDIES

Diagramação e Revisão (STAEPE)

Sandra Aparecida Cintra Ferreira / Guilherme Rezende da Silva

Editor-chefe

Prof. Dr. José Duarte Neto

Coeditora-chefe

Ma. Eduarda Camargo Sansão

Editor-adjunto

Me. Matheus Conde Pires

Editores-Gerentes

Julia Martins Amaral

Me. Leonardo Bortolozzo Rossi

Ma. Maria Laura Bolonha Moscardini

Mariana Pereira Siqueira

Editores-Associados

Me. João Pedro Felipe Godói

Julia Jacob Alonso

Ma. Nayara Gallieta Borges

Pedro Henrique Hernandes

Editores-Aprendizes

Anny Barbosa

Bianca Crivelaro Lewczuk

Isabela Maria Valente Capato

Maria Yumi Buzinelli Inada

Assessores de comunicação e divulgação científica

Karina Rodrigues Paulino da Costa

Ryan Nascimento Silva

Conselho Científico

José Duarte Neto (Unesp)

Agnaldo de Sousa Barbosa (Unesp)

Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México)

Aline Michele Pedron Leves (Unipampa)

Cláudio Ribeiro Lopes (UFMS)

Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul)

Daniel Damásio Borges (USP)

David Sanches Rubio (Univ. Sevilla)

Eduardo Pordeus (UFCG)

Ela Wiecko V. de Castilho (UNB)

Jairo Neia Lima (UENP)

Marcelo Seveybricker Moreira (UFLA)

Maria Hylma Alcaraz Salgado (Espanha)

Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

Raoni Macedo Bielschowsky (UFMG)

Roberto Manuel Carlés (UBA)

Saulo Bichara Mendonça (UFF)

Tayara Talita Lemos (UFJF)

Vânia Beatriz Rey Paz (UFMS)

Vasco Pereira da Silva (Portugal)

Victor Hugo de Almeida (Unesp)

Endereço:

Av. Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 - Jardim Petrágliã - 14409-160 - Franca/SP

E-mail:

publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br / rej.unesp@gmail.com

Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, 1996 - 2024, 26-48
Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
eISSN 2179-5177

SUMÁRIO

EDITORIAL	9
------------------------	---

José Duarte Neto
Euarda Camargo Sansão
Matheus Conde Pires

CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS **CIVIL AND POLITICAL CITIZENSHIP AND NORMATIVE SYSTEMS**

¿DERECHISMO POR IMITACIÓN? LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LA CPAC Y SU EXTENSIÓN EN AMÉRICA LATINA	14
---	----

DIREITISMO POR IMITAÇÃO? A TRANSNACIONALIZAÇÃO DA CPAC E SUA EXTENSÃO NA AMÉRICA LATINA	15
--	----

RIGHTISM BY IMITATION? THE TRANSNATIONALIZATION OF THE CPAC AND ITS EXTENSION IN LATIN AMERICA	16
---	----

Leonardo Frieiro

THE STUDY OF ADO 26/DF AND MI 4733 IN THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE CRIMINALIZATION OF TRANSPHOBIA: NOTES ON CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY	47
---	----

ANÁLISE DA ADO/26 E MI 4733 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSFOBIA: NOTAS SOBRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA	48
--	----

Nery dos Santos de Assis
Fábio Rosa Neto
Alexandre Walmott Borges

**DIFFICILE ALTERNANCE AU POUVOIR EN AFRIQUE NOIRE
FRANCOPHONE OU ACCULTURATION DES PRINCIPES
DEMOCRATIQUES?72**

**DIFICULDADE NA ALTERNÂNCIA DE PODER NA ÁFRICA
SUBSAARIANA FRANCÓFONA OU ACULTURAÇÃO DOS PRINCÍPIOS
DEMOCRÁTICOS?73**

**DIFFICULT CHANGE OF POWER IN FRENCH-SPEAKING SUB-SAHARAN
AFRICA OR ACCULTURATION OF DEMOCRATIC PRINCIPLES?74**

Yawo Sema

A LIBERDADE SOB O ESTADO DE DIREITO95

FREEDOM UNDER THE RULE OF LAW96

Pedro Nobuyuki Urashima

CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS

**SOCIAL AND ECONOMIC CITIZENSHIP AND NORMATIVE
SYSTEMS**

**A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM
ACERCA DO DIREITO DO TRABALHO CONTEMPORÂNEO A PARTIR
DE UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL (STF)116**

**CRITICAL THEORY OF HUMAN RIGHTS: AN APPROACH TO
CONTEMPORARY LABOR LAW BASED ON AN ANALYSIS OF THE
JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT (STF)117**

Sandor Ramiro Darn Zapata
Daniel Damásio Borges

**A TUTELA JURÍDICA DO TEMPO DO CONSUMIDOR E SEUS DESAFIOS:
PERSPECTIVAS DE EQUACIONAMENTO A PARTIR DE UMA ANÁLISE
DE DECISÕES DO TJ-RS NO ANO DE 2024..... 139**

**THE LEGAL PROTECTION OF CONSUMER TIME AND ITS CHALLENGES:
PROSPECTS FOR A COMPROMISE BASED ON AN ANALYSIS OF TJ-
RS DECISIONS IN 2024 140**

Maitê Caurio Felker
Arthur Brizzi
Daniela Richter

**MERCADO DE CRÉDITO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO
BRASIL (1916-2021): ANÁLISE HISTÓRICA 159**

**CREDIT MARKET AND ECONOMIC DEVELOPMENT IN BRAZIL (1916-
2021): HISTORICAL ANALYSIS 160**

Janaína Rigo Santin
Orlando Faccini Neto

**TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA
PROTECTION AND EFFECTIVENESS OF CITIZENSHIP RIGHTS**

**O SILENCIAMENTO DAS MULHERES POLICIAIS: O ASSÉDIO SEXUAL
NA CASERNA 191**

**THE SILENCING OF POLICEWOMEN: SEXUAL HARASSMENT IN THE
BARRACKS 192**

Carolina Costa Ferreira
Gessyane Loes de Sá Nogueira

**O LADO OCULTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO NO
PERÍODO REPUBLICANO: A QUESTÃO SOCIAL E O DÉFICIT DE
REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DAS MINORIAS SOCIAIS E RACIAIS 222**

**THE HIDDEN SIDE OF BRAZILIAN CONSTITUCIONALISM: THE
SOCIAL ISSUE AND THE DEFICIT OF POLITICAL REPRESENTATION
OF SOCIAL AND RACIAL MINORITIES 223**

César de Oliveira Gomes

**ABANDONO DIGITAL: A RESPONSABILIZAÇÃO PARENTAL EM
RELAÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CONTEXTO DAS
TECNOLOGIAS DIGITAIS E DO ACESSO À REDE..... 243**

**DIGITAL ABANDONMENT: PARENTAL RESPONSIBILITY TOWARDS
CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE CONTEXT OF DIGITAL
TECHNOLOGIES AND ACCESS TO THE WEB.....244**

Bruna Siqueira Moraes dos Santos

Alan Yokoda Kohama

Andreza Marques de Castro Leão

EDITORIAL

A **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP** (eISSN 2179-5177), Qualis-Periódicos A2, é uma publicação vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP. Ao longo dos últimos anos, desenvolve-se um trabalho editorial coletivo em torno das publicações deste periódico, enquanto espaço para construção de um conhecimento jurídico crítico, original e inovador.

De forma semestral, as publicações estão vinculadas à linha editorial **Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania**, destrinchada entre os eixos **1) Cidadania Civil e Política e Sistemas Normativos; 2) Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos; e 3) Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania**. Para esta edição, há a publicação de dez artigos que apresentam conteúdos relevantes para o campo científico do Direito, nacional e estrangeiro.

Primeiramente, há destaque para o manuscrito convidado “¿**Derechismo por imitación? La transnacionalización de la CPAC y su extensión en América Latina**”, produzido pelo pesquisador Leonardo Frieiro, vinculado ao *Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG)* e ao *Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)*. Representa uma articulação entre a instituição e o Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP, forma de ampliação das interlocuções científicas jurídicas na América Latina.

Entre os dialogismos internacionais, o pesquisador Yamo Sema, Doutor em Direito Internacional pela *Universidad de Granada* (Espanha) submeteu o manuscrito “**Difficile alternance au pouvoir en Afrique Noire Francophone ou acculturation des principes démocratiques?**”. Apresenta uma contribuição substancial para as discussões sobre a consolidação democrática no território analisado, em uma verificação metodológica sobre instituições e princípios jurídicos no campo dos estudos sobre democracia.

Entre as produções brasileiras, ressalta-se o artigo “**A teoria crítica dos Direitos Humanos: uma abordagem acerca do Direito do Trabalho Contemporâneo a partir de uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**”, produzido pelo Prof. Dr. Daniel Damásio Borges, professor associado da Faculdade Direito da Universidade de São Paulo (USP) em conjunto com o pesquisador Sandor Ramiro Darn Zapata. O manuscrito apresenta uma discussão relevante sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal para as relações do trabalho em intersecção com os Direitos Humanos, em uma aplicação da análise de jurisprudência do tribunal supracitado.

Orientado pela perspectiva de integração acadêmica entre as diversas regiões e universidades do país, ressalta-se o artigo “**O silenciamento das mulheres policiais: o assédio sexual na caserna**”, produzido pela Prof. Dra. Carolina Costa Ferreira, docente do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, em parceria com a discente Gessyane Loes de Sá Nogueira. O material promove um texto reflexivo sobre a identificação, combate e prevenção do assédio sexual das mulheres que atuam nas Políticas Militares, em um diálogo destinado para a concretização de direitos para mulheres.

A edição reafirma o papel da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP como um espaço dedicado à disseminação de pesquisas de grande importância, voltadas ao aprofundamento e à ampliação de discussões e conceitos centrais no campo das ciências jurídicas. Ao explorar o conjunto de artigos apresentados, o público encontrará conteúdos significativos e de grande interesse para a área:

- **Análise da ADO/26 e MI 4733 pelo Supremo Tribunal Federal e a criminalização da transfobia: notas sobre constitucionalismo e democracia**, por Nery dos Santos de Assis Fábio Rosa Neto Alexandre Walmott Borges;
- **A liberdade sob o Estado de Direito**, por Pedro Nobuyuki Urashima;
- **A tutela jurídica do tempo do consumidor e seus desafios: perspectivas de equacionamento a partir de uma análise das decisões do TJ-RS no ano de 2024**, por Maitê Caurio Felker Arthur Brizzi Daniela Richter;
- **Mercado de crédito e desenvolvimento econômico no Brasil (1916-2021): análise histórica**, por Janaína Rigo Santin, Orlando Faccini Neto;
- **O lado oculto do constitucionalismo brasileiro no período republicano: a questão social e o déficit de representação política das minorias sociais e raciais**, por César de Oliveira Gomes;
- **Abandono digital: a responsabilização parental em relação a crianças e adolescentes no contexto das tecnologias digitais e do acesso à rede**, por Bruna Siqueira Moraes dos Santos, Alan Yokoda Kohama, Andreza Marques de Castro Leão.

Dentre os trabalhos publicados, destaca-se uma articulação de diversos temas que representam demandas científicas e jurídicas do tempo contemporâneo. Reforçamos a continuidade de uma interação significativa com diversas unidades acadêmicas em todo o país, pela compreensão uma política exógena de valorização e diálogo do que é produzido para a ciência do Direito.

Ao longo dos últimos anos, a Revista de Estudos Jurídicos ganhou novos contornos institucionais, com a construção de uma equipe ampliada de editores vinculados ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista. Nesse sentido, agradecemos aos editores Maiara Motta, Ana Julia Pozzi Arruda, Kaique Souza Pedaes, Luiza Macedo Pedroso e Guilherme Burzynski Dienes que encerraram o período de contribuição para a REJ.

O encerramento da presente edição foi possível dado o trabalho qualitativo de editores, conselho editorial e equipe técnica responsável pela diagramação e revisão. O processo editorial, em todas as suas fases — da avaliação à publicação —, foi marcado pelo compromisso com a excelência acadêmica e pela atuação coordenada da equipe. Agradecemos, com apreço, aos autores pela confiança, pelo diálogo constante e pela dedicação em aprimorar e divulgar suas pesquisas.

Para a difusão da ciência aberta e da transparência, cumprimentamos nominalmente pesquisadores que contribuíram com a emissão de pareceres: Adriano da Silva Ribeiro, Ailene de Oliveira Figueiredo, Aline Michele Pedron Leves, Alessandra Scherma Schurig, Ana Cristina Alves de Paula, Andrea Cristina Martins, Bárbara Crateús Santos, Claucia Piccoli Faganello, Cynthia Gruending Juruena, Débora Regina Pastana, Deilton Ribeiro Brasil, Eduardo Avancchi Dionisio, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe da Veiga Dias, Francieli Puntel Raminelli, Hilbert Reis

Silva, Isael José Santana, José Rodrigo Rodriguez, Lahis Pasquali Kurtz, Leonardo Simões Agapito, Maíra Neiva Gomes, Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira, Mateus de Oliveira Fornasier, Paulo Brasil Dill Soares, Priscila de Freitas, Rafael Zelesco Barretto, Raoni Macedo Bielschowsky, Saulo Bichara Mendonça, Sthéfano Bruno Santos Divino, Vinicius Oliveira Seabra Guimarães, Vitor César Silva Xavier.

Esta edição é a primeira experiência editorial do Quadriênio 2025-2028 da Revista de Estudos Jurídicos da Unesp. Nossas direções político-institucionais estão demarcadas pela necessidade de ampliação comunicativa, divulgação científica e integração com diversas universidades e regiões. Para este ano, ampliaremos nossas ações de comunicação com a realização de eventos e continuaremos o trabalho de adequações formais para garantia de qualidade máxima de publicação.

Agradecemos a todos que contribuíram com o avanço das atividades da Revista de Estudos Jurídicos e convidamos toda a comunidade acadêmica para a continuidade dessa parceria frutífera e que se desenvolve no correr dos anos.

Prof. Dr. José Duarte Neto
Editor-Chefe

Profa. Ma. Eduarda Camargo Sansão
Coeditora-chefe

Prof. Me. Matheus Conde Pires
Editor-adjunto

**CIDADANIA CIVIL
E POLÍTICA
E SISTEMAS
NORMATIVOS**

**CIVIL AND
POLITICAL
CITIZENSHIP
AND NORMATIVE
SYSTEMS**

¿DERECHISMO POR IMITACIÓN? LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LA CPAC Y SU EXTENSIÓN EN AMÉRICA LATINA

Leonardo Frieiro*

RESUMEN

En el presente artículo nos proponemos analizar el rol que ha cobrado durante los últimos años la Conferencia de Acción Política Conservadora, el mayor foro y plataforma de encuentro para las diferentes expresiones de la derecha estadounidense, en América Latina. Como hipótesis de trabajo, proponemos pensar el proceso de transnacionalización de la CPAC en el marco de la consolidación hemisférica de la ultraderecha, y en la conformación de un nuevo discurso de derecha radical que inserta preocupaciones políticas que van más allá de las fronteras nacionales y que obligan a buscar puntos de contacto entre las diferentes expresiones locales de la derecha política. Por último, nos proponemos analizar el rol de trumpismo, tanto como fenómeno estadounidense y como ideología derechista global, para analizar cuál es el lugar de la actual expresión de la derecha radical estadounidense en la ultraderecha latinoamericana. Para eso el artículo se propone analizar, primero, el proceso de radicalización política de la derecha estadounidense dentro de la CPAC en los Estados Unidos, para luego analizar los eventos organizados en América Latina.

Palabras clave: CPAC; ultraderecha; Donald Trump; América Latina.

Fecha de envío: 04/04/2025

Fecha de aprobación: 04/04/2025

*Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG), Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)

DIREITISMO POR IMITAÇÃO? A TRANSNACIONALIZAÇÃO DA CPAC E SUA EXTENSÃO NA AMÉRICA LATINA

Leonardo Frieiro

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar o papel que a Conferência de Ação Política Conservadora (CPAC), o maior fórum e plataforma para as diversas expressões da direita americana, tem assumido na América Latina nos últimos anos. Como hipótese de trabalho, propomos considerar a transnacionalização da CPAC no contexto da consolidação hemisférica da extrema-direita e da formação de um novo discurso da direita radical, que incorpora preocupações políticas além das fronteiras nacionais, tornando necessária a busca por pontos de contato entre as diferentes expressões locais da direita política. Por fim, buscamos examinar o papel do trumpismo, tanto como um fenômeno americano quanto como uma ideologia direitista global, para avaliar o lugar da atual expressão da direita radical americana dentro da extrema-direita latino-americana. Para isso, o artigo analisa, primeiro, o processo de radicalização política da direita americana dentro da CPAC nos Estados Unidos e, em seguida, os eventos organizados na América Latina.

Palavras-chave: CPAC; extrema-direita; Donald Trump; América Latina.

Data de submissão: 04/04/2025

Date de aprovação: 04/04/2025

RIGHTISM BY IMITATION? THE TRANSNATIONALIZATION OF THE CPAC AND ITS EXTENSION IN LATIN AMERICA

Leonardo Frieiro

ABSTRACT

This article aims to analyze the role that the Conservative Political Action Conference (CPAC), the largest forum and platform for various expressions of the American right, has assumed in Latin America in recent years. As a working hypothesis, we propose to consider the transnationalization of CPAC within the framework of the hemispheric consolidation of the far right and the formation of a new radical right-wing discourse that incorporates political concerns beyond national borders, necessitating points of contact between different local expressions of right-wing politics. Finally, we seek to examine the role of Trumpism, both as an American phenomenon and as a global right-wing ideology, in order to assess the place of the current expression of the American radical right within the Latin American far right. To this end, the article first analyzes the process of political radicalization of the American right within CPAC in the United States and then examines the events organized in Latin America.

Keywords: CPAC; far right; Donald Trump; Latin America.

Date of submission: 04/04/2025

Date of approval: 04/04/2025

INTRODUÇÃO

El 19 de noviembre de 2022, Javier Milei, en ese entonces diputado nacional por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ofreció uno de sus recurrentes y enardecidos discursos ante un auditorio colmado de asistentes que lo interrumpió sólo con aplausos, ovaciones y risas. Allí, Milei denunció que “el marxismo se transformó en ‘marxismo cultural’, (que) se trasladó al terreno de la pelea sinsentido y antinatural del feminismo radical (...), (de) la lucha de los blancos contra los negros (...) y del hombre contra la naturaleza”¹. Denunció, además, que los marxistas tienen cooptados los medios de comunicación y ‘la cultura’, que las sociedades que más progresan son también las más desiguales, que el capitalismo es un sistema social moralmente superior e, inclusive, se dio el gusto de adherir a la teoría conspirativa de la ultraderecha brasileña que denuncia la puesta en marcha de un plan que, a través del Foro de Sao Pablo y del Grupo Puebla, busca formar la Unión de Repúblicas Socialistas Sudamericanas (URSAL)². Hasta ahí, nada demasiado fuera de lo habitual para los discursos contemporáneos de la ultraderecha³ en América Latina. Lo llamativo, en cambio, fue el escenario. Milei fue uno de los oradores centrales de la Conferencia de Acción Política Conservadora en México, la primera extensión en Hispanoamérica de la conferencia conservadora más importante de los Estados Unidos, y probablemente del planeta entero, llevada adelante desde 1974.

La Conferencia de Acción Política Conservadora (CPAC) es un foro anual organizado por la American Conservative Union (ACU) con la cooperación de un amplio abanico de grupos, organizaciones y plataformas políticas neoliberales y neoconservadoras. Hecho que ha convertido a la CPAC en espacio sumamente relevante para la historia política de las derechas estadounidenses a lo largo del siglo XX, desde la galvanización de los activistas conservadores disgregados tras la derrota de Barry Goldwater en las elecciones presidenciales de 1964, hasta la posterior reconfiguración ideológica del conservadurismo estadounidense (Diamond

¹ La conferencia completa puede consultar sólo en el canal de YouTube llamado Mundo Católico (2022), dado que la CPAC México dio de baja su canal en YouTube. El evento tampoco fue subido por la cuenta oficial de la CPAC de los Estados Unidos.

² La teoría conspirativa de la URSAL nació como una broma en 2001, cuando la socióloga de ultraderecha María Lucia Víctor Barbosa inventó el acrónimo “URSAL” para referirse de forma crítica al encuentro del Foro de Sao Pablo realizado Cuba ese mismo año (Victor Barbosa 2001). Desde ese momento, la idea circuló por los foros de ultraderecha en Brasil pero ya no como una broma, sino como una teoría conspirativa con la difusión online de memes. En 2006, el astrólogo y principal referente de ultraderecha de Brasil, Olavo de Carvalho, publicó una nota en su página web donde afirmó la existencia de un plan continental para llevar adelante la URSAL (de Carvalho 2006). La teoría llegó a la política, primero, durante las elecciones presidenciales de 2018, cuando el candidato ultraconservador Cabo Daciolo acusó a Ciro Gomes de ser parte de la “conspiración” continental comunista; algo que se expandió luego entre los activistas de Jair Bolsonaro.

³ Por ultraderecha entendemos, siguiendo a Cas Mudde (2019), un concepto paraguas que agrupa tanto a los movimientos políticos hostiles a la democracia liberal que se dividen entre quienes rechazan el concepto mismo de soberanía popular y de gobierno mayoritario —la extrema derecha— como las que se oponen a los elementos “liberales” de la democracia, pero que se atienen a sus reglas básicas de participación electoral (los derechos de las minorías, la separación de poderes y el gobierno de la ley) —la derecha radical—, si bien en más de una oportunidad la línea divisoria no es inequívoca. En este trabajo nos ocupamos de forma exclusiva de las expresiones de la derecha radical.

1995). Habitualmente, la CPAC ha estado hegemonizada por una postura frontal contra las big government politics, promoviendo, en cambio, el equilibrio fiscal y la baja de impuestos como lemas generales. Aun así, en las últimas décadas, las discusiones sobre cuestiones sociales —conflictos raciales, migración, derechos de las mujeres, defensa de la libre portación de armas de fuego, entre otros— han ganado cada vez más protagonismo, hasta tornarse preponderantes frente a los asuntos estrictamente económicos. Como señaló Parker (2015), la CPAC ha tenido un rol más que importante en el diseño del Partido Republicano contemporáneo, es decir, en su radicalización hacia la ultraderecha. Además de eso, cada año la CPAC organiza la straw poll. Esto es, una elección informal en la que los asistentes de la conferencia votan para expresar quién sería el mejor candidato conservador para las próximas elecciones presidenciales, cuestión que convirtió a la CPAC en un termómetro del Partido Republicano⁴, anterior al proceso de elecciones internas.

Como vemos, definir la CPAC no es una tarea sencilla. Esto se debe a que tanto la conferencia y la principal organización que la lleva adelante (la American Conservative Union) han recibido poca atención de la academia, incluso en los estudios sobre el activismo de derechas. Las menciones bibliográficas de la CPAC y la ACU son ciertamente escuetas y se limitan apenas a la publicación de algunas tesis de doctorado⁵ y a menciones laterales en trabajos más generales sobre el conservadurismo estadounidense⁶. Algo que incluso ocurre dentro de los variados y exhaustivos estudios sobre la Era Reagan⁷. Es probable que esto guarde relación con lo que señaló el historiador Alan Brinkley (1994, 409) con respecto a que la derecha estadounidense no recibió de parte de la academia la atención que su peso político y social durante el siglo XX ameritaba. Si bien esa tendencia ha sido parcialmente revertida, la nueva ola de estudios sobre las derechas también ha dejado a la ACU y otros grupos que organizan la CPAC, como la organización

⁴ La straw poll de la CPAC solo se realiza cuando el Partido Republicano busca nominar a un candidato a la presidencia. Cuando un presidente del Partido Republicano ocupa la Casa Blanca y puede ser reelecto, la encuesta no se lleva adelante (la única excepción ocurrió en 1976, cuando Ronald Reagan y George Wallace se impusieron en la straw poll, pese a que el presidente era el republicano Gerald Ford, ampliamente resistido por los sectores más radicales del neoconservadurismo y el neoliberalismo).

⁵ Se destacan las tesis de Parker (2015), quien se propuso analizar la influencia de la CPAC entre 1974 y 1980, y de Rowley (2014), quien analizó la performance de los senadores Marco Rubio y Rand Paul en la CPAC 2013 como muestras de las transformaciones del discurso neoconservador en el Partido Republicano.

⁶ El libro de Sara Diamond, *Roads to Dominion. Right Wing Movements and Political Power in the United States* (1995), es el único trabajo sobre las derechas estadounidenses que da cuenta de la importancia de la ACU en el activismo conservador y que menciona con frecuencia a la CPAC para analizar los debates de las derechas en el país.

⁷ Por ejemplo, no hay mención ni a la CPAC ni a la ACU en el libro *The Reagan Revolution* (2009), de Gil Troy, ni en el amplio estudio sobre la sociedad estadounidense durante la era Reagan, *Deconstructing Reagan* (Longley, et al. 2007). Tampoco encontramos mención directa a las plataformas de activismo conservador como la CPAC en los trabajos *Reagan's America* (2017) de Garry Wills; *Ronald Reagan and the 1980s* (2008), de Cheryl Hudson y Gareth Davies, y ni siquiera en el libro apologético sobre la presidencia de Reagan *The America that Reagan built* (2006) escrito por David J. Woodard. Solo el capítulo de Robert Mason (2008) publicado en el volumen colectivo *The Age of Reagan* de Sean Wilentz incluye algunas menciones laterales a la ACU y el rol de los caucus conservadores.

Young Americans for Freedom, en segundo plano frente a fenómenos como la fundación del Tea Party Movement, la emergencia de la Alt-right⁸.

En el presente artículo nos proponemos analizar una faceta particular de la CPAC: su tentativa de transnacionalización y, en particular, su extensión hacia varios países de América Latina. Desde esta perspectiva, entendemos que al estudiar la CPAC no estamos atendiendo sólo a un fenómeno estadounidense tout court. En cambio, sostenemos que analizar el proceso de expansión geográfica de la CPAC supone evidenciar una serie de transformaciones en la morfología de las derechas radicales de América Latina además de informarnos acerca de cuáles han sido las condiciones de posibilidad para que la región se convierta en un terreno fértil para la implantación de una de las principales organizaciones de lobby de la ultraderecha a escala global. Para tal fin, reconstruiremos, primero, el recorrido histórico de la CPAC desde sus orígenes en la Era Reagan hasta el periodo actual de Donald Trump. En segundo lugar, analizaremos la estrategia de transnacionalización de la CPAC impulsada desde el 2019 poniendo el foco en la organización de distintas ediciones de la conferencia conservadora organizadas en Brasil, México y Argentina.

Como lo señala su nombre, la CPAC se define como una conferencia conservadora, pero es más que eso: se trata de un espacio donde convergen las corrientes neoconservadoras y neoliberales de la derecha estadounidense. Ambas categorías merecen una definición teórica. En cuanto al neoconservadurismo, el término fue establecido, en los Estados Unidos, por el escritor socialista radical Michael Harrington (1973) para aludir al transformismo ideológico de un grupo de intelectuales que viraron desde la socialdemocracia hacia la derecha anticomunista. La promoción y defensa de la Guerra de Irak en 2003, durante la administración de George W. Bush, marcó el apogeo político del neoconservadurismo. Sin embargo, creemos que es importante entenderlo, al igual que Gross, Medvetz y Russell (2011), no como un conjunto prácticas e ideas estáticas sino como un fenómeno relacional, es decir, como el producto de un conjunto de prácticas sociales cuyo contenido último es definido por la condiciones históricas, políticas y económicas de esas interacciones sociales. En tanto, el término neoliberalismo tiene una deriva algo más compleja. A los efectos de este trabajo entendemos al neoliberalismo como:

(...) ante todo, una teoría de prácticas político-económicas que afirma que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad de comercio. (...) (el neoliberalismo) sostiene que el bien social se maximiza al maximizar el alcance y la frecuencia de las transacciones comerciales y busca atraer toda la acción humana al dominio del mercado. (Harvey 2007[2005], 7-8)

⁸ Sobre el Tea Party Movement y su relación con las tradiciones del republicanismo conservador, ver *The Tea Party and the Remaking of Republican Conservatism* (Skocpol y Williamson 2012) y *Change They Can't Believe In* (Parker and Barreto 2013). En cuanto a la emergencia de la Alt-Right, David Neiwert ofrece una aproximación exhaustiva del fenómeno en *The Alt-America* (2017).

Es útil recordar que neoconservadores y neoliberales no han tenido la mejor de las relaciones en los Estados Unidos. Más bien han mostrado serios desacuerdos en temas que van desde la política exterior hasta el gobierno de la economía y el manejo del Estado. Por ejemplo, varios grupos neoliberales —en particular libertarios y paleolibertarios— criticaron con suma dureza a los neoconservadores, hegemónicos durante la administración de George W. Bush, en particular luego de la Guerra de Irak⁹. Por otro lado, Irving Kristol, uno de los referentes teóricos más importantes del neoconservadurismo, señaló que los neoconservadores interpretaban como “natural” e “inevitable” el proceso de expansión de las atribuciones del Estado, en discusión con la noción hayekiana por la que el crecimiento de las atribuciones estatales derivaba en el totalitarismo. Para Kristol (2010), un Estado fuerte puede no significar un Estado intrusivo.

Estos puntos de divergencia entre dos de las corrientes más importantes del conservadurismo contemporáneo de los Estados Unidos nos permiten analizar la CPAC dejando algunas preguntas abiertas. La primera radica en qué implica pensar en la CPAC como un espacio de convergencia de estas dos corrientes de la constelación de las derechas en el escenario propiamente estadounidense; segundo, que significa esto en un contexto hemisférico e incluso global. Dicho de otra manera, qué nos sugieren las diferentes alquimias posibles entre neoconservadores y neoliberales en lo que respecta a la proyección de ciertos discursos derechistas más allá de las fronteras de los Estados Unidos, y qué visión global comparten ambas corrientes conservadoras en esa empresa. Esto último es importante ya que mientras el neoconservadurismo es un movimiento típicamente estadounidense, cuya preocupación central se encuentra circunscripta al desarrollo de una estrategia de política exterior para garantizar la Pax Americana; el neoliberalismo, en cambio, supone de un movimiento teórico, intelectual y político occidental que se convirtió en una corriente de pensamiento de carácter global, cuyos efectos moldean, en mayor o menor medida, a todas las formas del derechismo contemporáneo en buena parte del planeta. De esta manera, encontramos en la CPAC como espacio típicamente estadounidense pero, al mismo tiempo, también transnacional.

1 LA CPAC Y LA OFENSIVA DE LA ULTRADERECHA POR LA CONQUISTA DEL PARTIDO REPUBLICANO

En 1974, un grupo de organizaciones conservadoras, en particular la American Conservative Union y Young Americans for Freedom, decidieron organizarse contra un liberalismo de colores pastel (“pale pastel liberalism”) y abogar por un conservadurismo de colores vivos (“bold-colored conservatism”). Así, decidieron

⁹ Varios intelectuales neoliberales, incluyendo a algunos nucleados en think-tanks libertarios como el Instituto Cato, dedicaron notas periodísticas, artículos académicos y libros enteros a polemizar contra los neoconservadores, bajo el común denominador de rechazar la pertenencia de los neoconservadores a cualquier tradición del conservadurismo clásico y de las derechas en general. Entre estas críticas podemos destacar el libro de Stefan Halper y Jonathan Clarke *América Alone. The Neo-Conservatives and the Global Order* (2005); el artículo escrito por Claes G. Ryn *The Ideology of the American Empire* (2003), y la nota de opinión escrita por Paul Craig Roberts, uno de los mayores apologistas del gobierno de Ronald Reagan, titulada *Neo-Jacobins Push for World War IV* (2003), publicada en el sitio web libertario *LewRockwell.com*. El propio Francis Fukuyama denunció una tendencia “leninista” en los postulados de los neoconservadores (2006), vinculando a los neoconservadores con la tradición de las izquierdas.

organizar un encuentro que reuniera a diferentes grupos conservadores aislados, y muchos de ellos conocidos como single-issue organizations, que coincidían en su crítica a la supuesta “moderación” del gobierno republicano de Richard Nixon. Así, la puesta en marcha de la CPAC se ancló en la emergencia de distintos núcleos de difusión de las ideas conservadoras como también en una serie de intelectuales de derechas que comenzaron a reflexionar acerca de qué lugar tenían las ideas del conservadurismo social y el liberalismo económico en una sociedad donde existían consensos sólidos acerca de la regulación del Estado en la economía que fueron popularizados durante el New Deal de la era Roosevelt y actualizados en las políticas del período de La Gran Sociedad —The Great Society— durante la presidencia de Lyndon B. Johnson¹⁰. En ese contexto, la invitación original para asistir a la CPAC, enviada por correo a más de 21,000 personas, rezaba que:

La CPAC 1974 nos ofrece una oportunidad única para reflexionar sobre nuestra situación política, definir nuestras posiciones y plantar una estrategia común (...) La CPAC ofrecerá una instancia brindará capacitación en todas las técnicas vitales de la campaña política moderna sobre temas decisivos como la “crisis energética”, “los impuestos”, la “détente” y “la presidencia de Nixon” (...) No podemos permitir que el movimiento conservador se fragmente en este momento. Esta conferencia será la primera de su tipo desde los sesenta. Y nos dará la tan necesaria chace de re-unirnos, renovar nuestro compromiso y concentrar nuestras energías en nuestros objetivos comunes¹¹.

Durante la conferencia, quedó claramente sentado cual era la forma de unir a los conservadores: encontrar a un candidato capaz de volver a la llevar una agenda irrestrictamente conservadora a la Casa Blanca, y ese candidato, y principal orador de la CPAC 1974, era Ronald Reagan. En su discurso titulado We Will Be as a City upon a Hill, Reagan defendió el “legado” de Goldwater y se ufanó de los elementos “anti-estadistas” de la Constitución de los Estados Unidos. Anunció que el capitalismo se encontraba bajo asalto por una nueva ofensiva de quienes ofrecían la regulación gubernamental como solución a todos los problemas contemporáneos. Por último, Reagan cerró su discurso diciendo que, a pesar de todos los males, no había forma que los estadounidenses escapen de su destino: liderar el mundo libre (CPAC 2019).

El impacto de la crisis de Watergate, y el revés sufrido por los republicanos en las elecciones de medio término se sintió en la CPAC, en una profundización del descontento de los sectores más derechistas frente al gobierno de Ford. En la CPAC de 1975, el congresista conservador Robert Bauman señaló que los conservadores “se encuentran confrontados con una administración que en solo seis meses ya había perdido cualquier potencial para terminar con el peor déficit público en tiempos de

¹⁰ Para una discusión sobre el Estado de bienestar en los Estados Unidos y los consensos distributivos que éste generó se puede consultar *The Rise and Fallo of the New Deal order, 1930—1980* (Fraser and Gerstle 1989).

¹¹ Fragmento de la invitación a la CPAC 1974 en Parker (2015, 73). Traducción propia del idioma inglés.

paz¹². En buena medida, la CPAC 1975 se convirtió en un foro de discusión sobre la construcción —o no— de un nuevo partido conservador, luego de la debacle electoral de un Partido Republicano con poca identidad conservadora y arrastrado por los escándalos. Durante la CPAC 1975, como señaló Parker (2015), quedó en claro que los organizadores se mostraban a favor de la opción de construir un nuevo partido conservador, incluyendo a una serie de sus más prominentes intelectuales¹³. Aun así, la opinión de romper con el Partido Republicano no era mayoritaria tanto entre los asistentes a la CPAC 1975 como entre los conservadores en general (Sullivan 2009, 163-166). Cabe señalar que fue Ronald Reagan quien, con su oposición a la opción de encabezar una candidatura presidencial por fuera del Partido Republicano, desactivó definitivamente los discursos en la CPAC que abogaban por la formación de un “tercer partido” (D. Parker 2015, 105). En su discurso en la CPAC 1975, Reagan se preguntó:

(...) Es un tercer partido lo que necesitamos, o un nuevo y revitalizado “segundo partido” que levante una bandera sin colores pasteles, sino con colores vivos¹⁴ que dejen inequívocamente claro cuál es nuestra posición en todos los problemas que le preocupan a la gente. (CPAC 2019, Let Them Go Their Way)¹⁵

Desde ese momento en adelante, la estrategia de los conservadores en la CPAC consistió consolidar su rol de presión por derecha hacia el Partido Republicano. El primer gran logro de esta estrategia ocurrió un año después, en la CPAC 1976, cuando Gerald Ford le quitó la nominación a la vicepresidencia a Nelson Rockefeller, quién había sido denunciado en la CPAC como el “peor candidato republicano posible”, debido a sus posiciones liberales principalmente en impuestos, acceso a la salud y el gasto público¹⁶. Por otro lado, los asistentes de la CPAC en 1976 se atrevieron a desafiar la candidatura de Ford encumbrando a Ronald Reagan como el mejor candidato conservador en la straw poll, donde recibió más del 77 por ciento de los votos¹⁷. Esa ofensiva conservadora se trasladó hacia la convención nacional del Partido Republicano, donde Ford, presidente republicano en ejercicio, ganó la nominación frente a Reagan apenas por un 5 por ciento de los votos de la convención nacional republicana. Este poder de fuego de los conservadores para influir dentro del Grand Old Party, creció de forma sustancial luego de la derrota electoral de Ford frente a Carter en 1976, aspecto

¹² Traducción en propia, en base al extracto original publicado en Parker (D. Parker 2015, 99)

¹³ Entre ellos, podemos destacar a William Rusher, autor del libro *The Making of a New Majority Party* (1975).

¹⁴ Una metáfora que Reagan no dejará de repetir tantos en sus intervenciones en la CPAC como en varios de sus discursos presidenciales. En efecto, como señala Shirley (2017, *Into the Wilderness*), esta era la segunda vez que repetía casi el mismo discurso ante la misma audiencia, y algo que repetiría en la CPAC 1979.

¹⁵ Traducción propia en base al texto original.

¹⁶ Traducción propia en base al fragmento publicado en Parker (2015, 99)

¹⁷ De hecho, Ford no recibió votos en la straw poll de la CPAC 1976, y el segundo lugar fue para el ese entonces veterano George Wallace, con el 14 por ciento de los votos.

que transformó las conferencias de la CPAC de 1976 a 1980, como señala Parker (2015, 144), en una instancia crucial donde se llevó adelante la reconfiguración ideológica y discursiva del Partido Republicano hacia la derecha. En las CPAC de 1977 y 1978, los sectores radicales emprendieron una nueva ofensiva narrativa sobre lo que debía significar el conservadurismo; el discurso de Reagan en la CPAC 1977, en ese sentido, es significativo:

(...) la mayoría de los comentaristas suelen hacer una distinción entre lo que ellos llaman el conservadurismo 'social' y el conservadurismo 'económico'. Los así llamados asuntos sociales están usualmente asociados (...) con el Partido Demócrata. (mientras que) Los asuntos económicos están asociados al Partido Republicano (...) Ha llegado el momento de ver si es posible presentar un programa acción que combine los asuntos 'sociales' con los 'económicos'. En resumen, ¿no es posible combinar los dos principales segmentos del conservadurismo estadounidense contemporáneo en un todo políticamente efectivo? Yo creo que la respuesta es: sí, es posible crear una entidad política que refleje los puntos de vista de la gran mayoría conservadora (CPAC 2019, The New Republican Party).¹⁸

La gran victoria de la derecha republicana terminó por ocurrir en 1980, cuando Reagan derrotó a George H. W. Bush en la interna republicana para luego imponerse ante un maltrecho Jimmy Carter. Durante la presidencia de Ronald Reagan, el conservadurismo ganó múltiples espacios de poder y visibilidad discursiva frente a los núcleos ideológicos progresistas como nunca en la historia reciente de las derechas en los Estados Unidos (Troy 2009, 58). En principio, durante el periodo de gobierno de Reagan, la CPAC se convirtió en una instancia de celebración conservadora. Reagan tuvo asistencia perfecta en la CPAC de 1981 a 1989. En su primer discurso como presidente en la CPAC, comenzó diciendo que "(el) movimiento conservador en los Estados Unidos del siglo XX se aferró firmemente a su visión de la verdad durante años duros y difíciles. Nuestra victoria no es la victoria de la política, sino la victoria de las ideas". Además, agregó que su gobierno tenía como principal objetivo "reordenar las relaciones entre los ciudadanos y el gobierno", y que el nuevo gobierno pretendía proponer a la sociedad:

Una filosofía de gobierno consistente, con una única agenda (...) Poner las finanzas en orden, reconstruir la defensa nacional, proteger a los no-nacidos, terminar con la manipulación de los niños en las escuelas, y permitir el reconocimiento de un Ser Supremo en nuestras aulas tal como permitimos tales reconocimientos en otras instituciones públicas. (CPAC 2019, Our Times is Now. Our Moment Has Arrived)¹⁹

¹⁸ Traducción propia en base al discurso original.

¹⁹ Traducción propia al castellano en base al discurso original en inglés.

Aun así, en ese mismo discurso, Reagan también pidió paciencia para lograr esos objetos, cosa que repitió en la CPAC 1982 (CPAC 2019, *The Agenda Is Victory*). A pesar de que la elocuencia en la CPAC consolidó la idea de Reagan como un “gran comunicador” (Welch 2003) —una idea reforzada principalmente entre los conservadores²⁰— tampoco faltaron críticas contra su gobierno desde distintos sectores de las derechas. Mientras que las conferencias de 1983, 1984 y 1985 fueron celebratorias, en la CPAC 1986 surgieron algunas voces disidentes que hicieron público cierto descontento de los sectores más radicalizados frente al rumbo tomado por el gobierno de Reagan. En esa conferencia, Howard Phillips, líder del Conservative Caucus, dijo que “(si hubiera que calificar a Reagan) como líder ceremonial obtiene una A, pero no por su performance como jefe del gobierno” (Doerner 1986). Cabe decir que las tensiones dentro del conservadurismo durante la segunda mitad de la década de los ochenta también fueron parte del comienzo de la puja por la sucesión de Reagan, y cuyo efecto colateral fue marcar los tópicos en los que los conservadores habían avanzado poco y nada; además de las críticas contra Reagan que se desataron luego del escándalo Irán-Contra²¹.

La división de los conservadores continuó profundizándose luego de que Reagan dejó la presidencia, un aspecto que confirmó el rol de la CPAC como instrumento (D. Parker 2015), es decir como un espacio de coordinación necesario para mantener a la unidad del conservadurismo. Con la salida de Reagan en 1989 y la posterior elección de George H. W. Bush, comenzó un desencuentro entre el nuevo presidente y los sectores más derechistas del Partido Republicano. En efecto, H. W. Bush jamás ganó una straw poll de la CPAC, y los sectores más conservadores solo frenaron su criticismo con su administración con la puesta en marcha de la Operación Tormenta del Desierto que desató la Guerra del Golfo Pérsico. En la CPAC 1991, las críticas sobre la política doméstica de Bush, considerada demasiado moderada, fueron reemplazadas por las reivindicaciones de una política exterior belicista que hacía recordar a la Doctrina Reagan²² (Shogan 1991). De cualquier forma, la falta de sintonía entre los núcleos conservadores de la CPAC y la administración Bush nos permite entender por qué la derrota republicana en

²⁰ En el libro compilado de discursos de Reagan de la CPAC, el CEO y vicepresidente ejecutivo de la Asociación Nacional del Rifle (NRA), Wayne LaPierre, dedica su comentario al discurso de Reagan en la CPAC 1982 defendiendo las capacidades discursivas de Reagan como su principal atribución (CPAC 2019, *Conservatives Press Forward*).

²¹ Como señala Nelson (1987), el criticismo conservador contra Reagan se expandió luego del escándalo Irán-Contra, pero no solo se centró en la política exterior. Los conservadores comenzaron a mostrar su descontento en los “asuntos sociales” como las campañas contra el aborto y el consumo de pornografía. Debido a la expansión de las críticas conservadoras, Reagan debió llamar a figuras conservadoras como William A. Rusher, uno de los organizadores de la CPAC para agradecer las notas en defensa suya en *The National Review*; como también a otros, como Paul M. Weyrich pero para que “convencerlos” de su compromiso con el conservadurismo.

²² Por Doctrina Reagan nos referimos a lo señalado por Pach (2006) como la estrategia de política exterior desarrollada durante la presidencia de Ronald Reagan que consistió en proveer y promover movimiento armados anticomunistas para derrocar a los gobiernos de tendencias de izquierda, que gozaban de la simpatía y/o asistencia de la Unión Soviética, en África, Asia y América Latina; cuyos casos más significativos son el apoyo a la Contra en Nicaragua luego de la Revolución Sandinista y al Mujahidín en Afganistán luego del triunfo de la Revolución del Saur. En Palabras de Reagan, su doctrina de política exterior consistía en “no abandonar a aquellos que arriesgan sus vidas, en todos los continentes (...) para desafiar la agresión apoyada por los soviéticos y asegurar los derechos que son nuestros desde que nacemos” (Pach 2006, 75).

las elecciones de 1992 no fue leída como un golpe colosal contra los sectores más derechistas, sino como una nueva oportunidad para pasar a la ofensiva. En efecto, la CPAC 1993 fue un éxito tal que rompió el récord de asistentes, donde se escuchó un rechazo inequívoco del paquete económico de Clinton rotulado como “tax and spend policy” (Boot 1993). Aun así, no todo fue positivo para los conservadores durante los años venideros. Si analizamos los resultados de las straw poll realizadas durante el período 1993-1996, que terminó en la nominación de Bob Doyle, 1998-2000, que terminó con la nominación de George W. Bush y 2005-2008, que derivó en la nominación de John McCain, encontramos que las preferencias de los asistentes de la CPAC no tuvieron la repercusión esperada por los conservadores dentro del Partido Republicano. Recién durante el período 2009-2012, el candidato impulsado por la CPAC como el mejor representante del conservadurismo fue nominado por el Partido Republicano, Mitt Romney, aunque con una straw poll sumamente dividida²³.

En efecto, la relación del otro presidente Republicano, George W. Bush, no fue para nada pacífica con el movimiento conservador y menos dentro de la CPAC. A pesar de en la CPAC 2003 se presentaron algunos argumentos a favor de una acción militar directa en Irak²⁴, la luna de miel no duró demasiado. En la CPAC 2004, Donald Devine, en ese entonces presidente de la ACU y ex funcionario de Ronald Reagan, aseguró que “sin dudas, hay preocupación por lo que Bush está haciendo (...) (debido a que Bush) aumentó el gasto doméstico más que cualquier otro presidente” (Goldberg 2004). La invasión a Irak también fue cuestionada por una fracción cada vez más relevante dentro de las derechas estadounidenses: el libertarianismo. Esta corriente, representada dentro de la CPAC por el congresista liberal-libertario Ronald Ernest Paul²⁵, protagonizó una oposición directa tanto a la invasión a Irak como a las medidas de vigilancia introducidas bajo la excusa de la Guerra contra el Terror. Ronald Paul no solo se opuso discursivamente en la CPAC a la Guerra de Irak, sino que rechazó la Patriot Act, leída por los grupos libertarios como una expansión inadmisibles de las atribuciones del Estado federal en la vida privada, la Real ID Act (2005) y firmó la American Freedom Agenda contra la vigilancia masiva, quebrando la bancada republicana en la Cámara de Representantes. Incluso, en 2007, fue el único precandidato presidencial republicano que aseguró que retiraría el total de las tropas estadounidenses en Irak (Stossel 2007). El despegue de los sectores del liberatarianismo es importante ya que la victoria de Ronald Paul en las straw poll en 2010 y 2011 muestra que, una década después de la invasión estadounidense en Irak, los asistentes de la CPAC tenían una opinión mayormente negativa de la continuidad de las actividades militares

²³ Una crónica de la CPAC 2012 que muestra las disputas ajustadas entre los candidatos puede ver, por ejemplo, en la crónica de Aaron Blake “CPAC straw poll: Mitt Romney wins” (2012).

²⁴ Inclusive, en la CPAC 2003 se organizaron los primeros foros abiertamente islamofóbicos en particular el titulado “Islam, Religion of Peace?”, donde se sostuvo resumidamente que Islám era una religión belicista y expansionista (Goldberg, Shock troops for Bush 2003).

²⁵ Ronald Paul fue candidato a presidente en 1988 con el Partido Libertario, y luego se incorporó al Partido Republicano donde mantuvo su impronta libertaria. Su oposición constante a las iniciativas su propio partido durante la presidencia de G. H. Bush le hizo ganar el mote de “Dr. No” (Copel 2006). Su hijo, Rand Paul —llamado así en honor a Ayn Rand— es una de las figuras políticas más reconocidas del libertarianismo estadounidense.

de los Estados Unidos en Medio Oriente²⁶, en sintonía con la derecha libertaria. La separación entre la administración Bush y el movimiento conservador fue tal que, durante sus dos períodos como presidente, Bush solo asistió en una sola ocasión a la CPAC en el año 2008, es decir en el final de su presidencia, donde defendió “los derechos del país a defenderse, a pesar de que otros no estén de acuerdo”²⁷ (...) (para que) los Estados Unidos sigan siendo una fuerza del bien en el Mundo”²⁸.

Desde los primeros años 2000 podemos encontrar dos tendencias en la CPAC, una con respecto a su relación con un Partido Republicano, y otra con respecto a la constelación de las derechas. La primera tendencia de la CPAC fue algo contradictoria: su caída en la influencia para la nominación de los candidatos republicanos a la presidencia se encontró balanceada con la expansión de su membresía, sponsors y audiencia (Human Events 2003). Con respecto a la segunda tendencia, la CPAC exteriorizó el crecimiento de una nueva derecha radical que unificó con éxito un programa socialmente conservador y a la vez liberal-libertario en lo que refiere a la presencia del Estado en la sociedad. Por supuesto, la reconfiguración del conservadurismo estadounidense está en diálogo con fenómenos más amplios que afectaron al resto del espectro político y a la sociedad en general. Nos referimos al proceso de desalineación de grupos sociales y fracciones de clase de los patrones de representación generados desde la victoria de Richard Nixon; la caída del sexto sistema político, la elección y reelección de Barack Obama en las elecciones de 2008 y 2012, los efectos de la crisis económica global de 2008, la explosión del movimiento Occupy²⁹ que rediseñó a la izquierda estadounidense; la emergencia del Tea Party, que hizo lo propio en la familia de las derechas —este último, a pesar de su posterior declive, incorporó al primer plano de la oferta republicana a figuras de ultraderecha como la ex gobernadora de Alaska, Sarah Palin. Todos estos elementos combinados deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar la evolución de la CPAC y la conformación de su imagen actual, como también la última de las tendencias que encontramos que consiste en la expulsión de todos los elementos “centristas” y la expansión su perfil ultraderechista.

Como detalló Mike Davis (2013), la derrota electoral de los conservadores en 2012 desató una nueva guerra entre los republicanos que abandonaron cualquier pretensión de unidad entre sus corrientes internas para pelear por la hegemonía en una nueva relación de suma cero. La CPAC dio las mismas señales

²⁶ Para una breve descripción de la división del movimiento conservador a raíz de la guerra de Irak puede consultarse Lobe (2013). Una crítica desde el conservadurismo-realista a los neo-conservadores fue hecha por Mearsheimer (2005). Para un debate más detallado sobre las tensiones de las diferentes vertientes del conservadurismo sobre la estrategia militar y las justificaciones de las acciones militares por parte de la administración Bush en Irak y Afganistán puede verse el volumen colectivo llamado: *The Right to War? The Conservative Debate on Iraq* (2005), editado por Gary Rosen.

²⁷ Una frase que, dicha en el contexto de la CPAC puede interpretarse como un ataque a las posturas anti-belicistas en el movimiento conservador, principalmente los libertarios.

²⁸ Traducción propia en base al texto original disponible en Transcript of the Remarks By Bush at CPAC (The Wall Street Journal 2008),

²⁹ Para una historia visual e intelectual del movimiento Occupy, y su impacto en la izquierda estadounidense, puede consultarse el volumen colectivo *Occupy. Scenes from occupied América* (Taylor and Cessen 2011).

de enfrentamiento y radicalización. Desde la derrota de Romney en 2012, todas las straw poll fueron ganadas por candidatos que podemos colocar dentro de la ultraderecha, cuyas diferencias radicaban entre la preminencia del discurso liberal-libertario —Rand Paul, hijo de Ronald Paul, ganador de la straw poll en la CPAC 2013, 2014 y 2015— y de una derecha radical ultraconservadora —Ted Cruz, ganador de la CPAC 2016, la última CPAC antes de la nominación de Donald Trump³⁰—. Por último, la radicalización de la derecha republicana y su correlato dentro de la CPAC, también se relaciona con los desafíos con los que el campo general de las derechas estadounidense se encuentra dentro de una sociedad que se encuentra en un proceso de cambio generalizado. Esto refiere tanto a la transformación demográfica interna de los Estados Unidos en lo que refiere a su conformación poblacional y a los desplazamientos geográficos que impactan en la política, así como en la caída relativa de la posición hegemónica de los Estados Unidos dentro de la escena mundial.

Estas tensiones se trasladaron directamente hacia la CPAC durante la era Trump. En principio, Trump le debe buena parte de su carrera política dentro del Partido Republicano a la propia CPAC. En 2011, GOProud —el principal grupo de lobby de activistas homosexuales republicanos, organización disuelta en 2014— invitó a Donald Trump como orador en la CPAC³¹, siendo esta su presentación formal ante el universo del Partido Republicano; y donde ofreció un discurso que sintetiza su posterior campaña presidencial: anunció que se oponía al aborto, al control de armas y al Obamacare, y que los Estados Unidos estaban sufriendo los efectos de una guerra comercial librada por China, cuyas importaciones dejaban sin empleo a los estadounidenses (C-SPAN 2011). A pesar de su aparición en el escenario y de su buen recibimiento por la concurrencia, Trump no estuvo entre las principales preferencias de los conservadores en ninguna de las straw poll que tuvieron lugar en la CPAC luego de la derrota de Romney en 2012. Aun así, la inclusión de Trump en la CPAC 2011 sí tuvo un carácter inaugural ya que, como señaló Riley (2018, 20), fue un anticipo de que la repuesta política más contundente contra la crisis del establishment demócrata y republicano emergería desde la derecha anarco-capitalista.

En ese sentido, la campaña de Trump por la nominación presidencial republicana mostró una dualidad ideológica que combinó elementos del conservadurismo clásico—como la baja de impuestos, la desregulación del mercado de armas, la prohibición del aborto, etc.— y varias de las ansiedades políticas de la reacción de derechas más actuales —la construcción de un muro en la frontera con México, la persecución abierta de la inmigración, la imposición de barreras comerciales contra los productos de origen chino, la promesa de recuperar el liderazgo global de los Estados Unidos, la lucha contra el “globalismo” y el fortalecimiento retórico del “excepcionalismo” estadounidense. Esta combinación de la agenda habitual de la derecha republicana con las nuevas inquietudes de la

³⁰ Si bien cabe destacar que la victoria de Cruz en la CPAC se debe también en parte al apoyo explícito de Sarah Palin y el Tea Party, contra la candidatura de Marco Rubio, quien a pesar de no ser un moderado recibió apoyos más sólidos de parte del establishment republicano (Lowry 2015).

³¹ Un efecto, Trump no estuvo en la grilla de oradores de la CPAC, pero fue invitado como “orador sorpresa” y presentado ante el público por Ted Cruz.

derecha radical estadounidense, recubiertas ambas de una densa capa de retórica anti elitista permitió articular una coalición entre los núcleos de votantes republicanos —evangélicos blancos, los votantes del Sur de las áreas rurales y suburbanas, y una fracción de los trabajadores de la zona de los Montes Apalaches— con un segmento de los votantes la zona superior del Medio Oeste —principalmente Michigan, Minnesota, Wisconsin, Dakota del Norte, Dakota del Sur y Iowa— (Riley 2018), con la que logró polarizar de manera frontal contra candidatos que no podían esconder sus imbricaciones con diversas facciones de la elites estadounidense, y contra los que se impuso en las elecciones de 2016, primero dentro del Partido Republicano y luego contra la candidatura de Hillary Rodham Clinton.

Estas tensiones dentro de la costelación de las derechas estadounidenses volvieron a resonar en la CPAC, donde se puede ver la misma tendencia que Kabaservice (2012) evidenció para el Partido Republicano: el crecimiento progresivo de los sectores de ultraderecha y el cercamiento de todos los elementos moderados. En 2016, la amplia victoria de Cruz en la straw poll —en ese entonces el candidato de las “bases” conservadores y del Tea Party— se complementó con la inclusión de una de las pocas oradoras latinoamericanas invitadas a la CPAC para disertar estrictamente sobre la realidad política de América Latina: la influencer y ensayista de ultraderecha Gloria Álvarez, quien desparramó una serie de teorías de conspiración acerca de una estrategia marxista para imponer el comunismo en América Latina mediante el Foro de San Pablo, donde “se mezcló el Manifiesto Comunista con una agenda antiestadounidense” (CPAC 2016). Álvarez comparó a Hitler y Mussolini con el Che Guevara, pidió un aplauso para la justicia de Brasil por haber encarcelado a Lula Da Silva, y aseguró que Cristina Fernández había asesinado al Fiscal Alberto Nisman; en lo que fue el momento más “latinoamericano” de la historia de la CPAC hasta ese momento.

Con Donald Trump en el poder, la mimetización de este con la CPAC fue total. Trump ganó las seis straw poll que se llevaron adelante en la CPAC desde su ascunción como presidente: una en 2019, una en 2020, dos en 2021, dos en 2022 y una en 2023; siendo la de 2019 la victoria más amplia de un candidato republicano en la Straw poll de la CPAC con el 82% de los votos. A diferencia de cualquier otro candidato republicano derrotado en elecciones, los activistas reunidos en la CPAC mantuvieron una lealtad inquebrantable con respecto al liderazgo de Donald Trump. La reconversión de la CPAC en una plataforma de apoyos para la resurrección política de Trump ha llegado a tal punto que la conferencia ha sido inclusive llamada sarcásticamente como la “TrumpPAC” por el periodista Robert Costa (PBS 2019). Pero más allá de eso, lo que esto realmente evidencia es una transformación ideológica dentro de las derechas estadounidenses en donde la derecha radical ha pasado de ser minoritaria a ser abrumadoramente mayoritaria.

2 LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LA CPAC Y SU IMPACTO EN AMÉRICA LATINA: ¿ULTRADERECHISMO POR IMITACIÓN?

La hegemonía de la derecha radical dentro del Partido Republicano y del movimiento conservador en general, de la mano de Donald Trump, transformó a la CPAC en un sentido tal que permitió su transnacionalización. La expansión de la ultraderecha dentro del conservadurismo estadounidense amplió la agenda

su agenda política y generó la necesidad de plantearse nuevas tareas y desafíos políticos. La prominencia de discursos como los de Steve Bannon —ex Jefe de Estrategia y Consejero del Presidente³² y uno de los ideólogos del populismo de derecha³³—, o el de Marjorie Greene —una de las figuras más radicales de la ultraderecha³⁴— insertó en el universo de las derechas estadounidenses nuevas preocupaciones políticas que van más allá del control del gasto estatal y la presencia del gobierno federal en la vida de las personas y el respeto a las “tradiciones”. La unión actual entre libertarios y conversadores, lo que Horwitz (2013) denomina el ‘conservadurismo anti-establishment’, incorporó una agenda que ya no es propiamente estadounidense, sino global: la guerra contra el “marxismo cultural”, contra el feminismo y la “ideología de género”, contra el “engaño socialista” del cambio climático y contra la ‘élite de expertos’ que domina al Mundo, a lo que se puede agregar una serie variopinta de teorías de conspiración que van desde versiones sui generis de la teoría del Gran Reemplazo o del “Nuevo Orden Mundial” impulsado por la Agenda 2030 de las Naciones Unidas. Objetivos y enemigos globales, requieren de la construcción de una plataforma política que también sea global.

La CPAC 2022 respondió a las aspiraciones de transnacionalización de la derecha radical estadounidense. En esa conferencia dos de los oradores principales fueron el ultraderechista británico Nigel Farage, ex líder del UKIP y ahora líder del partido Reform UK³⁵, y el primer ministro húngaro Viktor Orban. Farage, lejos de exponer sobre la experiencia británica —es decir, lo esperable para alguien en su posición—, se concentró en denunciar la guerra cultural de la izquierda, y llamó a los conservadores estadounidenses a “salvar a la civilización occidental de quienes buscan destruir la cultura judeocristiana”, ya que, si “los Estados Unidos caen, todos caeremos con ustedes” (C-SPAN 2022). Orban, quien dio el discurso de apertura de la CPAC Texas, habló con una liturgia similar, donde denunció que Hungría estaba sitiada por los progresistas, mientras que afirmó que los húngaros no son personas de “raza mixta”, y llamó a la unión en acción de los cristianos, conservadores y nacionalistas de Europa con los de los Estados Unidos (Smith 2022). Resulta interesante notar, además, que el eslogan de la CPAC 2022 en Texas no fue ninguno referido a los impuestos, al gasto del estado o al tamaño del gobierno federal, sino una proclama genérica contra las izquierdas: “Awake, not woke”³⁶. En la CPAC 2023, la tendencia fue similar. Los principales oradores estadounidenses

³² Un cargo que Donald Trump inventó para él en enero de 2017 y que abolió cuando lo despidió, en agosto de ese mismo año.

³³ En efecto, Bannon es uno de los pocos derechistas que asume la etiqueta de “populismo” de forma positiva. Para un debate el significado del populismo de derecha para Bannon puede consultarse los trabajos de Alexander (2019) y Steffek y Lasshof (2025).

³⁴ Greene fue expulsada de la Cámara de Representantes por su apoyo a las teorías de conspiración de QAnon, por su apoyo a al asalto sobre el Capitolio y por sostener que hubo fraude contra Donald Trump en las elecciones de 2020.

³⁵ Anteriormente conocido como el Brexit Party, que se perfila como el partido más votado en el Reino Unido ante el derrumbe del Partido Conservador.

³⁶ La palabra woke (“despierto” en inglés) fue utilizada por el activismo de la izquierda antirracista. En el último tiempo, el activismo digital de ultraderecha utiliza la palabra woke de forma irónica para criticar al progresismo, adquiriendo un matiz peyorativo.

se abocaron a temas internacionales. El discurso más significativo lo dio Marjorie Green quién expuso una dura crítica en contra del apoyo financiero y logístico de los Estados Unidos en Ucrania. Green incluso dijo que “Zelensky busca que los hijos e hijas de los estadounidenses vayan a morir a Ucrania”; un aspecto que muestra una de las nuevas vicisitudes de la derecha radical estadounidense que combina, no sin tensiones, una postura aislacionismo en lo que refiere a la política exterior —un rasgo más bien clásico para el nacionalismo de derechas en los Estados Unidos— con la promoción de una agenda política extendida de alcance global. Por otro lado, el orador extranjero estrella fue un latinoamericano: el ex presidente de Brasil Jair Bolsonaro quien, en su autoexilio en el Estado de Florida, ofreció el discurso de clausura haciendo foco en el combate contra la “ideología de género”, contra el control de armas —dijo que “un pueblo armado jamás será esclavizado”— y aseguró que “la misión asignada por Dios” que comenzó cuando decidió combatir contra la reelección de “una comunista” —en mención a Dilma Rousseff— “todavía no terminó” (CNN-News 2023).

En términos estrictos, la CPAC lleva adelante un proceso de internacionalización desde 2017, con la organización de la “CPAC Japón” (CPAC-J) llevada a delante entre la American Conservative Union y la Unión de Conservadores Japoneses, en un evento de un marcado tono “anti chino” que contó con la presencia de activistas por la independencia de Hong Kong, con algunas figuras intelectuales de la derecha radical, como Bannon, algunos funcionarios poco relevantes de la administración Trump, como Lisa Shin —la líder del grupo “Korean Americans for Trump”—, y donde se alentó a la construcción de un “nuevo nacionalismo japonés” en un “nuevo orden global” (Correll 2017), aunque cabe decir que la conferencia estuvo lejos de ser un éxito³⁷. La experiencia asiática de la CPAC se entendió a Corea del Sur en 2019 (KCPAC 2019), sin cosechar tampoco demasiado interés³⁸. Aunque el peor escándalo de la CPAC ocurrió en Australia, en ese mismo año, donde la conferencia terminó por ser judicializada por incumplir con la Ley australiana de Influencia Extranjera³⁹. En 2022, la CPAC tuvo su cita europea en Hungría, aspecto que también demuestra que la ultraderecha estadounidense ve a Orbán no solo como un aliado sino como un modelo a seguir, con todo lo que eso implica. La conferencia también terminó rodeada de polémica por la participación del conspiracionista estadounidense Jack Posobiec, uno de los difusores del “Pizzagate”⁴⁰ y del movimiento “Stop the Steal”⁴¹; aunque el mayor

³⁷ Para una crónica del evento se puede consultar la crónica periodística “Former Trump strategist Steve Bannon praises Abe’s nationalist agenda” (Osaki 2017).

³⁸ Inclusive, la página web de la KCPAC 2019 se encuentra fuera de línea.

³⁹ Un seguimiento del caso, que terminó con una sentencia de la Corte Suprema contra el think tank neoliberal LibertyWorks puede verse en Byrne (2021).

⁴⁰ El Pizzagate es una teoría de conspiración desarrollada por activistas online de ultraderecha ligadas a un ethos antiestablimento, que se popularizó en la previa a las elecciones presidenciales de 2016 en los Estados Unidos. Para ver un análisis crítico de la circulación de esta teoría conspirativa y sus consecuencias se puede consultar el artículo de Cosentino (2020).

⁴¹ El movimiento Stop the Steal fue creado por el publicist Roger Stone y diferentes activistas del Tea Party quienes aseguran que Donald Trump sufrió un fraude electoral las elecciones de 2020. Su momento de mayor expansión se dio entre el twitt de Donald Trump que llamó a frenar el conteo de las elecciones y la Toma del Capitolio.

escándalo ocurrió cuando se anunció la participación como orador del periodista húngaro Zsolt Bayer, miembro fundador del partido Fidesz y difusor del racismo, el supremacismo blanco, el antisemitismo y el odio contra el pueblo romà⁴². Trump participó mediante un video apenas después del discurso de Bayer, que se basó en una arenga contra ‘la ideología de género’. Luego de las críticas, la CPAC debió publicar no poco confuso descargo en que denunció una operación de prensa de desprestigio financiada por la ‘izquierda globalista’ (CPAC 2022).

Pero más allá de estos antecedentes, y lo que nos detiene en este artículo, los eventos más relevantes de la CPAC fuera de los Estados Unidos tuvieron lugar en América Latina, tanto en lo que refiere a la convocatoria, a las figuras internacionales del mundo de las derechas convocadas al evento, a la participación de funcionarios estadounidenses, y al lugar que las conferencias tuvieron en las narrativas de las derechas radicales de los países en los que tuvieron lugar las CPAC. Nos referimos a las CPAC organizadas en Brasil en 2019, 2021, 2022, 2023 y 2024; en México en el 2022 y 2024, y en Argentina en el 2024. La organización de seis ediciones de la CPAC en América Latina, nos plantean dos interrogantes centrales: el primero, es por qué quienes organizan y promueven la CPAC —en particular al ACU y el Partido Republicano— concentran las actividades internacionales de la CPAC en Latinoamérica. Segundo, en qué reside el interés de los ultraderechistas latinoamericanos —y en particular de sus líderes, por alojar a la CPAC en sus respectivos países de forma más bien recurrente.

En lo que refiere a la primera pregunta, América Latina ha estado presente, en tanto una preocupación a abordar, en las últimas ediciones de la CPAC en los Estados Unidos. En 2022, la CPAC, organizada en Florida, contó con un panel llamado “Can CPAC Save Latin America?”, siendo el único panel de este tipo en toda la conferencia —es decir, un espacio específicamente dedicado a reflexionar, desde las preocupaciones de la derecha radical estadounidense, sobre la situación política integral en un espacio continental—, y en donde confluyeron algunos referentes de la derecha radical referenciados con el trumpismo —el ya conocido Eduardo Bolsonaro, y el mexicano Eduardo Verástegui, un productor de cine, cantante, actor y ahora wanna be referente de la ultraderecha mexicana muy cercano a Donald Trump—, con algunos think tanks estadounidenses con presencia en América Latina —como el Center for a Secure Future, cuyo CEO fue uno de los ponentes del panel—, y la ultraderecha española, con la presencia de diputados del partido Vox. La incorporación de América Latina a las preocupaciones de la CPAC es el reflejo de las transformaciones en la política exterior de los Estados Unidos llevadas adelante por el gobierno de Trump, así como la imagen de la Latinoamérica proyectada por el trumpismo en el poder. Esto es, como han señalado Oliva Campos y Prevost (2019), el fin de la política de aproximación a Cuba llevada adelante durante la etapa final del gobierno de Barack Obama, el endurecimiento de la política migratoria frente a México sumado a la persecución interna a los migrantes latinoamericanos procedentes mayoritariamente de Centroamérica, la presión directa para forzar cambios de régimen —al menos— en Venezuela y Nicaragua, y la promoción de gobiernos afines en el resto del cono sur del continente, algo que quedado notoriamente claro, por ejemplo, con la intervención

⁴² Una traducción parcial del discurso en inglés puede consultarse en Goulard (2016).

directa de Trump para el otorgamiento del crédito más grande de la historia de Fondo Monetario Internacional (FMI) al gobierno de Mauricio Macri en Argentina.

Este conjunto de políticas, pensadas en conjunto, suponen un quiebre con respecto de lo que podemos llamar el abandono relativo de América Latina dentro de la política exterior estadounidense llevada tanto por administraciones tanto republicanas como demócratas desde los primeros años 2000. Cuando eventos globales como la emergencia global de China como, el resurgir de la Federación Rusa y la situación en Oriente Medio —en particular, la Guerra contra Irak—. Lo anterior se complementa con la nueva política exterior menos permeable a la injerencia directa de los Estados Unidos en los países latinoamericanos gobernados por fuerzas políticas de la marea rosa —cuyo hito puede situarse en el ‘No al ALCA’ en 2005—, sumado a la crisis económica de 2008 que expandió la idea de los Estados Unidos como una potencia hegemónica en fase de repliegue. Todo lo anterior, dejó a la región algo rezagada en los cálculos de la política exterior estadounidense (Fernández 2013, Lowenthal 2006). Siguiendo con este argumento, fue la derecha radical la que reubicó a América Latina en el centro de las preocupaciones de la estrategia internacional de los Estados Unidos; un eco que resuena dentro de la CPAC.

En lo que respecta a la segunda pregunta que nos planteamos, la respuesta no es del todo evidente, ya que el interés de los referentes de la derecha radical latinoamericana no ha sido constante desde su inicio hasta a ahora, sino que más bien el interés por la CPAC —y a través de la CPAC, con el trumpismo como corriente ideológica— ha ido de menor a mayor. Por ejemplo, cabe recordar que Jair Bolsonaro canceló su participación en la primera de las CPAC que se organizó en Brasil en octubre del 2019, ya que prefirió asistir al partido de fútbol entre Palmeiras —equipo del que es hincha— y Botafogo⁴³. En esa ocasión fue su hijo Eduardo quien tomó el rol de representar tanto a la familia Bolsonaro, al movimiento ultraderechista de Brasil y al gobierno brasileño. Pero si en 2019 la CPAC fue un evento no del todo consistente —en el que participaron figuras poco convocantes e incluso algo extravagantes como Bertrand de Orléans e Braganza, quien se autoproclama jefe de la Casa Imperial de Brasil, quien promueve ideas de ultraderecha ligadas al conservadurismo católico⁴⁴—, las siguientes CPAC organizadas en Brasil tuvieron un tono diferente.

Luego de la derrota de Trump en 2020 —único año en el que no se organizó la CPAC Brasil, en lo que pude leerse como una concentración de los esfuerzos del trumpismo hacia dentro de los Estados Unidos en un contexto electoral— la CPAC Brasil comenzó a funcionar de manera dual. Primero, como un espacio de encuadre ideológico del bolsonarismo, y segundo —más notorio desde 2022— en un espacio de encuentro para el ultraderechismo latinoamericano, algo que se profundizó una vez que Bolsonaro fue derrotado en sus aspiraciones de ser reelecto. Desde 2022 en adelante, el clan Bolsonaro comparte la estelaridad de

⁴³ Una crónica del evento centrada en la participación de la familia Bolsonaro puede consultarse en Zanini (2019).

⁴⁴ La relación entre el clan Bolsonaro y las familias que reclaman la restauración de la monarquía en Brasil ha sido fluida. El autodenominado “príncipe” Luiz Philleppe de Orléans e Braganza, y un defensor prolífico de la restauración monárquica, fue electo diputado en 2018 por el PSL, el partido que llevó a la presidente a Jair Bolsonaro.

la conferencia con los otros líderes de la ultraderecha en la región: Javier Milei y José Antônio Kast son invitados por primera vez a la CPAC Brasil en ese año, para convertirse en parte del elenco estable de las posteriores ediciones de la conferencia. Uno de los aspectos que cambió de 2019 a 2022 es la hegemonía del bolsonarismo en el continente de las derechas brasileñas. Si en la CPAC de 2019 la conferencia giró alrededor de la familia Bolsonaro, y en particular de Eduardo Bolsonaro, en una clara idea de nominar a un “sucesor”, en 2022, cuando el lugar del bolsonarismo es indiscutible —incluso más allá de la familia Bolsonaro—, la conferencia funciona como un punto de encuentro del bolsonarismo con las demás derechas radicales de la región.

Diferente es lo que ocurrió en la CPAC México de 2022, la primera en un país de habla hispana, al menos por dos aspectos en particular. En primer lugar, desde la llegada de Morena al poder, la derecha mexicana se encuentra en un proceso de disgregación sistémico, con la explosión de sus partidos históricos: el PRI, convertido en un partido de derecha vía transformismo, y el PAN, como el referente de la derecha mexicana clásica, además del fracaso del Frente Nacional Anti-AMLO (FRENAAA) como oposición de ultraderecha al gobierno de Andrés Manuel López Obrador (Falomir 2021). En ese contexto, CPAC México tuvo un objetivo claro: situar a una figura de la derecha radical mexicana en el mapa político que funcione como centro de gravedad para la reorganización de la derecha mexicana. El organizador de la CPAC México fue Eduardo Verástegui, quien no se presentó como actor, cantante o productor cinematográfico, sino como líder del movimiento Viva México, cuyo objetivo principal era competir en las elecciones presidenciales de 2024 intentando mostrarse como la oposición más radical contra AMLO y Morena.

Por otro lado, la CPAC México fue la única de todas las conferencias que se organizó desde una perspectiva ‘continentalista’. Esto es, que desde su organización misma la CPAC México fue pensada como un evento para el encuentro y la promoción de la mayor cantidad posible de referentes de la derecha radical en América Latina, y no como un evento dirigido u orientado sólo hacia a la promoción de la derecha radical en México. Además del ‘elenco estable’ de las diferentes versiones de la CPAC que tuvieron lugar en Latinoamérica —miembros de la familia Bolsonaro, Javier Milei, y José Antônio Kast—, la CPAC México contó con una diversidad enorme de actividades, con 72 expositores divididos en 42 paneles donde, además, se presentaron seis libros. En las actividades estuvieron representados catorce países de América Latina con 38 ponentes (dieciocho de México, tres de Argentina, Chile y Perú, uno de Brasil, Bolivia, Cuba, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Paraguay y República Dominicana), veinte expositores de Estados Unidos —cabe señalar que la mitad de ellos eran latinos nacionalizados estadounidenses o bien estadounidenses de origen latino—, once de Europa (cinco de España, tres de Francia, dos de Hungría y uno de Polonia) y tres de Asia (uno de China, India y Japón).

Es difícil sentenciar si la CPAC México cumplió con sus ambiciones. A pesar de eso, sí contamos con algunas herramientas para catalogarla, ex post, como un fracaso. En lo que refiere a la promoción de Verástegui como referente de la derecha radical y contendiente a la presidencia de México, la organización de la CPAC no parece haber ayudado demasiado. Verástegui no consiguió siquiera

los avales suficientes para poder hacer efectiva su candidatura presidencial. Por otro lado, CPAC México no volvió a organizarse en 2023. Aun así, la conferencia volvió a realizarse en 2024, aunque con una agenda mucho más acotada que en 2022: llevada adelante bajo el poco claro lema “Freedom Fighters”, duró un día en lugar dos, y tuvo un perfil mucho más acotado y concentrado en la situación política de México. Incluso una de las figuras estelares de la ultraderecha que no suele perderse este tipo de foros, el actual presidente argentino, canceló su participación en la conferencia —que había sido promocionada y difundida apenas unos días antes de que ésta se llevara adelante— para priorizar su agenda dentro de Argentina, en particular con empresarios del sector rural⁴⁵, es decir algo no muy excepcional. De momento, sin un partido de derecha radical, con un referente incapaz incluso de conseguir los avales suficientes para hacer efectiva su candidatura presidencial y con una aplastante victoria de Morena, no parece que México sea el lugar más atractivo para los ultraderechistas del continente.

La organización de la CPAC en Argentina, organizada en fines del 2024, también tuvo su particularidad. En ese país, el tono de la conferencia no fue ni apuntar a un candidato derechista desde las organizaciones conservadoras estadounidenses ni tampoco agrupar a las fuerzas de la derecha continental. En cambio, la conferencia fue un mero espacio celebratorio para la derecha de lo conseguido por Javier Milei, sea lo que eso signifique. Con dos mil invitados en un hotel en el barrio de Puerto Madero, la CPAC Argentina no contó ni con grandes oradores extranjeros ni tampoco de mucha atención en general. Otra diferencia con lo ocurrido en México en 2022, donde AMLO tuvo que referirse a la conferencia en una de sus “mañaneras”. La oradora principal de los Estados Unidos en la CPAC Argentina fue Lara Trump, nuera del presidente estadounidense —una figura ciertamente poco relevante más allá de su vínculo con Eric Trump—, aspecto que revela la poca importancia que tuvo la CPAC Argentina para la constelación del conservadurismo estadounidense. Por otro lado, Milei subió al escenario de la CPAC a funcionarios de su propio gobierno, desde su ministra de seguridad hasta el ministro de economía, además de dar espacio como ponentes a algunos de los influencers que defienden su gestión en las redes sociales. A pesar de la poca atención hacia la CPAC Argentina de parte del, en ese entonces, nuevo gobierno electo de los Estados Unidos, Milei volvió a la CPAC pocos meses después, organizada en Washington DC en febrero de 2025, donde le regaló una motosierra (su firma distintiva) al magnate ultraderechista y funcionario del gobierno estadounidense Elon Musk.

A pesar de todas estas diferencias entre las diferentes ediciones de la CPAC organizadas en América Latina, su significado es ahora común: la derecha radical en América Latina encuentra en la CPAC un espacio de validación de cara a la derecha radical estadounidense. Ser invitado como ponente a la CPAC y que la CPAC preste su “marca” para la organización de conferencias fuera de los Estados Unidos es visto por los derechistas latinoamericanos como la máxima bendición posible. Incluso, en el caso argentino antes de la victoria de Milei —cuando el

⁴⁵ Milei ya había participado en 2024 en otras dos CPAC, una en Brasil y la otra en los Estados Unidos. Por otro lado, lo frenético de los viajes al exterior del ultraderechista argentino ya había comenzado a ser un tema de conversación pública en Argentina. A la hora de cancelar su viaje a México, Milei había viajado fuera de la Argentina 13 veces en nueve meses de gobierno.

liderazgo de la derecha argentina estaba aún en disputa— hemos asistido a una competencia entre el actual presidente y el expresidente Mauricio Macri quienes se debatían a través de fotos, comunicados partidarios e incluso memes, cuál de los dos tenía mejor relación con Donald Trump⁴⁶. Sin dudas, la influencia de la derecha radical estadounidense dentro de la cosmovisión ideológica de la derecha radical en América Latina —o al menos, en gran parte de ella— se ha incrementado de forma notoria durante las últimas décadas. Si en Brasil o en Argentina, las derechas radicales solían adoptar discursos cercanos al nacionalismo reaccionario —como son los casos del caso del Movimiento por la Dignidad y la Independencia (Modin) en Argentina o el Partido da Reedificação da Ordem Nacional (PRONA) en Brasil— que se mostraban más bien reticentes a adoptar cualquier postura que pudiera leerse como sumisa a los Estados Unidos, los casos contemporáneos muestran un quiebre con respecto a eso. Ahora, las derechas radicales en América Latina no esconden su deseo de reflejarse y de gozar de la aceptación explícita de sus pares estadounidenses —algo que se hace evidente, llegando al extremo de la burdo, en la cultural digital de la derecha radical⁴⁷. Por otro lado, en el caso mexicano, el trumpismo parece tener menos lugar para volverse relevante dentro de la batalla abierta para la rearticulación de la derecha luego del enorme terremoto causado por la hegemonía política de Morena. En sus dos campañas presidenciales, tanto en 2016 como en 2024, Trump identificó tanto a los migrantes mexicanos, como también al estado mexicano, como un problema para la seguridad interior de los Estados Unidos. En su discurso de cierre antes de las elecciones que lo llevaron por segunda vez a la presidencia, Trump se mostró más radical que nunca con respecto a la migración de origen latino —cuyo flujo mayoritario proviene de México— cuando dijo que “Los Estados Unidos son una nación ocupada”⁴⁸. El lugar que ocupa México en el discurso de las derechas estadounidenses, y en particular para el trumpismo —un lugar particular de exterioridad y antagonismo que no es comparable con ningún otro país de la región— ha dificultado, hasta el momento, construcción de una derecha radical en México electoralmente competitiva ideológicamente encuadrada desde el trumpismo; el cual a su vez parece ser uno de los objetivos centrales de la actual gobierno estadounidense en lo que refiere a América Latina, y que explica la organización de la edición de la CPAC más grandilocuente, extensa y ambiciosa fuera de los Estados Unidos.

Por último, también pretendemos llevar nuestro argumento un paso más allá. Si buscamos problematizar la nueva dinámica de las relaciones entre la derecha radical estadounidense con sus expresiones en Latinoamérica es porque entendemos que la búsqueda de los ultraderechistas latinoamericanos por mimetizarse con el presidente estadounidense no es sólo un detalle situacional, sino que esto se debe

⁴⁶ Durante la presidencia de Mauricio Macri (2015-2019) y más aún cuando en la etapa final de su presidencia éste buscó consolidar su perfil derechista, éste alardeó más de una vez de su “amistad” con Donald Trump, con quien efectivamente guardaba una relación con algún grado de cercanía desde hace algunas décadas, cuando ambos se dedicaban a los negocios inmobiliarios.

⁴⁷ Las redes sociales de Milei son significativas con respecto a eso. El presidente argentino publica habitualmente imágenes de sí mismo y de Donald Trump creadas con inteligencia artificial. Para una discusión sobre el rol de las redes sociales en la cultura digital de la ultraderecha ver Ruocco (2023).

⁴⁸ Un extracto del discurso de cierre de campaña de Donald Trump puede consultarse en la crónica de Bradner y Sullivan (2024).

a que el trumpismo se ha convertido ahora en el núcleo de la identidad continental de la derecha radical. Por supuesto, lo anterior no significa quitar de sus elementos particulares a las derechas radicales de cada país de la región que vinculan a las derechas con tradiciones históricas y corrientes ideológicas específicas —como el peso de las Fuerzas Armadas para el discurso bolsonarista, o el control de la inflación como punto significativo vacío para el “momento populista” que llevó a Javier Milei a la presidencia argentina—. Lo que el trumpismo sí supone, y que resuena en la articulación ideológica de las derechas radicales del continente, es una expansión de las preocupaciones políticas inmediatas que permean más allá de las fronteras nacionales, y que obligan a un tipo de discurso que se vuelve, inmediatamente, transnacional. Esta característica del trumpismo, que entiende que el izquierdismo⁴⁹ —es decir, su Otro— se encuentra presente todo el tiempo y en todos lados, está también en el centro del discurso del derechismo radical continental, siendo el trumpismo pionero en impulsar ese discurso desde la presidencia de un país. Es por eso que el trumpismo ha sido, en lo que respecta a la normalización de la ultraderecha dentro del menú de las opciones democráticas, pionero. O, al menos, el movimiento político más influyente en el mundo occidental que permitió el paso de la ultraderecha de una “la patología normal” de las democracias liberales hacia una nueva “normalidad patológica” en la que el derechismo radical se ha convertido en mayoritaria o donde al menos es la que sienta algunas de las reglas de la conversación pública, como ha señalado Mudde (2010). Es por eso que entendemos al trumpismo no sólo como un proceso en curso, o como una nueva aventura de la constelación de las derechas estadounidenses, sino como el punto de llegada de un proceso de readecuación ideológica que comenzó durante la Era Reagan, por medio de un desplazamiento de las preocupaciones de la derecha por el tamaño del Estado y el peso de los impuestos hacia una guerra sin cuartel contra todo lo que pueda ser rotulado bajo la etiqueta del izquierdismo —desde las minifaldas, el hipismo y los estudios raciales, hasta los programas de vacunación y el cambio climático. Un viraje discursivo que planeta una nueva temporalidad marcada por un enfrentamiento a gran escala contra toda forma de izquierdismo en el que es necesario el pase a la ofensiva de las fuerzas de derecha en todas las expresiones de la vida social. Es la concreción de este desplazamiento lo que nos explica el viraje discursivo por el que Trump ya no discute contra el Partido Demócrata, sino contra el ‘political establishment’ —los medios, las universidades, y los opositores a él que se encuentran tanto en el Partido Demócrata como en el Republicano—. Incluso, cualquier confrontación política interna es interpretada ahora por la derecha radical como un enfrentamiento a escala global —por ejemplo, Elon Musk dijo que la elección especial para la ocupar una vacante en la Corte Suprema del Estado de Wisconsin no iba a definir sólo el futuro de los Estados Unidos, sino también de la “civilización occidental”⁵⁰—. De la misma manera, Milei no combate contra el peronismo en Argentina —el gran antagonista de la derecha argentina—, sino contra el ‘socialismo empobrecedor’ y el ‘colectivismo’, sea lo que ese espectro signifique según sus necesidades discursivas, al igual que Bolsonaro

⁴⁹ Lo que en América Latina suele ser definido en los discursos de la ultraderecha como “el marxismo cultural”.

⁵⁰ El discurso de Musk, que resume varias de las inquietudes contemporáneas de la derecha radical, puede consultarse en Ewing (Ewing, 2025).

no está en una guerra contra Lula da Silva, sino que se encuentra en una 'misión divina contra el comunismo', como afirmó en una edición de la CPAC. En este sentido que espacios como la CPAC nos muestran esa coincidencia que convierte en secundarias las discusiones que podrían tener lugar dentro de las diferentes expresiones de la derecha radical del continente, entre el liberalismo económico a ultranza o el proteccionismo comercial chovinista. En esta nueva arquitectura ideológica, hay lugar para todas las corrientes y expresiones de la derecha. Los nuevos enemigos son demasiado numerosos como para perder aliados en el camino.

CONCLUSIONES

Si hemos prestado atención a la CPAC tanto como un instrumento para readecuación ideológica de la derecha radical estadounidense como un espacio de disputa para las diferentes corrientes que la componen es porque creemos que sin entender las transformaciones de la ultraderecha en los Estados Unidos no podemos comprender el porqué de su extensión hacia América Latina. Intentamos abordar el proceso de transnacionalización de la CPAC en América Latina intentando ir más allá de lo anecdótico y de lo superficial —a pesar de que a veces la propia organización de estos eventos parece prestarse a eso—, para buscar que hay detrás del interés de los organizadores del mayor foro de la ultraderecha a nivel global, asentada en uno de los países donde la ultraderecha es más electoralmente relevante y socialmente poderosa, por insertar en Latinoamérica. La respuesta a este interrogante excede a la propia CPAC —incluyendo a sus organizadores directos—, algo que no podría ser de otra manera. Por un lado, hemos intentado reconstruir el proceso de radicalización de la derecha estadounidense por el que los sectores radicales pasaron de ser dirigidos a ser dominantes. En ese sentido, mirar los debates y discusiones de las derechas que ocurren dentro de la CPAC nos permite insertarnos en el corazón de ese proceso de (re)articulación política. El análisis de las conferencias muestra que la radicalización de la derecha y la consolidación de la derecha radical como forma mayoritaria de la derecha estadounidense es, en última instancia, una respuesta a la crisis de las otras variantes de la derecha que perdieron su capacidad de responder a las demandas sociales de sus propias bases, como de ofrecer respuestas convincentes a los desafíos actuales, locales y globales, a la sociedad en su conjunto —algo que en el caso de los Estados Unidos, una potencia hegemónica que intenta salvaguardar su posición, hace más complejo los desafíos de las fuerzas políticas para conseguir algo similar a una hegemonía.

Con relación a lo que aquí hemos analizado, postulamos que ha sido esa reconfiguración dentro del campo ideológico de las derechas estadounidenses la que permitió, primero, una nueva ponderación de América Latina dentro del imaginario de la derecha radical estadounidense y, segundo, la adopción de una estrategia política que supone la consolidación de las expresiones del trumpismo en Latinoamérica como el objetivo fundamental de la política exterior estadounidense en la región. Uno de los aspectos novedosos de la estrategia de la derecha radical estadounidense hacia América Latina es el unilateralismo del cherry-picking

explícito de candidatos presidenciales en América Latina⁵¹, y que encuentra en la CPAC un canal institucional tanto ideal como recurrente, y en el que dialogan las ediciones de las conferencias que se realizan tanto dentro como fuera de los Estados Unidos —de hecho, no hay dirigentes que luego de organizar una CPAC en sus países no sean luego invitados a las ediciones centrales de la conferencia en los Estados Unidos.

Del lado de las derechas latinoamericanas, es necesario notar que la organización de las distintas ediciones de la CPAC en la región tiene un impacto político sumamente acotado en lo que respecta a la política interna. Algo que vale para las ediciones más maximalista, como la CPAC México del 2022, como en las más minimalistas, como la CPAC Argentina del 2024. Pero lo que sí logran las distintas ediciones de la CPAC es posicionar a los ultraderechistas latinoamericanos en el mapa global del trumpismo. Eso puede a veces ser suficiente para clausurar debates dentro de las derechas locales —en el caso argentino, la preferencia de la derecha estadounidense por Javier Milei clausura el debate sobre la representación del trumpismo en Argentina, relegando al ex presidente Macri—, aunque a veces también fracasa en ese objetivo —en el caso mexicano, si el fracaso de Verástegui en la tarea de edificar un espacio de derecha radical competitivo y socialmente relevante persiste, la bendición del trumpismo puede redirigirse hacia cualquiera que logre efectivamente hacerlo⁵². Aun así, si es probable que mientras persista el horizonte político en el que el derechismo radical es la forma mayoritaria en la que la derecha se expresa políticamente en la región, los espacios de contacto con la derecha estadounidense se multipliquen, sin importar los resultados que espacios como la CPAC efectivamente consigan. Cabe recordar que la CPAC es, antes que nada, un espacio de la derecha estadounidense, organizado desde la derecha estadounidense y que responde a sus intereses.

En suma, nuestro recorrido propuso aproximarse al fenómeno de la transnacionalización de la CPAC para analizar a las distintas expresiones hemisféricas de la derecha radical desde una perspectiva transnacional. En las diferentes versiones de la CPAC encontramos un espacio donde la coincidencia temática en las preocupaciones de la derecha radical supera a las divergencias ideológicas de la extensa constelación del derechismo contemporáneo, de la que el trumpismo es hoy el centro de gravedad más poderoso y atractivo, convirtiéndose en una nomenclatura general para el ultraderechismo global contemporáneo.

⁵¹ Ese unilateralismo también puede ser entendido como una de las expresiones de la persistencia de la noción de 'patio trasero' que América Latina ocupa en el imaginario estadounidense en general. Por caso, cuando Elon Musk manifestó su apoyo manifiesto al partido alemán de ultraderecha Alternativa por Alemania (AfD), se convirtió en un escándalo. Algo que no ocurre cuando Trump ofrece refugio a la familia Bolsonaro para escaparse de la justicia brasileña, o cuando comparte escenarios con los ultraderechistas más radicales de América Latina.

⁵² El saludo al estilo del Seig Heil que el propio Verástegui efectuó en la última edición estadounidense de la CPAC, así como la publicación de videos de sí mismo disparando un fusil AR-15 (el más utilizado tanto por los carteles mexicanos como los mass shooters estadounidenses) con el subtítulo "miren lo que vamos a hacer a los terroristas de la agenda 2023, del cambio climático y la ideología de género", no parecen indicios muy auspiciosos de sus aspiraciones presidenciales. (Vargas 2023).

REFERENCIAS

ALEXANDER, J. Raging against the Enlightenment: The ideology of Steven Bannon. In: MAST, J.; ALEXANDER, J. (org.). *Politics of meaning/meaning of politics*. Londres: Palgrave Macmillan, 2019. p. 137–148.

BALZ, D.; EDSALL, T. B. *The invasion of Grenada*. *The Washington Post*, 26 out. 1983. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1983/10/26/the-invasion-of-grenada/18d2aa63-f54f-4e76-932b-275fae48c3ea/>. Acesso em: 04 abr. 2025.

BLAKE, A. CPAC straw poll: Mitt Romney wins. *The Washington Post*, 11 fev. 2012. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/blogs/the-fix/post/cpac-straw-poll-mitt-romney-wins/2012/02/11/glQAoYWs6Q_blog.html. Acesso em: 04 abr. 2025.

BOOT, M. Republican right wing gathers to bash Clinton, look to 1996. *The Christian Science Monitor*, 22 fev. 1993. Disponível em: <https://www.csmonitor.com/1993/0222/22022.html>. Acesso em: 04 abr. 2025.

BRADNER, E.; SULLIVAN, K. Trump describes US as an occupied country in dark closing message focused on immigration. *CNN*, 4 nov. 2024.

BRINKLEY, A. The problem of American conservatism. *The American Historical Review*, v. 99, n. 2, p. 409–429, 1994.

BYRNE, E. *Conservative think tank LibertyWorks loses High Court bid against Australia's foreign influence law*. *ABC News*, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://www.abc.net.au/news/2021-06-16/conservative-think-tank-libertyworks-loses-high-court-bid/100219092>. Acesso em: 04 abr. 2025.

C-SPAN. *CPAC 2011 - Donald Trump remarks*. 11 fev. 2011. Disponível em: <https://www.c-span.org/video/?297952-12/donald-trump-remarks>. Acesso em: 04 abr. 2025.

C-SPAN. *Conservative Political Action Conference, Nigel Farage remarks*. Texas, 6 ago. 2022. Disponível em: <https://www.c-span.org/video/?522155-101/conservative-political-action-conference-nigel-farage-remarks>. Acesso em: 04 abr. 2025.

CAVALLARO, M.; FLACHER, D.; ZANETTI, A. Radical right parties and European economic integration: Evidence from the seventh European Parliament. *European Union Politics*, v. 19, n. 2, p. 321–343, 2018.

CLARKE, J.; HALPER, S. *America alone: The neo-conservatives and the global order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

CNN-NEWS. *Brazil's Bolsonaro says 'mission still not over' in speech to U.S. CPAC*. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NBLXldFh3Y>. Acesso em: 04 abr. 2025.

COPEL, L. *Congressman Paul's legislative strategy? He'd rather say not*. *The Washington Post*, 9 jul. 2006. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/archive/lifestyle/2006/07/09/congressman-pauls-legislative-strategy-hed-rather-say-not/b69685f1-8632-4a42-b1d1-46539e2ece77/>. Acesso em: 04 abr. 2025.

CORRELL, D. S. *American Conservative Union announces 'Japanese CPAC' in Tokyo*. 17 nov. 2017. Disponível em: <https://www.washingtonexaminer.com/american-conservative-union-announces-japanese-cpac-in-tokyo>. Acesso em: 04 abr. 2025.

COSENTINO, G. *From Pizzagate to the Great Replacement: The globalization of conspiracy theories*. In: COSENTINO, G. *Social media and the post-truth world order: The global dynamics of disinformation*. Londres: Palgrave Pivot Cham, 2020. p. 59–86.

CPAC. *CPAC 2016, Gloria Alvarez*. Washington D.C., 4 mar. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1rKDPEIGT24>. Acesso em: 04 abr. 2025.

CPAC. *Reagan at CPAC*. Salem: Regnery Publishing, 2019.

CPAC. *CPAC responds to media attacks on CPAC Hungary*. Alexandria, 2022. Disponível em: <https://www.conservative.org/2022/05/19/cpac-hungary-statement/>. Acesso em: 04 abr. 2025.

CRAIG ROBERTS, P. *Neo-Jacobins push for World War IV*. *LewRockwell.com*, 20 set. 2003. Disponível em: <https://www.lewrockwell.com/2003/09/paul-craig-roberts/neo-jacobins-push-for-world-war-iv/>. Acesso em: 04 abr. 2025.

DAVIS, M. *The last white election?* *New Left Review*, n. 79, 2013.

DE CARVALHO, O. *Os inventores do mundo futuro*. *Diário de Olavo de Carvalho*, 2006. Disponível em: <http://olavodecarvalho.org/os-inventores-do-mundo-futuro/>. Acesso em: 04 abr. 2025.

DE DIJN, A. *Freedom: an unruly history*. Cambridge: Harvard University Press, 2020.

DIAMOND, S. *Roads to dominion: Right-wing movements and political power in the United States*. New York: The Guilford Press, 1995.

DOERNER, W. R. *"The tide is still running"*. *Savoring power, conservatives look confidently to the future*. *Time*, 10 fev. 1986. Disponível em: <https://time.com/vault/issue/1986-02-10/spread/54/>. Acesso em: 04 abr. 2025.

EWING, G. *Musk said Wisconsin would decide the fate of Western civilization. Now he says he 'expected to lose'.* *Politico*, 2 abr. 2025.

FALOMIR, J. A. ¿Emergencia de la derecha radical en México? El caso del Frente Nacional Anti-AMLO. *Encrucijadas. Revista crítica de ciencias sociales*, v. 21, n. 2, p. 1–20, 2021.

FERNÁNDEZ, G. Espejos y espejismos: las relaciones entre América Latina y Estados Unidos. *Revista Nueva Sociedad*, n. 246, 2013.

FRASE, S.; GERSTLE, G. (eds.). *The rise and fall of the New Deal order, 1930–1980*. Princeton: Princeton University Press, 1989.

FUKUYAMA, F. *After neoconservatism*. *The New York Times*, 19 fev. 2006. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2006/02/19/magazine/after-neoconservatism.html>. Acesso em: 04 abr. 2025.

GAILEY, P. *G.O.P. strategists clash over a presidential poll*. *The New York Times*, 1 fev. 1986. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1986/02/01/us/gop-strategists-clash-over-a-presidential-poll.html>. Acesso em: 04 abr. 2025.

GOLDBERG, M. *Shock troops for Bush*. *Salon*, 5 fev. 2003. Disponível em: https://www.salon.com/2003/02/05/cpac_4/. Acesso em: 04 abr. 2025.

GOLDBERG, M. *The conservatives are outraged -- about Bush*. *Salon*, 28 jan. 2004. Disponível em: https://www.salon.com/2004/01/28/cpac_5/. Acesso em: 04 abr. 2025.

GONYEA, D. *What is CPAC? A room that didn't always love Trump, but owes him a lot*. *NPR*, 22 fev. 2017. Disponível em: <https://www.npr.org/2017/02/22/516535373/what-is-cpac-a-room-that-didnt-always-love-trump-but-owes-him-a-lot>. Acesso em: 04 abr. 2025.

GOULARD, H. *Hungary gives award to writer fined for racism*. *Politico*, 24 ago. 2016. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/hungary-anger-grows-viktor-orban-award-writer-racism/>. Acesso em: 04 abr. 2025.

GROSS, N.; MEDVETZ, T.; RUSSELL, R. *The contemporary American conservative movement*. *Annual Review of Sociology*, v. 37, p. 325–354, 2011.

HARRINGTON, M. *The welfare state and its neoconservative critics*. *Dissent*, out. 1973. Disponível em: <https://www.dissentmagazine.org/article/56139>. Acesso em: 04 abr. 2025.

HARVEY, D. *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid: Akal, 2007 [2005].

HORWITZ, R. B. *America's right: Anti-establishment conservatism from Goldwater to the Tea Party*. Cambridge: Polity Press, 2013.

HUDSON, C.; DAVIES, G. *Ronald Reagan and the 1980s: Perceptions, policies, legacies*. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

HUMAN EVENTS. *CPAC over 30 years: Conservatives have come a long way*. *Human Events*, 3 fev. 2003. Disponível em: <http://humanevents.com/2003/02/03/cpac-over-30-years-br-conservatives-have-come-a-long-way/>. Acesso em: 04 abr. 2025.

IFILL, G. *Conservatives mute criticism of Bush domestic policy*. *The Washington Post*, 9 fev. 1991. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1991/02/09/conservatives-mute-criticism-of-bush-domestic-policy/f96951a1-2fe3-4152-8c38-657c6002da17/>. Acesso em: 04 abr. 2025.

KABASERVICE, G. *Rule and ruin: The downfall of moderation and the destruction of the Republican Party, from Eisenhower to the Tea Party*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KAUFMAN, S. *Ambition, pragmatism, and party*. Lawrence: University Press of Kansas, 2017.

KRISTOL, I. *The neoconservative persuasion: Selected essays, 1942–2009*. New York: Basic Books, 2010.

LAWRENCE, J. A. *How the 'Watergate Babies' broke American politics*. *Politico*, 26 maio 2018. Disponível em: <https://www.politico.com/magazine/story/2018/05/26/congress-broke-american-politics-218544/>. Acesso em: 04 abr. 2025.

LICHTMAN, A. J. *White Protestant nation: The rise of the American conservative movement*. New York: Atlantic Monthly Press, 2008.

LOBE, J. *Ten years after Iraq War, neo-cons struggle to hold Republicans*. *Institute for Policy Studies*, 19 mar. 2013. Disponível em: https://ips-dc.org/ten_years_after_iraq_war_neo-cons_struggle_to_hold_republicans/. Acesso em: 04 abr. 2025.

LONGLEY, K.; MAYER, J. D.; SCHALLER, M.; SLOAN, J. W. *Deconstructing Reagan: Conservative mythology and fortieth president*. New York: M. E. Sharpe, 2007.

LONGLEY, L. D.; HOFFMAN, T. M. *Parliamentary members and leaders as agents of reform: Parliamentary and regime change revisited*. In: LONGLEY, Lawrence D.; HAZAN, Reuven Y. (org.). *The uneasy relationships between parliamentary members and leaders*. New York: Routledge, 2000. p. 131–208.

LOWENTHAL, A. *Estados Unidos y América Latina a principios del siglo XXI*. *Revista Nueva Sociedad*, 2006.

LOWRY, R. *Rubio vs. Cruz: The race conservatives have dreamed of*. *Politico*, 2 dez. 2015. Disponível em: <https://www.politico.com/magazine/story/2015/12/rubio-vs-cruz-the-race-conservatives-have-hoped-for-213410/>. Acesso em: 04 abr. 2025.

MASON, R. *Ronald Reagan and the Republican Party: Responses to realignment*. In: HUDSON, Cheryl; DAVIES, Gareth (org.). *Ronald Reagan and the 1980s*, p. 175–190. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

McCLURG, A. J. *The rhetoric of gun control*. *The American University Law Review*, v. 42, p. 53–113, 1992.

McDONNELL, D.; WERNER, A. *International populism: The radical right in the European Parliament*. Oxford: C. Hurst & Co., 2019.

MEARSHEIMER, J. *Hans Morgenthau and the Iraq war: Realism versus neo-conservatism*. *Open Democracy*, 2005. Disponível em: <https://www.mearsheimer.com/wp-content/uploads/2019/07/A0037.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2025.

MEYER, F. S. *In defense of freedom and related essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1996.

MUDDE, C. *The populist radical right: A pathological normalcy*. *West European Politics*, v. 33, n. 6, p. 1167–1186, 2010.

MUDDE, C. *The far right today*. Cambridge: Polity Press, 2019.

MUNDO CATÓLICO. *Congreso CPAC México, día 2*. México DF, 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9Yu64hCQoew>. Acesso em: 04 abr. 2025.

NASH, G. *The conservative intellectual movement in America since 1945*. Centerville: Isi Books, 1976.

NEIWERT, D. *Alt-America: The rise of the radical right in the age of Trump*. New York: Verso, 2017.

NELSON, J. *Reagan seeks to calm his right-wing critics: Conservatives say he's abandoned his ideals over arms control, Central America initiative*. *Los Angeles Times*, 6 set. 1987. Disponível em: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1987-09-06-mn-6253-story.html>. Acesso em: 04 abr. 2025.

CAMPOS, C. O.; PREVOST, G. *The Trump administration in Latin America: Continuity and change*. *International Journal of Cuban Studies*, v. 11, n. 1, p. 13–23, 2019.

OSAKI, T. *Former Trump strategist Steve Bannon praises Abe's nationalist agenda*. *The Japan Times*, 17 dez. 2017. Disponível em: <https://www.japantimes.co.jp/news/2017/12/17/national/politics-diplomacy/former-trump-strategist-bannon-praises-abes-nationalist-agenda>. Acesso em: 04 abr. 2025.

PACH, C. *The Reagan Doctrine: Principle, pragmatism and policy*. *Presidential Studies Quarterly*, v. 36, n. 1, p. 75–88, 2006.

PARKER, C. S.; BARRETO, M. A. *Change they can't believe in: The Tea Party and reactionary politics in America*. Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2013.

PARKER, D. *CPAC: The origins and role of the conference in the expansion and consolidation of the conservative movement, 1974—1980*. Tese de Doutorado. Pennsylvania, 2015.

PBS. *Special: The impact of CPAC*. Washington, 1 mar. 2019. Disponível em: <https://www.pbs.org/weta/washingtonweek/video/2019/03/the-impact-of-cpac>. Acesso em: 04 abr. 2025.

PHILLIPS, H. *The 1986 election strategy for conservatives*. Vienna, 1985. Disponível em: <https://liberty.contentdm.oclc.org/digital/collection/p17184coll12/id/91590>. Acesso em: 04 abr. 2025.

RILEY, D. *What is Trump?* *New Left Review*, n. 114, p. 5–31, 2018.

ROSEN, G. (ed.). *The right to war? The conservative debate on Iraq*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ROWLEY, L. J. *Reconstituting the Republican Party: Senators Marco Rubio and Rand Paul's speeches at the 2013 Conservative Political Action Conference*. Dissertação (Mestrado em Estudos da Comunicação) — Department of Communication Studies. Long Beach, 2014.

RUOCCO, J. *¿La democracia en peligro?* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Paidós, 2023.

RUSHER, W. *The making of a new majority party*. Ottawa: Jameson Books, 1975.

RYN, C. G. *The ideology of the American empire*. *Foreign Policy Research Institute*, 2003, p. 383–397.

SCHOEN, D. E. *The Nixon effect: How Richard Nixon's presidency fundamentally changed American politics*. New York: Encounter Books, 2016.

SHIRLEY, C. *Reagan rising: The decisive years, 1976-1980*. Northampton: Broadside Books, 2017.

SHOGAN, R. *War pushes conservatives to close ranks with Bush: Politics: President's handling of the crisis pleases most right-wing leaders. Differences over domestic policy are on the back burner for now.* *Los Angeles Times*, 9 de fevereiro de 1991. Disponível em: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1991-02-09-mn-692-story.html>. Acesso em: 04 abr. 2025.

SKOCPOL, T.; WILLIAMSON, V. *The Tea Party and the remaking of Republican conservatism.* Oxford: Oxford University Press, 2012.

SMITH, D. *Orbán urges Christian nationalists in Europe and US to 'unite forces' at CPAC.* *The Guardian*, 4 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2022/aug/04/viktor-orban-cpac-speech>. Acesso em: 04 abr. 2025.

STARTIN, N. *Where to for the Radical Right in the European Parliament? The Rise and Fall of Transnational Political Cooperation.* *Perspectives on European Politics and Society*, v. 11, n. 4, p. 429-449, 2010.

STEDMAN JONES, D. *Masters of the Universe: Hayek, Friedman, and the Birth of Neoliberal Politics.* Princeton: Princeton University Press, 2012.

STEFFEK, J.; LASSHOF, Y. *Steve Bannon on 'productive capitalism': investigating the economic ideology of the American populist right.* *Journal of Political Ideologies*, v. 30, p. 243-265, 2025.

STOSSEL, J. *Ron Paul on War.* *ABC News*, 18 dez. 2007. Disponível em: <https://abcnews.go.com/2020/Stossel/story?id=4022061&page=1>. Acesso em: 4 abr. 2025.

SULLIVAN, T. J. *New York State and the Rise of Modern Conservatism: Redrawing Party Lines.* New York: State University of New York Press, 2009.

TAYLOR, A.; CESSER, K. (ed.). *Occupy: Scenes from Occupied America.* Londres: Verso, 2011.

THE WALL STREET JOURNAL. *Transcript of the Remarks By Bush at CPAC.* *The Wall Street Journal*, 8 fev. 2008. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB120248357081853883>. Acesso em: 4 abr. 2025.

TROY, G. *The Reagan Revolution: A Very Short Introduction.* Oxford: Oxford University Press, 2009.

VARGAS, O. *Eduardo Verástegui lanza amenaza con arma de fuego a los 'terroristas de la ideología de género'.* *Infobae*, 10 out. 2023.

BARBOSA, M. L. V. *Os companheiros.* *Diário Olavo de Carvalho*, 2001. Disponível em: <http://olavodecarvalho.org/os-companheiros/>. Acesso em: 4 abr. 2025.

VOX ESPAÑA. Mensaje de Meloni a #VIVA22 "Seguid adelante con humildad y verdad, y la gente lo entenderá". Madrid, 9 out. 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pFPiEj-Q1Ao>. Acesso em: 4 abr. 2025.

WELCH, R. L. Was Reagan Really a Great Communicator? The Influence of Televised Addresses on Public Opinion. *Presidential Studies Quarterly*, v. 33, n. 4, p. 852-876, 2003.

WILENTZ, S. *The Age of Reagan. A History, 1974-2008*. New York: Harper Collins, 2008.

WILLS, G. *Reagan's America. Innocents at home*. New York: Open Road Media, 2017.

WOODARD, D. J. *The America that Reagan built*. Westport: Praeger Publishers, 2006.

ZANINI, F. Evento conservador consolida Eduardo Bolsonaro como herdeiro político do pai. *Folha de S. Paulo*, 13 out. 2019.

THE STUDY OF ADO 26/DF AND MI 4733 IN THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE CRIMINALIZATION OF TRANSPHOBIA: NOTES ON CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY

Nery dos Santos de Assis*
Fábio Rosa Neto**
Alexandre Walmott Borges***

ABSTRACT

The development of this research was due to the political scenario recently experienced in Brazil, of distrust of institutions, in which discussions between the limits of action of the Three Powers once again gained prominence. The time was marked by the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) 26 and the Writ of Injunction (MI) 4733, which aimed to criminalize conduct by the Judiciary due to the lack of protection for constitutional principles, such as equality. Given this, the research seeks to answer the following question: How did the Court position itself, under the dilemma between the Separation of Powers and the democratic deficit of judicial review, in the judgment of ADO 26 and MI 4733 for the criminalization of homophobic and transphobic practices? The hypothesis is that the Federal Supreme Court justices adopt a material conception of the concept of democracy, and use the method of constitutional interpretation to avoid criticism of the violation of the Principle of Separation of Powers by the Judiciary. In order to confirm (or not) the hypothesis, the work was carried out through descriptive and qualitative documentary research, comparing the bibliography developed in the area and using the analytical method applied to reading the research problem.

Keywords: democracy; separation of powers; judicial activism; homophobia and transphobia; legislative omission;

Date of submission: 29/10/2023

Date of approval: 01/01/2025

* Doutor em Ciência e Tecnologia de Biocombustíveis, na linha de pesquisa desenvolvimento e sustentabilidade pela Universidade Federal de Uberlândia-MG (2024), possui mestrado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - FFC-UNESP, Marília-SP (2010);

** Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia. Doutorando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Campus de Franca – Unesp;

*** Doutor em direito. Doutor em história. Professor da UFU, Brasil, curso de graduação em direito, curso de graduação em relações internacionais, programa de pós-graduação em direito, programa de pós-graduação em biocombustíveis.

ANÁLISE DA ADO/26 E MI 4733 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSFOBIA: NOTAS SOBRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Nery dos Santos de Assis
Fábio Rosa Neto
Alexandre Walmott Borges

RESUMO

O desenvolvimento da presente pesquisa se deu em razão do cenário político recentemente vivenciado no Brasil, de desconfiança às instituições, em que as discussões entre os limites de atuação dos Três Poderes voltaram a ganhar relevo. A época era marcada pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e pelo Mandado de Injunção 4733, que tinha como objetivo a criminalização de conduta pelo Poder Judiciário em razão da ausência de proteção à princípios constitucionais, como a igualdade. Diante disto, a pesquisa busca responder a seguinte pergunta: Como se posicionou a Corte, sob o dilema entre a Separação de Poderes e o déficit democrático da revisão judicial, no julgamento da ADO 26 e do MI 4733 para a criminalização de práticas homofóbicas e transfóbicas? Como hipótese tem-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal adotam uma concepção material do conceito de democracia, e utilizam do método de interpretação constitucional para evitar as críticas relativas à violação do Princípio de Separação de Poderes pelo Poder Judiciário. Para confirmar (ou não) a hipótese, o trabalho se desenvolveu por meio de pesquisa documental descritiva e qualitativa, comparando à bibliografia desenvolvida na área e utilizando o método analítico aplicado a leitura do problema de pesquisa.

Palavras-chave: democracia; separação de poderes; ativismo judicial; homofobia e transfobia; omissão legislativa;

Data de submissão: 29/10/2023

Date de aprovação: 01/01/2025

INTRODUCTION

On December 19, 2013, a Direct Action for Unconstitutionality by Omission was filed with the Federal Supreme Court by the Popular Socialist Party, on the grounds that the Federal Legislative Branch was inertia, including frustrating the processing and appreciation of legislative proposals that had the object of incriminating all forms of homophobia and transphobia. The party argued that, as a consequence of this inaction, the Federal Legislative Branch was failing to provide effective protection to members of the LGBT+ community.

At this point, it is necessary to note the petitioner's request to classify homophobia and transphobia under the ontological-constitutional concept of racism, based on precedent in the Ellwanger case (HC82.424/RS), and thus criminalize these behaviors under the terms of the crime of racism in Article 5, XLII of the Federal Constitution. The initial request suggests that these behaviors be classified as specific crimes by judicial decision, in an atypical judicial action, given the inaction of the Legislator.

It is important to note that the ruling under analysis in this research was also the result of the writ of injunction filed by the Brazilian Association of Gays, Lesbians and Transgenders (ABGLT), seeking the same protection from the Judiciary.

In addition to other defensive arguments, the Advocate General's Office (AGU) contended that it was inappropriate for the Court to: a) impose a mandatory deadline on the authorities responsible for issuing a rule; b) remedy a legislative omission; and c) extend criminal protection due to the criminal nature of the law.

The great complexity of the present judgment is underscored by Alexandre de Moraes as essential for remedying the legislative omission, the need to reconcile the democratic principle of the majority, represented by the Legislative Branch, with the exercise of constitutional justice and the defense of fundamental rights and guarantees in a rule of law, represented by the actions of the Court (Brasil, 2019, p.252).

Furthermore, it is important to consider the Brazilian political context at the time of the trial under analysis, which was marked by Bolsonaro protests with strong criticism of the institution of the Supreme Court as well as individual ministers (Folha de São Paulo, 2019), protests that inflamed the political scene until the climax of the attacks on January 8, 2023.

Since that time and right up to the present day, there have been heated discussions about the respective roles and responsibilities of the three branches of government. Recently, at the International Sphere Forum in Paris, a major debate took place between the President of the Senate and the Dean of the Supreme Court, Gilmar Mendes. The current context is marked by the National Congress' demonstration of its displeasure with the judicialization of politics. Contemporary debates surround the legalization of abortion, the temporal framework of indigenous lands, among other delicate issues (Carta Capital, 2023).

Both Gilmar Mendes, representing the Judiciary, and Pacheco, representing the Legislative, agreed that the impasse regarding the limits of the constituted powers is due to the crisis of confidence in the institutions, created by the context of the attacks on democracy that have taken place in recent years (Carta Capital, 2023).

In this way, this research, which is qualitative in nature, is developed by analyzing the actions of the judiciary in criminalizing conduct, and for this, some topics related to the sphere of competence of the Powers, the reserve of law, especially in criminal matters, democracy and constitutionalism, will also be addressed.

It should be noted from the outset that the aim of this research is not to assess which argument is best to legitimize or not legitimize judicial action in classifying conduct as a crime. Instead, it aims to address the following question: How did the Court navigate the tension between the Separation of Powers and the perceived democratic deficit of judicial review in its decision to criminalize transphobic practices?

The hypothesis proposed is that the Ministers of the Federal Supreme Court adopt a material conception of the concept of democracy and utilize the method of constitutional interpretation to circumvent criticism regarding the violation of the principle of the separation of powers by the judiciary.

In order to answer the research question, the work begins by examining the origins of criticism surrounding the perceived hypertrophy of the Judiciary and the imbalance of the principle of Separation of Powers in contemporary Brazilian society.

In a second step, the arguments that support the Court's activist actions will be analyzed. These include situations of legislative vacuum and the protection of fundamental rights. Additionally, the constitutional actions that are the subject of the trial will be briefly analyzed.

Thirdly and finally, the entire content of the judgment given in the joint trial of Direct Action of Unconstitutionality by Omission 26 and the Writ of Injunction 4733 was analyzed with the aim of extracting from the votes of the Justices the arguments used to justify the criminalization of conduct by the Judiciary. This was done with a view to considering the dilemma presented in the two previous chapters about the principle of Separation of Powers and the legitimacy of the Judiciary in the judicial review of fundamental rights in cases of legislative vacuum.

1 THE LIBERAL DOCTRINES AND THE FOUNDING PRINCIPLES OF A DEMOCRATIC CONCEPTION

The cyclical replacement of types of government was regarded as the fundamental principle underlying the establishment of any political organization. Stability, however, would only be present in complex organizations, which combine characteristics of different governments, namely, monarchical, aristocratic and democratic. This structure allowed institutions to restrain themselves, thereby guaranteeing a lasting and stable government. This represents the first example in history of a government with "checks and balances" (Duarte Neto, 2009, p. 28).

The Federative Republic of Brazil, seen as a complex society, is marked by the presence of several mechanisms and instruments worthy of a democratic state, such as the system of checks and balances based on the principle of separation of powers, which was independent and harmonious among themselves.

In this context, contemporary debates focus on the supposed hypertrophy of the Brazilian Judiciary and a latent imbalance between the constituted powers, which has led to the perception of a democratic deficit in judicial review, which is why, in this present chapter, the fundamental principles of one of the conceptions of democracy will be examined.

The doctrines of the social contract that began to develop from the 16th century onwards, to gain in the 17th and 18th centuries all the relevance that they still have today, saw the contract as the source of society, from Hobbes, Locke and Rousseau, who, although they differed, had one point in common: society could only be correctly understood if it was supposed that it derived from an agreement between freely consenting men, without clauses harmful to any man (Ferreira Filho, 2014, p. 31-33).

Contractualism was practically the last step before the emergence of the doctrine of Constituent Power, and Rousseau's (2015) teachings, are the source of one of the interpretations of democracy, which recognizes only the government of the general will, the democratic government, as legitimate.

Democracy is thus associated with the execution of the decisions of the general will, while monarchy would be the concentration of decision-making in the hands of a single person and aristocracy the execution of decisions by a minority, an elite (Ferreira Filho, 2014, p. 33).

This is one of the points that the doctrines of the social contract, such as that of Rousseau (2015), gained importance. The scenario marked by absolutist institutions in France and Europe directly influenced the revolutions that sought to end the old regime and establish new models of republican states based on the majority conception of democracy.

Thus, from this contractualist perspective, in order to remake the social pact, it would be necessary to create new institutions, suitable for the freedoms of individuals, associating the governed with the government, linking the idea of a Constitution, especially a written one, as a skillful instrument to put these changes into practice, ensuring respect for freedom, rights and the general will as the only legitimate one to give the last word (Ferreira Filho, 2014, p. 34).

In this sense, the main criticisms of judicial bodies in the exercise of atypical functions are rooted in the doctrines of the social contract and end up being based on interpretations of democracy such as that espoused by Rousseau, the democracy of the majority.

In the case under analysis, another major criticism of the judiciary, which also arose in the cradle of liberalism, imposes a ban on the use of analogy for the purposes of incrimination in order to avoid surprise and unpredictability regarding the conduct that criminal law seeks to avoid through its rules, is strict legality in criminal matters (Borges, Leão, 2020, p. 387).

It should be emphasized that the intention of this study is not to discuss or address the various models and interpretations of democracy and constitutionalism, or to present in detail the arguments that oppose the criticism of the judicial body having the last word, but only to elucidate the oppositions to this judicial action in such a way as to make it possible at the end of the work to analyze how these issues were substantiated by the ministers in the joint judgment of the Direct

Action for Unconstitutionality by Omission (ADO) 26 and the Writ of Injunction. (MI) 4.733.

1.1 Majority democracy and 20th century constitutionalism: criticisms of judicial activism

Having overcome this first contextualization, in which we can see that the doctrine of constituent power has been strongly influenced by contractualist doctrines, it is necessary to observe that, today, constitutionalism - considered as a plurivocal concept - although it must be analyzed inseparably from the various existing conceptions of constitutions and according to the different eras, always has the same common denominator, the limitation of political power (Duarte Neto, 2009, p. 18-20).

Jeremy Waldron (2018, p. 53), one of the great critics of the judicial body having the last word, recognizes that constitutionalism cannot be seen only as the observance of constitutions, or as a recommendation that constitutional agreements be made in writing, but he sees in constitutionalism a commitment to popular sovereignty along with the ideology of restricted and limited government.

For Monica Caggiano (2011, p. 16), modern constitutionalism, built and known since the French Declaration of the Rights of Man, has its own characteristics, such as the imposition of the separation of powers, the sovereignty of the people, the defense of human rights and the universality of these principles, to the point where, in case of non-compliance with any of them, it would not even be possible to speak of a constitution.

On the other hand, the constitutionalism embodied in the French Declaration of Human Rights took on a new guise in the aftermath of the Second World War, in an attempt to combat the horrors of that period. Constitutions began to have a strong axiological charge and democratic and constitutional ideals began to converge more clearly, so that it was no longer possible to think of democracy without constitutionalism restricting the abuse of majority decisions (Sarlet, 2012, p. 2; Mendes, 2008, p. 8; Carbonell, 2007, p. 9).

The main feature of this change in Latin America has been the enshrinement of fundamental rights in constitutions and the protection given to constitutional courts and the traditional supreme courts, which now have counter-majoritarian mechanisms of rigidity, such as judicial review of legislation. This has significantly expanded the authority of the judiciary, including due to the extensive need to interpret these open principles. (Pulido, 2015; p. 17; Alterio, 2020, p. 25; Caggiano, 2011, p. 17).

Particularly when it comes to judges, a new mission has been introduced. Because of the expanded territory in which it now operates - both due to the widening of the interpretative sphere and because it has the power to control constitutionality - the Judiciary takes on a different role. A different perspective, a different dimension, and its task now involves responsibility for constitutional interpretation and, consequently, for the

concrete application of legal interpretation criteria resulting from hermeneutic efforts (Caggiano, 2011, p. 17).

In this sense, it has become more common for the judiciary to be given the “last word on the constitutionality of the law and on its interpretation” (Alterio, 2020, p. 123), which enhances the debate between the “balance that must exist between constitutional supremacy, judicial interpretation of the Constitution and the majoritarian political process” (Barroso, 2006, p. 30), which ends up generating discomfort among supporters of majoritarian democracy.

In the last decades of the 20th century, the system of government of constitutional democracy, also known as liberal democracy, spread throughout the world. It would be the combination of constitutionalism and democracy, a form of government far superior to a pure democracy or a non-democratic constitutional government, but despite being superior, there is no way of attributing to this combination a happy marriage free of tensions (Nino, 1997, p. 13).

For this new constitutional design, the Judiciary would move from being the guardian of the Constitution to being the guardian of democracy (Caggiano, 2011, p. 19), in contrast to the idea initially put forward of democracy based on social contract theories.

Thus, the idea of rigidity, superiority, stability and constitutional predictability for guaranteeing fundamental rights, which arose from the very evolution of the idea of the Rule of Law, was gradually replaced by a constitutional design that ended up assuming, according to Monica Caggiano (2011, p. 19), a stance uncompromising with legal certainty, with an idea of elasticity, flexibility and mutability of constitutions.

In this sense, it should be noted that a certain common sense of constitutional theory ends up recognizing that parliaments are the most direct expression of democracy, while on the other hand, constitutions, declarations of law and judicial review mechanisms are regarded as manifestations of constitutionalism, as a kind of brake on the government of the people or democracy itself, which is also manifested in a tension between parliaments and the courts (Mendes, 2008, p.1).

For Conrado Hubner Mendes (2008a, p.4) there is no complete and comprehensive democratic theory that can ignore the issue of the supremacy of the Constitution over parliamentary decisions. In this way, the final chapter of this research will analyze the grounds that legitimized the exercise of the Supreme Court’s atypical function in the rulings of Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) 26 and the Writ of Injunction (MI) 4733, which ended up expanding the scope of the criminal type.

Conrado Hubner Mendes (2008, p. 78) notes that the main arguments in favor of legislative supremacy are seen in at least two values: a) electoral representation (representation of the people themselves); b) majority rule (procedural resource in the name of equality).

For Jeremy Waldron (1993, p. 32), because people cannot agree on a theory of justice, a theory of authority must be added to this theory, which must reflect on power and the person responsible for making decisions (Waldron, 1993, p. 32).

Thus, the argument that people or their representatives are incapable of making good laws, or that laws need to be reviewed by a judicial elite, must be taken more seriously. It cannot be disregarded that people have fought for the right to participate in politics, not only to have their interests taken into account, but also to have a say in shaping a good society, including the balance of individual rights and the integrity of the process, without these issues being swept away by constitutional restrictions (Waldron, 1990, p. 71).

In terms of criticism of judicial action, Roberto Gargarella (2006, p.28) even recognized the Judiciary as the least democratic branch of government, because its members are not elected by people, and its authority is not subject to ratification or any kind of control (Gargarella, 1997, p. 24).

In this context, Barroso (2016, p. 170) recognizes that a relevant space regarding the means and ways of carrying out the constitutional will should be reserved for the majoritarian process, conducted by elected representatives, however, in extreme cases, when ineffectiveness is installed, and the supremacy of the Constitution is frustrated, it would be up to the Judiciary to compensate for the deficit of democratic legitimacy of the Legislative branch. In his notes, Barroso (2016, p. 360) details his thinking, saying that the point of balance would be delicate, and could even characterize a certain democratic deficit in favor of the Judiciary, considering its performance as a positive legislator without the baptism of the electoral process.

In addition, Waldron (1990, p. 71) sees that it would be worrying to detect the similarity between the many arguments in favor of external restrictions on rights with the arguments in favor of the aristocracy against democratic forms of government

Thus, in opposition to the consolidation of judicial control that dictates the last word on questions of law, Waldron (2010, p. 157) sees the need to adopt procedures that respect the voices of all people, who must be treated equally in this process, which must responsibly and deliberatively guarantee the difficult and complex issues of the opposing arguments on the rights raised.

In more recent studies, Waldron (2010, p. 157) has positioned himself in such a way as not to reject judicial review of legislative acts altogether, allowing it in some exceptional circumstances, such as in the case of dysfunctional legislative institutions, corrupt political cultures, or the legacy of racism or other forms of endemic prejudice. However, the author warns that this judicial review should be limited in time and that defenders of judicial review should always defend its necessity with humility and shame about the circumstances that made it necessary.

In reasonably democratic societies, in which their members do not disagree about rights, the judicial review would be, for Waldron (2010, p. 157), inappropriate, and the argument of the dysfunctionality of legislative institutions is not the best way to legitimize them.

The Brazilian Court acquired a huge range of independence after the 1988 Constitution was promulgated, shaping the activism of judges, which ended up calling into question the spaces of representation and the institutional design of the Judiciary shaped by the Liberal State (Duarte Neto, 2020, p. 394).

Duarte Neto (2020, p. 394) had already recognized the activist stance of the Federal Supreme Court due to the absence of dogmatic parameters for guidance and also due to constitutional interpretation without limits that would allow verification. In a more recent study, he also recognized in the Brazilian Constitution the incentive for the broad exercise of interpretation (Duarte Neto, 2023, p. 207), which is why it is necessary to analyze the foundations of the judgment of ADO 26 and MI 4733 proves to be essential.

The Brazilian judiciary, reflected in the image of the Supreme Court, is seen as super-powerful in the democratic order, which can be seen in its dysfunctional activism in the informal transformation of the constitutional text through interpretation (Duarte Neto, 2023, p. 194-195).

The very provision for reforming the Constitution - whether by revision or amendment - reasonably meets the need to adapt the Constitutions to practical reality. What's more, once constitutional stability and the hard core of the rule of law are broken, what legal structure would be solid enough to guarantee and preserve democracy? The fragility and expansiveness of the processes of constitutional interpretation have already demonstrated their flagrant failure when the democratic Weimar Constitution was annihilated, opening the door to Nazism. Legal certainty and democracy are still dependent on the old constitutionalism (Caggiano, 2011, p. 20).

Freitas and Bustamante (2017, p. 195) also see the institutional imbalance in favor of the Federal Supreme Court due to some characteristics, such as: (a) the life tenure of the justices; (b) the accumulation of attributions that go beyond the judicial review of all legislation; (c) the expansion of its jurisdiction, which crowds the court with actions and relevant issues that can be assessed; (d) the predominance of individual and external deliberation; (e) the broad discretion of the reporting magistrate in conducting the proceedings; (f) the existence of abundant cases to be scheduled, which results from the court's inability to choose the cases to be judged.

Although it is not the focus of this work, one cannot fail to mention the tensions between the actions of the Judiciary and the reserve of the Legislature in the creation of criminal law:

[...] in the context of incriminating conduct, respect for the law is reflected as a guarantee of the Democratic State of Law, with legality being translated as a guarantee that only the law can impose a criminal sanction and describe conduct and, going further, prohibiting interpretative subterfuges that may make the incidence of the criminal norm unpredictable (Borges, Leão, 2020, p. 382).

For Rosa Weber, the principle of legality manifests itself as a structuring value of the democratic order, the rule of law and the concept of justice, a true guarantee for the courts (Brasil, 2019, p. 369).

Although the judicial review by omission is considered an instrument for protecting minorities and collectivities (Ferraz, 2014, p. 16), Borges and Leão (2020, p. 369) warn that we cannot ignore the fact that any practice that makes fundamental rights more flexible, with criminal guarantorism in mind, even if it is under the pretext of protecting these minorities, could end up turning against the very object of protection, due to the interests of those in legal and social power. In this sense, Rosa Weber:

In an effort to promote the Republic's fundamental objective of promoting the good of all, without prejudice to origin, race, sex, color, age or any other form of discrimination (art. 3, IV), as well as to fulfill the state's duty to punish any discrimination that violates fundamental rights and freedoms (art. 5, XLI), the best intentions cannot be allowed to justify the fragmentation of institutional and procedural guarantees without which there is no rule of law (Brasil, 2019, p. 385).

Among the criticisms of criminal doctrine regarding the judiciary's exercise of a typical legislative function, and in line with the case under analysis in this work, it is worth highlighting Brazilian law's rejection of analogy to the detriment of the defendant (Borges, Leão, 2020, p. 386-387), a practice that is not compatible with the democratic rule of law.

Thus, having pointed out some criticisms - which are not exhausted - regarding the activist action of the Judiciary, especially represented by the tension between the judicial review (counter-majoritarian power) and the democracy of the majority, it is allowed to proceed with the study until reaching the central point of this research.

2 LEGISLATIVE VACUUM AND THE PROTECTION OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

According to Pulido, in Latin America the importance given to judicial review was given in order to fill the void left by the insufficiency of the instruments of political control by Congress, which is why:

Hyper-presidentialism has been attenuated by constitutional juristocracy. Judicial review aimed at protecting fundamental rights, which was conceived in principle as an objective and negative legal control, based on interpretative techniques developed by constitutional methodology and a dogmatic approach to fundamental rights, has been transformed into a control with clear political tendencies, in which the distinction between the law and the Constitution is no longer discussed, but rather the convenience or coherence of certain public policies. In the same vein, the Constitutional Court has given itself not only formal but also substantive control over acts to reform the Constitution, when these have been proposed by the

government and carried out by Congress, the latter playing the role of secondary constituent (Pulido, 2015, p. 22).

In particular, from the time of independence until the enactment of the 1988 Brazilian Constitution, previous constitutions were marked by promises that were not fulfilled, creating a scenario of a real mismatch between the norm and reality. Therefore, there was a disconnect between the intentions of the constitutions and the actions of the Public Power (Barroso, 2016, p. 169).

In light of the aforementioned scenario, in which the rights enshrined in the Constitution are not guaranteed, it is imperative to recall the problem presented for this research, considering the criticisms addressed in the previous chapter: how does the Brazilian Supreme Court act and justify its democratic legitimacy to supply the role of the Legislative Branch through the use of judicial review mechanisms for omission?

Thus, in order to remedy the legislative omission in the face of the need to comply with constitutional texts, the Federal Constitution of 1988 created two instruments to overcome this omission, the Mandate of Injunction - in diffuse control - and the Direct Action of Unconstitutionality by Omission - in concentrated control of constitutionality (Ferraz, 2014, p. 34), which were the two actions subject to simultaneous judgment by the Federal Supreme Court in the case involving the criminalization of transphobic conduct.

In this context, it can be seen that the postulants of ADO 26 and MI 4733 argued that the negative behavior of the National Congress resulted in serious damage to constitutional principles that are essential and fundamental, such as those that punish the practice of racism and prohibit discrimination against fundamental rights and freedoms.

It is in this sense that this worldview, based on the idea that the biological differences between men and women dictate that men wear blue, and girls wear pink, for Celso de Mello, imposes unacceptable restrictions on the fundamental freedoms of members of the LGBT community, incompatible with diversity, pluralism and a democratic society. (Brasil, 2019, p.50).

Furthermore, in 2017, the Inter-American Court of Human Rights issued an Advisory Opinion to the effect that the recognition of gender identity by the state is of vital importance to guarantee the full enjoyment of human rights, including protection against violence, ill-treatment, health, etc. (IACHR, 2017, p. 46). Despite this, the data presented in the analyzed case showed that Brazil is the "world champion" in terms of crimes of violence against the LGBT population motivated by prejudice, placing the country in a state of true "banality of homophobic and transphobic evil" (Brasil, 2019, p. 72 and 75).

Thus, considering that the actions under analysis in this research - ADO26 and MI 4733 - were admitted by the Federal Supreme Court, one cannot fail to observe at this point, albeit briefly, some peculiarities of the actions subject to judgment, which are, according to Barroso (2016, p. 108) instruments created by the 1988 constituent to deal with unconstitutional omissions in order to address one of the main historical dysfunctions of Brazilian constitutionalism.

One of the foundations of judicial review is the protection of fundamental rights, including and especially those of minorities, in the face of occasional parliamentary majorities. Its presupposition is the existence of material values shared by society that must be preserved from strictly political injunctions (Barroso, 2016, p. 24).

The Direct Action of Unconstitutionality by Omission was provided for in article 103, §2 of the Federal Constitution, indirectly (Ferraz, 2014, p. 34), as an object of the ADI - Direct Action of Unconstitutionality (Barroso, 2016, p. 170), and it should be noted that until 2008, the Federal Supreme Court made no distinction between the ADI and the ADO regarding their procedural autonomy (Mendes; Branco; 2012, p. 1724).

Judicial review by omission refers only to omissions of a normative nature (Barroso, 2016, p. 171) and is aimed at defending the legal order, with no objective of protecting individual situations or subjective relationships (Mendes; Branco; 2012, p. 1724).

The direct action for unconstitutionality by omission should be seen as an instrument for implementing constitutional clauses that have been frustrated in their effectiveness, and for Celso de Mello it is unacceptable to submit the implementation of the Constitution to the ordinary will of the legislator (Brasil, 2019, p. 80).

On the other hand, the injunction is intended to control the omission observed in the specific case in order to seek the protection of constitutional subjective rights, which are frustrated by the illegitimate inertia of the Public Power (Barroso, 2016, p. 108).

It is important to note that there are discussions about the purposes of the judicial decision in the writ of injunction, in terms of whether the Judiciary should order the competent authority or body to issue a rule regulating the constitutional provision or whether the decision on the right sought should fill the legal gap. Barroso (2016, p. 111-112) believes that the second hypothesis is the most appropriate, and that the injunction should represent an instrument for the effective protection of rights, in which the judiciary creates a rule for the specific case with effects limited to the parties to the process, in true substitution for the legislative or administrative body.

It should be remembered that the Federal Supreme Court, in its first precedent ruling on injunctions (MI 107-3-DF), had emptied the potential of this action, invoking the classic and rigid view of the principle of separation of powers, in the sense of the duty to communicate to the omitted body to adopt the necessary measures. However, from the end of 2007, the Court seemed to have given in to the appeals of the dominant doctrine, giving effectiveness to injunctions in cases (MI n. 670, 708 and 712) involving the right of civil servants to strike and the need for the analogous application of a law on a temporary basis to remedy a legislative omission (Barroso, 2016, p. 114-117).

The evolution of the Federal Supreme Court's jurisprudence ended up bringing effectiveness to the writ of injunction, which was previously seen only as an instrument to communicate the delay to the omitted body, but can now

be used to satisfy the subjective rights of specific minorities or not, when the possibility of the Court attributing *erga omnes* effectiveness to the decision is also considered (Barroso, 2016, p. 119), showing that the writ of injunction has a “double facet”, as it has both a subjective and objective character (Brasil, 2019, p.222), making the criticism of the hypertrophy of the judiciary and the imbalance of powers more evident.

On the other hand, concerning the writ of injunction and the legitimacy of the judiciary to act in place of the legislature, Barroso (2016, p. 426) argues that it does not constitute a violation of the separation of powers, for at least two reasons: a) it was the Constitution that established this constitutional remedy and the attribution of general effectiveness to the temporary discipline would represent obedience to the principle of isonomy; b) the powers that be are subject to the Constitution, and the legitimacy of the judiciary’s action only arises from the omission of another power. But can these arguments justify the Court’s activist attitude?

In defense of these arguments, it is recalled that Barroso (2016, p. 170) acknowledges the possibility of the Judiciary acting to make up for the deficit of democratic legitimacy of the Legislative branch in extreme cases of installed ineffectiveness of rights concerning the text of the Constitution.

It should be noted that the Federal Supreme Court recognized, in the case under analysis, the impediment to the exercise of human dignity itself, among other fundamental rights that derive from this principle, arising from the Legislator’s omissive conduct, justifies the admissibility of the actions being judged.

3 THE JUDGMENT OF ADO 26 AND THE MI 4733

It is at this point that this research reaches its high point, the analysis of the main arguments used in the votes of the Justices that legitimize the actions of the Judiciary to criminalize behaviors that had not yet been classified as criminal by the Legislative Branch, considering the criticisms presented in the previous chapters. It should be noted that the arguments used by the Justices were not analyzed in chronological order, in separate votes, but according to the topic under study.

It is recognized that there are several important themes and aspects in the joint judgment of ADO 26 and MI 4733 that deserve attention, but this work concentrates on those related mainly to the Separation of Powers and the democratic deficit in the actions of the Judiciary.

From the initial brief, the petitioner asked for homophobia and transphobia to be included in the ontological-constitutional concept of racism, based on the Ellwanger case (HC82.424/RS), consequently criminalizing these behaviors as racism under Article 5, XLII of the Federal Constitution. In addition, a request was made for these behaviors to be classified as specific crimes by judicial decision, in their atypical function, given the Legislative’s inertia, and for various behaviors related to homophobia and transphobia, such as offenses, homicides, threats, etc., to be classified under the Racism Law until effective legislative action is undertaken.

The Federal Senate, through its Presidency, provided information for the dismissal of the claim in order to safeguard "(...) criminal legality, the separation of powers and the independence of the Legislative Branch, confirming its legal-political competence" (Brasil, 2019, p. 454).

Reporting Justice Celso de Mello, in the first vote of the ADO 26 judgment, addressed several important issues and concepts involving the need to protect the rights of the LGBT group, but did not fail to discuss issues involving judicial legitimacy, Separation of Powers and democratic deficit, including making this argument in a specific topic entitled "Legal-constitutional impossibility for the Federal Supreme Court, by means of a judicial provision, to typify crimes and impose sanctions under criminal law".

From this perspective, Rosa Weber recognizes that it is not possible for the Supreme Court to produce criminal rules in true substitution for the National Congress, the same understanding shared by the rapporteur, who believes that adopting such a stance would be inadmissible, a clear transgression of the constitutional postulate of the separation of powers, as well as an offence against the principle of the reservation of law in matters of a criminal nature (Brasil, 2019, p. 61 and 369).

For Rosa Weber, the democratic constitutional regime depends on recognizing at least the political and institutional centrality of the legislature, an expression of the representative popular will, obtained through suffrage, which must serve as the basis of legitimacy for all political decisions (Brasil, 2019, p. 385).

In the same line of thought, Barroso points out that the Federal Supreme Court should be deferential towards the Legislative branch's political choices, and should only invalidate them if there is reasonable doubt that they are in breach of the constitutional text, or act in the event of Congress' omission in the face of a constitutional command that obliges it to act, especially when the protection of fundamental rights or the democratic order is at stake (Brasil, 2019, p. 286):

In this case, the two factors that extend the frontier of constitutional interpretation in relation to legislative powers are present: there is an unconstitutional omission and it is a question of respect for fundamental rights - to freedom, equality, integrity and the very life of people who are members of the LGBTI+ group, an undeniably vulnerable group, as even the most hardened conservative will recognize (Brasil, 2019, p. 286).

Barroso recognizes the three roles of a constitutional court: a) counter-majoritarian, which justifies the possibility of unelected members invalidating a law originating from a majority process; b) representative, when it meets the desires of society that have not been met by the majority process; and c) enlightenment, which is an exercise in the promotion of civilizational advances that cannot depend on the will of the majority (Brasil, 2019, p. 286-287).

3.1 Justification for the action of the court

Minister Luiz Fux justifies judicial action on three grounds:

First, by adopting a language anchored in arguments that defend the normativity of the fundamental rights listed in their respective constitutions. Secondly, by legitimizing themselves with the aim of protecting political minorities from possible situations of tyranny arising from the majority political game. Thirdly, it aims to preserve the opening up of structural channels for political participation (Brasil, 2019, p. 411).

In short, it emerged from the analysis of the judgment under debate that the justification of the legitimacy of the Federal Supreme Court was based on the three grounds pointed out by Fux, even though his vote came after five votes in favor of the main request presented in the initial brief, with some variations and peculiarities, as will be seen.

On the basis of the clause preventing discriminatory treatment, which is eminently constitutional in nature, Celso de Mello justifies the Federal Supreme Court's role in the duty to ensure the integrity of this proclamation, in order to make a truly democratic society possible by upholding the full values of freedom, equality and non-discrimination (Brasil, 2019, p. 139). To this end, he recognizes that the judgment in question has an essentially counter-majoritarian function, highlighting the role of the Federal Supreme Court: to protect these minority groups against possible excesses of the majority, even if these occur due to omissive conduct, such as state inertia (Brasil, 2019, p. 177).

It is then based on a material conception of constitutional democracy to assert that the suppression, frustration and annihilation of fundamental rights, due to a majority principle, cannot be accepted under penalty of de-characterizing the very essence that qualifies the Democratic Rule of Law (Brasil, 2019, p. 178).

It is important to note that Justice Fux does not support a constitutional jurisdiction without limits - acknowledging the criticism that the Court faces for its protagonism - and affirms that Parliament is the hegemonic body in the democratic rule of law, however, for him, the role of the Judiciary is imposed when it comes to defending minorities against the violence of majorities, showing that strong judicial action is more legitimate if it observes the legislative omission that makes the effectiveness of a constitutional rule unfeasible (Brasil, 2019, p. 405 and 475), aligning with the Dworkian current of democracy.

Another point noted in Justice Luiz Fux's vote is that, for him, these issues are only brought before the Judiciary for the following reasons: a) unelected judges; b) judicial independence, which prevents external influences and leaves judges free from a social price to pay; and c) absence of fear of unpopularity or displeasure when defending expressive moral values in the defense of minorities (Brasil 2019, p. 406-407), arguments that, when considered in light of the analyzed criticisms, are responsible for the imbalance between constituted powers.

In a manner analogous to Fux, Celso de Mello recognizes that the normative force of constitutional principles and the decisive intervention represented by the strengthening of constitutional jurisdiction represent strong arguments for the legitimacy of this action by the Federal Supreme Court (Brasil, 2019, p. 182).

Celso de Mello observes that the Federal Supreme Court's legitimacy to act as guardian of the constitutional order is due to the sovereign will and

deliberation of the original constituent power itself, performing its institutional functions in a manner compatible with the limits set by the Constitution itself (Brasil, 2019, p. 184 and 186).

Also from this perspective, Alexandre de Moraes argued that the basic premise of the Constitutional State is the complementarity between Democracy (of the majority) and the Rule of Law, which enshrines the supremacy of constitutional norms, edited by the original constituent, in which the duty to respect fundamental rights and the mechanisms of judicial review are imposed to protect the minorities in addition to the majorities (Brasil, 2019, p. 253).

Consequently, the rationale for the legitimacy of the Federal Supreme Court's action can be found in the necessity to uphold and enforce constitutional principles and fundamental rights that have been violated by the omission of the State itself. Accordingly, a contemporary state where the effectiveness of these rights is not respected cannot be considered a truly democratic state (Brasil, 2019, pp. 255-256).

Along the same lines as Moraes, Rosa Weber lectures on the concept of democracy, which cannot be viewed in contemporary societies solely from the perspective of the majority principle, but also from the complementarity between unelected institutions (the Judiciary) and popular representative institutions (the Legislative), developing distinct and complementary functions for the optimal functioning of the rule of law (Brasil, 2019, p. 394).

In another line of thought, Alexandre de Moraes believes that in honor of the balance and harmony between the powers, the Federal Supreme Court is not allowed to set a deadline for the Legislative branch to act, or even to set an improper deadline - non-compliance with which would not impose measures to remedy the recognized omission - under penalty of rendering the judicial decision ineffective. On the other hand, the Constitution determines that the Court must act to inform Congress and, within reasonable hermeneutic limits, rule out the atypical nature of the various forms of prejudice contained in homophobic and transphobic conduct (Brasil, 2019, p.258-259).

Notably, for Moraes, in a Constitutional State of Law, it is not possible to remedy the constitutional omission by creating a new criminal type, or by applying an analogy *in pejus*, and to do so, he bases himself on the principle of legal reserve and the principle of anteriority, which imposes the need for a manifestation of will by popular representatives holding elective mandates, not ruling out the possibility of the Court acting through the technique of interpretation in accordance with the Constitution (Brasil, 2019, p. 259-263), which is also recognized by critics as a method capable of inflating the Court's activist stance.

3.2 The Legislator's omission

In relation to the argument of the Legislator's omission, Celso de Mello believes that it would be evident in view of the incrimination mandate provided for in Article 5, XLI of the Federal Constitution, which provides for the need for the law to punish any discrimination that attacks individual rights and freedoms, including the LGBT population. Thus, the National Congress is in clear violation of an indisputable legal obligation (Brasil, 2019, p. 77). The same interpretation is

evident in the votes of the majority of justices, including Luiz Fux (Brasil, 2019, p. 566), Gilmar Mendes (Brasil, 2019, p. 530) and Lewandowski (Brasil, 2019, p. 509).

It should also be noted that during the vote by the ministers in the case under analysis, the National Congress finally initiated a voting process (Federal Senate Bill No. 515 of 2017). The possibility of suspending the trials was put to a vote, however, the majority ultimately decided to continue (Brasil, 2019).

Regarding this, Fux acknowledged that the start of a legislative process would not be enough to rule out the final word of the Judiciary and the judicialization of the issue, arguing that sometimes voices and votes are not sufficient, because until the law is properly enacted, various mishaps can occur, such as a veto, which could lead to a lengthy process until the legislation comes into force (Brazil, 2019, p. 405). In the same vein, Justice Cármen Lúcia recognizes that attempts to process bills do not remedy the Legislator's omission (Brasil, 2019, p. 468).

Although the Federal Supreme Court's assessment of the legislative omission in ADO 26 seems to have prompted Parliament to unarchive previous legislative proposals, for Gilmar Mendes this would not remove the court's competence to analyze the demands (Brasil, 2019, p. 524). In this sense, the ADO proves to be, for Celso de Mello, a jurisdictional reaction authorized by the Constitution to prevent the discrediting of its text in the face of omissions by the State, fully justifying the intervention of the Judiciary (Brasil, 2019, p. 80 and 85).

In light of the aforementioned omission, Celso de Mello identifies and lists two possible hypotheses for remedying it: a) informing the Federal Legislature to adopt the necessary measures within a reasonable period of time; and b) immediate recognition that homophobia and transphobia, by interpretation in accordance with the Constitution, fall within the conceptual notion of racism, recognizing discriminatory and offensive behaviour against the fundamental rights and freedoms of the LGBT group as a crime (Brasil, 2019, p. 100).

Observe that the first hypothesis is the literality of the text of the Constitution, especially §2 of its article 103, which for Celso de Mello did not prove throughout the experience to be an effective measure, which is why he justified the immediate adoption in his vote of the second proposed solution, in the same sense that had already occurred in the Ellwanger case, that "the notion of racism is not limited to a concept of a strictly anthropological or biological order, projecting itself, on the contrary, into an openly cultural and sociological dimension [...]" (Brasil, 2019, p. 100-115). The same reasoning was used by other ministers, such as Rosa Weber (Brasil, 2019, p. 370) and Cármen Lúcia (Brasil, 2019, p. 474).

From another perspective, the Senate's argument that the Federal Supreme Court's decision would unduly broaden the scope of the Racism Law, transforming the judgment into an additive sentence and consequently violating the principle of separation of powers and subverting the constitutional system of checks and balances (2019, p. 133-101), was rejected by Celso de Mello who stated that his decision did not deal with the formulation of criminal types, nor with the imposition of criminal sanctions, which would be unfeasible from a constitutional perspective to be carried out by action of the Federal Supreme Court, but with a decision of

a strictly interpretative nature, thus rejecting the Federal Senate's claim in this regard (Brasil, 2019, p. 130 and 134).

3.3 Constitutional hermeneutics

For Celso de Mello, constitutional hermeneutics imposes on the Judiciary the duty to extract the maximum effectiveness from the values that structure the Constitution, giving them a meaning compatible with the objectives indicated in the Political Charter, and for this, he warns that "[...] the interpretation of the positive order, especially when carried out by the Judiciary, is not to be confused with the process of normative production" (Brasil, 2019, p. 126), and thus does not constitute usurpation of attributions.

Barroso also says that the concept of racism has undergone constitutional mutation, which according to him is a mechanism of informal modification of the text without formal changes, allowing, however, the transformation in the meaning and scope of its norms, which can result from a new perception of the law, according to the change in the time of the good and the just, also justifying his decision in the sense that the reinterpretation of the concept of race, is not to be confused with the creation of criminal conduct by judicial means, or else by analogy *in malam partem* (Brasil, 2019, p. 298-299).

Still on the hermeneutic method of interpretation according to the Constitution, Rosa Weber holds the view that, as long as the state of unconstitutional delay persists, the Racism Law should be applied to crimes committed with homophobic and transphobic motivation (Brasil, 2019, p. 372).

Alexandre de Moraes recognizes that the space for the Court's interpretation appears in the constitutional text itself, which expressly prohibits, in addition to prejudices of origin, race, sex, color and age, any other forms of discrimination (Brasil, 2019, p. 265), broadening the field of protection against forms of prejudice.

In the same sense, Fux recognizes that the Judiciary would not be creating a criminal type, but interpreting infra-constitutional legislation in accordance with the constitution, on racism in the light of homophobia, and thus, based on Federal Supreme Court precedents, ensures that race are made up of men of flesh and blood, and racism occurs against human beings, regardless of their faith and sexual orientation (Brasil, 2019, p. 406).

3.4 The losing votes and their arguments

The justices unanimously rejected all forms of discrimination and prejudice based on sexual orientation, including those who had their votes defeated, namely, Lewandowski, Toffoli and Marco Aurélio, with only the latter not recognizing the legislative delay. We will examine the arguments used in the losing votes.

In this sense, Justice Marco Aurélio begins his vote by stating that:

Alongside the structuring of political power, the 1988 constituent assembly placed special emphasis on the discipline of fundamental rights, all of which revolve around the dignity of the human person. There is a political project for the immediate

rescue of democracy, for medium and long-term social transformation and, above all, for the permanent affirmation of freedom and equality. There is much to be done. Ensuring rights is a permanent task. Making the Federal Constitution a living body is an uninterrupted institutional and democratic project (Brasil, 2019, p. 546).

Therefore, he recognizes that it is up to the Court to watch over the Constitution, with the aim of preventing it from being emptied by the omissive conduct of the constituted powers, the Executive and the Legislative, by means of the instruments brought in its own Text, which are the Injunction Mandate and the Direct Action for Unconstitutionality by Omission (Brasil, 2019, p. 546-547).

Although he shares the same view, Lewandowski attaches great importance to observing the principle of legal reserve, which imposes that only the Legislative Branch can criminalize conduct, and that it is essential to create a law in the formal sense in order to do so (Brasil, 2019, p. 512). Thus, he based his vote on a precedent from August 12, 2014, which analyzed the receipt of a complaint due to the alleged practice by a federal deputy of a crime under the Racism Law, when the First Panel of the Federal Supreme Court unanimously did not receive a complaint, in accordance with the vote of the rapporteur (Marco Aurélio), who recognized that the Law did not cover the crime of discrimination or prejudice arising from sexual orientation (Brasil, 2019, p. 512).

Lewandowski also invoked a precedent from the Second Panel of the Federal Supreme Court, which emphasized the need to respect the legal reserve, especially in relation to criminal matters, with recognition of parliamentary prerogatives (Brasil, 2019, p. 513).

At the international level, Lewandowski based his vote on the fact that the case law of the Brazilian Court only admits domestic law as a formal and direct source of criminal law rules, and emphasizes the importance of observing the principle of legality set forth in Article 9 of the American Convention on Human Rights and Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights (Brasil, 2019, p. 513).

In this way, it recognized the legislative delay, and the need to inform the National Congress to adopt the necessary measures, without setting a deadline, but, unlike the majority, it did not recognize the possibility of interpretation in accordance with the application of situations of homophobia and transphobia to the Racism Law (Brasil, 2019, p. 514).

Marco Aurélio, for his part, did not see the writ of injunction as an appropriate instrument for the relief requested in this case, considering that the existence of a subjective right of the community to criminalize conduct has not been demonstrated, based on the argument of the guarantee of equality provided for in Article 5 of the Federal Constitution. (Brasil, 2019, p. 552).

Part of this same conclusion was attributed to the handling of the ADO, on the grounds that this direct action was declaratory in nature, and that what was sought by the plaintiffs would be incompatible with this nature. Furthermore, Marco Aurélio believes that the plaintiffs are confusing the very delimitation of the scope of the Federal Supreme Court's action in relation to the other Powers,

in his words: “in which it yields to the recognition of a principle that is intrinsic to any State of Law that claims to be democratic: that of the reservation of law in criminal matters.” (Brasil, 2019, p. 552).

Therefore, based on strict legality, the interpretation of the Constitution in criminal matters would not allow the Court to empty the literal meaning of the text by supplementing criminal types. Marco Aurélio goes on to say that the Racism Law does not deal with discrimination or prejudice arising from sexual orientation, and there is no room for exegetical interpretation beyond the strict, that is, broader than that linked to the limits of the text, under penalty of usurping the competence of the National Congress (Brasil, 2019, p. 553-554).

Marco Aurélio also warns that allowing judicial interpretation in the application of criminal laws ends up replacing the delimitation of the scope of the criminal type by the law in the strict sense, to the scope through the subjectivism of the magistrates in the exercise of their functions, a flagrant violation of legal certainty and the prior delimitation of the conducts reached by the legal text (Brasil, 2019, p.554).

In this context, he concludes his vote by saying that he sees no warrant for criminalization on the part of the Constitution, and thus does not recognize the legislative omission in this case, and furthermore, that the criminalization of conduct must be carried out in another part of the Three Powers Plaza, not in the Plenary of the Court, and the omission cannot be supplanted by an extensive interpretation of legislation in force (Brasil, 2019, p. 556).

For his part, Dias Toffoli gave a brief opinion, saying that regardless of the dissent, all the justices repudiated discrimination, hatred, prejudice and violence for reasons of sexual orientation, and stated that he would follow the dissent, in the sense of the opinion given by Minister Lewandowski.

It is important to note that some of the arguments presented in the dissenting opinions were also employed by researchers who align with the tenets of majoritarian democracy and with the theoretical framework put forth by Jeremy Waldron to critique the Court’s ruling. These include critiques of the Court’s competence, the necessity of parliamentary debate, and adherence to the principle of legality, particularly in criminal matters (Oliveira, 2020). It is noteworthy that Braga (2019), Portilho, Gonçalves, Caldas (2020), Gomes and Bolwerk (2022) have echoed these points. Conversely, some critiques have highlighted the inadequacy of criminal measures in addressing the structural issues of homophobia and transphobia in Brazil (Corbo, 2019), arguing that more than merely creating laws, effective protection will only be achieved through education (Gonçalves, 2020).

CONCLUSION

In the sense of the majority of the votes of the justices who recognized the constitutional criminalization order, we begin by reflecting on the following question: if Congress decided and legislated that acts of violence and prejudice against homosexuals and transsexuals should not be punished, or imposed trivial penalties by law, could the Court rule on an ADO? Certainly not. Would an ADI be the right way to go? If the ADI were upheld, would the legislative vacuum return?

It should be noted that regardless of the scenario of legislative omission, the necessity for the substantive protection of fundamental rights and human rights constituted the primary rationale invoked by ministers to justify the interpretative approach adopted. This stance of the Court indicates the adoption of a different conception of democracy from that coined in the liberal and contractualist movements of the early 17th century, approaching a Dworkian conception of democracy.

As seen in the Second Chapter, Waldron (2010, p. 157), a great defender of the concept of proceduralist and majoritarian democracy, admits judicial review in exceptional circumstances, and cites as examples the case of dysfunctional legislative institutions, corrupt political cultures, or the legacy of racism or other forms of endemic prejudice, warning that judicial review should be for a limited period.

An analysis of the ADO 26 and MI 4733 judgments showed that the majority of the justices recognized the scenario of unconstitutional omission by the legislative institution, the legacy of racism, embodied in a concept that encompasses homophobic and transphobic conduct, as well as endemic prejudice, in the sense of the examples given by Waldron.

In the same way, the majority of the Justices recognized the need to apply the Racism Law, in the sense of covering homophobic and transphobic acts as punishable conduct, until the National Congress legislates on the matter, also taking into account the temporary nature of the judicial action imagined by Waldron, considering that the judicial decision would expire upon the creation of a rule by the Legislative House.

Conversely, it is imperative to acknowledge the numerous deliberations within the Court regarding the imperative of respecting the principle of separation of powers, the reserve of law for the creation of incriminating norms, the potential democratic deficit in the Federal Supreme Court's actions, including divergence in the judgment at the end of the action (Lewandowski, Marco Aurélio and Dias Toffoli).

The research findings indicated that although the majority of ministers acknowledged the necessity to adhere to the principle of Separation of Powers and the legal reserve, they did not perceive that the Court would be encroaching upon their authority. This was because they would be employing the exegetical technique only to include homophobic and transphobic conduct within the concept of racism, without creating law or drawing an analogy. Conversely, the Justices were unable to provide a rationale for the application of this interpretative method in the face of criticism regarding its control.

Thus, the ministers' decisions in the judgment of ADO 26 and MI 4733 to consider homophobic and transphobic conduct as a crime, were based on two main factors: a) a material conception of democracy; and b) the need for the Court to defend fundamental rights in cases of legislative omission; failing to face criticism regarding the method of constitutional interpretation and considering its legitimacy as a universal dogma, confirming the initial hypothesis of this research.

In this way, considering the existing tension between different conceptions of democracy as viewed through the observer's lens, and the positive aspects of

each democracy approach discussed in this research, it is concluded, in Robert Dahl's assertion (2005, p. 31) that no fully democratized global system exists. Therefore, democratic mechanisms that enhance the quality of democracy should be pursued. Examples include judicial accountability and a preference for democratic deliberation, both in the dialogue between the branches of government and in effective popular participation. Future research must explore these topics.

REFERENCES

ALTERIO, A. M. *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*. 1. ed. Ciudad de México: Trant lo Blanch, 2020.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Quaestio Iuris*, v. v. 02, n. 01, p. 1–48, 2006.

BARROSO, L. R. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRAGA, M. A. A legalidade penal em tempos de ativismo judicial: uma análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal no 'caso da homofobia'. In: CAMPOS, J. C. D.(Org.). *Nas entrelinhas da jurisdição constitucional: estudos críticos sobre o constitucionalismo à brasileira*. Fortaleza: Mucuripe, 2019. p. 141-158.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26. nº 26. *Relator: Pleno*. Brasília, 13 de junho de 2019. DeJ. Brasília, 13 jul. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 05 dez. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 82424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. *Relator Min. Moreira Alves*. Brasília, v. 19, 2003.

BURNS, E. M. *História da civilização ocidental: do homem das cavernas até a bomba atômica*. Rio de Janeiro: Globo, 1970

CAGGIANO, M. H. S. Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva?. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho*, n. 1, p. 5-23, 2011.

CARBONELL, M. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. [S.l.]: Trotta, 2007.

CARTA CAPITAL. *Em Paris, Rodrigo Pacheco e Gilmar Mendes protagonizam embate sobre limites dos Três Poderes*. São Paulo. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/em-paris-rodrico-pacheco-e-gilmar-mendes-protagonizam-embate-sobre-limites-dos-tres-poderes/>. Acesso em 05 dez. 2023.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Parecer Consultivo OC-24/17*. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em 06 out. 2023.

CORBO, W. Racismo sem raça? Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude. *JOTA*, 27 de maio 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/tudo-sobre/homofobia/page/4>. Acesso em: 31 out. 2024.

DAHL, R. A. *Poliarquia: Participação e Oposição*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005

DUARTE NETO, J. Independência e Accountability Judiciárias. In: Magdalena Correa Henao Wilfredo Robayo Galvis. (Org.). *Los desafíos de los derechos humanos en América Latina*, Homenaje a Antonio Gomes Moreira Maués. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 361-411.

DUARTE NETO, J. Uma Corte de Heróis: Em Busca dos Limites da Interpretação Constitucional a Partir de Uma Leitura de Cass Sustein. In: José Duarte Neto (Org). *Os ODS - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e as perspectivas da cidadania: Investigações Jurídicas em comemoração do aniversário de 30 anos do Programa de Pós-Graduação em Direito e de 60 anos da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) – UNESP*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2023, p. 191-213

DUARTE NETO, J. *Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira*. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

FERRAZ, A. C. da C. O Sistema de Defesa da Constituição Estadual: Aspectos do controle de constitucionalidade perante Constituição do Estado-Membro no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 246, 2014.

FERREIRA FILHO, M. G. *O poder constituinte*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, G. M. B. de; BUSTAMANTE, T. da R. de. Separação e equilíbrio de poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988, apontamentos a partir de um estudo de caso, ADPF 402-DF. Rio de Janeiro, *Cadernos Adenauer*, v. 18, n. 1, p. 193-216, 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Em Brasília, ataques ao STF e ao centrão marcam atos pró-Bolsonaro*. São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/em-brasilia-ataques-ao-stf-e-ao-centrao-marcam-atos-pro-bolsonaro.shtml>. Acesso em 05 dez. 2022.

GARGARELLA, R. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. *Perfiles latinoamericanos*, v. 13, n. 28, p. 9-32, 2006.

GARGARELLA, R. Del reino de los jueces al reino de los políticos. España: *Jueces Para La Democracia*. ISSN: 1133-0627. 1997.

GOMES, P. V.; BOLWERK, A. O ativismo judicial e a criminalização da homofobia e transfobia: análise do julgamento da ADO n. 26 e MI 4733/DF. *Interfaces Científicas: Direito*. v. 9, n. 1, p. 235-250, 2022.

GONÇALVES, A. B. STF e a criminalização da homofobia. *Migalhas*, 3 fev. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>. Acesso em: 31 out. 2024.

LEÃO, T. B.; BORGES, P. C. C. Hermenêutica penal e direitos humanos: a homotransfobia como forma contemporânea de racismo. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, v. 24, n. 39, 2020.

MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2008.

MENDES, C. H. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NINO, C. S.; SABA, R. P. *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa 1. ed. Espanha: Barcelona, 1997.

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 05 dez. 2022.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos*. 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2022.

OLIVEIRA, J. F. F. de. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: o uso da leitura moral de Ronald Dworkin em detrimento do princípio da maioria de Jeremy Waldron. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XXIV, n. 79, p. 55-63, jan./jul. 2020.

PORTILHO, G. J.; GONÇALVES, J. R.; CALDAS, P. G. B. O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal na Criminalização da Homofobia e Transfobia (ADO 26/DF). *Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros*, v. 11, n. 40, p. 04-15, 2020.

PULIDO, C. L. B. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina. Trad. Graça Maria Borges de Freitas. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 17, n. 111, 2015.

ROUSSEAU, J. *Do Contrato Social*. Trad. Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2015.

SARLET, I. W. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a.1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>. Acesso em 05 jun. 2023.

WALDRON, J. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 93-159, 2010.

WALDRON, J. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 1, p. 18-51, 1993.

WALDRON, J. Rights and majorities: Rousseau revisited. *Nomos XXXII: Majorities and Minorities*, v. 44-75, 1990. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24219405>. Acesso em: 05 dez. 2022.

WALDRON, J. *Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI Editores: México, 2018.

DIFFICILE ALTERNANCE AU POUVOIR EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE OU ACCULTURATION DES PRINCIPES DEMOCRATIQUES?

Yawo Sema*

RESUMÉ

Ce travail met à la lumière les hauts et les bas de la démocratie électorale en Afrique Noire Francophone. L'instauration de la démocratie dans la région s'affronte aux difficultés d'alternance au pouvoir malgré le fait que tous ces Etats ont intégré le multipartisme dans leur système électoral et ont adhéré aux organisations internationales qui exigent la démocratie dans tous les Etats membres en la hissant comme un standard. Les autorités étatiques qui sont censées œuvrer pour la réalisation de la démocratie libérale à laquelle ont souscrit ces Etats, ont malheureusement procédé à la politisation des institutions afin de s'éterniser au pouvoir. Ce qui mène à croire que la difficile adaptation de ces pays aux principes démocratiques est due à leur acculturation. Il faut préciser que ces Etats, grâce à leur prédisposition à être démocratiques, ont pu incorporer parfaitement ces principes à leurs ordres juridiques internes et créer des institutions pour leur effectivité. Sans doute, cette démocratie effective tant nécessaire dans ces pays est réalisable par la prise de conscience et le renforcement des institutions nationales et internationales de sa sauvegarde.

Mots-clé: Afrique noire francophone; démocratie; élection; institutions; organisations internationales.

Date de soumission: 04/02/2024

Date d'approbation: 27/03/2025

* Universidade de Granada, Espanha

DIFICULDADE NA ALTERNÂNCIA DE PODER NA ÁFRICA SUBSAARIANA FRANCÓFONA OU ACULTURAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS?

Yawo Sema

RESUMO

Este trabalho lança luz sobre os altos e baixos da democracia eleitoral na África Subsaariana Francófona. A consolidação da democracia na região enfrenta dificuldades quanto à alternância no poder, apesar de todos esses Estados terem adotado o multipartidarismo em seus sistemas eleitorais e aderido a organizações internacionais que exigem a democracia como padrão para todos os Estados-membros. As autoridades estatais, que deveriam promover a realização da democracia liberal assumida por esses países, infelizmente recorreram à politização das instituições com o objetivo de se manterem no poder. Tal cenário leva à hipótese de que a difícil adaptação desses países aos princípios democráticos decorre de um processo de aculturação. Ressalta-se, contudo, que esses Estados, por sua predisposição à democracia, foram capazes de incorporar tais princípios em suas ordens jurídicas internas e criar instituições voltadas à sua efetividade. Sem dúvida, essa democracia efetiva — tão necessária nesses contextos — é viável a partir da conscientização e do fortalecimento das instituições nacionais e internacionais responsáveis por sua preservação.

Palavras-chave: África Subsaariana Francófona; democracia; eleições; instituições; organizações internacionais.

Data de submissão: 04/02/2024

Data de aprovação: 27/03/2025

DIFFICULT CHANGE OF POWER IN FRENCH-SPEAKING SUB-SAHARAN AFRICA OR ACCULTURATION OF DEMOCRATIC PRINCIPLES?

Yawo Sema

ABSTRACT

This work sheds light on the ups and downs of electoral democracy in Francophone Black Africa. The establishment of democracy in the region faces difficulties of alternation in power even though they have included multi-party politics in their electoral system and adhered to international organizations that demand democracy in all Member States, highlighting it as a standard. The state authorities that should strive for the realization of the liberal democracy to which these states have committed, have unfortunately, set out to politicize the institutions to remain in power. This leads one to believe that the difficulty of adapting these countries to democratic principles is due to their acculturation. It should be noted that these States, thanks to their predisposition to be democratic, have been able to incorporate these principles perfectly into their domestic legal systems and to create institutions for their effectiveness. Undoubtedly, this effective democracy so necessary in these countries can be achieved through the raising of awareness and strengthening of national and international institutions for their safeguarding.

Keywords: francophone black Africa; democracy; election; institutions; international organizations.

Date of submission: 04/02/2024

Date of approval: 27/03/2025

INTRODUCTION

Dans ce monde désormais globalisé où les valeurs et principes qui ont pour finalité la protection de l'être humain s'universalisent à vitesse de croisière, la quasi-totalité des États convergent sur le fait que la démocratie est la meilleure forme de gouvernement en l'affichant comme un étendard de victoire sur les régimes totalitaires et autoritaires d'antan.

Les élections, même si elles ne constituent pas à elles seules la démocratie, constituent le pilier sur lequel elle repose. Aussi, l'inhérence des élections à la démocratie a-t-elle été certifiée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme en ces termes:

La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu régulièrement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure adéquate assurant la liberté du vote (ONU, [1948]).

Il faut noter que le continent africain n'a pas échappé à cet héritage de la Grèce antique taillé poli et galvanisé en occident. En effet, dès leur libération du joug colonial, les États africains en général et les États d'Afrique Noire Francophone (EANF)¹ en particulier, n'ont pas très tôt embrassé la démocratie comme régime politique. En effet, des "élections sans choix" (Hermet, 1977) aux "élections disputées" (Kokoroko, 2009), le chemin pour accéder aux élections démocratiques n'a pas été un long fleuve tranquille, car la vague des indépendances des années 1960 a vu déferler en Afrique, des partis uniques, des régimes militaires et des dictatures en tous genres, toutes idéologies confondues et cette situation a débouché sur une "gestion politico-économique souvent chaotique" (Kokoroko, 2005, p. 255) dont les conséquences ne sont plus à énumérer.

L'on a ainsi pensé que, dès les années 1990, avec le vent de la démocratie la situation politique africaine aurait pu changer la donne. L'accueil de la démocratie électorale par les EANF a conduit aux transitions démocratiques découlant du phénomène des conférences nationales souveraines. Ces transitions démocratiques ayant abouti rarement aux changements politiques radicaux, ont au contraire donné naissance à des "démocraties émasculées" au sein desquelles, les anciens "autocrates" convertis "démocrates" rendent l'alternance au pouvoir quasi impossible.

Olivier Duhamel et Yves Mény définissent l'alternance comme

un transfert de rôle démocratique au terme duquel, dans le respect des institutions, les partis d'opposition (ou une fraction d'entre eux) accèdent au pouvoir politique et les partis (ou une fraction d'entre eux) entrent dans l'opposition (Duhamel; Mény, 1992, p. 25 et ss.),

¹ L'expression "États d'Afrique noire francophone" renvoie aux anciens territoires français d'Afrique occidentale et Centrale, ainsi que Djibouti, les Comores et Madagascar qui ont en partage la langue française (Kamto, 1997, p. 46).

en clair, on parle d'alternance lorsque que des partis appartenant à des courants politiques différents se succèdent au pouvoir permettant ainsi d'assurer successivement le changement de majorité après l'organisation d'élections présidentielles ou d'élections législatives, selon que l'on soit en régime présidentiel ou parlementaire.

Or, si l'on considère que l'enracinement progressif des principes et valeurs de la démocratie pose de manière explicite la possibilité d'une alternance démocratique, celle-ci devient l'outil d'évaluation voire de consolidation de la démocratie. L'alternance démocratique constitue ainsi, un signe distinctif de l'acceptation de la compétition électorale et un gage d'émancipation des régimes politiques des EANF, qui ont malheureusement, longtemps été dominés par la confiscation et la personnalisation du pouvoir. Mieux, elle est un élément fondamental de l'État de droit et une preuve de la vitalité d'une démocratie (Hengelela, 2016).

Il convient de reconnaître que, les États de l'ANF qui sont l'ensemble des pays de l'Afrique subsaharienne qu'ont souffert de la colonisation française et dont la culture politique est une schématisation plus ou moins fidèle du model français qui se repose sur la démocratie, ont certes accepté, adhéré et transposé les principes de démocratie électorale dans leurs ordonnancements juridiques internes. Cependant, l'effectivité de ces principes dans la pratique démocratique ne s'observe en Afrique noire francophone qu'en théorie. Pour tout dire, dans ces États on a l'impression que "tout change afin que rien ne change».

Comment expliquer cet état de choses ? Au demeurant, "des courants d'opinion expriment un scepticisme accru et de sérieux doutes à la fois sur l'effectivité de ce constitutionnalisme et sur son adaptation aux sociétés qu'il est censé régir» (Du Bois de Gaudusson, 2007). Est-ce donc à dire que les principes démocratiques de dévolution du pouvoir sont-ils "étrangers" aux États de l'ANF, s'agit-il d'une acculturation démocratique ? Si oui, pourquoi cette acculturation ne permet pas l'alternance ?

Loin des thèses pessimistes qui réfutent l'existence des valeurs démocratiques dans les sociétés traditionnelles africaines (Gueye, 2004, p. 194 et s.), l'hypothèse imminente de ce travail considère que l'histoire politique des États sous étude, ne leur a pas laissé d'autre choix que celui de l'acculturation des principes démocratiques puisque l'acculturation à la base constitue le phénomène par lequel des modifications se produisent dans un groupe culturel par suite du contact permanent avec un groupe (généralement plus large) appartenant à une autre culture². Cette acculturation dans le cas des États de l'ANF se justifie et se manifeste d'autant plus que leur constitutionnalisme actuel s'est construit "par mimétisme, voire servilisme" (Chauvaux, 2009). Ainsi, l'on peut dire que ces principes mimés restent dans une large mesure théorique du fait de leur "simplification abusive, conduisant à une interprétation tout à fait erronée"³, et pour que ces États sortent de ce "bricolage démocratique" (Ngalasso, 1996, p. 15), un changement politique radical est de rigueur malgré les pratiques erronées des dirigeants qui s'imposent et qui tendent à une sorte de situation minutieusement orchestrée.

² Selon Powell, "The force of acculturation under the overwhelming presence of millions has wrought great changes" (1880, p. 46).

³ Expression empruntée à Chantebout (2010).

Cette étude qui touche à une question essentielle dans le processus de consolidation démocratique et de développement démocratique des États de l'ANF, sera réalisé à travers une démarche analytique qui prend en compte les dimensions historiques, politiques et surtout juridiques de la question.

Notre étude emprunte ainsi un cœur à deux voies qui démontrera qu'il y'a une assimilation presque parfaite des principes démocratiques favorables à l'alternance politique par les EANF (I), tandis que l'effectivité de l'alternance reste cependant conditionnée par un changement politique radical (II).

1 L'ASSIMILATION NORMATIVE PRESQUE PARFAITE DES PRINCIPES DEMOCRATIQUES FAVORABLES A L'ALTERNANCE POLITIQUE

Dès leur accession aux indépendances, dans le souci de créer un environnement pacifique favorable au respect et la protection de la dignité humaine, les États de l'ANF ont adhéré aux instruments démocratiques internationaux qui prônent les principes démocratiques. Avec le vent de la démocratie qui a secoué l'Afrique l'on assiste à une profonde mutation du droit régional africain vers une protection de plus en plus accrue des droits démocratiques (Hengelela, 2016).

Ceci dénote une assimilation presque parfaite des principes démocratiques par les États d'ANF, qui se justifie par une adhésion formelle aux standards démocratiques (A), cette adhésion paraît indubitable puisqu'on peut observer une transposition de ces principes en droit interne, corroborée par leur concrétisation dans les instruments juridiques nationaux (B).

1.1 Une assimilation justifiée: l'adhésion formelle aux standards démocratiques

L'adhésion est l'acte par lequel un État accepte l'offre ou la possibilité de devenir partie à un traité déjà négocié et signé par d'autres États⁴. Les États africains ont "opéré officiellement un choix en faveur des valeurs et principes universels de la démocratie" (Du Bois de Gaudusson, 2009, p. 50). Cette élection se traduit par leur adhésion aux instruments démocratiques supranationaux et l'adaptation de leurs actes constitutifs à ceux-ci. En effet, "l'une des premières démarches à effectuer par le gouvernement d'un pays accédant à l'indépendance est de demander son admission comme membre de l'ONU" voyant en cette organisation un idéal tout étant convaincu que les principes et valeurs qui y sont évoqués sont primordiaux pour leur bon fonctionnement et leur cohésion avec le reste du monde. À ce titre, à partir de 1960, année où le processus de décolonisation a atteint son point culminant, nombreux pays de l'Afrique subsaharienne francophone

⁴ Elle a le même effet juridique que la ratification. L'adhésion se produit en général lorsque le traité est déjà entré en vigueur. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a cependant déjà accepté, en tant que dépositaire, des adhésions à certaines conventions avant leur entrée en vigueur. Les conditions auxquelles l'adhésion peut se faire et la procédure à suivre dépendent des dispositions du traité. Un traité peut prévoir l'adhésion de tous les autres États ou d'un nombre d'États limité et défini. En l'absence d'une disposition en ce sens, l'adhésion n'est possible que si les États ayant participé à la négociation étaient convenus ou sont convenus ultérieurement d'accepter l'adhésion de l'État en question. Voir Art. 2, par. 1, al. b) et art. 15, Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (ONU, 1969).

eurent leur indépendance et ont été reconnus comme membres de l'ONU sous demande de leurs autorités gouvernementales. Les deux premiers pays de l'Afrique noire francophone à entreprendre cette action en 1960 sont le Cameroun et le Togo, ensuite les autres pays au fur et à mesure qu'ils devenaient indépendants s'incorporaient au système des Nations Unies (Lewin, 2006).

Cette incorporation au système de l'ONU implique l'acceptation de ses principes et valeurs qui ont pour finalité la pacification du monde à travers la protection des droits de l'homme. La démocratie est sans doute l'un des principes fondamentaux des Nations Unies dans la mesure où elle offre un environnement naturel de protection des droits humains. Absent dans la charte des Nations Unies, la démocratie, comme valeur fondamentale de cette institution a été adoptée dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 (ONU, 1948).

Cette déclaration qui recueille les droits fondamentaux et naturels qu'a tout individu pour le seul fait d'être humain sans aucune forme de discrimination retient la démocratie comme un système efficace pour la garantie de la protection et jouissance de ces droits. Énoncé comme un idéal⁵ dans cette déclaration, le concept de démocratie a espéré jusqu'en 1966 pour être configuré juridiquement dans le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 19 décembre. Les Nations Unies, convaincues que la jouissance des libertés civiles et politiques et le développement humain, ne peut être réalisé que si "des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits civils et politiques, aussi bien que de ses droits économiques, sociaux et culturels, sont créées", réaffirmèrent les principes et valeurs démocratiques que tous les États membres se sont compromis à garantir afin de pouvoir assurer le respect et la protection de la dignité humaine sur le plan national aussi bien qu'international (ONU, 1966).

La soif des jeunes pays africains d'adhérer aux principes démocratiques pour une protection effective des droits de l'homme ne s'est pas assouvie avec leur appartenance à l'organisation internationale universelle qu'est l'ONU vue qu'ils n'ont pas tardé à adhérer aux Organisations régionaux et sous-régionaux qui sont également des sujets de droit international œuvrant en corrélation avec les Nations Unies pour la pacification des relations interpersonnelles aussi bien qu'internationales.

Dans cet élan, il faut signaler l'adhésion des pays de l'Afrique noire francophone à l'Organisation de l'Unité Africaine créée en 1963 et devenue l'Union Africaine (UA) en 2002 (UA, 2000). Cette institution dont l'un des objectifs primordiaux est d'assurer la coopération internationale compte garantir la protection des droits humains par la promotion d'institutions démocratiques, la participation populaire et la bonne gouvernance. En d'autres termes, l'UA s'est appelé à lutter pour l'obtention et l'ancrage en Afrique de ces principes démocratiques, désormais dénommés "biens publics mondiaux" (Haut Conseil..., 2002), inscrits dans l'agenda de globalisation que sont la démocratie, les droits de l'homme, la paix, la stabilité,

⁵ Dans l'article 29. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (ONU, [1948]), les Nations Unies ont fait référence à la démocratie comme un système de garantie des droits fondamentaux et des libertés publiques. Et en parlant du "bien-être général dans une société démocratique" on sous-entend cette intention de considérer la démocratie comme un standard.

le développement économique, la bonne gouvernance, la transparence, l'éthique, ainsi que l'éradication de la faim, des maladies et de la corruption.

Elle est fondée à l'image de l'Union européenne pour l'épanouissement des africains (Parga, 2003). Persuadé que l'acquisition de ces biens requière une ferme volonté politique des dirigeants élus démocratiquement, l'UA s'est dotée de nombreux textes qui régissent les principes démocratiques favorisant l'alternance politique pacifique. Il s'agit essentiellement de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples signée et ratifiée par tous les États membres de l'UA⁶, de la Déclaration sur les principes régissant les élections démocratiques en Afrique, adoptée par l'UA à Durban en 2002, des Directives pour les missions d'observations et de suivi des élections de l'Union africaine, également adoptées à Durban en 2002 et enfin de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, entrée en vigueur en février 2012⁷.

En principe, l'adhésion des États de l'ANF à l'Union africaine implique leur soumission à tous les instruments dont dispose cette organisation en vertu du principe du *pacta sunt servanda*⁸, puisque la garantie et l'effectivité de ces principes adoptés en commun accord avec les Nations Unies ont pour objectif le bien-être continental⁹. Nous pouvons ainsi affirmer que l'UA et son prédécesseur, l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) ont consacré des énergies et des ressources considérables à l'articulation, l'élaboration et la mise en application de divers instruments et protocoles portant sur les fondements et les principes de base de la gouvernance démocratique et de la paix (Groupe des Sages de l'Union africaine, 2012), qui favoriseraient en temps normal l'alternance politique.

Comme mentionné plus haut, l'adhésion des États de l'ANF aux principes démocratiques se justifie du fait, qu'en dehors de ces engagements internationaux universels et continentaux précités, ces États se sont compromis dans des cadres plus restreints afin de mieux observer les principes et valeurs de la démocratie. Dans ce contexte, il faut noter l'adhésion des pays de l'Afrique subsaharienne francophone à des organisations sous régionales qui font de la garantie de la démocratie un combat légitime. A cet effet, la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) est une référence non négligeable avec l'adoption du protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité. Ce protocole qui régit dans les moindres

⁶ La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (UA, 2007), qui porte sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des peuples, a été adoptée par la dix-huitième session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement, en juin 1981 à Nairobi (Kenya). Elle est entrée en vigueur le 21 octobre 1986 conformément à l'article 63 (3) qui requiert la ratification/adhésion de la majorité simple des États membres pour l'entrée en vigueur. Tous les États membres ont ratifié la Charte. Il y a la Zambie et l'Égypte qui y ont émis quelques réserves. La Zambie a émis des réserves sur l'article 13(3) et l'article 37, tandis que l'Égypte l'a fait à propos de l'article 8, de l'article 18(3) et de l'article 9(1) (UA, 2012).

⁷ Huitième session de la conférence ordinaire des Chefs d'État (UA, 2007).

⁸ Cette locution latine affirmant le principe majeur selon lequel les traités et, plus généralement, les contrats doivent être respectés de bonne foi par les parties contenues dans le code civil aux articles 1193 et 1194, constitue un principe cardinal du droit des traités pour les États parties en Droit international.

⁹ Commission de l'Union Africaine, Stratégie Africaine des droits de l'homme (ACHPR, [2021]).

détails les principes démocratiques dans la sous-région, constitue, en quelque sorte, une véritable constitution régionale (Fall; Sall, [s.d.], p. 6).

Enfin, il faut souligner que le désir ardent des peuples de l'Afrique noire francophone d'implanter les bonnes pratiques démocratiques dans leurs États ne se limite pas à leur adhésion aux multiples instruments internationaux, régionaux et sous-régionaux, mais s'observe aussi dans la transposition des dispositions desdits instruments en droit interne et l'aménagement d'un environnement juridique propice pour l'application des principes généraux des organisations internationales dont ils sont membres. Ce faisant, les États de l'ANF manifestent leur assimilation des principes démocratiques.

1.2 Une assimilation manifestée: la réception effective des standards démocratiques par les états

L'irruption des organisations internationales modifie la nature de l'État, « l'État, devenu État membre », ne peut plus être considéré comme un État souverain traditionnel (Chaltiel, 2010, p. 163-164) puisqu'il a cédé une partie de sa souveraineté, qui l'oblige à intégrer dans son ordonnancement juridique interne, les normes par lui souscrites. Membres de plusieurs organisations internationales garantissant la démocratie, les États d'ANF ont manifesté de la volonté de créer des sociétés démocratiques en réceptionnant les standards démocratiques dans leurs textes nationaux, ce qui permet ensuite la mise en place des institutions pour leur garantie.

Les valeurs et principes démocratiques sont érigés au sommet de la hiérarchie des normes dans chacun des États. À ce titre, la constitution fondatrice de l'État de Guinée du 11 Novembre 1958, une des toutes premières constitutions de l'ANF, dispose dans son préambule l'adhésion totale du pays, aux principes et valeurs proclamés dans la Charte des Nations Unies et aux droits et libertés formulées dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. En plus elle stipule en son premier article que "la Guinée est une république démocratique, laïc et sociale" (Guinée, 1958).

La Constitution du Burkina Faso quant à elle, consacre un chapitre entier aux droits et devoirs politiques. C'est aussi le cas du Togo dont la constitution de la première république souligne dans son préambule que le peuple togolais, "fermement attachés aux principes qui ont inspirés la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", s'engage à promouvoir la liberté, l'égalité et la justice avant de solder que la République togolaise est démocratique et sociale dans l'article 2 (Togo, 1961). Nous pouvons ainsi multiplier les exemples de normes internationales démocratiques constitutionnalisées par les États, cependant une chose est sûre, l'on remarque une certaine homogénéité dans le contenu donné aux droits politiques dans les différents textes constitutionnels des États d'ANF (Hennebel; Tigroudja, 2016, p. 1169 et s.).

Cette démarche de constitutionnalisation des principes démocratiques énoncés par les organisations internationales d'envergure universelle et régionale, observée dans la quasi-totalité des États de l'ANF, traduisant leur acceptation massive des idéaux démocratiques comme fondements n'a trouvé une concrétisation matérielle qu'après la vague de démocratisation des années 1990 et particulièrement, au travers des conférences nationales souveraines qui

se sont soldées par le renforcement de la démocratie à travers la mise en place de *gardes fous* démocratiques ainsi que la création d'institutions plus démocratiques.

Il faut d'entrée dire que les pays de l'ANF, aux lendemains de leur accession aux indépendances, ont connu des dirigeants qui ont institué des régimes totalitaires, et des systèmes de parti unique. C'est pour pallier cette violation des principes démocratiques qu'à la suite de multiples revendications de la société civile, face à la crise socio-économique et politique qui secouait ces États, les partis politiques de l'opposition ont emmené les gouvernants à un dialogue national pour revendiquer une gestion plus démocratique des États. Ces assises entre gouvernants, partis politiques de l'opposition et société civile ont eu lieu dans ces États sous forme de conférences; d'où la dénomination conférences nationales souveraines.¹⁰

Ces changements constitutionnels qui ont comporté la plupart du temps la limitation des mandats présidentiels et législatifs, l'instauration du multipartisme, l'approbation des missions d'observation électorales, ont également inclue la création d'institutions démocratiques à l'instar des commissions électorales indépendantes chargées de l'organisation des élections, ainsi que la mise en place des cours chargées de la gestion des conflits électoraux.

Comme signalé plus haut, les conférences nationales furent un évènement caractéristique dans l'évolution politique des États de l'ANF, vue qu'elles les ont emmenés tous à opérer des choix politiques presque homogènes vers "la démocratie pluraliste comme modèle d'organisation et de gestion des pays" (Berci, 2001, p. 59). Ce choix qui implique sans doute le multipartisme, les élections compétitives et régulières, le multi-syndicalisme, la pluralité de la presse, le respect des droits de l'homme et la garantie des libertés fondamentales s'est matérialisé dans les nouvelles constitutions avec toutes les garanties possibles. C'est ainsi que l'on peut observer dans la constitution béninoise de 1990 une restructuration élégante des instruments étatiques mettant la dignité humaine au-dessus de toute autre considération. Dans cette logique, cet acte constitutif dit démocratique instaure la cour constitutionnelle, la séparation des pouvoirs tout en reconnaissant la souveraineté nationale au peuple qui doit l'exercer par ses représentants et par voie de referendum.

Pour la garantie de cette souveraineté populaire, des structures de gestion des élections ont été créés et l'ensemble du scrutin est soumis à un code électoral qui contient les mécanismes démocratiques d'organisation et du déroulement des élections. L'on ne peut pas passer sous silence la création d'un organe indépendant disposant d'une réelle autonomie par rapport aux institutions étatiques qui assure la gestion des élections. C'est ainsi que nous avons au Bénin, la Commission Électorale Nationale Autonome (CENA) qui mis fin, en 1995, à la prérogative du ministère de l'intérieur en matière d'organisation des élections.¹¹

¹⁰ La dénommée démocratisation en Afrique a démarré en 1990 avec les conférences nationales souveraines qui sont soldé par l'institutionnalisation du multipartisme dans des constitutions renouvelées (Fondation Nationale..., 1997).

¹¹ Il faut noter que cette structure de gestion des élections n'est devenue permanente qu'en 2013 avec sa consécration dans le code électoral (Benin, 2014).

Dans la même dynamique, tous les États de l'ANF¹² ont suivi le pas de la République du Bénin en reconnaissant une réelle valeur constitutionnelle aux principes démocratiques, en adoptant des codes électoraux basés sur ces principes et en créant des institutions aptes de garantir leur application effective (Diarra, 2005). Au demeurant, il est primordial de mettre en exergue la promotion par ces pays, des missions d'observation des élections par des organismes internationaux tel que l'ONU, l'UA, la CEDEAO, des ONG entre autres dans le souci d'assurer la transparence des processus électoraux.

Au regard de tout ce qui précède, il est sans doute judicieux d'affirmer que les pays de l'ANF ont réussi à réaliser une parfaite incorporation des principes démocratiques forgés par l'occident et érigés en standard par les organisations internationales dans leur droit interne. Reste à savoir si ces principes arrivent à produire les effets escomptés dans la réalité politique et sociale desdits États surtout en ce qui concerne l'alternance démocratique, puisqu'au demeurant, ces changements normatifs n'ont pas pour autant permis dans la plupart des cas, des changements de gouvernants. Ainsi afin de réellement ressentir l'effectivité des principes démocratiques au sein des États de l'ANF, il faudra un changement politique radical.

2 LE CHANGEMENT POLITIQUE RADICAL INDISPENSABLE A L'EFFECTIVITE DE L'ALTERNANCE POLITIQUE

L'adhésion des États d'ANF aux différents instruments universels et régionaux qui prônent la démocratie a été l'un des objectifs premiers de ces jeunes États indépendants. Cette adhésion, qui s'est traduite par l'incorporation des principes démocratiques dans l'ordre juridique interne des EANF, ne s'est pas accompagné d'une mise en pratique effective. L'on constate amèrement que dans leur mise en œuvre, les principes démocratiques ont été détournés voir dépouillés de leur sens, cependant l'espoir pour les EANF de retrouver "*le chemin de Damas*" n'est pas pour autant à exclure. Le changement radical de la politique des États d'ANF qui semble nécessaire (A) se trouve également être possible (B).

2.1 Un changement radical nécessaire: le dévoisement orchestre de la pratique démocratique

Les EANF dans la mise en œuvre des principes démocratiques hérités, ont plutôt procédé à une politisation des institutions démocratisantes qui a conduit à une instrumentalisation des normes censées démocratiser, ceci démontre ainsi que le dévoisement des principes démocratiques dans la pratique des EANF a été un phénomène savamment orchestré.

La politisation des institutions impliquées dans le processus électoral qui garantissent l'effectivité des droits démocratiques s'est mis en place à travers la politisation de l'administration qui a conduit au musellement des commissions

¹² Les Comités Electorales Nationales Indépendantes (CENI) ont été mis en place dans ces pays pour la gestion impartiale et transparentes des élections.

électorales indépendantes, pire, à l'enchaînement du juge constitutionnel, juge des élections (Mateos, 2017).

Avec les mutations opérées par les États à partir de 1990, il est désormais dans la mission naturelle de l'État et de son administration d'organiser des élections, celle-ci n'a normalement pas le droit d'intervenir dans la compétition électorale en favorisant ou en défavorisant un candidat ou un parti politique, cependant dans la majorité des États africains en général et des États d'EANF en particulier, «la dévolution (électorale) du pouvoir fut l'objet d'un dévoiement électoral constant. (...) Les élections concurrentielles africaines ressemblent dans leur majorité à des opérations plébiscitaires au profit des élites sortantes" (Aron, 1966, p. 290 e s.).

En effet, depuis l'avènement du pluralisme politique en Afrique, la majorité des élections organisées, ne semblent être que de pures formalités administratives, puisque le parti au pouvoir, organisateur des élections a une main mise sur l'administration et la quasi-totalité du processus électoral. On assiste ainsi au fait que tous les pouvoirs d'organisation du scrutin sont concentrés entre les mains d'un seul parti dans une confusion presque parfaite du parti et de l'administration (Tchivounda, 1982). D'ailleurs tout comme l'a professé l'ancien président congolais Pascal Lissouba, "on n'organise pas les élections pour les perdre" (Kokoroko, 2009, p. 116), donc il s'agit pour l'organisateur de mettre toutes les chances de son côté.

La politisation de l'administration a ainsi engendré celle des règles du jeu électoral, permettant à l'administration dans ce contexte d'instrumentaliser la norme constitutionnelle à des fins "électorales" ou à des fins de conservation de pouvoir *ad vitam aeternam* et donc la question du sens de la Loi fondamentale se pose aujourd'hui. L'Afrique francophone s'est alors inscrite dans une dynamique caractérisée par des toilettages des Constitutions, de sorte à fortifier et pérenniser le pouvoir entre les mains du parti au pouvoir tout en annihilant toute volonté de changement (Gonidec, 1974, p. 80; Cabanis; Martin, 2008). Les procédures de révision constitutionnelle sont de plus en plus dévoyées et détournées au profit de combines et techniques politiciennes parfois subtiles (Hountondji, 2012, p. 77) ayant pour objectif principal l'éviction des candidatures sérieuses dans la course au pouvoir.

Cette politisation s'étend également aux commissions électorales indépendantes. Ces commissions issues de l'ingénierie juridique africaine, sont censées rendre l'organisation des élections libres et transparentes. Malheureusement, dans le renouveau démocratique, l'on assiste à une politisation des commissions électorales indépendantes qui sape la neutralité voulue de ces dernières. Cette neutralité tronquée des commissions électorales, conduira lors des préparatifs, à effectuer un découpage électoral sur mesure au profit du parti sortant, organisateur des élections. Ensuite, l'administration sous coupole du parti encore au pouvoir organise un recensement électoral national tronqué.

Enfin, ces commissions électorales au cours des opérations électorales n'hésiteront pas, afin de voir gagner leur candidat, à user des techniques les plus frauduleuses, à savoir: les votes massifs des populations étrangères ou nomades, un recours généralisé au vote des mineurs, l'achat des votes, l'annulation des bulletins favorables aux partis adversaires les plus sérieux, lors du décompte des voix, le dressage et l'envoi des procès-verbaux aux commissions par les représentants du parti au pouvoir uniquement, le transport des urnes par les forces de l'ordre

qui se trouvent être des agents du parti au pouvoir, une protection des bureaux de vote par des hommes en armes, y compris à l'intérieur des bureaux de vote. Après quoi "I restera à la Cour constitutionnelle la proclamation des résultats travestis qui lui ont été communiqués par une administration électorale sous contrôle" (Kokoroko, 2009).

Dans le jeu démocratique, la cour constitutionnelle constitue l'organe qui valide ou invalide les élections qui se sont déroulées sur l'étendue du territoire. Or cette institution semble être elle aussi en camisole de force. Le juge constitutionnel qui devrait être le "*chien de garde*" des acquis démocratiques est devenu en quelque sorte "le complice d'une démocratie émasculée conçue au profit d'un pouvoir manifestement nostalgique de l'époque du parti unique acceptant difficilement l'existence de contrepoids constitutionnels" (Kokoroko, 2007).

En effet, le recrutement des membres de la cour constitutionnelle demeure un enjeu considérable pour les acteurs politiques en présence car,

l'examen de la nomination des modes de désignation des membres des juridictions constitutionnelles, acteurs en amont et en aval du processus électoral, révèle des dosages savants où la volonté d'assurer une composition diversifiée et indépendante cède souvent au souci de garantir une certaine prééminence du chef de l'État, d'abord par la forte proportion de membres choisis directement par lui, ensuite par le droit de nomination accordé à de hauts magistrats souvent assez proches du pouvoir en place (Kokoroko, 2009, p. 118).

Cette illusoire indépendance des juges constitutionnels, comme le relève Losseni Cissé, fait de cette dernière

une justice aux ordres qui est une justice dangereuse pour les citoyens. C'est manifestement une justice qui refuse d'arracher son indépendance et qui agit selon les humeurs et les passions du Chef de l'exécutif. Les magistrats sont dès lors instrumentalisés pour, non pas dire le droit, mais appliquer les instructions de l'Exécutif. Alors que, les juges doivent être non seulement indépendants des pouvoirs publics, mais aussi de toute influence de la loi. Les juges ne doivent être soumis dans l'exercice de leurs fonctions qu'à l'autorité de la loi (Cisse, 2009, p. 27).

A la politisation des organes nationaux qui entrent dans l'organisation et la validation des élections démocratiques, s'ajoute la complaisance des missions d'observation électorales. En effet, dans la conception de l'Union africaine, l'observation des élections est l'"action de recueillir des informations et d'exprimer une opinion judiciaire sur la base des informations recueillies" (UA, 2002, point 2.1.1), dont les rapports ne produisent pas d'effets juridiques à l'égard des États destinataires (Charpentier, 1970 ; Dupuy, 1975, p. 145 et s.).

Ces nombreuses violations du modèle démocratique par des dirigeants africains sous le couvert des élections ont amené Adama Gaye à qualifier ces scrutins de coup d'État civil et de détournement de l'idéal démocratique.

C'est l'ère des pronunciamientos, ces coups d'État, non plus déclamés seulement par les militaires, comme au temps où l'Amérique latine en était la championne, mais exécutés aussi en douceur par des pouvoirs civils africains revêtus du manteau électoral, des votes piratés pour mener des projets à l'opposé des rêves des démocrates-citoyens africains. C'est la tropicalisation d'un idéal universel digne d'être enseigné dans le monde entier tant il incarne l'exemple le plus achevé du détournement de la démocratie. (Gaye, 2016, p. 110).

Ce sont pour tout dire des «coups d'État électoraux»¹³ qui empêchent l'épanouissement des normes démocratiques en générale et celle de l'alternance politique en particulier. Cependant l'espoir d'une Afrique Noire Francophone démocratique n'est pas tout à fait perdu, puisque le changement est encore possible.

2.2 Un changement politique radical possible: la remise en question normative et institutionnelle

Pour le Professeur Jean Du Bois de Gaudusson, «l'ineffectivité qui a longtemps été considérée comme la caractéristique du droit constitutionnel en Afrique est plus postulée qu'elle n'est démontrée» (Du Bois de Gaudusson, 2007), ceci voudrait donc dire qu'avec un peu d'effort et de volonté, les États de l'ANF, peuvent très bien endiguer le phénomène de l'ineffectivité des principes démocratiques. Ainsi, à notre sens la remise en question normative et institutionnelle concerne aussi bien les États que les organisations internationales prônant la démocratie au sein desquelles ils sont membres. Donc nous envisageons cette remise en question aussi bien sur le plan international que national.

En effet sur le plan international, il faut souhaiter une forte normativité des principes démocratiques. La Charte Africaine de Démocratie de Elections et de la Gouvernance, en son article 23, condamne et réprime les changements anticonstitutionnels de gouvernement¹⁴. Cette disposition qui devrait servir la cause de l'alternance politique dans les États sous étude, semble n'avoir aucune force normative. La recherche de la forte normativité des textes qui militent en

¹³ C'est un terme en vogue sur le continent, relayé sur le web par de nombreux articles passionnés. Voir, Ndiaye, 2022 ; Sere, 2012 ; Filandrov, 2012 ; Klato, 2010 ; etc.

¹⁴ Selon l'art. 23 de la CADEG par exemple, constitue un changement anticonstitutionnel de gouvernement « tout putsch ou coup d'État contre un gouvernement démocratiquement élu; toute intervention de mercenaires pour renverser un gouvernement démocratiquement élu; toute intervention de groupes dissidents armés ou de mouvements rebelles pour renverser un gouvernement démocratiquement élu ; tout refus par un gouvernement en place de remettre le pouvoir au parti ou au candidat vainqueur à l'issue d'élections libres, justes et régulières ; tout amendement ou toute révision des Constitutions ou des instruments juridiques qui porte atteinte aux principes de l'alternance démocratique » (OUA, 2000).

faveur de la démocratie, des élections et surtout de l'alternance politique devrait être inscrite au programme des institutions internationales du continent. La fragmentation du régime juridique des sanctions s'appliquant au changement anticonstitutionnel de gouvernement entre plusieurs textes de force juridique variable¹⁵, ne permet pas une normativité optimale de la condamnation ni de la répression de ces changements anticonstitutionnels.

En plus d'une recherche de la forte normativité des textes démocratiques, il faut ajouter celle de la répression plus dissuasive des violations des principes démocratiques. Il est vrai qu'en général, la sanction des organisations internationales se manifeste d'abord par la non-reconnaissance du gouvernement résultant du changement incriminé, puis éventuellement dans un second temps par la suspension de la participation de l'État à ses activités, voire de son exclusion de ses instances. En notre sens, afin de dissuader de potentiels candidats à ce jeu politiques inique, il faut des mécanismes de répression plus drastiques. Sans aller vers des répressions qui pourraient porter préjudice aux populations, nous souhaitons par exemple une répression qui irait jusqu'à l'exclusion de l'État en question. En effet, si l'on ne peut nier une volonté au moins normative de l'UA ainsi de sanctionner sévèrement les changements anticonstitutionnels de gouvernement, cette sévérité ne va toutefois pas jusqu'à envisager l'exclusion de l'État partie qui enfreint les principes démocratiques¹⁶.

Concernant l'aspect pénal des changements anticonstitutionnels de gouvernement, il faut saluer l'effort de volonté de la Cour Pénale Internationale (CPI), car actuellement, parmi les affaires sous investigation au niveau de la CPI, deux d'entre elles sont relatives à des violences commises après des élections dont les résultats furent contestés (Cour Pénale Internationale, [2022]). Mais les critiques sur l'impartialité et la transparence de ladite cour, fait de cette dernière un outil peu efficace dans le cadre africain. Pour cela, nous pensons à une cour constitutionnelle Internationale africaine qui permettrait une internationalisation du droit constitutionnelle africain, mieux, un processus

d'unification des standards, principes et règles des droits constitutionnels internes, ainsi que la diffusion internationale et l'harmonisation des jurisprudences et de la doctrine des constitutionnalistes, appartenant aux différentes nationalités du monde. L'internationalisation du droit constitutionnel constitue donc, au sens propre, une interconstitutionnalité, un langage commun, une migration des idées constitutionnelles, dérivant

¹⁵ L'on y trouve en effet des textes contraignants comme « l'Acte constitutif de l'Union africaine », le « Règlement intérieur de la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement de l'Union », le « protocole relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité », la CADEG et des textes de portée symbolique comme la « Déclaration de Lomé sur le cadre pour une réaction de l'OUA face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement ».

¹⁶ Contrairement à l'UA, l'art. 8 du statut du Conseil de l'Europe prévoit que « Tout Membre du Conseil de l'Europe qui enfreint gravement les dispositions de l'art. 3 peut être suspendu de son droit de représentation et invité par le Comité des Ministres à se retirer dans les conditions prévues à l'art. 7. S'il n'est pas tenu compte de cette invitation, le Comité peut décider que le Membre dont il s'agit a cessé d'appartenir au Conseil à compter d'une date que le Comité fixe lui-même » (Conseil de l'Europe, 1993).

de l'harmonisation et de l'unification, entre les nations, de leurs droits constitutionnels nationaux (Ben Achour, 2015, p. 115).

Nous pensons que l'unification du droit constitutionnel dans les EANF permettrait à endiguer un temps sois peu le phénomène de changement anticonstitutionnel de gouvernement. Hormis la remise en cause des normes et institutions internationales, il est également indispensable de se questionner sur l'amélioration des normes et des institutions au sein des États. Sur le plan interne propre aux États d'ANF, il s'agit, afin de connaître des lendemains meilleurs en matière de dévolution du pouvoir, de chercher à sauter la gangrène ethnique qui permettra de restituer le pouvoir au peuple qui pourra enfin s'exprimer au travers de la société civile et de l'opposition.

Le phénomène de manipulation des ethnies à des fins politiques a débuté depuis l'époque coloniale, à la suite du colon, l'identité africaine est même considérée comme une identité ethnique, c'est-à-dire que "...la citoyenneté commence chez nous l'appartenance ethnique et que par conséquent, l'individu doit être à priori intégré à partir de cette grille primaire" (Nyamsi, [s.d.]). Dans le contexte des EANF, l'ethnie est l'outil privilégié par lequel les partis au pouvoir manipulent le peuple. En effet, les luttes ethniques

sont toujours et partout influencées en grande partie par l'ambition de conserver ou de conquérir le pouvoir. Ainsi, on exacerbe le sentiment ethnique, régional ou national pour mieux ancrer le pouvoir; et il s'agit malheureusement et bien souvent du pouvoir d'exploitation (Mbaye, 2002, p. 309).

Il est très important de pouvoir sauter cette gangrène ethnique, car quoi qu'on dise, le fait pour les africains de penser que "je préfère mon mauvais frère au pouvoir, au détriment de mon bon ami", ne permet ni une expression, ni la représentation fidèle du peuple. Nous pensons alors que s'il y'a un enraillèrent de ce phénomène du tribalisme politique, l'on observera une restitution de la souveraineté au peuple.

Il faut une restitution de la souveraineté au peuple, de ce fait, tout citoyen aurait véritablement le droit d'élire, d'être élu et "d'être consulté directement sur les grands choix de société" (ONU, [1948], art. 6). Ceci donnerait tout son sens au droit, voire au devoir de tout groupement humain de se donner une organisation politique propre à garantir et à favoriser le libre épanouissement de ses membres, la pleine jouissance par ces derniers de leurs droits (Olinga, 1994, p. 578). Il faut que les dirigeants comprennent que, le "titulaire originaire et permanent du droit à la souveraineté, c'est le peuple. L'État n'en a que l'usufruit" (Sinkondo, 1990, p. 10). D'ailleurs pour Edmond Jouve (1986, p. 79), "le premier droit d'un peuple est d'être souverain" (voir aussi Sinkondo, 1990, p. 10).

Il serait temps que les EANF donnent tout son sens à la proclamation de souveraineté du peuple dont ils font l'apologie puisque toutes les constitutions des États d'Afrique Noire Francophone proclament solennellement que "la

souveraineté appartient au peuple...¹⁷. Cette restitution de la souveraineté au peuple permettrait à la société civile de s'activer dans la lutte pour la conservation des acquis démocratiques.

En Afrique Noire Francophone, la société civile¹⁸ devrait s'activer pour préserver les acquis démocratiques des années 1990¹⁹, car les parlements nationaux, aux ordres du pouvoir exécutif, ne représentent plus véritablement le peuple²⁰. Et il ne serait d'ailleurs pas exagéré de dire que la notion de "peuple" tend de plus en plus à perdre de son originalité au profit de celle de "société civile"; cette dernière incarne de nos jours les aspirations profondes du peuple dans tous les États²¹. Par exemple, face aux intentions du Président béninois M. Thomas Yayi Boni²², de réviser la constitution béninoise, il y'a eu le mouvement du "Front pour la sauvegarde des acquis démocratiques" pour faire taire ses velléités. La société civile, en défendant les acquis démocratiques permettrait à l'opposition de jouer pleinement son rôle.

Il faut reconnaître que "l'existence d'une opposition libre et agissante est aujourd'hui encore tenue pour le critérium d'une démocratie véritable" (Burdeau, 1966, p. 612), l'opposition, qu'elle soit parlementaire ou extraparlamentaire²³, dans la plupart des États africains se trouve institutionnalisée et bénéficie de droits et de privilèges qui trouvent leurs origines dans les instruments juridiques internationaux²⁴. Cependant selon M. Diop (2005), le parlement étant le cadre où le gouvernement est obligé d'écouter et de dialoguer avec les élus du peuple

¹⁷ À titre d'illustration, citons l'article 4 de la Constitution togolaise du 14 octobre 1992, l'article 32 de la Constitution béninoise du 11 juin 1991, l'alinéa 1er de l'article 26 de la Constitution malienne du 25 février 1992, l'article 5 de la Constitution nigérienne du 12 mai 1996, l'article 2 alinéa 1er de la Constitution sénégalaise du 2 mars 1998, l'article 18 alinéa 2 de la Constitution centrafricaine du 28 décembre 1994, etc. (Du Bois de Gaudusson; Conac ; Desouches, 1998).

¹⁸ La société civile désigne « l'ensemble d'organisations traditionnelles ou modernes non liées à des parties politiques, non partisans, non étatiques, non gouvernementales, à but lucratif ou non, qui œuvrent pour le développement social, économique, pour une société démocratique dans un climat de paix » (CSAO, 2005, p. 127).

¹⁹ Les leçons données par la société civile béninoise sont énormes, dans la mesure où malgré l'adoption des constitutions consacrant le multipartisme et la démocratie au cours des années 1990, le constat est que peu de pays d'Afrique Noire Francophone expérimentent réellement la consolidation de la démocratie. La plupart d'entre eux vivent encore un certain mélange d'avancées démocratiques et de persistance de pratiques antidémocratiques (Armstrong, 2011).

²⁰ Le professeur B. Guèye relève, à ce propos que « le contrôle populaire étant mis en échec par le phénomène partisan, il appartient à la société civile de l'exercer », d'autant plus que « l'Assemblée parlementaire est réduite à un appendice du gouvernement » (2009, p. 17).

²¹ Il faut toutefois souligner le rôle ambigu de certaines organisations de la société civile qui se laissent instrumentaliser, soit par le pouvoir, soit par l'opposition. Ce phénomène la décrédibilise et l'éloigne ainsi de sa vocation première, celle de contre-pouvoir.

²² Le succès de 2005 va probablement se rééditer, car le président a fait savoir qu'il ne cherchera pas à se représenter en 2016.

²³ Selon M. Diop (2005), on a selon le niveau auquel elle se manifeste, une opposition locale ou nationale. Selon la nature de leur opinion, on distingue l'opposition au système et l'opposition au gouvernement. Selon la forme de lutte, on a l'apposition légale et celle clandestine. Enfin, selon qu'elle soit représentée ou non parlement, on distingue l'opposition parlementaire et l'opposition extraparlamentaire.

²⁴ Voir, article 21, paragraphe 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (ONU, [1948]), et article 13 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (OUA, 1981).

hostiles à la politique de la majorité, pour une démocratie effective, l'opposition parlementaire mérite d'être améliorée à travers la reconnaissance à elle d'un droit de réplique pour réagir aux messages du chef de l'État et aux déclarations du gouvernement. L'opposition devrait aussi se voir réserver la moitié du temps de parole pour les questions au gouvernement.

CONCLUSION

Au regard de tout ce qui précède, il est sans doute légitime d'affirmer que l'organisation périodique d'élection est la pierre angulaire de toute démocratie. Elle permet au peuple, détenteur de la souveraineté nationale, d'opérer le choix des dirigeants pour la gestion des deniers publics avec une seule finalité : la réalisation de l'intérêt général. Cette pratique démocratique permet la délégation de la souveraineté du peuple aux gouvernants et représentants sur lesquels le peuple place sa confiance à un moment donné. Les gouvernants et les représentants ont donc la responsabilité de prendre des décisions et voter des lois qui assurent l'épanouissement du peuple souverain. Nous comprenons aussi que la périodicité des élections a pour objectif de permettre au peuple de manifester leur accord ou désaccord avec le gouvernement en place. Dans le premier cas, on assiste au renouvellement du mandat contrairement au second cas où le peuple choisit d'autres dirigeants à travers les urnes, assurant ainsi l'alternance au pouvoir.

Il est donc clair que l'organisation d'élections périodiques et transparentes est le moyen pacifique éprouvé pour éviter que les conflits sociopolitiques que peut générer le mécontentement d'un peuple envers son gouvernement, conduisent à l'utilisation de la violence ; puisqu'elle offre un terrain sur lequel l'agacement peut être exprimé par la simple éviction dudit gouvernement et l'élection d'un nouveau ayant un programme politique plus convaincant. Pour son effectivité, l'élection doit non seulement être libre et régulière mais aussi, elle doit se réaliser en toute transparence, tout en assurant l'égalité des partis politiques et des citoyens et doit s'effectuer au travers d'un mécanisme neutre et impartial conformément aux engagements internationaux contractés par les États.

Fort est de constater que dans les EANF, les engagements internationaux contractés qui ne sont autres que la tenue à intervalle régulière d'élections libres et honnêtes ne se trouvent pas accompagner de mécanismes suffisamment adéquats pour leur application effective. Les institutions mises en place pour la réalisation de l'idéal démocratique ne souffrent depuis les indépendances que d'une continuelle politisation par des dirigeants pas toujours légitimes, avides du pouvoir afin de se pérenniser à la tête de l'État contre la volonté du peuple. Ce pouls autocratique qui règne dans les EANF empêchant la réalisation d'une véritable démocratie tel que voulue par les peuples en adhérant aux instruments internationaux, qu'on se permet souvent de croire comme produit de l'acculturation des principes démocratiques est fort heureusement passible d'une éradication totale.

Les principes démocratiques sont aussi propres à la culture africaine; d'où la rapide adhésion de ces États à des organisations internationales et à l'adoption des textes constitutionnels les prônant. In fine, nous sommes convaincus que le problème d'alternance dans les États en question peut être palier par le renforcement des institutions, afin que chacune d'elle soit réellement indépendante pour pouvoir servir

de contrepoids pour l'autre évitant ainsi des abus. Aussi nous mettons en exergue la création au niveau régional d'institutions suffisamment dotés de capacité pour assurer que chaque gouvernement observe les valeurs et principes démocratiques auxquels son pays a souscrit en adhérant aux organisations internationales.

RÉFÉRENCES

ARMSTRONG, B. *Ne touche pas ma Constitution: pressures and presidential term limits*. Northwestern University: Department of Political Science, 2011.

ARON, R. *Démocratie et totalitarisme*. Coll. Folio/Essais. Paris: Gallimard, 1965.

BEN ACHOUR, Y. Quelle différence entre une cour constitutionnelle internationale et une cour mondiale des droits de l'homme?. In : GHACHEM, Asma ; PALLARD, Henri (orgs.). *Une cour constitutionnelle internationale au service du droit démocratique et du droit constitutionnel: actes du colloque des 16 et 17 juin 2015 à Rabat*. Beyrouth : Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

BENIN. Loi n° 2013-06 du 25 novembre 2013. Code électoral. *Publiée au journal officiel n° 03 bis numéro spécial du 07 février 2014*. Benin: WANEP-BENIN, 2014.

BURDEAU, G. *Traité de science politique*. Tome VII. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966.

BUREAU D'ETUDES ET DE RECHERCHES CONSULTING INTERNATIONAL (BERCI). *Les leçons à tirer de la conférence nationale souveraine et ses implications pour le dialogue intercongolais*. Kinshasa: BERCI, 2001. Disponible sur : https://www.ndi.org/sites/default/files/1296_cd_natconf2001_0.pdf. Accédé en: 03 jul. 2021.

CABANIS, A.; MARTIN, M. L. La pérennisation du Chef de l'État: l'enjeu actuel pour les Constitutions d'Afrique francophone. In : DU BOIS DE GAUDUSSON, Jean et al (com. éd.). *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic: démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation*. Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 349-380.

CHALTIEL, F. Contribution à la théorie juridique du statut de l'État membre de l'Union européenne: l'exemple français. In: CEDECE. *Démarche communautaire et construction européenne*. France: CEDECE, 2010, p. 163-178.

CHANTEBOUT, B. *Droit constitutionnel*. 27. éd. Paris: Sirey, 2010.

CHARPENTIER, J. Réflexions sur la nature des recommandations des organisations internationales et les actes de planification. *RGDIP*, 1970, p. 870-969.

CHAUVAUX, D. L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009: réflexion sur un retard. *RDP*, n. 3, mai/juin 2009, p. 566-581.

CISSE, L. *La problématique de l'État de droit en Afrique de l'Ouest: analyse comparée de la situation de la Côte d'Ivoire, de la Mauritanie, du Libéria et de la Sierra Léone*. Thèse de Droit. Université de Paris XII: Val de Marne, 2009.

CLUB DU SAHEL ET D'AFRIQUE DE L'OUEST (CSAO). *Acte du Forum des partis politiques, des médias et de la société civile en Afrique de l'Ouest*. Bénin: Club du Sahel et d'Afrique de l'Ouest, 2005.

COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES (ACHPR). *ACHPR*, [2021]. Disponible sur : <https://achpr.au.int/fr>. Accédé en: 24 jun. 2021.

CONSEIL DE L'EUROPE. *Statut du Conseil de l'Europe*. Vienne: Conseil de l'Europe, 1993.

COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Situations under investigations*, [2022]. Disponible sur : <https://www.icc-cpi.int/pages/situations.aspx?ln=fr>. Accédé en: 2 mai 2021.

DIARRA, A. Les Autorité Administratives Indépendantes. *Afrology.com*, 2 juin 2005. Disponible sur: <https://www.afrology.com/?p=8111>. Accédé en: 12 jul. 2021.

DIOP, El H. O. Le statut de l'opposition dans les démocraties africaines. In : OIF ; OUA. *Actes des rencontres de Cotonou sur les pratiques politiques et constitutionnelles en Afrique: les dynamiques récentes*. Cotonou, Bénin: OIF; OUA, 2005.

DU BOIS DE GAUDUSSON, J.; CONAC, G.; DESOUCHES, C. *Les Constitutions africaines publiées en langue française*. Tome 2. Bruxelles; Paris: Bruylant: La documentation Française, 1998.

DU BOIS DE GAUDUSSON, J. Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir. In: *RENOUVEAU du droit constitutionnel: mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*. Paris: Dalloz, 2007, p. 609-627.

DU BOIS DE GAUDUSSON, J. Le mimétisme postcolonial, et après?. *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 45-55.

DUHAMEL, O.; MÉNY, Y. *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: PUF, 1992.

DUPUY, R. J. Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la soft law. In: *Société Française pour le Droit International (SFDI). L'élaboration du droit international public*. Paris: A. Pedone, 1975.

FALL, I. M.; SALL, A. *Une Constitution régionale pour l'espace CEDEAO: le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance de la CEDEAO*. [S.l.]: [s.n.], [s.d.], 7 p. Disponible sur: https://jaga.afrique-gouvernance.net/_docs/pr_sentation_et_analyse_du_protocole_sur_la_d_mocraton_de_la_ceedao.pdf. Accédé en: 15 déc. 2024.

FILANDROV, M. Poutine président : nous avons assisté à un coup d'État électoral. *Association Russie-Libertés*, 07 mars 2012.

FONDATION NATIONALE DES SCIENCES POLITIQUES. *La démocratisation en Afrique subsaharienne*. Paris : Centre de documentation contemporaine, 1997. Disponible sur: <https://www.sciencespo.fr/bibliotheque/sites/sciencespo.fr/bibliotheque/files/pdfs/democratisation-afrique-sub-saharienne.pdf>. Accédé en: 11 déc. 2024.

GAYE, A. *Demain, la nouvelle Afrique!*. Paris : L'Harmattan, 2016.

GONIDEC, P. *Les systèmes politiques africains*. Tome II. Paris: LGDJ, 1974.

GROUPE DES SAGES DE L'UNION AFRICAINE. Les conflits et la violence politique résultant des élections. Consolider le rôle de l'Union africaine dans la prévention, la gestion et le règlement des conflits. *La collection l'Union africaine*. New York: International Peace Institute, 2012. Disponible sur :<https://www.ipinst.org>. Accédé en: 15 déc. 2024.

GUËYE, B. La démocratie en Afrique : succès et résistances. *Pouvoirs*, n. 129, 2009, p. 5-26.

GUEYE, B. *Le mal africain, plaidoyer pour le développement de l'Afrique*. [S.l.]: Ed. Souvenir, 2004.

GUINÉE. *La Constitution du 10 novembre 1958*. Conakry : Assemblée Nationale, 1958.

HAUT CONSEIL DE LA COOPERATION INTERNATIONALE. *Biens publics mondiaux et coopération internationale: nouvelle stratégie pour de nouveaux enjeux*. France: Karthala, 2002.

HENGELELA, J. C. Les garanties juridiques de l'alternance politique dans les chartes constitutives des organisations internationales africaines. Cas de l'UA, de la SADC et de la CIRGL. *Kas African Law Study Lirary*, n °3, 2016, p. 80-98.

HENNEBEL, L.; TIGROUDJA; H. *Traité de droit international des droits de l'homme*. Paris: Pédone, 2016.

HERMET, G. Les élections sans choix. *Revue Française de Science Politique*, 27eme année, n° 1, p. 30-33, 1977.

- HOUNTONDI, Éric. Le pouvoir du Parlement en matière de révision de la Constitution en Afrique de l'Ouest. *RID*, n. 43, 2012.
- JOUVE, E. *Le droit des peuples*. Paris: PUF, 1986.
- KAMTO, M. *Pouvoir et Droit en Afrique noire: essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*. Paris : LGDJ, 1997.
- KLATO, D. *Echec à un coup d'état électoral en Côte d'Ivoire*. [S.l.], [s.n.], 8 déc. 2010.
- KOKOROKO, D. *Contribution à l'étude de l'observation internationale des élections*. Thèse de doctorat en Droit. Poitiers: École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat, 2005.
- KOKOROKO, D. La contribution de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques, les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo. *R.B S J A*, n°. 18, 2007.
- KOKOROKO, D. Les élections disputées: réussites et échecs. *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 115-125.
- LEWIN, A. Les Africains à l'ONU. *Relations Internationales*, n° 128, v. 4, 2006, p. 55-78.
- MATEOS, O. África Subsahariana: de la euforia económica a la frustración sociopolítica. *Anuario Internacional CIDOB*, 2017, p. 164-71.
- MBAYE, K. *Les droits de l'homme en Afrique*. 2. ed. Paris : A. Pedone, 2002.
- NDIAYE, A. Tentative de coup d'État électoral. *L'Observateur*, 23 juin 2011 ; *Courrier International*, 01 juin 2022. Disponible sur : <https://www.courrierinternational.com/article/2011/06/23/tentative-de-coup-d-etat-electoral>. Accédé en : 15 déc. 2024.
- NGALASSO, M. M. Démocratie : le pouvoir des mots. *Politique Africaine*, n. 64, 1996, p. 3-17.
- NYAMSI, F. Réflexions sur les scandales universitaires de l'ethnisme camerounais. *Germinal le prix de la vérité*, [s.d.], disponible en ligne sur : <http://www.germinalnewspaper.com>.
- OLINGA, A. D. Désuétude programmée ou pérennité assurée ? Enquête sur les mutations conceptuelles du principe d'autodétermination en droit international contemporain. *RADIC*, tome 6, n° 4, déc. 1994, p. 571-593.
- ORGANISATION DE L'UNITE AFRICAINE (OUA). *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*. Nairobi, Kenya: OUA, 1981.

ORGANISATION DE L'UNITE AFRICAINE (OUA). *Déclaration sur le cadre pour une réaction de l'OUA face aux changements anticonstitutionnels adoptée*: Doc. AGH/Décl. 5 (XXXVI). Lomé : Juillet, 2000.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU). *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Vienne: ONU, 1969.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU). *Déclaration universelle des droits de l'homme*. [1948]. Disponible sur : <https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>. Accédé en: 09 sep. 2024.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU). *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. New York : ONU, 1966.

PARGA, L. P. La Unión Africana, pálido reflejo de la Unión Europea. *Nómadas - Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, n° 8, 2003.

POWELL, J. W. The force of acculturation under the overwhelming presence of millions has wrought great changes, *Introduction to the study of Indian languages*. 2. éd. Washington, D.C.: U. S. Government Printing Office, 1880.

SERE, N. Prémices d'un coup d'État électoral. *Téranga Vision Médias*, 7 sep. 2012.

SINKONDO, M. H. Principes de souveraineté, droit des peuples et sécurité en droit international contemporain (Libres réflexions sur les normes non flexibles). *PENANT - Revue de Droit des Pays d'Afrique*, 100 a., n° 802, jan./mai 1990, p. 7-27.

TCHIVOUNDA, G. P. (1982), La confusion du parti et de l'administration. In: TCHIVOUNDA, Guillaume Pambou. *Essai sur l'État africain postcolonial*. Paris: LGDJ, 1982.

TOGO. *Constitution du 9 avril 1961*. Lomé: Assemblée Nationale, 1961.

UNION AFRICAINE (UA). *Acte constitutif de l'Union Africaine*. Lomé: UA, 2000.

UNION AFRICAINE (UA). *Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance*. Addis Abeba: Huitième session de la conférence ordinaire des Chefs d'État , 2007.

UNION AFRICAINE (UA). *Directives de l'Union africaine pour les missions d'observation et de suivi des élections*. Durban : Union Africain, 2002.

UNION AFRICAINE (UA). *Rapport sur l'état des traités de l'OUA/UA* (au 11 juillet 2012). Addis Abeba : Union Africain, 2012. Disponible sur : <https://www.peaceau.org/uploads/ex-cl-728-xxi-f.pdf>. Accédé en : 15 déc. 2024.

A LIBERDADE SOB O ESTADO DE DIREITO

Pedro Nobuyuki Urashima*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo responder à pergunta: se o Estado de Direito é o governo do direito, e não dos homens, o que credencia o direito a governar? Defende-se que o governo do direito tem como exigência básica a reciprocidade e que sua observância garante uma forma específica de liberdade. A investigação proposta é jurídico-teórica, de caráter argumentativo e analítico, pois tem por foco uma disputa entre ideias sobre um tópico controverso, para mostrar que determinada concepção está certa. Para defender e detalhar a tese, adota-se um conceito geral de liberdade social, a partir do qual se elabora dois parâmetros de avaliação: o parâmetro funcional e o parâmetro da justificação liberal. A conexão entre liberdade e Estado de Direito proposta por Friedrich Hayek é assim examinada e criticada por (a) não conceber os cidadãos enquanto agentes dotados de uma inviolabilidade que merece respeito; (b) não ser apta a examinar violações da liberdade que uma concepção de Estado de Direito deve considerar. Como alternativa, a importância moral de poder reivindicar direitos em juízo é destacada. O resultado é uma concepção de Estado de Direito focada em fóruns de deliberação pública nos quais a agência moral de cada cidadão é reconhecida. Nesses termos, o fundamento do Estado de Direito é a reciprocidade da justificação pública característica dos debates sobre direitos.

Palavras-chave: Estado de Direito; liberdade; liberalismo.

Data de submissão: 20/06/2024

Data de aprovação: 09/12/2024

*Graduado em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.

FREEDOM UNDER THE RULE OF LAW

Pedro Nobuyuki Urashima

ABSTRACT

The paper aims to answer the question: if The Rule of Law means that Law rules, and not men, what does entitle Law to rule? It is argued that reciprocity is a basic Rule of Law requirement and that its observance guarantees a specific form of freedom. The proposed investigation is legal-theoretical, argumentative, and analytical, since it focuses on a dispute between ideas on a controversial topic, to show that a certain conception is right. The main contention is defended and elaborated by adopting a general concept of social freedom, from which two evaluative standards follow: the functional standard and the liberal justification standard. The connection Fredrich Hayek posits between freedom and the Rule of Law is thus assessed and criticized for (a) not conceiving citizens as agents endowed with an inviolability that deserves respect; (b) not being apt to examine violations of liberty that a theory of The Rule of Law must consider. As an alternative, the moral importance of being entitled to claim rights before an adjudicative body is properly considered. The result is a conception of The Rule of Law centered on forums of public deliberation in which the moral agency of every citizen is recognized. Accordingly, the foundation of the Rule of Law is the reciprocity of public justification, which is characteristic of debates about rights.

Keywords: Rule of Law; freedom; liberalism.

Date of submission: 20/06/2024

Date of approval: 09/12/2024

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito é um dos valores centrais das sociedades liberais modernas. Basta olhar que o direito intermedeia tanto as relações que os cidadãos possuem uns com os outros — definindo as condições de responsabilidade civil e penal, as condições de validade de negócios jurídicos, as formas de criar e regularizar associações— quanto as relações entre o Estado e os cidadãos— definindo direitos fundamentais, normas procedimentais para averiguar a situação normativa dos cidadãos, as normas de eleição dos governantes. Todavia, a relevância do direito não se põe apenas em um nível descritivo, possuindo também uma relevância moral.

A definição de quais normas jurídicas serão adotadas e o modo como elas serão aplicadas possuem grande impacto na vida dos cidadãos. A liberdade de que gozam, a estabilidade de sua propriedade e o regime político sob o qual vivem dependem de quais normas jurídicas os vinculam. Desse modo, o direito se credencia como objeto de avaliação moral. Essa avaliação pode ser feita de, pelo menos, duas formas: (i) analisando o conteúdo das normas jurídicas e das decisões que as aplicam; (ii) analisando o direito como método de governança e de solução de conflitos.

No presente trabalho, tenho em vista a segunda forma de avaliação moral. Para tanto, buscarei responder à seguinte questão: se o Estado de Direito é o governo do direito, e não dos homens, o que credencia o direito a governar? Em outras palavras, como nossa situação moral é aprimorada pelo respeito ao Estado de Direito? Defenderei que o Estado de Direito tem como exigência básica a reciprocidade e que sua observância garante uma forma específica de liberdade. Isso exige, contudo, confrontar a teoria de Friedrich Hayek, notória por postular a conexão entre liberdade e o Estado de Direito.

Metodologicamente, o trabalho pode ser classificado como de vertente crítica-metodológica, isto é, ele se desenvolve partindo da ideia de razão prática e de sua relevância para explicar a prática jurídica (Gustin; Dias, 2010, p. 20). A investigação proposta é jurídico-teórica, de caráter argumentativo e analítico, pois tem por foco uma disputa entre ideias, ou pontos de vista, sobre um tópico controvertido, para mostrar que determinada tese está certa ou errada. Assim, as ideias de cada um dos lados da disputa serão apresentadas em detalhes, com sua estrutura, intuições de fundo e o conteúdo de seus argumentos, para provar ou refutar as teses defendidas (Campos, 2022, p. 23).

O artigo é dividido da seguinte forma: primeiro, adoto um conceito geral de liberdade social e defino parâmetros de correção a partir dos quais as concepções em disputa serão analisadas. Os parâmetros em questão serão o parâmetro funcional e o parâmetro da justificação liberal. Segundo, volto-me à teoria de Hayek, tendo especial atenção à conexão entre sua concepção de liberdade e a ideia de ordem espontânea. Dessa forma, retomo como Hayek concebe a contribuição do direito à vida social. Encerro essa seção argumentando que dois erros acometem a teoria de Hayek: (a) não conceber os cidadãos enquanto agentes dotados de uma inviolabilidade que merece respeito. Ao invés disso, ele os concebe como agentes auto interessados cuja coordenação é socialmente desejável. (b) Não ser apta a examinar violações da liberdade que uma concepção de Estado de Direito deve considerar. Buscando evitar tais erros, na terceira seção, elaboro uma

concepção de Estado de Direito partindo de uma teoria segundo a qual a principal tarefa da adjudicação é determinar de forma vinculante questões levantadas por reivindicações de direitos e acusações de culpa (Fuller, 2001, p. 111). A importância moral de poder reivindicar direitos em juízo é destacada, para, assim, propor uma concepção de Estado de Direito focada em fóruns de deliberação pública nos quais a agência moral de cada cidadão é reconhecida.

1 UM BREVE PANORAMA

Como dito, pretendo responder à questão: como nossa situação moral é aprimorada pelo respeito ao Estado de Direito? Chama a atenção que um olhar panorâmico na literatura contemporânea leva à frustração de quem busca respostas a essa pergunta. Com ela, estamos sendo provocados a pensar qual o núcleo normativo do Estado de Direito. Porém, as teorias mais populares têm sido apresentadas como discussões sobre o conteúdo do Estado de Direito¹.

Nesse contexto, a divisão entre teorias formais e substantivas se põe. As primeiras seriam formais por focarem na forma das normas que serão aplicadas aos cidadãos (Waldron, 2010, p.1). Dentre tais teorias, destaca-se a importância da generalidade, publicidade, não-retroatividade, inteligibilidade, consistência, possibilidade de cumprimento, estabilidade e da congruência das ações oficiais com as normas que anunciam (Fuller, 1969, p.38-39; Finnis 1980, p.270-1; Raz 1979, p. 214-18). Já as teorias de segundo tipo seriam substantivas por defenderem que o Estado de Direito exige normas com conteúdo específico, em especial normas que respeitam direitos humanos básicos (Waldron, 2016, seção 5.3). A intuição que lhes move é a de que não é correto dizer que o Estado de Direito está sendo respeitado quando as normas gerais, públicas, claras, não-retroativas, etc. prescrevem que uma minoria possui menos direitos, podendo, inclusive, ter seus bens apreendidos e sua integridade física ameaçada para atender políticas públicas ou o interesse de particulares (Bingham, 2010, p.67).

A simples apresentação dessas posições pouco nos diz. Não é claro qual está correta. Por um lado, os teóricos formais parecem ter acertado na medida em que têm condições de explicar as especificidades do Estado de Direito sem confundi-lo com outros valores, como a justiça e a democracia. Por outro lado, os teóricos substantivos ganham razão quando ponderamos que, se o Estado de Direito for de fato compatível com grandes iniquidades, temos menos razões para celebrá-lo e fazer reformas institucionais dispendiosas em seu nome (e.g Hart, 1994, p.206-207).

Podemos buscar uma saída desse impasse olhando para aquilo que teorias formais e substantivas têm em comum. Ambas as posições parecem compartilhar dos seguintes pressupostos: (a) a confiança de que os principais elementos do Estado de Direito são instituições jurídicas; (b) a confiança igualmente forte de que teóricos estão em condições de estipular quais arranjos institucionais satisfazem

¹A discussão sobre o conteúdo do Estado de Direito não deve ser confundida com a discussão sobre qual conteúdo as normas jurídicas devem ter. A primeira discussão diz respeito àquilo que distingue o direito de outras formas de governança, focando nas especificidades da forma jurídica de governar.

o Estado de Direito (Krygier, 2007, p.4). Mas, se esse diagnóstico estiver correto, tais teorias são limitadas, pois não respondem: o que estamos buscando quando queremos garantir o Estado de Direito? O que as instituições que observam os princípios x,y e z, estipulados por nossa concepção, conseguem fornecer?

Essas perguntas farão sentido se pensarmos primeiro no *telos* do Estado de Direito, isto é, seu núcleo normativo. Isso feito, podemos nos perguntar o que precisamos fazer para satisfazê-lo. Nesse segundo momento, discussões de arranjos institucionais se tornam pertinentes. Outra vantagem de proceder desse modo é que há espaço para acomodar pesquisas sociológicas sobre o Estado de Direito, permitindo um diálogo entre estudos empíricos e normativos. Afinal, uma teoria normativa pode apenas apresentar orientações gerais sobre quais instituições melhor instanciam uma concepção (*telos*), sendo necessário também analisar a sociedade nas tais instituições funcionarão e quais fatores sociais afetam o modo pelo qual o direito é mantido e reproduzido (Krygier, 2007, p.2).

As complexidades envolvidas em pensar o Estado de Direito ficam claras diante de questões sensíveis que afetam a sociedade brasileira, como a ausência de investigação e responsabilização diante de execuções sumárias e o fenômeno da estatização das mortes.² Esses fenômenos são complexos e comportam diversas dimensões, sendo uma delas a normativa. Para compreendê-la, é preciso identificar as responsabilidades e deveres funcionais que não estão sendo satisfeitos. Antes disso, contudo, é necessário compreender qual o propósito do Estado de Direito e dos valores que dele dependem, como a presunção de inocência, devido processo legal e acesso à justiça. O presente trabalho busca contribuir nesse sentido.

2 LIBERDADE E LIBERALISMO

Como apresentado na introdução, pretendo defender que o Estado de Direito viabiliza uma forma específica de liberdade. Em razão disso, confronto a teoria de Hayek, que também postula essa conexão, mas, como veremos, em termos distintos. Na presente seção, importa estipular um conceito de liberdade para avaliar as teorias analisadas. Também vale frisar que compreendo a teoria de Hayek como uma teoria liberal, e que se há algo de correto nela é justamente seu compromisso com o liberalismo. Minha diferença com Hayek está em como interpreto a liberdade e os fundamentos do liberalismo. Essas discordâncias

²O processo de estatização das mortes é o processo evidenciado pelo dado de que as polícias são responsáveis pela maior parte das chacinas e das mortes em chacinas na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. A introdução desse conceito e os gráficos que o respaldam podem ser vistos em: HIRATA, Daniel et.al. Chacinas Policiais no Rio de Janeiro: Estatização das Mortes, Mega Chacinas Policiais e Impunidade. Relatório Grupo de Estudos dos Novos Illegalismos (GENI-UFF). FAPERJ: Rio de Janeiro, 2023, pp.6-7. Os dados relativos à não apuração e responsabilização dos casos de letalidade policial em megachacinas (aquelas nas quais há mais de oito mortes) no Rio de Janeiro podem ser encontrados em *Ibid.*, pp.18-24. Ainda, ver a significativa diminuição do número de feridos e mortos no período logo após a decisão do Ministro Edson Fachin sobre o pedido de Medida Cautelar na ADPF 635 nos gráficos disponíveis em: HIRATA, Daniel et al. Efeitos da Medida Cautelar na ADPF 635 sobre as operações policiais na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Boletim Extraordinário CAAF/Unifesp de enfrentamento da Covid19. Mortos e Mortes da Covid-19: saberes instituições e regulações, 2020, p.5 -7. Agradeço a Robson Valadares por ressaltar a importância dessa decisão para pensarmos o Estado de Direito no Brasil e a Lunare Amorim por me ajudar a evitar algumas ambiguidades na escrita do trecho ao qual a nota se vincula.

repercutem diretamente em como se deve compreender o núcleo normativo do Estado de Direito, e, por isso, entendo que são mais profundas do que parecem.

Começo com o conceito de liberdade, para depois indicar o que definirei como tese comum aos liberais. Por liberdade, devemos compreender uma relação triádica: “*Liberdade*: condição na qual um agente é livre de constrangimentos ou obstáculos para fazer certas coisas ou se tornar certas coisas” (Carter, 2021, seção 4).³

A liberdade é, então, uma relação entre três elementos: (1) um agente; (2) certas condições que lhe impõem obstáculos e (3) determinadas ações ou estados do agente. Quando falamos de liberdade, podemos traduzir o que pretendemos dizer especificando *quem* é livre ou não-livre; em relação *ao que* se é livre ou não; livre para *fazer ou virar o que*. Importante notar que as concepções vão variar a depender de como definem os agentes, os constrangimentos que significam ameaças à sua liberdade e quais propósitos os agentes são livres ou não para perseguir (Carter, 2021, seção 4).

Preocupo-me com a liberdade social, isto é, com constrangimentos que agentes são capazes de impor a outros agentes. Dessa forma, as concepções analisadas concordam que os constrangimentos relevantes decorrem de ações humanas. A lei da gravidade ou a evolução da espécie não restringem nossa liberdade. Portanto, não é cabível dizer que somos menos livres porque não conseguimos voar ou planar sem meios de transporte. Isso posto, é possível dizer que: por serem causadas por seres humanos, as restrições à liberdade precisam ser justificadas a quem as sofre (Miller, 1993), p.72). A função de uma concepção de liberdade social é nos alertar para as restrições efetivas ou potenciais à ação que precisam ser justificadas (List; Valentini, 2016, p.7). A partir disso, podemos definir o seguinte parâmetro de correção para uma concepção de liberdade: “*Parâmetro funcional*: Uma concepção de liberdade deve destacar as restrições modais⁴ à ação que precisam ser justificadas” (List; Valentini, 2016, p. 7).

A partir da exigência de justificar aquilo que se reconhece como uma restrição à liberdade, é possível trazer à tona o comprometimento que entendo

³ Uma objeção possível a esse conceito de liberdade é de que ele apenas captura a liberdade negativa, não sendo capaz de explicar a liberdade positiva. Essa distinção foi popularizada por Berlin, Isaiah, 1969, ‘Two Concepts of Liberty’, in I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, London: Oxford University Press: 118–72. Nos termos de Berlin, a liberdade negativa significa a ausência de obstáculos, barreiras ou constrangimentos. Já a liberdade positiva é a possibilidade de agir de forma a assumir controle sobre a própria vida e concretizar objetivos. Uma resposta a essa crítica é a de que a liberdade positiva é nada mais do que a ausência de quaisquer obstáculos à realização do verdadeiro self. Assim, a diferença entre a liberdade negativa e a positiva está apenas no escopo dos constrangimentos à liberdade. A liberdade negativa caracteriza de forma estrita o que se entende por constrangimentos à liberdade, de forma que as opções franqueadas por essa forma de liberdade são várias. A liberdade positiva caracteriza de forma ampla o que se entende por constrangimentos à liberdade, de forma que apenas determinadas ações são permitidas. Para a indicação da bibliografia onde esse argumento é desenvolvido, ver: CARTER, Ian, «Positive and Negative Liberty», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/liberty-positive-negative/>.

⁴ Restrições efetivas ou potenciais.

ser central aos liberais.⁵ Uma teoria da liberdade deve ser apta a identificar as restrições que precisam ser justificadas. Ao passo que uma teoria política liberal pretende fornecer os critérios que devem ser respeitados na justificação dessas restrições. Nesses termos, outro parâmetro se põe às teorias liberais:

Parâmetro da Justificação liberal: os liberais estão comprometidos com uma concepção de liberdade e respeito pela agência e capacidades individuais de homens e mulheres. Com base nela, compreendem que todos os aspectos da ordem social devem ser aceitáveis, ou devem poder ser aceitáveis, para cada um dos indivíduos (Waldron, 2012, p. 104).

Outra forma de enunciar a justificação liberal é dizer que os liberais estão conscientes de que o consenso duradouro em relação a doutrinas abrangentes religiosas, filosóficas, morais apenas é possível pelo uso da força pelo Estado (Rawls, 2005, p. 37). Uma vez que respeitam o pluralismo,⁶ os liberais fornecem formas de justificação com ele compatíveis. Os autores liberais vão variar quanto à natureza do pluralismo⁷ e quanto às formas de justificação que melhor se adequam a ele.

Apresentados os parâmetros funcional e da justificação liberal, retomo o conceito de liberdade. Adotei a definição da liberdade como relação triádica, composta por (1) um agente; (2) certas condições que lhe impõem obstáculos e (3) determinadas ações ou estados do agente. O parâmetro funcional diz respeito às condições que impõem obstáculos (2); já o parâmetro de justificação liberal se torna relevante no momento da aplicação do parâmetro funcional. Todavia, é também possível compreender que a justificação liberal parte de concepções de agência e pessoa que acomodam o pluralismo. Nesse sentido, o parâmetro da justificação liberal é também decorrência de como as teorias definem (1).

Isso posto, uma teoria liberal preocupada com a liberdade pode ser criticada por dois motivos. Primeiro, por não identificar determinados atos como restritivos de liberdade, e, portanto, como necessários de serem justificados. Segundo, por elaborar justificações que são desrespeitosas, quer por estar aquém do que é necessário para respeitar cidadãos livres e iguais, quer por concebê-los de forma desrespeitosa. Defenderei que a teoria de Hayek comete os dois erros.

⁵ Importante destacar que a escolha desse comprometimento se põe como uma posição normativa, e não como uma reconstrução histórica. Ou seja, a tese deve ser lida como aquilo que torna o liberalismo atraente e que orienta a interpretação de seus exemplares mais robustos.

⁶ Ver também: RUDAS, Sebastián. Os Pluralismos liberais. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/dossie-liberalismo-sebastian-rudas/>.

⁷ O reconhecimento e respeito ao pluralismo está intimamente atrelado à agência e personalidade moral atribuída aos cidadãos. Como um simples fato, o pluralismo não é apto a fornecer orientações normativas. Para tanto, ele precisa ser conjugado com uma concepção de pessoa cuja inviolabilidade exige o respeito ao pluralismo. Por divergirem quanto à concepção de pessoa que endossam, as teorias divergem quanto àquilo que deve ser preservado no pluralismo sem prejuízo à agência dos sujeitos. A divergência entre teóricos da razão pública que defendem modelos de consenso e aqueles que defendem modelos de convergência pode ser explicada nesses termos. Uma introdução à teoria de convergência que caracteriza bem a teoria de consenso pode ser encontrada em: GAUS, Gerald. A tale of two sets: Public reason in equilibrium. *Public Affairs Quarterly*, v. 25, n. 4, p. 305-325, 2011.

3 A LIBERDADE E O ESTADO DE DIREITO EM HAYEK

Vejamos como Hayek preenche os elementos do conceito de liberdade como relação triádica.

O que mais chama a atenção é como ele vai entender os constrangimentos que representam ameaças à liberdade. Hayek define a liberdade como o “o estado no qual um homem não está sujeito à coerção por conta da vontade arbitrária de outro ou de outros” (Hayek, 2011, p. 58, tradução livre). O oposto da liberdade é a coerção. Para Hayek (2011, p. 71), a coerção ocorre quando uma pessoa ou grupo de pessoas controla e molda as circunstâncias de escolha de outra pessoa, forçando-a a satisfazer os fins de quem a coage, e não seus próprios fins. Nota-se que Hayek pensa na coerção como a execução de um plano por indivíduos que buscam satisfazer seus fins pela sujeição de outrem. Mas, o que o leva a fazer esse recorte? A resposta exige uma incursão preliminar na sua concepção de agência.

3.1 Modelos de interpretação social e nossa ignorância relativa

A noção de agência de Hayek vem à tona no seu exame de quais modelos interpretativos são mais qualificados para compreender o conceito de ordem. Membros de uma sociedade são dependentes de diversas formas de cooperação para satisfazer suas necessidades. Consequentemente, os agentes buscam a correspondência entre o que esperam de terceiros e o que eles realmente fazem. Para Hayek (2013, p. 35), uma ordem existe na medida em que há a correspondência entre as intenções e expectativas que levam à ação de diferentes indivíduos.

Segundo Hayek (2013, p. 10), há duas formas bastante distintas de interpretar os padrões de atividades humanas que levam à formação de uma ordem. A primeira forma compreende que as instituições servirão aos propósitos humanos apenas se tiverem sido deliberadamente elaboradas com esse fim. De acordo com esse modelo, a existência de uma instituição seria produto de um propósito previamente estipulado — garantir o ajuste entre expectativas e intenções — e devemos sempre reestruturar nossa sociedade e suas instituições para que elas sejam orientadas a satisfazer esse propósito. A segunda forma compreende que a ordenação da sociedade resulta também de processos de crescimento e evolução. Esses processos consistem na adoção de práticas por razões diversas ou mesmo por acidente. Além disso, tais práticas não são mantidas porque correspondem a um plano, mas porque se mostram necessárias para que uma sociedade prevaleça em face de outras.

O que incomoda Hayek é priorizar ou apenas considerar o primeiro modelo, em detrimento do segundo. Para ele, em sociedades complexas a maioria das regras que governam as condutas dos indivíduos, e a maioria das instituições que são constituídas por essas regras, são adaptações ao fato de que é impossível que alguém seja plenamente consciente de todos os fatos particulares que dão corpo à vida social (Hayek, 2013, p. 14). Nesse cenário, ganham importância as regras que apenas determinam os padrões de ações bem-sucedidas e, assim, consolidam uma estrutura coerente na qual os agentes podem interagir (Hayek, 2013, p. 13 e 15). Tais regras se destacam por seu caráter costumeiro, isto é, por não serem produto da vontade e planejamento de ninguém, nem mesmo articuladas em

palavras, mas honradas por ações (Hayek, 2013, p. 12-13). O máximo que elas são capazes de fazer é estabelecer uma regularidade de comportamento capaz de conferir uma estrutura na qual as expectativas e intenções dos agentes podem se ajustar. Todavia, se tal ajuste vai ou não acontecer depende de fatores que vão além das regras, como a posição inicial de cada indivíduo e as circunstâncias particulares do ambiente no qual cada um vai agir. As regras apenas induzem a formação de uma ordem (Hayek, 2013, p. 37-39).

Vemos que a concepção de agência e pessoa que Hayek elabora tem duas características: primeiro, os agentes são caracterizados como capazes de seguir regras, sendo essas compreendidas não apenas como diretrizes explícitas, mas também como costumes, hábitos e convenções (Hayek, 2013, p. 42 e p. 73-75). Importante constatar que, dado que a articulação dessas regras, por vezes, está para além das capacidades humanas, a habilidade dos agentes discuti-las e modificá-las é limitada (Hayek, 2013, p. 75 e 78). Segundo, os agentes são caracterizados como relativamente ignorantes quanto à totalidade de fatos necessários ao sucesso de suas ações. Isso se põe em razão da complexidade da ordem social e pelo fato de que parte das regras e informações que os agentes consideram no momento da ação não são passíveis de articulação verbal (Hayek, 2013, p. 40).

Partindo dessa caracterização da agência, Hayek compreende que há um pluralismo notadamente epistêmico no seio das sociedades complexas e que devemos levá-lo em conta na proposição de políticas públicas. Nesses termos, ele reinterpreta os argumentos contra a regulação do mercado. Sob a nova interpretação, tais argumentos salientam que, para aprimorar uma ordem espontânea, é necessário revisar as regras gerais sob as quais ela se desenvolve, e não intervir no próprio funcionamento da ordem resultante (Hayek, 2013, p. 49). A intervenção direta seria equivocada, pois os governantes são ignorantes quanto aos fatos que só os indivíduos sabem — às vezes sem articular — na particularidade de suas circunstâncias e na busca de seus propósitos. Com isso, o desajuste entre expectativas e ações é inevitável. No que se segue, buscarei demonstrar como a teoria da liberdade e do Estado de Direito de Hayek reproduz esse argumento.

3.2 Coerção, expectativas e o direito

Vale lembrar: para Hayek, liberdade é a ausência de coerção. A coerção ocorre quando as ações de alguém são forçadas a servir à vontade de outrem. Ou seja, quem age não satisfaz à vontade do outro para se beneficiar, mas o faz porque é forçado a satisfazer propósito alheio (Hayek, 2011, p. 199). Por que isso é um mal? Ou, por que restrições à liberdade precisam ser justificadas? Para Hayek (2011, p. 200), os agentes satisfazem seus objetivos usando da inteligência e do conhecimento que dispõem, e, assim, antecipam algumas das condições de seu ambiente e as consequências de seus atos. Somente dessa forma conseguem elaborar um plano de ação. Todavia, se os fatos que determinam os planos dos agentes estiverem exclusivamente sob o controle de outrem, suas ações serão igualmente controladas (Hayek, 2011, p. 200). Lidos de forma isolada, esses argumentos sugerem uma concepção de liberdade como não-coerção pautada numa noção de respeito aos indivíduos. Porém, basta mantermos a noção de

ordem como pano de fundo, para entendermos que as preocupações de Hayek são de outra natureza.

O autor é claro ao dizer que “[a] coerção é, então, ruim porque impede que uma pessoa use suas faculdades mentais de forma plena e, assim, impede que ela faça a melhor contribuição que ela pode fazer à comunidade” (Hayek, 2011, p. 200-201, tradução livre). Tal como no argumento contra a regulação do mercado, o que se objeta aqui não é o desrespeito aos indivíduos, mas sim que a coerção inviabiliza a correspondência entre as intenções e expectativas quanto às ações dos indivíduos. Isso fica ainda mais claro quando Hayek declara seu apoio a uma forma restrita de utilitarismo.

Para Hayek (2011, p. 228), “é suficientemente verdadeiro que a justificação de qualquer norma jurídica deve ser sua serventia (*usefulness*)”. Contudo, Hayek pondera, isso não significa que todo conflito jurídico ou moral deve ser decidido da forma que seria mais expediente do ponto de vista de alguém que pudesse antecipar todas as consequências de seus atos. Isso seria a negação de qualquer norma e implicaria supor um conhecimento que nenhum agente tem no momento de sua ação. Hayek rejeita, então, que normas jurídicas são vinculantes apenas se os benefícios de as seguir são claros quando a obediência é exigida. A tese que ele aceita é o que ele chama de utilitarismo restrito, segundo o qual “o fim do direito deve ser o bem-estar do povo [isto é] regras gerais devem ser elaboradas para servi-lo” (Hayek, 2011, p. 228, tradução livre). No pensamento de Hayek, essa tese utilitarista implica que “o propósito das normas humanas [...] é assegurar uma regularidade de comportamento delimitada a ponto de viabilizar a formação de uma ordem” (Hayek, 2011, p. 230, tradução livre). Garantida essa ordem, tem-se um sistema de liberdade sob leis gerais, na medida em que há uma coordenação efetiva de atividades humanas sem qualquer referência à vontade de alguém (2011, p. 229). A força dos argumentos de Hayek depende de se o problema da coerção está na sujeição à vontade de outrem ou na não-coordenação. A sujeição à vontade de outrem é ruim porque leva à não coordenação, ou a sujeição à vontade de outrem é por si só ruim, tendo, por vezes, consequências negativas na coordenação? O endosso de Hayek ao utilitarismo sugere que, se uma escolha interpretativa precisa ser feita, ela deve ser feita ressaltando a não-coordenação como o problema.

Dessa forma, o utilitarismo restrito endossado por Hayek não concebe os cidadãos enquanto agentes dotados de uma inviolabilidade que merece respeito. Ao invés disso, os cidadãos são concebidos como agentes auto interessados cuja coordenação é socialmente desejável, o que justifica adotar os meios institucionais que otimizam sua coordenação (Friedman, 2013, p. 292-293). Consequentemente, a teoria de Hayek falha em satisfazer o parâmetro de justificação liberal, pois implica que o pluralismo deve ser respeitado apenas na medida em que não o fazer é menos eficiente.

A ausência de preocupação com os indivíduos enquanto unidades de responsabilidade e merecedores de razões é reforçada quando Hayek aprofunda seus argumentos sobre o direito. O foco aqui é a ideia de *nomos*: regras independentes

de propósito⁸ que (a) governam a conduta de um indivíduo em relação a outro e que (b) se pretende aplicar a um número incontável de casos futuros (Hayek, 2013, p. 82).

A primeira característica de *nomos* permite situar o direito junto à ideia de ordem espontânea. O direito se faz necessário apenas quando é preciso garantir e aprimorar um sistema de regras que já é observado na conduta dos agentes (Hayek, 2013, p. 92). O direito busca coibir antes de tudo o dano que um indivíduo pode causar a outro. Todavia, não há vedação a todo tipo de dano, mas sim aos danos que frustram as expectativas juridicamente definidas como legítimas (Hayek, 2013, p. 98). E qual teste Hayek sugere para definir quais expectativas são legítimas? “[A definição de quais expectativas devem ser protegidas deve, portanto, depender de como podemos maximizar a satisfação de expectativas como um todo” (Hayek, 2013, p. 98, tradução livre).

Com isso, a teoria de Hayek também viola o *parâmetro funcional*, pois podemos cogitar danos que precisam ser justificados, mesmo quando não frustram expectativas gerais. Suponhamos que um membro de uma minoria racial tenha seu domicílio devassado por autoridades policiais sem um mandato prévio, sendo a única justificativa para a intervenção o que se relatou numa denúncia anônima. Suponhamos ainda que vivemos numa sociedade racista, cuja caráter discriminatório é expresso num conjunto de falhas institucionais em ver esses casos como problemáticos e merecedores de escrutínio. Numa sociedade dessa espécie, pode ser que a surpresa do cidadão violado e daqueles que veem a arbitrariedade da devassa não seja tamanha ou numericamente expressiva a ponto de sobressair à segurança que os demais cidadãos experienciam com uma polícia excessivamente atuante. Nesse caso, não haveria sequer dano, de acordo com os termos propostos por Hayek.

Passo agora à segunda característica de *nomos*. Hayek ressalta que a autoridade dos governantes depende do cumprimento do direito que existe independentemente da vontade deles. A aplicação geral do direito seria fundamentada nesses termos. Com isso em mente, Hayek rejeita a autoridade soberana, isto é, aquela cuja vontade se impõe a todos e que não está sujeita à vontade de ninguém. A legitimidade da autoridade passa a depender de uma opinião geral sobre quais atributos genéricos as regras prescritas devem possuir, isto é, quais atributos elas devem possuir para serem aptas a estruturar um arranjo interacional (Hayek, 2013, p. 87).

E quais são esses atributos? Hayek (2013, p. 205) insiste que, se o legislador pretende ser legítimo, as normas jurídicas que ele produz devem ser submetidas a um teste negativo, qual seja: não terem seu conteúdo determinado por uma vontade ou interesse que visa a resultados particulares. Ao invés disso, cabe às novas normas aprimorarem a coordenação na ordem já existente. As regras que assim se qualificam não são produto de uma vontade ou interesse, mas são desenvolvidas pelo esforço persistente de alcançar a coerência no interior de um sistema de regras herdado de gerações anteriores (Hayek, 2013, p. 205).

⁸ Quando fala de regras independentes de propósito, Hayek (2013, p.107) quer dizer que o direito não é o meio para a consecução de um propósito específico, mas é uma mera condição para a busca bem-sucedida da maioria dos propósitos.

Todavia, se um sistema de regras que maximiza a satisfação de expectativas pode ser desrespeitoso para com os cidadãos e desconsiderar restrições à sua liberdade, a busca por coerência não parece uma forma promissora de coibir a injustiça. Nesses casos, não teremos uma vontade que dá origem a obstáculos indevidos à liberdade. Não obstante, a restrição da liberdade ainda ocorre, agora como produto da reprodução de um arranjo social desrespeitoso aos cidadãos. Partindo de uma teoria da liberdade deficitária, não é possível elaborar uma teoria do Estado de Direito capaz de justificar nossa adesão

4 FÓRUNS DELIBERATIVOS E O ESTADO DE DIREITO

É preciso elaborar uma alternativa. Começarei apresentando uma concepção do Estado de Direito, para depois conectá-la com a liberdade. Vale notar que a concepção a ser apresentada parte de uma explicação sobre a função adjudicatória, mas sem negligenciar a importância da função legiferante. Pretende-se mostrar que, sob essa concepção, a manutenção do governo do direito é uma tarefa cooperativa (Fuller, 1969, p.91), quer entre cidadãos, quer entre cidadãos e oficiais ou entre as diferentes autoridades (Postema, 1982, p.196-197). A escolha pela função adjudicatória se dá apenas por uma questão de ênfase na conexão entre procedimentos decisórios e respeito deliberativo.

4.1 Questões de método

Uma teoria que busca compreender a conexão entre a função adjudicatória e o Estado de Direito tem de responder duas perguntas: (1) quais tipos de funções devem ser atribuídas aos tribunais e a outros órgãos adjudicatórios? (2) Quais são as formas pelas quais a tarefa adjudicativa é, necessariamente, organizada e conduzida? A primeira define os limites e a segunda as formas da adjudicação (Fuller, 2001, p. 102-103). Há nesses questionamentos um potencial avaliativo, na medida em que enfrentá-los implica dizer quais questões não cabe à adjudicação e quais alterações ou rearranjos institucionais deturpam, ou mesmo corrompem, a função judicante. Com isso, pressupõe-se uma ideia do que é “a verdadeira adjudicação”. De forma mais geral, a concepção a ser elaborada parte da posição metodológica de que

Nossas formas mais significativas de associação podem ser compreendidas como essencialmente orientadas a ideais, dos quais elas podem sempre estar em alguma medida aquém, e cujo conhecimento pode sempre ser aprofundado e estendido pela experiência e reflexão (Simmonds, 2017, p. 268-269, tradução livre).

Portanto, a compreensão de Estado de Direito e adjudicação que proponho se põe diretamente como um esforço de esclarecimento de ideais internos a nossas práticas (Hamlin; Stemplowska, 2012, p. 53).

Busco, então, uma reconstrução das ideias e concepções que estruturam a forma de associação que compreendemos como uma ordem jurídica (Simmonds, 2011, p. 614). Isso não deve ser confundido com receitas de como devemos estruturar

nossas instituições. Novamente, é preciso compreender o *telos* do Estado de Direito antes de tudo. Para tanto, vale a pena compreender como as instituições adjudicatórias abrigam e ordenam nossa discordância nos seus procedimentos (Waldron, 2016, pp. 5, 6, 9-10). A partir disso, estaremos em condições de identificar formas de respeito em circunstâncias de discordância e, assim, esclarecer o *telos* do Estado de Direito.

4.2 Adjudicação e Estado de Direito

O que distingue a adjudicação é o tipo de participação que garante às partes afetadas pela decisão. A cada uma das partes é conferida a oportunidade de apresentar provas e argumentos racionais em defesa da decisão que mais lhe favorece (Fuller, 2001, p. 107). “A adjudicação é, então, um mecanismo que dá expressão formal e institucional à influência que a argumentação racional tem nos assuntos humanos” (Fuller, 2001, p. 109, tradução livre).

Não negligencio que outras formas de regular e conduzir as relações humanas também envolvam em algum grau o uso da razão. As partes de um contrato, claramente, se orientam por aquilo que é mais racional a elas.⁹ Todavia, não há nesse caso um teste de racionalidade aplicável independentemente dos interesses das partes contratantes (Fuller, 2001, p. 109). Se não essa racionalidade, qual tipo de racionalidade é característica da adjudicação?

A principal tarefa da adjudicação é determinar de forma vinculante questões levantadas por reivindicações de direitos e acusações de culpa (Fuller, 2001, p.111). Para os fins do presente artigo, importa a relação entre adjudicação e reivindicações de direito. Por direitos, devemos compreender pretensões individuais válidas em face de terceiros (Feinberg, 1980, p. 152). A ideia de validade ganha destaque, pois se refere a uma forma de justificação específica: justificação no interior de um sistema normativo (Feinberg, 1980, p. 153-154). Quando uma das partes reivindica um direito em face de outrem, ela faz referência a uma norma ou parâmetro à luz do qual sua pretensão pode ser avaliada (Fuller, 2001, p. 110). A referência a uma norma viabiliza que as partes possam participar efetivamente e trocar razões umas com as outras. Uma simples demanda ou preferência de uma parte se distingue de uma pretensão protegida por um direito pelo fato de a última ser fundada numa norma (Fuller, 2001, p. 111). Sem a norma, não há uma referência comum a ser disputada pelas partes. Da mesma forma, a adjudicação não é apta a resolver conflitos quando se volta a relações cuja integridade é ameaçada pela definição formal de direitos (Fuller, 2001, p. 113).

Partindo dessa conexão entre direitos e normas, defendo que o cerne do Estado de Direito é a reciprocidade. De forma mais detalhada, o fundamento do Estado de Direito é o igual pertencimento a uma vida social comum (Postema, 2022, p. 89). Esse pertencimento implica uma rede de responsabilidades mútuas

⁹Há quem possa ter em mente também os argumentos que os cidadãos trocam numa democracia sobre qual é a melhor opção de voto. Esse tipo de debate é fundamental, mas não é claro em que medida eles afetam a decisão de cada cidadão. Inclusive, há razões não-instrumentais e de respeito à liberdade que sugerem que é melhor que assim seja e mantenhamos o voto secreto. Nesse sentido, ver: MÜLLER, Jan-Werner. Democracy rules. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2021, cap.2.

cuja vitalidade exige a não marginalização e estigmatização. Quando A pretende responsabilizar B, alegando uma violação de direito, A reconhece que B era capaz de compreender as normas relevantes e de obedecê-las, mas decidiu não obedecer. Ou seja, quando A acusa B de violar seu direito, A reconhece a capacidade moral de B. Com isso, A se compromete à ideia de que B também pode responsabilizá-lo se a violação de fato não ocorreu (Postema, 2022, p. 202). Essa comunicação é possível graças à referência a normas comuns perante um órgão julgador.

Quanto ao órgão julgador, caberá a ele avaliar os méritos das pretensões em juízo e definir as responsabilidades cabíveis. Evita-se, assim, abusos de poder e tratamentos incompatíveis com o igual pertencimento à vida social. Da mesma forma, quando as autoridades sequer tentam cumprir com essa tarefa, ao indivíduo é negada: (a) a condição de merecedor de razões aptas a justificar intervenções em sua vida e (b) as razões contidas nos parâmetros públicos que unem os membros de uma comunidade política. Consequentemente, violada a reciprocidade, os oficiais podem a qualquer tempo, por qualquer razão ou por nenhuma razão, afetar as ações, perspectivas, desejos ou vontades dos sujeitos.

Por isso, o Estado de Direito apenas é robusto quando tanto os oficiais quanto sujeitos de direito adotam a responsabilidade de exigir e fornecer razões que justifiquem publicamente as pretensões postuladas em juízo (Postema, 2022, p. 20). A governança tipicamente jurídica está atrelada a fóruns nos quais conflitos são articulados em termos públicos e, portanto, passíveis de deliberação (Postema, 2022, p. 41-44). Os direitos fornecem a gramática e o vocabulário para a articulação dos conflitos em termos públicos.

Para que isso seja possível, finalmente, é necessária uma coordenação entre Judiciário e Legislativo. Ao último cabe respeitar as exigências que as concepções formais do Estado de Direito identificam, pois não há como as partes terem uma referência comum e argumentarem a favor de suas posições se as normas forem inaceitavelmente vagas, indeterminadas ou secretas (Waldron, 2010, p.15). Em síntese, a manutenção do governo do direito é uma tarefa cooperativa (Fuller, 1969, p.91), quer entre cidadãos, quer entre cidadãos e oficiais ou entre as diferentes autoridades (Postema, 1982, p. 196-197).

4.3 Fóruns de respeito deliberativo

Tal como definida acima, a reciprocidade é um valor complexo. Argumentarei nesta seção que sua importância é devidamente enfatizada a partir da sua conexão com a liberdade. Para começar: a exigência de fornecer razões a quem reivindica um direito tem como fundamento o respeito ao indivíduo enquanto alguém dotado de uma agência inviolável. A partir disso, outros aspectos da reciprocidade podem ser elucidados.

Em regra, quando alguém apresenta ao órgão adjudicatório fatos e argumentos plausíveis sustentando que ele tem direito a X, o direito a X não é imediatamente reconhecido. O que ocorre é que ao indivíduo é reconhecido o direito de ser ouvido num processo. Nesse processo, para que o direito a X seja reconhecido, não basta que os argumentos sejam plausíveis, eles devem ser conclusivos (Feinberg, 1980, p. 152). Porém, não se pode perder de vista o valor do direito de ser ouvido num processo.

Como dito, direitos são exigências de tratamento e definem a admissibilidade das ações dos agentes uns para com os outros. Por que alguém merece ser ouvido quando alega ser titular de determinados direitos? O direito de ser ouvido significa tratar as pessoas como fontes primárias de reivindicações válidas (Rawls, 1999, p. 330), pois, equivale a considerar que suas

reivindicações públicas [...] possuem um peso moral independente ou autônomo, derivado apenas de sua autoridade interpessoal enquanto agentes morais e não do conteúdo particular ou da adequação social que essas reivindicações venham a ter (Petroni, 2022, p. 161-162).

Uma vez que importam por si só, as pessoas devem ser respeitadas, o que implica atenção a quando elas alegam que seus direitos estão sendo ameaçados, avaliando as razões que apresentam, acolhendo-as ou rejeitando-as de forma compatível com sua inviolabilidade. Na próxima seção, aponto como isso pode se dar empregando a ideia de justificação pública. No momento, resalto que não garantir o direito de ser ouvido significa duas coisas: (i) tratar os indivíduos como se a violação ou não de seus direitos pouco importasse; (ii) tratá-los como incapazes de compreender e aplicar as normas da comunidade política às suas circunstâncias. Em outras palavras, o direito de ser ouvido e de trocar argumentos com quem acusa o indivíduo ou obsta o gozo de seus direitos são exigências tanto do *parâmetro funcional*, quanto do *parâmetro de justificação liberal*. A seguir, retomo a definição de liberdade e sua conexão com essas categorias.

4.4 Liberdade, liberalismo e Estado de Direito

Na seção anterior, atrelei o direito de ser ouvido perante um órgão adjudicatório ao respeito à agência moral das pessoas concebidas como fontes primárias de reivindicações válidas. A intenção era destacar como uma concepção de Estado de Direito que dá centralidade à reciprocidade merece nossa adesão. Nesta seção, apresentarei outro argumento em defesa de tal concepção. Para tanto, reinterpreto a ideia de liberdade como relação triádica.

Liberdade foi definida como a condição na qual um agente é livre de constrangimentos ou obstáculos para fazer certas coisas ou se tornar certas coisas (Carter, 2021, seção 4). Ou seja, ela é uma relação entre três elementos: (1) um agente; (2) certas condições que lhe impõem obstáculos e (3) determinadas ações ou estados do agente.

A liberdade garantida pelo Estado de Direito adota como (1*) concepção de agência a de pessoas como fontes primárias de reivindicações válidas. Isso não apenas implica que os obstáculos à liberdade devem ser justificados, mas devem ser justificados *a quem* é obstruído por eles.

Em sentido semelhante, (2*) os obstáculos que ameaçam pessoas assim concebidas são aqueles que são atribuíveis a indivíduos ou grupos, mas cuja justificação não é evidente ou prontamente disponível. Combate-se, então, a arbitrariedade das relações sociais, não importando se a arbitrariedade é atribuível

ou não à vontade ou plano de alguém. Importante notar aqui duas coisas, uma relativa ao *parâmetro funcional*, outra relativa ao *parâmetro de justificação liberal*.

Primeiro, não podemos perder de vista a conexão entre a agência moral adotada em (1*) e a ideia de direitos. Assim, as relações sociais que são o foco do *parâmetro funcional* são compreendidas agora como aquelas que, pelo menos, podem ser traduzidas enquanto relações estruturadas por direitos. Pode se objetar que, segundo a definição adotada, direitos são pretensões individuais válidas oponíveis a terceiros, o que retoma a ideia hayekiana de que liberdade é não estar sujeito à vontade arbitrária de outrem. A resposta é que aquele contra quem se apresenta a pretensão não precisa ser uma pessoa determinada (Feinberg, 1980, p. 154-5). Basta que se faça referência à agência humana, quer ela seja individual e apresentável como um plano, ou adquira uma faceta mais complexa e estruturada, como quando se considera os efeitos que a reprodução de sistemas sociais gera à liberdade. Nesse último caso, podemos falar de restrições estruturais à liberdade, sendo, talvez, o racismo estrutural o exemplo mais notório disso.

Segundo a agência moral adotada em (1*) fundamenta um direito, o de acesso à justiça,¹⁰ que está consagrado em normas ou pode ser elaborado pela interpretação dos documentos e textos que compõem a cultura política de uma democracia constitucional moderna. Quando se conjuga esse dado com (2*) e sua delimitação a relações que são traduzíveis enquanto direitos, temos que as concepções de liberdade e Estado de Direito defendidas não pressupõem a aceitação de uma doutrina moral, religiosa ou política específica (Rawls, 2001, p. 26). Nesses termos, a liberdade e o Estado de Direito são apresentados como conceitos internos a uma teoria liberal. E mais, fortalecem os fundamentos liberais ao fornecerem um ponto de vista mutuamente aceitável para adjudicar as reivindicações dos cidadãos (Rawls, 2001, p. 27). O fundamental aqui é que os fóruns para a reivindicação e debate sobre direitos viabilizam formas de raciocínio e inferência com base em crenças, fundamentos e valores políticos que todos os envolvidos podem aceitar enquanto pessoas morais livres e iguais (Rawls, 2001, p. 27). O Estado de Direito viabiliza uma forma de justificação pública, e, dada a inevitabilidade do pluralismo, isso é algo valioso.

Em síntese, compreendo a liberdade como a ausência de obstáculos arbitrários aos direitos de pessoas concebidas como fontes primárias de reivindicações válidas. Sob esses termos, ganha destaque a ideia de justificação pública e o pluralismo pode ser respeitado.

A força desse último ponto não pode ser exagerada. O respeito implicado pelo acesso à justiça — e por garantias correlatas como o devido processo legal e a presunção de inocência — precisa ser cotejado com quais direitos substantivos são reconhecidos. Ter acesso aos tribunais para ter suas pretensões sistematicamente negadas é incompatível com o status de pessoas morais que defendo. Isso, pois, o Estado de Direito é parte de um ideal mais amplo, qual seja, uma ordem social caracterizada por trocas de razões pública, isto é, argumentos sobre a justiça de nossas instituições, com base em crenças, fundamentos e valores políticos que todos os envolvidos podem aceitar enquanto pessoas morais livres e iguais

¹⁰ Compreendo que a mesma ideia de pessoa pode, sem maiores adendos, fundamentar o devido processo legal e a presunção de inocência.

(Rawls, 2001, p. 27). Contudo, para os fins do presente artigo, basta identificar qual a contribuição do Estado de Direito. A reciprocidade do Estado de Direito é respeitada com a garantia institucional do status de sujeito de direito. Há um ganho e um limite nessa ideia. O ganho é que, sem essa ideia, não conseguimos compreender adequadamente o valor do acesso à justiça, do devido processo legal e da presunção de inocência. O limite é que a reafirmação do Estado de Direito e dos valores que dele dependem é tarefa modesta, não conseguindo abranger todos os aspectos moralmente relevantes do direito, tal como o conteúdo das normas jurídicas e a melhor forma de interpretá-las, para garantir a legitimidade das autoridades que as criam e aplicam.

Respeitada a condição de sujeito de direitos, as normas jurídicas podem ter conteúdo variado, sem o comprometimento da liberdade garantida pelo direito. Cabe aos teóricos e cidadãos julgar em que medida a liberdade jurídica é valiosa em face de outros tipos de liberdade. O presente trabalho buscou contribuir para elucidar o significado e valor da liberdade garantida pelo Estado de Direito.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, busquei responder à pergunta: se o Estado de Direito é o governo do direito, e não dos homens, o que credencia o direito a governar? Ou, como nossa situação moral é aprimorada pelo respeito ao Estado de Direito? A tese defendida foi de que o Estado de Direito tem como exigência básica a reciprocidade e que sua observância garante uma forma específica de liberdade.

Para defender e detalhar a tese, adotei um conceito geral de liberdade social como relação triádica e defini parâmetros de correção para avaliar as concepções em disputa. Os parâmetros em questão foram o parâmetro funcional e o parâmetro da justificação liberal. Sob posse desses parâmetros, busquei analisar a teoria da liberdade de Hayek e seus comprometimentos liberais. Contudo, um exame mais detido revelou dois erros na teoria: (a) não conceber os cidadãos enquanto agentes dotados de uma inviolabilidade que merece respeito. Ao invés disso, ele os concebe como agentes auto interessados cuja coordenação é socialmente desejável. (b) Não ser apta a examinar violações da liberdade que uma concepção de Estado de Direito deve considerar. Conclui que, uma vez que a teoria do Estado de Direito de Hayek parte de uma teoria deficitária da liberdade, seus resultados são pouco atraentes.

Buscando evitar tais erros, propus uma concepção de Estado de Direito partindo de uma teoria segundo a qual a principal tarefa da adjudicação é determinar de forma vinculante questões levantadas por reivindicações de direitos e acusações de culpa (Fuller, 2001, p. 111). Esse ponto de partida permitiu chegar numa concepção de Estado de Direito como igual pertencimento à vida social (reciprocidade). Isso posto, a importância moral de poder reivindicar direitos em juízo foi destacada com a ideia de pessoas como fontes primárias de reivindicações válidas. Ao fim, o ajuste dessas categorias com os parâmetros funcional e da justificação liberal foi salientado pela retomada do conceito geral de liberdade como relação triádica.

No fim, minha diferença com Hayek está em como interpreto a liberdade e os fundamentos do liberalismo. A liberdade foi compreendida como a ausência de obstáculos arbitrários aos direitos de pessoas concebidas como fontes primárias

de reivindicações válidas. Sob esses termos, ganha destaque a ideia de justificação pública e o pluralismo pode ser respeitado.

REFERÊNCIAS

BINGHAM, T. *The Rule of Law*, London: Allen Lane, 2010.

CAMPOS, V. *Penso, logo escrevo: Um guia metodológico introdutório para a redação de ensaios filosóficos*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

CARTER, I. Positive and Negative Liberty. In: ZALTA, E. N.; NODELMAN, U. (eds.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/liberty-positive-negative/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

FEINBERG, J. The nature and value of rights. In: *Rights, justice and the bounds of liberty: essays on social philosophy*. Princenton: Princenton University, 1980, p.143-159.

FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

FRIEDMAN, J. Hayek's two epistemologies and the paradoxes of his thought. *Critical Review: A Journal of Politics and Society*, v. 25, n. 3-4, p. 277-304, 2013.

FULLER, L. L. *The morality of law*. 2 ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969.

FULLER, L. L. The forms and limits of adjudication. In: WINSTON, Kenneth (rev. e ed.). *The Principles of Social Order. Selected Essays*, 2001, p. 101-141.

GUSTIN, M. B. de S.; DIAS, M. T. F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HAMLIN, A.; STEMPOWSKA, Z. Theory, ideal theory and the theory of ideals. *Political Studies Review*, v. 10, n. 1, p. 48-62, 2012.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HAYEK, F. A. Von. *The constitution of liberty*. Londres: The University of Chicago Press Ltd, 2011.

HAYEK, F. A. Von. *Law, Legislation and Liberty*. Londres: Routledge, 2013.

LIST, C.; VALENTINI, L. Freedom as independence. *Ethics*, v. 126, n. 4, p. 1043-1074, 2016.

MILLER, D. Constraints on Freedom, *Ethics*, v. 94, n. 1, p.66-86, 1993.

KRYGIER, M. The rule of law: legality, teleology, sociology. *Sociology* (October 31, 2008). In: G. PALOMBELLA & N. WALKER (eds)., *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Hart Publishers, pp.2007-65, 2008.

PETRONI, L. Igualdade como Não-subordinação. *Lua Nova*, São Paulo, v.117, pp. 127-168, 2022.

POSTEMA, G. J. Coordination and Convention at the Foundations of Law. *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 165-203, 1982.

POSTEMA, G. J. *Law's Rule*. Oxford: Oxford University Press 2022.

RAWLS, J. Kantian Constructivism in Moral Theory. In: FREEMAN, S. (ed.). *John Rawls: Collected Papers*. Boston: Harvard University Press, 1999, pp. 303-358.

RAWLS, J. *Justice as Fairness: A Restatement*. Boston: Harvard University Press, 2001.

RAWLS, J. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005.

RAZ, J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford University Press, 1979.

SIMMONDS, N. The nature of law: three problems with one solution. *German Law Journal*, v. 12, n. 2, p. 601-624, 2011.

SIMMONDS, N. Law as an Idea We Live By. In: DUKE, G.; GEORGE, R. P. (Ed.). *The Cambridge companion to natural law jurisprudence*. Cambridge University Press, p.245-275, 2017.

WALDRON, J. The Rule of Law and the Importance of Procedure. *Public law & legal theory research paper series*, 2010.

WALDRON, J. Os fundamentos teóricos do liberalismo. Tradução de Lucas Petroni. *Leviathan*, São Paulo, n. 5, p. 102-132, 2012.

WALDRON, J. The Rule of Law. In: ZALTA, E. N.; NODELMAN, U. (eds.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

**CIDADANIA
SOCIAL E
ECONÔMICA
E SISTEMAS
NORMATIVOS**

**SOCIAL AND
ECONOMIC
CITIZENSHIP
AND NORMATIVE
SYSTEMS**

A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM ACERCA DO DIREITO DO TRABALHO CONTEMPORÂNEO A PARTIR DE UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Sandor Ramiro Darn Zapata*
Daniel Damásio Borges**

RESUMO

Cada vez mais a temática juslaboral se destaca nos estudos acadêmicos e na jurisprudência dos tribunais, especialmente, no âmbito do STF, pois as decisões da Corte impactam sensivelmente nas relações sociais laborais e na realidade material da sociedade como um todo. O objetivo principal deste artigo consiste em realizar considerações sobre a jurisprudência do STF, envolvendo a temática das relações de trabalho, com base nos postulados da teoria crítica dos direitos humanos. Para isso, metodologicamente, o presente estudo se propôs a utilizar de pesquisa bibliográfica e de decisões judiciais do STF, mediante análise das legislações trabalhistas em cotejo com os fundamentos adotados nos julgados. Os resultados obtidos, dentre outros, apontam que embora a dignidade da pessoa e o valor social do trabalho sejam normas vitais para o funcionamento do Estado democrático de direitos, em matéria trabalhista, a jurisprudência do STF, na maioria dos casos, vem julgando os conflitos a partir de uma perspectiva lógica e jurídica de caráter mais neoliberal, utilizando-se dos princípios da liberdade econômica, da livre iniciativa e da autonomia das vontades como fundamentos de suas decisões.

Palavras-chave: Jurisprudência; Supremo Tribunal Federal; Teoria crítica dos direitos humanos; relações de trabalho; Direito do Trabalho contemporâneo.

Data de submissão: 26/04/2024

Data de aprovação: 05/07/2024

* Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

** Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutorado em direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne - 2011) e livre-docência em direito internacional público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2017).

CRITICAL THEORY OF HUMAN RIGHTS: AN APPROACH TO CONTEMPORARY LABOR LAW BASED ON AN ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT (STF)

Sandor Ramiro Darn Zapata
Daniel Damásio Borges

ABSTRACT

The legal issue is increasingly highlighted in academic studies and court jurisprudence, especially within the scope of the Federal Court of Justice, as the Court's decisions have a significant impact on social labor relations and the material reality of society as a whole. The main objective of this article is to consider the Federal Court of Justice jurisprudence, involving the theme of labor relations, based on the postulates of the critical theory of human rights. To achieve this, methodologically, the present study proposed to use bibliographical research and judicial decisions of the Federal Court of Justice, through an analysis of labor legislation in comparison with the foundations adopted in the judgments. The results obtained, among others, indicate that although the dignity of the person and the social value of work are vital standards for the functioning of the democratic State of rights, in labor matters, the jurisprudence of the Federal Court of Justice, in most cases, has been judging conflicts from a logical and legal perspective of a more neoliberal nature, using the principles of economic freedom, free initiative and autonomy of will as the foundations of its decisions.

Keywords: Jurisprudence; Federal Court of Justice; Critical theory of human rights; work relationships; Contemporary Labor Law.

Date of submission: 26/04/2024

Date of approval: 05/07/2024

INTRODUÇÃO

Atualmente, nenhum jurista ou estudioso da Ciência do Direito pode se contentar com os limites da dogmática jurídica, deixando de lado os problemas que envolvem as relações do Direito com a realidade social e as consequências da (in) aplicação do Direito. Para o fim de compreender a função ideológica e econômica do Direito dos dias atuais, faz-se necessário o estudo dos postulados das teorias críticas do Direito, especialmente, no contexto dos direitos humanos, para que seja realizado o desenvolvimento de uma visão refletida da realidade da sociedade, das instituições e das normas jurídicas vigentes.

No atual estágio de desenvolvimento do Direito contemporâneo, em que a globalização se configura como um fenômeno de expansão das vertentes da eficácia funcional do capitalismo, trazendo “impactos reais” nos âmbitos econômico, político, jurídico e cultural (Oliveira, 2017, p. 12), a seara do Direito do Trabalho possui grande destaque e importância, haja vista que sua função principal consiste em promover a melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica.

Desde o ano de 2007, o STF, especificamente em relação aos julgados envolvendo matéria trabalhista, vem se utilizando de linhas argumentativas decisórias que sinalizam uma aderência, cada vez maior, a uma lógica judicial de caráter mais neoliberal¹, na medida em que a análise de um conjunto considerável de julgados da Suprema Corte acaba, de certo modo, ratificando a flexibilização, a desregulação e a “precarização” das condições e dos direitos sociais trabalhistas (Coutinho, 2020, p. 432-449).

Especificamente no ano de 2023, por meio de decisões proferidas em reclamações constitucionais, o STF, com base nos princípios da liberdade econômica e da livre iniciativa e na regularidade da terceirização da atividade-fim, reconheceu a validade de relações jurídicas de terceirização/“pejotização”, muito embora os órgãos da Justiça do Trabalho tenham identificado fraudes nas relações de trabalho.

O objetivo principal deste artigo científico consiste em realizar considerações sobre a jurisprudência do STF, envolvendo a temática das relações de trabalho, com base nos postulados da teoria crítica dos direitos humanos. Obviamente que devido à grande complexidade e à densidade teórico-prática deste objetivo central, convém explicar ao leitor que o presente trabalho não visa, de modo algum, encerrar com todos os temas investigados, na medida em que também busca trazer maiores elementos de análise, e, por conseguinte, que proporcionem novas críticas e reflexões acerca dos assuntos abordados.

Para o desenvolvimento metodológico desta pesquisa, optou-se essencialmente pelo raciocínio dedutivo (método) e pela técnica do sentido jurisprudencial, pois o presente estudo se propôs a utilizar de pesquisa bibliográfica

¹O termo “neoliberalismo” foi inventado pelo industrial francês Louis Marlio durante o Colóquio Walter Lippmann, em 1938, às vésperas da Segunda Guerra Mundial (Dardot, 2021, p. 6). Embora o termo “neoliberalismo” não possua uma definição estabelecida, seus principais elementos essenciais de validade e legitimidade são a lógica de mercado, a liberdade individual, a autoridade dos valores tradicionais (moralidade), o enfraquecimento da democracia e a retirada da proteção dos direitos sociolaborais (Brown, 2019, p. 48-49).

e de decisões judiciais do STF, mediante análise das legislações trabalhistas em cotejo com os fundamentos adotados nos julgados.

Especificamente em relação aos parâmetros metodológicos de análise de jurisprudência, este artigo científico utilizou-se dos resultados obtidos na tese de doutorado de Grijalbo Fernandes Coutinho e de pesquisa realizada no acervo disponível no *link* de “jurisprudência” localizado no *site* do STF, mediante pesquisa por meio de palavras chaves de busca, tais como “reclamação constitucional”, “terceirização” e “pejotização”. Quanto aos principais critérios para a escolha das decisões trazidas neste estudo, foram eleitos os seguintes balizamentos: decisões proferidas pelo STF, especialmente no ano de 2023, em reclamações constitucionais envolvendo casos de médicos, advogados associados a e contrato de franquia de corretores de seguros, em que a Justiça do Trabalho reconheceu a presença do vínculo de emprego.

Os resultados alcançados, dentre outros, demonstram que, por mais impactos econômicos e sociais que possam advir das soluções dos conflitos judiciais, o STF e o Poder Judiciário, como um todo, não podem jamais deixar de reconhecer e considerar nos casos concretos o princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em favor da classe trabalhadora. Evidentemente, mesmo que os resultados deste estudo sejam alvos de críticas, o simples fato desta pesquisa científica gerar o debate e a reflexão acadêmica já representa a satisfação de grande parte dos seus propósitos.

1 OS PRINCIPAIS POSTULADOS DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

A partir das contribuições advindas da teoria crítica do Direito², surge no campo teórico uma vertente específica da Ciência Jurídica, no contexto dos direitos humanos, denominada de “Teoria Crítica dos Direitos Humanos”. Consoante à produção acadêmica jurídica, dentre outros, são considerados importantes expoentes dessa teoria Helio Gallardo, Joaquin Herrera Flores e David Sánchez Rubio.

Na esteira de cognição de Helio Gallardo, os direitos humanos devem ser compreendidos como uma “luta política permanente”, que visa a transformar a sociedade, por meio do “reconhecimento e acompanhamento solidário entre indivíduos, grupos e culturas humanas” (Gallardo, 2010, p. 58). Juntamente com esta ideia, Joaquin Herrera Flores sustenta que os direitos humanos são “produtos culturais”, que surgem dos processos reivindicatórios da divisão social, sexual,

² Óscar Correias explica que a “Teoria Crítica do Direito”, que foi desenvolvida em Buenos Aires, é considerada como uma manifestação da confrontação com a apologia do Direito, destacando a importância da psicanálise e da sociologia jurídica como meios para responderem os problemas que são trazidos pela Teoria Geral do Direito (Correias, 1995, p. 133-134). A teoria crítica do Direito tem como possível fonte de inspiração as teorias críticas surgidas no período contemporâneo, sobretudo após a 2ª Grande Guerra, a partir do desenvolvimento dos estudos elaborados pela primeira e segunda geração da Escola de Frankfurt. Destaca-se, sobretudo, a importância dos trabalhos de T. Adorno (1903 a 1969), J. Habermas (1929) e M. Horkheimer (1895 a 1973) (Veiga; Aldé, 2004, p. 491).

étnica e territorial, contrários às imposições do capital, definindo-os resumidamente como sendo “o conjunto de processos de luta pela dignidade humana” (Flores, 2009, p. 101).

No tocante ao caráter universal dos direitos humanos, Joaquín Herrera Flores sustenta que esse ponto de vista não pode ser entendido de uma única maneira, sob pena de ser realizada uma “falácia idealizada dos direitos humanos”, que exprime uma proposta normativista/naturalista, de caráter lógico-racional, apta a bloquear toda possibilidade de se interpretar a realidade.³ Em razão disso, Flores conclui que o caráter universal dos direitos humanos é muito funcional aos “interesses expansivos e globalizadores do modelo de relações baseado no capital”, devendo, se pensar num universalismo de confluência (ponto de chegada), por meio de um processo conflitivo, discursivo e de diálogo (Flores, 2009, p. 178).

Por seu turno, David Sánchez Rubio identifica a existência de um paradigma da simplicidade⁴ contido na racionalidade moderna⁵, que é composto pelos princípios da ruptura ou separação, redução, abstração e idealização. Segundo Rubio, o princípio da abstração deve ser entendido como a “omissão teórica e descritiva seletiva que deixa de lado alguns elementos ou predicados considerados importantes”, que “se realiza por meio dos marcos categóricos [teorias, conceitos e instituições], com as quais nos regemos e nos orientamos pelo mundo”, sendo, portanto, uma forma de sacrificar a realidade em prol de uma teoria ou instituição (Rubio, 2013a, p. 5-8).

Ao se referir sobre a dinâmica da dominação imperialista e os principais elementos que compõem o significado da cultura ocidental dos direitos humanos, Rubio assevera que a concepção de dignidade humana acaba sendo distorcida ou quebrada, pois se relaciona com a ideia de propriedade individual, economia de mercado capitalista e do trabalho assalariado, que depende do capital e da predominância do valor de troca sobre o valor de uso (Rubio, 2015b, p. 197).

Já no que diz respeito à eficácia e à efetividade dos direitos humanos, Rubio afirma que a compreensão centrada exclusivamente na existência de tribunais de justiça aptos a receber denúncias de violação e também no Estado de Direito, instituído para proteger os direitos fundamentais, possui um efeito danoso para a maioria da humanidade. Com essas colocações, Sanchez afirma que não se estaria negando a importância dos sistemas jurídicos, dos estados constitucionais de direito, dos sistemas de garantias estatais dos direitos fundamentais e das

³ Consoante às ponderações de Joaquín Herrera Flores (2009, p. 180-182), a concepção idealizada e descontextualizada dos direitos humanos, é instituída por um sistema de garantia moral (consustanciada na existência de um “bem” que está acima de tudo, e a partir do qual é possível julgar qualquer conteúdo da ação social), garantia transcendental (caracterizado pela existência de uma esfera alheia às intervenções humanas – História, Razão, Deus ou Comunismo – que permite o desenvolvimento de um bem moral entre todos os conteúdos da ação social) e garantia reflexiva (que contempla o mundo como algo único, homogêneo e sem fissuras).

⁴ Segundo Edgar Morin (2003, p. 86), o paradigma da simplicidade “põe ordem no universo e expulsa dele a desordem [...] separa o que está ligado (disjunção) [...] unifica o que está disperso (redução).

⁵ Ao se referir sobre a racionalidade do capitalismo, Rubio afirma que o sistema econômico capitalista foi construído por meio de uma lógica de “mercantilização da vida”, “Subsunção formal e subsunção real”, “racionalidade instrumental meio-fim” e “idealização através do mercado perfeito e a fetichização do mercado” (2012, p. 5-9).

diversas interpretações discursivas, teóricas e doutrinárias que os acompanham, mas, acima de tudo, destaca que é preciso entender que estas não são as únicas e exclusivas formas de garantia contra excessos diversos de poder que violam direitos (Rubio, 2013b, p. 112-113).

Em síntese, os adeptos dos postulados da teoria crítica dos direitos humanos afirmam que o mais importante é revelar uma fé antropológica pelo ser humano, se insurgindo contra toda e qualquer forma de processo de vitimização (imperativo categórico que trata o ser humano como objeto, que o marginaliza, que o vilipendia etc.), pois uma vítima é mal tratada por um processo histórico que o inferioriza. Ademais, referida vertente teórica se baseia em várias correntes (teoria da libertação, direito alternativo, neopositivismo, entre outras), com ênfase para o Direito do marxismo⁶, sendo fundamental perceber e enfatizar a relação de poder e dominação, confrontando com os fenômenos de “normalização” das teorias.

Especificamente ao chamado “mundo do trabalho”, a teoria crítica parte do pressuposto de que a maioria da população mundial é forçada a trabalhar para o capital por sobrevivência, na medida em que os trabalhadores se subordinam às condições impostas pela sociedade capitalista, pela competitividade e pela obtenção do máximo benefício. O controle sobre os meios de produção para a classe proprietária capitalista e a expropriação dos produtos fabricados pela classe trabalhadora produtora (dependente e assalariada) foram os modos de sujeição e dominação que se tornaram hegemônicos e normalizados para o desenvolvimento desta sociedade (Rubio, 2019, 265-268). Com efeito, não há um reconhecimento da dignidade e um respeito pleno dos seres humanos, tampouco existiria um Direito ao Trabalho pleno com intenções de considerar o ser humano como centro e referência dos critérios de dignidade e liberdade.

Aliado a isso, a perspectiva teórica crítica laboral entende que o domínio do capital se manifesta pelo fato de o trabalho assalariado e dependente ter se tornado precário, abrindo possibilidades para a criação de outras expressões mais específicas de trabalho, como é o caso do “trabalho temporário, o flexível, o escravo e de outras expressões análogas à escravidão”. Por conseguinte, este cenário caracteriza-se por ser um processo de retrocesso dos direitos sociais trabalhistas, pois cada vez mais existem condições precárias e desiguais, bem como formas de “expressões laborais humilhantes”, que obstam o desenvolvimento de um trabalho seguro, salubre, duradouro, e em situação de pleno emprego para todos os indivíduos na sociedade (Rubio, 2019, p. 273-277).

Na perspectiva crítica de Alain Supiot, o Direito do Trabalho está longe de ser um espaço de “equilíbrio”, por ser percorrido por “forças contraditórias” de unificação do estatuto de trabalhador assalariado, de um lado, e de fragmentação (regimes jurídicos especiais para trabalhadores, estivadores, marítimos etc.) pelo

⁶ Sob o ponto de vista de Alysson Leandro Mascaro, o Direito do marxismo trata da “compreensão mais aprofundada a respeito do fenômeno jurídico e do entendimento dos seus nexos estruturais a partir das relações sociais atuais”. Segundo este autor, a filosofia do Direito do marxismo, deve ser compreendida por alguns grandes eixos: a reflexão em torno da própria leitura de Marx acerca do Estado e do Direito; o diálogo do pensamento jusfilosófico marxista com outras correntes filosóficas; e, o enfrentamento concreto de horizontes políticos, econômicos, sociais, culturais, jurídicos e táticos dos tempos presentes (Mascaro, 2018, p. 454).

outro. Ao se referir especificamente sobre o futuro do trabalho, Supiot assevera que há um movimento não uniforme de “descentralização das fontes do Direito do Trabalho” que causa uma dualização entre os trabalhadores que gozam plenamente dos seus direitos garantidos pelos contratos de trabalho “típicos”, em relação aqueles que possuem um trabalho “atípico” (Supiot, 2016, p. 44, 340)

Diante do exposto, verifica-se que a teoria crítica dos direitos humanos propõe um caminho para se tentar resolver a problemática da teoria dogmática e do discurso jurídico com a realidade social, para além do fenômeno (aparência). Para isto, estabelece uma união indissolúvel entre a teoria e a prática, admitindo que o problema do conhecimento humano/jurídico não é meramente filosófico ou gnosiológico, mas, sobretudo, um problema ideológico e pragmático.

Esta vertente teórica, que é voltada principalmente aos problemas da eficácia e a efetividade dos direitos humanos fundamentais, consegue realizar uma análise séria e refletida acerca das características desses direitos, apontando competentemente os problemas e as falhas geradas tanto pela utilização de uma concepção jurídica conservadora positivista, como pela desigualdade social.

No tocante às complexidades da temática do trabalho e da sociedade contemporânea, a teoria crítica sociolaboral fornece elementos para que sejam compreendidas e supridas as lacunas e as antinomias existentes na regulação da relação laboral, sobretudo, no que diz respeito à necessidade de se efetivar/implementar os direitos humanos fundamentais, em prol da classe trabalhadora (por ser a parte inferiorizada na relação material e jurídica), bem como visando encontrar soluções para os problemas práticos provenientes das injustiças sociais causadas pelo fenômeno da globalização e pelo paradigma neoliberal hegemônico.

2 A DISCIPLINA JURÍDICA DA RELAÇÃO CAPITAL E TRABALHO: PERSPECTIVAS TEÓRICAS E NORMATIVAS

Com as transformações e desenvolvimento da civilização, verifica-se que a interpretação e aplicação do direito social laboral foi se diferenciando nos diversos sistemas jurídicos dos países no mundo. Neste sentido, Arnaldo Süssekind assevera que, por conta do fenômeno da globalização, houve um acirramento entre as posições dos defensores da doutrina social/Estado Social em relação ao neoliberalismo/Estado liberal, no que diz respeito aos poderes públicos frente às relações de trabalho. Segundo Süssekind, os neoliberais defendem a “omissão do Estado, desregulamentando, tanto quanto possível do Direito do Trabalho, a fim de que as condições de emprego sejam ditadas, basicamente, pelas leis de mercado”. Já os adeptos do Estado Social, baseados na “doutrina social da Igreja ou na “filosofia trabalhista”, pugnam pela “intervenção estatal nas relações de trabalho”, visando à “efetivação dos princípios fundadores da justiça social” e a “dignidade da pessoa humana” (Süssekind, 2004, p. 48).

Para os adeptos do pensamento neoliberal jurídico laboral⁷, é necessário promover flexibilizações das leis trabalhistas, com o propósito de “aumentar a produtividade e a competitividade do setor privado”, possibilitando o desenvolvimento econômico e, por via de consequência, a “diminuição do desemprego” (Mendes; Barbosa, 2016, p. 32-36).⁸ Porém, há argumentos contrários trazidos pelos críticos do modelo neoliberal juslaboral, no sentido de que a flexibilização seria um pretexto para reduzir os direitos dos trabalhadores, ou seja, seria um processo de precarização do trabalho, que aparece sob o “neologismo” da flexibilização das leis trabalhistas, na medida em que não contribui para o fortalecimento das relações de trabalho (Nascimento, 2011, p. 271).

Em que pese essa ambivalência jurídica e ideológica, ao adentrar no plano do Direito Constitucional do Trabalho brasileiro, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) estabeleceu princípios e regras de proteção tanto dos trabalhadores como da atividade empresarial patronal, visando compatibilizar ou harmonizar a atividade econômica com o trabalho humano.

Convém ressaltar o princípio fundamental explícito da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da CF/88), por ser uma norma que representa o núcleo axiológico do sistema constitucional brasileiro e ao mesmo tempo uma proteção jurídica que pertence aos sujeitos de todos os povos e todas as nações, assim como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV da CF/88), por serem princípios que possuem grande relevância e incidência nas relações de trabalho. Todos eles estão diretamente relacionados com os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores previstos na CF/88 (destaque para os arts. 7º e 8º).

Outros importantes mandamentos constitucionais perfeitamente aplicáveis nas relações de cunho sociolaboral que possuem relevo são aqueles destinados à regulamentação da chamada “Ordem Econômica”, que, segundo a própria CF/88, foi fundada na “valorização do trabalho humano”, com o fim de promover a “garantia da vida digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput* da CF/88) (Brasil, 1988).

Ao relacionar os princípios gerais da atividade econômica, foi consagrada pelo Constituinte a “livre concorrência” (inciso IV, art. 170 da CF/88), que se conecta com o princípio da livre iniciativa (elemento de proteção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas), mas que atua como um princípio econômico, propriamente dito, deixando a fixação dos preços das mercadorias e dos serviços fora (em regra) do controle e de atos cogentes das Autoridades Administrativas, obedecendo-se assim à lógica da economia de

⁷ Ao discorrer sobre estas questões, Evelina Dagnino afirma que: “Os direitos trabalhistas estão sendo eliminados em nome da livre negociação entre patrões e empregados, da “flexibilidade” do trabalho, etc., e os direitos sociais garantidos pela Constituição Brasileira desde os anos 40, eliminados sob a lógica de que eles constituem obstáculos ao livre funcionamento do mercado, restringindo assim o desenvolvimento e a modernização (Dagnino, 2004, p. 156)”.

⁸ Nesta esteira de cognição, Werner Keller assevera que a corrente neoliberal preconiza que a flexibilização das relações de trabalho é: “fundamental para que se consiga maior produtividade diante de um mercado globalizado altamente competitivo. Portanto, os direitos e encargos sociais são um obstáculo a essa competitividade e na atração de investidores internacionais. Ou seja, a flexibilização é essencial para o crescimento econômico e a empregabilidade de um país (Keller, 2018, p. 213)”.

mercado (Grau, 2015, p. 199-208) (Brasil, 1988). Finalmente, há ainda disposições constitucionais que versam sobre a “Ordem Social”, a qual, na forma do art. 193 da CF/88, tem como base o “primado do trabalho” e como objetivo o “bem-estar e a justiça sociais” (Brasil, 1988).

No âmbito da legislação infraconstitucional trabalhista, a influência do pensamento neoliberal na ordem jurídica brasileira e a tendência de flexibilização de direitos sociais laborais são cada vez mais perceptíveis, principalmente, por conta das alterações que foram promovidas na legislação trabalhista (Lei nº 13.429/2017, Lei nº 13.467/2017, Lei nº 13.874/2019 entre outras) e nas propostas legislativas que tramitam no Congresso Nacional (PL nº 4330/2004 e PL nº 2383/2021) (Brasil, 2004; Brasil, 2021)

Destaca-se a Lei nº 13.467/2017 (Brasil, 2017), conhecida como “Reforma Trabalhista”, porque promoveu uma expressiva alteração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Brasil, 1943), e das Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974 (Brasil, 1974), 8.036, de 11 de maio de 1990 (Brasil, 1990), e 8.212, de 24 de julho de 1991 (Brasil, 1991) a fim de “adequar a legislação às novas relações de trabalho”. Outrossim, a Lei nº 13.874/2019 (Brasil, 2019), conhecida como a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (DDLE), originária da MP nº 881/2019, alterou o Direito Civil, Empresarial, Econômico, Urbanístico e do Trabalho, visando menores custos produtivos e correspondente maximização de lucros, com o primado jurídico da livre-iniciativa e do livre mercado.⁹

Para além dessas questões normativas específicas, ganham importância no estudo do Direito Internacional do Trabalho as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), por serem instrumentos normativos que abrangem a “proteção mínima do trabalho humano” em todo o mundo, bem como as ações que possibilitem o alcance da paz universal e do bem-estar da humanidade, por meio da justiça social (Queiroz, 2009, p. 55).

Impende mencionar que o Estado brasileiro, além de ser membro fundador da OIT, desde 28 de junho de 1919, e membro permanente do Conselho de Administração, desde 07 de novembro de 1978, já ratificou 98 (noventa e oito) Convenções internacionais, sendo certo que 18 (dezoito) Convenções foram denunciadas e 67 (sessenta e sete) Convenções estão em vigor, das quais 8 (sete) são fundamentais e 3 (três) são prioritárias (OIT, 2024).

Ao se referir sobre a perspectiva do Direito Constitucional brasileiro com o Direito Internacional do Trabalho, Daniel Damasio Borges explica que as Convenções da OIT são de “extraordinária valia”, porque esclarecem o sentido e expandem os direitos sociais trabalhistas de índole constitucionais, exercendo o papel de “escudo

⁹ Na seara do Direito Constitucional do Trabalho, calha apontar que a DDLE imprimiu maior relevância jurídica ao valor da livre-iniciativa (art. 1º, IV da CF/88), promovendo contundente realinhamento axiológico no âmbito do sistema jurídico brasileiro infraconstitucional, todavia, essa alteração atrita com um conjunto humanístico de valores inculpidos na CF/88, a saber: dignidade humana (inciso III, do art. 1º), os valores sociais do trabalho (inciso IV do art. 1º), justiça social (artigo 170, caput), função social da propriedade (inciso XXIII do art. 5º), da busca do pleno emprego (inciso VIII, artigo 170) e da proteção ambiental (inciso VI, artigo 170, combinado com artigos 7º, XXII, e 200, VIII) (Maranhão; Ferreira; Garcia, 2020, p. 10). Apesar de ter havido impugnação a diversos dispositivos da “MP da Liberdade Econômica”, por meio da ADI nº 6.156/DF, em 30 de abril de 2021, referida ação foi extinta pelo STF por perda do objeto.

contra a supressão e a limitação dos direitos sociais” (Borges, 2017, p. 246). Destarte, esses diplomas disfrutam minimamente de *status* supralegal, pois as Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil possuem tal condição, em virtude de entendimento consolidado – pelo STF no RE 466.343 – em relação ao nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e promulgados pelo Brasil, consoante artigo 5º, § 2º e 3º da CF/88 (Zapata, 2016, p. 215-220).

Pelo exposto, pode-se dizer que por se tratar de um paradigma político, econômico e social que possui elementos essenciais de validade e legitimidade diretamente relacionados com o Estado, a sociedade e os sujeitos, o modelo neoliberal acaba interferindo, de forma determinante e decisiva, na criação, interpretação e aplicação do Direito do Trabalho, especialmente em relação à flexibilização e à retirada da proteção dos direitos sociais laborais (desregulamentação). Indubitavelmente, o discurso jurídico econômico fica ainda mais robustecido com a intensificação e a apropriação irrestrita dos princípios da liberdade econômica, livre iniciativa e autonomia das vontades, havendo, cada vez mais, a aceitação dessa argumentação no âmbito da jurisprudência trabalhista do STF, como será detalhadamente exposto no tópico seguinte.

De toda a forma, não há como negar ou ignorar que existe uma sólida base teórica e hermenêutica que decorre dos princípios e regras presentes na ordem jurídica (CF/88 e Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil), que pode ser perfeitamente utilizada como contraponto ou resistência ao paradigma jurídico neoliberal hegemônico. Referida linha de raciocínio e de interpretação das normas jurídicas, que estão obviamente mais alinhadas com os defensores da doutrina social, do Estado social e das teorias críticas dos direitos humanos sociolaborais, colocam em xeque as ideias flexibilizadoras e desregulamentadoras da legislação trabalhista, visto que consagram a principiologia garantista, os princípios jurídicos de natureza protetiva, a extensão de direitos trabalhistas, e, acima de tudo, o valor do trabalho humano como pressupostos essenciais de superação das desigualdades, da garantia da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

3 A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MATÉRIA TRABALHISTA

Como não é possível negar que a jurisprudência exerce o importante papel de atualizar as disposições legais, tornando-as compatíveis com a transformação social, ganha relevo a jurisprudência do STF, por ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário, cuja competência precípua reside na guarda da Constituição.

Segundo informações obtidas no site do STF, atualmente, o acervo das ações que tramitam no STF é de 26.211, sendo 11.485 originárias e 14.726 recursais. Especificamente em relação à matéria do Direito do Trabalho, aproximadamente 5,78% das ações judiciais versam sobre esta temática (STF, 2024).

Nos domínios da jurisprudência do STF, exclusivamente no ramo do Direito do Trabalho, identifica-se importante estudo acadêmico realizado por Grijalbo Fernandes Coutinho, em que o autor promoveu uma análise criteriosa de blocos

relevantes de temas trabalhistas, entre os anos de 2007¹⁰ e 2020, em que o STF julgou de modo “favorável” ao capital/empregador 57 (cinquenta e sete) dessas demandas, na maioria delas, retirando ou suprimindo direitos do trabalho até então incorporados ao patrimônio jurídico da classe trabalhadora¹¹. Nas próprias palavras de Coutinho:

Ao final, conclui-se que o STF, com sua interpretação do Direito Constitucional do Trabalho de maneira invertida ou atenta exclusivamente aos apelos do mercado financeiro, contribui decisivamente para esgarçar ainda mais as frágeis relações de trabalho no Brasil (Coutinho, 2021, p. 20).

Ao abordar as decisões do STF que “fragilizaram o direito do trabalho e o seu processo”, dando atenção aos fundamentos sob a perspectiva dos discursos construídos para a elaboração de votos e decisões de ministras e ministros do STF, Grijalbo conclui que existem 4 (quatro) grupos, do ponto e vista econômico, político e jurídico, que foram classificados da seguinte forma: 1) escola liberal-neoliberal ou ultra-liberal: Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia e Dias Toffoli; 2) escola liberal-moderada: Alexandre de Moraes, Marco Aurélio e Celso de Mello; 3) escola-moderada: Ricardo Lewandowski; 4) escola progressista-garantista¹²: Rosa Weber e Edson Fachin (Coutinho, 2020, p. 450 e 565).

Entretanto, essas classificações e conclusões adotadas por Grijalbo não passam imunes há algumas críticas. Isto porque, a forma de classificar em “escolas” os ministros do STF, sob o ponto de vista da metodologia, poderia ser considerada pouco sensível aos posicionamentos dos julgadores, em sentido *lato* (conjunto das decisões proferidas/posicionamento de cada um dos julgadores do STF nos mais diversos assuntos).

À guisa de ilustração, convém ressaltar que, no tocante ao enquadramento do ministro Luís Roberto Barroso como adepto da escola liberal-neoliberal ou ultraliberal, numa acepção mais ampla de seus posicionamentos, especificamente envolvendo os costumes, Barroso poderia ser classificado como de vanguarda, progressista ou garantista, por se manifestar favorável às uniões estáveis homoafetivas, e, conseqüentemente, contrário à autoridade dos valores tradicionais discriminatórios baseadas em gênero (ADI 4277, ADPF 132 e RE 646721)¹³. Outrossim, o ministro

¹⁰ Ao tratar do período que compreende aos anos 1990 e 2006, Grijalbo assevera que as decisões do STF eram de caráter “conservador-moderado” na análise das questões trabalhistas, muitas vezes mais garantista do Direito do Trabalho do que o próprio Tribunal Superior do Trabalho (TST). (Coutinho, 2020, p. 34)

¹¹ Vide as informações contidas nos seguintes quadros: QUADRO 1 Demonstrativo de decisões garantistas do STF entre 1990 e 2006; QUADRO 4 Decisões do STF que desregulam ou precarizam o Direito do Trabalho (2007-2020); QUADRO 5 Casos pendentes de julgamento definitivo pelo STF, com possível aprofundamento da jurisprudência neoliberal.

¹² Para Grijalbo, o termo “garantista” está relacionado com a “principiologia garantista do Direito do Trabalho”, que é fundada em “princípios jurídicos de natureza protetiva” e com a “extensão de direitos sociais”. (Coutinho, 2020, p. 191 e 480).

¹³ No julgamento das ADI 4277 e ADPF 132, Luís Roberto Barroso atuava na condição de procurador do Estado do Rio de Janeiro, tendo, inclusive, realizado sustentação oral na Tribuna. No RE 646721, Barroso atuava como ministro e foi o redator do acórdão.

Barroso também possui uma posição muito firme e oposicionista ao autoritarismo e às práticas antidemocráticas (MI 7311), de modo que não seria propriamente um adepto das características constitutivas neoliberais relativas ao enfraquecimento da democracia.

Já em relação aos julgados do STF que foram classificados por Grijalbo como sendo fragilizantes do Direito do Trabalho, poder-se-ia dizer, metodologicamente, que haveria uma maior complexidade em se classificar determinados casos específicos, dada a natureza mais “difícil” ou “mista” da discussão jurídica estabelecida na lide. Neste sentido, convém mencionar o caso do RE 590.415¹⁴, em que o STF acabou decidindo em prol dos interesses patronais, porém, os argumentos e os debates jurídicos ventilados naquela demanda privilegiaram a autonomia coletiva de vontade e a representação sindical, de modo que houve um razoável sopesamento pela Corte dos argumentos jurídicos levantados, sem que houvesse necessariamente extravagância ou abusividade na interpretação e aplicação dos direitos, ao ponto de ser considerada uma decisão do STF que efetivamente chancela a flexibilização, a desregulação e a precarização das condições e dos direitos sociais trabalhistas.

Quanto à conclusão adotada por Grijalbo no sentido de que a interpretação do Direito Constitucional do STF ocorre para atender “exclusivamente aos apelos do mercado financeiro”, entende-se que o estudo jurisprudencial revela que há um conjunto de decisões da Suprema Corte que é mais favorável aos interesses do empregador como um todo, nos mais diversos níveis dos setores em que são desenvolvidas as atividades econômicas (comercial, industrial, agropecuário, serviços, entre outros), razão pela qual não seria algo exclusivo ou restrito ao âmbito do mercado financeiro.

Inobstante a estas ponderações críticas, destaca-se que as classificações de Grijalbo foram realizadas restritivamente ao contexto juslaboral, levando em consideração as posições adotadas pelos ministros do STF em relação ao conjunto das decisões analisadas, relacionando-as, principalmente e possivelmente, com as características constitutivas neoliberais da “lógica de mercado”, “liberdade individual” e da “retirada da proteção dos direitos sociolaborais”, o que, de forma geral, não desqualifica ou obsta os resultados obtidos no estudo, mormente porque serve para o desenvolvimento de formulações e reflexões criteriosas acerca da jurisprudência da Suprema Corte Federal.

Ainda, vale a pena mencionar que, principalmente no ano de 2023, o STF, seguindo esta linha de raciocínio jurídico de caráter mais neoliberal, em

¹⁴ De acordo com Grijalbo, no julgamento do RE nº 590.415/SC, o STF “admitiu a prevalência do negociado sobre o legislado, autorizando, assim, a redução de direitos sociais constantes de textos normativos estatais, com destaque para os previstos na CLT” (Coutinho, 2020, p. 270).

sede de reclamações constitucionais¹⁵, proferiu várias decisões que versavam sobre “pejotização” de médicos (RCL 47843, RCL 57917, RCL 61115, entre outras), advogados associados diante de escritórios de advocacia (RCL 53899, RCL 56285, RCL 57761, RCL 57918, entre outras) e contrato de franquia de corretores de seguros (RCL 58333).

Nestes casos, em que foram identificadas fraudes nas relações de trabalho pelas instâncias do Poder Judiciário Trabalhista, o STF, à míngua da proteção proveniente dos direitos sociais trabalhistas que visam efetivar a justiça social, reconheceu, com base nos princípios da liberdade econômica e da livre iniciativa e na regularidade da terceirização da atividade-fim, a validade de relações jurídicas diversas da relação de emprego. Além disso, constam em alguns votos dos ministros da Suprema Corte Federal o princípio jurídico da autonomia individual da vontade, largamente utilizado nos domínios das relações jusprivatísticas como fundamentação para reformar as decisões da Justiça do Trabalho que haviam reconhecido os vínculos de emprego aos trabalhadores.

Entretanto, a partir de uma análise criteriosa desses julgados, dentre vários argumentos que podem ser utilizados para tornarem controvertidos os fundamentados adotados pelo STF, pode-se afirmar que o não reconhecimento da relação empregatícia, sob o plano normativo constitucional (os incisos III e IV, do art. 1, XXXV do art. 5º, *caput* do art. 7º e *caput* do art. 170 da CF/88) e dos tratados internacionais de direitos humanos (Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, Convenções da OIT etc.), implica violação aos princípios fundamentais da república, da garantia dos cidadãos trabalhadores, do princípio protetor e dos princípios da ordem econômica, os quais representam, em última análise, a essência e o fundamento de todo o Direito do Trabalho.

Por outro lado, devido à assimetria do poder entre o empregador e o trabalhador, a submissão de vontade e a sujeição de liberdade do trabalhador (Gamonal, 2009, p. 15), o empregado que se encontra numa relação jurídica de “pejotização fraudulenta” acaba sendo obrigado a realizar a abertura de uma empresa, de modo que não há propriamente uma possibilidade de “escolha” livre e consciente das bases na relação jurídica, a partir de uma lógica da autonomia individual da vontade.

Neste sentido, vale a pena mencionar que Francisco dos Santos Amaral Neto aborda sobre a “liberdade” e a “autonomia” na perspectiva conceitual jurídica. Segundo Neto, a liberdade seria a possibilidade ou faculdade que o indivíduo tem de “atuar de acordo com a sua vontade”, havendo uma conexão entre a autonomia privada (poder jurídico objetivo que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo a respectiva

¹⁵ A reclamação constitucional é um mecanismo jurídico que possui como finalidade preservar a competência da Suprema Corte Federal brasileira e garantir a autoridade de suas decisões, conforme prevê o artigo 102, inciso I, alínea “I”, além de salvaguardar a estrita observância de preceito constante em enunciado de Súmula Vinculante, nos termos do artigo 103-A, § 3º, ambos da CF/88. De acordo com o levantamento bibliográfico, entre 2006 e 2023, houve um crescimento na quantidade de reclamações constitucionais no STF, de modo geral, em todos os temas. Especificamente sobre as reclamações constitucionais ajuizadas em matéria trabalhista, o assunto “terceirização” é um dos mais expressivos, e acaba representando uma parcela muito expressiva de tudo o que é discutido no STF, por meio destes instrumentos processuais (Pasqualetto; Barbosa; Fiorotto, 2023, p. 6).

disciplina jurídica) e a autonomia da vontade (princípio do direito privado, de conotação mais subjetiva/psicológica, que confere ao agente a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e o efeito), porém, que não se confundem (Amaral Neto, 1989, p. 212-213).

Especialmente no contexto do Direito do Trabalho, por ser a subordinação ínsita ao contrato de trabalho, entende-se que o ato de vontade do empregado (ressalvando especialmente a modalidade “hipersuficiente” – parágrafo único do art. 444 da CLT), de fato, não acaba sendo concreta durante o desenvolvimento do pacto laboral, o que justifica a necessidade do trabalhador ser enquadrado enquanto desigual na relação jurídica, e, portanto, hipossuficiente.

E ainda que não seja considerada a condição de hipossuficiência do trabalhador, tal circunstância não pode prevalecer como argumento para obstar o reconhecimento do vínculo pelo Poder Judiciário, vez que não há qualquer norma na legislação trabalhista, mesmo com todas as alterações que foram realizadas na CLT nos últimos anos, que proíba o Juiz do Trabalho de reconhecer o vínculo de emprego, na forma dos artigos 2º e 3º da CLT, quando o trabalhador não for parte hipossuficiente na relação jurídica.

Também calha mencionar que, em relação à situação dos profissionais que detém nível de ensino superior, o simples fato de o trabalhador possuir o diploma de graduação não lhe exime das tensões e das “pressões do mercado de trabalho”, nem da possibilidade de trabalhar mediante subordinação patronal e por dependência econômica, retirando-lhe a autonomia para uma escolha livre e esclarecida (NTADT, 2023, p. 56).

Ainda, sob uma perspectiva mais tecnicista normativista, identifica-se a falta de observância nos julgados do STF de aderência estrita entre os atos reclamados¹⁶ com os paradigmas invocados (terceirização¹⁷ e não pejotização), cabendo ainda destacar que os órgãos da Justiça do Trabalho, de modo oposto, apontam nuances próprias, autônomas e especificamente vinculadas às fraudes na formatação das relações, vez que foi identificada a presença de todos os requisitos necessários para a caracterização da relação de emprego.

Assim sendo, pode-se dizer que o STF, ao julgar conflitos que são submetidos para sua apreciação envolvendo as relações entre o capital e trabalho, vem, cada vez mais, adotando argumentos jurídicos que indicam um maior alinhamento com a lógica neoliberal, especialmente porque a interpretação e aplicação dos princípios da liberdade econômica, da livre iniciativa e da autonomia das vontades vêm prevalecendo sobre os direitos sociais fundamentais trabalhistas e a efetiva valorização do trabalho humano assalariado.

Por outro lado, independentemente das concepções ideológicas, políticas, econômicas ou sociais, por ser o Direito do Trabalho construído na noção de desigualdade de poder de força entre o empregado e o empregador, faz-se

¹⁶ Para maior aprofundamento sobre a temática da aderência das decisões do STF, confira (Pasqualetto; Barbosa; Fiorotto, 2023, p. 16-18).

¹⁷ Os julgados sobre terceirização que foram mencionados pelo STF foram Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 48, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, o Tema nº 725 da Repercussão Geral e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5625.

necessário que haja um cuidado muito especial, sobretudo por parte do STF, na análise das demandas judiciais em que se discute a extensão das liberdades (formais e substanciais) do empregado nas relações trabalhistas, pois, de um modo geral, o trabalhador, na perspectiva socioeconômico, encontra-se em situação de desvantagem em relação ao seu empregador.

CONCLUSÃO

Embora o Estado Democrático de Direito previsto na CF/88, do ponto de vista teórico, busque ultrapassar as formulações tradicionais tanto do Estado Liberal como do bem-Estar Social, estabelecendo uma harmonização e equilíbrio jurídico normativo entre os interesses do capital e trabalho, o fato é que, no plano pragmático, os conflitos decorrentes das relações laborais são repletos de tensões que, ao fim, acabam impondo escolhas, ora pela valorização social do trabalho, ora pela livre iniciativa.

Indubitavelmente, a teoria crítica dos direitos humanos e a jurisprudência do STF possuem papéis centrais e decisivos, respectivamente, com relação à transformação e ao aprimoramento da realidade das relações sociolaborais e às soluções práticas das demandas judiciais trabalhistas.

A despeito do valor social do trabalho ser um fundamento da república e um elemento imprescindível do constitucionalismo democrático e social, neste estudo, verificou-se que a questão do Direito do Trabalho no âmbito do STF, há vários anos, vem sendo decidida de forma majoritária a partir de uma perspectiva lógica e jurídica neoliberal, prevalecendo, cada vez mais, a adoção dos princípios da liberdade econômica, da livre iniciativa e da autonomia das vontades como fundamentos das decisões da Suprema Corte Federal brasileira.

É certo que a lógica do capitalismo e do mercado afetam sensivelmente as concepções sobre o Direito do Trabalho, sobretudo, por conta das diferentes e novas formas de trabalho existentes na sociedade contemporânea. Contudo, o maior e incontestado desafio atual que se apresenta, tanto em nível teórico como prático, diz respeito à interpretação e à aplicação correta dos direitos sociais trabalhistas previstos tanto no rol dos direitos fundamentais previstos na CF/88, como dos tratados internacionais de direitos humanos.

Afinal, ainda que se admita que o Direito do Trabalho contemporâneo necessite se “atualizar” para que seja conferido o primado da lógica capitalista e de mercado sobre os direitos sociais trabalhistas, em última análise, não deveria jamais deixar de ser reconhecido e considerado nos casos concretos o princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em favor da classe trabalhadora.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, F. S. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de informação legislativa*, [s. l.], v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BORGES, D. D. *O alcance dos tratados sobre os direitos sociais no direito brasileiro*. Tese de Livre Docência – Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2017.

BRASIL. Câmara dos deputados. *Projeto de Lei 2383/2021*. Altera a Lei nº 8.036 de 1990 que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências para que quando o contrato de trabalho for extinto sem justa causa, o pagamento da multa sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS seja reduzido para 20% (vinte por cento). Autor: Nereu Crispim. Apresentação: 30/06/2021. DF: Câmara dos deputados, 2021. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2288810#:~:text=Alterar%20a%20Lei%20n%C2%B0,%25%20\(vinte%20por%20cento\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2288810#:~:text=Alterar%20a%20Lei%20n%C2%B0,%25%20(vinte%20por%20cento)). Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Câmara dos deputados. *Projeto de Lei 4330/2004*. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Autor: Sandro Mabel. Apresentação: 26/10/2004. DF: Câmara dos deputados, 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, DF: Presidência da República, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. *Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974*. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. DF: Presidência da República, 4 jan. 1974. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019compilado.htm#:~:text=LEI%20No%206.019%2C%20DE%203%20DE%20JANEIRO%20DE%201974.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Trabalho%20Tempor%C3%A1rio,Urbanas%2C%20e%20d-%C3%A1%20outras%20Provid%C3%AAs.&text=13.429%2C%20de%202017\)-,Art.,Consolida%C3%A7%C3%A3o%20da%20Leis%20do%20Trabalho..](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019compilado.htm#:~:text=LEI%20No%206.019%2C%20DE%203%20DE%20JANEIRO%20DE%201974.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Trabalho%20Tempor%C3%A1rio,Urbanas%2C%20e%20d-%C3%A1%20outras%20Provid%C3%AAs.&text=13.429%2C%20de%202017)-,Art.,Consolida%C3%A7%C3%A3o%20da%20Leis%20do%20Trabalho..) Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990*. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. DF: Presidência da República, 14 mai. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.036%2C%20DE%2011%20DE%20MAIO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Fundo%20de,Art. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. DF: Presidência da República, 25 jul. 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017*. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. DF: Presidência da República, 31 mar. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. DF: Presidência da República, 13 jul. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. DF: Presidência da República, 30 abr. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/mpv/mpv881.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%20881%2C%20DE%2030%20DE%20ABRIL%20DE%202019&text=Institui%20a%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Direitos,regulat%C3%B3rio%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 22 mai. 2024.

BRASIL. *Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. DF: Presidência da República, 20 set. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6156/DF*. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346306886&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 7311/DF*. Impetrante: Jean Carlos Nunes Oliveira. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343417279&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Reclamação Constitucional 47843/BA*. Reclamante: Instituto Fernando Filgueiras – IFF. Reclamado: Relatora do AIRR nº 267-20.2016.5.05.0010 do Tribunal Superior do Trabalho. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346871859&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional 53899/MG*. Reclamante: A C Burlamaqui Consultores. Reclamado: Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355409982&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional 56285/SP*. Reclamante: Martinelli Advogados Associados e Outro(A/S). Reclamado: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355218049&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Reclamação Constitucional 57918/RJ*. Reclamante: Décio Freire Advogados. Reclamado: Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356001894&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional 61115/BA*. Reclamante: Hospital Prohope Ltda. Anonima. Reclamado: Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359693313&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional 57761/SP*. Reclamante: Rodrigues Pereira Sociedade de Advogados. Reclamado: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357876862&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional 57917/SP*. Reclamante: Hospital Santa Cruz Sociedade Anonima. Reclamado: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356245749&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Reclamação Constitucional 58333/SP*. Reclamante: Prudential do Brasil Seguros de Vida S.A. Reclamado: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Relator: Min. André Mendonça. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363350173&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Constitucionalidade 48/RJ*. Requerente: Confederação Nacional do Transporte. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343120733&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Constitucionalidade 4277/DF*. Requerente: Procuradora-Geral da República. Min. Ayres Britto. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204277%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5625/DF*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade - CONTRATUH. Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350407676&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso. Requerente: Associação Brasileira do Agronegócio - ABAG. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341024987&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/DF*. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Min. Ayres Britto. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20132%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 466343/SP*. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 590415/SC*. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrida: Claudia Maira Leite Eberhardt. Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590961>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 646721/RS*. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Geni Quintana. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 958252/MG*. Requerente: Celulose Nipo Brasileira S/A – CENIBRA. Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

BROWN, W. *Nas ruínas do neoliberalismo*. São Paulo: Ed. Politeia, 2019.

CORREAS, S. O. *Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

COUTINHO, G. F. *Justiça Política do Capital: A desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. São Paulo: Tirant Brasil, 2021.

COUTINHO, G. F. *O STF como justiça política do capital: A desconstrução do Direito do Trabalho por intermédio de decisões judiciais sintonizadas com os ímpetus do mercado neoliberal (2007-2020)*. Tese (doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2020.

DAGNINO, E. Construção democrática, neoliberalismo e participação: os dilemas da confluência perversa. *Revista Política & Sociedade*, n. 5, out., p. 139-164, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1983/1732>. Acesso em: 04 fev. 2024.

DARDOT, P. Neoliberalismo “clássico” e novo neoliberalismo. *Sens public*, [s. l.], p. 1–22, 2021.

FLORES, J. H. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Os Direitos Humanos como Produtos Culturais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GAMONAL C. S. De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana. *Latin American Legal Studies*. [s. l.], v. 3, p. 1-28. 2018. Disponível em: https://www.aadyss.org.ar/files/documentos/309/10._Gamonal_Contreras,_Sergio_-_De_la_eficacia_horizontal_a_la_diagonal_de_derechos_fundamentales_en_el_contrato_de_trabajo._Perspectiva_latinoamericana.pdf. Acesso em: 04 fev. 2024.

GALLARDO, H. Derechos Discriminados y Olvidados. In: RUBIO, D.; FLORES, J. H.; CARVALHO, S. (org.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

HABERMAS, J.; RAWLS, J. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, 1996.

KELLER, W. *As novas tecnologias e suas perspectivas no direito do trabalho da sociedade contemporânea (século XXI)*. Tese de Doutorado em Direito. Ciências Jurídicas. Departamento de Direito da Universidade Autônoma de Lisboa, Lisboa, 2018.

LYRA FILHO, R. *O que é direito?* 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MARANHÃO, N.; FERREIRA, V. R.; GARCIA, A. M. M. Reforma Trabalhista e Declaração de Direitos da Liberdade Econômica: Inversão Axiológica Contrastante com a Constituição Federal? *Revista de Direito do Trabalho (São Paulo)*, v. 213, p. 199-223, 2020. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/180442>. Acesso em: 04 fev. 2024.

MASCARO, A. L. *Filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, N. L. B.; BARBOSA, R. L. Crise econômica e flexibilização das leis trabalhistas. *XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 2016, Brasília. Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I. Florianópolis: CONPEDI, p. 25-41, 2016. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/27tk8s9x/qtQlrPkmKEXV5VI.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2024.

MORIN, E. *Introdução ao Pensamento Complexo*. 4. ed. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2003.

NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NÚCLEO DE EXTENSÃO E PESQUISA "O TRABALHO ALÉM DO DIREITO DO TRABALHO" (NTADT). *NOTA TÉCNICA N.º 3/2023*. Análise dos recentes julgados do STF acerca da competência da Justiça do Trabalho no Brasil. Convênio NTADT – ANAMATRA, [s. l.], Data: 25.09.2023, p. 1-154. Acesso em: 01 de dez. 2023. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2023/Pesquisa_Anamatra_USP_1.pdf. Acesso em: 04 fev. 2024.

OLIVEIRA, O. M. de. *Globalização e direito social: as transformações e os novos debates em evidência*. OLSSON, G. (Org.). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, p. 7-16, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 16 dez. 1966. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 07 jul. 1992, Seção 1. p. 8716. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 04 fev. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Ratificaciones de Brasil*. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::N0:11200:P11200_COUNTRY_ID:102571. Acesso em: 04 fev. 2024.

PASQUALETO, O. Q. F.; BARBOSA, A. L. P; FIOROTTO, L. A. *Terceirização e pejetização no STF: análise das reclamações constitucionais*. FVG, Direto SP, 2023. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/b8957d04-ce85-4a97-8cf9-3c663336932b>. Acesso em: 04 fev. 2024.

QUEIROZ, M. T. *A integração das convenções da organização internacional do trabalho à ordem jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

RUBIO, D. S. Una perspectiva crítica sobre democracia y derechos humanos. In: David Sánchez Rubio e Juan Antonio Antonio Senent de Frutos. *Teoría crítica del derecho, Nuevos horizontes*. San Luis-Aguascalientes. Universidad Autónoma San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Mispát, 2013a.

RUBIO, D. S. Sobre a racionalidade econômica eficiente e sacrificial, a barbárie mercantil e a exclusão dos seres humanos concretos e a natureza. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 17, n. 26, p. 1-16, 2013b. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/1267/1161>. Acesso em: 04 fev. 2024.

RUBIO, D. S. Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derecho. *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, junio, [s. l.], n. 33, p. 99-133, 2015a. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/24125#preview>. Acesso em: 04 fev. 2024.

RUBIO, D. S. Sobre derechos humanos en el pensamiento de Helio Gallardo: praxis de liberación, tramas sociales y multi-garantías. *Rev. Filosofía Univ. Costa Rica*, [s. l.], LXII (164), Setiembre – Diciembre, p. 151-165, 2023. Disponível em: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/filosofia/article/view/56752/57368>. Acesso em: 04 fev. 2024.

RUBIO, D. S. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, [s. l.], v. 3, p. 181-213, 2015b. Disponível em: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/88194/CAMPO%20JUR%2c%20DICO%20DERECHOS%20HUMANOS%2c%20NO%20COLONIALIDAD%20Y%20OTRAS%20LUCHAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 fev. 2024.

RUBIO, D. S.; ZÚÑIGA, P. C. Violencias en el trabajo, cinismo estructural, poderes innominados y condiciones dignas de vida. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 23, n. 37, p. 259-291. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/3263/2793>. Acesso em: 04 fev. 2024.

SUPIOT, A. *Crítica do direito do trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Acervo geral*. 2024. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/acervo/acervo.html>. Acesso em: 04 fev. 2024.

SÜSSEKIND, A. *Direito Constitucional do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VEIGA, F. L.; ALDÉ, A. Recepção da Comunicação Política. *Comunicação e política: conceitos e abordagens*. RUBIM, A. A. C. (org). Salvador: Edufba, p. 483-513, 2004.

ZAPATA, S. R. D. *As Convenções da OIT no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Jundiaí: Paco, 2016.

A TUTELA JURÍDICA DO TEMPO DO CONSUMIDOR E SEUS DESAFIOS: PERSPECTIVAS DE EQUACIONAMENTO A PARTIR DE UMA ANÁLISE DE DECISÕES DO TJ-RS NO ANO DE 2024

Maitê Caurio Felker*

Arthur Brizzi**

Daniela Richter***

RESUMO

A responsabilidade civil sofreu uma redefinição de seus paradigmas, passando-se a discutir a possibilidade de tutela jurídica do tempo do consumidor. Embora a tese conte com grande aceitação doutrinária, ainda remanesce, no âmbito jurisprudencial, uma tensão entre o “mero aborrecimento” e as compensações pleiteadas. Assim, o presente trabalho partiu de uma análise dos acórdãos do TJ-RS no ano de 2024 com menção às expressões “desvio produtivo” e “consumidor”, a fim de compreender esses desafios. A partir disso, questionam-se: quais são as perspectivas e as possibilidades de equacionamento desses desafios? Utilizou-se o método de abordagem dialético, partindo da dialeticidade entre tempo e direito, perpassando a análise jurisprudencial, até chegar à discussão central. Empregaram-se os métodos de procedimento histórico e comparativo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. O trabalho foi dividido em três seções. Inicialmente, apresenta-se uma contextualização a respeito da tutela jurídica do tempo. Na sequência, apresentam-se os dados da análise jurisprudencial. Ao final, discutem-se as perspectivas de equacionamento dos desafios. Concluiu-se que é preciso repensar o eixo de análise da responsabilização civil, de modo a incluir a análise da desídia do fornecedor, à luz da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos, a fim de mitigar as dificuldades probatórias. Além disso, apontou-se a relevância de ampliação da tutela jurídica do tempo para outras áreas, viabilizando possíveis diálogos de fontes. Por fim, mencionaram-se a administrativização da tutela do tempo do consumidor e o processo coletivo, inclusive por meio de decisões estruturais, como forma de evitar a hiperjudicialização.

Palavras-chave: policiamento preditivo; algoritmo; inteligência artificial; atividade criminal.

Data de submissão: 07/10/2024

Data de aprovação: 18/02/2025

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bolsista CNPq. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Advogada.

** Mestre em Direito pela Universidad de Granada (UGR).

*** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora adjunta do Departamento do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM (Mestrado).

THE LEGAL PROTECTION OF CONSUMER TIME AND ITS CHALLENGES: PROSPECTS FOR A COMPROMISE BASED ON AN ANALYSIS OF TJ- RS DECISIONS IN 2024

Maitê Caurio Felker
Arthur Brizzi
Daniela Richter

ABSTRACT

Civil liability has undergone a redefinition of its paradigms, with discussion turning to the possibility of legal protection for consumers' time. Although the thesis is widely accepted in the doctrine, there is still a tension in the jurisprudence between "mere annoyance" and the compensation claimed. Therefore, this study began with an analysis of TJ-RS rulings in 2024 which mentioned the terms "productive deviation" and "consumer", in order to understand these challenges. The question then arises: what are the prospects and possibilities for resolving these challenges? A dialectical approach was used, starting from the dialectic between time and law, going through the jurisprudential analysis, until arriving at the central discussion. Historical and comparative procedural methods were used, as well as bibliographical and documentary research techniques. The work is divided into three chapters. Initially, a contextualization of the legal protection of time is presented. Next, the data from the jurisprudential analysis is presented. At the end, the prospects for resolving the challenges are discussed. It was concluded that it is necessary to rethink the axis of analysis of civil liability, in order to include the analysis of the supplier's negligence, in the light of objective good faith and its duties, in order to mitigate evidential difficulties. In addition, the importance of extending the legal protection of time to other areas was pointed out, enabling possible dialog between sources. Finally, the administrativization of consumer time protection and collective proceedings were mentioned, including through structural decisions, as a way of avoiding hyperjudicialization.

Keywords: civil liability; legal protection of time; objective good faith; productive deviation of the consumer; simple annoyance.

Date of submission: 07/10/2024

Date of approval: 18/02/2025

INTRODUÇÃO

Historicamente, o tempo e o direito sempre se relacionaram mutuamente. Essa relação – e tensão – assume especial relevância na sociedade de hiperconsumo, na qual cada vez há menos tempo livre. Nesse contexto, com novos paradigmas no campo da responsabilidade civil, sobretudo a partir da constitucionalização do direito privado, passou-se a discutir a tutela do tempo como bem jurídico autônomo, especialmente no âmbito do direito do consumidor.

Assim, surgiram expressões como “desvio produtivo do consumidor”, “tutela jurídica do tempo útil”, “tutela jurídica do tempo perdido”, “tutela jurídica do tempo livre”, entre outras. As designações variam, mas todas elas convergem para reconhecer a possibilidade, ao menos abstratamente, de responsabilização civil – com a consequente compensação dos danos – quando o consumidor se vê obrigado a dispendar seu tempo para a resolução de problemas causados pelo fornecedor.

Essa tese passou a contar, paulatinamente, com grande aceitação doutrinária e acadêmica. Também a jurisprudência, em alguma medida, passou a reconhecer a tutela jurídica do tempo, viabilizando, em determinados casos, a responsabilização civil. Nessa seara, no entanto, remanesce uma tensão entre o chamado “mero aborrecimento” e o dano moral usualmente pleiteado em razão da perda do tempo.

Diante disso, constata-se que persistem diversos desafios quanto ao tema, com destaque para a dificuldade probatória, para a complexidade de estabelecimento de parâmetros objetivos para quantificação dos danos, bem como em relação ao risco de hiperjudicialização. Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo geral – e problema de pesquisa – discutir as perspectivas de equacionamento dos desafios que se apresentam quanto à tutela jurídica do consumidor.

A fim de travar essa discussão, realiza-se uma análise de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, buscando compreender quais têm sido os entraves para a responsabilização em razão do desvio produtivo do consumidor. A pesquisa é delimitada temporalmente ao ano de 2024, com a categorização dos acórdãos analisados por setor econômico dos fornecedores e com a classificação dessas decisões conforme a orientação adotada.

Metodologicamente, utiliza-se o método de abordagem dialético, uma vez que a pesquisa é construída a partir da relação dialética entre tempo e direito, perpassando a análise das diferentes posições jurisprudenciais, até chegar à discussão quanto ao equacionamento dos desafios. Os métodos de procedimento, por sua vez, são utilizados para fazer frente aos objetivos específicos.

Desse modo, utiliza-se o método de procedimento histórico, a fim de compreender brevemente a evolução da responsabilidade civil e o desenvolvimento da tutela jurídica do tempo. Por sua vez, utiliza-se o método de abordagem comparativo, a fim de compreender, categorizar e classificar as decisões analisadas, verificando-se os entraves à tutela jurídica do tempo do consumidor. Ainda, utilizam-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Finalmente, esclareça-se que o presente trabalho foi segmentado em três partes. Inicialmente, analisa-se a relação entre tempo e direito, expondo-se o paradigma da sociedade do (hiper)consumo e a evolução da responsabilidade

civil, a fim de situar contextualmente a tutela jurídica do tempo do consumidor. Na sequência, apresentam-se os dados da pesquisa jurisprudencial realizada, a fim de compreender os entraves na temática. Ao final, discutem-se, a partir da pesquisa jurisprudencial realizada, as perspectivas de equacionamento dos desafios relacionados à questão, apresentando-se uma série de perspectivas dogmáticas e práticas.

1 O TEMPO E O DIREITO NA SOCIEDADE DO (HIPER)CONSUMO: OS NOVOS RUMOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

O tempo e o direito relacionam-se mutuamente, já que um dos grandes desafios do direito, certamente, diz respeito à normatização do tempo. Essa relação dialética entre tempo e direito foi amplamente explorada por Ost (2005, p. 13), com destaque para a percepção de que “o direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do direito”.

Na verdade, diversos institutos jurídicos dizem respeito justamente a uma tentativa de normatização do tempo, a exemplo do que ocorre com a prescrição e a decadência. Até mesmo alguns dos propalados novos direitos assumem uma relação intrínseca com o tempo, como ocorre com o direito ao esquecimento. Nesse sentido, a relação entre tempo e direito não é externa, ocasional e acidental; mas sim interna, a partir de uma perspectiva de diálogo e influência mútuas (Ost, 2005, p. 14).

Essa relação – e tensão – é intensificada no âmbito da sociedade contemporânea, marcada pelo fenômeno do consumo. Nesse paradigma, o tempo também se torna mercadoria, mercantiliza-se e capitaliza-se. Assim, a noção de *tempo livre* representaria um paradoxo do consumo, já que a própria preocupação constante e diuturna com o *tempo livre* exprimiria uma ausência de liberdade (Baudrillard, 1995, p. 161-162)¹.

Para além disso, a sociedade do hiperconsumo² – expressão utilizada por Lipovetsky (2007) – tem como característica a relação do ato de consumir com o *tempo existencial* (Lipovetsky, 2007, p. 70), já que, nesse cenário, *viver é*

¹ Baudrillard (1995, p. 161-162) também faz um resgate histórico bastante interessante, a fim de demonstrar esse paradoxo, comparando a sociedade do consumo com as sociedades primitivas: “Nas sociedades primitivas, não há tempo. A questão de saber se se «tem» ou não tempo, carece de sentido. O tempo reduz-se nelas ao ritmo das atividades coletivas repetidas (ritual de trabalho, das festas) [...]. Por outro lado, afirmar que «o tempo é simbólico» não faz sentido já que, como o dinheiro, não existe nas sobreditas sociedades. A analogia do tempo com o dinheiro, em contrapartida, é fundamental para analisar o «nosso» tempo e o que pode implicar o grande corte significativo entre tempo de trabalho e tempo livre, corte decisivo, uma vez que é nele que se baseiam as opções fundamentais da sociedade de consumo”.

² Especificamente nessa questão relacionada ao tempo existencial, Lipovetsky (2007, p. 60-61), também justificando a utilização da expressão sociedade do hiperconsumo, em detrimento de sociedade de consumo, menciona que não se pode mais pensar o consumo simplesmente com uma função consoladora, como se necessariamente houvesse um antecedente (v.g. vazio, mal-estar) que tem como conseqüente o ato de consumir. Na verdade, para o autor, na sociedade do hiperconsumo, o ato de consumir teria uma espécie de autossuficiência em determinadas hipóteses: “se ele [consumo ou ato de consumir] é uma forma de consolo, funciona também como um agente de experiências emocionais que valem por si mesmas” (Lipovetsky, 2007, p. 61).

consumir e consumir é viver. Mas o aspecto existencial do tempo também dialoga com o seu aspecto cronológico, o que fica evidenciado justamente na questão que é objeto do presente trabalho, isto é, na discussão relativa ao tempo perdido pelo consumidor.

Nessa ambiência, o direito do consumidor surge como uma necessidade jurídica e social voltada a mediar – o que não se confunde com refrear – o hiperconsumo, em meio a suas interconexões com o tempo cronológico e com o tempo existencial. Esse ramo jurídico se desenvolveria paulatinamente durante o último quartel do século XX, paralelamente ao fenômeno da constitucionalização do direito privado e ao surgimento do chamado neoconstitucionalismo.

Esses fenômenos – cuja análise extrapola os limites do presente trabalho – influenciaram fortemente a responsabilidade civil. Isso porque a constitucionalização do direito impõe uma filtragem hermenêutico-axiológica de todo o ordenamento jurídico, que deve se adequar aos alvissareiros – e, por vezes, ambiciosos – preceitos constitucionais.

Assim, a responsabilidade civil passa por um fenômeno de “erosão dos filtros tradicionais”, especificamente com “o ocaso da culpa e a flexibilização do nexos causal” (Schreiber, 2013, p. 153). O mencionado ocaso da culpa, que merece destaque, diz respeito ao processo de objetivização da responsabilidade, que representa, dentro do espectro da constitucionalização do direito, a passagem de um modelo liberal-individualista para um modelo solidarista (Moraes, 2006, p. 250).

Com efeito, a objetivização da responsabilidade promove uma socialização de riscos, passando-se a se falar em um *direito de danos*, com fundamento ético na solidariedade (Lopez, 2010, p. 1.232). Toda essa construção quanto à responsabilidade civil vai ao encontro da própria ideia de uma *sociedade de risco*, expressão difundida por Beck (2011), que enfatiza, dentre outros aspectos, a “passagem da lógica da distribuição de riqueza na sociedade da escassez para a lógica da distribuição de riscos na modernidade tardia” (Beck, 2011, p. 23).

Para além disso, sob influência da despatrimonialização do direito privado, também surgem novas categorias de danos, com destaque para aspectos existenciais, atrelados aos direitos da personalidade (Schreiber, 2013, p. 163-167). Nessa toada, o Código de Defesa do Consumidor incorporou tanto essa objetivização da responsabilidade, com base na socialização dos riscos, como uma abertura para o reconhecimento de diferentes categorias de danos, com destaque, quanto a esse aspecto, ao seu artigo 6º, VI, cujo conteúdo costuma ser apontado como sendo o princípio da *reparação integral* (Brasil, 1990).

Exatamente diante desse contexto de mudança de paradigmas no âmbito da responsabilidade civil, passou-se a discutir a questão relativa à consideração do tempo como um bem jurídico autônomo. Isto é, para além de reconhecer a influência dialógica entre tempo e direito, começa-se a teorizar a respeito da possibilidade de se considerar o *tempo por si só*, considerando a sua imbricação existencial.

Um dos primeiros trabalhos a tratar de forma específica do tema é a obra do professor Marcos Dessaune, denominada “Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado”. O autor conceitua o chamado desvio produtivo como a situação em que o consumidor, diante da falta de atendimento adequado,

precisa dispendir tempo, desviando-se das suas atividades – necessárias ou por ele preferidas –, a fim de buscar a resolução de um problema causado pelo fornecedor (Dessaune, 2011, *passim*).

Em trabalho mais recente, em verdadeira atualização da obra original, Dessaune (2019, p. 25-26) conclui que o desvio produtivo tem como consequência um dano extrapatrimonial, indenizável *in re ipsa*, considerando o prejuízo às atividades existenciais do consumidor. Assim, sustenta que, havendo um efetivo desvio produtivo, o fornecedor deve responder objetivamente, ao menos em regra, pelos danos extrapatrimoniais causados (Dessaune, 2019, p. 29).

Nessa linha de raciocínio, diversos outros trabalhos dedicaram-se ao tema, variando nas suas conceituações e categorizações, mas convergindo para a conclusão de reconhecimento do valor jurídico do tempo do consumidor, com a consequente indenizabilidade dos danos. Exemplificando, Bergstein (2019, p. 161) aponta que o tempo se tornou um interesse relevante e um objeto jurídico, cuja violação revela um dano passível de reparação.

Por outro lado, aponta que o tempo perdido pode ter como reflexo danos patrimoniais³ ou danos extrapatrimoniais de natureza moral, cogitando-se apenas excepcionalmente de um dano propriamente existencial (Bergstein, 2019, p. 161-185). Para além disso, também menciona que seria perfeitamente possível, diante de uma situação concreta, a cumulação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais em razão do tempo perdido (Bergstein, 2019, p. 172).

Há, ainda, quem faça referência à necessidade de se reconhecer uma nova categoria de danos. Assim, propõe-se o reconhecimento da modalidade do *dano temporal*, cuja autonomia encontraria fundamento na relevância do tempo, que assumiria a condição de bem jurídico mais importante na contemporaneidade, merecendo uma tutela autônoma e específica (Teixeira; Augusto, 2015, p. 207).

Pode-se dizer, a título conclusivo, considerando o escopo do presente trabalho, que há uma razoável consolidação no campo acadêmico quanto ao reconhecimento do valor jurídico do tempo – e, ao menos abstratamente, da possibilidade de indenização por sua violação – no campo do direito do consumidor. As divergências sobressaem especialmente no que diz respeito à designação conceitual da teoria (*desvio produtivo*, *perda do tempo útil*, *tempo perdido*, *perda do tempo livre*, etc.) e à natureza dos danos (*dano moral*, *dano existencial*, *dano temporal*, etc.).

Quanto à designação, percebe-se uma certa inclinação – acadêmica e jurisprudencial – à utilização da expressão *desvio produtivo*. No entanto, é preciso ter um cuidado ao utilizá-la, para que não conduza a uma patrimonialização da tutela do tempo, ao se buscar a comprovação de um *desvio* quanto a atividades

³ Esclareça-se, desde já, que não se discutem no presente trabalho as repercussões patrimoniais do tempo. Isso porque, para esse ponto, já há a categoria dos lucros cessantes, que parece atender perfeitamente às repercussões patrimoniais do tempo perdido, a sugerir inclusive a prescindibilidade de se falar nessa espécie de repercussão. Portanto, o enfoque diz respeito às repercussões extrapatrimoniais do tempo perdido.

efetivamente *produtivas* do consumidor⁴. A mesma cautela é necessária com a expressão *tempo útil*, utilizada, por exemplo, por Silva Neto (2015).

Esclareça-se, portanto, que essas expressões serão utilizadas, em alguns trechos do presente trabalho, sem adequado rigor técnico. Isso porque, a título de exemplo, na jurisprudência se percebe uma utilização substancial da expressão *desvio produtivo*, sem excluir, necessariamente, a tutela do *tempo livre* do consumidor.

Por outro lado, a questão da natureza dos danos, que impacta significativamente os limites e as possibilidades de tutela, será aprofundada na terceira seção do presente trabalho.

A tutela jurídica do tempo do consumidor, com suas variações e distinções, passou a ser suscitada na esfera jurisdicional, com uma paulatina adesão por parte da jurisprudência. No entanto, embora cada vez mais demandas com alegações de *desvio produtivo* ou conceitos análogos sejam levadas ao Poder Judiciário, nem sempre a resposta tem sido no sentido de conceder as indenizações e compensações pleiteadas. Na verdade, tem sido comum a menção à teoria, com o reconhecimento de sua aplicabilidade, concluindo-se, no entanto, pela inexistência de dano passível de indenização no caso concreto.

Diante disso, passa-se a analisar a jurisprudência do TJ-RS a respeito do tema, fazendo-se uma análise quantitativa e qualitativa de decisões do ano de 2024. A partir dessa análise, busca-se responder o questionamento central do presente trabalho, isto é, quais são os entraves à tutela jurídica do tempo do consumidor e, principalmente, quais são os mecanismos e as – possíveis – alternativas para o equacionamento dos diversos interesses em conflito, aspectos que são objeto de discussão na última seção do trabalho.

2 O DESVIO PRODUTIVO E SEUS ENTRAVES NA JURISPRUDÊNCIA: UMA ANÁLISE QUALITATIVA E QUANTITATIVA DE ACÓRDÃOS DO TJ-RS DO ANO DE 2024

Diversos trabalhos se propuseram a traçar um panorama jurisprudencial a respeito do *desvio produtivo*. Nesse sentido, Andrade *et al.* (2021, p. 17-18) mencionam a existência de 687 (seiscentas e oitenta e sete) acórdãos com menção à expressão “desvio produtivo do consumidor” no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, especificamente no período entre 2014 e 2018. Ademais, identificam um crescimento gradual, sendo apenas 3 (três) acórdãos no ano de 2014, enquanto no ano de 2018 foram localizados 295 (duzentos e noventa e cinco) acórdãos. Nesse estudo, destaca-se, ainda, a prevalência de demandas envolvendo a prestação de serviços de telefonia (Andrade *et al.*, 2021, p. 25).

⁴ Essa preocupação quanto à patrimonialização do tempo assume especial relevância diante do paradigma da sociedade contemporânea, que se caracteriza como uma autêntica sociedade do cansaço, na qual o excesso de trabalho não decorre mais diretamente da exploração do outro, mas sim de uma autoexploração, que provoca um – falso – sentimento de liberdade (Han, 2015, p. 30). Desse modo, é preciso resgatar – e nesse ponto reside, também, o papel da ciência jurídica – a valorização do tempo independentemente do produtivismo e do cansaço, ao encontro da sociedade pós-industrial idealizada por Masi (2000, *passim*), na qual o ócio criativo e o tempo livre assumem um papel central.

Por outro lado, Goñi e Azevedo (2022, p. 212-223), em pesquisa jurisprudencial realizada no ano de 2019, identificaram uma baixa incidência de menções ao “desvio produtivo do consumidor” no âmbito dos Tribunais Regionais Federais. A constatação é interessante, pois sugere a tímida suscitação do desvio produtivo perante órgãos e entidades públicas, a exemplo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), cuja presença no polo passivo atrai a competência da Justiça Federal. Por outro lado, mencionam a localização de 31 (trinta) e um acórdãos com menção à expressão “desvio produtivo do consumidor” no âmbito do TJ-RS, no período compreendido entre 2012 e 2019 (Goñi e Azevedo, 2022, p. 219).

Além disso, com análise voltada à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Verbicaro *et al.* (2022, p. 214-236) demonstram que a tese também passou a reverberar nesse âmbito, mencionando, no entanto, a existência de entraves e imprecisões conceituais, que ainda dificultam a aplicação do que denominam *dano temporal* (Verbicaro *et al.*, 2022, p. 233-234). No entanto, a título de atualização, o Superior Tribunal de Justiça, embora venha efetivamente reconhecendo a tutela jurídica do tempo, afastou a caracterização de dano moral presumido (*in re ipsa*) em razão da demora no atendimento bancário, fixando tese no sentido de que “o simples descumprimento do prazo estabelecido em legislação específica para a prestação de serviço bancário não gera por si só dano moral ‘in re ipsa’” (Brasil, 2024).

Assim, o objetivo da presente seção segue esse propósito, isto é, analisar qualitativa e quantitativamente a jurisprudência a respeito do tema. Opta-se por realizar a análise no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em razão do significativo número de resultados encontrados, ao que se soma a verificação de padrões decisórios claros em relação ao tema.

Esclareça-se, contudo, que essa análise não se dá como *pesquisa-fim*, mas sim como *pesquisa-meio*, a fim de subsidiar o objetivo central da pesquisa, a ser desenvolvido na última seção. Isto é, analisar-se-á a jurisprudência para verificar os entraves e as dificuldades em relação à tutela do tempo do consumidor, para, ao final, discutir esses entraves e perspectivas de equacionamento dos diversos aspectos.

Para tanto, metodologicamente, delimitou-se a análise aos acórdãos emanados das câmaras cíveis e das turmas recursais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Temporalmente, limitou-se a pesquisa ao ano de 2024, com o objetivo de compreender a atualidade da jurisprudência do tribunal. A metodologia empregada consistiu na busca pelas expressões “desvio produtivo”⁵ e “consumidor”, cumulativamente.

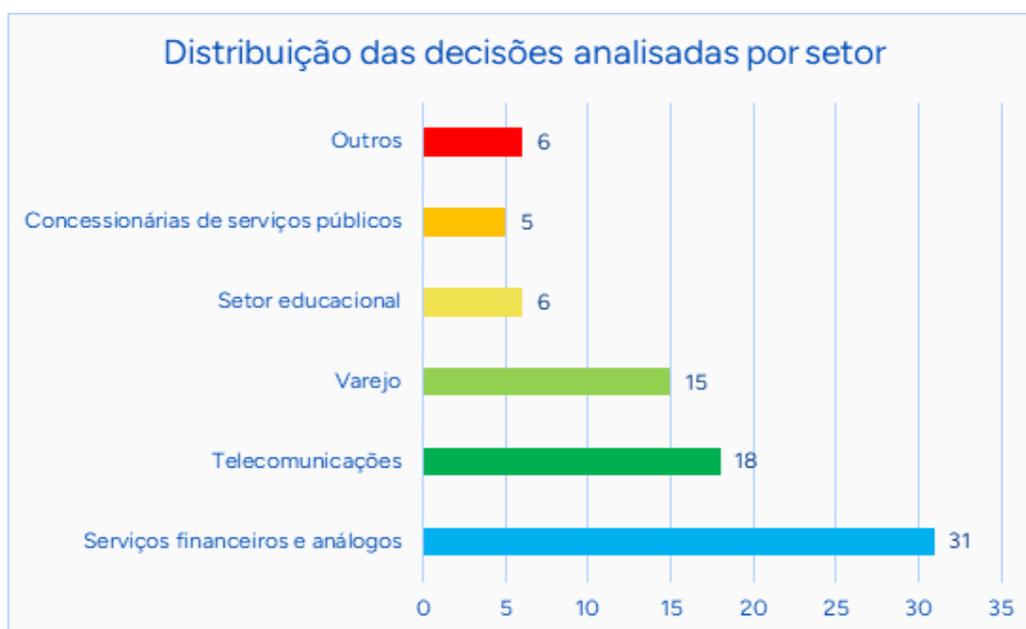
Assim, foram localizadas 81 (oitenta e uma) decisões em pesquisa realizada na data de 16/07/2024. Primeiramente, é interessante analisar setorialmente os fornecedores que têm sido demandados em relação à perda do tempo do consumidor. Para tanto, erigiram-se as seguintes categorizações: a) educacional; b) serviços

⁵ A utilização da expressão “desvio produtivo” para a pesquisa se dá exclusivamente pela sua difusão no âmbito jurisprudencial. Outros critérios de busca, como “tempo útil” ou “tempo livre”, não retornaram um conjunto uniforme e padronizado de resultados, razão pela qual o critério utilizado foi o único que viabilizou a análise da questão na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

financeiros, investimentos e atividades relacionadas ao crédito (securitizadoras, recuperadoras de crédito, etc.), categoria doravante denominada simplesmente como “serviços financeiros e análogos”⁶; c) telecomunicações⁷; d) concessionárias de serviços públicos; e) varejo (físico e online); e) outros (que não se amoldam às categorias elencadas).

A partir disso, foram identificadas 31 (trinta e uma) demandas envolvendo serviços financeiros e análogos. Por outro lado, 18 (dezoito) demandas diziam respeito ao setor de telecomunicações, enquanto 15 (quinze) demandas tinham fornecedores atuantes no setor de varejo. Por sua vez, o setor educacional contava com 6 (seis) demandas, enquanto as concessionárias de serviços públicos, excluído, por óbvio, o setor de telecomunicações, eram demandadas em 5 (cinco) feitos. Outras 6 (seis) demandas não se enquadram nas classificações propostas, razão pela qual foram situadas na categoria “outros”.

Gráfico 1: Distribuição das decisões analisadas por setor



Fonte: Elaboração própria (2024).

⁶ Esses setores são analisados de forma conjunta considerando a similitude de seu objeto. Até porque, não raro, as sociedades seguradoras, por exemplo, integram grupos econômicos compostos por instituições financeiras. As securitizadoras, por outro lado, também intervêm na circulação do crédito, ao passo que os fundos de investimento, embora desprovidos de personalidade jurídica, tem seu ramo de atuação imbricado com o mercado financeiro e o mercado de crédito. Além disso, aqui não se busca um rigor técnico quanto à distinção, mas apenas a classificação para fins didáticos, voltada a identificar “áreas” em que os consumidores pleiteiam a compensação pela perda do tempo.

⁷ Ainda que determinados fornecedores de telecomunicações pudessem ser enquadrados na categoria de “concessionárias de serviço público”, opta-se pela distinção, considerando o número significativo de demandas especificamente em relação a fornecedores do setor de telecomunicações.

Ou seja, as demandas envolvendo os serviços financeiros e análogos e o setor de telecomunicações perfazem 49 (quarenta e nove) das 81 (oitenta e uma) demandas analisadas. Ademais, as demandas dizem respeito, em geral, a fornecedores de grande porte econômico, com estrutura empresarial, havendo registro de apenas uma demanda envolvendo uma pessoa física como fornecedora, o que será objeto de discussão mais detida no capítulo subsequente.

Na sequência, é preciso analisar a questão central do presente tópico, isto é, se a alegação de desvio produtivo efetivamente tem sido acolhida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a consequente concessão de compensação pecuniária. Para tanto, os acórdãos analisados foram classificados em 4 (quatro) grandes grupos. Como primeiro grupo de classificação, foram agrupadas as decisões em que a questão do desvio produtivo não foi analisada por questões processuais, a exemplo da extinção do processo sem resolução do mérito.

Como segundo grupo, reuniram-se as decisões que rechaçam a teoria do desvio produtivo, sustentando o seu descabimento e consignando o não acolhimento dessa categoria jurídica. Seguindo, como terceiro grupo, foram elencadas as decisões que mencionam a teoria do desvio produtivo, deixando antever o seu reconhecimento como categoria jurídica autônoma. No entanto, no caso concreto, afastam a pretensão de indenização.

Esse rechaço às pretensões indenizatórias nas decisões do terceiro grupo se dá, basicamente, por uma questão probatória. Assim, as decisões aludem à falta de comprovação de um efetivo desvio produtivo, ônus que incumbiria ao autor. Outras decisões mencionam a ausência de comprovação de lesão aos direitos da personalidade. De qualquer forma, as decisões reunidas sob essa rubrica convergem para reconhecer a possibilidade, no plano abstrato, de se conceder indenização pelo desvio produtivo, negando-a no caso concreto.

Por fim, o quarto grupo de decisões diz respeito àquelas que reconhecem o desvio produtivo e concedem indenização pecuniária no caso concreto. Todas essas decisões concedem indenização a título de dano moral, sendo que nenhuma ingressa na discussão quanto à natureza desses danos. Ademais, nesse grupo estão reunidas tanto decisões que reformaram sentenças, a fim de fixar a indenização, bem como as que mantiveram a indenização já fixada pelo juízo a quo.

Antes de expor os dados, no entanto, é preciso tecer uma advertência. Qualquer classificação que se propusesse seria, ao menos em algum ponto, reducionista. Isso porque, invariavelmente, classificar é *reduzir, simplificar*, desconsiderando, de certa forma, a singularidade e a especificidade de cada decisão. De qualquer forma, a classificação proposta tem justamente o condão de extrair um panorama objetivo da jurisprudência, o que restaria inviabilizado caso se analisasse cada decisão individualmente.

Assim, apenas 2 (duas) decisões não analisam o mérito por questões processuais (grupo 1). Por outro lado, 4 (quatro) decisões consignam a inaplicabilidade do desvio produtivo, referindo simplesmente o seu não acolhimento (grupo 2). Além disso, são 68 (sessenta e oito) decisões que fazem menção à teoria do desvio produtivo, mas negam a indenização no caso concreto, especialmente pela falta de comprovação de um efetivo desvio produtivo (grupo 3).

Por fim, 7 (sete) decisões reconhecem a aplicação da teoria e, cumulativamente, concedem – ou mantêm a indenização previamente concedida – indenização a título de dano moral (grupo 4). Nessas decisões, cumpre ressaltar, o desvio produtivo não é utilizado como argumento isolado, mas como reforço argumentativo que corrobora a possibilidade de compensação a título de dano extrapatrimonial (dano moral).

Gráfico 2 – Posicionamento acerca do desvio produtivo nos acórdãos analisados



Fonte: Elaboração própria (2024).

Portanto, a expressiva maioria das decisões – 68 (sessenta e oito) das 81 (oitenta e uma) analisadas – faz menção à teoria do desvio produtivo, sem, contudo, conceder a indenização pleiteada. Com efeito, diversas dessas decisões inclusive reproduzem trechos doutrinários a respeito da teoria do desvio produtivo, o que mostra a sua efetiva reverberação na jurisprudência.

No entanto, tais decisões negam as indenizações pleiteadas pelos consumidores. E assim procedem, especialmente, à luz da falta de comprovação de um efetivo comprometimento das atividades diuturnas. Exigem uma excepcionalidade quanto à situação vivenciada pelo consumidor, afastando a possibilidade de configuração de dano simplesmente pela *perda do tempo*, ou seja, rechaça-se a ideia de um dano presumido nessas circunstâncias.

Por sua vez, apenas 4 (quatro) das 81 (oitenta e uma) decisões consignam expressamente a inaplicabilidade do desvio produtivo do consumidor. As 4 (quatro) decisões emanam do mesmo órgão fracionário – a 3ª Turma Recursal Cível –, o que sugere ser um entendimento isolado. De qualquer forma, tais decisões limitam-se a consignar o não acolhimento da teoria, sem deduzir as razões utilizadas para tanto.

Por fim, há somente 7 (sete) decisões que efetivamente acolhem a teoria do desvio produtivo e, cumulativamente, concedem a compensação pleiteada pelos consumidores. Percebe-se, assim, que menos de 10% das decisões concedem

uma indenização tendo em vista – ou incluindo como fundamento de decidir – a perda do tempo pelo consumidor.

Embora se possa apontar uma redefinição do conceito de dano moral, inclusive no âmbito jurisprudencial, a partir da ideia de desvio produtivo (Dessaune, 2023, p. 130), ainda remanesce uma tensão natural entre a tutela jurídica do tempo e a noção de *mero aborrecimento*, frequentemente utilizada para afastar a compensação a título de dano moral. Ou seja, não há como negar que a jurisprudência ainda mostra alguma resistência em conceder indenizações pela perda do tempo do consumidor, limitando essa reparação a casos excepcionais.

Não se pode, no entanto, simplesmente apontar um suposto equívoco da jurisprudência, mencionando criticamente se tratar de uma *jurisprudência defensiva*. Isso porque, efetivamente, há uma dificuldade em equacionar a tutela jurídica do tempo e o risco de que se promova “um perigoso flerte conceitual do dano com a mera conduta antijurídica, possibilitando que a responsabilidade civil possa ser utilizada em um viés puramente punitivista” (Bastos; Silva, 2020, p. 23).

Assim, passa-se a analisar o tema central do presente trabalho, isto é, como equacionar essas diversas dificuldades na tutela jurídica do tempo do consumidor, incluindo a hiperjudicialização e o risco de banalização do dano moral. Para tanto, discutem-se desde os aspectos dogmáticos da responsabilidade civil pela perda do tempo até as questões práticas, tudo isso à luz da análise jurisprudencial realizada.

3 A TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR E SEUS DESAFIOS: PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS E PRÁTICAS DE EQUACIONAMENTO

A tutela jurídica do tempo do consumidor, conforme se extrai da análise jurisprudencial realizada, ainda encontra alguns entraves. Primeiramente, tem-se que é absolutamente minoritária a posição de absoluto rechaço à teoria do desvio produtivo. Na verdade, o grande desafio que se evidencia diz respeito à questão probatória, ou seja, à comprovação de um *efetivo desvio produtivo*. Desse modo, inicialmente, cumpre discutir algumas questões dogmáticas.

Tradicionalmente, a teoria do desvio produtivo – e os conceitos análogos – têm se lastreado em analisar a responsabilidade civil a partir do sujeito vulnerável das relações de consumo, isto é, o consumidor. Essa perspectiva acaba deixando em segundo plano a desídia do fornecedor, conferindo um enfoque praticamente exclusivo ao dano causado. Essa lógica tem um efeito prático nítido, qual seja, o de se estabelecer uma busca por uma excepcionalidade em relação às atividades cotidianas do consumidor, comprovando-se um “efetivo desvio”, conceito abstrato e que acaba atribuindo o ônus da prova ao consumidor, conforme se verificou na análise jurisprudencial realizada, na qual a maioria dos julgados perfilha esse caminho.

Nesse sentido, como primeira questão dogmática a ser analisada, parece imprescindível repensar o eixo de análise da tutela jurídica do tempo perdido, transferindo-o, ao menos parcialmente, para a conduta do fornecedor. Assim, caso o fornecedor tenha uma estrutura de atendimento adequada, efetiva, célere e eficaz, poderia se extrair um indicativo de um *mero aborrecimento*, não passível

de indenização. Aliás, os problemas são inerentes a uma sociedade de risco, de modo que não será qualquer perda de tempo passível de indenização.

Por outro lado, caso seja constatada a desídia do fornecedor, que não dispõe de meios adequados, eficazes, céleres e efetivos de atendimento, poderia se extrair um indicativo de um *dano passível de indenização*, já que, nesse caso, a situação extrapolaria o mero aborrecimento. Com isso, esclareça-se, não se está a defender uma responsabilidade civil sem dano, nem a criação de presunções absolutas, mas sim mecanismos de mitigar essas dificuldades dogmáticas, que, logicamente, se somariam aos demais elementos do caso concreto.

Nessa toada, vale dizer que raciocínio muito semelhante é trazido por Bergstein, que propõe um critério de análise denominado *menosprezo planejado*. Assim, para além do efetivo menosprezo da demanda do consumidor, deve-se verificar uma espécie de *evitabilidade* da situação, a partir da análise a respeito da possibilidade de o fornecedor, mediante a adoção de mecanismos compatíveis com o seu porte, evitar o menosprezo sofrido pelo consumidor (Bergstein, 2019, p. 104-125).

Veja-se, portanto, que a autora também propõe uma análise que abranja a perspectiva do fornecedor, a fim de evitar a imputação de todo ônus probatório ao consumidor. No entanto, para que se reconheça essa mudança do eixo de análise da tutela jurídica do tempo, também é preciso repensar o próprio substrato teórico das teorias. Diante disso, sobressai a relevância de pensar a tutela jurídica do tempo do consumidor à luz da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos, tais como a lealdade, a transparência e a segurança.

Nesse sentido, menciona-se um dever implícito de colaboração por parte do fornecedor, consistente em evitar a perda de tempo do seu cliente, com fundamento justamente na boa-fé objetiva (Monteiro Filho, 2023, p. 129). Esse reconhecimento da tutela do tempo como dever anexo vai ao encontro do mencionado conceito de *menosprezo planejado*. Isso porque, havendo uma legítima expectativa quanto ao atendimento, a frustração dessa expectativa pode implicar no reconhecimento da responsabilidade civil do fornecedor.

Com efeito, a boa-fé, no âmbito das relações consumeristas, desdobra-se justamente como proteção da confiança do consumidor. Ou seja, pode-se dizer que “à posição de supremacia (econômica, técnica e informativa) do fornecedor é correlato o «investimento de confiança» por parte do consumidor acerca das qualidades do produto ou do serviço e das informações que lhe estão sendo prestadas” (Martins-Costa, 2024, p. 308). Assim, reconhece-se uma espécie de plasticidade da boa-fé na esfera consumerista, já que essa é conformada pela noção de vulnerabilidade e pelos predicados do equilíbrio e da transparência (Martins-Costa, 2024, p. 308).

Ademais, esse reconhecimento da boa-fé objetiva como lastro teria o condão de promover a ampliação da tutela jurídica do tempo para toda e qualquer relação jurídica, inclusive no âmbito das relações contratuais paritárias (Monteiro Filho, 2023, p. 141). Na mesma linha de raciocínio, há quem mencione a possibilidade, por meio da boa-fé objetiva e dos deveres anexos, de irradiação da tutela jurídica do tempo para o âmbito do direito administrativo (Brusco, 2023, p. 31).

Essa ampliação, no entanto, ainda não tem encontrado ressonância no âmbito da jurisprudência. Ao contrário, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela impossibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo em relações regidas exclusivamente pelo direito civil. Consignou-se, conforme se extrai do acórdão, que a teoria “é predisposta a ser aplicada no âmbito do direito consumerista, notadamente em razão da situação de desigualdade e de vulnerabilidade que são as notas características das relações de consumo” (Brasil, 2022).

A decisão explicita a análise do desvio produtivo centrada no aspecto da vulnerabilidade do consumidor. O que se propõe, repise-se, é deslocar esse eixo de análise, ao menos parcialmente, para considerar a relevância da conduta do fornecedor. Além disso, ao contrário do que se poderia pensar, a ampliação da teoria do desvio produtivo para outros ramos poderia contribuir significativamente para a sua aplicação no próprio direito do consumidor.

Isso porque haveria um espaço profícuo para o desenvolvimento de um diálogo de fontes entre o direito do consumidor e as mais diversas áreas, com destaque para o direito civil. O diálogo de fontes tem o objetivo de revisitar os elementos clássicos de resolução de antinomias, razão pela se fala em *diálogo*, em detrimento da utilização da expressão *conflito* (Marques, 2004, p. 42). Assim, podem ser mencionadas três formas de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

A primeira forma é o denominado *diálogo sistemático de coerência*, no qual há a utilização das bases conceituais de um sistema (ou microsistema) pelo outro (Marques, 2004, p. 45). Por sua vez, fala-se em um *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* para fazer referência à possibilidade de aplicação coordenada das normas, especialmente para aplicar normas mais favoráveis ao consumidor (Marques, 2004, p. 45). Por fim, há o chamado *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*, que tem como premissa as influências recíprocas entre os diferentes sistemas (ou microsistemas), inclusive na esfera jurisprudencial (Marques, 2004, p. 46).

Nessa linha de raciocínio, a ampliação da tutela jurídica do tempo viabilizaria todas essas mencionadas formas de diálogo de fontes, com destaque para o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática* no âmbito da jurisprudência, já que se permitiria uma maior discussão a respeito do tema. Justamente por esses possíveis diálogos, entende-se que é acertada a utilização da categoria dos danos morais para discutir a tutela jurídica do tempo.

Isto é, a criação de uma modalidade autônoma de dano ou mesmo de um *tertium genus* traria uma dificuldade dogmática, considerando a complexidade de distinguir o dano moral e um pretense dano temporal autônomo (Bastos; Silva, 2020, p. 22). Para além disso, uma categoria autônoma também não traria maior segurança ou objetividade para a parametrização da matéria, razão pela qual se entende pela necessidade de (re)discutir o conceito de dano moral, mas não o rechaçar, desconsiderando toda a construção quanto à matéria (Bastos; Silva, 2020, passim).

A releitura dessas questões dogmáticas poderia viabilizar, em alguma medida, uma parametrização mais objetiva dos critérios utilizados no âmbito da jurisprudência. Até porque das 81 (oitenta e uma) decisões analisadas, 68

(sessenta e oito) aludiram à falta de comprovação de um efetivo *desvio produtivo*. Assim, o grande desafio, conforme mencionado, diz respeito à distinção entre o “mero aborrecimento” e o desvio produtivo, o que poderia ser mitigado por uma redefinição teórica dos alicerces da teoria, bem como influenciado pelo diálogo de fontes a partir da ampliação do âmbito de aplicação da tutela jurídica do tempo.

Por fim, resta analisar uma questão prática, que não deixa, no entanto, de envolver também aspectos dogmáticos. Trata-se da pertinente preocupação com a hiperjudicialização do tema, o que fica comprovado pelo significativo número de decisões constatado na pesquisa jurisprudencial realizada, que abrange um período de pouco mais de 6 (seis) meses do ano de 2024.

Inicialmente, não há dúvida quanto à relevância dos chamados métodos adequados de solução de conflitos, diversos da jurisdição propriamente dita, como a conciliação, a mediação e os chamados ODR’S (*online dispute resolutions*), no espectro do que se convencionou chamar de justiça multiportas. Todos esses institutos vão ao encontro do movimento crescente de desjudicialização, encontrando grande espaço de atuação, inclusive com o uso da inteligência artificial nos ODR’S, no âmbito do direito do consumidor.

Para além da justiça multiportas, pode-se pensar também no que Didier Jr. e Fernandez (2023, p. 183) denominam “trânsito entre portas de acesso à justiça”, para fazer alusão a uma espécie de conjugação, para resolução da mesma lide, de mais de um método de solução de conflitos. Exemplificando, mencionam que “após a provocação do Judiciário, pode haver o encaminhamento das partes para tentativa de autocomposição por meio, por exemplo, da plataforma *consumidor.gov.br* [...]” (Didier Jr.; Fernandez, 2023, p. 184), o que se aplicaria plenamente à discussão envolvendo a tutela jurídica do tempo.

Os chamados métodos adequados de solução de conflitos, no entanto, não são objeto central do presente trabalho. Primeiro, porque há vasta produção acadêmica e doutrinária tratando da aplicação desses métodos no direito do consumidor. Mas também – e sobretudo – porque diversos desses métodos dependem de algum consenso, ainda que mínimo, entre as partes.

Diante disso, pretende-se abordar a questão da hiperjudicialização a partir de outro prisma. Nesse sentido, percebe-se que grande parte das decisões analisadas diz respeito a fornecedores cujos setores estão sujeitos a alguma forma de regulação. Isso ocorre, notadamente, no âmbito dos serviços financeiros e no setor de telecomunicações, que são justamente os dois setores com mais demandas na pesquisa realizada.

Assim, deve-se pensar em uma *administrativização* da tutela do tempo perdido, especialmente no âmbito de agências reguladoras, que dispõem de um significativo poder normativo. Exemplo dessa administrativização, inclusive com prefixação de indenização, é o Regulamento nº 261/2004 no âmbito da União Europeia, que estabelece valores de indenização por determinados infortúnios ocorridos no transporte aéreo (União Europeia, 2004).

Desse modo, poder-se-ia pensar em uma fixação de situações passíveis de indenização – e até mesmo o respectivo quantum indenizatório – por meio do exercício do poder normativo pelos órgãos reguladores. Nesse sentido, fazendo alusão ao próprio regulamento europeu, Bergstein (2019, p. 226) pontua que a

fixação de compensação no âmbito administrativo assumiria um importante papel preventivo, ao incentivar a qualificação da estrutura de atendimento por parte dos fornecedores.

Ademais, essa administrativização permitiria punir os fornecedores desidiosos, evitando que esses obtenham proveito justamente da violação à boa-fé objetiva. É fato, no entanto, que nem todos os órgãos reguladores dispõem de atribuição para tanto, o que seria perfeitamente contornável por meio de uma reforma legislativa, ampliando o poder normativo nessa matéria. Desse modo, restaria mitigada a dificuldade de verificação objetiva do dano moral em matéria de perda do tempo.

Por fim, como último equacionamento prático, percebe-se que todas as decisões analisadas envolviam demandas individuais. Nesse ponto, cumpre mencionar a relevância de intensificar a tutela coletiva, inclusive por meio das chamadas decisões estruturais (Bergstein, 2019, p. 250-256). A decisão estrutural tem como objetivo “implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos” (Didier Jr. *et al.*, 2017, p. 48).

Assim, na lição de Arenhart (2013, p. 391), são decisões que não se limitam a buscar a resolução do litígio sujeito à apreciação jurisdicional, mas objetivam dirimir a controvérsia propriamente dita. Como há um desafio jurisdicional quanto à fixação de parâmetros objetivos nos processos individuais, os processos estruturais têm um campo possível de atuação no âmbito da tutela jurídica do tempo do consumidor, justamente para construir parâmetros de compensação.

Essa utilização dos processos estruturais também seria pertinente à luz de uma perspectiva de prevenção de danos, podendo-se imaginar até mesmo a fixação de obrigações de fazer aos fornecedores em sede de decisão estrutural, objetivando a qualificação do atendimento aos consumidores. Até porque, na linha do movimento de despatrimonialização do direito privado, cada vez mais tem sobrelevado a importância da prevenção de danos, considerando a insuficiência do paradigma da reparação (Rodrigues, 2020, p. 8).

Portanto, o objetivo do presente trabalho foi identificar os entraves em relação ao *desvio produtivo* na jurisprudência, a partir de uma análise qualitativa e quantitativa de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A partir disso, discutiram-se diversas questões dogmáticas e pragmáticas que podem, em alguma medida, mitigar ou suplantar os mencionados entraves. Por fim, cumpre ressaltar que, se a luta por direitos é, realmente, a história do milênio, como afirma Rodotá (2014, p. 93), é preciso pensar nesses – novos – direitos com cautela, sustentação dogmática e aplicabilidade prática objetiva, perspectivas que nortearam a análise do presente trabalho.

CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou discutir perspectivas de equacionamento em relação às dificuldades que circunscrevem a tutela jurídica do tempo do consumidor. Assim, traçou-se uma breve perspectiva a respeito da evolução da responsabilidade

civil, explicitando um processo de ampliação dos danos passíveis de compensação, que culmina com a inclusão do tempo como bem jurídico passível de tutela.

Na sequência, analisou-se um conjunto de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de verificar os entraves à compensação por tais danos. Desse modo, constatou-se que a maioria dos acórdãos – 68 (sessenta e oito) dos 81 (oitenta e um) analisados – faz menção ao desvio produtivo do consumidor, negando, no entanto, a compensação pleiteada no caso concreto. Assim, os principais entraves identificados, a partir da análise jurisprudencial, foram a questão probatória, a dificuldade de quantificação dos danos e o risco de hiperjudicialização da temática.

Com base na identificação desses entraves, discutiram-se perspectivas de equacionamento desses desafios. Primeiramente, quanto à questão probatória, apontou-se a necessidade de uma redefinição do eixo de análise da responsabilidade civil pela perda do tempo. Ressaltou-se a imprescindibilidade de conceder um enfoque à conduta do fornecedor, a ser analisada em cotejo com o dano causado. Na sequência, referiu-se a relevância de conferir fundamentação teórica ao desvio produtivo do consumidor com base na boa-fé objetiva e seus deveres anexos.

Além disso, referiu-se a possibilidade de ampliar a tutela jurídica do tempo para outras áreas, o que poderia beneficiar o próprio direito do consumidor, considerando a possibilidade de diálogo de fontes, especialmente no campo jurisprudencial (diálogo de coordenação e adaptação sistemática). Justamente por isso, a fim de conferir substância dogmática à tese, rechaçou-se a necessidade de criação de uma nova categoria de danos, apontando-se a suficiência da categoria dos danos morais.

Por sua vez, quanto ao risco de hiperjudicialização, mencionou-se a possibilidade de administrativização da tutela do tempo, especialmente porque a maior parte das decisões analisadas diz respeito a setores que contam com alguma forma de regulação. Desse modo, referiu-se a viabilidade de tais órgãos reguladores fixarem hipóteses de compensação de danos, inclusive com a prefixação dos valores em razão da perda do tempo.

Por fim, ainda quanto à temática da hiperjudicialização, fez-se menção à justiça multiportas, especialmente à luz da possibilidade de conjugação entre diferentes meios adequados de solução de conflitos (trânsito entre portas). Nesse sentido, referiu-se a relevância de intensificação dos processos coletivos, especialmente a partir de processos estruturais, com o objetivo de construir efetivas soluções voltadas à tutela do consumidor – e não somente resolver os conflitos submetidos à jurisdição.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. D.; PINTO, E. R. G. C.; ARAGÃO L. M. Responsabilidade civil pelo desvio produtivo: estudo de caso para identificar o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo na aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, [s. l.], v. 16, n. 1, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/e38045>. Acesso em: 15 jul. 2024.

ARENHART, S. C. Decisões estruturais no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

BASTOS, D. D.; SILVA, R. P. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such*. *Civilística.com*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 1-27, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/554>. Acesso em: 17 jul. 2024.

BAUDRILLARD, J. *A sociedade do consumo*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERGSTEIN, L. *O tempo do consumidor e o menosprezo planejado: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação das suas causas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.962.275/GO*. 2ª Seção. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, 24 de abril de 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202102997342. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 2.017.194/SP*. 3ª Turma. Relator: Nancy Andrighi, 25 de outubro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201610411&dt_publicacao=27/10/2022. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRUSCO, A. B. Tempo como bem jurídico: estudo do ss.uu, *ordinanza* 8236/2020 sob a perspectiva comparada. In: MONTEIRO FILHO, C. E. R; ROSENVALD, N. *Estudos de responsabilidade civil em perspectiva comparada*. Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2023. p. 23-39.

DE MASI, D. *O ócio criativo: entrevista à Maria Serena Palieri*. Tradução Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DESSAUNE, M. A superação do argumento do “mero aborrecimento” promovida pela Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor na Jurisprudência brasileira. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 6, n. 3, p. 113-132, 2023. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/270>. Acesso em: 17 jul. 2024.

DESSAUNE, M. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: RT, 2011.

DESSAUNE, M. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. *Direito em Movimento*, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 15-31, 2019. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/137>. Acesso em: 13 jul. 2024.

DIDIER JR., F.; FERNANDEZ, L. O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 88, p. 165-192, abr./jun. 2023, Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-88/artigo-das-pags-165-192>. Acesso em: 18 jul. 2024.

DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H.; OLIVEIRA, R. A. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/138>. Acesso em: 19 jul. 2024.

GOÑI, Á. R.; AZEVEDO, F. C. A teoria do desvio produtivo do consumidor: uma perspectiva doutrinária e jurisprudencial no Brasil atual. *Direito e Desenvolvimento*, [s. l.], v. 13, n. 1, p. 212-223, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1171>. Acesso em: 15 jul. 2024.

HAN, B. *Sociedade do cansaço*. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.

LIPOVETSKY, G. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOPEZ, T. A. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [s. l.], v. 105, p. 1.223-1.234, 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67932>. Acesso em: 12 jul. 2024.

MARQUES, C. L. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese, Aracaju*, n. 7, p. 15-54, 2004.

MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MONTEIRO FILHO, C. E. R. Lesão ao tempo: configuração e reparação para além das relações de consumo. In: MONTEIRO FILHO, C. E. R.; ROSENVALD, N. *Estudos de responsabilidade civil em perspectiva comparada*. Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2023. p. 122-145.

MORAES, M. C. B. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, [s. l.], n. 29, 2014. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295>. Acesso em: 12 jul. 2024.

OST, F. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

RODOTÁ, S. *El derecho a tener derechos*. Tradução José Manuel Revuelta. Madri: Editorial Trotta, 2014.

RODRIGUES, C. M. Reparação de danos e função preventiva da responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano. *Civilística.com*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 1-37, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/505>. Acesso em: 19 jul. 2024.

SCHREIBER, A. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA NETO, O. C. Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável? São Paulo, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v.4, p. 139-162, jul./set. 2015.

TEIXEIRA, T.; AUGUSTO, L. S. O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo). *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [s. l.], v. 110, p. 177-209, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490>. Acesso em: 14 jul. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indenização e a assistência dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) nº 295/91. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32004R0261>. Acesso em: 18 jul. 2024.

VERBICARO, D.; SILVA, L. T. P.; KOURY, S. C. O dano temporal como categoria de dano autônomo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 4, n. 71, p. 214-236. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4426>. Acesso em: 15 jul. 2024.

MERCADO DE CRÉDITO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO BRASIL (1916-2021): ANÁLISE HISTÓRICA

Janaína Rigo Santin*
Orlando Faccini Neto**

RESUMO

O artigo problematiza as dificuldades da imposição de uma taxa de juros pré-fixada quando se está diante de uma economia de mercado; entretanto, o papel regulador do Governo neste mercado de crédito também é relevante, para impedir a concentração de capital e promover o desenvolvimento econômico como um todo. Assim, um dos grandes dilemas pós Constituição de 1988 foi a questão da regulação do mercado de crédito no país, em face ao revogado artigo 192, §3º da Magna Carta, o qual limitava os juros reais a 1% ao mês. A celeuma jurídica chegou até o Supremo Tribunal Federal que, em uma decisão peculiar de análise econômica do direito determinou a necessidade de lei complementar para regulá-lo. Logo após editou-se a Emenda Constitucional n. 40/2003, retirando-o do texto constitucional. Atualmente os juros devem observar o Código de Defesa do Consumidor, adequando-se às taxas médias praticadas pelo mercado em cada tipo de contrato de, restando abusivas taxas desconformes. Assim, a partir do método dedutivo e historiográfico, por meio de fontes primárias legislativas e jurisprudenciais, assim como revisão bibliográfica, pesquisa-se o período 1916 a 2021, desde a edição do Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002, passando pelo Decreto nº 22.623/33; a Lei 4.595/64; a Constituição Federal; o Código de Defesa do Consumidor em 1990 e a Lei do Superendividamento em 2021. A pesquisa conclui que as políticas de governo historicamente utilizaram da manipulação das taxas de juros como fator regulador do mercado de crédito, um dos principais elementos do desenvolvimento da política econômica brasileira.

Palavras-chave: taxa de juros; contratos bancários; desenvolvimento econômico; análise econômica do direito; Código de Defesa do Consumidor.

Data de submissão: 01/08/2024

Data de aprovação: 28/02/2025

* Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2004). Advogada e Professora Titular da faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

** Doutor em Ciências Jurídico Criminais pela Universidade de Lisboa - Portugal. Mestre em Direito pela UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - RS. Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

CREDIT MARKET AND ECONOMIC DEVELOPMENT IN BRAZIL (1916-2021): HISTORICAL ANALYSIS

Janaína Rigo Santin
Orlando Faccini Neto

ABSTRACT

The paper problematizes the difficulties of imposing a pre-fixed interest rate when faced with a market economy; however, the Government's regulatory role in this credit market is also relevant, to prevent the concentration of capital and promote economic development. Thus, one of the great dilemmas after the 1988 Constitution was the issue of regulating the credit market in the country, considering the revoked article 192, paragraph 3 of the Magna Carta, which limited real interest to 1% per month. The legal uproar reached the Federal Supreme Court which, in a peculiar decision on the economic analysis of the law, determined the need for a complementary law to regulate it. Soon after, Constitutional Amendment no. 40/2003, removing it from the constitutional text. Currently, interest must comply with the Consumer Protection Code (Law 8.078/1990), adapting to the average rates practiced by the market in each type of contract, leaving abusive non-compliant rates. Thus, using the deductive and historiographical method, through primary legislative and jurisprudential sources, the period 1916 to 2021 is researched, from the edition of the Civil Code of 1916 to the Civil Code of 2002, passing through Decree n° 22.623/33; Law 4.595/64; the 1988 Federal Constitution; the 1990 Consumer Protection Code and Law 14.871/2021. The research concludes that government policies have historically manipulated interest rates as a regulatory factor in the credit market, one of the main elements in the development of Brazilian economic policy.

Palavras-chave: Interest rate; bank contracts; economic development; economic analysis of law; Consumer Protection Code.

Data de submissão: 01/08/2024

Data de aprovação: 28/02/2025

INTRODUÇÃO

Um dos grandes dilemas pós Constituição de 1988 foi a questão da regulação do mercado de crédito no Brasil, tendo em vista que a versão original da Constituição previu o hoje revogado artigo 192, §3º da Magna Carta, o qual limitava os juros reais a 1% ao mês em todos os contratos, inclusive bancários.

A celeuma jurídica chegou até o Supremo Tribunal Federal que, em uma decisão peculiar de análise econômica do direito determinou a necessidade de lei complementar para regulá-lo. Essa lei jamais foi editada, sendo que, logo após a decisão do STF editou-se a Emenda Constitucional n. 40/2003, retirando do texto constitucional o famigerado §3º do artigo 192.

Atualmente, os juros devem observar o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), adequando-se às taxas médias praticadas pelo mercado em cada tipo de contrato, restando abusivas taxas desconformes.

Assim, a partir do método dedutivo e historiográfico, por meio de fontes primárias legislativas e jurisprudenciais, pesquisa-se o período 1916 a 2021, desde a edição do Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002, passando pelo Decreto nº 22.623/33; a Lei 4.595/64; a Constituição Federal de 1988; o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Superendividamento (Lei 14.871/2021), problematizando as dificuldades da imposição de uma taxa de juros pré-fixada quando se está diante de uma economia de mercado e, por sua vez, analisando as políticas de governo que, historicamente, manipularam as taxas de juros como fator regulador do mercado de crédito, com vistas a manter sob controle do Estado a política econômica brasileira.

1 JUROS: ALGUNS CONCEITOS

A respeito da universalização do conceito de juros bancários, importa ressaltar que se encontram algumas dificuldades – até mesmo por parte dos próprios operadores do Direito – em estabelecer o entendimento sobre o que são, realmente, juros em suas diversas modalidades.

Juros, no sentido atual, são tecnicamente os frutos do capital, ou seja, os justos proventos ou recompensas que dele se tiram, consoante permissão e determinação da própria lei, sejam resultantes de uma convenção ou exigíveis por faculdade inscrita em lei. Assim, os juros se mostram particularmente os resultados obtidos com os empréstimos em dinheiro, consequentes notadamente de mútuos, fundados na percentagem que se estabelece na base anual ou de mês (Silva, 1987, p. 35).

Dessa forma, juros são considerados rendimento do capital emprestado, frutos produzidos pelo uso do dinheiro; constituem-se, pois, obrigações acessórias e decorrem de uma obrigação principal, da qual representam seu rendimento, havido pelo uso por determinado espaço de tempo. De um lado há o credor, que é quem detém o capital e o empresta; e de outro há o devedor ou tomador do empréstimo, que vai utilizá-lo por um certo tempo a título de juros (valor pago

pelo uso do dinheiro) e deverá no termo avençado devolver o valor principal acrescido dos acessórios.

Complementando a ideia, Galves (1981, p. 185) afirma que todo aquele que realiza um empréstimo de dinheiro assume duas obrigações para com o prestador: a) devolver o valor emprestado ao fim do prazo combinado (vencimento da obrigação); b) pagar juros, em épocas fixadas, enquanto corre o prazo do empréstimo. Esse pagamento de juros encobre outros dois elementos:

o pagamento de um prêmio do risco, ocasionado pelo empréstimo e que pode variar com a maior ou menor segurança oferecida pelo mutuário e pela situação dos negócios; e o pagamento do benefício (que pode ser de várias espécies) haurido pelo mutuário da quantia de dinheiro que recebeu emprestado (Galves, 1981, p. 185).

Em decorrência, os juros cobrados nos contratos bancários visam remunerar o empréstimo feito pela respectiva instituição financeira e os riscos advindos com tal empréstimo. Com uma definição mais completa sobre os mecanismos conformadores do crédito, Jairo Saddi informa que são cinco: a) a demanda ou procura das pessoas por crédito, em épocas de crescimento econômico e pujança, comparada à oferta de crédito, que vai variar conforme a quantia de investidores que depositam seu dinheiro nas instituições financeiras a título de juros; b) formação das taxas de juros e da taxa Selic, ou seja, o preço do crédito é influenciado pela taxa de juros básica da economia, a taxa Selic, a qual influencia as demais taxas de juros; c) política monetária, que é definida pelo governo tendo em vista sua função de regulador da economia. Pode aumentar a tributação ou mesmo evitar a concentração bancária em poucas empresas, bem como pode direcionar o crédito para setores relevantes da economia e, por fim, atuar sobre a inflação do país; d) riscos e inadimplência, ou seja, quanto maior o risco do tomador de empréstimo de se mostrar inadimplente naquela operação financeira, maior o juro que ele irá pagar; e) *spreads* bancários ou precificação do crédito, que é visto de maneira global, e consiste na diferença entre a taxa de captação (valor que o banco paga aos poupadores de recursos investidos no banco- Selic + taxa de crédito paga pelo banqueiro pelo empréstimo) e a taxa de aplicação (taxa cobrada dos tomadores de empréstimo), acrescida de todos os custos bancários com pessoal, aluguel dos estabelecimentos e maquinários, tributos, inadimplência e margem de lucro (Saddi, 2019, p. 150-160).

Assim, concluída a distinção proposta, passar-se-á a analisar o objeto do presente trabalho, ou seja, o estudo histórico da taxa de juros remuneratórios

cobrada pelas instituições financeiras e seu papel no desenvolvimento econômico brasileiro¹.

2 A HISTÓRIA DAS TAXAS DE JUROS NO BRASIL

A história das taxas de juros no país inaugura-se com o advento do Código Civil de 1916, o qual estipulou, no Artigo 1.063, os juros legais, ou seja: “Serão também de seis por cento ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada” (Brasil, 1916).

Dessa forma, a partir da vigência do Código Civil de 1916, revogou-se a legislação portuguesa vigente – positivada através de Ordenações perpassadas por regras oriundas do Direito Canônico (proibitivas da usura) – que buscava sustentação na Bíblia para atribuir a conotação de pecado à sua prática. O objetivo do legislador do Código Civil de 1916, ao possibilitar a cobrança de juros nos contratos de empréstimo de dinheiro, foi fomentar a economia da época e a circulação do capital. As taxas seriam liberadas, desde que convencionadas expressamente nos contratos pelas partes. Em caso de omissão na sua fixação, seriam regidas pela taxa legal instituída no Código Civil de 1916, ou seja, de 6% ao ano. Instituiu-se a cobrança de taxas de juros livres – desde que voluntariamente fixadas por acordo entre as partes – e liberou-se, na época, a adoção de práticas usurárias.

Entretanto, sempre houve grande resistência por parte dos mutuários à liberação das taxas de juros, até porque encargos abusivos poderiam ser estipulados em contratos e, na época, não se admitia ao Poder Judiciário violar o princípio da autonomia privada, um dos cernes do Código Civil de 1916. Acaso houvesse cláusulas abusivas nos contratos, a demanda seria apenas rescisória, e não revisional, já que ao juiz não era dada a possibilidade de alterar a vontade das partes.

A primeira vez em que a discussão sobre a limitação dos juros ingressou no cenário jurídico brasileiro foi no ano de 1933, com a promulgação da chamada Lei da Usura (Decreto nº 22.623/33), a qual proibiu a cobrança de taxas de juros superiores a 12% ao ano, tipificando em seus artigos 1º e 4º a usura como crime (cobrança de juros superiores a 12% ao ano), assim como o anatocismo (cobrança

¹ Para Isaías Albertin de Moraes “a formulação e a operacionalização do conceito de Desenvolvimento Econômico podem ser entendidas como: combinação de distintos processos - mas, sobretudo econômico - que visa proporcionar uma transformação estrutural na cultura, nas instituições, na economia, resultando em mudanças sociais profundas e abrangentes em um território determinado. É um processo dependente de um Estado Desenvolvimentista com planejamento específico para oportunizar a acumulação de capital - crescimento econômico -, a expansão das potencialidades e das capacidades humanas e produtivas para ampliação, integração e sofisticação produtiva com a instauração de novas forças produtivas e sociais capazes de romper com o dualismo interno e a dependência externa, gerando novas relações de produção mais inclusivas e sustentáveis, alargamento da liberdade individual e coletiva ao democratizar o capital econômico, o capital cultural e o capital social, conseqüentemente, aumento dos indicadores de bem-estar (saúde, educação, segurança, sustentabilidade ambiental, esporte, cultura e segurança social). [...] O conceito de Desenvolvimento Econômico é empregado como ferramenta operacional-teórica por diversas escolas de pensamento econômico – Capitalistas e Socialistas – e, como visto na primeira seção do artigo, pode ser compreendido, grosso modo, como: mudança da estrutura produtiva por meio da ampliação, da integração e da sofisticação da estrutura produtiva, proporcionando a homogeneização estrutural e retirando a sociedade do subdesenvolvimentismo. No processo de desenvolvimento econômico há uma progressiva substituição de setores arcaicos por setores avançados, rompendo com dualismo interno e a dependência externa dos países periféricos” (Moraes, 2023, p. 38, 44).

de juros capitalizados). Veja-se: “Art. 1º. - É vedado, e será punido nos termos desta Lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal” (Brasil, 1933). E em seu artigo 4º, proibiu, inclusive, a capitalização dos juros: “Art. 4º.- É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano” (Brasil, 1933). Ainda, com relação aos juros moratórios, alterou o limite disposto no antigo Código Civil Brasileiro: “Art. 5º.- Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% (um por cento) e não mais” (Brasil, 1933).

Ressalva-se que, naquela época, as instituições financeiras² não tinham a importância e o poder que detêm hoje no cenário mundial e, por isso, tal Decreto foi obedecido pela sociedade brasileira ao longo de muito tempo, sem maiores percalços.

Ocorre que, no ano de 1964, no Brasil, por meio de um golpe de Estado, houve a ascensão ao poder de militares e políticos da ala extrema direita, e as forças econômicas que lhes davam sustentação estavam intimamente vinculadas às instituições financeiras. Logo, o poderio militar – que fez a revolução e o golpe civil-militar de 1964 – conjugou suas forças com o poderio econômico das instituições financeiras, forçando a exclusão da restrição imposta pelo Decreto 22.626/33 nas atividades da área financeira.

Por meio desse poderoso *lobby* adveio a Lei 4.595/64 (Lei de Reforma Bancária) que, a título de reestruturar o Sistema Financeiro Nacional e as instituições dele integrantes (bancos, seguradoras, administradoras de consórcios), criou o Conselho Monetário Nacional, o qual passou a ditar a política financeira do país. E, ainda, como órgão e apoio e hierarquicamente vinculado, fundou o Banco Central do Brasil, encarregado de autorizar o funcionamento das instituições financeiras e fiscalizar tal política. Com a adoção dessas medidas, conferiu-se às instituições financeiras o poder de regulamentar a atividade creditícia no Brasil, incluindo, entre outras atribuições, a de limitar a taxa de juros, quando necessário. Fazem parte, ainda, deste conjunto de reformas do início do período da ditadura militar a Lei n. 4.357/1964 (Lei da Correção Monetária); Lei n. 4.380/1964 (Lei do Plano Nacional de Habitação) e Lei n. 4.728/1965 (Lei do Mercado de Capitais) (Lima Júnior, 2019, p. 254).

²A atual definição de instituição financeira está no art. 17 da Lei n. 4.595/1964, que considera como tal uma pessoa jurídica, pública ou privada, que tenha como atividade principal ou acessória a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros, próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valores de propriedade de terceiros. Nos termos do parágrafo único desse artigo, consideram-se, por equiparação, como instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam, de forma permanente ou eventual, qualquer uma das atividades descritas no caput do art. 17 da Lei n. 4595/1964 [...] As instituições financeiras exercem um importante papel na economia de mercado. Além da prestação de serviços bancários diversos, que vão da locação de cofres até a prestação de consultoria de investimentos, passando pela operação do sistema de pagamentos e a captação de depósitos à vista, elas são as principais responsáveis por carrear recursos financeiros (moeda e crédito) dos agentes superavitários da economia para os agentes deficitários, via concessão de empréstimos, desconto de títulos etc. Do ponto de vista macrojurídico, as instituições financeiras são responsáveis por ativar o instituto do direito econômico da circulação, mais especificamente, viabilizando a circulação da moeda (fluxo financeiro da economia) e atuando como agentes intermediários responsáveis por dar capilaridade à política econômica adotada pelo Estado. Assim, as instituições financeiras são fundamentais na efetivação da regulação e disciplina macrojurídica das decisões de poupança, de investimento e de crédito (arts. 174 e 192 da CF/88 e art. 4, inc. VIII da Lei 4.595/1964)” (Lima Júnior, 2019, p. 255-256).

O Conselho Monetário Nacional e o Banco Central são instituições vinculadas ao Poder Executivo. Dessa forma, a política dos juros passou a ser ditada, basicamente, pelo Governo Federal e pelos interesses dos grupos que dominavam/dominam a esfera política no Brasil. A taxa de juros por parte das instituições financeiras foi liberada, usando-se a seguinte interpretação, baseada no artigo 4º, IX da Lei 4.595/64, com o seguinte enunciado:

Art. 4º.- Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...]

IX- Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover: recuperação e fertilização do solo; reflorestamento; combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais; eletrificação rural; mecanização; irrigação; investimentos indispensáveis às atividades agropecuárias (Brasil, 1964).

Como a competência para limitar, quando necessário, as taxas de juros, seria do Conselho Monetário Nacional, conclui-se que, se não havia limitação, é porque esta não seria necessária. As instituições financeiras estariam liberadas dos limites instituídos na Lei da Usura, aplicada apenas aos particulares, pessoas físicas ou jurídicas. O Conselho Monetário Nacional só interviria no mercado de crédito para limitar as taxas de juros naquelas atividades consideradas essenciais, como a agricultura. Assim, quem precisasse de dinheiro teria de se submeter às taxas estipuladas pelos bancos e demais instituições financeiras, extremamente altas desde aquela época.

Evidentemente, houve uma grande reação social contra a Lei 4.595/64. Pessoas jurídicas e físicas passaram a procurar o Poder Judiciário, com vistas a enfrentar os ditames do Poder Executivo e das instituições financeiras. Ocorreu, na época, um número significativo de ações de devedores junto ao Poder Judiciário, criticando as taxas cobradas pelos estabelecimentos bancários. Tais ações chegaram até o Supremo Tribunal Federal no ano de 1977, o que ocasionou a edição da Súmula 596, que reafirmou a não incidência da Lei da Usura às instituições financeiras. Veja-se: "As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional" (Supremo Tribunal Federal, 1977).

Na íntegra do acórdão que deu origem à Súmula supramencionada verifica-se que o Supremo Tribunal Federal aderiu à tese das instituições financeiras para evitar "levá-las à falência", visto que, na época, era proibido corrigir monetariamente dívida de dinheiro. Assim, a forma encontrada pelos estabelecimentos bancários para atualização dos empréstimos seria abranger na taxa de juros a inflação da época (correção monetária). E, por ser uma época de inflação muito alta, os juros não poderiam ter limites legais.

A edição da Súmula 596 permitiu às instituições financeiras a taxação dos juros acima do limite da lei da Usura, visto à época como a única possibilidade de reposição do valor da moeda e cobrança pelo capital emprestado pelas instituições financeiras. Serenou-se, mais uma vez, a discussão sobre as taxas de juros. Inclusive, ao se reportar nesta pesquisa à jurisprudência do antigo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, praticamente não há questionamento a esse tipo de decisão nas ações que discutiam cláusulas abusivas nos contratos bancários da época, salvo alguns acórdãos relativos ao crédito rural, encarado como questão prioritária e, portanto, subsidiada pelo Estado, tendo em vista o interesse público que gravitou e ainda gravita em torno da atividade agrícola no país.

Contudo, em 08 de abril de 1981, próximo à redemocratização do país, adveio a Lei 6.899/81, regulada pelo Decreto nº 86.649/81, que autorizou a cobrança de correção monetária em dívidas de dinheiro. Passaram, então, as instituições financeiras a cobrar correção monetária juntamente com as taxas de juros (juros reais), os quais não tinham nenhuma limitação legal. Com isso, as taxas de juros bancárias chegaram a níveis absurdos, o que trouxe graves reflexos na sociedade.

A discussão sobre a limitação das taxas de juros voltou com força total na Assembleia Nacional Constituinte. Entendeu-se que a Constituição Federal de 1988 seria o momento apropriado para limitá-los, embora essa questão de taxa de juros, evidentemente, não fosse matéria constitucional. Mas, devido às circunstâncias da época, a sociedade buscou, no texto constitucional da redemocratização do país, uma força para colocar freios aos abusos praticados pelas instituições financeiras quando aplicavam altíssimas taxas de juros nos financiamentos bancários à época.

Dessa forma, o §3º do artigo 192 da Constituição Federal recepcionou, em nível constitucional, o Decreto 22.626/33. Assim dispunha o antigo dispositivo constitucional, que vigorou até 29 de maio de 2003:

Art. 192. O Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: [...]

§ 3º.- as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar (Brasil, 1998).

Para a teoria econômica, essa limitação constitucional foi de uma violência inominável ao mercado de crédito do país, já que as taxas de juros praticadas na época eram muito superiores aos 12% ao ano (não se fala aqui de correção monetária, embora naquela época a *praxis* dos bancos era impor uma taxa que englobava juros e correção monetária numa única rubrica - juros reais -, o que chegava muitas vezes a juros de mais de 40% ao mês, devido às altas inflacionárias do período).

Assim, a sociedade civil, que participou ativamente da elaboração do texto constitucional de 1988, conseguiu introduzir na Constituição Federal de

1988 um limitador das taxas de juros praticadas em âmbito geral. Reconheceu-se no texto constitucional de 1988 a regra existente desde 1933, na Lei da Usura, mas que não era observada pelo sistema financeiro por orientação do Supremo Tribunal Federal.

A reação das instituições financeiras veio de imediato, no sentido de neutralizar esse dispositivo constitucional. Entendiam que seria uma violência ao desenvolvimento do mercado e à economia brasileira e, portanto, passaram a questionar no Poder Judiciário a sua autoaplicabilidade.

Por certo, salienta-se que dentro da própria Assembleia Constituinte já eram travados amplos e acirrados debates a respeito da autoaplicabilidade do dispositivo do §3º do artigo 192 do texto constitucional. No entanto, prevaleceu a opinião do relator da Constituinte à época, Senador Bernardo Cabral, entendendo que, mesmo colocando a disposição limitativa num parágrafo dentro do artigo 192 – já que toda a estrutura do Sistema Financeiro Nacional estava ali disposta – seria suficiente para deixar clara a intenção do legislador constituinte, que era proteger a população e os setores produtivos do país de taxas de juros que impossibilitassem sua atividade econômica.

Entretanto, não foi o que aconteceu. No dia seguinte à promulgação da Constituição Federal, a Consultoria Geral da República emitiu um parecer em resposta à consulta previamente feita pelo Presidente da República, sobre a autoaplicabilidade ou não do artigo 192, § 3º da Magna Carta. Nesse parecer, além das argumentações de natureza jurídica, continha um estudo realizado pelo BACEN (Banco Central do Brasil), o qual previa uma catástrofe econômica no Sistema Financeiro nacional caso o “famigerado” dispositivo constitucional entrasse em vigor – obrigando os bancos a emprestar dinheiro a, no máximo, 12% ao ano. Assim, trazia em seu teor a seguinte conclusão: “E, pois, o artigo 192, por inteiro, norma de eficácia limitada e condicionada, dependente de intervenção legislativa infra-constitucional para entrar em vigência” (Ramos, 1998).

Houve duas argumentações no parecer sobre a não autoaplicabilidade do art. 192 § 3º da Constituição Federal, as quais foram, posteriormente, discutidas no STF na ADI nº 4-7/DF (Supremo Tribunal Federal, 1991):

a) o dispositivo localiza-se no parágrafo de um artigo cujo *caput* fala em uma lei regulamentadora que lhe daria plena eficácia. A partir daí extraiu-se o entendimento de que, se tal artigo dependia de regulamentação por lei posterior, só iria realmente vigorar depois que esta lei fosse editada. Como o *caput* dependia dela, todo o artigo constitucional também deveria depender.

b) o §3º falava em “juros reais”, e esta expressão não estaria definida por nenhum dispositivo legislativo no ordenamento jurídico brasileiro à época. Então, concluiu-se que deveria aguardar o advento de Lei Complementar que pudesse definir o que eram “juros reais”, para só aí ser aplicado o §3º.

Submetido à apreciação do Presidente da República, este pronunciou-se favoravelmente ao conteúdo do parecer do BACEN, o qual passou a ser regra impositiva para o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional e todos os demais órgãos econômicos do governo, com cunho normativo para toda a administração federal.

Para combater esse entendimento, no dia 12 de dezembro de 1988, o PDT (Partido Democrático Trabalhista) – com representação no Congresso Nacional (CF art. 103, VIII) – ingressou no Supremo Tribunal Federal com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4/DF), alegando que o parecer deveria deixar de ser aplicado na estrutura administrativa do Estado, tendo em vista afrontar o art. 192 § 3º da Constituição Federal, fato que o tornaria inconstitucional. O relator foi o Ministro Sydney Sanches. Assim, por meio do controle concentrado de constitucionalidade foi levada à apreciação do Poder Judiciário a questão da autoaplicabilidade ou não do dispositivo constitucional limitativo das taxas de juros (Supremo Tribunal Federal, 1991).

No feito, houve um pedido de suspensão liminar da vigência do parecer, o qual foi indeferido pelo Plenário da corte do Supremo Tribunal Federal, em julgamento coletivo. Portanto, ele permaneceu válido ao longo de todo o processamento e julgamento da ADI. Em 1991, finalmente, houve o julgamento definitivo do mérito da ADI pelo STF. Os Ministros entenderam, por 6 (seis) votos a 4 (quatro) que, realmente, não era autoaplicável o dispositivo constitucional previsto no art. 192, § 3º, e mantiveram válido o parecer atacado, nos seguintes termos:

Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192) estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no caput, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto no seu § 3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do caput, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma (parte do voto da ADI 4-7/DF do STF) (Supremo Tribunal Federal, 1991).

A decisão do Supremo Tribunal Federal, além de dividida (6 votos a 4), foi de cunho muito mais político do que técnico ou jurídico. Ao analisar o dispositivo constitucional em questão, depreende-se – sem sombra de dúvidas – que ele era autoaplicável. Entretanto, sabe-se que o STF, órgão máximo do Poder Judiciário, tem caráter político e não apenas jurídico, já que seus membros são nomeados pelo Presidente da República (art. 101 da Constituição Federal). Dessa forma, não se poderia esperar posicionamento diferente ao adotado, até porque as taxas de juros já faziam parte do mercado financeiro e do desenvolvimento econômico do país, conforme será abordado no item a seguir. A partir desta decisão fora editada a Súmula n. 648 do STF, posteriormente convertida na Súmula Vinculante n. 7, que assim dispunha: “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de Lei Complementar” (Supremo Tribunal Federal, 2003).

Dessa forma, entende-se que a solução jurídica dada à época pelo Governo, posteriormente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, – para fugir da discussão

sobre a possibilidade ou não de limitar a taxa de juros cobrada pelas instituições financeiras e manter o que vinha e vem sendo praticado no mercado econômico – em afirmar que não seria autoaplicável o dispositivo constitucional limitativo dos juros, reportando-se à futura edição de uma lei complementar que dispusesse sobre o seu alcance, foi uma decisão “salomônica” para um problema que, em verdade, é de macropolítica. É claro que tal lei complementar jamais foi editada, e esta discussão esvaziou-se com a retirada do texto constitucional do §3º do artigo 192 com a Emenda Constitucional n. 40/2003.

Naquele período, uma tese que foi seguida por grande parte da doutrina da época abordava o limite dos juros e a questão da inconstitucionalidade por omissão, por falta da edição da referida lei complementar (Phillipsen, 1999, p. 46-49). Por conduta inconstitucional por omissão entende-se “toda vez que o legislador ou mesmo o administrador deixa de implementar medida para tornar concreta determinada norma da Lei Suprema” (Phillipsen, 1999, p. 46). Constatada a inconstitucionalidade por omissão, o STF daria ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias (art. 102 e 103, par. 2º da CF). Alguns tribunais brasileiros entenderam que foi isso que ocorreu com o art. 192, §3º da Constituição Federal que, pela ADI nº 4/DF, teve reconhecida a falta de aplicabilidade do dispositivo até a edição de lei complementar que o regulamentasse. Decidiu-se, na época, o STF, por haver ali uma nítida inconstitucionalidade por omissão, pois até a Emenda Constitucional n. 30/2004 o Brasil conviveu com esta falta de edição de lei complementar, o que acabou por trazer toda essa demanda de litígios aos tribunais brasileiros.

O Pleno do STF, na decisão do Mandado de Injunção 323-DF, posicionou-se no seguinte sentido:

Esta corte, ao julgar a ADIN-4, entendeu por maioria de votos, que o disposto no parágrafo 3º do art. 192 da CF não era autoaplicável, razão porque necessitava de regulamentação. Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz e elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre (Supremo Tribunal Federal, 1994).

Juntamente com esse, outros mandados de injunção foram deferidos pelo STF, a fim de comunicar ao Poder Legislativo a mora que se encontrava, e exigir as providências necessárias tendentes a suprir a omissão. Entretanto, o Mandado de Injunção não pode penalizar legislativo por não cumprir suas determinações, em face ao princípio da independência entre os poderes estatais, já que não há subordinação entre eles.

Logo, as taxas de juros, provavelmente, são o elemento mais importante para o desenvolvimento econômico, para o controle da inflação, bem como para políticas indutoras de certos setores da economia. Como os governos são conhecedores disso, utilizam a taxa de juros como elemento de política econômica

interna. Regulam, assim, o movimento da economia alterando a taxa de juros como convém à política adotada naquele lugar e momento histórico.

Atualmente, a taxa Selic (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia) chega aos 40 anos como um dos pilares do Sistema Financeiro Nacional. Operacionalizado pelo Demab (Departamento de Operações do Mercado Aberto) do Banco Central em conjunto com a ANBIMA, o sistema é responsável pelo registro e liquidação dos títulos públicos do Tesouro Nacional e, ao longo dos anos, ajudou a construir as bases da estabilidade financeira. Tal operação se dá da seguinte maneira: o governo abre o mercado financeiro a cada dia, através do Banco Central, ofertando títulos públicos, de acordo com as necessidades de cumprir com as obrigações externas e internas, comprando dinheiro no mercado a uma taxa por ele estipulada previamente (taxa Selic). Esta é a taxa preferencial (*prime rate*), ou taxa fornecida pelo melhor tomador, o próprio Governo, cujos empréstimos têm menor risco. A taxa Selic foi criada em 1979, e é um dos pilares do Sistema Financeiro Nacional já que, ao longo dos seus mais de 40 anos, ajudou a construir as bases para a estabilidade financeira do país.³ As relações privadas vão se balizar daí por diante; os juros cobrados pelos empréstimos das instituições financeiras com os privados, pessoas físicas ou jurídicas, define-se a partir deste parâmetro.

O Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) é o sistema em que se efetua a custódia e se registram as transações com a maioria dos títulos emitidos pelo Tesouro Nacional. O Selic, gerido pelo Banco Central (BC), é uma infraestrutura do mercado financeiro (IMF). Como infraestrutura, o Selic faz parte do Sistema de Pagamentos Brasileiros (SPB). As infraestruturas do mercado financeiro como um todo desempenham um papel fundamental no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN). Seu funcionamento adequado é essencial para a estabilidade financeira e condição necessária para salvaguardar os canais de transmissão da política monetária. O sistema Selic é fundamental em possíveis casos de falência ou insolvência de instituições financeiras. A liquidação em tempo real e o registro das transações com títulos públicos federais em seu banco de dados pode coibir fraudes e prevenir o contágio em outras instituições. Atualmente o sistema Selic possui: 1. Aproximadamente 500

³ Veja-se como surgiu a taxa Selic (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), atualmente taxa básica de juros, e qual seu propósito: “Em 1979, as operações financeiras eram efetivadas em papel-moeda, já que o acesso à internet era limitado. Sendo assim, o sistema eletrônico Selic modernizou os registros dessas negociações, sem a necessidade de emitir títulos físicos. Desde então, o país passou por uma série de crises financeiras, razão pela qual foi criada a taxa Selic. Dessa maneira, a autoridade monetária poderia intervir para manter os preços em níveis estáveis [...] Nos anos 1980, houve a “escalada da inflação e da dívida” (Banco Central do Brasil, 2023). Nesse cenário, o Plano Cruzado foi a busca desesperada por estabilizar a economia com o tabelamento e congelamento de preços, mas as medidas “impactaram negativamente a demanda pelos títulos públicos” (Banco Central do Brasil, 2023). Já nos anos 1990, a recessão voltou, junto com a hiperinflação. Na época, “a União precisava de financiamento e criou títulos para atrair investidores” (Banco Central do Brasil, 2023). Porém, o confisco das aplicações financeiras no Plano Collor “paralisou a economia [...] a estabilidade econômica só veio em 1994, com o Plano Real. A partir dele, o Selic deu um salto tecnológico e experimentou um período de forte aperfeiçoamento” (Banco Central do Brasil, 2023).

participantes 2. Em torno de 160 mil clientes individualizados 3. Há 8 tipos de títulos, distribuídos em cerca de 380 vencimentos, que estão depositados e equivalem a 99% da carteira de títulos públicos federais. 4. Mensalmente cerca de 40 leilões de títulos para o Tesouro Nacional, que movimentam um montante de R\$ 78 bilhões. O Copom – Comitê de Política Monetária do BC – determina a meta da taxa Selic adequada para assegurar a estabilidade dos preços. O BC é o gestor do Selic e atua no mercado aberto para que a média das taxas acordadas em operações compromissadas com prazo de um dia útil entre as instituições financeiras (IFs) situe-se próxima da meta definida pelo Copom (Banco Central do Brasil, 2023).

Qualquer outra pessoa, física ou jurídica, que for buscar dinheiro no mercado financeiro, evidentemente, pagará uma taxa maior do que aquela paga pelo governo, tendo em vista o fator-risco, que é maior quando o tomador de recurso é a pessoa jurídica ou física privada, particular, se comparado ao risco existente quando o tomador de recurso é o governo. Justifica-se tal afirmação porque este tem o poder de emitir papéis (títulos públicos federais), quando necessário, para pagar suas dívidas.

O Selic é a infraestrutura do mercado financeiro para a compra e venda de títulos públicos federais. Em cada negociação, o Selic em tempo real transfere os títulos para o comprador e determina o crédito na conta do vendedor. A taxa Selic é a taxa média das operações compromissadas com prazo de um dia útil ocorridas diariamente no Selic. Títulos públicos federais são promessas de pagamento emitidas pelo governo do Brasil, representado pelo Tesouro Nacional. Quando emite um título, o governo torna-se devedor; quem compra o título financia o governo (Banco Central do Brasil, 2023).

A taxa Selic fixada diariamente pelo governo é o balizador mínimo, o piso das negociações, em todo o país, sobre movimentação de dinheiro. E como o

governo tem ampla liberdade para fazer isso, conclui-se que as taxas de juros são diretamente influenciadas por esta realidade.⁴

Ainda, verifica-se que, mesmo quando as taxas básicas promovidas pelo Banco Central do Brasil, por meio do Copom, sofrem reduções, o valor dos juros cobrados pelas instituições financeiras aos seus clientes não é diminuído. Saddi (2019, p. 150) explica essa realidade a partir da definição do “preço do crédito”, que é definido em função da taxa de juros básica da economia (taxa Selic), bem como fatores tributários, econômicos e jurídicos da política regulatória estatal. Ressalta ainda três fenômenos relevantes: “a concentração bancária⁵, o direcionamento do crédito⁶ e a inflação⁷”. Acrescenta-se aqui a questão da análise dos riscos e da inadimplência do tomador do empréstimo⁸ e o custo de captação dos bancos, em função da definição retenção do depósito compulsório, do custo administrativo da instituição, do risco e da escassez de recursos que o sistema

⁴ O Comitê de Política Monetária (Copom) do Banco Central do Brasil (BC) atualmente vem trabalhando com uma redução muito gradual da taxa de juros básica da economia brasileira (Selic) que, em 21 de setembro de 2023 passou de 13,25% para 12,75%. Em épocas da pandemia a Selic subiu, com vistas a controlar a inflação, mas, com o arrefecimento da pandemia ela voltou a cair gradativamente, a fim de reaquecer a atividade econômica do país. Confirma-se assim a “mudança da política monetária contracionista, que torna os empréstimos mais caros às famílias e empresas, desencoraja investimentos e aumenta a dívida do Estado brasileiro com o pagamento de juros dos títulos da dívida pública”. Ainda, é preciso ressaltar que os principais beneficiados com a Selic elevada são os detentores de títulos da dívida pública brasileira que, atualmente, são as instituições financeiras. Uma sondagem inicial do “Dieese mostrou que cada ponto percentual na taxa Selic significa um aumento anual do custo da dívida pública de cerca de R\$38 bilhões. Esse valor deixa de ir para educação, saúde ou infraestrutura”. Assim, muito ainda há por se evoluir na questão da redução da taxa básica de juros, eis que o Brasil é um dos países com maior taxa de juros do mundo! “Os países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que reúne 38 países de economias mais avançadas) trabalham com juros básicos muito mais baixos que o brasileiro. Na União Europeia, por exemplo, o índice está em 4%. Entretanto, o Brasil não poderia reduzir a Selic para esse nível por ter moeda menos valorizada. A expectativa do mercado, na próxima reunião do Copom, é de um novo corte de 0,50 p.p. e que, continuando a tendência de corte, a Selic alcance 11,75% no final do ano e um dígito (9%) apenas no final de 2024” (Fraga, 2023).

⁵ A concentração bancária traz distorções no mercado de crédito, já “que a oferta fica nas mãos de pouquíssimos agentes, ampliando o poder econômico de determinados participantes. [...] De acordo com o Relatório de Estabilidade Financeira de 2018, publicado pelo Banco Central do Brasil (2018b), os quatro principais bancos atuantes no Brasil detinham 78,5% do mercado de crédito em 2017, ou seja, apenas quatro grupos são responsáveis por quase 80% do crédito.” São eles o Banco do Brasil, o Bradesco, a Caixa Econômica Federal e o Itaú-Unibanco (Saddi, 2019, p. 155).

⁶ A política monetária também é realizada por meio do direcionamento do crédito. O crédito direcionado se opõe ao crédito livre e se dá por meio da obrigação legal da aplicação de recursos bancários em determinados produtos financeiros fixados por políticas públicas. O Estado determina as taxas de juros desse crédito ou sua fonte de recursos, incentivando linhas específicas de crédito setorial, como ocorre com o crédito rural e o imobiliário.” Esse direcionamento traz o problema de que, “quando os bancos não conseguem manejar algumas taxas de juros com flexibilidade, eles tendem a alterar as taxas do crédito livre como medida compensatória.” Trata-se de mais uma distorção no mercado de crédito brasileiro (Saddi, 2019, p. 157).

⁷ Seu controle no início dos anos 1990 possibilitou a consolidação de um mercado de crédito (Mendonça e Sachsidá, 2013:7), pois a maior parte do crédito se adianta no tempo, e a inflação descontrolada obsta o crédito a médio e longo prazo” (Saddi, 2019, p. 157).

⁸ Risco e inadimplência estão interligados: “Os bancos calculam o risco médio de um calote e, com base neste valor, estabelecem um percentual para cobrar a mais de todos os tomadores para suprir essa falha calculada no recebimento, encarecendo o crédito” (Saddi, 2019, p. 157).

financeiro brasileiro enfrenta, bem como das várias determinações do Governo Federal que acabam onerando os empréstimos bancários.

A essas causas, somam-se a insegurança gerada pela volatilidade do mercado brasileiro e externo e, por fim, o conjunto de tributos pagos pelos envolvidos na relação creditícia, ou seja, pelos bancos e pelos tomadores, que acabam incidindo sobre a taxa final de juros.

Aprofunda-se aqui a questão do depósito compulsório⁹, ou seja, percentual das operações realizadas que os bancos brasileiros são obrigados a deixar no Banco Central. Trata-se de um elemento de controle do fluxo monetário geral do país, consubstanciado na forma de recolhimentos restritivos que (1) representam esterilização, junto às autoridades monetárias, de uma parcela dos depósitos efetuados nos bancos, (2) realizam um enxugamento do dinheiro disponível na economia, (3) evitam que a massa monetária disponível na economia se expanda muito. Além disso, é utilizado para o Governo Federal pagar suas próprias contas. Em geral, é fixado em porcentagem aplicada sobre os depósitos bancários, reduzindo, conseqüentemente, o poder de multiplicação da moeda escritural.

Vale destacar que as autoridades monetárias, no caso brasileiro, o CMN e o BCB dispõem de instrumentos para assegurar que as operações bancárias passivas (captação de recursos pelas instituições financeiras) e ativas (concessões de empréstimos e financiamentos) estejam alinhadas com determinados objetivos de política pública (principalmente a proteção da poupança popular, dos consumidores, da capacidade de solvência das instituições financeiras e da higidez do mercado financeiro como um todo). Desta forma, a autoridade monetária regula o potencial de multiplicação da moeda pelas instituições financeiras ao fixar os percentuais de recursos recebidos por estas que devem ser obrigatoriamente mantidos em contas de reservas bancárias abertas pelas instituições financeiras junto ao BCB (os “depósitos compulsórios”) (Lima Júnior, 2019, p. 260).

Assim, além de influenciar a quantidade de moeda no mercado, o depósito compulsório também assume o papel de “colchão de liquidez” a ser utilizado pelas instituições financeiras, a critério do Banco Central, em situações emergenciais ou crises como a de 2008. Atualmente, este percentual está em 20% do valor captado pelas instituições financeiras em depósitos, nos termos do art. 4 da Circular n. 3.975/2020 (Banco Central do Brasil, 2020).

Dessa forma, constata-se que o Governo é o grande responsável pela manutenção das taxas de juros praticadas no Brasil pelas instituições financeiras, já que as utiliza como instrumento de política monetária, de controle da inflação e de desenvolvimento econômico do país. É ele quem dita as normas da política monetária no país, sujeitando todo o sistema financeiro brasileiro e, por consequência, o custo final do dinheiro para os tomadores de empréstimo.

⁹ Depósito ou Recolhimentos compulsórios são impostos “aos bancos privados para o controle da alavancagem bancária e da liquidez, pois diminuem a base sobre a qual a moeda é multiplicada nos bancos” (Saddi, 1997, p. 49).

Enfim, o governo possui quatro instrumentos básicos para atuar sobre a demanda agregada: - taxa de câmbio; - oferta monetária e taxa de juros; - gastos públicos; - impostos. Mas não são instrumentos independentes. Por exemplo, gastos públicos maiores, sem aumento de impostos, poderiam ocasionar um déficit orçamentário e o governo necessitaria de recursos emprestados (emitiria títulos públicos). A maior demanda por empréstimos aumentaria as taxas de juros na economia, atraindo recursos financeiros do exterior (para comprar Reais no mercado cambial e aplicar a taxas de juros mais altas). A compra de Reais valorizaria o Real em relação ao Dólar e alteraria a taxa de câmbio (Gonçalves, 2023, p. 48-50).

Pode-se afirmar ainda que, à medida que o Governo Federal equilibrar suas finanças e deixar de ser o maior tomador de empréstimos – além de reduzir gradativamente as taxas de depósito compulsório e aumentar o dinheiro em circulação na economia brasileira – as taxas de juros provavelmente cairão para as pessoas físicas e jurídicas mutuárias.

Em verdade, o crédito é um fenômeno complexo, que tem uma dimensão social, jurídica e econômica. Sem ele, o “consumo e o investimento não poderiam ser antecipados. Haveria a necessidade de geração de renda anterior, inviabilizando a existência de indústrias e do comércio” (Saddi, 2019, p. 149). O mercado de crédito, portanto, resulta da acumulação de moeda por poupadores, também denominados superavitários, que é transmitido a deficitários, pessoas físicas ou jurídicas que necessitam adquirir maior poder de compra e, por meio do empréstimo, impulsionar seus investimentos e produção ou, até mesmo, satisfazer suas necessidades de consumo. E as instituições financeiras agem como intermediários deste processo, salvaguardando o dinheiro dos poupadores, que é remunerado com juros, bem como emprestando, também a título de juros, estes recursos financeiros aos mutuários (Saddi, 2019, p. 149).

Assim, para viabilizar o acesso ao crédito, concretizar a política financeira do governo e viabilizar o crescimento econômico do país, posteriormente, aprovou-se a Emenda Constitucional n. 40/2003, a qual colocou uma “pá de cal” nesta discussão, retirando do texto constitucional a limitação dos juros reais a 1% ao mês.

3 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS ADMINISTRATIVOS: QUANDO O POLÍTICO E O JURÍDICO SE FUNDEM

Quando se interpreta uma norma constitucional devem ser utilizados métodos diferentes das regras ordinárias, ou seja, é preciso orientar-se pelo critério de atribuir a maior autoaplicabilidade possível ao dispositivo constitucional (Princípio da Efetividade), devido à importância da Constituição Federal dentro do ordenamento jurídico de um país e na hierarquia das normas que o integram. Segundo Barroso:

O malogro do constitucionalismo brasileiro vem associado à falta de efetividade da Constituição, de sua incapacidade de moldar

e submeter a realidade social. Naturalmente, a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pelas circunstâncias concretas de cada época. Mas não se reduz ela à mera expressão das situações de fato existentes. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade, uma tensão permanente. É nesse espaço que se definem as possibilidades e os limites do direito constitucional (Barroso, 1998, p. 221).

A partir do momento em que a Constituição, elaborada pelo poder constituinte originário, entra em vigência, passa a se constituir documento jurídico superior a toda e qualquer legislação ordinária existente no país. Suas normas, tendo caráter imediato ou programático, não são opiniões, aspirações ou plataforma política, mas instrumentos práticos, elaborados e construídos pela sociedade – representada pela Assembleia Constituinte – a fim de produzir certos efeitos na realidade social, visando cumprir os propósitos nela ditados na busca do bem-comum (Barroso, 1998, p. 222).

Não importa se a norma está num parágrafo, inciso ou no *caput* do artigo em discussão. Na verdade, a norma estabelecida pelo § 3º do art. 192 da Constituição Federal continha uma regra completa que não poderia ser ultrapassada ou modificada pela lei regulamentadora – de maneira que teria plenas condições para ser auto aplicada. E como ela não trazia exceções, era destinada para todas as pessoas físicas e jurídicas do país, sem exceção.

Uma Constituição impõe-se dentro de uma sociedade pelo simples fato de ser uma Constituição Federal. Daí advém o princípio da supremacia da Constituição, na celebrada Teoria Pura de Kelsen para

ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de todo o sistema legal, servindo como fundamento de validade das demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às outras leis, que não poderão ter existência legítima se com ela contrastarem (Barroso, 1998, p. 64).

De nada adianta a edição de uma Constituição se ela não for efetivamente aplicada. E quando promulgada, as normas por ela recepcionadas continuam vigendo no ordenamento jurídico (efeito-recepção) e as demais, contrárias a ela, ficam automaticamente revogadas. Ou devem ser reinterpretações em face da nova Constituição, apenas subsistindo se conformes com suas normas e seus princípios (Barroso, 1998, p. 64-67).

No que tange ao argumento anteriormente abordado de que haveria necessidade de se dispor sobre o que são “juros reais”, também era igualmente irrisório à época, visto que a expressão já era corrente na economia, principalmente nos contratos de caderneta de poupança, em que qualquer pessoa que tivesse um investimento já tinha um entendimento médio sobre o que seriam “juros reais”. Assim, na pior das hipóteses, poderia ocorrer o que sempre acontece quando a

lei é vaga: deixa-se a cargo do judiciário resolver e interpretar, ou da doutrina, de acordo com a noção existente no seio da sociedade.

Só na hora de interpretar a Constituição é que não se sabe o que são: não se sabe porque não se quer saber. É claro que a taxa de juros reais é tudo aquilo que se cobra, menos a correção monetária. Se sabemos o que é boa-fé, conceito muito mais vago; se sabemos o que são bons costumes, o que é vaguíssimo, se sabemos o que é mulher honesta, para aplicarmos o dispositivo legal que define o crime de estupro por que é que não podemos saber o que são taxas de juros reais? Isso faz parte da tarefa cotidiana do juiz: interpretar textos legais e definir conceitos jurídicos indeterminados; e este aqui não é tão indeterminado. Acho até que é bastante determinado (Moreira, 1991, p. 17).

Na História da República Brasileira as Constituições foram nominais. E, com relação à Constituição de 1988 – principalmente no que tange à interpretação dada ao artigo 192 § 3º - evidenciou-se que foi tomado o mesmo caminho. Muitas normas que ali estão são formalmente constitucionais, mas não materialmente constitucionais, por abordarem questões outras que aquelas determinantes da organização política do Estado. O que efetivamente justificou a falta de efetividade do artigo 192, §3º pelas instituições financeiras no Brasil, é que a limitação dos juros reais a 1% ao mês, norma formalmente constitucional, mas não materialmente constitucional, contrariou toda uma realidade, um condicionamento econômico e social pré-existente não só da população, mas, sobretudo, do governo e das forças que se digladiavam no cenário econômico brasileiro. Dessa forma, é justificável que tenha sido revogada posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional n. 40/2003, pacificando o conflito em definitivo.

Art. 2º- O art. 192 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. I - (Revogado). II - (Revogado). III - (Revogado) a) (Revogado); b) (Revogado); IV - (Revogado). V -(Revogado). VI - (Revogado). VII - (Revogado). VIII - (Revogado). § 1º- (Revogado). § 2º- (Revogado). § 3º- (Revogado)" (Brasil, 2003).¹⁰

A Constituição Federal só se impõe e se aplica de imediato na medida em que ela venha na esteira de um consenso social pré-existente. Foi justamente isso que não aconteceu com o artigo 192 § 3º da Constituição Federal de 1988:

¹⁰ BRASIL NO RANKING DE 2024 DOS MAIORES JUROS REAIS DO MUNDO. No ranking dos maiores juros reais do mundo, Brasil só é superado pela Rússia. Entre quarenta países, Brasil ficou em segundo lugar com taxa de 6,79% 1º. Rússia 8,91; 2º. Brasil 6,79; 3º. México 6,52; 4º Turquia 4,65; 5º Indonésia 4,13; (...) (Sorima Neto, 2024).

uma disposição foi ali colocada num momento em que os juros praticados no país estavam muito acima do que o limite que se pretendeu fixar. Não há dúvidas de que, se a média da taxa de juros praticada na época fosse de 14 ou 15% ao ano, esta regra constitucional teria sido aplicada, pois o setor econômico e o próprio governo teriam condições de absorver e adaptar-se a essa pequena redução. Mas o distanciamento abissal entre a *praxis* e o limitativo constitucional previsto no §3º do artigo 192, conjugados com o surgimento abrupto da limitação, criaram um impacto que ocasionou a ineficácia do dispositivo, que ficou limitado a mera disposição formal, mais próxima de comando moral ou ético do que jurídico (no que tange às instituições financeiras).

Sabe-se que, na maioria dos países do mundo, os juros são determinados pelo mercado, por meio da lei da demanda e oferta. Mas no Brasil essa questão sempre foi mais complexa, conforme visto anteriormente. O maior tomador de recursos é o Governo e, para ele, historicamente, foi necessário manter uma política de crédito de juros altos, a fim de manter e atrair o capital volátil sobre o qual fundamentou a política econômica e, principalmente, pós redemocratização, o Plano Real, objetivando atrair investimentos estrangeiros para assegurar a estabilidade da moeda. Conforme o exposto no voto da Apelação Cível nº 198.000.168, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Juiz José Francisco Pelegrini, em 06.05.98, o pensamento da jurisprudência da época confirma o aqui esposado:

A questão que diz com os juros, exaustivamente objeto de enfrentamento por esta Corte, encontra posicionamento pacificado nesta Câmara que, diuturnamente, se manifesta no sentido da inaplicabilidade do dispositivo constitucional limitador dos juros (art. 192 § 3º). Tenho que ao julgador cumpre decidir rente à realidade e esta aponta no sentido de que vivemos em país capitalista, que a atividade bancária é atividade lucrativa, que o Governo Federal elegeu como um dos itens fundamentais do plano de estabilização econômica a política de juros altos, que os valores captados pelos bancos com vista à aplicação no mercado são em grande parte recolhidos como empréstimo compulsório, impondo que a parte disponível seja remunerada pelo total, que o próprio Governo Federal força a alta de juros quando recorre ao mercado pela emissão de títulos de modo que não me parece conveniente decidir contra essa realidade. De outra parte, cumpre ao Governo Federal estabelecer a política econômica e monetária que entenda a mais adequada. Podem os julgadores simpatizar ou não com ela. Não podem, contudo, a meu ver, usurpar competência através de seus julgados para impor outra orientação em tão delicado setor, por cujas conseqüências não irão responder depois. Do resto, o STF já se posicionou a respeito, de modo que, embora liberdade no julgar, de decidir em contrário, ao fim e ao cabo não resultará em qualquer resultado prático, a não ser o de onerar os feitos com novos recursos, em evidente prejuízo para as partes. Sobre o assunto existe acórdão lapidar da Egrégia 1ª Câmara Cível deste Tribunal, Relatora a eminente Dra. Maria Berenice Dias (ap.

cível 191 150 200), que responde a todas as razões deduzidas de modo que, sendo matéria de todos conhecida, para evitar inúteis repetições com maior demanda de tempo, adoto, com a devida vênia, sua fundamentação como razões complementares de decidir. Ao depois, também, na legislação infraconstitucional não encontra apoio a limitação de juros a 12% a.a. A Lei de Usura e por via de consequência o artigo 1.062 do Código Civil, não se aplicam às instituições financeiras, conforme já normou o STF, através da Súmula 596. Merecem, pois, prevalecer os juros no patamar cobrado (Rio Grande do Sul, 1998).

Assim, o próprio constituinte, ao positivar regras irrealizáveis (como o foi o §3º do artigo 192, limitador das taxas de juros) quando comparadas ao comportamento econômico e social, contribuiu para a desvalorização da Constituição como documento jurídico.

Ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas. Mas isso é, em verdade, o mínimo e o máximo de sua atuação. Subjacentemente, terá de haver uma determinação política do Poder Público em sobrepor-se à resistência. Num Estado democrático de direito, o poder, com o batismo da legitimidade, impõe-se por via da autoridade, que, geralmente, carrega à obediência, independentemente da coação; sem dispensá-la, contudo, quando necessária. Essa fórmula, tecnicamente singela, é, na prática, intrincadíssima e exige um grau de amadurecimento que somente se atinge, como inevitável, pelo passar do tempo e pela prática contínua. As ideias aqui desenvolvidas em nome do princípio da efetividade apontam para uma evidência: o direito existe para realizar-se. O direito constitucional não foge a esse desígnio (Barroso, 1998, p. 226).

Por certo houve um componente ideológico na interpretação das regras constitucionais sobre limitação das taxas de juros das instituições financeiras. No âmbito do direito bancário, assim como em toda atividade jurisdicional, ela influenciou o processo de elaboração, interpretação e aplicação da Constituição.

4 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ABUSO DO PODER ECONÔMICO, SUPERENDIVIDAMENTO E CONTRATOS BANCÁRIOS

O que é abusivo é contrário ao direito e, por isso, caberia ao Judiciário deflagrar tal situação, reestabelecendo a paridade e a comutatividade nos contratos. A partir da edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o qual regulava as relações entre fornecedores e consumidores com base na proteção da parte mais vulnerável (o consumidor), uma nova forma de justificar a limitação dos juros dos contratos bancários passou a imperar no Poder Judiciário Brasileiro: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias. Posteriormente, com a edição do Código Civil de 2002 introduziu-se as teorias

da onerosidade excessiva, da imprevisão e da coibição do abuso de direito não apenas para as relações consumeristas, mas para todas as relações civis, em geral.

Rompe-se a autonomia da vontade quando na relação jurídico-contratual o elemento volitivo se achava, já no nascedouro do contrato, em evidente enfraquecimento. Sabidamente o crédito é, hoje, uma necessidade vital tanto para o indivíduo como para as pessoas jurídicas, em especial para as empresas de produção de bens e serviços. Com efeito, o acesso ao crédito para o indivíduo é condição de cidadania e, para a atividade empresarial, uma condição de subsistência. Dentro desta ótica da necessidade deste bem da vida, indispensável a atividade empresarial, não se podendo deixar de convir que a vontade da empresa que necessita de crédito para subsistir, acha-se enfraquecida diante do estabelecimento bancário que o oferece. Será que a empresa poderia usar sua vontade livre e autônoma para recusar o contrato porque o banco está a cobrar juros inconstitucionais? A resposta a esta indagação é óbvia e se completa com outra indagação, recusando aquele contrato acharia no mercado alguma instituição que estivesse a cumprir a norma constitucional? Sabidamente: não. Logo a autonomia da vontade da empresa estava limitada a, recusando os juros inconstitucionais, ficar sem qualquer crédito, pela inexistência no mercado de empréstimos a juros inconstitucionais (Ap. Cível n. 194002903 da 4ª Câmara Cível do TARGS. Rel. Juiz Márcio de Oliveira Puggina, j. 17.03.94) (Rio Grande do Sul, 1994).

Entretanto, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, para definir a abusividade da taxa de juros, apresenta uma dificuldade: saber qual o ponto delimitador que separa a normalidade do começo do abuso. Deve-se atentar ao caso concreto, e cada caso é um caso. Trata-se de decidir de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, de acordo com o tipo de contrato de concessão do empréstimo para, a partir daí, averiguar se houve ou não o abuso. Essa tese tem a vantagem de abarcar também o sentido contrário, pois também pode se aplicar nos casos em que quem comete o abuso não é o banco, mas o próprio mutuário. Um exemplo está naqueles casos em que se contrai um empréstimo com taxas razoáveis conforme o aplicado no mercado, isto é, não abusivas, e mesmo assim o mutuário busca o Judiciário visando anular aquela cláusula, na evidente intenção utilizar-se do aparelho jurisdicional para ganhar tempo e não pagar sua dívida. Tal comportamento pode ser detectado quando se analisa não só a lei como, principalmente, o caso concreto, no qual o julgador verifica a aplicação do equilíbrio contratual.

Este posicionamento da abusividade da taxa de juros praticada pelos bancos fundamenta-se: (1) no ideal de justiça social e, por consequência, no Princípio da Relatividade dos Contratos, o qual norteia o novo Código Civil Brasileiro de 2002; (2) no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), cuja aplicação foi estendida, pela lei (art. 3º par. 2º do CDC) e jurisprudência, às instituições financeiras, que são elencadas como prestadoras de serviços ao consumidor.

A atividade da instituição financeira equipara-se a serviço, nos moldes do par. 2º do art. 3º do CDC, havendo, portanto, uma relação de consumo entre o banco e o cliente, nada impedindo que o julgador proceda ao exame das cláusulas de contrato de abertura de crédito em conta corrente, especialmente aquelas que estipulem taxas abusivas e ou ilegais, à luz do art. 51, IV da Lei 8.078/90, atentando-se à característica do contrato de adesão e à vulnerabilidade do contratante (Ap. Cível nº 196227466 – 7ª Câmara Cível TARGS, j. 12.03.97 (RT 744/385) (Rio Grande do Sul, 1997).

Ainda que o interesse econômico das partes contraentes seja de ordem privada, a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor passa a prevalecer o interesse público de suas normas sobre o privado, visando proteger vontades que se revelam hipossuficientes. Assim, os princípios que regem as relações de consumo – o da boa-fé, equidade, comutatividade, vulnerabilidade do consumidor, combate às cláusulas abusivas nos contratos de adesão, da inversão do ônus da prova e outros – são também utilizados na interpretação dos contratos bancários, à luz do Código de Defesa do Consumidor. Afinal, o mutuário, necessitado do numerário, não tem uma alternativa a não ser aceitar o que lhe foi imposto, sem qualquer possibilidade de escolher taxas mais favoráveis, já que são praticamente uniformes em face da política monetária vigente – que em muito supera os 12% ao ano, mesmo quando o país vive um clima de relativa estabilidade da moeda.¹¹

¹¹ Veja-se abaixo algumas Súmulas editadas pelo STF que pacificam a interpretação sobre a matéria: 1) O prazo prescricional para as ações revisionais de contrato bancário, nas quais se pede o reconhecimento da existência de cláusulas contratuais abusivas e a consequente restituição das quantias pagas a maior, é vintenário (sob a égide do Código Civil de 1916) ou decenal (na vigência do Código Civil de 2002) – AgInt no AREsp 1.678.611/PR, DJe 23/11/2020. 2) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33) – Súmula 596 do STF (REsp 1.061.530/RS, DJe 10/03/2009 – Tema 24 e AgInt no AREsp 1539213/MS, DJe 24/11/2020). 3) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade (REsp 1.061.530/RS, DJe 10/03/2009 – Tema 25 e AgInt no AREsp 1539213/MS, DJe 24/11/2020). 4) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/2002 (REsp 1.061.530/RS, DJe 10/03/2009 – Tema 26 e AgInt no AREsp 1539213/MS, DJe 24/11/2020). 5) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto (REsp 1.061.530/RS, DJe 10/03/2009 – Tema 27 e AgInt no AREsp 1539213/MS, DJe 24/11/2020). 6) A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada (AgInt no AREsp 1.595.931/RS, DJe 07/12/2020 – Súmula 541 do STJ e Tema 247). 7) É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada (AgInt nos EDcl no AREsp 1551061/MG, DJe 28/09/2020 – Súmula 539 do STJ e Tema 246). 8) Nos contratos bancários, a limitação da taxa de juros remuneratórios só se justifica nos casos em que aferida a exorbitância da taxa em relação a média de mercado (AgInt no AREsp 1643166/SP, DJe 27/11/2020). 9) Nos contratos bancários, a mora do devedor é descaracterizada tão somente quando a índole abusiva decorrer da cobrança dos chamados encargos do “período da normalidade”, juros remuneratórios e capitalização dos juros (AgInt no AREsp 1595931/RS, DJe 07/12/2020). 10) É legal a cobrança da comissão de permanência na fase de inadimplência, desde que não cumulada com correção monetária, juros remuneratórios, multa contratual e juros moratórios – AgInt no AREsp 721.211/SP, DJe 07/12/2020) (Leite, 2020). 4) Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar

Na composição da taxa de juros, como foi analisado no item anterior, congregam-se vários elementos, como o risco de inadimplemento, os custos administrativos do banco, tributos, lucro, recolhimento compulsório do BACEN e outros. Assim, o julgador deve atentar para toda esta composição de custos das instituições financeiras, a fim de averiguar a existência ou não do abuso. Isso só se torna possível a partir da análise do *spread* da instituição financeira em cada operação.

Outro argumento adotado pelo Poder Judiciário tem base na tese reconhecida como abuso do poder econômico, que afirma que a cobrança de juros excessivos caracteriza aumento arbitrário dos lucros, o qual está proibido pelo art. 173, § 4º da Constituição Federal, que assim preleciona:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º.- A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (Brasil, 1988).

A tese visa caracterizar a cobrança de juros excessivos como aumento arbitrário dos lucros por parte da instituição financeira, o que é proibido por lei. Corroborando para a eficácia desse argumento o fato de, em 27 de dezembro de 1990, ter sido editada a Lei Antitruste (Lei 8.137/90) – que define crimes contra a ordem tributária, economia e crimes contra as relações de consumo, contendo

a taxa de juros efetivamente contratada – por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos -, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor (Súmula 530 do STJ e AgInt no REsp 1549044/SC, DJe 01/10/2020) [...] 15) A cobrança da capitalização anual de juros nos contratos bancários depende de previsão contratual expressa (AgInt no REsp 1809429/PR, DJe 29/10/2020). [...] 17) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora (REsp 1.061.530/RS, DJe 10/03/2009 – Tema 28 e AgInt nos EDcl no REsp 1854274/SC, DJe 20/10/2020). 18) A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor (REsp 1.061.530/RS, DJe 10/03/2009 – Tema 29, Súmula 380 e AgInt no AREsp 1694555/MS, DJe 16/11/2020) (Leite, 2021a). 20) O Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública a fim de debater a cobrança de encargos bancários supostamente abusivos, por se tratar de tutela de interesses individuais homogêneos de consumidores/usuários do serviço bancário (art. 81, III, da Lei nº 8.078/1990) – AgInt no AgInt no REsp 1819003/RS, DJe 18/03/2020) [...] 22) A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores (Súmula 286 do STJ e AgInt no AREsp 1467674/PR, DJe 27/08/2020) [...] 26) A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora (REsp 1.823.342/SP, DJe 11/05/2020 e REsp 1639259/SP, DJe 17/12/2018, Tema 972) [...] 28) Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente. Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados (REsp 1.112.879/PR, DJe 19/05/2020, Temas 233 e 234). [...] 30) Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado – Súmula 296 do STJ e AgInt nos EDcl no REsp 1382141/SC, DJe 12/03/2020) (Leite, 2021b).

alguns dispositivos que permitem o enquadramento desses excessos da cobrança de juros no conceito de aumento arbitrário de lucros.

Por fim, destaca-se a edição da lei do superendividamento, Lei 14.871/2021 (Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento). A novel legislação, em seu artigo 54-A, §1º, conceitua superendividamento como “a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação” (Brasil, 2021).

A legislação também estabelece, no artigo 54-B como dever dos fornecedores ou intermediários informar corretamente ao consumidor no momento da oferta o custo, “a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento” (Brasil, 2021). Da mesma forma, deve informar os demais encargos e tudo o que puder influenciar para elevar o preço final do produto ou serviço ofertado, proibindo-se a atuação forma ostensiva, o assédio ou a pressão do consumidor para sua contratação (principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada).

No que tange ao procedimento para solucionar e buscar conciliação no superendividamento, destaca-se a formação do Plano de Pagamento descrito no artigo 104-A:

A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas (Brasil, 2021).¹²

Acaso não tenha tido êxito a conciliação em relação a qualquer um dos credores, impossibilitando ao devedor cumprir o Plano de Pagamento, o devedor poderá solicitar no processo de superendividamento a formação do Plano Judicial Compulsório, onde se reunirão todos os credores do consumidor cujos créditos não tenham sido integrados no Plano anterior. Veja-se:

¹² Art. 104-A [...] § 4º Constarão do plano de pagamento referido no § 3º deste artigo:

I - medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento da dívida;

II - referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso;

III - data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes;

IV - condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.

Art. 104-B [...] § 2º No prazo de 15 (quinze) dias, os credores citados juntarão documentos e as razões da negativa de aceder ao plano voluntário ou de renegociar. § 3º O juiz poderá nomear administrador, desde que isso não onere as partes, o qual, no prazo de até 30 (trinta) dias, após cumpridas as diligências eventualmente necessárias, apresentará plano de pagamento que contemple medidas de temporização ou de atenuação dos encargos. § 4º O plano judicial compulsório assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, e preverá a liquidação total da dívida, após a quitação do plano de pagamento consensual previsto no art. 104-A deste Código, em, no máximo, 5 (cinco) anos, sendo que a primeira parcela será devida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado de sua homologação judicial, e o restante do saldo será devido em parcelas mensais iguais e sucessivas (Brasil, 2021).

São medidas importantes e muito positivas para evitar e solucionar o problema do superendividamento no Brasil, com alterações que alcançam o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, duas classes muito afetadas por esse tipo de problemas. Aos credores será assegurado, ao menos, o valor do principal devido corrigido monetariamente, excluídos os encargos (dentre eles os juros), prevendo a liquidação total das dívidas do devedor em, no máximo, 5 anos.

CONCLUSÃO

A polêmica estabelecida sobre a limitação ou não da taxa de juros reais ou remuneratórios praticada pelas instituições financeiras foi uma das mais ferrenhas entre economistas e, principalmente, pelos operadores do Direito.

Muitos são os fatores que influenciaram essa dissensão. Julga-se que o maior deles seja o de que, na discussão sobre a limitação ou não das taxas de juros, não sejam levados em conta apenas argumentos jurídicos. Na verdade, estes parecem ter menor relevo. Por isso, é preciso estar atento às transformações econômicas mundiais, à política econômica adotada pelo Governo Federal no momento histórico em questão, a inflação, custos operacionais e riscos de inadimplemento.

Resta reconhecer que a base de sustentação do Plano Real e da estabilidade econômica do país reside na política de juros e a taxa Selic, os quais são ditados pelo próprio Governo, que mantém há muitos anos uma taxa de juros extremamente alta, quando comparado ao que é praticado pelos países desenvolvidos.

Há muito tempo existe o enfrentamento de diversas ações no Judiciário entre mutuantes e mutuários, judicializando-se a autonomia privada. E o Judiciário, quando provocado, muitas vezes acabava não se submetendo aos ditames da legislação, visto sua autonomia e independência asseguradas pela própria Constituição Federal. Mas esse enfrentamento acabou por ser apaziguado pela atuação do Supremo Tribunal Federal – órgão de cúpula do Poder Judiciário – o qual na questão dos juros seguiu a política econômica adotada pelo governo e a necessidade de um forte mercado financeiro para o desenvolvimento econômico do país e estabilidade da inflação.

Assim, a partir do momento em que foi julgada a ADI-4/DF pelo STF, em 1991, qualquer outra discussão a respeito da autoaplicabilidade/não-autoaplicabilidade da referida norma constitucional foi superada e infrutífera. Corroborou com este entendimento, em sequência, a expedição da Súmula STF n. 678, convertida na Súmula Vinculante n. 7 e, posteriormente, foi de todo pacificada com a retirada do texto constitucional do polêmico §3º do artigo 192 pela Emenda Constitucional n. 30/2004.

Conclui-se que, atualmente, o que se aplica pelo Poder Judiciário para definir a abusividade ou não das taxas de juros remuneratórios e convencionais dos contratos bancários é o Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, será verificado o que é cobrado em geral no mercado financeiro para o tipo de contrato em questão, a fim de definir se aquela taxa é ou não abusiva e, a partir daí, se caberá ou não ao Poder Judiciário revisá-la a patamares mais adequados.

E, quando o devedor é um consumidor ou pessoa idosa, será possível instaurar o processo de superendividamento perante o Poder Judiciário, a fim de equacionar as suas dívidas e tornar possível o pagamento em até 5 anos, resguardando-se no valor das parcelas o mínimo existencial.

REFERÊNCIAS

BALABAN, M. Reflexões sobre história e historiografia. In: BASTOS, L.; GUIMARÃES, L.; GONÇALVES, M.; GONTIJO, R. (orgs.). *Estudos de historiografia brasileira*. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 2017-2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic)*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sistemaselic>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular n. 3.975/2020*. Institui o recolhimento compulsório sobre recursos de depósitos de poupança em substituição ao encaixe obrigatório sobre recursos de depósitos de poupança. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/especialnor/Circular3975.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2024.

BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. *Decreto-lei nº 22.623, de 7 de abril de 1933*. Dispõe sobre os juros nos contratos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1933. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595compilado.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003*. Altera o inciso V do art. 163 e o art. 192 da Constituição Federal, e o caput do art. 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc40.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14181.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

FRAGA, C. Copom baixa juros da Selic, mas protestos continuam. *Extraclasse*, Porto Alegre, 21 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.extraclasse.org.br/economia/2023/09/copom-baixa-juros-da-selic-mas-protestos-continuum/>. Acesso em: 25 jul. 2024.

GALVES, C. *Manual de Economia Política Atual*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALVES, C. P. A. Questões e Política de Macroeconomia. In: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (Org). *III Programa de Capacitação Docente em Direito e Economia*: material didático. Rio de Janeiro: FGV Direito/Rio, 2023. p. 28-62.

LEITE, R. 30 decisões importantes do STF e do STJ acerca dos contratos bancários – parte 01. *Meu site jurídico*, [s. l.], 26 dez. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/12/26/30-decisoes-importantes-stf-e-stj-acerca-dos-contratos-bancarios-parte-01/>. Acesso em: 25 jul. 2024.

LEITE, R. 30 decisões importantes do STF e do STJ acerca dos contratos bancários – parte 02. *Meu site jurídico*, [s. l.], 14 jan. 2021a. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/01/14/30-decisoes-importantes-stf-e-stj-acerca-dos-contratos-bancarios-parte-02/>. Acesso em: 25 jul. 2024

LEITE, R. 30 decisões importantes do STF e do STJ acerca dos contratos bancários – parte 03. *Meu site jurídico*, [s. l.], 04 mar. 2021b. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/03/04/30-decisoes-importantes-stf-e-stj-acerca-dos-contratos-bancarios-parte-0303/>. Acesso em: 25 jul. 2024.

LIMA JÚNIOR, J. M. Introdução às instituições financeiras e sua regulação. In: PINHEIRO, Armando Castelar *et.al.* (Coords.) *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 253-281.

MARTINS, F. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MORAES, I. A. D. Revisitando o conceito de Desenvolvimento Econômico e a Escola de Pensamento do Desenvolvimentismo na Economia. *Brazilian Journal of Political Economy*, São Paulo, v. 43, n. 1, p. 26–47, jan. 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/bhSCgt3mWh6MGt994WMVFLQ/?lang=pt>. Acesso em: 20 fev. 2025.

MOREIRA, J. C. B. Ações Coletivas na Constituição de 1988. *Boletim Jurídico da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 17, 1991.

PHILLIPSEN, A. Limite dos juros e inconstitucionalidade por omissão. *Revista dos Juizados Especiais do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 24, p. 46-49, 1999.

RAMOS, J. Saulo. A íntegra do parecer sobre o tabelamento dos juros. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 7 out. 1998. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/119419/1988_07%20a%2010%20de%20Outubro_%20%20001.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 20 fev. 2025.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 4. Câmara Cível do Tribunal de Alçada. *Apelação Cível n. 197.170.392*. Relator: Ulderico Ceccato, 27 nov. 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 4. Câmara Cível do Tribunal de Alçada. *Apelação Cível n. 194.002.903*. Relator: Juiz Márcio de Oliveira Puggina, 17 mar. 1994.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 4. Câmara Cível do Tribunal de Alçada. *Apelação Cível n. 197190267*. Relator: Juiz Aymoré Roque Pottes de Mello, 05 mar. 1998b.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8. Câmara Cível do Tribunal de Alçada. *Apelação Cível n. 198.000.168*. Relator: Juiz José Francisco Pelegrini, 6 maio 1998a.

SADDI, J. *O Poder e o Cofre: repensando o Banco Central*. São Paulo: Textonovo, 1997.

SADDI, J. Direito e Economia no Mercado de Crédito. In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO, P. R. P. (Coords.) *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 147-176.

SILVA, P. e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SORIMA NETO, J. No ranking dos maiores juros reais do mundo, Brasil só é superado pela Rússia. *O Globo Economia*. São Paulo, 19 jun. 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2024/06/19/no-ranking-dos-maiores-juros-reais-do-mundo-brasil-so-e-superado-pela-russia.ghtml>. Acesso em: 05 fev. 2025.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (4. Turma). *Recurso Especial n. 200267/RS*. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Renan Paulo Saccol. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 03 out. 2000. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199900013930&dt_p. Acesso em: 25 jul. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4-7/DF*. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sidney Sanches, 07 mar. 1991. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>. Acesso em: 25 jul. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção n. 323/DF*.

Impetrante: Irconso Materiais para Construção LTDA e outro. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves, 08 abr. 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur113447/false>. Acesso em: 25 jul. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula Vinculante n. 7*. A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1205>. Acesso em: 14 nov. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula 596*. As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1977. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2017>. Acesso em: 25 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula 648*. A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de Lei Complementar. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2170>. Acesso em: 25 abr. 2024.

TALAVERA, G. M. *Aspectos jurídicos controversos dos juros e da comissão de permanência*. 2. ed. São Paulo: Pilares, 2014.

TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA

**PROTECTION AND
EFFECTIVENESS
OF CITIZENSHIP
RIGHTS**

O SILENCIAMENTO DAS MULHERES POLICIAIS: O ASSÉDIO SEXUAL NA CASERNA

Carolina Costa Ferreira*
Gessyane Loes de Sá Nogueira**

RESUMO

Este artigo busca investigar o assédio sexual nas Polícias Militares brasileiras. Como método, foi utilizada a pesquisa quanti-qualitativa, com a análise de pedidos formulados via Lei de Acesso à Informação às Ouvidorias das Polícias Militares de todas as Unidades da Federação do Brasil, a fim de identificar as formas de enfrentamento a esse problema estrutural, bem como investigar em que medida a subnotificação dos registros desta prática delitiva afeta a segurança das mulheres policiais militares e, conseqüentemente, a seletividade de atuação da Justiça Militar, refletindo sociologicamente sobre as relações de poder, à luz da teoria de Michael Foucault. Por último, o artigo tem o objetivo de promover a reflexão no sentido de identificar formas de atuação das Polícias Militares no combate e na prevenção do assédio sexual dentro das casernas.

Palavras-chave: assédio sexual; polícia militar; subnotificação; justiça castrense; relações de poder.

Data de submissão: 23/09/2024

Data de aprovação: 25/11/2024

* Doutora em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professora do PPGD em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Professora de Criminologia, Direito Penal e Processual Penal (CEUB).

** Graduanda do curso de Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa IDP e estagiária no Gabinete da Conselheira Renata Gil no Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

THE SILENCING OF POLICEWOMEN: SEXUAL HARASSMENT IN THE BARRACKS

Carolina Costa Ferreira
Gessyane Loes de Sá Nogueira

ABSTRACT

This article seeks to investigate sexual harassment in the Brazilian Military Police. Quantitative and qualitative research was used as a method, analyzing requests made via the Access to Information Law to the Military Police Ombudsman's Offices in all Brazilian states, in order to identify ways of tackling this structural problem, as well as to investigate to what extent the underreporting of records of this criminal practice affects the safety of female military police officers and, consequently, the selective action of the Military Justice system, reflecting sociologically on power relations in the light of Michael Foucault's theory. Finally, the article aims to promote reflection in order to identify ways in which the Military Police can combat and prevent sexual harassment within the barracks.

Keywords: sexual harassment; military police; underreporting; military justice; power relations.

Date of submission: 23/09/2024

Date of approval: 25/11/2024

INTRODUÇÃO

O presente artigo discutirá se e como as Polícias Militares do Brasil enfrentam questões relacionadas ao assédio sexual, e se suas ações seguem a perspectiva de gênero. A pesquisa acadêmica e as forças de segurança pública, até a década de 1980, foram antagônicas², principalmente quando a temática abordada é o ingresso de mulheres nas forças policiais³. O tema, ainda que seja discutido há décadas, necessita de abordagem original e ganha atualidade, tendo em vista o tensionamento judicial promovido por associações, partidos políticos e organizações, perante o Supremo Tribunal Federal, para que a Corte discuta a (in)constitucionalidade de editais que limitam a participação de mulheres em concursos públicos⁴.

Felipe Freitas (2020, p. 27), ao analisar a polícia como agenda de pesquisa no Brasil, identifica que somente a partir de 1987 ocorre uma “proliferação de estudos acerca da questão policial”, pontuando o fator em decorrência da nova ordem constitucional pós-ditadura militar. O autor realizou um levantamento sobre a produção teórica que versasse sobre os estudos policiais entre o período 1987-2017, identificando que os temas discorrem, majoritariamente, sobre: (i) práticas policiais; representações sobre a polícia e identidade profissional; (ii) modelos de policiamento; (iii) os debates sobre desvio policial e (iv) formas de controle da ação policial. Das 373 (trezentas e setenta e três) publicações analisadas por Freitas (2020), apenas 12 (doze) trabalhos versavam a despeito do gênero como categoria de pesquisa (Freitas, 2020, p. 38).

Na presente investigação, utiliza-se a definição de gênero conceituada por Joan Scott (1995, p. 86), segundo a qual “o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos; uma forma primeira de significar as relações de poder”. Nesse sentido, a autora compreende o gênero como categoria de análise, para identificar como este permeia as relações sociais humanas e, assim, possibilita identificar as desigualdades entre homens e mulheres. Esse conceito engloba vários elementos que abarcam o gênero e a sua subjetividade nas relações de poder. Assim, em decorrência da disciplina e

² Miranda (2014, p. 5) aponta que, em 1980, começa o debate sobre o “problema da segurança pública”, tendo como contraponto o discurso autoritário a um discurso reformista, baseado na bandeira da incorporação de princípios internacionais de direitos humanos. A autora pontua que é a partir da contribuição das ciências sociais que a segurança pública se consagra como objeto privilegiado de estudo. Ademais, no campo das mulheres nas forças de segurança, ressalta-se que é nesse período que majoritariamente os Estados legislam sobre o ingresso das mulheres nas PMs, em decorrência dos fatores históricos, sociais e políticos.

³ No mapeamento realizado por Freitas (2020, p. 206), a primeira produção no campo dos estudos policiais data de 1987, obra abordando a arquitetura e/ou modelo organizacional da segurança pública. O primeiro estudo de gênero é em 1996, discorrendo sobre representações sociais sobre a polícia (violência contra as mulheres), no campo de estudo das mulheres como integrantes das forças de segurança pública, é indicado pelo autor, em 2002, com o estudo de Laudicéia Soares de Oliveira (2002).

⁴ Até maio de 2024, o Supremo Tribunal Federal (STF) já havia julgado três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), números 7.480, 7.482 e 7.491, que versavam sobre cláusula de reserva de vagas para mulheres em concursos públicos para órgãos de segurança de Ceará (CE), Roraima (RR) e Sergipe (SE). Nas três ações, o Tribunal “seguiu o entendimento firmado em casos anteriores de que os estados devem observar os princípios constitucionais da igualdade entre homens e mulheres para o ingresso em órgãos como Polícia Militar e Corpo de Bombeiros” (Brasil, 2024).

hierarquia posta nas Polícias Militares, escolheu-se essa definição para subsidiar a análise da pesquisa. Também se adotará a perspectiva de gênero para a análise da atuação das Polícias Militares na prevenção e no enfrentamento ao assédio sexual nas casernas, como entendem Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Carmen Hein de Campos (2018, p. 281):

[...] tomamos a expressão “perspectiva de gênero” como o enfoque a ser adotado pelos atores jurídicos, que analise e leve em consideração o impacto da aplicação de acordo com o gênero [...] e como isso deve ser contrabalançado com vistas à concretização da igualdade material de gênero no momento da aplicação da lei.

No campo das forças de segurança pública à luz do gênero, há produção acadêmica mais específica, a qual será importante para subsidiar a parte teórica deste artigo; destacam-se os trabalhos de Ribeiro (2018), Musumeci e Soares (2004; 2005), Calazans (2003), Schactae (2011), Capelle e Melo (2010) e Moreira e Wolff (2009), autoras utilizadas para subsidiar a investigação a fim de perceber as dimensões do gênero nas instituições militares, tendo como marcador o assédio sexual.

Abordar o assédio sexual nas forças de segurança pública é extremamente importante para as instituições que a compõem. De acordo com amostragem realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e a Fundação Getúlio Vargas (FGV) com 13.055 respondentes, sendo 80,83% homens e 18,83% mulheres (2015, p. 4-5)¹, 39,2% das mulheres apontaram que já experimentaram algum tipo de assédio, moral ou sexual (físico), dentro de sua instituição de trabalho, sentindo-se desrespeitadas ou coagidas a dar consentimento em relação a alguma temática sexual. Desse percentual, 25,5% das mulheres respondentes relataram que sofreram assédio sexual; em contraponto, 4,4% dos homens respondentes apontaram as mesmas condições. Ao serem questionados sobre comentários inapropriados ou sexuais no ambiente de trabalho, 62,9% das mulheres indicaram que já os sofreram. No âmbito da prática do assédio, a pesquisa indica que 74,1% das mulheres afirmam que o responsável foi um superior hierárquico (FBSP; FGV, 2015, p. 110). Na análise dos registros, foi apontado que 11,8% das mulheres registraram alguma ocorrência, ao passo de que 47,8% das mulheres afirmaram não haver mecanismo formal para registro de violência de gênero em suas corporações e 34,7% das mulheres indicaram que não sabem se existe algum mecanismo formal para registro de violência de gênero (FBSP; FGV, 2015, p. 44).

Mariana Aquino e Rodrigo Foureaux (2020, p. 44) elaboraram pesquisa apontando que 74% das respondentes, de todas as instituições analisadas (Polícias Militares, Polícias Cíveis, Polícias Penais, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Corpo de Bombeiros Militar, Guarda Municipal Militar e Forças Armadas), já sofreram

¹Amostragem com 13.055 respondentes. Sendo 80,83% homens e 18,83% mulheres, englobando a Polícia Militar; Polícia Civil; Polícia Rodoviária Federal; Polícia Federal; Corpo de Bombeiros; Polícia Científica/Perícia e Guarda Municipal. Sendo que a Polícia Militar corresponde a 44% das respostas, desse total 12,3% das mulheres responderam, ademais pontua-se que o percentual decorre das limitações de ingresso das mulheres na corporação (FBSP; FGV, 2015, p. 4-5).

assédio sexual. No campo da Polícia Militar, 77,2% sofreram o assédio sexual e 90% indicaram ter sido cometido por superior hierárquico.

No campo das denúncias, em análise com todas as instituições, a pesquisa aponta que 83% não denunciaram o assédio e 13,3% justificaram essa decisão por achar que “não ia dar em nada”, 12,7% por medo de sofrer represálias e 12,5% por medo da exposição (FBSP; FGV, 2015, p. 74). Das respondentes que denunciaram, 36,9% apontaram que não houve nenhuma consequência, pois a administração não tomou nenhuma providência contra o assediador. Do universo de respondentes que sofreram o assédio sexual e denunciaram, 49% sofreram represália e, ao mesmo tempo, 88% indicaram que não possuem sensação de proteção ao denunciar o assédio sexual (FBSP; FGV, 2015, p. 50 e 100).

Em razão dos dados apresentados, fica clara a urgência temática em questão, de tal forma a justificar a presente pesquisa. Nota-se que a intenção da presente pesquisa não se dá no sentido de depreciar a instituição da Polícia Militar, mas sim, em dar luz a essa violência que ocorre na caserna, com o objetivo de manifestar possíveis mecanismos de prevenção e enfrentamento ao assédio sexual na corporação militar e, nesse sentido, corroborar para o fortalecimento desta própria instituição, que deve valorizar e defender os princípios constitucionais da promoção da igualdade de gênero, da igualdade e da formação de uma sociedade livre, justa e solidária.

O artigo está dividido em três seções de desenvolvimento. Na primeira, discorre-se brevemente sobre o ingresso das mulheres nas polícias militares, apontando a vivência do feminino na caserna e a sua integração na instituição, tendo como marcadores a disciplina e hierarquia. Na segunda seção, discute-se o assédio à luz das relações de poder, discutindo autores como Michel Foucault (1979), Joan Scott (2019) e Rita Segato (2022). Em conjunto, apontou-se o crime de assédio sexual no Código Penal e no Código Penal Militar, para a discussão das possíveis responsabilizações no Direito brasileiro. Por fim, na terceira seção, são apresentados os resultados sobre políticas de prevenção e enfrentamento ao assédio sexual nas Polícias Militares, conforme os dados apurados na pesquisa empírica.

Como método de pesquisa, utilizou-se de revisão bibliográfica para compreender o contexto histórico, social e político do ingresso das mulheres nas Polícias Militares no Brasil, como o assédio sexual permeia nas relações de gênero e de poder e como a legislação brasileira disciplina a temática no ordenamento jurídico; por último, no campo da revisão bibliográfica, investigou-se como o assédio sexual ocorre nas instituições militares. A metodologia de pesquisa utilizada fora inicialmente da tentativa de investigar casos judicializados do assédio sexual na caserna; no entanto, durante o decorrer da pesquisa, identificou-se o fenômeno da recorrência da subnotificação dos casos de assédio sexual – muito presente em todos os casos de violência de gênero (Ferreira; Moraes, 2019; Barufaldi et al, 2017). Ademais, identificou-se a barreira de acesso aos processos judiciais, quanto a processos disciplinares administrativos em trâmite, em razão do sigilo, uma vez que envolvem violência sexual.

Nesse sentido, no decorrer da pesquisa foi realizada a escolha de analisar como as Polícias Militares previnem e enfrentam o assédio sexual na corporação. Assim, por meio da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), foram enviadas

solicitações às Corregedorias das Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal questionando sobre (i) a formulação de política de prevenção e enfrentamento do assédio sexual; (ii) a existência de comissões de prevenção e enfrentamento ao assédio sexual na corporação; (iii) quais os canais de denúncia disponíveis a pessoas que sofram assédio sexual; (iv) quais atividades envolvendo o tema foram desenvolvidas no ano de 2021 até julho de 2023; e (v) como está o processo de implementação do Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e à violência sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal, previsto na Lei nº. 14.540/2023 (Brasil, 2023).

Assim, o presente artigo associa estratégias quantitativas e qualitativas para contribuir com a discussão a respeito da promoção da igualdade de gênero nas forças militares.

1 O INGRESSO DAS MULHERES NAS POLÍCIAS MILITARES BRASILEIRAS

Apesar de o presente estudo abordar o assédio sexual nas polícias militares, é necessário abordar e compreender os processos histórico, político e social de ingresso das mulheres na presente corporação, abordando suas experiências e vivências na caserna, apesar do número limitado e restritivo do efetivo feminino nas Polícias Militares do Brasil. De acordo com Ribeiro (2018, p. 13-14), o processo de inserção das mulheres nas instituições policiais não é investigado, tampouco como as relações de gênero que permeiam essas corporações. As atividades relacionadas à aplicação da lei sempre foram destinadas ao “masculino”, uma vez que estas funções de proteção, vigilância e repressão demandariam características como força física (Ribeiro, 2018, p. 8). À vista disso, sendo o principal fundamento utilizado para legitimar a exclusão do “feminino” destes campos sociais², no caso em análise, como legitimação para a exclusão das mulheres nas Polícias Militares em alguns Estados até meados de 1980.

O Estado de São Paulo foi pioneiro em relação ao tema: o Decreto Estadual nº 24.548, em 1955, criou o 1º Corpo de Policiamento Feminino na Guarda Civil, sendo institucionalizado no Governo de Jânio Quadros (São Paulo, 1955). Em seu discurso, apontou “já estar reconhecida e proclamada, em definitivo, em nossos dias, a capacidade jurídica e intelectual da mulher de lutar, ao lado do homem, nos mais variados setores da atividade humana”, assim transmitindo para a sociedade que o Estado de São Paulo estava preocupado com a igualdade de gênero (São Paulo, 1955).

² Segundo Hermano Roberto Thiry-Cheques, para Pierre Bourdieu, o campo social é formado por diversos agentes que se relacionam mediante diferentes hierarquias de poder, sendo este estruturado de posições sociais que são definidas pelos próprios indivíduos que precisam ocupá-las para agirem socialmente. Nesse sentido, “no interior do campo dá-se uma dinâmica de concorrência e dominação, derivada das estratégias de conservação ou subversão das estruturas sociais. Em todo campo a distribuição de capital é desigual, o que implica que os campos vivam em permanente conflito, com os indivíduos e grupos dominantes procurando defender seus privilégios em face do inconformismo dos demais indivíduos e grupos” (Thiry-Cheques, 1996, p. 31).

Porém, ao mesmo tempo, o ato político revela como o ingresso das mulheres no presente campo social foi realizado de maneira deturpada, pois não havia uma preocupação legítima sobre os direitos das mulheres e igualdade de gênero:

[...] há funções que devem ser exercidas com exclusividade ou primazia pelo homem e outras de que compartilham, indiferentemente, ambos os sexos, é forçoso admitir a existência de diversas atividades melhor desempenhadas pela mulher;

Considerando que, no vasto, complexo e multifário campo idas atividades policiais há setores que pela sua natureza, reclamam tratamento preventivo e repressivo • especial, em que *a atuação da mulher, pela sua formação psicológica peculiar, se mostra particularmente eficaz e vantajosa*³ [...] (São Paulo, 1955, p. 1, grifos nossos).

Conforme Pivetta (2019, p. 26-27), as mulheres, ao ingressarem na corporação, não participaram de todas as missões e responsabilidades que eram dadas aos homens, pois tinham uma atuação restrita aos trabalhos de proteção e assistência com mulheres, crianças e idosos. Enquanto isso, a atividade-fim - o policiamento ostensivo, só poderia ser operacionalizado por homens. Para se candidatarem, as mulheres precisavam preencher todos os requisitos para admissão, conforme previsto no artigo 3º do Decreto nº 25.548 de 1955:

São requisitos para a admissão no Corpo de Policiamento Especial Feminino:

I — ser brasileira;

II — ser solteira, ou viúva *sem encargo de família*⁴ (São Paulo, 1955, grifo nosso).

A mesma orientação foi dada à primeira turma de mulheres policiais na Polícia Militar do Rio de Janeiro, em 1982. De acordo com Patrícia Constantino e Maicon da Silva Moreira, a capacitação foi liderada por policiais do sexo masculino, o que impactou de maneira negativa em decorrência da cobrança imposta:

Eles eram horríveis com a gente, dizendo que não podia engravidar, porque se engravidássemos o que acontecia era que a gente era excluída do curso sem direito a nada. Não podia ficar grávida e todo mês tinha que fazer exame de urina durante o curso para dar a certeza que estava legal. *Na época, com 22 anos, eu era virgem e não tinha me casado, eu fazia xixi para todo mundo* (Constantino; Moreira, 2018, p. 8, grifos nossos).

³ Para Moreira e Wolff (2019, p. 59), com o presente discurso tentou-se construir/reconstruir uma imagem de polícia mais preventiva e menos repressiva.

⁴ Ressalta o presente requisito, pois ao mesmo tempo em que a narrativa dada as policiais femininas a serem destinadas para as atividades de cuidado devido as suas “características inerentes ao feminino”, as mesmas não poderiam tem constituído família para ingressarem na corporação.

Ressalta-se, conforme já discorrido, que o Estado de São Paulo foi pioneiro em fomentar a inserção das mulheres no campo tradicionalmente pertencente ao masculino; porém, criaram um Quadro Próprio para PM-Fem., e a unificação dos quadros só ocorreu em 2011, com o Projeto de Lei Complementar nº 34/2011. Essa integração dos quadros femininos e masculinos foi fundamental para a promoção das policiais femininas⁵.

Ressalta-se que o Brasil viveu, de 1964 até 1985, sob sucessivos comandos de governos militares, sendo que as Forças Armadas, as Polícias Militares e Cíveis dos estados participaram na atividade político-repressivas. Moreira e Wolff (2009, p. 57) afirmam que a participação das mulheres nesse contexto do aparato repressor é um tabu na historiografia sobre o período ditatorial.

Nesse sentido, o presente capítulo buscou compreender o ingresso das mulheres na polícia militar no regime ditatorial, abordando a influência do contexto político nos direitos das mulheres policiais militares. Sendo separado em dois momentos: a) a desvirtuação na consagração dos direitos das mulheres dentro do contexto político e b) a preocupação em humanizar as polícias militares no processo de redemocratização do país.

O reforço de gênero na construção da imagem da policial militar faz parte das práticas repressivas duplamente: ao se contrapor/sobrepor e impor às mulheres policiais a contenção de si, com base num ideal de feminino, e principalmente pela utilização dessa imagem pelas corporações policiais na construção de uma auto-imagem humanitária no contexto ditatorial (Moreira; Wolff, 2009, p. 65).

O regime autoritário no Brasil foi intensificado no final dos anos 1960 e início da década de 1970. Na presente perspectiva histórica é necessário evidenciar que a ideia de segurança pública se remete ao ideal de que a segurança deve ser propiciada pelo Estado ao cidadão em seu dia a dia. Enquanto a ordem interna significa a atividade de defesa contra as ameaças à democracia e soberania nacional estando ligada à defesa do Estado. No entanto, na ditadura militar essas duas concepções começam a se fundir com a ideia de "segurança nacional", que foi instrumentalizada para intimidação e repressão política, e neste momento, a Polícia Militar incorpora estes preceitos, principalmente o da hierarquia e disciplina (D' Araújo, 2010, p. 55).

Apesar do Brasil, no primeiro momento estar na conjuntura do regime ditatorial, havia uma preocupação em estar vinculado com as influências internacionais dos demais países continentais, considerados nações desenvolvidas. No panorama internacional o debate estava intenso em consagrar e efetivar os direitos humanos e, principalmente voltado para a temática dos direitos das mulheres em decorrência dos movimentos feministas, inclusive no campo do ingresso das mulheres nas forças de segurança.

⁵ O ingresso das mulheres nos demais Estados ocorreu majoritariamente com a criação de quadros únicos, as PM-FEM; no entanto, a partir dos anos 2000, esses quadros foram unificados. Com exceção de São Paulo, que foi um dos últimos a realizar a integração, apenas em 2011 (Musumeci; Soares, 2004, p. 203).

Para Queiroz e Kemper (2022, p.3), a partir do século XX ocorre um processo de transformação do ingresso do feminino na caserna no âmbito internacional, classificam devido a “crise de recrutamento vivenciada pelos principais exércitos; a supressão da conscrição obrigatória em alguns países e a remuneração dos soldados abaixo dos salários oferecidos pela iniciativa privada e pelos demais órgãos públicos de natureza civil”.

Nesse sentido, a conjuntura histórica e política durante o regime ditatorial do Brasil incentivou a anuência da presença feminina no presente campo como forma demonstrar a modernização da segurança pública. E, para se manterem no poder, discorriam sobre a atuação do Brasil na ampliação dos direitos das mulheres, ao mesmo tempo que demarcavam as diferenças entre os gêneros. Ademais, instrumentalizaram o seu ingresso, uma vez que “as mulheres aparecem rerepresentadas como os “anjos anônimos, feitos de ternura” que ao lado da figura de apelo infantil (...) prometiam conciliar as dimensões assistenciais e violentas do Estado” (Souza, 2020, p. 4).

A maior presença das mulheres nesse campo visava, assim, entre outros objetivos, suavizar os contornos autoritários dos órgãos de segurança ao fazer uso de estratégias focadas no uso social da imagem da mulher em campanhas midiáticas e na presença obrigatória em solenidades públicas, nas quais se reforçavam dimensões consideradas inerentes à natureza feminina, como “cuidado”, “delicadeza”, “sensibilidade”, “bondade” (Souza, 2020, p. 26).

É possível verificar, tanto na produção acadêmica quanto no Decreto nº 25.548 de 1955 de São Paulo, o jogo político realizado na presente temática. Conforme exposto no presente documento, houve uma tentativa de perpassar para a sociedade e para os demais países considerados desenvolvidos que estavam consagrando e efetivando direitos tidos como fundamentais, ao passo em que o seu ingresso na caserna se funda em critérios que não retirassem o padrão heteronormativo, sendo representadas como “moças honradas”.

Era a primeira turma, então era uma questão política do governo. Era tudo novo, então tínhamos que ser selecionadas da melhor forma. (...) não tinha nenhum acesso a homens, só os oficiais que faziam as nossas instruções e o coronel que iam fazer as palestras, as aulas, tudo eram oficiais e alguns sargentos auxiliares/monitores. A gente não tinha colega homem, não existia a possibilidade, não podia ter relacionamento nenhum” (Constantino; Moreira, 2018, p. 9).

De acordo com Marcos Santana de Souza (2020, p. 30-32), o processo de ingresso foi pautado em critérios de conduta moral. O discurso institucional estabelecido foi que o trabalho feminino na corporação não iria comprometer a feminilidade e admiração dos homens, afinal os espaços estavam devidamente separados, marcando assim ao mesmo tempo um ideal heteronormativo e de hierarquia dos gêneros ao humanizar a polícia.

as policiais viram-se guiadas pelo duplo objetivo de “modernizar” a imagem da polícia militar, ajustando-a a experiências de outras polícias no mundo, sem, contudo, alterar uma cultura fundada em valores masculinos tradicionais menos ligados ao sentido de proteção aos cidadãos e claramente mais orientados às demonstrações de virilidade e ao emprego da violência (Souza, 2020, p. 32).

Posteriormente, com a decadência do período ditatorial, é possível identificar uma segunda perspectiva histórica, política e social do ingresso das mulheres nas Polícias Militares. Pois, a partir da década de 1980, começa o processo de humanização das polícias de maneira sistemática⁶, “os demais Estados incorporam mulheres em seus quadros a partir de 1982, após a derrota fragosa da direita nas eleições estaduais marcando o início do período de redemocratização” (Moreira; Wolff, 2009, p. 2).

Esse ingresso nos demais Estados foi realizado de maneira semelhante ao de São Paulo, pois, primeiramente, foram criadas as “Companhias de Polícia Feminina ou Pelotões de Polícia Militar Feminina”, assim demarcando o espaço e o papel das mulheres. Para Moraes (2017), a criação de um quadro feminino com uma designação diferenciada “PM-FEM”, com condições de promoção desiguais, marcavam os limites formalmente instituídos pelas corporações a ascensão das mulheres que se dispusessem a ingressar.

Nesse mesmo sentido, apontam Constantino e Moreira (2018), ao realizarem pesquisa com o método qualitativo de Histórias de Vida Temáticas de três ex-policiais militares da primeira turma da PMERJ em 1980. Os autores discorrerem que o ingresso das mulheres na polícia não foi com o objetivo de alterar a cultura masculinizada da instituição, pois, apesar da vivência do feminino na caserna, ainda permaneceu o padrão hierarquizado e disciplinar. Ademais, concluem que as mulheres policiais militares que ingressaram na corporação da década de 1980 sofreram assédio sexual e moral ao longo de suas experiências na academia militar e na prática profissional (Constantino; Moreira, 2018, p. 54).

É apontado na pesquisa que a movimentação política se deu pelo período histórico, político e social do Brasil, uma vez que a estrutura da polícia militar estava em crise e, assim, utilizaram a entrada das PMFEM como forma de maquiagem a imagem da caserna.

Eu como trabalhava na Zona Sul era uma coisa assim de tirar foto com os gringos que queriam tirar fotos “Nossa, é uma mulher militar!” Era uma coisa mais social, fazíamos um trabalho mais social (Constantino; Moraes, 2018, p. 60).

No período de redemocratização e com a promulgação da Constituição de 1988, ocorre o ingresso das mulheres em todas as polícias militares do país (ainda que de forma restrita e com atividades específicas), já que o objetivo era de

⁶ Alguns Estados realizaram o ingresso das mulheres na presente corporação, após a Constituição de 1988, sendo Roraima o último: as mulheres ingressam apenas no ano de 2000. A primeira turma feminina da corporação tinha 40 (quarenta) policiais militares femininas (Roraima, 2024).

afastar completamente os resquícios do período ditatorial. As “polícias passam a ampliar a presença feminina em suas estruturas, a fim de transformar sua imagem social sem alterar a ordem interna” (Souza, 2020, p. 33).

Assim, os entes federativos começam a legislar sobre a participação feminina nas polícias, porém com papéis e espaços devidamente limitados e restritos e, principalmente, com o estabelecimento de cotas máximas restritivas para o seu ingresso. Para Ribeiro (2018, p. 11), a presente limitação quantitativa foi fundamentada no discurso que haveria uma diferença biológica entre homens e mulheres e assim, as atividades desempenhadas pelas mulheres eram distintas das atividades destinadas ao masculino, uma vez que eram destinados para a atividade-fim da polícia - o policiamento ostensivo. De acordo com a pesquisa realizada por Pivetta (2019, p. 68), em 2015, apenas as polícias militares do Amapá, Pernambuco, Alagoas, São Paulo, Espírito Santo e Rio Grande do Sul não limitavam o ingresso de mulheres em suas corporações por legislações e/ou editais. Conforme o estudo da autora, os demais Estados possuem discriminação em relação ao gênero, restringindo as mulheres em porcentagem do total de vagas dos concursos, sendo os Estados do Ceará e do Rio de Janeiro com os menores índices 5%, os demais variam entre 5,5% a 20%.

Portanto, é possível concluir que a iniciativa de admitir mulheres nas polícias militares brasileiras foi realizada por motivações internas às próprias PMs e/ou aos governos estaduais em decorrência da transformação na organização militar, devido a entrada das mulheres no mercado de trabalho de maneira sistemática e por pressão democrática. O que impactou significativamente a realidade atual das mulheres policiais militares, pois a atual restrição nas legislações e/ou editais reflete que não houve uma consciência sobre as questões de gênero para que as estruturas militares fossem alteradas.

2 ASSÉDIO SEXUAL

Conforme indicado na seção anterior, um dos marcadores do ingresso das mulheres nas Polícias Militares pode ser observado por meio das análises do contexto político, social e histórico. Nesse sentido, apesar de ser apontada a separação do policial masculino com a PMFEM, o assédio sexual esteve presente neste cenário:

Apesar da separação dos policiais militares e das PMFEM, ocorreu o assédio sexual contra as três ex-policiais militares, “era um serviço de 24h no carnaval, por exemplo, eu era oficial de dia e me questionei: “Onde é que eu vou dormir?” Teve um oficial que falou assim: “Ah, você vai dormir junto comigo no meu quarto”. Eu falei: “Não”. Ele falou: “Você é oficial como eu, qual o problema?” Eu falei: “Não, nenhum problema, eu sou oficial como você, mas eu sou mulher. Sinto muito, mas eu não vou dormir com você” (Constantino; Moraes, 2018, p. 14).

Nas instituições de segurança pública, 74% das mulheres já apontaram que sofreram assédio sexual. No campo da Polícia Militar, 77,2% sofreram o assédio

sexual e 90% indicaram ter sido cometido por superior hierárquico (Aquino; Foureaux, 2020, p. 190).

Ao analisar o assédio sexual e as demais violências de cunho sexual, tanto homens como mulheres podem figurar como autores e vítimas; no entanto, as mulheres são as principais vítimas (Moraes, 2017), assim, os aspectos da violência de gênero tornam-se mais evidentes. Nesse sentido, para a presente análise, entende-se o assédio sexual como “toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual” (Pamplona Filho, 2001, p. 39). A escolha decorreu pelo fenômeno se constituir como uma violação do princípio de livre disposição do próprio corpo. Ademais, ressalta-se que um único ato é capaz de caracterizar o assédio sexual; assim, não há necessidade de que a conduta seja prolongada, pois não é razoável submeter a vítima a reiterados atos de violência para só assim considerá-los ilegais. Do mesmo modo o silenciamento da vítima não pode ser entendido como aceitação da conduta ou descaracterização do assédio (Leiria, 2019).

Para Moraes (2017, p. 28), as organizações militares estruturam as suas relações com base nos princípios da hierarquia e disciplina, fatores estes que tornam o ambiente organizacional favorável às práticas de assédio, pois a assimetria de poder é um elemento definidor nas situações de assédio. Para Foucault (1979, p.183), o poder deve ser analisado em cadeia:

[...] não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras, mas ter bem presente que o poder – desde que não seja considerado de muito longe – não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e lhe são submetidos. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui e ali, nunca está em mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede.

A análise do assédio sexual nas polícias militares deve ser compreendida e investigada sobre o prisma da hierarquia; no entanto, há uma peculiaridade quando o feminino permeia na instituição, pois, de acordo com Souza (2020), apesar do seu ingresso, a instituição permaneceu com o seu ideal heteronormativo e de hierarquia de gêneros.

Na pesquisa de Mariana Aquino e Rodrigo Foureaux (2020, p. 50), apontou-se que a dimensão hierárquica é bastante evidente, tendo em vista que 62% das respondentes são ou eram soldados quando sofreram assédio. Logo, em seguida foi apontado 7% para Tenente e 11% para Cabo e 6 respondentes apontaram terem sofrido assédio enquanto Coronel e 10 enquanto Major.

Nesse sentido, os autores pontuam que, mesmo em “posições hierárquicas mais elevadas, não estão imunes à violência sexual” (Aquino; Foureaux, 2020, p. 50). Ademais, de acordo com a pesquisa da FGV (2015, p. 66) as mulheres

representam 12,2% na Polícia Militar, sendo que 51,2% são soldadas e quando se verifica a ascensão na carreira o número é ínfimo, sendo para Major (1,4%), Tenente-Coronel (0,4%) e nenhuma mulher coronel ao longo da pesquisa. Logo, nota-se que na pesquisa de 2020, ascendeu o número de mulheres como Coronel e Major em comparação com a pesquisa de 2015, sendo possível considerar que as mesmas que subiram na carreira sofreram o assédio na corporação⁷.

A relação de poder vislumbrada na corporação militar decorre da hierarquia, mas, também, pelo fator do gênero na corporação. A restrição das mulheres às Polícias Militares, por meio das legislações e/ou editais, e a sua destinação a determinadas atividades-meio da corporação reafirmam e reproduzem dentro da corporação a disparidade de gênero que existe dentro e fora dos muros policiais. Ribeiro (2018, p. 8) afirma que “reservar à mulher determinadas tarefas é naturalizar as desigualdades de gênero”.

Logo, o assédio sexual perpetua de forma exponencial na relação de poder com perspectiva do gênero. Moraes (2017, p. 28) entende que “no assédio assim como na maioria dos crimes sexuais, o que está em jogo é o poder e a subjugação do outro”. Nesse campo, aborda-se o julgado n. 0000913-63.2020.8.16.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o caso versa sobre diversos assédios sexuais cometidos pelo oficial médico da Polícia Militar estadual. Na decisão foi apontado:

Dezenas de mulheres foram ouvidas tanto no inquérito policial militar como pelo Conselho, narrando, harmonicamente os assédios sexuais cometidos pelo justificante médico, cujos testemunhos, num apertado resumo, constam, p. e., que usava termos como ‘amada’ e ‘gostosa’ durante as consultas, mandava tirar a roupa sem necessidade, passava as mãos no corpo das pacientes de forma nitidamente lasciva, principalmente ao auscultar-lhes o coração ou aferindo pressão, quando então pressionava sua genitália ereta contra as ofendidas, além de beijá-las e abraçá-las de forma muito próxima, com intimidade que em momento algum lhe foi dada, sempre dizendo que ficavam melhor sem o fardamento ou fazendo perguntas de cunho sexual que as deixava extremamente constrangidas (Paraná, 2020, p. 4).

Nota-se que o assediador, no presente caso, não exercia nitidamente a hierarquia disciplinar da corporação para o cometimento do assédio sexual, mas a prevalência da subjugação do feminino. De tal modo, “o assédio sexual refere-se a uma situação de desigualdade de poder entre a vítima e assediador, no qual

⁷ A dificuldade de ascensão das policiais militares femininas decorre do processo histórico de ingresso na corporação. Pois, ao ingressarem no ambiente laboral militar, que era predominantemente masculino, foram destinadas para quadros específicos nas PMS em decorrência ao seu gênero, as Companhias de Polícia Feminina, essa separação impactou diretamente na condição de crescimento profissional. Pois as policiais militares femininas tinham ascensão hierárquica limitada ao posto de Capital, enquanto o último posto era o de Coronel. Assim, na estrutura militar elas não passariam de “Oficial Intermediário”. Somente com a Constituição de 1988 que são unificados os quadros masculinos e femininos (Moraes, 2017, p. 17).

a simples negativa à investida sexual não é suficiente para cessar a violência” (Moraes, 2017, p.13).

Aquino e Foureaux (2020, p. 65-66), ao mapear as formas de assédio sexual por categorias em sua pesquisa com mulheres das forças de segurança, identificaram respectivamente a incidência da violência em: propostas indecentes, insinuações e cantadas; contatos físicos forçados; menção ao corpo da mulher; utilização de termos com conotação sexual; ameaças; coisificação da mulher; menção ao corpo do homem; estupro⁸. Nesse sentido, nesta seção buscou-se evidenciar que, no campo da caserna, o assédio sexual ocorre pela assimetria de poder, sendo reverberada em duas dimensões: em decorrência da posição hierárquica, como também das relações de gênero vivenciada pelas mulheres na corporação. Sendo possível notar que esse último aspecto advém de fatores estruturais da instituição, como a restrição de ingresso em editais e/ou legislações e a destinação para as atividades-meio, pois são medidas que reproduzem dentro da corporação a disparidade de gênero.

Por último, nota-se com as pesquisas apontadas que o assédio sexual ocorre na instituição, sendo necessário identificar como o ordenamento jurídico disciplina a matéria, principalmente no campo da justiça militar, o qual será abordado no próximo capítulo.

2.1 Legislação sobre o assédio sexual

Para o Direito Penal, o assédio sexual está previsto no rol dos crimes contra a dignidade sexual, assim se referindo a condutas que violam a liberdade sexual. Está disposto no artigo 216-A do Código Penal⁹, tipificado como crime pela Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, e impõe requisitos para a sua realização: i) é necessário constranger alguém; ii) intenção de obter vantagem ou favorecimento sexual; iii) possuir relação hierárquica ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função¹⁰, sendo estes requisitos cumulativos (Cotta, 2022, p. 483).

Uma das primeiras vozes a pedir a criminalização do assédio sexual foi Catherine Mackinnon (1979); a autora feminista indica, em suas primeiras ideias, que a base do assédio sexual é a relação de poder desigual que acontece entre os gêneros masculino e feminino, e que tais práticas sexuais seriam uma forma de concretização dessa desigualdade no poder. Essa ideia de poder em relação ao gênero é fundamental para que se compreenda o que significa a hierarquia em cada caso. Antes desse movimento, é importante destacar o pensamento de

⁸ Na pesquisa, os autores discorrem sobre os relatos de policiais para cada classificação.

⁹ Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos” (Brasil, 2001).

¹⁰ A relação hierárquica não corresponde apenas na ascendência do cargo, mas pela relação de poder. Como exemplo pode ser citada a relação aluno(a)-professor(a), em entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nas palavras do Ministro Rogério Schietti: “Revela-se patente a aludida ‘ascendência’, em virtude da ‘função’ – outro elemento normativo do tipo –, dada a atribuição que tem a cátedra de interferir diretamente no desempenho acadêmico do discente, situação que gera no estudante o receio da reprovação” (Brasil, 2019, p. 16).

Simone de Beauvoir (1970, p. 15), que indicava a figura da mulher como o “Outro”, não-homem, que desafia as estruturas sociais quando descumprir as ideias de poder e submissão, em uma dualidade que desafia a suposta paz entre os sexos.

No campo penal, menciona-se o posicionamento de Masson (2024) sobre o assédio sexual no contexto de relações laborais. O autor defende que o delito de assédio sexual está intrinsecamente ligado à existência de uma posição de hierarquia ou ascendência entre o agressor e a vítima. Ou seja, se o assédio ocorre fora do ambiente de trabalho ou entre indivíduos que ocupam o mesmo nível hierárquico ou uma posição inferior, o delito, segundo essa interpretação, não se configura de maneira clara.

se o assédio ocorrer fora do ambiente de trabalho, desvinculado da posição de hierarquia ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função [...] não há falar no delito de assédio sexual quando o responsável pelo constrangimento à vítima estiver na mesma posição desta, ou então em posição inferior na relação de trabalho (Masson, 2024, p. 47).

No entanto, quando se trata das polícias militares, essa análise torna-se especialmente complexa, uma vez que, no contexto militar, deve ser conferida a análise das dinâmicas informais de poder e controle que caracterizam o ambiente. As relações de poder, nas Polícias Militares, transcendem a hierarquia formal, incorporando dinâmicas informais que podem intimidar as vítimas a ponto de silenciá-las. Nesse contexto, fica claro que é essencial entender o assédio sexual sob uma perspectiva de gênero. Diniz (2015, p. 4) destaca que a legislação brasileira, ao considerar o assédio sexual apenas como uma relação de poder entre superiores e subordinados, acaba desconsiderando as dinâmicas de poder que também existem entre colegas de mesmo nível hierárquico, especialmente quando essas relações são marcadas por desigualdades de gênero.

É importante destacar que na seara trabalhista inexistente uma disposição específica do tema na legislação (Lopes; Araújo, 2020, p. 159). É possível encontrar fundamentos para o combate ao assédio nas convenções da OIT, como a Convenção nº 190, que trata especificamente sobre violência de gênero e assédio; no entanto, a Convenção ainda não foi ratificada pelo Brasil.

No âmbito da Administração Pública, a Controladoria Geral da União (2023, p. 15) abordou as duas perspectivas do assédio sexual, definindo em assédio sexual vertical e assédio sexual horizontal. Ambas podendo ser enquadradas em responsabilização administrativa, pois, de acordo com o artigo 117, IX da Lei nº 8.112/1990, é proibido ao servidor público “valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”, sendo esta conduta falta grave, podendo ensejar a aplicação da penalidade de demissão (Brasil, 1990). Também é importante mencionar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já discutiu – e reconheceu – a possibilidade de tipificação do assédio sexual no âmbito da relação professor-aluna:

RECURSO ESPECIAL. ASSÉDIO SEXUAL. ART. 216-A, § 2º, DO CP. SÚMULA N. 7 DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. HARMONIA COM DEMAIS PROVAS. RELAÇÃO PROFESSOR-

ALUNO. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. [...] 2. O depoimento de vítima de crime sexual não se caracteriza como frágil, para comprovação do fato típico, porquanto, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, a palavra da ofendida, nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos. 3. Insere-se no tipo penal de assédio sexual a conduta de professor que, em ambiente de sala de aula, aproxima-se de aluna e, com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, toca partes de seu corpo (barriga e seios), por ser propósito do legislador penal punir aquele que se prevalece de sua autoridade moral e intelectual - dado que o docente naturalmente suscita reverência e vulnerabilidade e, não raro, alcança autoridade paternal - para auferir a vantagem de natureza sexual, pois o vínculo de confiança e admiração criado entre aluno e mestre implica inegável superioridade, capaz de alterar o ânimo da pessoa constrangida. 4. É patente a aludida "ascendência", em virtude da "função" desempenhada pelo recorrente - também elemento normativo do tipo -, devido à atribuição que tem o professor de interferir diretamente na avaliação e no desempenho acadêmico do discente, contexto que lhe gera, inclusive, o receio da reprovação. Logo, a "ascendência" constante do tipo penal objeto deste recurso não deve se limitar à ideia de relação empregatícia entre as partes. Interpretação teleológica que se dá ao texto legal. [...] (Brasil, 2019, p. 1-2).

Assim, em relação ao assédio sexual *lato sensu*, não há problemas na tipificação, ou até mesmo na sua interpretação pelos Tribunais Superiores para fins de sanção administrativa. Contudo, no âmbito penal, condutas de assédio sexual praticadas por colegas de mesma hierarquia ou subordinados não podem ser enquadradas no tipo penal. Segundo pesquisa realizada por Aquino e Foureaux (2020, p. 48) sobre o assédio em instituições de segurança pública e nas forças armadas, 10,2% das entrevistadas relataram que sofreram assédio sexual cometido por colegas de igual hierarquia, enquanto 2% indicaram que o assédio foi perpetrado por alguém de nível hierárquico inferior.

Nesse sentido, neste capítulo, conclui-se que os maiores desafios se concentram nas subnotificações, na falta de consciência (individual e institucional) das organizações, em relação a firmarem um compromisso prioritário com a pauta, como forma de evolução em direção à igualdade de gênero. É necessário revelar a violência de gênero inerente ao assédio sexual, especialmente no ambiente de trabalho, com o intuito de oferecer subsídios para uma compreensão mais ampla desse fenômeno.

2.2 Assédio Sexual para a instituição militar

Para compreender como o assédio sexual está juridicamente abarcado na caserna, é necessário apresentar o Código Penal Militar (CPM) e como a tipificação

dos crimes ocorre nesses casos, para serem julgados pela Justiça Militar. Para Neves (2018), existem cinco possibilidades típicas para os crimes militares: a primeira, quando os tipos penais existem apenas no CPM¹¹; quando os crimes possuem tipificação no CPM e na legislação comum, porém, no primeiro, há uma distinção proposital idealizada pelo legislador em decorrência da vivência na caserna; o terceiro ocorre quando o tipo penal é idêntico no CPM e na legislação penal comum; a quarta categoria se concretiza quando a “tipificação seria idêntica no CPM e legislação comum, porém por razões variadas, tornara-se diferentes sem a voluntariedade do legislador penal militar” (Neves, 2018, p. 2).

A última categoria estabelecida pelo autor para identificar os tipos penais militares incriminadores é a definição de crimes militares extravagantes, ou seja, o crime está previsto apenas na legislação penal comum e não possui qualquer proximidade com os crimes penais militares; porém, o fato foi praticado em uma das condições do inciso II do artigo 9º do CPM¹², sendo este consagrado pela Lei nº 13.491/2017. A alteração legislativa que ocorreu em 2017 foi fundamental para evocar a temática dos crimes contra a dignidade sexual na caserna, uma vez que os delitos previstos no Código Penal envolvendo a temática não estavam dispostos no CPM como norma incriminadora, por exemplo, o art. 216-A do CP, que tipifica o assédio sexual. Assim, até 2017, era de competência da Justiça Estadual processar e julgar a referida conduta penal praticada entre policiais militares.

Nesse campo, verifica-se a importância da tipificação específica para o assédio sexual no CPM e, conseqüentemente, à análise pela justiça castrense. Nesse campo, ponderam-se as questões sobre o papel da vítima¹³ com o tipo penal existente; nesse sentido, ressalta-se a importância da tipificação penal para a “vítima se identificar como vítima” e para obter resposta do poder estatal. Moraes (2017, p. 12) aponta que as condutas do assédio moral e sexual refletem a dificuldade de caracterização da violência pela vítima.

Assim, ao verificar-se que Código Penal Militar é omissivo em não prever a tipificação para ocorrência de assédio sexual, retira-se da vítima o poder de nomear e enquadrar como violação da sua dignidade sexual. Tal retirada pode ser articulada pela visão de Judith Butler sobre as relações entre poder, sexualidade e lei, desenvolvidas por Michel Foucault (1998):

¹¹ Na linha do disposto no artigo 9º, I do CPM, “os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial” (Brasil, 1969).

¹² II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar” (Brasil, 1969).

¹³ Nesse campo, para um maior aprofundamento do tema, recomendam-se estudos sobre vitimologia. Ver, por exemplo, os trabalhos de Bahniuk et al, 2017, e Xavier, 2022.

O poder, ao invés da lei, abrange tanto as funções ou relações diferenciais jurídicas (proibitivas ou reguladoras) como as produtivas (inintencionalmente generativas). Consequentemente, a sexualidade que emerge na matriz das relações de poder não é uma simples duplicação ou cópia da lei ela mesma, uma repetição uniforme de uma economia masculinista da identidade (Butler, 2003, p. 54).

Também se verifica o segundo fator, que é a dificuldade para a apuração de responsabilidades de práticas abusivas nos quartéis. Como já apontando, no texto original do Código Penal de Militar de 1969, o artigo 9º definia o que considerava crime militar, em tempo de paz e, nesse rol, não constava o crime de assédio sexual. Em 2017, ocorre uma mudança legislativa com a Lei nº 13.491/2017, que prevê os tipos militares extravagantes (aqueles previstos exclusivamente na legislação penal comum e na legislação extravagante). Nesse sentido, a Justiça Militar da União e Estadual recebe a competência de julgar outros tipos penais estranhos ao CPM, desde que praticados em serviço.

Nesse sentido, o presente trabalho não exclui a mudança promovida pela lei já citada, porém, reitera a omissão da instituição em promover a tipificação do assédio no CPM, bem como em sua reforma, com a Lei nº 14.688/2023¹⁴. Assim, verifica-se que o assédio está localizado no âmbito da violência estrutural, pois é silenciosa e invisível, até para os atos normativos. A jurisprudência do Superior Tribunal Militar, na Apelação nº 7000749-07.2020.7.0000, aponta:

a ocorrência de crimes de cunho sexual acarreta traumas profundos nas vítimas, pois, na carreira militar, há intenso processo de socialização que é marcado por associação amistosa e duradoura, tal como ocorre no seio familiar, em que valores de respeito mútuo e de lealdade são indispensáveis (Brasil, 2021, p. 1).

Em suma, importante indicar a teoria da consciência legal (Blackstone, 2009), em que se aponta que, para a discriminação ser vista e, consequentemente, denunciada, é necessário um processamento complexo de internalização da consciência legal, passando-se pelas etapas de nomear, culpabilizar e reclamar.

Nesse sentido, disciplinam Aquino e Foureaux (2020, p. 10), que “a denúncia só pode ocorrer quando o indivíduo for capaz de dar nome, identificar a ação como sendo prejudicial e tomar outro indivíduo como responsável pelo dano percebido. Só então é possível dar voz à queixa e buscar uma solução”. Conforme o entendimento dos autores, a prática do assédio sexual contra a mulher militar é ainda mais danosa, pois impacta diretamente os princípios basilares da instituição que são a hierarquia e disciplina, “humilhando e diminuindo sua autoridade, como mulher e militar” (Aquino; Foureaux, 2020, p. 24).

¹⁴ Na alteração do CPM houve a inclusão da tipificação do estupro, previsto no artigo 232; corrupção de menores (art. 234) e ato de libidinagem (art. 235) (Brasil, 2017). No entanto, não houve a previsão expressa em relação ao crime de assédio sexual.

Assim, ainda são muitos os desafios em relação à criminalização do assédio sexual nas casernas: a primeira discussão se dá no campo da legislação especial, com a análise de impacto a respeito da necessidade dessa espécie penal, bem como de protocolos que sejam utilizados para a devida instrução e apuração desses crimes, considerando as implicações administrativas e criminais. Também é importante compreender que, num cenário construído a partir dos princípios da hierarquia e da disciplina, condutas que se utilizam de tais relações de poder são ainda mais agravadas, merecendo, assim, mais destaque e proteção.

3 A PREVENÇÃO DO ASSÉDIO SEXUAL NA POLÍCIA MILITAR

Com a presente investigação, foi possível identificar, até o momento, que o assédio sexual que ocorre nas Polícias Militar é majoritariamente praticado contra as mulheres e, ainda, que esse fator decorre das relações de poder, exercidas pelo fator gênero, somado a hierarquia e disciplina. Posteriormente, foi apontado como a legislação aborda o assédio sexual, principalmente no campo do Código Penal Militar, uma vez que se analisa ato cometido de militar contra militar.

Apesar dos apontamentos sobre a omissão do CPM diante a temática, o debate busca promover diálogo sobre a prevenção do assédio sexual na corporação. Nesse sentido, foram enviadas para as Corregedorias das Polícias Militares solicitações por meio da Lei nº 12.527/2011 (Brasil, 2011), indagando: 1. Na Polícia Militar existe uma política de Prevenção e Enfrentamento do Combate ao assédio sexual? 2. Existem comissões de prevenção e enfrentamento ao assédio sexual dentro na instituição? 3. Como funciona o processo de denúncia de assédio sexual na corporação? Quais são os canais de denúncia? 4. Quais atividades envolvendo o tema foram desenvolvidas no ano de 2021 até julho de 2023? 5. Como está o processo de implementação da Lei n.º 14.540/2023¹⁵?

Primeiramente, antes de apresentar os dados obtidos, é necessário pontuar sobre o item 5, que versa sobre o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal. O referido programa foi sancionado pelo Presidente da República em abril de 2023 (Brasil, 2023). São pontuados como objetivos do referido programa: a prevenção e enfrentamento da prática do assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e de todas as formas de violência sexual (art. 4º, I); a necessidade de capacitação dos agentes públicos para o desenvolvimento e a implementação de ações destinadas à discussão, à prevenção, à orientação e à solução do problema (art. 4º, II) e na implementação e disseminação de campanhas educativas sobre as condutas e os comportamentos que caracterizam o assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e qualquer forma de violência sexual, com vistas à informação e à conscientização dos agentes públicos e da sociedade, de modo a possibilitar a identificação da ocorrência de condutas ilícitas e a rápida adoção de medidas para a sua repressão (art. 4º, III) (Brasil, 2023).

¹⁵ A presente lei instituiu o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal (Brasil, 2023).

No campo das denúncias, segundo o art. 5º, §1º, qualquer pessoa que tiver conhecimento da prática de assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual, ou de qualquer forma de violência sexual, tem o dever legal de denunciá-los e de colaborar com os procedimentos administrativos internos e externos. Ademais, discorre também sobre a apuração de eventuais retaliações contra as vítimas, testemunhas e auxiliares em investigações ou em processos que apurem a prática de assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual, ou de qualquer forma de violência sexual (art. 5º, §2º) (Brasil, 2023).

Nesse sentido, evidencia-se que o questionamento realizado às Corregedorias das Polícias Militares está no mesmo sentido dos objetivos da Lei nº. 14.540/2023. Foram enviadas 23 (vinte e três) solicitações, pois foram excluídas da presente análise as PMs de Rondônia, Sergipe e Rio de Janeiro, pois o sítio eletrônico para solicitação estava fora do ar. No campo das respostas foram obtidos 17 (dezesete) resultados¹⁶.

Na análise dos resultados, foi apontado apenas por PMPE (DPJM-Mulher), PMGO e PMPR (Portaria CG nº 551/2021) a criação da Política de Prevenção e Enfrentamento do Combate ao Assédio Sexual (pergunta número 1). A PMRS apontou a criação da Ouvidoria da Mulher nesse campo, porém, a resposta foi excluída da análise, por não se enquadrar como Política, ademais a PMGO apenas indicou que possuem a Política, mas não comprovou. A PMPA indicou estar em elaboração e as demais indicaram que não existe¹⁷.

Nesse campo, Bezerra et al (2013, p. 8), ao realizarem pesquisa com mulheres da Polícia Militar do Rio de Janeiro, aponta que as entrevistadas discorrem sobre a falta de espaço institucional para diálogo sobre atividades, compartilhamento e vivências dentro da corporação. De tal modo, verifica-se a necessidade de aprofundamento e estudos sobre a temática e que gere efeitos práticos para uma mudança na estrutura organizacional, "olhar a Corporação sob a perspectiva de gênero não significa eliminar as diferenças entre homens e mulheres e sim, as desigualdades que advêm daí" (Bezerra et al, 2013, p. 8). Ademais, as autoras concluem a pesquisa com a recomendação de implementação de programas com metodologia ativa dentro da caserna, somente assim seria possível viabilizar a troca vivência e troca de experiências com objetivo de verificar possíveis alternativas de enfrentar o estresse, o assédio e os sintomas mais recorrentes, e se sugeriu que a PMRJ revise a estrutura organizacional da caserna e a suas práticas sob a perspectiva do gênero (Bezerra et al, 2013).

Pontou-se a presente questão, pois a criação de uma política pública com perspectiva de gênero fornece mecanismos para que todos da corporação saibam identificar o assédio; afinal, não é possível combater ou prevenir o que não se sabe identificar. Ademais, como parâmetro, nota-se a atuação das instituições públicas na criação de políticas públicas que versam sobre o tema, tais como a atuação do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Moral, Sexual e Discriminação em todo o Poder Judiciário (Brasil, 2020). O Tribunal de Contas da União, em 2022, elaborou um

¹⁶ Foram excluídas as PMs do Amazonas; Amapá; Acre; Alagoas; Bahia e Minas Gerais, por não terem respondido ao formulário até o término do presente artigo.

¹⁷ PMRR; PMTO; PMPI; PMMT; PMCE; PMRN; PMMS; PMDF; PMSP; PMES; PMRS e PMSC.

modelo de Prevenção e Combate ao Assédio informando práticas e modelos para implementação (Brasil, 2022), da mesma maneira é a atuação da Advocacia Geral da União (Brasil, 2023).

No questionamento sobre a criação de comissões de prevenção e enfrentamento ao combate ao assédio sexual nas Polícias Militares, apenas a PMPR indicou existência da comissão (Paraná, 2021). A PMGO informou que existe uma Comissão Interna de Direitos Humanos para atuar nos casos de assédio sexual; PMSP e PMRS indicou que a Corregedoria-Geral que possuem competência e atribuições para atuar nestes casos, as demais indicaram que não existe¹⁸. A criação de comissões permanentes específicas para atuar com a temática do assédio sexual dentro da corporação é importante no sentido da contribuição para procedimentos de diagnósticos institucionais das práticas, na sugestão de medidas de prevenção e orientação; em representar os casos aos órgãos disciplinares entre outros.

Nota-se a necessidade de comissões locais nas Polícias Militares dos Estados, pois ainda que tenha a atuação da Corregedoria-Geral sobre a temática não é possível abranger de maneira específica cada município e, conseqüentemente cada batalhão. Bezzerra (2023), aponta sobre a dificuldade das PMs em criar estratégias para escapar do assédio sexual, tendo em vista ser um ambiente predominantemente masculino e dominado fortemente pela hierarquia.

No campo dos canais de denúncia e como funciona o procedimento, apenas a PMSC não informou quais são as formas para denunciar, apenas indicou que são seguidas as normas e regulamentos em vigor na corporação, sendo a apuração realizada por processo administrativo e/ou criminal, conforme o caso. Nos demais relatos foram apontados, majoritariamente, os canais de denúncia: Corregedoria-Geral; Ouvidoria; Processo-SEI; telefones; disque-denúncia (190). Nesse sentido, foi constatado que apenas PMCE, PMPR e PMPE possuem canais de denúncia próprios para a apuração dos casos de assédio, relatando o seu procedimento:

A policial que for agredida pode enviar e-mail, a ligação será retornada por uma assistente social da Coordenadoria de Saúde, será garantido o sigilo e ofertado apoio psicológico e suporte para a formalização da denúncia para que o agressor seja responsabilizado (Ceará, 2023, p. 1).

Qualquer militar estadual que testemunhe ou tome conhecimento de atos que possam caracterizar assédio moral ou sexual no ambiente de trabalho deverá elaborar denúncia junto à Corregedoria-Geral da PMPR, por meio dos canais previamente estabelecidos. Nos casos em que a vítima buscar atendimento especializado com profissionais da SAS/DP (Serviço de Assistência Social) e, sendo constatado o assédio moral e/ou sexual, a denúncia será realizada, após autorização expressa da vítima, à corregedoria, havendo a possibilidade de quebra de sigilo profissional nos casos de iminente cenário de

¹⁸ PMRR; PMTO; PMPI; PMMT; PMCE; PMRN; PMPE; PMMS; PMDF; PMES; PMPR; PMRS; PMSC.

violência (risco de suicídio ou de violência expressa à vítima ou a terceiros) (Paraná, 2023, p. 1).

O atendimento e acolhimento feito prioritariamente por uma oficial mulher, a possibilidade de transferência caso a vítima tenha interesse, leia-se: ex voluntante, o encaminhamento a atendimento psiquiátrico prioritário, a desconsideração do cometimento da quebra de cadeia hierárquica. Art. 6º Não se considera quebrada a cadeia hierárquica por policial militar da PMPE que fizer a denúncia de crime militar de assédio sexual diretamente em um dos canais técnicos da DPJM, não havendo obrigatoriedade de autorização ou informação ao seu respectivo comandante. (Pernambuco, 2023, p. 1).

Destacam-se estes procedimentos por apontarem que o atendimento e acolhimento devem ser feitos, prioritariamente, por uma mulher ou por assistente social da área da saúde, com o objetivo de reduzir a probabilidade de mais danos emocionais e psicológicos à vítima. Ademais, a PMPE disciplina sobre a desconsideração do cometimento de quebra da cadeia hierárquica ao denunciar em canal próprio, pois nota-se também que o assédio sexual é cometido majoritariamente pelo superior hierárquico, conforme já apontado em pesquisa, o que inviabilizaria a denúncia.

A PMRS apontou que, ao ser feita a notícia de crime, é lavrado um Boletim de Ocorrência Policial (BOPM), por meio de um sistema eletrônico. Após, é realizada uma análise e aberto o Inquérito Policial Militar e, uma vez terminado, encaminhado para a Justiça Militar do Estado. Da mesma maneira foi apontado pela PMSP, ao indicar que, após o Inquérito Policial Militar, os autos são encaminhados para a Justiça Militar do Estado.

Neste ponto, salienta-se a necessidade de canais específicos para denúncia, justamente para que se assegure a perspectiva de gênero. O STM, no julgado nº 0000022-33.2008.7.01.0301, discorre sobre o caso de um subordinado que estava sendo investigado e processado por ter noticiado o assédio sexual e perseguição do superior, nesse sentido o Relator discorreu:

Não comete crime de difamação o militar que, sentindo-se acuado e constrangido após incessantes investidas de assédio sexual por parte de seu superior hierárquico, externa seu desabafo com alguns poucos colegas de farda, na busca de orientação e proteção (STM, 2008, p. 1).

O mesmo sentido é apontado em dados quantitativos pela FGV (2015, p. 90), ao indicar que 47,8% das mulheres afirmam não haver mecanismo formal para registro de violência de gênero e 34,7% das mulheres indicaram que não sabem se existe algum mecanismo formal para registro de violência de gênero. Nesse sentido, nota-se a dicotomia entre a baixa notificação dos casos e a percentual de casos relatados pelas vítimas, identificando-se, assim, a subnotificação (Moraes, 2017). Assim, os poucos registros formalizados de assédio e, ao mesmo tempo, existem diversas histórias de sofrimento e dor obscurecidas no ambiente da Polícia Militar.

No questionamento 4, indagou-se sobre atividades que foram desenvolvidas envolvendo a temática no período de 2021 até julho de 2023; majoritariamente, as respostas foram apontadas que não foram desenvolvidas e que foram abordadas nos cursos de formação. Destacam-se os trabalhos apresentados pela PMPE, PMPR, PMRS e PMSC, que apontaram atividades envolvendo cursos, a criação de Ouvidorias da Mulher, a criação do Programa PM Vítima¹⁹, criação e divulgação dos procedimentos no atendimento de possíveis vítimas de assédio sexual na Polícia Militar²⁰. Moraes (2017) aponta que a naturalização do assédio decorre da dificuldade de nominar experiências de desconforto, perseguição, constrangimento ou importunação; assim, não se percebe o assédio como violência ou crime, tanto pelos autores quanto pelas próprias vítimas. De tal modo, evidencia-se a necessidade de abordar o tema em ações específicas dentro da corporação.

Por fim, na pergunta número 5, que aborda sobre o processo de implementação da Lei nº 14.540/2023, que institui o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal (Brasil, 2023), observou-se o apontamento pela maioria das PMs que o programa estava em elaboração pela instituição²¹.

As que responderam com conteúdo foram as mesmas que desenvolveram atividades no questionamento 4²². Pontua-se que a PMMS informou que não existe nenhuma instrução normativa na corporação, PMCE, PMSE e PMRR informaram que tal normativa não foi desenvolvida.

CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa, foi possível identificar que o assédio sexual na vida castrense não é um caso isolado, mas uma violência estrutural. As relações de poder reverberam na subnotificação dos registros de assédio sexual e, conseqüentemente, na seletividade de atuação da Justiça Militar, que não conta com previsão legal expressa sobre a conduta. Ademais, o processo histórico de ingresso das mulheres nas Polícias Militares brasileiras marcou de maneira intensa como as relações e vivências foram construídas, tendo como indicador principal a disciplina e a hierarquia, que são princípios basilares da instituição, mas também o marcador da desigualdade de gênero, sinalizado pela restrição do ingresso de mulheres por meio dos editais e/ou legislações e a destinação para as atividades-meio.

No campo normativo, foi indicado de maneira breve como o ordenamento jurídico disciplina a matéria nas demais vertentes; no entanto, no aspecto para a instituição militar, foi apontada a importância da tipificação para fins de

¹⁹ Criação pela PMSP e PMRS.

²⁰ Ação da PMPE: Instrução Normativa n. 538/2022.

²¹ Apesar da indicação da elaboração do Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual reforça a necessidade de acompanhamento do cumprimento dos objetivos propostos da legislação, para que assim tenha efetividade.

²² PMPE, PMSP, PMPR e PMRS.

responsabilização, mas também para a vítima se identificar como vítima e, assim, obter a resposta do poder estatal.

Por último, a pesquisa vislumbrou que a subnotificação das denúncias decorre de fatores institucionais – em especial, de uma certa falta de prioridade à questão por parte das Corregedorias de Polícias Militares –, da dificuldade de caracterização da violência pela vítima no campo do ordenamento jurídico, mas, também, pelo déficit de ações e políticas de prevenção e enfrentamento ao assédio sexual nas PMs.

Nesse sentido, o presente artigo recomenda às instituições militares a criação de uma Política de Prevenção e Enfrentamento ao assédio sexual, pois não basta apenas verificar e apurar a ocorrência da violência na corporação. É necessário construir uma cultura institucional de enfrentamento e superação do assédio na vida castrense. Ademais, nota-se a importância da temática para o alinhamento das Polícias Militares à Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, com o ODS 5, que disciplina a meta sobre a igualdade de gênero e a eliminação de todas as formas de violência de gênero. O desafio é grande, proporcional ao esforço necessário para a promoção da igualdade de gênero em todos os espaços, como pressuposto de realização de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AQUINO, M.; FOUREAUX, R. *Assédio Sexual nas Instituições de Segurança Pública e nas Forças Armadas*. Campanha Nacional das 10 medidas contra o assédio sexual. 2020. Disponível em: https://atividadepolicia.com.br/wp-content/uploads/2020/10/Assedio-Sexual-nas-Instituicoes-de-Seguranca-Publica-e-nas-Forca-Armadas-Revista_da_pesquisa.pdf. Acesso em: 30 out. 2023.

BAHNIUK, D. C.; OLIVEIRA, J. M. S.; COSTA, V. M. Vitimologia de gênero: a vítima mulher no cenário do crime e a recente evolução dos meios legais de sua proteção. *Revista Jurídica UNOPAR*, ano 1, n. 1, p. 139-144, 2017. Disponível em: <https://repositorio.pgscogna.com.br/bitstream/123456789/2950/1/Revista%20UNOPAR.pdf> Acesso em: 18 set. 2024.

BARUFALDI, L. A. et al. Violência de gênero: comparação da mortalidade por agressão em mulheres com e sem notificação prévia de violência. *Ciência & saúde coletiva*, v. 22, n. 9, p. 2929-2938, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/rWPMHqtbdRdjMJrG5CL5MzC/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 18 set. 2024.

BEAUVOIR, S. de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. 4 ed. Trad. Sergio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BEZERRA, C. de M.; MINAYO, M. C. de S., CONSTANTINO, Patrícia. *Estresse ocupacional em mulheres policiais*. 2013, pp. 657-666. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/bs9zVccSn4c9rjxJbWL9Mfq/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 23 set. 2024.

BLACKSTONE, A.; Uggen, C; Mclaughlin, H. Legal consciousness and response to sexual harassment. *Law and Society Review*, 43, p. 631-668, 2009. Disponível em: <https://ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2840650/>. Acesso em: 30 out. 2023.

BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

BUTLER, J. *Problemas de gênero*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Programa de prevenção e enfrentamento ao assédio sexual*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/prevencao-e-enfrentamento-ao-assedio-sexual>. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 351, de 28 de outubro de 2020*. Institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, do Assédio Sexual e da Discriminação. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original192402202011035fa1ae5201643.pdf> Acesso em: 23 set. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Brasília, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. *Despachos do Presidente da República*. Brasília: Imprensa Nacional, 9 de março de 2023. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despachos-do-presidente-da-republica-468754338>. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. *Lei nº. 14.540, de 3 de abril de 2023*. Institui o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14540.htm. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Recurso Especial nº 1.759.135/SP*. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. DJE 01/10/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801688947&dt_publicacao=01/10/2019 Acesso em 18 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Processo nº. 0000022-33.2008.7.01.0301/RJ*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/27882393/pg-6-superior-tribunal-militar-stm-de-22-06-2011>. Acesso em 15 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Processo nº. 7000749-07.2020.7.0000*. Rel. Leonardo Puntel. Disponível em: [https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&&q=\(numero_processo:*700074907202070000*\)](https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&&q=(numero_processo:*700074907202070000*)) Publicação em 23 mar. 2021. Disponível em 23 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Mulheres nas PMs: STF afasta restrição em concursos de Sergipe, Roraima e Ceará*. Brasília, 14 de maio de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=537157&ori=1> Acesso em: 17 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Prevenção e Combate ao Assédio: práticas e modelos para implantação*. Relatório de Fiscalização. Brasília, 2022. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/prevencao-e-combate-ao-assedio-praticas-e-modelo-para-implantacao.htm>. Acesso em: 18 set. 2024.

CALAZANS, M. E. de. *Mulheres no policiamento ostensivo e a perspectiva de uma segurança cidadã*. Editora Seade. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/NYCNt3yvSTqTwMsVwNPRRbD/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 set. 2024.

CAPPELLE, M. C. A.; MELO, M. C. de O. L. Mulheres policiais, relações de poder e de gênero na Polícia Militar de Minas Gerais. *Revista de Administração Mackenzie*, São Paulo, v. 11, n. 3, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ram/a/G7pHhNgxmWrKfzbHbzJY7kc/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 18 set. 2024.

CASTIHO, E. W. V. de; CAMPOS, C. H. de. Sistema de Justiça Criminal e Perspectiva de Gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 146/2018, p. 273-303.

CEARÁ. Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Ceará. Comitê Setorial SIC PMCE *Solicitação nº. 6537544*. Ceará. 2023.

COTTA, M. Assédio sexual (art. 216-A do Código Penal). In: CAMPOS, C. H. de; CASTILHO, E. W. V. de. *Manual de Direito Penal com perspectiva de gênero*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 478-485.

CONSTANTINO, P.; MOREIRA, M. da S. Memórias de mulheres policiais da primeira turma de formação de soldado da polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. *Perspectivas Online: Humanas & Sociais Aplicadas*, v. 8, n. 22, 2018, p. 52-69. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/330644125_MEMORIAS_DE_MULHERES_POLICIAIS_DA_PRIMEIRA_TURMA_DE_FORMACAO_DE_SOLDADO_DA_POLICIA_MILITAR_DO_ESTADO_DO RIO_DE_JANEIRO. Acesso em: 18 set. 2024.

D'ARAUJO, M. C. *Militares, democracia e desenvolvimento: Brasil e América do Sul*. Editora Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2020.

DINIZ, M. I. Assédio moral e sexual como violência sexista no cotidiano das trabalhadoras. In: *VII Jornada Internacional de Políticas Públicas*, 2015. São Luís. Disponível em: <https://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2015/pdfs/eixo6/assedio-moral-e-sexual-como-violencia-sexista-no-cotidiano-das-trabalhadoras.pdf>. Acesso em: 23 set. 2024.

DISTRITO FEDERAL. Corregedoria da Polícia Militar do Distrito Federal. *Protocolo LAI nº. 013615/2023*. Distrito Federal. 2023.

ESPIRÍTO SANTO. Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo. *Despacho nº. 2023-43MR (Registro E-DOCS 2023-68SM32)*. *Manifestação nº. 2023081292*. Espírito Santo, 2023.

FERREIRA, Í. A.; MORAES, S. S. Subnotificação e Lei Maria da Penha: o registro como instrumento para o enfrentamento dos casos de violência doméstica contra mulher considerando o anuário brasileiro de segurança pública (2019). *O Público e o Privado*, Fortaleza, v. 18, n. 37 set/dez, 2020. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/opublicoeoprivado/article/view/4108>. Acesso em: 18 set. 2024.

FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 21 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. *As mulheres nas instituições policiais*. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://apidspace.forumseguranca.org.br/server/api/core/bitstreams/9268573c49-dc4-f53-8068-70eaae9eaa36/content> Acesso em: 14 nov. 2024.

FREITAS, F. da S. *Racismo e Polícia: uma discussão sobre mandato policial*. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

GOIÁS. Corregedoria da Polícia Militar do Estado de Goiás. *Termo de Resposta n.º. 315/2023. Protocolo 2023.0816.184306-98*. Goiás. 2023.

LEIRIA, M. de L. *Assédio Sexual Laboral. Agente Causador de Doenças do Trabalho. Reflexos na Saúde do Trabalhador*. Editora LTr. 2ª Edição. São Paulo. 2019.

LOPES, L. C.; ARAÚJO, G. O. Assédio sexual no trabalho: uma perspectiva de gênero. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 66, n. 101, 2020, p. 1051-182. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/67529/Revista%20TRT-3%20-101-151-182.pdf?sequence=2&isAllowed=y> Acesso em 14 nov. 2024.

MACKINNON, C. *Sexual Harassment of working women: a case of sex discrimination*. New Haven: Yale University Press, 1979.

MARANHÃO. Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Maranhão. *Ofício n.º. 970/2023. Solicitação n.º. 540/2023*. Maranhão. 2023.

MASSON, C. *Direito penal, v. 3: parte especial (arts. 213 a 359-T)*. 14. ed. rev., atual., ampl Rio de Janeiro: Método, 2024. E-book. (1 recurso online). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559649549>. Acesso em 23 set. 2024.

MATO GROSSO DO SUL. Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul. *Protocolo n.º. 03540.202300/0046-96*. Mato Grosso do Sul. 2023.

MATO GROSSO. Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso. *Documento n.º. 12080257-7576. Solicitação n.º. 359104*. Mato Grosso. 2023.

MIRANDA, A. P. M. de. *Militarização e direitos humanos: gramáticas em disputas nas políticas de segurança pública no Rio de Janeiro/Brasil*. Fórum Sociológico. 2014. Disponível em: <https://journals.openedition.org/sociologico/886#quotation>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MORAES, O. C. R. de. *A violência silenciosa: percepções femininas sobre o assédio na Polícia Militar do Rio de Janeiro*. Artigo apresentado para conclusão de Curso de Especialização. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/genero_e_direito/edicoes/1_2017/pdf/OrlindaClaudiaRosadeMoraes.pdf. Acesso em: 31 mai. 2023.

MOREIRA, M. da S.; CONSTANTINO, P. Memórias de Mulheres Policiais da Primeira Turma de Formação de Soldado na PMRJ. *Humanas Sociais & Aplicadas*. 2018. Disponível em: https://ojs3.perspectivasonline.com.br/humanas_sociais_e_aplicadas/article/view/1266 Acesso em 18 set. 2024.

MOREIRA, R.; WOLFF, C. S. A ditadura militar e a face maternal da repressão. *Revista Unoeste*. Ano X, n 21, 2009, p. 56-65. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/espacoplural/article/view/3552> Acesso em: 18 set. 2024.

MUSUMECI, L.; SOARES, B. M. Polícia e Gênero: participação e perfil das policiais femininas nas PMs Brasileiras. *Revista Gênero*. Niterói, v.5, n.1, p. 183-207, 2. sem. 2004 Niterói, v.5, n.1, p. 183-207, 2. sem. 2004, p. 183-207. Disponível em: <https://ieg.ufsc.br/public/storage/articles/October2020/01112009-115446musumecisoares.pdf>. Acesso em: 18 set. 2024.

MUSUMECI, L.; SOARES, B. M. *Mulheres policiais: presença feminina na Polícia Militar do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

NEVES, C. R. C. *Crimes militares extravagantes e por extensão competência e efeitos da lei nº 13.491/2017*. Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/conteudos-educacionais/cursos/aperfeicoamento/crimes-militares-extravagantes-e-por-extensao-competencia-e-efeitos-da-lei-no-13-491-2017/2.CrimesMilitaresExtravagantesSemana21.pdf>. Acesso em: 31 out. 2023.

OLIVEIRA, L. S. de. *Na "mira" da supremacia masculina: um estudo das relações de gênero no Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças da Polícia Militar*. Salvador, 2002. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2002. 142p.

PAMPLONA FILHO, R. *O Assédio Sexual na Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 2001.

PARÁ, Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Pará. *SIC.PA nº 2451/2023*. Pará. 2023.

PARANÁ, Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Paraná. *Protocolo nº 20.915.389-0*. Paraná. 2023.

PARANÁ. Polícia Militar do Estado do Paraná. *Comissão de combate ao assédio moral e sexual da PMPR faz palestras para policiais*. Curitiba, 2021. Disponível em: <https://www.pmpr.pr.gov.br/Noticia/Comissao-de-combate-ao-assedio-moral-e-sexual-da-PMPR-faz-palestras-para-policiais> Acesso em 23 set. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Processo n.º. 0000913-63.2020.8.16.0000*. Conselho de Justificação n.º 913-63.2020.8.16.0000, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Relator: Desembargador Telmo Cherem. Curitiba, 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000012251811/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000913-63.2020.8.16.0000> Acesso em 14 nov. 2024.

PERNAMBUCO. Corregedoria da Polícia Militar do Estado de Pernambuco. *Ofício n.º. 86071/2023. Manifestação n.º. 202386071/2023*. Pernambuco. 2023.

PIAUÍ. Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Piauí. *Protocolo n.º. 03381.202300/0224-86*. Piauí. 2023.

PIVETTA, L. B. D. A (i)legalidade do recrutamento restritivo de policiais militares femininas. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*. Brasília, v. 10, n. 2, p. 55-89, 2019. Disponível em: https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/7604/1/RBCP_N10_P55-89.pdf Acesso em 14 nov. 2024.

QUEIROZ, C. P. da S.; KEMPER, M. Abuso sexual contra mulheres militares: revisão de literatura. *Escola de Saúde do Exército. Revista Científica*. 2022. pp. 33-42 Disponível em: <http://ebrevistas.eb.mil.br/RCEsSEx/article/view/9318>. Acesso em: 7 jul. 2023.

RIBEIRO, L. "Polícia Militar é Lugar De Mulher?" *Estudos Feministas* (2018): 1-15. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9584.2018v26n143413>. Acesso em: 25 mai. 2023.

RIO GRANDE DO NORTE. Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte. *Protocolo n.º. 160820231902419*. Rio Grande do Norte. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Sul. *Atendimento n.º. 1811023/0168*. Rio Grande do Sul. 2023.

RORAIMA. *História da Polícia Militar de Roraima*. Disponível em: <https://pm.rr.gov.br/historia-da-pmrr/>. Acesso em 17 set. 2024.

SANTA CATARINA, Corregedoria da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina. *Atendimento n.º. 2023022342*. Santa Catarina. 2023.

SÃO PAULO. *Decreto Estadual n.º 24.548, de 12 de maio de 1955*. Institui, na Guarda Civil, um Corpo de Policiamento Especial Feminino. São Paulo, 1955. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1955/decreto-24548-12.05.1955.html> Acesso em: 17 set. 2024.

SCHACTAE, A. M. *Farda e batom, arma e saia: a construção da polícia militar feminina no Paraná (1977-2000)*. Tese de Doutorado em História, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/25896>. Acesso em: 18 set. 2024.

SCOTT, J. W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. São Paulo: Bazar do Tempo, 2019, p. 50-83, 2019.

SEGATO, R. *Cenas de um pensamento incômodo: gênero, cárcere e cultura em uma visada decolonial*. São Paulo: Rosa dos Tempos, 2022.

SOUZA, M. S. de. "Anjos anônimos, feitos de ternura": mulheres policiais em São Paulo durante a ditadura militar (1964-1985). *Revista de História*, [S. l.], n. 179, p. 01-36, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rh/a/KcvsdL8kzwvGJmm7ZcYShq/abstract/?lang=pt> . Acesso em 14 nov. 2024.

THIRY-CHEQUES, H. R. Pierre Bourdieu: a Teoria na Prática. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, 2006, v. 40, n. 1, p. 27-55. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/3bmWVYMZbNqDzTR4fQDtgRs/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 14 nov. 2024.

TOCANTINS. Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Tocantins. *Protocolo nº. 02325.202300/0137-40*. Tocantins. 2023.

XAVIER, P. G. G. O papel da vítima no processo penal comum e militar brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*. Ano XLVII, ed. 36, março de 2022. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/rmpm/article/view/48/48> Acesso em: 18 set. 2024.

O LADO OCULTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO NO PERÍODO REPUBLICANO: A QUESTÃO SOCIAL E O DÉFICIT DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DAS MINORIAS SOCIAIS E RACIAIS

César de Oliveira Gomes*

RESUMO

O presente estudo vislumbra uma lacuna nas relações entre poder executivo e poder legislativo na história do constitucionalismo brasileiro: o povo. A partir de um recorte histórico que compreende o início do período republicano até os dias atuais, identifica-se que a preocupação das elites políticas brasileiras sempre apontou no sentido de criar mecanismos institucionais de exclusão das minorias dos espaços de poder. A consolidação de um regime democrático é relegada a um segundo plano em nome de um modelo de controle social e político. Ao cabo, constata-se que mesmo após a redemocratização, apesar do protagonismo da “questão social” na Constituição Federal de 1988, o déficit de representação das minorias nas instituições políticas ainda constitui um obstáculo à consolidação da democracia no Brasil. Adota-se como metodologia a revisão bibliográfica de algumas obras que tratam sobre o tema proposto, com técnica de pesquisa qualitativa.

Palavras-chave: História do constitucionalismo brasileiro; Questão social; Representação política; Racismo; Democracia.

Data de submissão: 24/06/2024

Data de aprovação: 16/09/2024

*Doutorando em Direito na Universidade de Brasília. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Defensor Público Federal.

THE HIDDEN SIDE OF BRAZILIAN CONSTITUCIONALISM: THE SOCIAL ISSUE AND THE DEFICIT OF POLITICAL REPRESENTATION OF SOCIAL AND RACIAL MINORITIES

César de Oliveira Gomes

ABSTRACT

The present study glimpses a gap in the relations between executive power and legislative power in the history of Brazilian constitutionalism: the people. From a historical perspective that encompasses the beginning of the republican period to the present day, it is identified that the concern of Brazilian political elites has always pointed towards creating institutional mechanisms for the exclusion of minorities from spaces of power. The consolidation of a democratic regime is relegated to a secondary level in the name of a model of social and political control. In the end, it appears that even after redemocratization, despite the protagonism of the "social issue" in the 1988 Federal Constitution, the deficit in representation of minorities in political institutions still constitutes an obstacle to the consolidation of democracy in Brazil. The methodology adopted is the bibliographic review of some works that deal with the proposed topic, using a qualitative research technique.

Keywords: History of brazilian constitutionalism; Social issue; Political representation; Racism; Democracy.

Date of submission: 24/06/2024

Date of approval: 16/09/2024

INTRODUÇÃO

O presente estudo vislumbra uma lacuna nas relações entre poder executivo e poder legislativo na história do constitucionalismo brasileiro: o povo. A partir de um recorte histórico que compreende o início do período republicano até os dias atuais, identifica-se que a preocupação das elites políticas brasileiras sempre apontou no sentido de criar mecanismos institucionais de exclusão das minorias dos espaços de poder. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica de algumas obras que tratam sobre o tema proposto, com técnica de pesquisa qualitativa.

As mudanças constitucionais e os debates sobre outros modelos de organização política nunca foram no sentido de uma genuína preocupação com os valores democráticos, a fim de promover a igualdade e a justiça social. Ao contrário, em alguns momentos em que o parlamentarismo ou semipresidencialismo foi apresentado como uma opção, isto ocorreu a partir de um receio das elites de que as demandas populares ganhassem notável protagonismo no sistema político.

O problema de pesquisa ora suscitado questiona de que forma a elite política brasileira na República, a despeito de sucessivas mudanças no cenário institucional, mantém intocadas as estruturas de dominação que excluem as minorias sociais e raciais das grandes decisões políticas?

O estudo se justifica em virtude da atual fase dos debates que cercam a noção de democracia no Brasil, em que grupos sociais historicamente marginalizados reivindicam maior participação política nos processos decisórios. A questão racial conduzirá a análise, uma vez que no Brasil as desigualdades sociais estão diretamente associadas a maneira como o racismo estruturou as dinâmicas sociais.

Pretende-se analisar as razões pelas quais a participação política de minorias sociais e raciais na história constitucional brasileira, especificamente no período republicano, se revela precária, subalterna e, na maioria das vezes, inexistente.

O estudo apresenta como objetivos específicos: (i) identificar as bases político-filosóficas que moldaram o pensamento constitucional brasileiro nas primeiras décadas da República; (ii) pontuar as contradições do constitucionalismo brasileiro no período republicano, ressaltando o autoritarismo e o desprezo dos governantes pelo valores essencialmente democráticos; (iii) explicar a interação entre raça e classe na formação do Brasil republicano, identificando de que forma esses fatores funcionam como elementos de exclusão das minorias dos processos políticos decisórios; (iv) analisar de que forma o mito da democracia racial influenciou o pensamento político brasileiro na segunda metade do século XX, de forma a impedir um debate maduro e propositivo sobre a desigualdade racial no país; (v) analisar a interface estrutural do racismo como mecanismo de desconstrução do mito da democracia racial; (vi) identificar os avanços e retrocessos em relação à representação política das minorias sociais e raciais no período pós-redemocratização.

Inicialmente, analisa-se o pensamento constitucional que conduziu a formação da República em sua primeira fase, a preocupação com a estabilidade do sistema federativo e a instrumentalização do Estado com o objetivo de conter movimentos oposicionistas e afastar minorias sociais do espaço político.

Na segunda seção, analisa-se como a questão social entrou na agenda política brasileira, e de que forma ela é recepcionada pela “Era Vargas” em sua

plataforma de governo populista. A constitucionalização dos direitos sociais no contexto de um regime ditatorial revela uma das contradições do constitucionalismo brasileiro, uma vez que o mesmo governo estabeleceu mecanismos de controle absoluto sobre os movimentos oposicionistas, ainda que a agenda fosse relacionada à questão social. Por outro lado, o movimento negro começa a se articular no sentido de debater e refletir sobre a questão racial no País. Analisa-se o mito da democracia racial como uma ideologia de negação do racismo no Brasil, impedindo e silenciando o debate por décadas.

Na última seção, aponta-se que apesar do protagonismo da questão social na Constituição Federal de 1988, o déficit de representação política das minorias ainda constitui um obstáculo à consolidação da democracia no Brasil.

Ao cabo, o estudo proposto sugere uma reflexão no sentido de que o pensamento que mobilizou a elite dominante nos primeiros anos da República permanece atual, no sentido de impedir que as minorias sociais e raciais tenham representação política nos espaços de poder.

1 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO NA 1ª FASE DA REPÚBLICA: PODER POLÍTICO E MECANISMOS DE EXCLUSÃO DAS MINORIAS SOCIAIS

O colonialismo, a escravização de africanos e o genocídio de indígenas são traços marcantes do processo civilizatório do continente americano a partir do Século XVI. Em consequência disso, a partir de uma cosmovisão eurocêntrica, as ex-colônias que conquistaram a independência estruturaram as suas sociedades a partir de marcadores que definiriam a formação dos países da região a partir do Século XIX: pobreza, racismo e sexismo.

O pensamento constitucional latino-americano que ganha ênfase neste período advém da fusão de duas concepções inicialmente antagônicas: liberais e conservadores. A divergência entre ambos se concentrava, principalmente, no papel do poder executivo na organização política do Estado. Enquanto os primeiros defendiam uma densa separação entre Estado e indivíduo, os conservadores optavam pela existência de um poder executivo forte e interventor (Gargarella, 2014, p. 51-52).

No entanto, liberais e conservadores concordavam no sentido de restringir a participação popular nos espaços políticos decisórios. Gargarella aponta a existência de uma enorme desconfiança das elites em relação à “política de massas” (2014, p. 60), uma vez que a ampla participação do povo reduzia as possibilidades de se adotar decisões políticas de maior qualidade e que atendesse aos interesses do grupo hegemônico.

O pensamento constitucional latino-americano do Século XIX se forma a partir das influências decorrentes da fusão dessas duas concepções políticas. A organização do Estado nos países da região prioriza os direitos civis e políticos, porém, com a ideia de um poder executivo extremamente forte e centralizador. Por outro lado, não se vislumbrava uma preocupação com os valores democráticos, optando-se, no mais, por mecanismos autoritários de exercício do poder. O objetivo central da aliança entre liberais e conservadores foi justamente afastar o povo das

instâncias decisórias. Assim é que os direitos políticos eram assegurados apenas para quem ostentava o título de cidadão, assim compreendido aquele que detinha a condição de proprietário (Gargarella, 2014, p. 64).

A fase republicana da história constitucional brasileira firma os seus primeiros movimentos, influenciada por essa onda liberal-conservadora. As peculiaridades do continente americano e, sobretudo do Brasil, levam as elites a vislumbrarem nas minorias sociais uma eterna ameaça. O Brasil republicano nasce pouco mais de um ano após a abolição da escravidão no País. E na memória da classe dominante ainda estava muito presente a experiência do Haiti, conforme recordam Duarte e Queiroz (2019, p. 97): “[...] o imaginário do medo de uma revolução escrava (ou um “outro São Domingos”) foi constituinte das práticas, discursos e estratégias políticas das elites coloniais e da formação dos estados-nação-modernos”. Amaury de Souza aponta que a elite brasileira cuidou de impedir que os negros se tornassem um grupo competitivo. Esse fato restaria claro ao se verificar o incentivo à imigração europeia e a recusa do Estado em prover os escravizados de suporte material e técnico para a sua subsistência (Souza, 1971, p. 62).

A transição da Monarquia para a República não abalou a estrutura patrimonialista e estamental do Estado Brasileiro, e perpetuou a íntima relação da elite política com o poder para deleite e interesses próprios, em uma ordem de conteúdo amplamente aristocrática (Faoro, 2001, p. 878).

A questão social, portanto, restou ausente da primeira fase republicana. No Brasil do final do Século XIX, a ausência de amparo estatal para os grupos vulnerabilizados e marginalizados significava o alijamento social dos ex-escravizados. Isso porque a abolição foi feita conservando-se o latifúndio, o que impediu que as pessoas negras e mestiças oriundas das senzalas se situassem social e economicamente (Moura, 2023, p. 46).

Ao tempo em que a República extingue o voto censitário (direitos políticos apenas para quem era proprietário), exclui as mulheres e os analfabetos do direito a voto, de forma a impedir a participação política desse grupo. Identifica-se, nesse processo, a ausência de compromisso da elite política brasileira do Século XIX com a democracia. Nesse aspecto, observa Lynch que o sistema representativo não é sinônimo de democracia, e o caráter oligárquico ou democrático do sistema vai depender do maior ou menor grau de participação política em determinado espaço comunitário (2014, p. 28). O que distingue a etapa oligárquica da democrática não é a teoria da representação, mas a existência concreta de uma série de restrições à participação política, que fica reduzida a uma elite. O argumento que prevalece é o de que a sorte da comunidade depende da capacidade do governo de bem governá-la; por isso, o Estado não pode ser indiferente à formação da classe dirigente ilustrada e capaz, que garanta a qualidade da representação para além de sua dimensão simplesmente numérica (Lynch, p. 29).

A prioridade da República em sua primeira fase foi assegurar a estabilidade do sistema federativo. Entre as iniciativas mais conservadoras, verifica-se a previsão de intervenção federal e a regulação do estado de sítio (Gargarella, 2014, p. 78-79). Todavia, a exclusão dos grupos não-hegemônicos do cenário político não torna invisíveis as desigualdades sociais e raciais que marcavam os primeiros anos do Brasil republicano. O fortalecimento do poder executivo viabilizou um controle social e político da população periférica, tanto quanto a construção de um aparelho

estatal altamente repressivo para conter os movimentos de insurreição (Moura, 2023, p. 47) e qualquer forma de organização social dos negros, incluindo-se o culto de religiões de matriz africana, o samba e a capoeira.

A questão social começa a ingressar na agenda política da República nos anos vinte do Século passado. O período foi marcado por sucessivos levantes armados, tanto de origem popular quanto oligárquica (Martins, 2022, p. 103). Após décadas de instabilidade do regime republicano inaugurado em 1889, o modelo autoritário e repressivo de governar, com sucessivas intervenções federais e estados de sítio, sugere um declínio do pensamento constitucional liberal-conservador (Rosenfield, 2020, p. 2). Oportunas as palavras de Faoro, ao fazer referência às impressões de um viajante estadunidense sobre o Brasil da década de 1920, em especial sobre a elite política brasileira:

“Existe, porém,” – continua cada vez mais irado – “outra classe altamente articulada a que chamarei de ‘traidores do povo’. São letrados, capazes de compor frases sonoras. [...] Conhecem o conforto das moradias arejadas. Sabem muito mais a respeito do resto do mundo que de seu próprio país. O governo é a missão para a qual julgam ter nascido.” No exagero das cores, filtra-se uma consequência: o povo quer a proteção do Estado, parasitando-o, enquanto o Estado mantém a menoridade popular, sobre ela imperando. No plano psicológico, a dualidade oscila entre a decepção e o engodo (Faoro, 2001, p. 881).

A ascensão do movimento operário na década de 1920 insere a pauta social no radar da elite dominante, que busca incluir as demandas emergentes, sem alterar a estrutura oligárquica do sistema político (Rosenfield, 2020, p. 9). O Brasil carregava consigo as mazelas da desigualdade social e do descontrole das finanças públicas, fatores que eclodiriam na violenta ruptura materializada pela Revolução de 1930 (Rosenfield, 2020, p. 6).

No mesmo contexto, as classes operárias passaram a reivindicar espaços de participação política. A estabilidade precária da República, mantida pela restrição a representações da sociedade, já não impedia o acirramento dos conflitos políticos e os descontentamentos com o pensamento constitucional do final do Século XIX.

Por outro lado, divergências existentes no âmbito das próprias oligarquias fizeram com que representantes de segmentos hegemônicos estivessem na oposição e, portanto, sujeitos à violenta máquina repressiva do Estado (Martins, 2022, p. 106). Associado a isso, as mobilizações sindicais, o surgimento do tenentismo e o crescimento da oposição nos centros urbanos ambientou a efervescência política que culminou nas Revoluções de 1930 e 1932 (Martins, 2022, p. 109-110).

A partir desse cenário de crise, que pôs fim à primeira fase da República, a Constituição de 1934 estabelece uma reforma no sistema eleitoral, que resulta no voto secreto, direito de voto para mulheres, bem como na criação da Justiça Eleitoral. Ademais, pela primeira vez na história, uma Constituição brasileira incluiria referências aos povos indígenas. O constitucionalismo brasileiro caminhava para uma abertura política para minorias sociais. No entanto, os anos seguintes apontariam que a ampliação da participação não necessariamente representaria um

horizonte democrático para o sistema político do País. Ao contrário, o pensamento constitucional da década de 1930 flertava com o autoritarismo como mecanismo de estabilidade, porém, com a inserção do elemento “povo” na agenda institucional.

2 QUESTÃO SOCIAL E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA: O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL E AS CONTRADIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A “Era Vargas”, período compreendido entre 1930-1945, se notabilizou pela inclusão de um extenso rol de direitos sociais. A classe trabalhadora foi definitivamente incorporada à política, com o voto universal e a previsão de inúmeros direitos trabalhistas na Constituição de 1934. Entretanto, o novo cenário apresentava um enorme desafio para o constitucionalismo social que se desenhava: como conservar a paz social e a estabilidade em um contexto de profunda desigualdade social? (Gargarella, 2014, p. 203).

A abertura para novos atores, à primeira vista, poderia sinalizar um processo de amadurecimento do sistema político rumo à consolidação de valores essencialmente democráticos. Nessa perspectiva, em estudo sobre a democracia e a realidade brasileira, Aliomar Baleeiro pontuava a necessidade de “ao lado da maioria empossada no poder encontre a inevitável minoria todos os meios de subsistir, em pleno gozo do direito à crítica ao governo e de aspiração à conquista dos postos de mando” (1944, p. 6). Para o autor, as Constituições deveriam assegurar os meios eficazes para garantir e proteger a minoria opositora, de forma a viabilizar a ampla discussão dos problemas políticos e conferir legitimidade democrática à vontade do Estado (Baleeiro, 1944, p. 7).

Todavia, não foi esse o pensamento que orientou a aproximação do sistema político nacional com a questão social. As reformas impulsionadas pelo governo de Getúlio Vargas, em especial no período do Estado Novo, institucionalizaram o autoritarismo, por meio de uma absoluta concentração de poder no executivo. Ao tempo em que o país experimentava um crescimento econômico associado ao constitucionalismo social, observava o avanço de um presidencialismo forte e autoritário. Os constitucionalistas mais influentes tinham muitas reservas à democracia, sob o argumento de que o constitucionalismo liberal havia inviabilizado qualquer forma de governo (Gargarella, 2014, p. 221).

A representação política dos movimentos sociais se deu sob as lentes do poder executivo. Em outras palavras, o próprio Estado avocou para si os anseios dos grupos emergentes, de forma a conduzir e harmonizar os inúmeros interesses de classe existentes no contexto de um país cujo processo de industrialização se encontrava em estágio inicial. No Estado Novo, o poder legislativo foi dissolvido em todos os âmbitos, sob a justificativa de que seria necessário reorganizar o sistema político e adotar todos os mecanismos necessários para combater o comunismo (Gargarella, 2014, p. 221).

A Era Vargas, ainda que sob o manto do autoritarismo, buscou enfrentar a desigualdade social ignorada pelos governos da Primeira República. No entanto, a questão racial e a condição do negro na sociedade brasileira eram temas que permaneciam em aberto. A tentativa de apagamento, por parte da elite dominante,

da memória da escravidão e efeitos dela decorrentes, além de invisibilizar a contribuição dos negros para muitas mudanças sociais importantes no Brasil, o insere em um cenário de isolamento político (Moura, 2023, p. 56). Não por acaso, lembra Novaes que a historiografia hegemônica reescreve a experiência escravista como branda. Essa narrativa ambienta o mito do senhor benevolente e do paraíso racial decorrente da miscigenação (Novaes, 2020, p. 27).

A relação entre raça e classe como fatores da desigualdade social no Brasil já era objeto de debates entre ativistas e intelectuais negros nos anos quarenta do século passado. A mobilização política da população negra, conforme recorda Guimarães, esteve arrefecida após a campanha abolicionista e a Proclamação da República. Observa o autor que o primeiro movimento político negro de âmbito nacional no período republicano ocorre na década de 1930, com a criação da Frente Negra Brasileira (2021, p. 91).

[...] A agitação e arregimentação dos negros eram feitas em torno de ideias e atitudes muitas vezes contraditórias. Mas, de modo geral, prevaleciam aqueles que enfatizavam a origem mestiça e mulata do povo brasileiro, repudiavam os costumes africanos sobreviventes e pregavam a necessidade de educar as massas negras para livrá-las do preconceito e da ignorância; ainda que houvesse quem, na imprensa negra, reafirmasse a raça negra e a importância da herança cultural africana (Guimarães, 2021, p. 91).

Nos anos 1930 e 1940, prevalecia entre os ativistas e intelectuais negros a ideia de que o problema do preconceito de cor estava relacionado às dificuldades oriundas da condição socioeconômica. Em razão disso, as principais reivindicações clamavam por melhorias no mercado de trabalho e na educação formal para a população negra, de forma a prepará-la para a integração na sociedade dominante. Esse estado de coisas foi percebido pelo emergente populismo de Getúlio Vargas, que ao criar uma base política para o Estado Novo, soube mobilizar muitos trabalhadores negros e mulatos em torno de seu governo. A identificação da população negra com o Varguismo decorre do fato destes terem sido incluídos na ideia de povo construída pelo modelo político do Estado Novo, conforme a lição de Amaury de Souza: “De fato, a consistência do comportamento político coletivo do negro revelava-se na sua participação como “povo” durante o Estado Novo e como seguidores de Vargas no período seguinte à redemocratização” (1971, p. 64).

Em contrapartida, a discussão a respeito do preconceito de raça e de cor como um critério específico de discriminação restou silenciada nos espaços oficiais. Além disso, a ideia de uma democracia racial não apenas tinha significativo alcance na sociedade, como também era utilizado por muitos ativistas negros para denunciar a existência do preconceito de raça e de cor, tornando-se um tema que dividia muito os movimentos políticos negros (Guimarães, 2021, p. 125-127).

Amaury de Souza, em sua pesquisa sobre raça e política, destaca três aspectos sobre as relações raciais relevantes para a política: (i) a experiência das desigualdades sociais em determinado grupo étnico e a influência no seu comportamento político; (ii) a existência de uma solidariedade racial expressada

em um comportamento político coletivo; (iii) como o sistema político opera no sentido de desmobilizar o potencial de um comportamento político coletivo (Souza, 1971, p. 63). A resposta ao primeiro aspecto foi apresentada quando da análise da identificação da população negra com o Vargasismo. Resta abordar os dois aspectos remanescentes.

Em relação à existência de uma solidariedade racial, recorda Souza que nos anos 1930, à exceção da Frente Negra Brasileira de São Paulo, os movimentos sociais negros não possuíam objetivos comuns exclusivos e tampouco pautavam o tema da representação política. O autor explica que a existência de um sentimento comum de privação não seria suficiente para criar uma solidariedade racial, uma vez que esse sentimento se daria a partir de experiências individuais, em uma sociedade onde a democracia racial materializada na mestiçagem tornaria o debate em torno do racismo uma questão desprovida de sentido (Souza, 1971, p. 70). Por fim, a mobilidade social de alguns negros que puderam experimentar a partir de canais de ascensão abertos induz a um cálculo racional amparado por ideais meritocráticos e individualistas. Essa perspectiva reforça a ideia de democracia racial e mantém intocadas as hierarquias raciais que identificam a formação do Brasil.

O ambiente do período de redemocratização Pós-Guerra mobilizou lideranças negras para novos movimentos em torno da questão racial. No entanto, as mobilizações não foram suficientes para o fortalecimento de propostas em torno de representações políticas. Os intelectuais negros foram majoritariamente contrários à proposta de criação de um partido negro, e, também, a políticas públicas que ofertassem bolsas de estudo para pessoas negras com prioridade em relação a pessoas brancas. A resistência vinha tanto da esquerda, que priorizava a união das minorias em nome dos valores marxistas, quanto de conservadores (Guimarães, 2021, p. 128).

O protesto negro, em 1946, estava no lugar adequado e na hora certa, mas um sólido consenso nacional sobre a harmonia racial como objetivo político fazia com que a justiça racial fosse pensada como decorrente das regras democráticas. Longe de ser uma variante da supremacia branca, a democracia racial era um construto utópico, nascido da colaboração tensa entre radicais negros e progressistas brancos. No final da década, em 1951, para ser preciso, com a promulgação da Lei Afonso Arinos, quase todas as demandas do Manifesto de 1946 foram atendidas. A autonomia política dos negros, assim como o entendimento da democracia como respeito integral à cidadania e aos direitos individuais teriam, entretanto, que esperar uma nova ruptura democrática e uma nova redemocratização para se tornarem realidade. Ironicamente, para que a democracia pudesse existir seria preciso que antes a “democracia racial” fosse denunciada como mito e ilusão (Guimarães, 2021, p. 132).

A perspectiva de que o Brasil vivia uma democracia racial foi apresentada por Gilberto Freyre em sua obra “Casa Grande & Senzala”, cuja primeira edição remonta ao ano de 1933. De acordo com o autor, a interação entre as raças, proporcionada pelo

viés inclusivo do colonizador português, associada à miscigenação que caracteriza a formação do País, teria impedido o surgimento de categorias raciais especificamente demarcadas. Vislumbra-se um mito que identificaria uma convivência pacífica entre as raças fundadoras do Brasil (Freyre, 2003). Por outro lado, a década de trinta do século passado também foi marcada pelo esforço de muitos intelectuais para construir uma identidade para o Brasil, baseada no nacionalismo romântico e no regionalismo modernista (com exaltações do indígena e da paisagem brasileira, por exemplo). Essa idealização ia ao encontro da concepção de democracia racial de Freyre, o que mereceu a crítica de Guerreiro Ramos no sentido de que essa consciência ingênua do Brasil, sem uma intuição exaustiva dos motivos que a suscitavam, era mais afetiva do que racional. Consequentemente, obstruía uma consciência crítica, amparada em uma percepção objetiva dos fatos (2023, p. 275).

O mito da democracia racial foi objeto de crítica por parte de muitas lideranças negras e intelectuais a partir dos anos 1950. Florestan Fernandes, por exemplo, identificou que como mito, a ideia se vinculava aos interesses sociais da classe dominante, que tinha como objetivo manter as estruturas de dominação próprias do passado escravista (Fernandes, 2021, p. 281-282). Apesar disso, o governo da ditadura-civil militar que se instalou no Brasil a partir do golpe de 1964 incorporou a tese da democracia racial em seu discurso oficial, com o objetivo de dar cabo ao “indesejável” debate sobre discriminação racial. Em paralelo, adotava mecanismos de silenciamento e perseguição aos movimentos negros, de forma a interditar qualquer discussão apta a colocar em evidência o racismo existente no Brasil. De acordo com Gonzalez, o discurso dos militares em torno da “pacificação” da sociedade civil nada mais era do que “o silenciamento, a ferro e fogo, dos setores populares e de sua representação política” (1982, p. 11). No mesmo sentido, Nascimento denunciava que “democracia racial” era uma metáfora para definir o estilo do racismo brasileiro, não legalizado, mas eficazmente institucionalizado nas instâncias governamentais, no tecido social, psicológico e econômico (1978, p. 93). “O mito da democracia racial se sustentou sobre a interdição da fala” (Novaes, 2020, p. 26).

A partir de meados da década de 1970, na esteira das mobilizações pelo fim da ditadura militar, começam a surgir no Brasil inúmeros movimentos populares que, de forma autônoma e organizada, contestam a ordem estabelecida (Sader, 1988, p. 35). Tratava-se de sindicatos, movimentos de bairro, movimentos de mulheres, trabalhadores rurais, entre outros.

Nessa perspectiva, o movimento negro também promove o seu marco de refundação, a partir do ato público promovido nas escadarias do Teatro Municipal de São Paulo, em junho de 1978. Na oportunidade, um conjunto de organizações negras decidiu aderir a um movimento pelo fim da discriminação e pela defesa de uma autêntica democracia racial (Rios, 2012, p. 44). O cerne da mobilização esteve na necessidade de dar mais visibilidade à discriminação racial. Existia no movimento uma mudança de paradigma que iria se contrapor às mobilizações anteriores, cuja centralidade dos argumentos se concentrava no “preconceito de cor” (Rios, 2012, p. 44). Inserir a ideia de “discriminação racial” permitiria ampliar o debate e problematizar o tema a partir de outras variáveis que envolveriam desde o combate a perpetuação de estereótipos raciais negativos ao direito a igualdade no mercado de trabalho.

Os movimentos populares que se consolidaram na década de 1980 e trouxeram novas demandas para o Estado mudariam a história do constitucionalismo brasileiro a partir da redemocratização. A questão social, a partir da tríade raça-gênero-pobreza como paradigma de análise, descortinaria o déficit histórico do Estado brasileiro e do sistema político com o combate às desigualdades. Outrossim, a reivindicação dos movimentos sociais por maior participação política nas primeiras décadas do Século XXI traria novamente o tema da representação para o centro dos debates sobre democracia.

3 A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO PERÍODO PÓS-REDEMOCRATIZAÇÃO: AVANÇOS E RETROCESSOS

A Constituição brasileira de 1988 foi fruto de uma enorme mobilização da sociedade pelo retorno ao regime democrático. Ela surge como esperança de uma profunda ruptura com o passado autoritário que marcou o (sub)desenvolvimento social e político do país. Esse anseio pôde ser traduzido nas palavras do Deputado Federal Ulysses Guimarães na Sessão de Abertura da Assembleia Nacional Constituinte, em 04 de fevereiro de 1987: “[...] todos os nossos problemas procedem da injustiça. O privilégio foi o estigma deixado pelas circunstâncias do povoamento e da colonização, e de sua perversidade não nos livraremos, sem a mobilização da consciência nacional” (Guimarães, 1987).

A soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político compõem os fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme previsão do artigo 1º da Constituição. Esses são os pilares que estruturam o rol de direitos fundamentais previstos ao longo do texto constitucional. Outros temas relacionados a grupos sociais historicamente vulnerabilizados ganharam dimensão constitucional por meio de capítulos e previsões normativas específicas, a exemplo do voto facultativo para analfabetos, povos indígenas, das comunidades remanescentes de quilombos, criança e adolescente e pessoas com deficiência. O enfrentamento ao racismo, pela primeira vez, ganha status constitucional, materializando uma das reivindicações do movimento negro, que demandava um compromisso público do Estado com a pauta, sobretudo o reconhecimento da existência do racismo e da desigualdade social por motivo de raça (Rios, 2012, p. 49-50).

A participação popular durante os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1987/1988 foi ampla, e ocorria de diferentes formas, tais como audiências públicas e encaminhamentos de manifestações populares à Assembleia (Pereira, 2023, p. 498). Não por acaso, o texto constitucional prevê mecanismos de participação popular nas decisões do poder estatal e pleno exercício da cidadania. O povo definitivamente ingressa no espaço constitucional e na “construção de sentido da Constituição Federal” (Pereira, 2023, p. 502).

A virada para o Século XXI, entretanto, inaugurou uma outra fase do processo de redemocratização do país. Os movimentos sociais que se organizaram a partir do final da década de 1970 e participaram ativamente da Assembleia Constituinte, passados uma década da promulgação do texto de 1988, começam a reivindicar a efetividade das promessas constitucionais e maior participação

no sistema político. Por outro lado, se acirraram os conflitos de interesses entre grupos historicamente antagônicos. Esses conflitos resultaram dos próprios arranjos institucionais gestados no processo constituinte. De fato, a Constituição de 1988 recebeu a influência das três principais bases político-filosóficas que moldaram o constitucionalismo latino-americano: liberais, conservadores e radicais (Gargarella, 2014, p. 50). Rezende, a partir dos estudos de Faoro, ressalta as particularidades históricas do Estado brasileiro que, a fim de obstruir o progresso social por interesse da elite dominante, sempre optou por soluções conciliatórias, de forma a cristalizar uma cultura política de resistência a mudanças (2005, p. 516-517).

Ao final da década de 1990 e o início dos anos 2000 a pobreza, a violência, a desigualdade de gênero e o racismo ainda eram problemas graves a serem enfrentados pela sociedade e pelo Estado. Em consequência disso, as instituições democráticas se desgastam e perdem a confiança dos cidadãos (Carvalho, 2021 p. 12). Por outro lado, ganha ênfase a questão da representação política de segmentos historicamente marginalizados na sociedade, a fim de se materializar a pluralidade e a legitimidade democrática das instituições.

O movimento negro do Século XXI apresenta uma agenda política propositiva que tem como objetivo o combate direto ao racismo estrutural e institucional que ainda mantém e reproduz as assimetrias de poder entre brancos e negros. Entre suas reivindicações, constam questionamentos centrais ao *status quo* vigente, dentre elas a mudança na educação escolar, de modo a extirpar dos livros didáticos, dos currículos e das práticas de ensino os estereótipos e os preconceitos contra os negros (Guimarães, 2001, p. 135) e a implementação de políticas de ação afirmativa por meio de cotas raciais para pessoas negras e pardas em instituições públicas de ensino superior e na Administração Pública.

A partir dessa realidade, os estudos de Luiz Augusto Campos e Carlos Machado apresentam indagações muito pertinentes para uma reflexão sobre democracia e representação política: há uma relação entre democracia e desigualdades raciais? (Campos; Machado, 2020, p. 15). De pronto, os autores esclarecem que até 2014 o Tribunal Superior Eleitoral não computava dados sobre raça/cor das candidaturas, o que também repercute na escassa produção acadêmica sobre o assunto. Isso reflete, também, a maneira como o Estado brasileiro tratou a questão racial ao longo da história. Por outro lado, a evolução dos debates em torno da luta antirracista demanda uma adequada representação nos espaços decisórios (Campos; Machado, 2020, p. 17).

O tema é extremamente complexo e desafia os cânones tradicionais da concepção liberal. A partir de lentes individualistas, a representação em uma democracia teria como finalidade a materialização, no espaço político, de um conjunto de ideias e interesses de um grupo (Campos; Machado, 2020, p. 28). Por outro lado, os estudos mais contemporâneos sobre democracia têm procurado enfrentar o problema da discriminação sistêmica à qual algumas minorias têm sido historicamente submetidas.

A representação política como instrumento de combate à discriminação visa responder à complexidade das sociedades contemporâneas, que necessariamente enfrentam os problemas das desigualdades estruturais. A partir disso, a ideia de representação política precisa considerar a interação de marcadores sociais (raça,

classe, gênero, religião etc.) que caracterizam determinados grupos de pessoas e, por essa razão, os situam em um contexto de vulnerabilidade no espaço público.

Diferenças de raça e classe perpassam o gênero, diferenças de gênero e etnia perpassam a religião e assim por diante. Os membros de um grupo de gênero, racial etc. tem histórias de vida que os tornam muito diferentes entre si, com diferentes interesses e diferentes posicionamentos ideológicos. Assim, o processo unificador requerido pela representação de grupos buscaria congelar relações fluidas numa identidade unificada, o que poderia recriar exclusões opressivas (Young, p. 141-142).

Os estudos sobre racismo na atualidade vêm desconstruindo o mito da democracia racial e problematizando a face “mascarada” do racismo brasileiro. No entanto, essa ideologia ainda perpassa o imaginário das instituições e da sociedade no país. Esse estado de coisas impõe ainda mais desafios à questão da representação política de pessoas negras. Conforme já mencionado nesse estudo, desde as décadas de 1930/1940 já era possível identificar contradições e ausência de consenso entre ativistas e intelectuais negros sobre a questão racial.

Com razão, Campos e Machado lembram que essa fluidez das fronteiras raciais no Brasil, associada ao entrecruzamento entre raça e classe, impediram o estabelecimento de opiniões e interesses unificados entre negros e pardos para o combate à discriminação racial (Campos; Machado, 2020, p. 31). No entanto, a perspectiva que descortina a interface estrutural do racismo emoldura uma fundamentação teórica e jurídica adequada à implementação de políticas públicas que viabilizem a representação política de pessoas negras, considerando a intersecção entre raça e gênero.

A respeito da categoria “racismo estrutural”, elaborada por estudiosos estadunidenses¹, menciona-se a abordagem de Isis Conceição, ao explicar que o conceito tem como objetivo:

[...] dar visibilidade ao esforço de explicar as razões pelas quais as desigualdades raciais permanecem, mesmo com a aplicação de políticas de ações afirmativas e com o surgimento de representantes Afrodescendentes em inúmeros espaços de poder, e entender por que a raça continua a ser um forte condicionador dos índices de bem-estar. A ideia de racismo estrutural baseia-se na premissa de que uma análise estrutural deve fazer parte de qualquer trabalho com a finalidade de igualdade para que este seja bem-sucedido (Conceição, 2009, p. 38).

Mas como superar a ausência de uniformidade de opiniões e interesses entre os membros do grupo representado? Young enfrenta o problema apresentando a categoria da representação política pela perspectiva social. No caso, não se buscaria

¹Cita-se, a título de exemplo: BONILLA-SILVA, Eduardo. Rethinking Racism: Toward a Structural Interpretation. In: American Sociological Review, v. 62, n. 03 (jun. 1997), p. 465-480.

uma identidade rígida ou atributos comuns entre representante e representados, mas sim uma perspectiva que por meio de experiências, histórias e compreensões sociais, aproximem pessoas que não necessariamente compartilham da mesma opinião ou interesse (Young, 2006, p. 162).

A ideia de perspectiva busca captar a sensibilidade da experiência do posicionamento num grupo, sem especificar um conteúdo unificado para aquilo que a percepção vê. O posicionamento social, produzido por relações com outras posições estruturais e por processos sociais que resultam em consequências não planejadas, apenas proporciona uma experiência e uma perspectiva nos termos das quais determinados eventos e questões sociais são interpretados: elas não fazem a interpretação. Assim, podemos bem encontrar pessoas que têm uma perspectiva social semelhante, mas que fazem interpretações diferentes de uma questão. A perspectiva é uma abordagem da maneira de olhar eventos sociais, a qual condiciona, mas não determina o que se vê (Young, 2006, p. 166).

A proposta merece uma detida reflexão, tendo em vista a necessidade de se estabelecer mediações entre os múltiplos interesses que eventualmente atravessam determinado grupo específico. Todavia, em relação à representação política dos negros no sistema político brasileiro, a questão identitária deve ser analisada com especial atenção em se tratando de política pública, dada a histórica ausência dessas pessoas nos espaços de poder.

Os mecanismos de consolidação da democracia no Século XXI devem viabilizar a expressão das diferenças em detrimento da universalização dos modos de ser, viver e pensar. Essa foi a principal falha da concepção liberal, que ao vislumbrar um humano abstrato e universal, desconsiderou as diferenças concretas entre os seres humanos, impulsionando concepções filosóficas estereotipadas e discriminatórias sobre determinados grupos minoritários. Por outro lado, não há de se perder de vista que o isolamento e a suposta neutralidade da burocracia estatal (Coutinho, 1979, p. 40) apenas reforça a dominação da elite política sobre o conjunto da sociedade. “Uma democracia radical deve dar voz na deliberação política às perspectivas sociais oprimidas e excluídas dela” (Campos; Machado, 2020, p. 38).

Sob outra análise, destaca-se o estudo de Coutinho sobre “democracia política”, que é a socialização objetiva da participação política, bem como dos meios e dos processos de governar o conjunto social. Para o autor, trata-se de um valor estratégico permanente, na medida em que é condição tanto para a conquista quanto para a consolidação e aprofundamento da almejada transformação social (Coutinho, 1979, p. 37-38).

Campos e Machado, ao final da pesquisa sobre raça e eleições no Brasil, afirmam a dificuldade de apresentarem uma resposta conclusiva sobre o que impede pretos e pardos de se elegerem na mesma frequência que brancos. Entretanto, os autores destacam dois pontos que permitem concluir que o racismo estrutural também está presente no sistema eleitoral: o impacto negativo decorrente do

baixo acesso a financiamentos de campanha por parte dos candidatos negros e pardos; e a dificuldade de acesso a recursos sociais valiosos, leia-se, o acesso a uma elite de candidaturas competitivas. E por essa razão os autores concluem pela necessidade de o Estado adotar medidas específicas de mitigação dos componentes aristocráticos das eleições (Campos; Machado, 2020, p. 147-149).

Em que pese o avanço da agenda antidiscriminatória e antirracista no país, os tempos também apontam retrocessos em relação à movimentos de abertura do sistema político. A despeito da redemocratização e da centralidade dos princípios da igualdade e não-discriminação na atualidade, a elite dominante, tal qual nos primeiros dias da República no Brasil, sinaliza contrariedade a medidas que viabilizem a aproximação das minorias sociais e raciais do espectro do poder. É o que se verificou na Proposta de Emenda Constitucional n. 9/2023, que resultou na promulgação da Emenda Constitucional n. 133/2024 (Brasil, 2024).

A PEC 9/2023, denominada PEC da Anistia, teve como objetivo anistiar os partidos políticos de quaisquer sanções pelo não preenchimento da cota mínima de recursos ou que não destinaram os valores mínimos em razão de sexo e raça nas eleições de 2022 e anteriores. A PEC foi assinada por 184 deputadas e deputados federais representantes de todas as vertentes políticas que compõem a Casa Legislativa. Dentre outras medidas, o texto previa, também, a redução de recursos para candidatos negros em campanhas eleitorais para, no mínimo, 20% dos fundos eleitoral e partidário. A proposta contraria decisões proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2020) no sentido de que os recursos para pessoas negras devem ser proporcionais ao número de candidatos.

O Ministério da Igualdade Racial, em Nota Oficial contrária à proposta, definiu com assertividade o impacto da PEC n. 09 na agenda antirracista:

No Brasil, o racismo e o sexismo são regra, não exceção. Assim a ausência, o silêncio e falsa neutralidade de iniciativas como a PEC 9/2023 tornam as instituições e seu agentes ética e politicamente responsáveis pela perpetração desse sistema, pois como apontou Lélia González, enquanto tal questão não for assumida de forma completa e efetivamente comprometida, será muito difícil, no Brasil o exercício de uma ordem constitucional efetivamente democrática" (Brasil, 2023a).

A EC nº 133/2024, além de conceder anistia aos partidos políticos pela não aplicação da cota mínima de recursos de campanha para as candidaturas de pessoas pretas e pardas em eleições passadas, prevê a aplicação de no mínimo 30% dos recursos financeiros para as eleições futuras. Entretanto, na prática, a nova regra constitucional pode representar um retrocesso, uma vez que pelo regramento anterior, os gastos dos partidos deveriam ser proporcionais ao número de candidaturas de pessoas negras e pardas. Em outras palavras, se houvesse 60% de candidatos pretos e pardos, os recursos financeiros para campanhas deveriam corresponder a 60% do total. A EC nº 133/2024 exige que o partido político aporte tão-somente 30% dos recursos para pessoas pretas e pardas.

A EC nº 133/2024 já é objeto de questionamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal. No final do mês de agosto de 2024 a Rede Sustentabilidade e a Federação Nacional das Associações Quilombolas (Fenaq) protocolaram Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando pontos da referida Emenda Constitucional (ADI n. 7707). De acordo com os autores da ação, a nova regra constitucional representa um retrocesso nas políticas de ações afirmativas para mulheres e negros, no que se refere ao aumento de suas participações políticas nos espaços decisórios.

O Relator da ADI, Ministro Cristiano Zanin, indeferiu a liminar pleiteada, sob o fundamento de que a ação afirmativa foi implementada pelo Congresso Nacional, com o apoio de parlamentares de diversos espectros políticos. Ao contrário do exposto pelos autores, o Ministro Relator observou que, considerando que a legislação anterior não estabelecia um percentual mínimo, eventual concessão da liminar prejudicaria os candidatos negros e pardos, que são historicamente sub-representados (Brasil, 2024b).

A iniciativa dos parlamentares de pleitearem a anistia dos partidos políticos pelo descumprimento de uma política pública extremamente relevante para o Estado Democrático revigora a advertência de Carvalho de que as concepções de república e democracia possuem exigências distintas. Explica o autor que democracia está relacionada à inclusão política e social, e república seria o governo da lei voltado para o bem comum, eficaz e transparente. No constitucionalismo brasileiro, persiste a dificuldade em juntar as duas dimensões (Carvalho, 2021, p. 252-253). Persiste, também, a tendência de se buscar as transformações “pelo alto”, de forma a perpetuar a marginalização das camadas populares não apenas da vida social, mas, principalmente, do processo de formação das grandes decisões políticas do país (Coutinho, 1979, p. 41).

A EC n. 133/2024 demonstra que o caminho a ser trilhado para a consolidação da democracia ainda reserva uma longa jornada. O sistema político, tal como alertado por Faoro, se mostra avesso a mudanças estruturais e tende a optar por consensos que, não raro, toleram que “o velho sobreviva ou até mesmo se sobreponha ao novo em quase todos os processos de mudança social” (Rezende, 2005, p. 517). A história constitucional brasileira, mesmo após a redemocratização, convive com expressivos recortes autoritários que se mobilizam em torno do controle político, ainda que sob o manto de uma democracia aparente. Esse fenômeno característico da arquitetura política brasileira já havia sido identificado por Faoro ao final dos anos cinquenta do século passado:

[...] O termo “autoritário” refere-se mais à estrutura governamental do que à ordem social. Em geral, o regime autoritário se satisfaz com o controle político do Estado sem pretender dominar a totalidade da vida socioeconômica da comunidade, ou determinar sua atitude espiritual de acordo com sua imagem. Este sistema é compatível, e ordinariamente se compatibiliza, com órgãos estatais separados, assembleias ou tribunais, numa ordenação formalmente jurídica. De outro lado, o regime autoritário convive com a vestimenta constitucional, sem que a lei maior tenha capacidade normativa, adulterando-se no aparente constitucionalismo – o constitucionalismo nominal, no

qual a Carta Magna tem validade jurídica, mas não se adapta ao processo político, ou o constitucionalismo semântico, no qual o ordenamento jurídico apenas reconhece a situação de poder dos detentores autoritários (2001, p. 877).

O processo de consolidação do regime democrático é permanente. Não atingiu o seu termo com a promulgação da Constituição de 1988. Desvendar o lado oculto do constitucionalismo brasileiro, que mesmo sob ideais republicanos e democráticos, ainda opera no sentido de sufocar a soberania popular, é condição essencial para a concretização do projeto de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

CONCLUSÃO

A história do constitucionalismo brasileiro no período republicano se caracteriza pela preocupação da elite dominante em movimentar a máquina estatal para conter as insurreições populares e manter as minorias distante do poder político. O pensamento constitucional brasileiro se estrutura no contexto do constitucionalismo latino-americano da segunda metade do Século XIX, que é marcado por uma fusão entre liberais e conservadores. Disso resulta um sistema político com forte concentração de poder no executivo, e com a previsão de direitos civis e políticos a serem usufruídos por um grupo específico de pessoas: aquelas consideradas aptas pelo poder hegemônico a "fazer o Brasil", os "homens de bem", proprietários e pertencentes a oligarquias.

A questão social aparece na cena política brasileira na década de 1920, quando a organização política pensada pelos constitucionalistas da geração de 1891 entra em declínio. Todavia, os anseios populares despertam o interesse da elite dominante, com o objetivo de manter o controle sobre movimentos oposicionistas que vinham provocando instabilidade no regime político.

O constitucionalismo brasileiro recepciona os direitos sociais pela primeira vez na Era Vargas, por meio da Constituição de 1934. No entanto, é no Estado Novo que a questão social ganha centralidade, a partir da política varguista de concentrar os interesses da emergente classe operária que crescia ao tempo da industrialização recente do país. Nesse momento histórico, os direitos sociais ganham ênfase justamente em um período de ditadura no Brasil, em que o Congresso estava fechado e todos os poderes estavam concentrados no executivo.

Ao trazer à cena a questão social no Brasil dos anos 1940, deve-se analisar a situação dos negros, outrora excluídos de qualquer cidadania e direitos na primeira fase da República. O entrecruzamento raça e classe ocupava os debates de lideranças e intelectuais negros durante o Estado Novo, e não havia consensos no grupo sobre o problema do "preconceito de cor". Por outro lado, o próprio Estado Novo tratava de inibir a discussão racial em nome da ideia de nacionalismo, próprio dos regimes totalitários.

O mito da democracia racial idealizado por Gilberto Freyre nos anos 1930 foi integralmente absorvido pelo regime da ditadura civil-militar a partir de 1964. A ideologia permitiu ao sistema político manter as hierarquias sociais e raciais que garantiam a estabilidade do sistema político e a concentração de poderes

nas mãos da elite dominante. O cenário começaria a mudar no final dos anos 1970, com a ascensão de movimentos sociais organizados que iriam participar ativamente da Assembleia Constituinte de 1987/1988.

A redemocratização foi cercada de esperanças de que o Brasil tomaria o rumo da justiça social. No entanto, a virada para o século XXI foi marcada pelo aumento das demandas sociais e pela reivindicação dos movimentos populares por maior participação política. Os debates em torno de políticas de ação afirmativa para viabilizar o ingresso de minorias nos espaços de poder adquirem um certo protagonismo.

Nessa perspectiva, ao problematizar o histórico déficit de representação política das minorias, se torna necessário trazer à cena o debate sobre a discriminação racial no Brasil, em sua dimensão estrutural e institucional. Isso está diretamente relacionado aos objetivos de consolidação da democracia no país. Na história brasileira, a questão social e a questão racial se confundem, embora não tenham o mesmo significado. De acordo com dados do IBGE, as pessoas negras levam desvantagem nos principais indicadores sociais de acesso a uma vida digna (saúde, educação, moradia, exposição a violência etc.).

O aumento da representação política de pessoas negras, por meio de políticas públicas com abordagens interseccionais, é medida essencial para a construção da democracia. Raça, classe e gênero são marcadores que compõem o sistema de dominação que estruturou a formação do Brasil. Nesse sentido, a superação do mito da democracia racial é estratégica, junto com um debate maduro sobre como deverá se dar e se legitimar a representação política de grupos minoritários.

No entanto, o Projeto de Emenda Constitucional n. 9/2023 sugere que o pensamento que mobilizou a elite política nos primeiros anos da República permanece atual. As representações populares não são bem-vindas no sistema político brasileiro, e eventuais movimentos nesse sentido devem ser vistos como pequenas concessões controladas, e não como ações orientadas a mudanças estruturais.

A PEC 9/2023 é um exemplo, também, de que república e democracia não são conceitos que se confundem. Nesse sentido, apesar dos desafios que atravessam a democracia brasileira, não há de se perder de vista que o caminho para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária passa pela correlação entre república e democracia, conforme leciona José Murilo de Carvalho: “precisamos continuar a democratizar a república pela inclusão social, sem abandonar o esforço de publicanizar a democracia pelo governo da lei, eficaz e transparente” (2021, p. 222).

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, A. *A democracia e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro, 1944.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Emenda Constitucional n. 9/2023*. Brasília, 22 de março de 2023a.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 133, de 22 de agosto de 2024. Impõe aos partidos políticos a obrigatoriedade da aplicação de recursos financeiros para candidaturas de pessoas pretas e pardas; estabelece parâmetros e condições para regularização e refinanciamento de débitos de partidos políticos; e reforça a imunidade tributária dos partidos políticos conforme prevista na Constituição Federal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 163, p. 2, 23 ago. 2024a.

BRASIL. Ministério da Igualdade Racial. *Nota Oficial contra a PEC 9/2023: No Brasil, o racismo e o sexismo são a regra, não a exceção*. Brasília, 17 de maio de 2023b. Disponível em: https://www.gov.br/igualdaderacial/pt-br/assuntos/copy2_of_noticias/nota-ofial-contra-a-pec-9-2023. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 5 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.077*. Relator Ministro Cristiano Zanin. Brasília, 6 de setembro de 2024b.

CAMPOS, L. A.; MACHADO, C. *Raça e Eleições no Brasil*. Porto Alegre: Zouk, 2020, p. 15.

CARVALHO, J. M. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021. Ebook (253 p.).

CONCEIÇÃO, I. A. *Os Limites dos Direitos Humanos Acríticos em face do Racismo Estrutural Brasileiro: o Programa de Penas e Medidas Alternativas do Estado de São Paulo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

COUTINHO, C.N. A Democracia como Valor Universal. In: SILVEIRA, E. et. al. *Encontros com a Civilização Brasileira*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

DUARTE, E. P.; QUEIROZ, M. V. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o constitucionalismo em face do lado oculto da modernidade. In: *Cultura Jurídica e Atlântico Negro: História e Memória Constitucional*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 83-115.

FAORO, R. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001.

FERNANDES, F. *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

FREYRE, G. *Casa Grande & Senzala*. 48. ed. São Paulo: Global Editora, 2003.

- GARGARELLA, R. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.
- GONZALEZ, L.; HASENBALG, C. *Lugar de negro*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982.
- GUIMARÃES, A. S. A. A questão racial na política brasileira (os últimos quinze anos). *Tempo Social; Rev. Sociol. USP*, S. Paulo, 13(2): 121-142, novembro de 2001.
- GUIMARÃES, A. S. A. *Modernidades Negras: a formação racial brasileira (1930-1970)*. São Paulo: Editora 34, 2021.
- GUIMARÃES, U. [Discurso]. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, 04 de fevereiro de 1987. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/o-discurso-parlamentar-e-a-constituicao-cidada/003anc04fev19873.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.
- LYNCH, C. E. C. *Da Monarquia à Oligarquia: História institucional e pensamento político brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Alameda, 2014.
- MARTINS, L. A Crise da Primeira República e o surgimento da oposição legítima no Brasil. In: *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 95-114, jan.-abr. 2022.
- MOURA, C. *Brasil: as raízes do protesto negro*. São Paulo: Editora Dandara, 2023.
- NASCIMENTO, A. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- NOVAES, B. P. Fazer o Brasil sobre corpos negros: atualização de discursos racistas no mito bolsonarista. In: FLAUZINA, A.; PIRES, T. (Org.) *Rebelião*. Brasília: Brado Negro, Nirema, 2020.
- PEREIRA, A. L. P. Constitutio Libertatis: uma análise do processo constituinte brasileiro de 1988. In: PAIXÃO, C.; CARVALHO, C. P. *História Constitucional Brasileira: da Primeira República à Constituição de 1988*. São Paulo: Almedina, 2023, p. 489-504.
- RAMOS, A. G. *Negro sou: a questão étnico-racial e o Brasil: ensaios, artigos e outros textos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.
- REZENDE, M. J. A prática política oligárquica e o debate sobre presidencialismo e parlamentarismo em meio à transição política em Raymundo Faoro. In: *Revista de Humanidades*, v. 07, n. 18, out/nov. 2005, p. 510-530.

RIOS, F. O protesto negro no Brasil contemporâneo. *Lua Nova*, São Paulo, 85, p. 41-79, 2012.

ROSENFELD, L. A crise do pensamento constitucional da Primeira República: o debate da década de 1920. *Estudos Ibero-Americanos*, Porto Alegre, v. 46, p. 1-17, set.-dez. 1920.

SADER, E. *Quando novos personagens entraram em cena: experiências, falas e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo (1970-1980)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SOUZA, A. Raça e política no Brasil urbano. *Revista de Administração de Empresas*, v. 11. N. 4, p. 61-70, 1971.

YOUNG, I. M. Representação política, identidade e minorias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 139-190, 2006.

ABANDONO DIGITAL: A RESPONSABILIZAÇÃO PARENTAL EM RELAÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CONTEXTO DAS TECNOLOGIAS DIGITAIS E DO ACESSO À REDE

Bruna Siqueira Moraes dos Santos*

Alan Yokoda Kohama**

Andreza Marques de Castro Leão***

RESUMO

Este artigo discute sobre como o abandono digital tem se tornado uma problemática, pois o acesso à internet tornou-se comum no século XXI, estando presente no cotidiano das pessoas. O método empregado nesse estudo é de cunho bibliográfico e exploratório, e busca trazer um diálogo entre as consequências dessa negligência e as leis que asseguram os direitos de crianças e adolescentes no Brasil. Entre os achados obtidos, constatou-se o incremento do abandono digital após a pandemia do Coronavírus, dando mostras da importância do uso saudável das tecnologias digitais e de medidas para garantir seu usufruto de forma a não colocar crianças e adolescentes em situação de risco. Nesta direção, a educação sexual se configura enquanto importante aliada na perspectiva preventiva desse fenômeno.

Palavras-chave: abandono digital; negligência à criança; leis de proteção.

Data de submissão: 17/04/2024

Data de aprovação: 30/07/2024

* Mestranda em Educação Escolar e graduada em Pedagogia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.

** Mestrando em Educação Sexual na FLCar da UNESP (2022). Graduação em Psicologia pela Universidade Paulista (2021). Graduação em Direito pela UNESP - campus de Franca/SP (1995).

*** Livre Docente em Educação Sexual pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (2022). Docente Vinculada ao Departamento de Psicologia da Educação e aos Programas de Pós-graduação em Educação Sexual e Educação Escolar da Faculdade de Ciências e Letras de Araraquara (FCLar) - UNESP.

DIGITAL ABANDONMENT: PARENTAL RESPONSIBILITY TOWARDS CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE CONTEXT OF DIGITAL TECHNOLOGIES AND ACCESS TO THE WEB

Bruna Siqueira Moraes dos Santos
Alan Yokoda Kohama
Andreza Marques de Castro Leão

ABSTRACT

This article discusses how digital abandonment has become a problem, as access to the internet has become commonplace in the 21st century and is present in people's daily lives. The method used in this study is bibliographical and exploratory, and seeks to bring a dialog between the consequences of this negligence and the laws that ensure the rights of children and adolescents in Brazil. Among the findings was an increase in digital abandonment following the Coronavirus pandemic, showing the importance of healthy use of digital technologies and measures to ensure that they are enjoyed without putting children and adolescents at risk. In this respect, sex education is an important ally in preventing this phenomenon.

Keywords: digital abandonment; child neglect; protection laws.

Date of submission: 17/04/2024

Date of approval: 30/07/2024

INTRODUÇÃO

Este artigo se propôs a elencar os motivos que ocasionaram o incremento do abandono digital após a pandemia da COVID-19, visto que trouxe agravos à sociedade, sobretudo à falta de acompanhamento dos pais ou responsáveis quanto ao uso da internet por crianças e adolescentes (Alves, Santana; Cerewuta, 2022). É um assunto complexo, pois traz desafios significativos às famílias, educadores e à sociedade, de modo geral.

O presente estudo também aponta as leis que asseguram os direitos de crianças e adolescentes que são vítimas dessa negligência. Embora não seja um assunto amplamente discutido, é uma nefasta realidade do cotidiano, uma vez que se tornou comum o uso das tecnologias digitais pelas pessoas, incluindo dos infantes.

De acordo com o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (Brasil, 1990). O Estatuto dispõe acerca da proteção integral dos infantes até os dezoito anos de idade, incluindo no ambiente virtual.

Em que pese a importância disso, o problema de pesquisa que norteou este artigo foi 'por quais razões ocorreu o incremento do abandono digital', tendo como contexto a realidade da pandemia da COVID-19, que trouxe inúmeros agravos à sociedade, entre os quais pode-se apontar o aumento do abandono digital junto a escassez de legislações atentas a este aspecto.

A discussão cuidadosa deste tema requer uma abordagem "multidisciplinar", a fim de se ter compreensão abrangente quanto de sua incidência, como forma de desnudar as suas causas, e, sobretudo, seus efeitos. É mister destacar ainda a importância da sua tematização, já que esta negligência traz agravos aos infantes, ainda que não sejam devidamente discutidos.

À luz da literatura científica tem-se inúmeras consequências quanto à sua manifestação, as quais incluem: problemas no desenvolvimento, prejuízos psicológicos e perda na habilidade social em construção (Alves; Santana; Cerewuta, 2022). De fato, traz agravos sérios ao desenvolvimento físico, sensorial, psicológico e social de crianças e adolescentes, visto que se encontram em etapas ainda de desenvolvimento, o que evidencia que necessitam de um responsável que os acompanhe em todos os ambientes, incluindo no âmbito digital.

Convém explicitar que um dos fatores que intensificou o uso da tecnologia no século XXI foi a COVID-19. No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou o novo Coronavírus (Sars-CoV-2) como uma pandemia global. "O vírus teve seu epicentro inicial na província de Hubei, na China, em dezembro de 2019." (Aleixo, et al., 2020, p.1430). Com o início da pandemia, o Brasil alinhado ao cenário mundial, adotou medidas de distanciamento social, incluindo o fechamento de escolas, ocasionando na implementação do ensino remoto emergencial (ERE).

Por conseguinte, o uso de tecnologias digitais tornou-se mais comum no dia a dia das pessoas, especialmente de crianças e adolescentes. Ainda que fazendo parte do cotidiano, o uso excessivo dessas tecnologias é uma das maiores preocupações na era digital (Alves; Santana; Cerewuta, 2022), já que

afeta negativamente a vida de crianças e adolescentes, pessoas que estão em fase de desenvolvimento.

Isto posto, a presente pesquisa tem como objetivo ponderar acerca do abandono digital após a pandemia, e à luz dos estudos científicos explicitar as suas consequências e a legislação existente sobre esse tema. Visa, além disso, apontar ações na perspectiva preventiva que podem ser adotadas por pais e educadores, atrelando a educação sexual enquanto importante dispositivo educativo e de enfrentamento a este fenômeno.

Este estudo é de natureza qualitativa e de cunho bibliográfico, que tem sido utilizado nos estudos das humanidades em geral. A pesquisa bibliográfica consiste em revisar e analisar pesquisas e publicações existentes sobre determinado assunto. Com efeito, “a pesquisa científica é iniciada por meio da pesquisa bibliográfica, em que o pesquisador busca obras já publicadas relevantes para conhecer e analisar o tema problema da pesquisa a ser realizada” (Sousa; Oliveira; Alves, 2021, p. 65). Dentro dessa abordagem empregou-se a pesquisa exploratória sobre o tema em questão.

Para o referencial teórico buscou-se artigos nas bases de dados acadêmicos: Scopus, Web of Science, ScienceDirect, Partenon e Google Acadêmico, sendo empregadas as seguintes palavras-chave: “abandono digital infantil”, “legislação infantil” e “uso excessivo de tecnologia pós pandemia do coronavírus”. Embora se tenha constatado a escassez de pesquisas na área, foi possível notar nos trabalhos obtidos a menção ao uso desenfreado de tecnologias digitais por crianças e adolescentes, principalmente durante o período da pandemia da COVID-19. Vale ressaltar que o período considerado nesta busca foi de outubro de 2023 a janeiro de 2024, tendo por foco pesquisas realizadas após o cenário pandêmico, mas que tiveram como foco analisar tal cenário.

Na busca empreendida desta pesquisa obteve-se um total de três artigos. Foi realizada a leitura de todos, a fim de verificar se tinham intrínseca relação com os intentos do presente estudo. Após a seleção desses artigos foi realizada uma análise crítica e acurada, assim como a síntese das informações contidas nas publicações selecionadas, sendo identificados os principais tópicos abordados, os pressupostos teóricos, os conceitos cernes, o método utilizado, bem como as conclusões e as sugestões tecidas.

É válido apontar que a motivação para a elaboração desta pesquisa emerge do fato de que crianças e adolescentes são pessoas que têm direitos, entre os quais, de serem devidamente cuidadas, porém concernente ao abandono digital, fenômeno que incide de maneira mais evidente após a pandemia, não tem recebido a devida atenção da sociedade enquanto emblemático problema que afeta esse público e fere seus direitos.

Outrossim, é obrigação da sociedade como um todo, incluindo dos seus responsáveis, cuidar, proteger e efetivar os direitos das crianças e adolescentes. Como cidadãos brasileiros, todos os indivíduos possuem uma relação intrínseca com o Estado, sendo sujeitos de direitos, bem como de deveres.

Diante do exposto, o presente artigo foi dividido em quatro seções. A primeira seção se concentra em explicar como a pandemia impactou a educação no Brasil. A segunda aborda as consequências do abandono digital, e a terceira

seção, por sua vez, aponta as leis que protegem as crianças e adolescentes dessa negligência. Já na quarta seção são delineadas algumas possíveis ações preventivas e de enfrentamento a esse fenômeno.

1 A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E SUAS CONSEQUÊNCIAS À EDUCAÇÃO BRASILEIRA

A Organização Mundial de Saúde (OMS)¹ Declarou em 11 de março de 2020 uma pandemia global causada pelo Coronavírus (Sars-Cov-2). A partir dessa declaração o mundo precisou se adaptar a um novo estilo de vida para impedir a proliferação do vírus, o que gerou mudanças em todas as atividades e relações sociais das pessoas, incluindo no âmbito educacional. Como resultado foi implementado o ensino remoto emergencial (ERE) nas escolas do país, tendo em vista reduzir os prejuízos à aprendizagem dos estudantes. No entanto, a adaptação dessa forma de ensino foi conturbada, tanto para os professores quanto aos alunos e familiares (Souza *et al.*, 2021), devido à dificuldade de acesso às tecnologias, falta de conectividade, entre outros.

Além disso, o uso da *internet* no cotidiano das pessoas se intensificou no século XXI, principalmente durante a pandemia do Coronavírus, e hoje se tornou uma necessidade para as pessoas em sociedade, visto que essa ferramenta se incorporou nos âmbitos familiares, sociais, econômicos e escolares no mundo todo (Alves; Santana; Cerewuta, 2022).

O ensino remoto adotado no cenário pandêmico trouxe agravos acadêmicos, porquanto afora as dificuldades comuns que muitos estudantes apresentam no processo educativo, muitos pais não conseguiram ajudar os filhos na jornada escolar, resultando que muitos estudantes tiveram que abandonar a escola e outros tiveram graves prejuízos acadêmicos. Já os professores se sentiram desmotivados com as aulas remotas, porquanto a interação na modalidade *online* é mais restrita, além das dificuldades de se articular ações pedagógicas mais instrutivas nessa modalidade de ensino.

Nesta diapasão, o artigo intitulado “Impacto da pandemia do covid-19 na educação: reflexos na vida das famílias” (Grossi; Minoda; Fonseca, 2020), traz os relatos dos pais e alunos durante o ensino remoto emergencial, em que se nota os seguintes elementos: a não adaptação dos alunos a esta modalidade de ensino; dificuldade de acesso à *internet*; a falta de computadores e ferramentas tecnológicas nas residências; os estudantes ficavam horas debruçados nos artefatos tecnológicos sem a supervisão dos adultos; a dificuldade que tiveram de sanar suas dúvidas com os professores, entre outros. Essas dificuldades ocasionaram impactos negativos à educação dos estudantes, entre os quais se incluem a exclusão escolar e o abandono digital, ou seja, os infantes realizaram as atividades escolares sozinhos, sem o devido acompanhamento de adultos próximos.

É crucial frisar que durante a pandemia não se teve, de modo geral, a devida orientação e apoio às crianças em relação ao uso da *internet* (Antunes

¹ A Organização Mundial de Saúde (OMS) é um órgão especializado em saúde que foi criada com objetivo de cuidar das questões relacionadas à saúde global.

Neto, 2021). Uma das consequências dessa falta de supervisão é o abandono digital, no qual as crianças utilizam aparelhos tecnológicos várias horas seguidas sem o acompanhamento e auxílio de um adulto. Este abandono se caracteriza enquanto uma negligência, pois priva a criança dos seus direitos, entre os quais, de ser protegida e cuidada. Os agravos disso evidenciam que o

[...] desamparo dos pais traz prejuízos à saúde e ao bem-estar de seus filhos, como o desenvolvimento de ansiedade, depressão, comportamentos agressivos, irritabilidade e o isolamento social desses jovens, o que afeta diretamente o amadurecimento e o desenvolvimento cognitivo (Nascimento; Moreira, 2023, p. 340).

Em suma, o abandono digital infantil se resume a omissão de cuidado, proteção e segurança aos menores de idade no ambiente virtual, reconhecida como uma negligência parental, expondo a criança e o adolescente a uma situação de vulnerabilidade, trazendo agravos ao seu desenvolvimento enquanto ser humano em progressão, como outrora citado. Além disso, afeta a interação social e o desenvolvimento cognitivo.

Nessa conjunção, diferente de algumas modalidades de violência que afetam os infantes, está se manifesta no mundo virtual, sendo uma forma de negligência parental, se configurando enquanto uma omissão. Pode-se considerar que são os genitores ou os responsáveis que fornecem os equipamentos eletrônicos e permitem que crianças e adolescentes acessem a *internet*, e a falta de supervisão quando do uso desses equipamentos os coloca em situação vulnerável.

À vista disso, se faz necessário que os pais e/ou responsáveis assumam o dever de prestar a assistência apropriada e exercer o monitoramento permanente das atividades *online* exercidas por eles (Pinheiro, 2016, p. 99). Afinal, é preciso que tenham supervisão, porquanto ainda não tem maturidade cognoscente para filtrar o que acessam na *internet*.

Outro aspecto importante a mencionar é que a formação da sexualidade e da identidade dos infantes na contemporaneidade passa pelo uso da *internet* e dos dispositivos móveis, que afetam e influenciam a maneira das pessoas se portarem e de se perceberem.

Com a maior facilidade de acesso ao mundo virtual, crianças e adolescentes se conectam cada vez mais no ambiente digital, tal qual os adultos. Entretanto, de acordo com o estudo intitulado "Dependência de Internet: Um Estudo com Jovens do Último Ano do Ensino Médio" (Tumeleiro *et al*, 2018), realizado nos Estados Unidos, o uso desenfreado desse ambiente pode acarretar entraves sérios ao desenvolvimento. Os autores elucidam que em razão da falta de maturidade cerebral das crianças, o emprego desse ambiente acarreta a não percepção de assimilação das mídias digitais e acabam não compreendendo o que assistem (Tumeleiro *et al*, 2018), visto que, não conseguem diferenciar o mundo real do mundo de fantasias. Por isso, é necessário investir em atividades que irão contribuir para a maturidade cognitiva das crianças, tais como: interações socioafetivas, brincadeiras sensoriais, assim como atividades com outros infantes.

É pertinente observar que compete aos pais e responsáveis zelar pelo desenvolvimento salutar dos infantes, pois quando se omitem, deixando-os à

mercê desse ambiente, coloca-os em situação de risco, já que se trata de um abandono no ambiente digital. Em virtude da gravidade dessa temática é relevante se ponderar acerca de suas consequências, tendo em vista que são nefastas às crianças e adolescentes, porquanto afetam a qualidade de vida e o desenvolvimento como um todo, incluindo, o desenvolvimento sexual e cognitivo.

Somado a isso, é preciso implementar ações efetivas que podem ser adotadas para a contenção deste fenômeno. Entre as quais é preciso que os pais se envolvam ativamente nas atividades *online* dos seus filhos, de modo a monitorar o acesso à *internet*, estando atentos aos *websites* que os menores de idade visitam e às pessoas com quem interagem. Já a escola deve promover a consciência da cidadania digital entre as crianças, visando auxiliá-las a navegar no mundo *online* com segurança. Assim, o implemento dessas estratégias, tanto pelos pais quanto pelos educadores, pode-se mitigar os riscos associados ao abandono digital, criando um ambiente virtual mais seguro para os infantes.

Além disso, frente a configuração desse abandono e ciente de todas as consequências negativas geradas, Maruco e Rampazzo (2020) trazem à tona a necessidade da intervenção do Estado com políticas públicas voltadas a esta modalidade de violência, de maneira a proteger crianças e adolescentes, e dos pais, por sua vez, se aterem a seu dever e responsabilidade de cuidar deste público. Destarte, é mister que tais políticas explicitem a gravidade desse fenômeno que demanda atenção, visto que o mundo digital também necessita de leis e segurança (Freitas; Teixeira, 2019), pois como tem sido largamente divulgado nas mídias, o ambiente digital não é terra sem lei.

2 PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO DIGITAL

O abandono digital tem produzido um número crescente de vítimas, visto que os artefatos tecnológicos estão inseridos no cotidiano da sociedade. A pesquisa intitulada *TIC Kids Online Brasil* (Cetic.br, 2023)² mostrou que 24% dos entrevistados relataram que iniciaram o contato com a *internet* na primeira infância, ou seja, até os seis anos de idade. Na atualidade, 95% da população de 9 a 17 anos de idade são usuários da *internet* no país, o que equivale a 25 milhões de pessoas (Cetic.br, 2023), ou seja, um número expressivo de pessoas.

Como citado anteriormente, o uso da *internet* pelas sociedades contemporâneas é considerado primordial em diversas áreas, sejam elas na esfera privada ou governamental. Entretanto, o uso massivo da rede mundial de computadores acabou por criar uma nova preocupação: o vício na *internet*.

² O Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), do NIC.br, é responsável pela produção de indicadores e estatísticas sobre o acesso e o uso da Internet no Brasil, divulgando análises e informações periódicas sobre o desenvolvimento da rede no País.

Na literatura científica é também chamada de “uso problemático/patológico da internet” ou “uso compulsivo da internet” (Zhu; Deng; Bai, 2023, tradução nossa).³

O vício na *internet* pode ter vários aspectos, dentre eles, a necessidade exagerada do seu uso, o desejo de continuar conectado, a dificuldade em cessar o uso e a desconsideração do uso em demasia. Estas características podem se manifestar por meio de jogos *online*, uso inadequado ou excessivo de redes sociais, acesso a *sites* pornográficos, vício em consumo de compras e/ou serviços online, entre outros (Zhu; Deng; Bai, 2023).

O uso excessivo das redes sociais também pode desencadear vários efeitos em crianças e adolescentes. Em uma pesquisa realizada no Reino Unido em 2018, o *Youtube* foi considerado como uma fonte positiva de conteúdo, devido à natureza educativa, de entretenimento e à formação de comunidades. Por outro lado, as redes sociais são capazes de gerar efeitos negativos, e ganhando destaque o *Twitter* (atual X), que foi associado a fonte de distúrbios do sono, *bullying* e FOMO (medo de perder algo importante)⁴ (Robert; Godart, 2023).

A Academia Americana de Pediatria destaca o aumento do distúrbio do sono por parte das crianças e adolescentes que apresentam alta exposição a telas, uso em demasia, sobretudo de dispositivos eletrônicos desde a primeira infância. O efeito das luzes dessas telas pode interferir nos níveis de melatonina, afetando a qualidade do sono. Isto pode levar a um diagnóstico equivocado de hiperatividade, devido a fadiga induzida pelo uso desses aparatos. A privação

³ Atualmente, a utilização da Internet tornou-se indispensável. Contudo, a dependência da Internet, também conhecida como “utilização problemática/patológica da Internet” ou “utilização compulsiva da Internet”, surgiu como um grave problema de saúde pública a nível mundial. A dependência da Internet é caracterizada pela preocupação, desejo, controle prejudicado, dificuldade em deixar de usar e o desprezo pelas consequências negativas de diferentes atividades na Internet. Dentro dessas atividades pode-se citar: jogos online, serviços de redes sociais, sítios pornográficos, coleção de vídeos e compras online excessivas. Ainda que a dependência da Internet possa ser multidimensional, apresenta diferentes subtipos e tem bases neurobiológicas, como a dependência cibersexual, a sobrecarga de informação e a dependência de redes sociais, com base em comportamentos de dependência específicos em contextos em linha, tem vindo a tornar-se cada vez mais prevalente, especialmente entre os adolescentes.

⁴ No Reino Unido, 1479 adolescentes entrevistados na pesquisa “Status of Mind” de 2018 classificou as redes sociais de acordo com os seus efeitos positivos e negativos: o YouTube foi apontado como o meio de comunicação com os efeitos mais positivos, seguido do Twitter. O Facebook ficou em terceiro lugar e o Snapchat em quarto. De acordo com os adolescentes, o Instagram tem os efeitos mais negativos. Quando questionados sobre os efeitos das redes sociais nas suas vidas, 31% acreditam que têm mais efeitos positivos e 24% efeitos negativos. Para 45%, os efeitos globais permanecem neutros. Nem todas as redes sociais têm os mesmos efeitos. O YouTube tem um impacto negativo particularmente significativo sobre o sono; o Twitter está sobretudo associado a efeitos negativos sobre o sono, além de estar associado ao assédio e ao medo de perder a oportunidade de viajar (FOMO); o Facebook é também vinculado pelos jovens a dificuldades de sono e a preocupações com a imagem corporal, ao assédio e ao FOMO numa intensidade mais elevada; O Snapchat está particularmente associado ao FOMO e a problemas de sono, bem como ao assédio. Para os adolescentes os principais impactos do Instagram são as preocupações com a imagem corporal, o sono, o FOMO e o assédio.

do sono também pode desencadear irritabilidade, instabilidade, impulsividade e tensões nas relações familiares (Chapron, 2020, p. 26).⁵

A falta de supervisão e preocupação dos pais e/ou responsáveis pelas crianças e adolescentes pode ocasionar uma série de riscos à saúde e à segurança no ambiente *online*. (Radaelli; Batistela, 2019). Primeiramente, o assédio sexual, em que pessoas podem se passar por outras com o intento de aliciar, manipular, coagir e seduzir tendo em vista buscar informações pessoais, afora agendar encontros pessoais com as suas vítimas.

Outro risco do abandono digital é o acesso a conteúdo inapropriado para menores de dezoito anos sem supervisão. Crianças e adolescentes podem visualizar conteúdos violentos e/ou pornográficos, os quais podem trazer agravos significativos ao desenvolvimento, além de afetar a saúde emocional. O *cyberbullying* também acontece em um ambiente virtual e incide quando uma criança ou adolescente sofre uma ameaça ou humilhação *online*, por parte de alguém, impactando a sua dignidade e o seu bem-estar emocional (Radaelli; Batistela, 2019).

O abandono digital também pode ocasionar o *sexting*, que implica no envio de conteúdo erótico como fotos, imagens, vídeos ou mensagens de texto de cunho sexual. O seu termo deriva da junção das palavras inglesas *sex* (sexo) e *texting* (enviar mensagens de texto). Nesta ação, quando perpetrada por crianças e adolescentes não existe necessariamente uma coação, contudo uma vez compartilhado o material, pode-se perder o controle da destinação dos mesmos (Belotti; Domingues, 2023), o que pode ter efeitos prejudiciais no bem-estar, saúde mental, desenvolvimento geral, além de aumentar a vulnerabilidade deles à exploração e ao abuso.

A dispersão de conteúdo privado *online*, fotos e vídeos, também conhecido como *revenge porn*, representa uma forma cruel de violação da privacidade, sendo um ato de violência digital que transpassa as fronteiras dos países, no qual o material distribuído acaba se tornando de domínio público. O *revenge porn* atinge principalmente as meninas, e envolve a divulgação de material de cunho sexual sem o consentimento destas. Tais materiais podem incluir textos, vídeos e fotos em momentos particulares pessoais como: cenas de nudez ou sexo (Pessoa; Sena; Muniz, 2022, p. 117-119).

Outra situação a ser considerada é o *grooming*, que é uma forma de *cyber* violência, na qual uma pessoa adulta se aproxima de uma criança ou adolescente no mundo virtual, com o propósito de criar um relacionamento de intimidade, pretendendo a exploração sexual da vítima. O perpetrador geralmente cria um perfil falso, com uma idade similar à vítima, em salas de bate papo virtuais, tais

⁵ A Academia Americana de Pediatria aponta para um aumento dos distúrbios do sono nas crianças que têm um elevado nível de exposição a telas (televisão, computador, aparelho celular) no seu quarto durante a primeira infância. A exposição a telas e os efeitos da luz azul afetam os níveis de melatonina e podem, evidentemente, atrasar ou perturbar o sono, além de afetar todas as regulações biológicas. A fadiga induzida por este efeito das telas pode produzir falsos positivos no diagnóstico de hiperatividade. É sobre estes efeitos neurológicos que a Academia de Medicina vai centrar o seu parecer. Além disso, a falta ou a má qualidade do sono produz vários efeitos os quais influenciam a vida cotidiana das crianças e dos seus pais. A irritabilidade, a instabilidade, a impulsividade e o fascínio das crianças por objetos ligados entre si conduzem a interações familiares mais tensas. Uma combinação de fatores, muitas vezes associada a vulnerabilidades ligadas ao estilo ou ao nível de vida, trazem agravos à aprendizagem.

como: aplicativos de mensagens, redes sociais e jogos *online* para se aproximar das crianças e adolescentes. Assim, ao ganhar a confiança da vítima, ele começa a introduzir conteúdo sexual nas conversas, depois solicita vídeos ou fotos íntimas e, por fim, após conseguir obter este conteúdo começa a chantageá-la para produzir mais conteúdo sexual ou para conseguir um encontro físico (Belotti; Domingues, 2023).

Nesse entremeio, o vício em tecnologias aparece como um grave problema a ser considerado. O uso exacerbado dos aparelhos eletrônicos e das redes sociais pode ocasionar dependência, isolamento social e problemas de saúde mental, tais como: ansiedade e depressão. A perda de privacidade também é um óbice a ser assinalado quando ocorre o compartilhamento de dados pessoais, fotos e vídeos de forma indevida por desconhecidos (Radaelli; Batistela, 2019).

Conforme Demonceaux e Boudokhane-Lima (2023) assiste-se a “cultura de quarto” decorrente do uso intensivo dos aparelhos tecnológicos, gerando um conflito nas relações entre pais e filhos. Apesar de ser um comportamento complexo e multifacetado, tem crescido principalmente entre os adolescentes, gerando um choque entre eles e as atividades comuns à família. Este comportamento pode gerar tensões no núcleo familiar, ocasionando uma contraposição entre o “nós” (família) e o “eu” (adolescente)⁶.

A exploração sexual também incide no âmbito digital e afeta crianças e adolescentes em todo o mundo. O intento dessa exploração visa o lucro ou benefício por atividades sexuais, e as vítimas, via de regra, são coagidas, aliciadas e manipuladas por meio de atividades sexuais. No ambiente virtual a situação pode ser mais alarmante, com o abandono digital intensificando as chances das crianças e adolescentes serem contatados por aliciadores e serem, por conseguinte, vítimas de crimes sexuais *online* (Pessoa; Sena; Muniz, 2022, p. 211-212).

Adicionalmente, a utilização inapropriada da *internet* pode culminar em danos significativos ou situações adversas em plataformas de redes sociais, especificamente na propagação de informações falsas a respeito das vítimas, mais conhecidas como *fake news* (*notícias falsas*). Essas notícias falsas decorrem da intenção de se obter vantagens econômica, social e/ou sexual (Nunes; Lehfled, 2018), e podem gerar pânico na população, manipular ideias nas mídias sociais e fazer com que adultos e adolescentes acreditem em fatos distorcidos ou totalmente falsos, prejudicando, com isso, a visão da realidade.

3 A LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO PARA AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

Faz-se necessária a proteção das crianças e adolescentes no mundo virtual, com o devido acompanhamento dos pais e/ou responsáveis na incursão

⁶ Ao assumirem um papel crescente na vida dos adolescentes, as práticas digitais acentuam a “cultura do quarto” (Glevarec, 2010) e competem com as atividades familiares. Muitos pais lamentam o fato dos seus filhos adolescentes preferirem “estar nas suas ferramentas digitais” a fazer algo em família. A tecnologia digital pode, portanto, estar no centro das tensões entre aquilo a que Claire Balleys, Olivier Martin e Sylvie Jochems (2018) se referem como o “nós” familiar e o “eu” adolescente. No entanto, alguns pais estão conscientes de que a tecnologia digital não é a causa destas tensões, mas concordam que as acentua fortemente.

por este local, como citado. E dentro da legislação brasileira já existem leis que protegem crianças e adolescentes no meio digital, ainda que não sejam amplamente conhecidas.

A responsabilidade dos pais e/ou responsáveis de crianças e adolescentes em protegê-los provém intrinsecamente do cumprimento das normas jurídicas, que constituem a base para a preservação e funcionamento harmonioso da sociedade democrática de direito. Como sujeitos de direitos e deveres, os cidadãos brasileiros são obrigados a respeitar o ordenamento jurídico (Mendes, 2010). Não obstante, nem sempre os pais ou responsáveis têm a responsabilidade jurídica que provém do conceito de cidadania instituída e sedimentada nos últimos séculos.

A evolução histórica do conceito de cidadania percorre vários milênios, perpassando por diversos pensadores clássicos e envolvendo um leque amplo de contextos filosóficos, sociais e políticos. A mudança no conceito do que é ser cidadão, não apenas refletiu as mudanças ocorridas ao longo do tempo, mas na forma como as sociedades se organizaram e como os direitos e deveres foram definidos.

A palavra cidadania tem origem latina *civitas* que significa cidade. Na Roma Antiga a cidadania tinha como significado os direitos políticos de uma pessoa e os direitos que ela tinha ou poderia exercer. Já na Grécia Antiga, tinha o significado de um homem que havia nascido nas terras gregas (Paraná, 2019).

Platão, filósofo da Grécia Antiga, balizou em sua obra "A República", que a cidadania é uma participação ativa do cidadão grego no convívio político da *polis* (Cidade-Estado), porém era uma visão restrita a uma pequena elite na sociedade grega, porquanto a maioria das pessoas (mulheres, crianças, estrangeiros e escravos) sequer era considerada cidadão (Ribeiro, 2002).

Thomas Hobbes, filósofo inglês, apresenta um panorama diferente de cidadania, em que o cidadão se sujeita ao poder do soberano e do Estado em troca de segurança. Nesta relação há o consentimento entre o povo e o poder estabelecido, constituindo um "contrato" para impor uma ordem dentro da sociedade (Ribeiro, 2002).

Em compensação, John Locke, filósofo inglês, idealiza a cidadania como um conjunto de direitos naturais, como a vida, a autonomia e a propriedade. Entretanto, essa relação não seria absolutamente servil, podendo os cidadãos se insurgir contra o seu soberano caso os seus direitos fundamentais não fossem protegidos (Goergen, 2013).

Já no século XX, Norberto Bobbio, filósofo italiano, enfatizou a mudança do conceito clássico de cidadania contratual para a cidadania social. Para ele, a cidadania não deveria focar apenas nos aspectos políticos, mas também nos direitos sociais e econômicos. (Cury, 2002).

Também no século XX, Dalmo de Abreu Dallari, jurista brasileiro, teceu comentários a respeito do conceito adotado por várias correntes jurídicas no mundo, porém todas elas estavam atreladas à necessidade de ligação com o Estado, principalmente para que se tenha o direito do gozo político. Em decorrência desse controle, os direitos da pessoa podem ser restringidos (Dallari, 1984).

Em suma, o conceito de cidadania evoluiu conforme o transcorrer da história no Brasil. A Constituição brasileira de 1988, também chamada de Constituição

Cidadã, foi um verdadeiro marco regulatório na transição da ditadura militar para o regime democrático. Neste período, ela foi concebida para estabelecer as bases da nova ordem jurídica e garantir os direitos fundamentais aos cidadãos. (Brasil, 2018).

Uma das principais características da Constituição foi proporcionar a cidadania como um direito amplo e inclusivo. Reconheceu e garantiu os direitos civis, políticos e sociais a todos os brasileiros. A cidadania, no atual direito brasileiro, visa o reconhecimento e proteção dos direitos individuais, coletivos e difusos, estando profundamente em busca de uma sociedade mais digna, democrática e abrangente. (Brasil, 2018).

A efetivação da cidadania é necessária para garantir a justiça e a igualdade na sociedade, principalmente no tocante à proteção integral das crianças e dos adolescentes. A Constituição Federal de 1988 determina a precedência de direitos e o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta os direitos e deveres, mecanismos de proteção e promoção desses direitos (Antonello; NoreMBERG, 2016).

Em linhas gerais, a citada Constituição (Brasil, 1988) tornou-se um marco importante quanto à defesa dos direitos civis, apresentando também princípios e diretrizes para a proteção das crianças e adolescentes, os reconhecendo como pessoas de direito e garantindo a sua proteção integral. O art. 227 desta Constituição estabelece que

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988).

Em razão disso, o Estado, o núcleo familiar, e a coletividade como um todo, passaram a ter a obrigação de proteger em todas as esferas as crianças e os adolescentes.

O art. 229 da Constituição (Brasil, 1988) também responsabiliza os pais ou responsáveis com os filhos menores de dezoito anos de idade e vice-versa, e esta responsabilização inclui o mundo real, bem como o virtual, que apesar de ser um local propício para novas formas de arte, educação e interação social, também pode apresentar conteúdos impróprios a pessoas de menor idade.

Após a promulgação da Constituição Federal, surge a Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecido como ECA (Brasil, 1990). O art. 1º do ECA dispõe sobre o Princípio da Proteção Integral de crianças e adolescentes, representando uma evolução dos direitos infantis, que antes era visto como mero aditamento dos direitos dos adultos. Ao instituir este princípio, passou a ser uma obrigação de todos, Estado, sociedade e família, a proteção de forma integral e interdependente, ou seja, todos os direitos são interligados e devem ser garantidos em conjunto para terem a sua efetividade. (Castro; Macedo, 2019).

O ECA é um documento de proteção e garantia de direitos das crianças e dos adolescentes, que estabelece salvaguarda em diversas áreas, tais como, educação, saúde, lazer, cultura, convivência familiar e comunitária (Brasil, 1990). Ainda que seja uma lei pioneira, precisa haver um constante aprimoramento de sua aplicação, assim como de toda a rede de proteção para enfrentar os desafios da sua aplicabilidade e efetividade nos casos concretos.

Além das legislações citadas, existe a Lei Federal nº 13709 de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (Brasil, 2018) que regula a proteção de dados pessoais. Essa Lei tem como foco a proteção dos jovens, exigindo que os dados pessoais hospedados em sítios eletrônicos, aplicativos e similares na *internet*, tenham o consentimento dos pais e/ou responsáveis. Ademais, essa lei prevê que os dados sejam preservados, estejam em segurança e rigorosamente protegidos.

Em seu art. 29, a LGPD define a obrigação do controle parental em relação aos sítios eletrônicos e programas acessados na *internet*. Em face da abrangência do mundo virtual, as crianças e adolescentes estão desprotegidas em caso de um possível abandono digital, e isso pode comprometer o desenvolvimento psíquico e emocional, agravando a chance de serem vítimas de diversos crimes (Simonetti; Soares, 2023). Ademais, pode trazer implicações sérias ao desenvolvimento sexual, cognitivo, social e afetivo.

Quanto à legislação punitiva, convém citar o art. 133 do Código Penal Brasileiro, que disciplina o crime de abandono de incapaz. O abandono de pessoa que está sob a sua guarda, cuidado, vigilância ou autoridade, é uma das violações mais graves dos direitos das crianças e adolescentes. A pena nesses casos é de detenção de seis meses a três anos, podendo chegar a doze anos de reclusão se o abandono resultar em morte (Brasil, 1940).

Existe a previsibilidade de infrações administrativas no Estatuto da Criança e do Adolescente que poderiam ser aplicadas ao caso de abandono digital infantil, como o art. 249 que impõe multa de três a vinte salários-mínimos de referência para aqueles que descumprirem os deveres inerentes ao poder familiar (Brasil, 1990).

Conforme os arts. 932 e 933 do Código Civil Brasileiro, ante a incapacidade de discernimento, os pais e/ou responsáveis, devem arcar pelos danos causados pela falta de vigilância dos menores de idade, independente de culpa, sendo responsabilizados pelos atos praticados por seus filhos (Brasil, 2002).

Em 2024 teve-se a promulgação da Lei Federal nº 14811, que visa proteger as crianças e adolescentes no âmbito educacional e potencializa a prevenção e combate à exploração sexual e o abuso desse público. Esta lei promove várias mudanças em diversos dispositivos legais. (Brasil, 2024). Primeiramente, introduz várias mudanças na legislação brasileira ao conceituar o que é *bullying* e *cyberbullying*. Também aprimora os conceitos e penalidades associadas aos crimes contra os infantes. Ademais, promove uma alteração na Lei dos Crimes Hediondos, e institui como crime quando o pai, mãe ou responsável legal deixam de comunicar dolosamente à autoridade pública o desaparecimento da criança e do adolescente. E não menos importante, altera o ECA, visando fortalecer a proteção desse público (Brasil, 2024).

Vale observar que o Direito é dinâmico e sujeito a transformações ao longo da história. Especificamente no Direito Constitucional as mudanças ocorrem nos direitos fundamentais, coligadas a interpretação e aplicação dos seus princípios. Essa adaptabilidade tem possibilitado aos tribunais fundamentarem as suas decisões com base nesses princípios, refletindo as mudanças sociais impulsionadas pela *internet* (Garcia; Furlaneto Neto, 2013).

Frente ao exposto, é preciso articular ações preventivas ao abandono digital, conscientizando a sociedade do que seja esse problema e de como o olhar atento dos responsáveis a este fenômeno pode mudar esse cenário, de forma a mitigar sua incidência.

4 A EDUCAÇÃO SEXUAL NO COMBATE AO ABANDONO DIGITAL

A digitalização dos lares no mundo introduziu no cotidiano diversos artefatos tecnológicos (*smartphones, SmartTVs e tablets*), que acabaram por se tornar indispensáveis no dia a dia. Face a esse novo panorama apresentado, os lares se tornam um ambiente essencial para ser exercitado o que é a alfabetização digital. Segundo Garcia, Arena e López (2022), crianças e adolescentes podem aprender de forma responsiva a utilizar essas tecnologias, por meio de experiências proporcionadas pelos pais e/ou responsáveis.

A digitalização mundial traz à tona preocupações em relação aos perigos que o excesso de tecnologias pode ocasionar a vida de crianças e adolescentes, como outrora mencionado. Vale reiterar que o abandono digital é considerado um fator de risco a este público, visto que os deixa suscetíveis a problemas que podem afetar o desenvolvimento físico, emocional, afetivo, sexual, cognitivo e social. Adiciona-se que a falta de supervisão e de orientação sobre o uso adequado da *internet* facilita a exposição deles a conteúdos impróprios, a prática de crimes cibernéticos e a violência *online*, entre estas, a violência sexual.

Para evitar essa situação problemática é preciso que as crianças e adolescentes tenham acesso a informações acerca da sexualidade, tendo ciência do que seja a violência sexual, sabedoras de que pode incidir no meio digital, e de que maneira isso ocorre. O acesso a estas informações contribui para que tenham maiores chances de criar consciência sobre corporeidade, sexualidade, intimidade, privacidade e respeito. Além disso, este trabalho as empodera com informações para ação.

Do mesmo modo, é importante que sejam desenvolvidas campanhas de conscientização sobre os riscos e perigos da *internet*, que promovam o uso seguro e saudável da tecnologia digital, orientando o público infantojuvenil acerca das melhores práticas a serem adotadas no ambiente digital. É fundamental também a adoção de políticas públicas que garantam o acesso à *internet* de forma segura e regulamentada, com a oferta de ferramentas de proteção e segurança para os usuários, especialmente para os menores de dezoito anos.

Os pais e/ou responsáveis têm o desafio complexo de auxiliar na formação de crianças e adolescentes, ensinando comportamentos que possibilitem o equilíbrio tanto no ambiente social quanto doméstico, proporcionando a prevenção de condutas delituosas. A ausência de explicações adequadas, palavras não ditas ou ações precipitadas podem impactar consideravelmente no crescimento dos

infantis, influenciando no desenvolvimento dos aspectos biológicos, sociais e psicológicos (Gominho; Ferraz, 2016).

Outrossim, a parentalidade digital visa equipar os pais e/ou responsáveis com atributos necessários para atuarem como guias eficazes no mundo digital dos jovens, e para ressaltar padrões apropriados de uso da tecnologia. A conscientização dos adultos sobre a parentalidade digital tem um impacto nas habilidades de regulação emocional do público juvenil, implicando em uma melhor compreensão e engajamento sobre as responsabilidades no desenvolvimento saudável deles (Manap, 2024)⁷.

Em vista disso, a educação sexual pode ajudar a prevenir o abandono digital, ao orientar os pais/educadores acerca da importância do acesso supervisionado enquanto os filhos/estudantes fazem uso do ambiente virtual. E, também, por meio dessa educação, as crianças e adolescentes podem aprender a utilizar a *internet* de forma segura e responsável, evitando o compartilhamento de informações pessoais, o contato com desconhecidos e a exposição a conteúdos inadequados.

Além disso, essa educação traz benefícios quando inserida no currículo escolar, que incluem: a compreensão do próprio corpo, incluindo os aspectos biológicos; a prevenção do abuso sexual, ao abordar o tema de forma adequada às distintas faixas etárias, munindo as crianças e adolescentes de conhecimento acerca dos limites corporais e como acionar ajuda; reconhecimento de um relacionamento abusivo, ensinando sobre consentimento, respeito e comunicação; a prevenção de Infecções Sexualmente Transmissíveis (IST) e HIV, já que fornece informações pelo prisma preventivo; bem-estar emocional, uma vez que auxilia que compreendam suas emoções e sentimentos relacionados com a sexualidade; o empoderamento

⁷ Na sociedade contemporânea, a vida dos indivíduos está cada vez mais digitalizada, com smartphones, tablets, computadores e outros dispositivos eletrônicos, emergem como componentes significativos das rotinas diárias. As ferramentas digitais têm exercido efeitos profundos nos indivíduos, particularmente nas crianças, influenciando-os cognitivamente, emocionalmente e psicossocialmente, contribuindo assim para o aumento de problemas psicológicos e para o surgimento de novos desafios (Park & Lee, 2017). A digitalização transformou a forma como as crianças aprendem, comunicam e se entretêm, criando uma nova realidade para os pais. A pesquisa ressalta os desafios substanciais que as famílias e as crianças enfrentam em resposta às questões decorrentes da digitalização (Livingstone & Blum-Ross, 2020). O conceito de parentalidade digital surgiu em resposta ao impacto da digitalização em várias dimensões do desenvolvimento social, emocional, psicológico, cognitivo e físico das crianças, com o objetivo de dotar os pais os atributos necessários para servirem de guias práticos no mundo digital dos seus filhos e inculcar padrões adequados de utilização tecnológica (Yay, 2019). Reconhecendo que o progresso saudável em qualquer domínio do desenvolvimento das crianças é um desafio sem o apoio e a orientação dos pais, e considerando que os pais têm uma responsabilidade significativa pelo desenvolvimento das crianças em vários domínios, enfatiza-se que as questões relacionadas com as crianças não devem ser investigadas independentemente da influência dos pais. Dadas as funções e responsabilidades dos pais em relação aos filhos, pode-se argumentar que as crianças não devem decidir com autonomia sobre os propósitos, durações e formas de uso de seus dispositivos digitais enquanto passam tempo com essas ferramentas (Selwyn; Odaş, 2017). No entanto, também se afirma que os avanços tecnológicos podem enfraquecer as competências parentais e, subsequentemente, diminuir a medida em que as crianças procuram o apoio dos pais (Livingstone & Byrne, 2018). As interações contemporâneas entre pais, filhos e tecnologias digitais continuam a representar um domínio complexo com reflexões intrincadas sobre as relações pais-filhos (Wahyuni et al., 2023). Apesar de um aumento recente nos estudos focados nos pais (Navarro et al., 2023; Öztürk; Şahin Sarıtaş, 2023; Shutzman; Gershly, 2023), acredita-se que não há pesquisas suficientes considerando as interações dos adultos com a tecnologia à luz das responsabilidades parentais e seus efeitos de desenvolvimento emocionais e comportamentais nas crianças.

que os capacita a tomar decisões informadas sobre saúde e relacionamentos sexuais, entre outros contributos.

Por fim, a educação sexual pode desempenhar um papel essencial na prevenção do abandono digital, cyberbullying, violência sexual contra crianças e adolescentes e a qualquer tipo de violência que incide no mundo virtual. O conhecimento sobre a sexualidade e o uso seguro da tecnologia, de forma concomitante, pode auxiliar a habilitar as crianças e adolescentes a saberem identificar e evitar situações de risco, assim como a adotar comportamentos seguros e saudáveis no mundo digital.

CONCLUSÃO

A negligência infantojuvenil tem diferentes maneiras de se incidir, entre as quais tem-se o abandono digital, que se configura em deixar crianças e adolescentes à mercê dos conteúdos da internet sem qualquer acompanhamento ou supervisão de adultos responsáveis, sejam eles pais, educadores, familiares, entre outros. Este fenômeno teve um considerável incremento após o período pandêmico, o que mostra a necessidade de ações visando erradicá-lo.

Considerando as perspectivas abordadas a respeito do abandono digital, é possível notar a importância dos pais e/ou responsáveis em relação às crianças e adolescentes, incluindo nas atividades exercidas nos aparelhos eletrônicos com acesso à *internet*. Negligenciar ou considerar que estão seguros dentro das próprias residências, sem oferecer um suporte constante no mundo *online*, pode gerar consequências nocivas na vida dessas pessoas. Assim sendo, o monitoramento é essencial nesta fase da vida, pois os infantes ainda não apresentam maturidade cognitiva para discernir o que é inseguro ou perigoso para o contorno biopsicossocial.

Incorporar a educação sexual no currículo escolar pode contribuir para a conscientização das crianças e adolescentes a respeito das possíveis consequências do abandono digital, tais como a violência sexual. Ao abordar esses temas se possibilita a aquisição de conhecimento e habilidades necessárias para que possam navegar pelo mundo virtual, colaborando desse modo para o bem-estar e crescimento deles.

Ao promover a educação sexual pode-se fornecer a eles as ferramentas necessárias, de maneira que possam compreender a própria sexualidade, reconhecer e respeitar a diversidade na sociedade, sendo capacitados a se tornar cidadãos conscientes e se auto defenderem de ameaças na *internet*.

Além disso, o entendimento sobre as violências que podem incidir no mundo virtual acaba por criar uma vigilância, por parte das crianças e adolescentes, quanto aos primeiros sinais característicos desses possíveis abusos e/ou explorações sexuais, sabedores de como buscar ajuda quando necessário. Por isso, é crucial que pais, responsáveis, comunidade e Estado trabalhem juntos com a finalidade de possibilitar um ambiente seguro e saudável na *internet*.

A educação sexual é fundamental na prevenção ao abandono digital e suas inúmeras implicações. O conhecimento sobre o assunto e o uso criterioso do uso das tecnologias digitais, de forma simultânea, pode ajudar as crianças e

adolescentes a identificarem situações de risco e adotar procedimentos protetivos no mundo virtual.

Em síntese, é preciso abordar esse tema com sensibilidade, profundidade e de maneira apropriada, visando contribuir para que as crianças e adolescentes desenvolvam a capacidade necessária para navegar com segurança pelo mundo virtual. Deixá-las à mercê se configura enquanto uma violação de direitos, por este motivo é preciso que os pais assumam seu protagonismo de supervisionar e auxiliar os filhos quando do uso das tecnologias digitais, apoiando o trabalho de educação sexual no âmbito escolar. Compete aos educadores, por sua vez, a efetivação deste trabalho, porquanto esta educação é uma potente ferramenta educativa e preventiva, importante aliada da prevenção a várias modalidades de violências, incluindo o abandono digital.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, M. T. et al. Ações governamentais contra o novo coronavírus: evidências dos estados brasileiros. *Revista de Administração Pública*, São Paulo, v. 54, n. 5, p. 1429-1445, out. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/XMSSSJLTpx3PFDj8dmsRZ8t/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 set. 2023.

ALVES, L. dos S.; SANTANA, F. da S.S.; CEREWUTA, P. M. M. Abandono digital infantil: aspectos jurídicos e conjecturas sociais da responsabilização dos pais. *Facit Business and Technology Journal*, v. 2, n. 36, 2022. Disponível em: <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT/article/view/1582/1071>. Acesso em: 17 set. 2023.

ANTONELLO, I. P.; NOREMBERG, A. Direito e educação: a promoção da cidadania nas escolas brasileiras utilizando-se da disciplina de direito constitucional. In: XII Seminário Nacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. II Mostra Nacional de Trabalhos Científicos, 2016, Santa Cruz do Sul. *Anais [...]*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/download/14729/3563>. Acesso em: 16 fev. 2024.

ANTUNES NETO, J. M. F. Sobre ensino, aprendizagem e a sociedade da tecnologia: por que se refletir em tempo de pandemia? *Prospectus: Gestão e Tecnologia*, Itapira, v. 2, n. 1, p. 28-38, 10 out. 2021. Disponível em: <https://prospectus.fatecitapira.edu.br/index.php/pst/article/view/31>. Acesso em: 14 fevereiro 2024. Acesso em: 16 fev. 2024.

BELOTTI, M. M. de A.; DOMINGUES, D. S. Abandono Digital e Seus Impactos. *Revista FT*, Rio de Janeiro, v. 27, 2023. Disponível em: <https://revistaft.com.br/abandono-digital-e-seus-impactos/>. Acesso em: 18 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 07 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. *Lei Federal nº 14.811 de 2024*. Institui medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares, prevê a Política Nacional de Prevenção ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente e altera o Decreto-Lei nº 2848, de 7 de setembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 8072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e 8069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14811.htm. Acesso em: 28 fev. 2024.

BRASIL. Serviços e Informações do Brasil. *Há 30 anos a Constituição Federal garante cidadania aos brasileiros*. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/ha-30-anos-constituicao-federal-garante-cidadania-aos-brasileiros>. Acesso em: 08 fev. 2024.

CASTRO, E. G. de; MACEDO, S. C. Estatuto da Criança e Adolescente e Estatuto da Juventude: interfaces, complementariedade, desafios e diferenças. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 1214-1238, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/KJQwwTJWTWgskWqmSRPDpwy/?lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2023.

CETIC.br. TIC Kids Online Brasil 2023: Crianças estão se conectando à Internet mais cedo no país. *Cetic.br*, São Paulo, 24 out. 2023. Disponível em: <https://cetic.br/pt/noticia/tic-kids-online-brasil-2023-criancas-estao-se-conectando-a-internet-mais-cedo-no-pais/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

CHAPRON, J. Y. *Les Enfants, Les Ecrans et le Numerique*. Paris: Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, 2020. Disponível em: https://www.hcfea.fr/IMG/pdf/dossier_enfantsecransnumerique.pdf. Acesso em: 20 mar. 2024.

CURY, C. R. J. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 116, p. 245-262, jul. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/x6g8nsWJ4MSk6K58885J3jd/#>. Acesso em: 05 fev. 2024.

DALLARI, D. de A. Ser cidadão. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 61-64, jul./set., 1984. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/sR7vnFr5NCszBPdYwk8BZnm/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 07 fev. 2024.

DEMONCEAUX, S.; BOUDOKHANE-LIMA, F. Les Parents Face aux Pratiques Numériques adolescentes. *Dialogue*, Lée, v. 240, n. 2, p. 159-174, 2023. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-dialogue-2023-2-page-159.htm>. Acesso em: 2 abr. 2024.

FREITAS, J.; TEIXEIRA, A. V. Democracia digital e avaliação continuada de políticas públicas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 119, p. 227-252, jul./dez. 2019. Disponível em: https://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/19190/2/Democracia_digital_e_avaliao_continuada_de_polticas_pblicas.pdf. Acesso em: 24 mar. 2024.

GARCIA, A. R.; ARENAS, M. D. P. G.; LÓPEZ, F. J. P. *Famílias On, Gestión Responsable de los Dispositivos Móviles en el Hogar*. Huelva: Grupo Comunicar Ediciones, 2022. Disponível em: <https://www.grupocomunicar.com/familias-on/>. Acesso em: 24 mar. 2024.

GARCIA, B. P.; FURLANETO NETO, M. Internet: Conflitos de Princípios Fundamentais. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, v. 16, n. 24, 2013. DOI 10.22171/rej.v16i24.527. Disponível em: <https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/527>. Acesso em: 15 mar. 2024.

GOMINHO, L. B. F.; FERRAZ, A. *Responsabilidade civil dos pais por atos praticados pelos filhos menores*. [S. l.], 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/responsabilidade-civil-dos-pais-por-atos-praticados-pelos-filhos-menores/325854683>. Acesso em: 22 fev. 2024.

GOERGEN, P. A educação como direito de cidadania e responsabilidade do Estado. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 34, n. 124, p. 723-742, jul./set. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/fnSxbMMFwkM6kqxVrR5Z8Gc/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 06 fev. 2024.

GROSSI, M. G. R.; MINODA, D. de S. M.; FONSECA, R. G. P. Impacto da pandemia do COVID-19 na educação: reflexos na vida das famílias. *Teoria e Prática da Educação*, Maringá, v. 23, n. 3, p. 150-170, 2020. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/TeorPratEduc/article/view/53672>. Acesso em: 20 set. 2023.

MANAP, A. The Effect of Digital Parenting Awareness on Children's Emotion Regulation Skills. *Igdir Universitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Igdir, n. 35, p. 252-269, 2024. Disponível em: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/3531004>. Acesso em: 1 abr. de 2024.

MARUCO, F. de O. R.; RAMPAZZO, L. O Abandono digital de incapaz e os impactos nocivos pela falta do dever de vigilância parental. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 35-54, 2020. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/243c/b3e39341777c299a5c74272018036d48ad6a.pdf>. Acesso em: 20 set. 2023.

MENDES, O. J. R. *Concepção de Cidadania*. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-13122010-163731/publico/Concepcao_de_cidadania.pdf. Acesso em: 27 jan. 2024.

NASCIMENTO, J. R. R. do; MOREIRA, L. C. F. Responsabilidade civil parental por abandono digital infantil após pandemia. *Revista FT*, Rio de Janeiro, v. 27, p. 327-345, out. 2023. Disponível em: <https://revistaft.com.br/responsabilidade-civil-parental-por-abandono-digital-infantil-apos-pandemia/#:~:text=O%20fen%C3%B4meno%20do%20abandono%20digital%20infantil%20est%C3%A1%20ganhando%20espa%C3%A7o%20dentro,para%20as%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes>. Acesso em: 16 fev. 2024.

NUNES, D. H.; LEHFELD, L. S. Cidadania digital:

direitos, deveres, lides cibernéticas e responsabilidade civil no ordenamento jurídico

brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, v. 22, n. 35, 2019. DOI: 10.22171/rej.v22i35.2542. Disponível em: <https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2542/2359>. Acesso em: 15 mar. 2024.

PARANÁ. Secretaria da Justiça e da Cidadania. *O que é Cidadania?*. Curitiba, 2019. Disponível em: <https://www.justica.pr.gov.br/Pagina/O-que-e-Cidadania#main-content>. Acesso em: 27 jan. 2024.

PESSOA, A. S. G.; SENA, B. C. S.; e MUNIZ, H. K. M. *Violência em tela: crimes virtuais e digitais contra crianças e adolescentes*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2022.

PINHEIRO, P.P. (coord.). *Direito digital aplicado 2.0*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RIBEIRO, M. Educação para a cidadania: questão colocada pelos movimentos sociais. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 113-128, jul. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ep/a/4ztc3cVMnFRLs4z6mHryhZx/#>. Acesso em: 06 jan. 2024.

ROBERT, N.; GODART, N. Social media and teenagers' mental health. *La Revue du Praticien Médecine Générale*, Paris, 73 (3), p. 257-266, 2023. Disponível em: https://hal.science/hal-04484299v1/file/Article_S%26S_Robert_Envoi%20BAT_M%C3%A9dias%20sociaux%20et%20sant%C3%A9.pdf. Acesso em: 1 abr. 2024.

SIMONETTI, B. C. B.; SOARES, E. K. de B. G. M. O abandono digital de crianças e adolescentes e o que rege a legislação brasileira quanto ao tema. *Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN*, Natal, n. 6, p. 522-549, 2023. Disponível em: <http://revistas.unirn.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/844>. Acesso em: 7 jan. 2024.

SOUSA, A. S. de; OLIVEIRA, G. S. de; ALVES, L. H. A pesquisa bibliográfica: princípios e fundamentos. *Cadernos da FUCAMP*, Monte Carmelo, v. 20, n. 43, 2021. Disponível em: <https://revistas.fucamp.edu.br/index.php/cadernos/article/view/2336>. Acesso em: 17 set. 2023.

SOUZA, K. R. de *et al.* Trabalho remoto, saúde docente e greve virtual em cenário de pandemia. *Trabalho, Educação e Saúde*, São Paulo, v. 19, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tes/a/RrndqvwL8b6YSrx6rT5PyFw/>. Acesso em: 20 set. 2023.

TUMELEIRO, L. F. *et al.* Dependência de internet: um estudo com jovens do último ano do ensino médio. *Revista Interinstitucional de Psicologia*, Belo Horizonte, v. 11, n. 2, p. 279-293, 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/gerais/v11n2/07.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2024.

ZHU, X.; DENG, C.; BAI, W. Parental control and adolescent internet addiction: the moderating effect of parent-child relationships. *Frontiers in Public Health*, Lausanne, v. 11, 2023. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/journals/public-health/articles/10.3389/fpubh.2023.1190534/full>. Acesso em: 19 mar. 2024.