

DEMOCRACIA E PODERES EM CRISE

TEMAS

ATIVISMO JUDICIAL NO STF;

FAKE NEWS;

DIREITO À VERDADE E À MEMÓRIA;

DIREITOS QUILOMBOLAS;

VOTO ELETRÔNICO OU IMPRESSO;

PARLAMENTARISMO, SEMIPRESIDENCIALISMO,
IMPEACHMENT E PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO;

PARTIDOS POLÍTICOS, SISTEMAS ELEITORAIS E DEMOCRACIA;

PRECISAMOS MUDAR O MODO DE ESCOLHA PARA O STF E TRIBUNAIS?

AUTORES

Adwaldo Lins Peixoto Neto
Ana Claudia Santano
Ana Paula da Silva Sotero
Bruno Cezar Andrade de Souza
Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins
Carlos Eduardo Soares de Freitas
Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos
Cláudio André de Souza
Cristina Maria Macêdo de Alencar
Eduardo Fernandes de Araújo
Edvaldo Brito
Fábio Periandro de Almeida Hirsch
Geovane Peixoto
Geraldo Calasans da Silva Júnior
Heron Gordilho Filho
Humberto Dantas
Jaime Barreiros Neto
Jonata Wiliam Sousa da Silva
Joyce Luz
Lázaro Alves Borges
Luciano de Oliveira Souza Tourinho
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega
Maria Elisa Villas-Bôas
Patrícia Gasparro Sevilha Greco
Paulo Rosa Torres
Ricardo Maurício Freire Soares
Ricardo Pinto da Silva
Richard Campanari
Roberta Cunha de Oliveira
Salette Maria da Silva
Saulo José Casali Bahia
Victor De Oliveira Martins
Yuri de Matos Mesquita Teixeira

COORDENAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DA OBRA

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins
Jaime Barreiros Neto
Rodolfo Pamplona Filho
Saulo José Casali Bahia



EDITORA
IASP

COORDENAÇÃO E ORGANIZAÇÃO:

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

Jaime Barreiros Neto

Rodolfo Pamplona Filho

Saulo José Casali Bahia

Democracia e Poderes em Crise

AUTORES:

Adwaldo Lins Peixoto Neto	Jonata Wiliam Sousa da Silva
Ana Claudia Santano	Joyce Luz
Ana Paula da Silva Sotero	Lázaro Alves Borges
Bruno Cezar Andrade de Souza	Luciano de Oliveira Souza Tourinho
Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins	Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega
Carlos Eduardo Soares de Freitas	Maria Elisa Villas-Bôas
Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos	Patrícia Gasparro Sevilha Greco
Cláudio André de Souza	Paulo Rosa Torres
Cristina Maria Macêdo de Alencar	Ricardo Maurício Freire Soares
Eduardo Fernandes de Araújo	Ricardo Pinto da Silva
Edvaldo Brito	Richard Campanari
Fábio Periandro de Almeida Hirsch	Roberta Cunha de Oliveira
Geovane Peixoto	Salete Maria da Silva
Geraldo Calasans da Silva Júnior	Saulo José Casali Bahia
Heron Gordilho Filho	Victor De Oliveira Martins
Humberto Dantas	Yuri de Matos Mesquita Teixeira
Jaime Barreiros Neto	

PREFÁCIO:

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

Jaime Barreiros Neto

Rodolfo Pamplona Filho

Saulo José Casali Bahia



EDITORA
IASP

São Paulo - SP

Editora IASP

2022

ISBN 978-65-87082-20-2

Edição e Distribuição da Editora IASP

Os autores desta obra gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica.
Cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seu trabalho.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP
CNPJ 43.198.555/0001-00
Av. Paulista, 1294 - 19º andar - CEP 01310-915
São Paulo - SP - Brasil

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Site: www.iasp.org.br
E-mail: iasp@iasp.org.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas de obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

Capa e diagramação: Eduardo Pedro (du@eduardopedro.com.br)

Livro Digital

Dados para catalogação

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis et al. (Coord.)
Democracia e poderes em crise / coordenação e organização de Carlos
Eduardo Behrmann Rátis Martins, Jaime Barreiros Filho, Rodolfo Pamplona Filho e
Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora Iasp, 2022.

Digital
ISBN 978-65-87082-20-2

1. Democracia - Brasil I. BARREIROS FILHO, Jaime. II. PAMPLONA
FILHO, Rodolfo. III. BAHIA, Saulo José Casali. IV, Título

CDDoris 341.234(81)
Cutter M386a

Karina Borsari
CRB-8/4951

Uma publicação do Instituto de Direito Constitucional da Bahia,
do Instituto dos Advogados da Bahia, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia,
da Federação Nacional dos Institutos de Advogados, da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia
e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA.

REALIZAÇÃO:



Academia de Letras Jurídicas da Bahia

IDCB
INSTITUTO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL DA BAHIA



INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS INSTITUTOS DE
ADVOGADOS



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

Sumário

Prefácio	9
Seminários e Expositores	11
Relação de Expositores	14
Participam desta Obra	16
A Estabilidade do Sistema Presidencialista sob a ótica do Princípio da Legalidade: Uma Análise da Tipificação dos Crimes de Responsabilidade nas Constituições Sul-Americanas	
ADWALDO LINS PEIXOTO NETO	24
Relações entre Poder Executivo e Legislativo no Brasil: Entre o Presidencialismo e o Parlamentarismo	
ANA CLAUDIA SANTANO	46
A Lei de Anistia e a Incompletude da Justiça de Transição no Brasil: A Aplicabilidade da Justiça Restaurativa como Instrumento de Acesso à Verdade e à Memória	
ANA PAULA DA SILVA SOTERO LUCIANO DE OLIVEIRA SOUZA TOURINHO RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES	63
Voto Impresso: Expectativas Frustradas	
BRUNO CEZAR ANDRADE DE SOUZA	84
Breves linhas históricas sobre o Instituto dos Advogados da Bahia e sua relação com os demais Institutos de Advogados	
CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS	108
Impactos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na Justiça de Transição Brasileira	
CLAIZ MARIA PEREIRA GUNÇA DOS SANTOS	117
A Caça a uma Reforma Eleitoral “Possível”: um Debate Inicial sobre a Adoção das Federações Partidárias no Brasil	
CLÁUDIO ANDRÉ DE SOUZA	124
A “Terra Em Transe” e as Mobilizações Quilombolistas por Direitos	
EDUARDO FERNANDES DE ARAÚJO VICTOR DE OLIVEIRA MARTINS	155
Há, sim, necessidade de Mudança, não só, no Modo de Escolha para o Supremo Tribunal Federal	
EDVALDO BRITO	162
O Dever Fundamental de Respeito à Democracia como base da Governabilidade	
FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH	175
Entre o Ativismo Judicial e o Legítimo Exercício da Jurisdição Constitucional: Uma Análise Conceitual	
GEOVANE PEIXOTO	195

Esperança que nunca morre: Justiça Brasileira condena Agente da Ditadura Militar no Caso Edgar de Aquino Duarte	
GERALDO CALASANS DA SILVA JÚNIOR	2 0 9
Aspectos Jurídicos da Crise de Representatividade dos Partidos Políticos no Brasil	
HERON GORDILHO FILHO	2 1 8
Governabilidade: Ensaio sobre uma Forma de Entender o Fenômeno a partir de Percepção Histórica no Brasil Pós-1988	
HUMBERTO DANTAS JOYCE LUZ	2 2 9
Bois Don't Cry! Políticos também não! Desejos e Traições nos Corações dos Partidos Políticos brasileiros	
JAIME BARREIROS NETO	2 4 8
A Cultura do Esquecimento como Obstáculo à Efetividade da Justiça Transicional Brasileira	
JONATA WILIAM SOUSA DA SILVA RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES	2 5 9
Inconvencionalidade da Candidatura Avulsa e Corte Interamericana de Direitos Humanos	
LÁZARO ALVES BORGES	2 6 7
A Institucionalização Constitucional dos Direitos Quilombolas e a Não Decadência dos Direitos Territoriais	
MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA	2 8 9
Democracia e Poderes em Crise: Precisamos mudar o Modo de Escolha para o STF e Tribunais?	
MARIA ELISA VILLAS-BÔAS	3 0 3
Considerações pragmáticas sobre a implantação do voto impresso	
PATRÍCIA GASPARRO SEVILHA GRECO	3 3 0
Questão Agrária, Diversidade e Territórios Tradicionais	
PAULO ROSA TORRES CRISTINA MARIA MACÊDO DE ALENCAR	3 4 0
Impactos da Convenção 169 da OIT na Reexistência dos Quilombolas do Brasil	
RICARDO PINTO DA SILVA	3 4 8
Voto Eletrônico X Voto Impresso: A Confiabilidade como Pressuposto da Liberdade	
RICHARD CAMPANARI	3 7 0
O que fica da Justiça de Transição Incompleta: Crimes de Estado e a Violência de Regresso	
ROBERTA CUNHA DE OLIVEIRA	3 8 4
Supremacia Masculina nos Partidos Políticos: Violência Política simbólica contra as Mulheres?	
SALETE MARIA DA SILVA	4 0 6
O modo de escolha de ministros do STF: crítica e soluções	
SAULO JOSÉ CASALI BAHIA	4 2 5

O Ativismo Judicial do STF evidenciado por meio da Pandemia da Covid-19

YURI DE MATOS MESQUITA TEIXEIRA

4 3 3

Cartazes dos Seminários I a VIII4 5 0

Democracia e Poderes em Crise

Prefácio

Depois do êxito do histórico PROJETO 100: UNIÃO, RESILIÊNCIA E SOLIDARIEDADE, que logo no início eclosão da pandemia relacionada à COVID-19 logrou realizar 18 (dezoito) Seminários semanais na série intitulada DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVIRUS, com a publicação de mais de 100 (cem) artigos científicos distribuídos em cinco livros, um deles em língua inglesa, todos publicados pela Editora IASP de modo eletrônico, e muito bem recebidos pela crítica, o Instituto de Direito Constitucional da Bahia, o Instituto dos Advogados da Bahia, a Academia de Letras Jurídicas da Bahia, a Federação Nacional dos Institutos de Advogados e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, desta feita em associação com a Escola Judiciária Eleitoral da Bahia, lançaram-se em novo projeto: o Seminário DEMOCRACIA E PODERES EM CRISE, desta vez com eventos mensais.

Mais uma vez, os realizadores intuíram que deveriam atuar para possibilitar o debate de novo tema atual e relevante, identificado nas tormentosas questões relacionadas à vida política brasileira, e ao exercício da democracia, em tempos de transformação como este que estamos vivendo.

Assim, no ano de 2021, durante 55 (cinquenta e cinco) exposições, 48 (quarenta e oito) renomados e especializados expositores, distribuídos em 8 (oito) seminários (28/4, 26/5, 30/6, 14/7, 18/8, 29/09, 20/10 e 24/11), trataram de temas relacionados ao Ativismo Judicial no STF. Fake News, Direito à Verdade e à Memória, Direitos Quilombolas, Voto Eletrônico ou Impresso, Parlamentarismo, Semipresidencialismo, Impeachment e Presidencialismo de Coalisão, Partidos Políticos, Sistemas Eleitorais e Democracia, e sobre se

Precisamos mudar o Modo de Escolha para o STF e Tribunais?

O presente livro reúne 28 (vinte e oito) textos produzidos sobre estes temas por alguns dos expositores, correspondendo a 33 (trinta e três) diferentes autores.

As apresentações podem ser vistas no seguinte link: <https://youtube.com/playlist?list=PLAKI1D5etIWrHhENRKF2xaVDTxsnQET9U>

É com muito orgulho e sensação de dever institucional cumprido que as entidades realizadoras entregam ao público brasileiro mais um produto de sua associação: o debate vivo de ideias sobre DEMOCRACIA E PODERES EM CRISE.

Boa leitura!

Salvador/BA, abril de 2022

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins (IDCB, IAB/BA)

Jaime Barreiros NETO (EJE-TRE/BA)

Rodolfo Pamplona Filho (ALJBA)

Saulo José Casali Bahia (PPGD/UFBA)

COORDENADORES E ORGANIZADORES DA OBRA

Seminários e Expositores

I Seminário sobre Democracia e Poderes em Crise:

Ativismo Judicial no STF

28/04/2021

Expositores:

Carina Gouvêa
Clarissa Tassinari
Dirley da Cunha Junior
Fábio Periandro Hirsch
Geovane Peixoto
Yuri Teixeira

II Seminário sobre Democracia e Poderes em Crise: Fake News

26/05/2021

Expositores:

Alexandre Basílio
Aline Osório
Diogo Rais
Luiza Frischeisen
Miguel Calmon
Raquel Machado
Rodolfo Viana
Wilson Gomes

III Seminário sobre Democracia e Poderes em Crise:

Direito à Verdade e à Memória

30/06/2021

Expositores:

Ana Paula Sotero
Carlos Freitas
Claiz Gunça
Jonata William
Ricardo Maurício Soares
Roberta Cunha

**IV Seminário sobre Democracia e Poderes em Crise:
Direitos Quilombolas**

14/07/2021

Expositores:

Eduardo Araújo
Emmanuel Oguri
Maria Cristina Vidotte
Paulo Torres
Rejane Rodrigues
Ricardo Pinto

**V Seminário sobre Democracia e Poderes em Crise:
Voto Eletrônico ou Impresso**

18/08/2021

Expositores:

Alexandre Basílio
Bruno Andrade
Marilda Silveira
Maurício Amaral
Patrícia Greco
Richard Campanari
Waldir Santos

**VI Seminário sobre Democracia e Poderes em Crise:
Parlamentarismo, Semipresidencialismo, Impeachment e
Presidencialismo de Coalizão**

29/09/2021

Expositores:

Adwaldo Peixoto
Ana Cláudia Santano
Fábio Periandro Hirsch
Geovane Peixoto
Humberto Dantas
Jaime Barreiros Neto
Saulo Casali Bahia

**VII Seminário sobre Democracia e Poderes em Crise:
Partidos Políticos, Sistemas Eleitorais e Democracia
20/10/2021**

Expositores:

Ana Paula Barman
Cláudio de Souza
Ezikelly Barros
Heron Gordilho
Jaime Barreiros Neto
Lázaro Borges
Salette Maria da Silva

**VIII Seminário sobre Democracia e Poderes em Crise:
Precisamos mudar o Modo de Escolha para o STF e Tribunais?
24/11/2021**

Expositores:

Ana Carolina Cléve
Dirley da Cunha Junior
Edvaldo Brito
Gabriel Marques
João Carlos Souto
Luiza Frischeisen
Maria Elisa Villas-Bôas
Saulo Casali Bahia

Relação de Expositores

1. Adwaldo Peixoto – Seminário 6
2. Alexandre Basílio – Seminários 2 e 5
3. Aline Osório – Seminário 2
4. Ana Carolina Cléve – Seminário 8
5. Ana Cláudia Santano – Seminário 6
6. Ana Paula Barman – Seminário 7
7. Ana Paula Sotero – Seminário 3
8. Bruno Andrade – Seminário 5
9. Carina Gouvêa – Seminário 1
10. Carlos Freitas – Seminário 3
11. Claiz Gunça – Seminário 3
12. Clarissa Tassinari – Seminário 1
13. Cláudio de Souza – Seminário 7
14. Diogo Rais – Seminário 2
15. Dirley da Cunha Junior – Seminários 1 e 8
16. Eduardo Araújo – Seminário 4
17. Edvaldo Brito – Seminário 8
18. Emmanuel Oguri – Seminário 4
19. Ezikelly Barros – Seminário 7
20. Fábio Periandro Hirsch – Seminários 1 e 6
21. Gabriel Marques – Seminário 8
22. Geovane Peixoto – Seminários 1 e 6
23. Heron Gordilho – Seminário 7
24. Humberto Dantas – Seminário 6
25. Jaime Barreiros Neto – Seminários 6 e 7
26. João Carlos Souto – Seminário 8
27. Jonata William – Seminário 3
28. Lázaro Borges – Seminário 7
29. Luiza Frischeisen – Seminários 2 e 8

30. Maria Cristina Vidotte – Seminário 4
31. Maria Elisa Villas-Bôas – Seminário 8
32. Marilda Silveira – Seminário 5
33. Maurício Amaral – Seminário 5
34. Miguel Calmon – Seminário 2
35. Patrícia Greco – Seminário 5
36. Paulo Torres – Seminário 4
37. Raquel Machado – Seminário 2
38. Rejane Rodrigues – Seminário 4
39. Ricardo Maurício Soares – Seminário 3
40. Ricardo Pinto – Seminário 4
41. Richard Campanari – Seminário 5
42. Roberta Cunha – Seminário 3
43. Rodolfo Viana – Seminário 2
44. Salete Maria da Silva – Seminário 7
45. Saulo Casali Bahia – Seminários 6 e 8
46. Waldir Santos – Seminário 5
47. Wilson Gomes – Seminário 2
48. Yuri Teixeira – Seminário 1

Participam Desta Obra:

ADWALDO LINS PEIXOTO NETO

Advogado. Doutorando em Ciência Política pela UFMG. Mestre em Direito pela UniFG. Coordenador do Núcleo de Estudos em Engenharia Institucional – NEEI. Membro associado do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Membro associado da Rede Direito e Literatura – RDL. Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB Subseção Vitória da Conquista.

ANA CLAUDIA SANTANO

Professora de Direito Eleitoral, Direitos Humanos e Direito Constitucional. Doutora e mestra em Ciências Jurídicas e Políticas, Universidade de Salamanca, Espanha. Estância pós-doutoral em Direito Público Econômico, PUCPR e em Direito Constitucional, Universidad de Externado, Colômbia. Coordenadora-Geral da Transparência Eleitoral Brasil.

ANA PAULA DA SILVA SOTERO

Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Especialista em Criminologia. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Professora de Direito Penal e Jurisdição Constitucional da Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. E-mail: anapaula_sotero@hotmail.com.

BRUNO CEZAR ANDRADE DE SOUZA

Mestre em Direito Constitucional (UNESA), Especialista em Direito Eleitoral (Candido Mendes). Bacharel em Direito (UNESA) e História (UFRJ). Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (Abradep). Servidor da Justiça Eleitoral.

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS

Advogado. Mestre e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Constitucional da UFBA e da UEFS. Ex-Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia e do Colégio de Presidente dos Institutos dos Advogados do Brasil. Membro do Institutos dos Advogados Brasileiros. Autor do Livro Introdução ao estudo dos deveres fundamentais. E-mail: carlosratis@behrmannratis.com

CARLOS EDUARDO SOARES DE FREITAS

Advogado, mestre e doutor em Sociologia (UnB) e pós-doutor em Direito (UFRJ), Professor Titular da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Professor Associado da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

CLAIZ MARIA PEREIRA GUNÇA DOS SANTOS

Procuradora do Trabalho. Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Direito, com Láurea Acadêmica, pela Universidade Federal da Bahia. Associada efetiva do Instituto Bahiano de Direito do Trabalho – IBDT.

CLÁUDIO ANDRÉ DE SOUZA

Bacharel em Ciências Sociais com ênfase em Ciência Política (UFBA). Mestre e Doutor em Ciências Sociais (UFBA). Professor Adjunto de Ciência Política da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira (UNILAB). Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Cidadania (UCSAL). Filiado à Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP). E-mail: claudioandre.cp@gmail.com

CRISTINA MARIA MACÊDO DE ALENCAR

Doutora em Ciências Sociais do Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade. Professora do Programa de PósGraduação em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social – Universidade Católica do Salvador (UCSal). Líder do Grupo de Pesquisa Desenvolvimento, Sociedade, Natureza (DSN). E-mail: cristina.alencar@ucsal.br

EDUARDO FERNANDES DE ARAÚJO

Professor da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) no Departamento de Ciências Jurídicas. Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB). Doutorando na Univ Coimbra, Centro de Estudos Sociais. Integrante do Núcleo de Estudos e Pesquisas Afro-brasileiros (NEABI/ UFPB). Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Educação, Raça, Gênero e Sexualidades – Audre Lorde (GEPERGES/ UFRPE/ CNPq). Colaborador do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Decolonialidades e Movimentos Sociais (CNPq). Coordenador do Projeto de Extensão NEABI - Baobá Ymyrapytã: Direitos Humanos, Antirracismos e Memórias em “entre-vistas” contra-coloniais (UFPB). E-mail: eduardo.fernandes.araujo@academico.ufpb.br

EDVALDO BRITO

Edvaldo Brito é Professor Emérito da Universidade Federal da Bahia, em cuja Faculdade de Direito leciona no PPGD a disciplina Jurisdição Constitucional Comparada e Novos Direitos. É membro do Instituto dos Advogados da Bahia e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH

Doutor (2012) e Mestre (2007) em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA), integrante do Corpo Permanente do Programa de Pós Graduação em Direito (PPGD-UFBA) - 2021. Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e de Jurisdição Constitucional da Universidade Jorge Amado (UNIJORGE). Coordenador do Serviço de Pesquisa em Direitos e Deveres Fundamentais no Brasil - SPDDF, grupo certificado no DGP do CNPQ. Advogado e Árbitro. E-mail: academicofpah@gmail.com / academico@fabioperiandro.adv.br.

GEOVANE PEIXOTO

Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Mestre em Política e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador, Professor Adjunto de Ciência Política e Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia e da Faculdade Baiana de Direito, Membro do Instituto de Direito Constitucional da Bahia, Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/BA, Advogado e Consultor Jurídico.

GERALDO CALASANS DA SILVA JÚNIOR

Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em Direito pela UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Advogado. Professor Universitário. E-mail: gcalasans@hotmail.com

HERON GORDILHO FILHO

Advogado. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Faculdade Baiana de Direito.

HUMBERTO DANTAS

Mestre e Doutor em Ciência Política pela USP. Pós-doutor em Administração Pública pela FGV-SP.

JAIME BARREIROS NETO

Doutor em Ciências Sociais e Mestre em Direito (UFBA), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Analista Judiciário do TRE-BA. Membro associado da ABRADep e do Instituto de Direito Constitucional da Bahia. Titular da Cadeira nº. 06 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

JONATA WILIAM SOUSA DA SILVA

Advogado Criminalista. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Professor Convidado da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Coordenador-Chefe do Departamento de Publicações do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP).

JOYCE LUZ

Mestre e doutoranda em Ciência Política pela USP-SP.

LÁZARO ALVES BORGES

Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Analista ministerial do Ministério Público do Estado de Pernambuco e professor tutor da Faculdade Baiana de Direito.

LUCIANO DE OLIVEIRA SOUZA TOURINHO

Pós-doutor em Direitos Humanos (Direitos Sociais) pela Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público e em Ciências Criminais pela Faculdade Independente do Nordeste. Professor Adjunto de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Professor de Direito Penal na Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Diretor Geral da Faculdade Santo Agostinho de Itabuna. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo - Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Migrações Contemporâneas. Autor de obras jurídicas. Escritor de obras jurídicas. Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASIS). E-mail: luciano.tourinho.jus@gmail.com.

MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Mestre em Direito das Relações Sociais - Direito Civil e Doutora em Direito Comercial pela PUC SP. Pós Doutorado na Universidade de Coimbra. Advogada. Professora Titular na Universidade Federal de Goiás e Professora na Universidade de Ribeirão Preto. Pesquisadora Produtividade em Pesquisa CNPq.

MARIA ELISA VILLAS-BÔAS

Doutora em Direito Público. Professora de Ciência Política e Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia. Defensora Pública Federal.

PATRÍCIA GASPARRO SEVILHA GRECO

Doutoranda e mestra em Direito Negocial (UEL), Especialista em Gestão Pública (INSEP) e em Direito Aplicado (EMAP). Bacharel em Direito (UEM) e Gestão Pública (UNIASSELVI). Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (Abradep). Servidor da Justiça Eleitoral.

PAULO ROSA TORRES

Mestre e Doutor em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social – UCSAL. Professor de Direito Agrário da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Advogado. E-mail: torres.paulorosa@gmail.com

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, Università degli Studi di Roma Tor Vergata e Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Mestrado/Doutorado). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Pesquisador vinculado ao CNPQ. Membro da Academia de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto dos Advogados da Bahia e do Instituto de Direito constitucional da Bahia. E-mail: ricardo.mfsoares01@gmail.com.

RICARDO PINTO DA SILVA

Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialização em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Especialização em Direito Civil e Empresarial pelo Damásio Educacional. Atualmente é Tabelião substituto no 1º Tabelionato de Protesto de Títulos e Documentos de Salvador - BA.

RICHARD CAMPANARI

Advogado e Consultor especializado em Direito Eleitoral, Público, Empresarial e Civil. **Sócio Fundador do Escritório Campanari, Gerhardt & Silva Andrade.** Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e

Político – ABRADep. Membro do Instituto Catarinense de Direito Eleitoral – ICADE. Membro do Instituto de Águas do Brasil – IAB. Ex-Secretário-Geral Adjunto do Instituto de Direito Eleitoral do Estado de Rondônia - IDERO.

ROBERTA CUNHA DE OLIVEIRA

Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS, linha de violência e segurança pública, com o tema sobre os testemunhos e a justiça de transição (2012). Diplomada em Direitos Indígenas pela Universidade de Santiago do Chile (2017). Em fase final da especialização em “Memória, resistências e Direitos Humanos” pela CLACSO. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (2009). Foi professora substituta na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande (FURG) entre 2013/2014. Atualmente é Defensora Pública na Defensoria Pública do Estado da Bahia, atuando na área penal e da infância e juventude.

RODOLFO PAMPLONA FILHO

Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Coordenador do Curso de Pós-Graduação on-line em Direito Contratual e em Direito e Processo do Trabalho da Estácio, em parceria tecnológica com o CERS. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho – ANDT). Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

SALETE MARIA DA SILVA

Docente do Departamento de Estudos de Gênero e Feminismo da Universidade Federal da Bahia. Coordenadora do Grupo de pesquisa JUSFEMINA/CNPq.

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Doutor em Direito (PUC-SP, 1999). Professor Associado de Direito Internacional Público na Universidade Federal da Bahia. Juiz Federal (Seção Judiciária da Bahia). Líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania (PPGD/UFBA). Ex-Conselheiro do CNJ (2013-2015). Ex-Juiz do TRE-BA. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do Instituto de Direito Constitucional da Bahia e da World Academy of Art and Science. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7398414546353246>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3768-3664>. E-mail: saulo.bahia@trf1.jus.br

VICTOR DE OLIVEIRA MARTINS

Graduando do Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas na Universidade Federal da Paraíba. Pesquisador em Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Decolonialidades e Movimentos Sociais (CNPq). Extensionista no Projeto NEABI - Baobá Ymyrapytã: Direitos Humanos, Antirracismos e Memórias em “entre-vistas” contra-coloniais (UFPB). E-mail: victor.martins@academico.ufpb.br

YURI DE MATOS MESQUITA TEIXEIRA

Membro do grupo de pesquisa em Direito Eleitoral e Democracia da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia em associação com a Universidade Federal da Bahia. Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera. Bacharel em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Analista Judiciário - Área Judiciária - do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

1

A Estabilidade do Sistema Presidencialista sob a Ótica do Princípio da Legalidade: uma análise da tipificação dos Crimes de Responsabilidade nas Constituições Sulamericanas

ADWALDO LINS PEIXOTO NETO

Sumário: 1. Introdução. 2. Características essenciais do Sistema Presidencialista: o traço distintivo entre Presidencialismo e Parlamentarismo. 3. A tipificação dos Crimes de Responsabilidade: uma Análise das Constituições Sulamericanas. 4. Princípio da Legalidade Estrita como aspecto imprescindível de um processo punitivo democrático e a problemática dos Crimes de Responsabilidade. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Esse artigo busca analisar a estabilidade do sistema presidencialista a partir do princípio da legalidade, tomando por objeto de observação a tipificação dos crimes de responsabilidade nas constituições dos estados da América do Sul. Para tanto, a presente pesquisa faz uso da política comparada e do direito constitucional comparado, centrando-se numa abordagem qualitativa, a partir do marco teórico do modelo doutrinário axiológico-garantista de Luigi Ferrajoli.

Tomando-se por base a premissa da estabilidade do mandato como característica do sistema presidencialista, bem como a independência do presidente em relação à confiança do Legislativo, este estudo busca compreender por que o sistema presidencialista, em que pese concebido nos Estados Unidos para ser mais estável do que o sistema parlamentarista de gabinete de tipo inglês, tem apresentado constantes instabilidades, sobretudo na América do Sul, onde 19 (dezenove) presidentes tiveram seus mandatos interrompidos em 3 (três) décadas de redemocratização na região. Para tanto, a pesquisa apresenta a seguinte hipótese: a vagueza na tipificação das condutas passíveis de responsabilização do Presidente da República por impeachment nos textos constitucionais acaba por influenciar na instabilidade desse sistema de governo da região.

Este estudo está organizado em 3 (três) seções. A primeira seção aborda as características essenciais do sistema presidencialista na literatura, sem a pretensão de esgotar a análise, buscando distingui-lo do sistema parlamentarista de governo.

Na segunda seção, o estudo ocupa-se em analisar a tipificação das condutas passíveis de responsabilização do Presidente da República por impeachment nos textos constitucionais dos países da América do Sul. Esse recorte no objeto de pesquisa fez-se necessário, em virtude da impossibilidade de se analisar, com o rigor metodológico científico exigido, a totalidade dos países presidencialistas da América Latina. Então, em decorrência da similitude cultural e da proximidade físico-geográfica, investigamos apenas os países da América do Sul que compartilham a origem linguística latina.

A terceira seção, por sua vez, analisa, de maneira breve, o princípio da legalidade enquanto aspecto indispensável de um sistema punitivo garantista, abordando a problemática da elasticidade dos tipos

penais dos chamados crimes de responsabilidade, ou seja, as infrações político-administrativas pressupostos de um processo de impeachment. Considerações finais encerram a pesquisa.

2. Características essenciais do Sistema Presidencialista: o traço distintivo entre Presidencialismo e Parlamentarismo

A história do presidencialismo se confunde com a própria história dos Estados Unidos, já que é no anseio dessa nação de se posicionar de maneira onipotente como uma forma de organização política republicana e institucionalmente diversa da coroa britânica que a explorava que os Estados Unidos da América pretenderam nascer um Estado, desde já, intolérante com o abuso do poder político^[1].

Pensado nos Estados Unidos enquanto sistema de governo que se distinguisse da forma monárquica e do parlamentarismo de gabinete vigentes na Inglaterra, o sistema presidencialista de governo continua sendo o aspecto elementar das constituições das democracias da América. Com exceção apenas do Canadá e dos países caribenhos, que totalizam apenas 9,7% da população do continente, tanto nas 8 (oito) assembleias constituintes realizadas no final dos anos 80 (Nicarágua em 1987; Brasil em 1987-88; Colômbia em 1991; Paraguai em 1992; Peru em 1993; Argentina em 1994; Equador em 1997 e Venezuela em 1999) quanto no plebiscito, no caso do Brasil em 1993, a decisão institucional continuou sendo pelo presidencialismo enquanto sistema de governo^[2].

Entretanto, essa opção institucional é tomada num período no

1. PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Democracia e julgamento político: análise da governabilidade no presidencialismo brasileiro a partir dos impeachments dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff. *Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Guanambi (UniFG). Guanambi/BA, 2018, p. 76.*

2. AMORIM NETO, Octávio. Presidencialismo e governabilidade nas Américas. *Rio de Janeiro: Editora FGV; Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 17.*

qual a ciência política, influenciada pelos trabalhos de Linz, sobretudo o manuscrito *Democracy, presidential or parliamentary: does it make a difference?*^[3], de 1987, que só viria a ser publicado na sua versão final em 1994, gerando intensos debates na comunidade científica sobre qual dos 2 (dois) sistemas de governo favoreceria a consolidação do regime democrático.

Para Linz, um sistema parlamentarista se define por ser o Parlamento a única instituição que goze, na ordem política, de legitimidade democrática. Nesse sentido, o governo tem sua autoridade derivada da confiança junto ao parlamento. Para o politólogo espanhol, os principais aspectos do sistema presidencialista seriam a eleição direta do presidente para cumprir um mandato fixo, não dependendo o Presidente da confiança dos representantes do povo no Legislativo, reivindicando o presidente para si uma legitimidade democrática superior à do Legislativo^[4].

Já Lijphart define os sistemas presidencialista e parlamentarista a partir de um dualismo, quer dizer, com características opostas no espectro político que se opõem mutuamente. Para o autor, no parlamentarismo o chefe de governo, que consiste na figura do primeiro ministro, é eleito dentro dos membros do parlamento e depende da confiança desse, podendo ser afastado por meio da censura ou voto de desconfiança. Ademais, primeiro-ministro e gabinete constituem um corpo executivo coletivo, cujo processo decisório assume uma feição colegiada^[5].

Por sua vez, para Lijphart o chefe de governo no presidencialismo é eleito para exercer um mandato fixo, cujo termo é definido constitucionalmente, não dependendo da confiança do Legislativo para permanecer no cargo

3. LINZ, Juan J. *Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference?* In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Orgs.) *The failure of presidential democracy: the case of Latin America*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994. 2 v.

4. *Ibidem*.

5. LIJPHART, Arend. *Introduction*. In: LIJPHART, Arend (Org.). *Presidential versus parliamentary government*. New York: Oxford University Press, 1992.

e não podendo por esse ser destituído em condições naturais. A eleição do chefe do executivo no presidencialismo dá-se de maneira direta pelos eleitores, sendo o executivo unipessoal, ou seja, composto por um único indivíduo^[6].

Shugart e Carey definem como características delineadoras do sistema presidencialista a eleição direta do presidente; o termo certo tanto do mandato presidencial quanto dos legisladores, não havendo dependência de confiança recíproca; a prerrogativa presidencial de compor o governo; gozar o presidente de poderes legislativos previstos na Constituição^[7].

Sartori, a semelhança de Lijphart, afirma que os sistemas presidencialistas e parlamentaristas podem ser definidos por exclusão mútua, mas ressalta que enquanto os sistemas presidencialistas não são definidos adequadamente, os parlamentaristas se diferenciam tanto entre si que fazem com que a ideia de sejam todos semelhantes um engano. Para o autor italiano, o que marca o sistema presidencialista é a eleição popular direta do chefe de Estado por tempo determinado; o fato do governo não ser indicado nem destituído pelo voto do parlamento; o presidente dirige ou preside de alguma forma o governo que designa^[8].

Como asseverado por todos os autores acima listados, no presidencialismo o presidente é eleito diretamente para exercer um mandato fixo, não dependendo a sua permanência no cargo da confiança do parlamento em sua governabilidade, liderança ou política de governo. No presidencialismo, consoante apontado por Lijphart, o presidente não pode, em condições ordinárias, ser destituído pelo Legislativo, seja esse exercido

6. *Ibidem*.

7. SHUGART, M. S., CAREY, John M. *Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

8. SARTORI, Giovanni. *Comparative Constitutional Engineering: an inquiry into structures, incentives and outcomes*. Houndmills: Macmillan Press Ltd, 1994.

pelo Congresso ou Assembleia. O presidente tem, no presidencialismo, assegurada a estabilidade do mandato.

Entretanto, como bem decidido pelos *founding fathers* quando da elaboração da Constituição norte americana definindo os contornos da presidência dos Estados Unidos, os delegados na convenção federal debateram sobre qual seria a melhor forma de evitar o abuso de poder por parte do Presidente. Para os framers, o escopo dos poderes do chefe do executivo e a sua independência dos demais poderes dependeria da existência de um instrumento capaz de removê-lo do cargo, incluindo a competência e o procedimento para tanto. Esse recurso, todavia, deveria ser delicadamente engendrado, sob pena de se obter um instrumento que controlasse a presidência, e não de removê-la sem cerimônias. Após longos e calorosos debates, os *framers* concluíram pela importação - e adaptação - do *impeachment*, instrumento de responsabilidade criminal do antigo direito inglês^[9].

A despeito de importado do direito inglês, o impeachment do direito constitucional norte americano - e, conseqüentemente, no continente americano, tornou-se um instituto jurídico de natureza completamente diversa da sua versão britânica, compartilhando apenas seu vocábulo^[10].

Diversas foram as características e instrumentos lançados na engenharia do impeachment para distingui-lo do voto de desconfiança do parlamentarismo. Inicialmente, cumpre-nos destacar o desenho institucional adotado de dividir as funções do impeachment entre as 2 (duas) casas do Congresso norte americano, cabendo à *House of Representatives* o poder de acusar o presidente, e ao Senado Federal o poder de julgá-lo. Em que pese exigir da primeira casa o quórum de maioria simples, a Constituição disciplinou que o presidente somente poderia ser

9. TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *To end a presidency: the power of impeachment*. New York: Basic Books, 2018, p. 1-24.

10. GALINDO, Bruno. *Impeachment à luz do Constitucionalismo Contemporâneo: incluindo análises dos casos Collor e Dilma*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 25-26; BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 2 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 21-33.

condenado com o quórum de $\frac{2}{3}$ (dois terços) de seus membros, buscando dar ao resultado o maior consenso nacional possível^[11], evitando que uma simples maioria retirasse o presidente do cargo, como nas *motions of no confidence* do parlamentarismo.

Ademais, a Constituição norteamericana buscou delimitar quais seriam os atos, bem como quem seriam as autoridades passíveis de responsabilização pelo impeachment, em contraposição ao direito inglês, que não apresentava limitações nem quanto às condutas tampouco quanto aos indivíduos sujeitos à responsabilização perante ao Parlamento^[12]. Tanto no presidencialismo estadunidense quanto no brasileiro, outras autoridades além do Presidente da República podem sofrer processo de impeachment^[13]. Entretanto, esse trabalho ocupar-se-á apenas da análise do impeachment presidencial.

Então, aqui tem-se um traço elementar do sistema parlamentarista e, conseqüentemente, do instituto do impeachment: a exigência de uma infração para que o Presidente da República seja responsabilizado. Passaremos, agora, à análise dos aludidos crimes de responsabilidade^[14] na sistemática do impeachment.

11. *TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. Op. cit., p. 11.*

12. *GERHARDT, Michael J. The lessons of Impeachment History. University of North Carolina School of Law Carolina Law Scholarship Repository. Faculty Publications, 1999. p. 2.*

13. *Por todos, GALUPPO, Marcelo Campos. Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz. Belo Horizonte: editora D'plácido, 2016, p. 76 e ss.*

14. *A expressão crimes de responsabilidade foi a utilizada na Constituição da República Federativa do Brasil para designar as infrações político-administrativas praticadas pelo Presidente da República que ensejariam o cabimento do processo de impeachment, em seu art. 85. Assim, usaremos, a partir de então, o termo para designar as infrações político-administrativas presidenciais passíveis de responsabilização por impeachment, ainda que seja outro o termo utilizado em outras constituições. Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União - Seção 1 - 5 de out. de 1988. Página 1 (Publicação Original), art. 85.*

3. A tipificação dos Crimes de Responsabilidade: uma Análise das Constituições Sulamericanas

Nada mais assustador do que a vagueza das leis americanas, quando definem os crimes políticos propriamente ditos. “Os crimes que motivarão a condenação do presidente (diz a constituição dos Estados Unidos, seção IV, art. 1) são a alta traição, a corrupção ou outros grandes crimes e delitos.” A maioria das constituições dos Estados são muito mais obscuras ainda^[15].

A vagueza das condutas tipificadas sempre foi um risco muito perigoso e problemático do impeachment, posto que pode resultar uma arma apontada para o presidente, ameaçando a sua permanência no cargo caso venha a ser utilizada sem a devida cautela ante um componente que costuma ser comum nas conjunturas de processos de impeachment: a reprovação popular do governo^[16].

Nesse contexto, fazemos coro às palavras de Antônio Cheibub, para quem, ao analisar o presidencialismo, sustenta que “O chefe de governo pode ou não ser escolhido pela casa legislativa, mas uma vez escolhido ele cumprirá um mandato fixo no cargo: nos sistemas presidencialistas, o chefe de governo não pode ser removido do cargo ainda que ele favoreça políticas opostas pela maioria legislativa” (tradução livre)^[17].

Deste modo, considerar o governo ruim ou desaprovar as políticas por ele realizadas acabam por ser argumentos que fundamentem o manejo da moção de desconfiança e destituição do chefe do Executivo (primeiro-

15. TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América. Livro 1. Leis e Costumes. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 125.*

16. O cientista político e Professor da Universidade de Notre-Dame, Aníbal Pérez-Liñán analisou o impeachment presidencial e a instabilidade política do continente latino-americano. Em sua pesquisa empírica, Pérez-Liñán constatou alguns fatores, dentre eles a reprovação popular que acabam por definir a estabilidade governamental do presidente e que podem, se conjugados, levar a uma provável destituição presidencial. São eles: crise econômica, escândalo político, reprovação popular do governo e perda de apoio legislativo. Cf. PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential Impeachment and the new political instability in Latin America (Cambridge Studies in Comparative Politics)*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

17. CHEIBUB, José Antônio. *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

ministro) pelo Legislativo (parlamento) num sistema de gabinete parlamentarista, mas essa dinâmica é impensável num sistema que se pretenda presidencialista, já que os primados deste último estão pautados na igualdade, harmonia e separação dos poderes^[18].

Nos Estados Unidos da América, onde é adotado o sistema jurídico do common law, essa fragilidade pode, por si só, não ostentar força suficiente a fim de configurar insegurança jurídica ao instituto do impeachment. Entretanto, a mesma hipótese não pode ser sustentada ao se analisar a América Latina, região na qual o sistema presidencialista se difundiu, como demonstrado alhures, mas que adota o sistema jurídico do civil law na maioria dos seus países, ostentando a lei escrita o papel de fonte primária do direito, o que exige que a aplicação de penalidade, seja essa administrativa, criminal ou política, dependa de uma tipificação estrita na definição legal da conduta. Todavia, a vagueza apontada na Constituição Americana por Tocqueville nem de longe se compara ao nível de abstratividade de alguns dispositivos constitucionais na América do Sul^[19].

Como primeiro exemplo tem-se a constituição peruana, que não se ocupa a realizar a capitulação das condutas passíveis de pedido de impeachment de forma estrita, não apresentando sequer um rol exemplificativo, como a quase totalidade das cartas constitucionais de seus vizinhos. O art. 113 item 2 da carta constitucional peruana permite a destituição do Presidente por sua "(...) permanente incapacidade moral ou física, declarada pelo Congresso."^[20] (tradução livre).

Não por acaso, o Peru passou por uma crise de sucessão presidencial jamais vista na América do Sul, chegando o cargo da Presidência ser

18. *TRIBE, Lawrence H. Op. cit, p.153-154.*

19. *A despeito do Presidencialismo não estar adstrito apenas à América do Sul, a impossibilidade empírica de analisar todos os sistemas presidencialistas neste artigo impunha um recorte metodológico. Então, em decorrência da similitude cultural e da proximidade físico-geográfica, foram objeto de investigação apenas os países da América do Sul que compartilham a origem linguística latina.*

20. *PERU. Constitución política del Perú 1993. Comentarios, reformas, índice analítico (César Landa Arroyo). 2ª ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019.*

ocupado por 3 sujeitos em menos de 1 semana. Essa instabilidade se deve, em parte, à facilidade de se manejar um impeachment contra o Presidente peruano, começando pela subjetividade interpretativa do que poderia ser considerada uma incapacidade moral ^[21].

A constituição colombiana prevê a competência do senado para julgar o Presidente por delitos cometidos no exercício das funções ou por má-conduta (art. 175.2), reservando a essa casa legislativa apenas a competência de apreciar o seguimento ou óbice das condutas quando se tratar de “delitos comuns” (art. 175.3) ^[22], colocando o Presidente, nesse último caso, à disposição da Suprema Corte. Interpretando os arts. 175.2 e 175.3 nos leva a entender que os primeiros delitos referidos pela Carta constitucional da Colômbia referem-se a infrações político-administrativas, sendo igualmente vaga quanto a definição de má-conduta.

A Constituição do Chile outorga à Câmara dos Deputados a atribuição de declarar o cabimento ou não das acusações contra “O Presidente da República por atos da sua administração que tenham comprometido gravemente a honra ou a segurança da nação, ou infringindo abertamente a Constituição ou as leis. (...)” (art. 52, 2, a)(tradução livre) ^[23].

No Uruguai, a redação da constituição se assemelha muito ao texto norte americano, competindo à Câmara dos Representantes a competência de acusar perante a Câmara dos Senadores o Presidente da República por violação à Constituição e outros delitos graves (art. 93) ^[24]. A carta chilena

21. PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COSTA, Thaiane Dutra Luz; NERI, Larissa Pereira Macedo. *Impeachment presidencial, crise institucional no Peru e a influência da engenharia constitucional na estabilidade governamental do presidencialismo*. Anais do I Colóquio Jurídico Interinstitucional da Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário FG (UniFG) e da Universidade de Caxias do Sul (UCS) – Ética, Fundamentos e Efetividade do Direito para o Século XXI. Guanambi-BA/Caxias do Sul-RS, 26 de novembro de 2020 (no prelo).

22. COLOMBIA. Constitución política de Colombia 1991. *Edición actualizada*. Bogotá: Editorial Atenea Ltda, 2017.

23. CHILE. Constitución política de la República de Chile, Decreto Supremo nº 100. *Texto refundido coordinado y sistematizado de la constitución política de la República de Chile..Nueva Edición*. Santiago: Lexnova Ediciones, 2017.

24. URUGUAY. Constitución de la República Oriental del Uruguay 1967. *Edición actualizada con las enmiendas aprobadas por los plebiscitos del 26/11/89, 27/11/94, 08/12/96 y 30/10/04*. Montevideo: Tradinco, 2014.

apresenta também um cabimento vago de impeachment ao possibilitar a acusação contra o presidente por atos que atinjam a honra da nação, mas segue a obviedade de um impeachment ao prever, assim como a constituição uruguaia, o seu cabimento em caso de violação à constituição e as leis do país.

As constituições da Argentina (art. 53)^[25] e do Paraguai (art. 225)^[26] ao nosso sentir, juntamente com a constituição peruana, são as constituições sul-americanas que apresentam a maior vagueza na previsão do cabimento de impeachment, permitindo que suas respectivas Câmaras dos Deputados acusem o Presidente perante o Senado pela conduta vaga e subjetiva de “mau desempenho de suas funções”.

Em contrapartida, a Constituição Federal brasileira (1988) apresenta, a partir dos argumentos deslindados acima, a maior segurança jurídica na capitulação das infrações político-administrativas presidenciais em comparação com os vizinhos da América do Sul, elencando em seu art. 85^[27] um rol de condutas presidenciais definidas como crimes de responsabilidade, genericamente proibindo no caput atentar contra a Constituição, especificando em sete incisos instituições e organizações protegidas contra investidas presidenciais.

Essas condutas ensejadoras de impeachment são regulamentadas em legislação específica, atualmente, a Lei 1.079/50^[28]. Ainda assim, a normativa do impeachment também apresenta fragilidades no constitucionalismo brasileiro^[29].

25. ARGENTINA. Constitución de la nación argentina. *Texto oficial de 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994*. 1ª ed. 2ª reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: El Ateneo, 2017.

26. PARAGUAY. Constitución de la República (1992). *Assunção. 20 de jun. de 1992*.

27. BRASIL. Op. cit., art. 85.

28. BRASIL. Lei 1.079 de 10 de abril de 1950. *Lei de Crimes de Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 10 de abril de 1950.

29. PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. *Da (i)legitimidade do processo de impeachment no presidencialismo brasileiro*. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 5, n. 02, p. 248-268, 12 mar. 2019.

Os aludidos dispositivos jurídicos das constituições dos países sul americanos acima relatados acabam por fragilizar uma característica marcante do impeachment, que é a exigência de uma infração político-administrativa para o seu cabimento, ao que afirmamos *nullum impeachment sine crimen*. Esses artigos abrem espaço para uma margem de discricionariedade interpretativa das condutas presidenciais, colocando a estabilidade do mandato em cheque, o que pode acabar por abrir margem para destituições presidenciais abruptas, como o impeachment do presidente Paraguaio Fernando Lugo em 2012^[30], o que acaba por aproximar o impeachment, na prática, do voto de desconfiança parlamentar.

Mister salientar que a vagueza na tipificação das condutas presidenciais passíveis de responsabilização por impeachment previstas nas constituições do continente sul americano, somada a outras características típicas dos sistemas parlamentaristas adotadas pelas constituições dos estados do continente faz com que parcela da literatura defenda a ocorrência do fenômeno da *parlamentarização dos sistemas presidencialistas* na região^[31].

Oportuno ressaltar que, em que pese a engenharia institucional do impeachment no presidencialismo brasileiro ser melhor estabelecida no que toca à tipificação das condutas em comparação com os países vizinhos do continente, isso não tem, por si só, garantido a estabilidade do sistema, tendo o país vivenciado o afastamento prematuro de 2 (dois) presidentes em menos de 30 (trinta) anos de redemocratização, situação que já analisamos noutro estudo^[32]. Essa constatação exige a continuidade dos nossos estudos dessa temática a fim de identificar quais outros fatores contribuem para a instabilidade do funcionamento desse sistema de governo *in terrae brasilis*.

30. PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Op. Cit., p. 105 e ss..

31. Cf. SANTANO, Ana Claudia; NAKAMURA, Luis Antonio Corona. *La parlamentarización de los sistemas presidencialistas y los derechos políticos de presidentes democráticamente elegidos: una visión desde los derechos humanos*. Revista Estudios Constitucionales, vol. 18, núm. 2, 2020, p. 335-361; CAMPOS, Maria Milagros S. *La parlamentarización del presidencialismo peruano*. In: Derechos Fundamentales: actas de las V Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales. ARROYO, César Landa. (org.) LIMA: Palestra Editores, 2020, p. 20-22.

32. PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. *Duas destituições presidenciais em 30 anos da Constituição de 1988: Avanço ou retrocesso da democracia?* In: Sidney César Silva Guerra; Caio Grande Guerra. (Org.). *Discussões atuais do Direito Constitucional brasileiro*. Curitiba: Instituto Memória, 2018, v. 1, p. 150 e ss.

A hipótese de instabilidade do sistema presidencialista em decorrência da engenharia institucional deficitária nos textos das constituições sul americanas, em especial quanto à vagueza da tipificação das condutas ensejadoras de responsabilização por impeachment pode ser comprovada ao se observar as destituições presidenciais nas últimas 3 (três) décadas no continente, período no qual se operou a transição dos regimes ditatoriais militares para as democracias. Esses dados empíricos podem ser observados na Tabela 1.

Tabela 1 - Presidências prematuramente interrompidas na América do Sul (1989-2020)

ANO	PRESIDENTE	PAÍS	CAUSA
1989	Raúl Alfonsín	Argentina	Renunciou
1992	Fernando Collor de Mello	Brasil	Impeachment (condenado)
1993	Carlos Andrés Perez	Venezuela	Impeachment (condenado)
1996	Ernesto Samper Pizano	Colômbia	Impeachment (inocentado)
1997	Abdalá Bucarán	Equador	Declarado mentalmente incapaz
1999	Raúl Cubas Grau	Paraguai	Renunciou (ante impeachment)
2000	Jamil Mahuad	Equador	Destituição pelo Congresso (golpe parlamentar-militar)
2000	Alberto Fujimori	Peru	Renunciou (ante impeachment)
2001	Fernando de la Rúa	Argentina	Renunciou
2003	Luis Gonzáles Machi	Paraguai	Renunciou (ante impeachment)
2003	Sánchez de Lozada	Bolívia	Renunciou
2005	Lucio Gutierrez	Ecuador	Destituição pelo Congresso
2005	Carlos Mesa	Bolívia	Renunciou
2012	Fernando Lugo	Paraguai	Impeachment (condenado)
2016	Dilma Rousseff	Brasil	Impeachment (condenada)
2018	Pedro Pablo Kuczynski	Peru	Renúncia (ante impeachment)
2019	Evo Morales	Bolívia	Renúncia (ante pressão militar)
2020	Martin Vizcarra	Peru	Impeachment
2020	Manuel Merino	Peru	Renúncia (ante impeachment)

Fonte: elaboração própria com base nos dados de PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. **Democracia e julgamento político: análise da governabilidade no presidencialismo brasileiro a partir dos impeachments dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff.** Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Guanambi (UniFG). Guanambi/BA, 2018; MARISGUIA, Breno André Horta. **Predizendo e explicando interrupções presidenciais na América Latina.** Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Belo Horizonte/MG, 2020; HOCHSTETLER, Kathryn. Rethinking presidentialism: challenges and presidential falls in South America. **Comparative Politics**, Vol. 38, No. 4 (Jul., 2006), pp. 401-418.

Por fim, faz-se necessário estabelecer uma distinção entre o impeachment e o recall ou referendo revogatório de mandato. Enquanto o impeachment é um processo de acusação formal do presidente, o recall consiste num instrumento de revogação do mandato, possibilitando o seu engendramento por insatisfação popular com o governo^[33], dispensando-se a prática de qualquer infração político-administrativa. Na América do Sul o instituto é chamado de revocatoria del mandato, e foi adotado, com diferentes desenhos, nas constituições da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador^{[34] [35]}.

4. Princípio da Legalidade Estrita como aspecto imprescindível de um processo punitivo democrático e a problemática dos Crimes de Responsabilidade

Ousamos afirmar que um dos princípios do Direito Penal mais difundidos - senão o mais - é o princípio da legalidade. Esse princípio, no Brasil, encontra guarida constitucional, sendo previsto no art. 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”^[36].

Em seu aspecto negativo, o princípio da legalidade compreende uma nítida limitação ao exercício do *ius puniendi*, considerando que ao Estado somente se permite exercer o seu poder punitivo através do instrumento legislativo da lei (acepção formal)^[37].

Na acepção teórica de Ferrajoli, o princípio da legalidade pode ser

33. GALINDO, Bruno. Op. cit., p. 38-39.

34. BARREIROS NETO, Jaime. Os sistemas de governo e a controvérsia “parlamentarismo versus presidencialismo”. *Série Democracia e Reforma Política*. Salvador: Juspodivm, 2018.

35. *Em decorrência da limitação do objeto dessa pesquisa, ocuparemos apenas em traçar essa breve distinção entre os 2 (dois) institutos.*

36. BRASIL, Op. cit., art. 5º, XXXIX.

37. PINHO, Ana Cláudia Bastos, de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. Precisamos falar sobre garantismo: *limites e resistência ao poder de punir*. São Paulo: Empório do Direito/ Tirant lo Blanch, 2019, p. 104.

decomposto em **mera legalidade** e **estrita legalidade**. A **mera legalidade** consiste no comando normativo dirigido à autoridade judiciária para que atue somente nas modalidades de crimes definidos em lei em sua dimensão formal. Já o princípio da **estrita legalidade** consiste na reserva absoluta de lei, isto é, uma imposição ao legislador para que esse, ao definir as condutas passíveis de punição por meio da edição da norma penal incriminadora (dimensão material), que o faça atentando-se à clareza na redação legal (taxatividade) e à possibilidade de verificação fática e empírica das condutas reprimíveis (previsão empírica)^[38].

Para Ferrajoli, a confusão entre o direito e a moral, ou entre a *legitimação interna* e a *legitimação externa*, acabam por prejudicar a dogmática penal, mistificando o direito penal vigente. O autor italiano, então, estabelece o que ele chamará de *primeiro postulado do positivismo jurídico*: uma restrição da prerrogativa de determinar o que é ou não um delito às leis, excluindo a moral e quaisquer outras fontes externas.

Nas palavras do autor:

(...) Efetivamente, só adotando-se uma noção exclusivamente formal do delito e abandonando-se todo moralismo ou naturalismo jurídico será possível interpretar e criticar o sistema substancial dos delitos previstos num determinado ordenamento pelo que efetivamente é: o catálogo - estabelecido com caráter autoritário e hierarquicamente ordenado sobre a base das diferentes medidas da pena - dos interesses e dos bens jurídicos protegidos por esse ordenamento. (...) ^[39].

Em seguida, Ferrajoli define, a partir do princípio da legalidade, o *segundo postulado do positivismo jurídico*: o condicionamento da validade das normas penais à denotação taxativa das figuras delitivas por elas definidas. O autor afirma que esse segundo postulado equivaleria a uma

38. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 343-352.

39. *Ibid.*, p. 345.

regra semântica das condições do uso do termo “verdadeiro” tanto na ciência jurídica quanto na prática penal^[40].

Aqui, Ferrajoli traz para sua teoria o rigor científico, infelizmente não muito observado nas teorias jurídicas, ao afirmar que no plano científico somente seria possível definir um delito assertiva e juridicamente verificável se as suas definições legislativas correspondentes satisfazem o princípio da estrita legalidade, ou seja, se guardam uma extensão o mais determinada quanto seja possível^[41].

A importância da estrita legalidade pode ser extraída a partir das observações de Ferrajoli nos seguintes versos:

Tem acontecido, assim como veremos analiticamente no capítulo VIII e na quarta parte, que as doutrinas substancialistas que se proliferam com a reação antiiluminista do século passado nas últimas versões anteriormente recordadas, têm inspirado - no melhor dos casos - modelos penais de legalidade atenuada, que dizer, caracterizados por **figuras delituosas elásticas e indeterminadas, por espaços de fato, quando não de direito, abertos à analogia** in malam partem, pelo caráter central atribuído às investigações acerca da pessoa do réu assim como a juízo sobre a sua “periculosidade” e às correspondentes medidas preventivas. E têm aberto o caminho - nos piores casos - às mais nefastas doutrinas abertamente antiformalistas que têm constituído a base teórica dos ordenamentos penais totalitários^[42]. (grifamos)

Aqui reside o maior problema da sistemática da engenharia institucional do impeachment no constitucionalismo sulamericano. Como já exposto alhures, o texto constitucional dos países da América do Sul, uns com mais intensidade, outros com menos, acaba por prever, de maneira vaga e subjetiva, as condutas consideradas infrações político-administrativas que ensejariam o manejo de impeachment em face do

40. Ibid., p. 347.

41. Ibid., p. 348.

42. Ibid., p. 346.

Presidente da República, que pode ser destituído do cargo. Diversos são os textos constitucionais que permitem a destituição por *mau desempenho das funções, incapacidade moral, má conduta ou atos que comprometam gravemente a honra ou a segurança da nação*, como já observado em linhas anteriores.

Ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tenha tido uma preocupação maior do que os seus vizinhos sulamericanos em dispor um rol exemplificativo de condutas no art. 85 que, por sua vez, seria regulamentado em lei específica, a doutrina não deixa de verter críticas a essa técnica legislativa:

A Constituição de 1988 inspirou-se basicamente nas Constituições anteriores ao regular a matéria relativa aos crimes de responsabilidade, insistindo em má técnica. A princípio, apresenta uma definição genérica e na parte final do artigo especializa alguns deles, utilizando a expressão “e especialmente”. Há, portanto, uma previsão geral e uma especial, o parágrafo único do art. 85 ditando que lei especial os definirá e estabelecerá as normas relativas ao seu processo e julgamento^[43].

Defendendo o cabimento de uma tipificação mais flexível - embora ressalte a necessidade de tipificação dos crimes de responsabilidade para cabimento de impeachment - bem como o manejo do impeachment apenas quando houver previsão legal, Bastos assevera:

O crime de responsabilidade guarda de característica própria da jurisdição a circunstância de ser apenas cabível dentro das hipóteses legais, se bem que os fatos delituosos, no impedimento, não estejam sujeitos a uma tipicidade tão rigorosa como aquela existente no direito penal. No mais, quanto aos seus objetivos, os do impedimento transcendem aos da repressão ao crime. Eles encontram assento no próprio sistema de freios e contrapesos, segundo o qual nenhum dos poderes é por si só soberano. A medida grave e extremada do impedimento, dentro do sistema de separação de poderes do presidencialismo, radica-se na necessidade de dispor-se de medida eficaz voltada a pôr cobro a uma eventual situação de afronta e violência à Constituição^[44].

43. GALLO, Carlos Alberto Provenciano. Crimes de responsabilidade do impeachment. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992, p. 52.

44. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. rev. e atual. por Samantha Meyer Pflug. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 674.

Entretanto, a força normativa da Constituição impõe que a legislação regulamentadora do impeachment, bem como toda sua sistemática, seja interpretada à luz do princípio da legalidade estrita. Como bem observa Galuppo:

Acredito que, no Estado de Direito brasileiro, há boas razões para pressupormos que é esse significado taxativo o contido na expressão *especialmente* na norma em questão. Em primeiro lugar porque, tendo o *impeachment* natureza também penal, como vimos acima, deve-se aplicar a interpretação garantista restritiva inerente à lógica do Direito Penal, uma vez que a Constituição Federal de 1988 determina, no inciso XXXIX de seu art. 5º, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, estipulando, portanto, a estrita legalidade^[45].

A estrita legalidade é um pressuposto do Estado Democrático de Direito e, se assegurada a qualquer indivíduo, quiçá ao chefe de Estado. Ademais, a busca pela certeza na verificabilidade do delito, do processamento do réu e da sua punição são consequências da segurança jurídica, equilíbrio do pacto social, que atende ao interesse público, sobretudo do acusado. No caso da sistemática do impeachment, a segurança jurídica transcende o interesse público na garantia de um devido processo legal ao acusado, posto que consubstancia a estabilidade do próprio regime democrático, ao se viabilizar a estabilidade do sistema de governo.

5. Considerações finais

O estudo comparado do direito constitucional e do desenho institucional engendrado nas constituições sulamericanas após o período de redemocratização mostra-se fundamental para a análise da influência desse elemento na estabilidade do sistema presidencial. A partir desse paradigma, esse artigo analisou a estabilidade do sistema presidencialista a partir do princípio da legalidade, observando a técnica legislativa de

45. GALUPPO, Marcelo Campos. Op. cit., p. 55-56.

tipificação dos crimes de responsabilidade nas constituições dos estados da América do Sul. Para tanto, apostou numa abordagem qualitativa, a partir do marco teórico do modelo doutrinário axiológico-garantista de Luigi Ferrajoli.

Levando-se em consideração a estabilidade do mandato como atributo do sistema presidencialista, o estudo buscou compreender por que o sistema presidencialista, na América do Sul, tem apresentado instabilidades na atualidade, quando 19 (dezenove) presidentes tiveram seus mandatos interrompidos nos últimos 30 (trinta) anos após a redemocratização na região.

Destarte, a pesquisa confirmou a hipótese de que a vagueza na tipificação nas constituições das condutas passíveis de responsabilização por meio de impeachment presidencial acaba por influenciar na instabilidade desse sistema de governo na América do Sul. Ressalte-se que a pesquisa não descarta a influência de outros fatores na instabilidade do sistema de governo na região, bem como não tem o condão de ser um estudo exaustivo ou definitivo. A amplitude do tema e seus aspectos demandam estudos posteriores, com outras metodologias, tomando como objeto outros elementos, seja do presidencialismo, seja da sistemática do impeachment.

Referências

AMORIM NETO, Octávio. **Presidencialismo e governabilidade nas Américas**. Rio de Janeiro: Editora FGV; Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

ARGENTINA. **Constitución de la nación argentina**. Texto oficial de 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. 1ª ed. 2ª reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: El Ateneo, 2017.

BARREIROS NETO, Jaime. **Os sistemas de governo e a controvérsia “parlamentarismo versus presidencialismo”**. Série Democracia e Reforma Política. Salvador: Juspodivm, 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22^a ed. rev. e atual. por Samantha Meyer Pflug. São Paulo: Saraiva, 1999

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União - Seção 1 - 5 de out. de 1988. Página 1 (Publicação Original).

BRASIL. **Lei 1.079 de 10 de abril de 1950**. Lei de Crimes de Responsabilidade. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 10 de abril de 1950.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. 2 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

CAMPOS, Maria Milagros S. **La parlamentarización del presidencialismo peruano**. In: **Derechos Fundamentales: actas de las V Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales**. ARROYO, César Landa. (org.) LIMA: Palestra Editores, 2020, p. 20-22.

CHILE. **Constitución política de la República de Chile, Decreto Supremo nº 100**. Texto refundido coordinado y sistematizado de la constitución política de la República de Chile..Nueva Edición. Santiago: Lexnova Ediciones, 2017.

COLOMBIA. **Constitución política de Colombia 1991**. Edición actualizada. Bogotá: Editorial Atenea Ltda, 2017.

GALINDO, Bruno. **Impeachment à luz do Constitucionalismo Contemporâneo: incluindo análises dos casos Collor e Dilma**. Curitiba: Juruá, 2016.

GALLO, Carlos Alberto Provenciano. **Crimes de responsabilidade do impeachment**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz**. Belo Horizonte: editora D'plácido, 2016.

GERHARDT, Michael J. **The lessons of Impeachment History**. University of North Carolina School of Law Carolina Law Scholarship Repository. Faculty Publications, 1999

HOCHSTETLER, Kathryn. **Rethinking presidentialism: challenges and presidential falls in South America**. *Comparative Politics*, Vol. 38, No. 4 (Jul., 2006), pp. 401-418.

LIJPHART, Arend. Introduction. In: LIJPHART, Arend (Org.). **Presidential versus parliamentary government**. New York: Oxford University Press, 1992.

LINZ, Juan J. **Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference?** In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Orgs.) **The failure of presidential democracy: the case of Latin America**. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994. 2 v.

MARISGUIA, Breno André Horta. **Predizendo e explicando interrupções presidenciais na América Latina**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Belo Horizonte/MG, 2020.

PARAGUAY. **Constitución de la República (1992)**. Assunção. 20 de jun. de 1992.

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COSTA, Thaiane Dutra Luz; NERI, Larissa Pereira Macedo. **Impeachment presidencial, crise institucional no Peru e a influência da engenharia constitucional na estabilidade governamental do presidencialismo**. Anais do I Colóquio Jurídico Interinstitucional da Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário FG (UniFG) e da Universidade de Caxias do Sul (UCS) – Ética, Fundamentos e Efetividade do Direito para o Século XXI. Guanambi-BA/Caxias do Sul-RS, 26 de novembro de 2020 (no prelo).

PEIXOTONETO, Adwaldo Lins. **Da (i)legitimidade do processo de impeachment no presidencialismo brasileiro**. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 5, n. 02, p. 248-268, 12 mar. 2019.

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. **Democracia e julgamento político: análise da governabilidade no presidencialismo brasileiro a partir dos impeachments dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Guanambi (UniFG). Guanambi/BA, 2018.

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. **Das destituições presidenciais em 30 anos da Constituição de 1988: Avanço ou retrocesso da democracia?**. In: Sidney César Silva Guerra; Caio Grande Guerra. (Org.). **Discussões atuais do Direito Constitucional brasileiro**. Curitiba: Instituto Memória, 2018, v. 1, p. 150 e ss.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. **Presidential Impeachment and the new political instability in Latin America** (Cambridge Studies in Comparative Politics). Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

PERU. **Constitución política del Perú 1993. Comentaríos, reformas, índice analítico** (César Landa Arroyo). 2ª ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, Fondo Editorial, 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos, de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. São Paulo: Empório do Direito/ Tirant lo Blanch, 2019

SANTANO, Ana Claudia; NAKAMURA, Luis Antonio Corona. **La parlamentarización de los sistemas presidencialistas y los derechos políticos de presidentes democráticamente elegidos: una visión desde los derechos humanos**. *Revista Estudios Constitucionales*, vol. 18, núm. 2, 2020, p. 335-361;

SARTORI, Giovanni. **Comparative Constitutional Engineering**: an inquiry into structures, incentives and outcomes. Houndmills: Macmillan Press Ltd, 1994.

SHUGART, M. S., CAREY, John M. **Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Livro 1. Leis e Costumes. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. **To end a presidency**: the power of impeachment. New York: Basic Books, 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. **Impeachment grounds part 2**: Selected Constitutional Convention Materials. National Congress - Congressional Research Service: Washington D. C., 1988. p. 2. Disponível em: <https://www.senate.gov/CRSpubs/27014603-8d4e-4ee2-b5cc-19b81e252abd.pdf>. Acesso em: 28/10/2021.

URUGUAY. **Constitución de la República Oriental del Uruguay 1967**. Edición actualizada con las enmiendas aprobadas por los plebiscitos del 26/11/89, 27/11/94, 08/12/96 y 30/10/04. Montevideo: Tradinco, 2014.

2

Relações entre Poder Executivo e Legislativo no Brasil: entre o Presidencialismo e o Parlamentarismo

ANA CLAUDIA SANTANO

Sumário: Introdução. 1. O presidencialismo e o parlamentarismo: divergência e convergência. 2. Elementos de análise para a eventual Parlamentarização do Brasil. 3. E o Semipresidencialismo? 4. Considerações finais. Referências.

Introdução

Nos últimos anos, debate-se muito no Brasil a relação que há entre o Poder Executivo e o Legislativo em suas diversas esferas. Tanto a nível federal quanto no estadual e municipal, a “convivência” entre ambos não costuma ser a mais harmoniosa ou eventualmente a mais colaborativa. Muitas vezes, os embates e as disputas tornam-se mais visíveis, permitindo uma análise sobre o ponto de vista jurídico, mas principalmente político, dos desdobramentos da atuação de um e de outro.

O fato é que o conhecido “presidencialismo de coalizão”^[1] impera no Brasil, despertando críticas que podem surgir desde o sistema presidencialista propriamente dito, ou mesmo desde o Legislativo, que utiliza suas armas

1. ABRANCHES, Sergio. *Presidencialismo de Coalizão: Raízes e Evolução do Modelo Político Brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

para obter mais recompensas de diversas ordens para as suas bancadas. Esta relação, por vezes tóxica, polêmica e que provoca inclusive resultados antidemocráticos^[2], faz com que surjam questionamentos sobre se o Brasil ainda possui um presidencialismo genuíno (ou até mesmo o de coalizão, já citado), ou se já lentamente vem migrando para um sistema híbrido, considerando as variadas propostas de mudança do sistema de governo e da frequente prevalência da posição do Legislativo, em caso de embate político.

Nesse brevíssimo ensaio, será abordado o tema da parlamentarização do Brasil a partir de alguns elementos concretos que permitem ao menos a pergunta sobre se ainda resta intocado o presidencialismo brasileiro, tal como foi pensado no marco constitucional de 1988. Também será exposta a polêmica proposta de adoção do semipresidencialismo, juntamente com razões que indicam a sua inconstitucionalidade. Este ensaio é um resumo da palestra proferida no evento “VI Seminário sobre democracia e poderes em crise: parlamentarismo, semipresidencialismo, impeachment e presidencialismo de coalizão”, organizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia., em 2021.

Nessa abordagem, o recorte será feito no Executivo-Legislativo federal brasileiro, com menção a outros sistemas latino-americanos de governo, para embasar a argumentação aqui exposta.

1. O presidencialismo e o parlamentarismo: divergência e convergência

Muitos países da América Latina optaram – por diversas razões – pelo presidencialismo como sistema de governo. Este sistema se caracteriza,

2. BARROS, Celso Rocha de. *Uma história de dois azares e um impeachment*. In: AA.VV. *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019. p. 71-82.

segundo La Palombara, por (i) um presidente, que exerce funções de chefe de estado e de governo conjuntamente, o que o faz unitário, independente do Poder Legislativo e, portanto, não dependente de este para a sua existência ou sobrevivência; (ii) independência dos Poderes Legislativo e Executivo, tanto do ponto de vista eleitoral como do político, não estando o primeiro obrigado a aprovar projetos de lei que venham do Executivo, e este podendo vetar os projetos de leis que venham do Congresso; (iii) o presidente possui faculdade de nomeação de nomes para o seu governo; (iv) o Executivo pode apelar diretamente ao povo por meio de plebiscitos e referendos; (v) o Legislativo pode julgar e remover o presidente; (vi) o presidente pode apresentar iniciativas de lei, ou designar alguém de seu gabinete para que o faça, bem como preparar o orçamento; (vii) o povo elege diretamente o presidente como um “líder”.^[3]

Por outro lado, o sistema parlamentarista de governo, que tem origem distinta ao presidencialismo, possui outros elementos que o caracterizam: (i) os membros do gabinete (no caso, o Poder Executivo), são também membros do Parlamento (Poder Legislativo); (ii) o gabinete está integrado pelos dirigentes do partido majoritário ou pelos chefes dos partidos que conformam a maioria parlamentar; (iii) o Poder Executivo é duplo, porque existe um chefe de estado que tem principalmente funções de representação e protocolo, e um chefe de governo, que conduz a administração e o governo; (iv) no gabinete, existe uma pessoa que tem supremacia, o primeiro-ministro; (v) o gabinete restará formado sempre e quando tenha o apoio da maioria parlamentar; (vi) a administração pública está encomendada ao gabinete, mas este se encontra submetido à constante supervisão do Parlamento; (vii) existe entre o Parlamento e o governo um controle mútuo, sendo que o primeiro pode exigir responsabilidade política ao governo, considerando ou um de seus membros ou o gabinete

3. LA PALOMBARA, Joseph. *Politics Within Nations*. New Jersey: Prentice-hall, 1974. p. 198-199. Tradução livre.

todo; ou o Parlamento pode negar um voto de confiança ou outorgar um voto de censura ao gabinete, obrigando este a renunciar. Por outro lado, o governo também possui mecanismos de controle do Parlamento, já que tem atribuições de chefe de Estado, podendo dissolvê-lo, convocando novas eleições. É por meio desse novo procedimento eleitoral que o povo declarará o seu apoio, se ao governo ou ao Parlamento.^[4]

Diante disso, nos sistemas presidencialistas não há a previsão de um “voto de confiança” ou “voto de censura” que possa submeter o governo (o presidente) ao Parlamento, bem como não pode o presidente dissolver o Parlamento. Além disso, o presidente não faz parte do Congresso e, ao menos teoricamente, seus secretários também não deveriam sê-lo. No entanto, principalmente nos casos latino-americanos, é importante ressaltar uma característica dos sistemas presidencialistas: a possibilidade de que os vice-presidentes sejam de partido distinto que o presidente, ou mesmo que da maioria do Congresso. Pode, inclusive, ocorrer de o presidente ser de uma sigla partidária que não conforma a maioria parlamentar, o que terá reflexos em sua governabilidade, mas não no exercício e permanência em seu mandato.^[5]

Ainda, é importante destacar que, nos sistemas presidencialistas, por haver eleições separadas para Presidente e para o Congresso, há o que Juan Linz denominou de legitimidade democrática dual, ou seja, o povo, por meio do voto, elegeu a figura do presidente de forma apartada aos representantes no Congresso. Ambos, portanto, gozam de um *status* democrático direto que, com base na soberania popular, deve ser respeitado. Por outro lado, há também a rigidez do sistema, já que ambos são eleitos para um período

4. CARPIZO, Jorge. *Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, ene./abril, 2006, p. 60.

5. SANTANO, Ana Claudia; CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. *La parlamentarización de los sistemas presidencialistas y los derechos políticos de presidentes democráticamente elegidos: Una visión desde los derechos humanos*. Estudios constitucionales, v. 18, p. 335-361, 2020.

fixo, devendo permanecer o presidente no cargo independentemente da vontade do Congresso, cuja existência, por sua vez, também é independente das intenções do presidente.^[6]

Por outro lado, existe uma tendência nos sistemas presidencialistas, principalmente na América Latina, a introduzir mecanismos parlamentaristas nos sistemas presidencialistas, algo que vem crescendo nos últimos tempos chegando, inclusive, a diversas modalidades de censura ou de falta de confiança ao governo ou aos ministros individualmente, ou mesmo à dissolução do Congresso, como as previstas na Constituição peruana^[7] e uruguaia^[8], por exemplo, ainda que contem com difíceis

6. LINZ, Juan J. *Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference*. In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (eds.). *The failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives*, v. 1, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994, p. 6.

7. Artículo 134°. - *El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.*

El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente. No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato.

Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta. No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario.

Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto.

8. Artículo 148. *La desaprobación podrá ser individual, plural o colectiva, debiendo ser pronunciada en cualquier caso, por la mayoría absoluta de votos del total de componentes de la Asamblea General, en sesión especial y pública. Sin embargo, podrá optarse por la sesión secreta cuando así lo exijan las circunstancias.*

Se entenderá por desaprobación individual la que afecte a un Ministro, por desaprobación plural la que afecte a más de un Ministro, y por desaprobación colectiva la que afecte a la mayoría del Consejo de Ministros.

La desaprobación pronunciada conforme a lo dispuesto en los incisos anteriores, determinará la renuncia del Ministro, de los Ministros o del Consejo de Ministros, según los casos.

El Presidente de la República podrá observar el voto de desaprobación cuando sea pronunciado por menos de dos tercios del total de componentes del Cuerpo.

En tal caso la Asamblea General será convocada a sesión especial a celebrarse dentro de los diez días siguientes.

Si en una primera convocatoria la Asamblea General no reúne el número de Legisladores necesarios para sesionar, se practicará una segunda convocatoria, no antes de veinticuatro horas ni después de setenta y dos horas de la primera, y si en ésta tampoco tuvierá número se considerará revocado el acto de desaprobación.

Si la Asamblea General mantuviera su voto por un número inferior a los tres quintos del total de sus componentes, el Presidente de la República, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes podrá mantener por decisión expresa, al Ministro, a los Ministros o al Consejo de Ministros censurados y disolver las Cámaras.

En tal caso deberá convocar a nueva elección de Senadores y Representantes, la que se efectuará el octavo domingo siguiente a la fecha de la referida decisión.

El mantenimiento del Ministro, Ministros o Consejo de Ministros censurados, la disolución de las Cámaras y la convocatoria a nueva elección, deberá hacerse simultáneamente en el mismo decreto.

En tal caso las Cámaras quedarán suspendidas en sus funciones, pero subsistirá el estatuto y fuero de los Legisladores.

El Presidente de la República no podrá ejercer esa facultad durante los últimos doce meses de su mandato. Durante igual término, la Asamblea General podrá votar la desaprobación con los efectos del apartado tercero del presente artículo, cuando sea pronunciada por dos tercios o más del total de sus componentes.

Tratándose de desaprobación no colectiva, el Presidente de la República no podrá ejercer esa facultad sino una sola vez durante el término de su mandato.

Desde el momento en que el Poder Ejecutivo no dé cumplimiento al decreto de convocatoria a las nuevas elecciones, las Cámaras volverán a reunirse de pleno derecho y recobrarán sus facultades constitucionales como Poder legítimo del Estado y caerá el Consejo de Ministros.

Si a los noventa días de realizada la elección, la Corte Electoral no hubiese proclamado la mayoría de los miembros de cada una de las Cámaras, las Cámaras disueltas también recobrarán sus derechos.

Proclamada la mayoría de los miembros de cada una de las nuevas Cámaras por la Corte Electoral, la Asamblea General se reunirá de pleno derecho dentro del tercer día de efectuada la comunicación respectiva.

La nueva Asamblea General se reunirá sin previa convocatoria del Poder Ejecutivo y simultáneamente cesará la anterior.

requisitos ou de impossibilidade virtual de realização.

Essa incorporação de mecanismos parlamentaristas nos sistemas presidencialistas atende a uma necessidade de racionalizar ambos tanto em termos de governabilidade quanto de estabilidade. O sistema presidencialista pode, eventualmente e devido à separação entre o Poder Executivo e o Legislativo, carecer de governabilidade, crítica muito frequente no caso brasileiro. A costura de acordos políticos pode ser mais complexa, a depender do número de partidos no Congresso ou mesmo do perfil do presidente, tendo este muito mais discricionariedade para governar. Já o sistema parlamentarista pode ter problemas em sua estabilidade, uma vez que ambos os poderes Executivo e Legislativo dependem de si para se manter. Caso exista algum fator que desequilibre essa relação, o resultado comumente pode ser ou a dissolução das Câmaras, ou o voto de censura.^[9]

Nessa linha, Diego Valadés abordou a questão da parlamentarização dos sistemas presidencialistas, que desde um primeiro momento a distingue da parlamentarização dos sistemas constitucionais. Nessa, o autor entende que toda a estrutura constitucional do poder político tende a se adequar ao sistema parlamentarista, que é incorporado de uma maneira imediata ou gradual, para a substituição do sistema vigente, que pode ser o presidencial ou o tradicional.^[10] Já a parlamentarização dos sistemas presidencialistas mantém a estrutura existente, porém, acrescentando algumas instituições de controle político, inclusive modificando-as, de origem parlamentar.^[11]

Dentro de los quince días de su constitución, la nueva Asamblea General, por mayoría absoluta del total de sus componentes, mantendrá o revocará el voto de desaprobarción. Si lo mantuviera caerá el Consejo de Ministros.

Las Cámaras elegidas extraordinariamente, completarán el término de duración normal de las cesantes.

9. SANTANO, Ana Claudia; CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. *La parlamentarización de los sistemas presidencialistas y los derechos políticos de presidentes democráticamente elegidos: Una visión desde los derechos humanos. Estudios constitucionales*, v. 18, p. 335-361, 2020.

10. *Entende-se nesse ensaio que este seria o caso do semipresidencialismo, caso ele seja aprovado no Brasil.*

11. VALADÉS, Diego. *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*. 2º ed., Ciudad de México: UNAM, 2011. p. 5-6.

2. Elementos de análise para a eventual Parlamentarização do Brasil

Se o tema da parlamentarização de sistemas presidencialistas já é objeto de estudos em outros países latino-americanos, é possível fazer o mesmo questionamento tendo como enfoque o Brasil. Para tanto, e somente com o intuito de provocar reflexões, sem a pretensão de realizar aqui um exercício de convencimento ou de dedução, elencam-se algumas razões tanto de ordem política quanto jurídica para, ao menos, conduzir o debate.

Como elementos políticos, tem-se que o Poder Executivo, a despeito de ser presidencialista, pode apresentar fraqueza política durante o mandato de uma presidência. Obviamente se deve mencionar os critérios de avaliação de um governo para se auferir se ele é “forte” ou “fraco”. Nesse caso, argui-se que o Poder Executivo 2019-2022 vem demonstrando fraqueza na condução de sua agenda dentro do Congresso Nacional, uma vez que apostou na estratégia de conflito para a superação das questões de governabilidade, em casas legislativas efetivamente muito complexas de serem coordenadas.

O governo eleito para esta legislativa se elegeu com a bandeira de independência com relação ao Congresso Nacional, mais especificamente de um bloco parlamentar conhecido como “Centrão”, que é um conjunto de partidos de centro e de direita, criados na época da Constituinte brasileira e que se movimenta constantemente (principalmente na Câmara dos Deputados) para conseguir a maior quantidade de benefícios possível, a partir de seu poder de barganha.^[12] A bem da verdade, a bandeira do atual governo foi de conflito com o Poder Legislativo federal desde seu

12. NOGUEIRA, André Magalhães. *Centrão*. 1988. Disponível em <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/centrao>> Acesso em 25 out. 2021; MARCELINO, Daniel; BRAGA, Sérgio; DOMÍNGOS, Luiz. *Parlamentares na Constituinte de 1987/88: uma contribuição à solução do “enigma do Centrão”*. *Revista Política Hoje*, Vol. 18, n. 2, 2009. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Daniel-Marcelino-2/publication/263504509_Parlamentares_na_Constituinte_de_198788_uma_contribuicao_a_solucao_ao_enigma_do_Centrao/links/00b4953b1903ae2853000000/Parlamentares-na-Constituinte-de-1987-88-uma-contribuicao-a-solucao-ao-enigma-do-Centrao.pdf> Acesso em 25 out. 2021.

início, ao tomar uma posição “antipolítica” de maniqueísmo e classificação da classe política como “inimigos do povo”. Ao se proclamar como um *outsider*, mesmo não o sendo em realidade, o atual chefe do Executivo brasileiro confrontou o presidencialismo de coalizão que teria que lidar de uma forma ou outra, não permitindo o diálogo na direção da construção de uma agenda pública em comum.^[13]

Isso fez com que o Poder Executivo se submetesse aos humores do Legislativo e dos partidos do bloco do “centrão”, tornando-o fraco diante das demandas e exigências que são feitas para a aprovação de pautas do governo. Aliás, a mesma fraqueza, ainda que por diferentes razões, também ocorreu em governos anteriores, culminando, neste caso, no impeachment da ex-Presidenta Dilma Rousseff, despertando a polêmica sobre a ocorrência de um golpe parlamentar, alcunha inclusive usada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos quando da consulta formulada à Corte Interamericana sobre o tema.^[14]

É claro que nesse ponto, para além do conflito entre os Poderes Executivo e Legislativo, também pode haver desarticulação política por parte do/a Chefe/a de Governo e que provoca instabilidade. No caso do governo Michel Temer, ainda contando com muitas condições adversas que buscavam bloquear sua agenda neoliberal e de ter que lidar com diversas acusações formais que também poderiam tê-lo levado ao impeachment, o então Presidente soube manejar seu poder político para terminar o seu mandato e aprovar medidas bastante polêmicas, como foi a reforma

13. GOMES, Ângela de Castro. *A política brasileira em tempos de cólera*. In: AA.VV. *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019. p. 175-194.

14. *Consulta pública sobre um questionamento vindo desde a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no que tange aos juízos políticos de presidentes democraticamente eleitos. Ao solicitar o parecer consultivo, a Comissão destaca o grande avanço da democracia no continente americano após um longo período de golpes militares ou usurpação violenta do poder. No entanto, o pedido de parecer se fundamenta no fato de que, nos últimos anos, houve episódios em que houve a mudança do Executivo em circunstâncias que colocaram em dúvida a legitimidade ou o princípio de separação de poderes nesse processo, contando com julgamentos políticos de presidentes eleitos, em condições que suscitaram fortes questionamentos sobre as salvaguardas do devido processo. Um desses casos foi o de Dilma Rousseff. O inteiro teor da solicitação da opinião consultiva pode ser acessado em: < <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/2017/SolicitudOpinionConsultiva-JuicioPolitico.pdf> > Acesso em 25 out. 2021.*

trabalhista e da previdência, em 2017.^[15]

Por outro lado, como elementos jurídicos que provocam a reflexão sobre a parlamentarização do Brasil, pode-se citar a aprovação da Emenda Constitucional nº 76/2013, que retirou o voto secreto nas deliberações dos vetos presidenciais e de perda de mandato. A exclusão da possibilidade de voto secreto nestas ocasiões fez com que se mudasse o comportamento dos partidos, das bancadas e dos/as próprios/as políticos/as, que calculam com mais atenção o custo político da tomada de uma determinada posição. Isso, aparentemente, pode estar facilitando a derrubada de vetos.

Apenas a título de ilustração, para que um veto seja derrubado, é necessário que a maioria absoluta tanto da Câmara dos Deputados quanto do Senado Federal vote nesse sentido. A mudança das regras colabora para um comportamento distintos dos/as congressistas quando da apreciação de um veto. Observando-se os dados dos demais governos, tem-se que Lula teve apenas duas derrubadas de veto dos 357 itens que ele vetou (0,56%). Já Michel Temer, mesmo com pouco tempo no cargo, era tido como o presidente que mais registrava derrubadas de veto (que terminam refletindo-se em derrotas políticas), com 21 vetos rejeitados. Já Dilma Rousseff teve sete vetos derrubados (2,64%) e Fernando Collor, seis (3,73%).^[16] Na outra ponta, verifica-se que o governo Bolsonaro é o recordista de derrubada de seus vetos, colecionando uma série de derrotas políticas, às vezes em questão de semanas ou dias. Até março de 2021, Bolsonaro já teve seu veto rejeitado pelos/as parlamentares por 41 vezes, número muito além do registrado em outros governos.^[17] Em apenas um

15. SOUZA, Giselle; SOARES, Morena Gomes Marques. *Contrarreformas e recuo civilizatório: um breve balanço do governo Temer*. *SER Social. Trinta anos de Constituição Federal*. Brasília, v. 21, n. 44, janeiro a junho de 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/download/23478/21169/44060> Acesso em 25 out. 2021.

16. ESTADO DE MINAS. *Bolsonaro é o presidente com mais vetos derrubados pelo Congresso*. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/08/14/interna_politica,1176160/bolsonaro-e-o-presidente-com-mais-vetos-derrubados-pelo-congresso.shtml> Acesso em 25 out. 2021.

17. PODER 360. *Por que Bolsonaro é campeão de vetos derrubados – por Marcos Queiroz*. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/opiniao/governo/por-que-bolsonaro-e-campeao-de-vetos-derrubados-por-marcos-queiroz/>> Acesso em 25 out. 2021.

dia (27 de setembro de 2021), foram derrubados 12 vetos de Bolsonaro, sendo 9 em bloco, demonstrando que o governo pode não ter capacidade de articulação política e ser fraco diante do Poder Legislativo para a defesa de suas agendas.^[18]

Aqui, cabe mencionar a aprovação da Resolução 1/2015 pelo Congresso Nacional, que alterou o procedimento de apreciação de vetos presidenciais, para instituir a cédula eletrônica e a possibilidade de apresentação de destaques para votação em separado de itens específicos, ampliando as possibilidades de rejeição de dispositivos vetados pela Presidência.^[19] Ao facilitar o “desmembramento” de temas, pode ser que a disposição em derrubar um determinado tópico do veto seja maior.

Obviamente, e como já dito, este é um mero exercício de provocação sobre o presidencialismo brasileiro atual, que demonstra ter momentos tanto de rigidez, quanto de submissão ao Poder Legislativo. Há uma grande influência de quem ocupa o principal cargo do país e o seu tratamento com o Legislativo que pode impactar nessa análise, e é devido a isso que esta exposição não tem a pretensão de afirmar a parlamentarização do Brasil, mas sim de causar reflexão sobre o tema.

3. E o Semipresidencialismo?

Em meio a tantas crises políticas após a redemocratização, o sistema de governo brasileiro é, em ocasiões, apontado como um fator que fomenta tais momentos conturbados. Vale aqui lembrar que o país foi – e segue sendo – presidencialista durante toda a sua história política, com um

18. FOLHA DE SÃO PAULO. *Derrubada de vetos e votações fatiadas expõem falhas na articulação de Bolsonaro no Congresso*. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/derrubada-de-vetos-e-votacoes-fatiadas-expoem-falhas-na-articulacao-de-bolsonaro-no-congresso.shtml> > Acesso em 25 out. 2021.

19. Resolução disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2015/resolucao-1-11-marco-2015-780249-publicacaooriginal-146311-pl.html> > Acesso em 25 out. 2021.

breve intervalo de adoção do parlamentarismo que logo voltou a dar lugar ao primeiro. Esta trajetória histórica também foi muito atropelada com golpes e contragolpes, mas que segue sendo presidencialista por opção constitucional e também por escolha diretamente da cidadania, quando dos plebiscitos de 1963 e 1993, quando se escolheu permanecer no presidencialismo após toda uma campanha eleitoral que trazia os elementos do parlamentarismo e até da *demodé* monarquia, quando do debate sobre o sistema político, diante da ainda aclamada república.^[20]

Por outro lado, também é conhecido na doutrina de que não há “sistemas puros”, ou seja, não se verifica na prática um sistema totalmente presidencialista e nem parlamentarista, havendo entre estes dois “modelos ideais” uma grande variedade de conformações para as mais diversas realidades. É justamente neste entremeio que surge o semipresidencialismo, que possui diversas formações, mas que um dos casos mais conhecidos de sua aplicação é na França.^[21]

No Brasil, a proposta do semipresidencialismo é cíclica, oscilando entre ser considerada a solução para os males causados pelo presidencialismo de coalizão por porta-vozes de renome^[22], e as críticas que se seguem logo após o seu (re)surgimento em meio às crises políticas. Portanto, não é um debate exatamente novo.

Em linhas gerais, os/as defensores/as da proposta alegam que o semipresidencialismo diminui os incentivos à troca de favores entre Executivo e Legislativo, pois além de desconcentrar as competências

20. BENEVIDES, Maria Victoria. O plebiscito de 1993 à luz do precedente de 1963. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. n. 28-29, pp. 75-84, 1993.

21. BEÇAK, Rubens. *Semipresidencialismo: considerações e oportunidade de adoção no Brasil*. Consultor Jurídico. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-09/direito-eleitoral-semipresidencialismo-consideracoes-oportunidade-adocao>> Acesso em 25 out. 2021.

22. G1. Barroso defende implantação do ‘semipresidencialismo’ em 2026. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/07/05/barroso-defende-debate-para-implantar-semipresidencialismo-no-pais-em-2026.ghtml>> Acesso em 25 out. 2021; CONSULTOR JURÍDICO. Na TV Conjur, Gilmar e Lira debatem vantagens do semipresidencialismo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/gilmar-lira-debatem-vantagens-semipresidencialismo>> Acesso em 25 out. 2021.

presidenciais na figura do primeiro/a-ministro, também seria necessário o aval do Congresso para que esse assumira, tornando o controle (freios e contrapesos) entre poderes mais visível. Os/As ministros/as de Estado também ficam submetidos ao primeiro/a-ministro/a e a base do governo é mais nítida, não sendo “de varejo”, como ocorre com o presidencialismo de coalizão. Assim, não há um pleno “divórcio” entre as bancadas do Congresso e a presidência, existindo um custo político que os conecta em caso de crises.^[23]

Contudo, a oposição sobre a proposta do semipresidencialismo também é muito significativa e parte desde o fato de que o Brasil possui longa tradição histórica no presidencialismo – o que não impede a adoção de outro modelo, mas sugere que meras importações de medidas podem não ter o resultado desejado -, até o “salto no escuro” que alguns mencionam,^[24] ou seja, o debate ainda é incipiente e pode lançar o país a outros problemas quiçá mais graves do que os atuais no presidencialismo.

Nesse sentido, segundo Guilherme Simões Reis, o semipresidencialismo apresenta algumas razões políticas para a sua não adoção. Com a negociação dos governos somente sob o controle dos/as parlamentares, aumenta-se a sensação de que o voto é inútil, comprometendo o já combalido pilar democrático da participação por meio do voto. Nessa linha, aumenta-se a crise de representatividade em um país com clara cultura presidencialista. Assim, dilui-se a responsabilidade política entre todos/as os/as parlamentares, deixando de indicar à sociedade quem é de fato o responsável por determinada decisão. Ao não poder identificar quem

23. CONGRESSO EM FOCO. *Semipresidencialismo Reduziria “Toma Lá Da Cá”, diz Deputado Autor de PEC*. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/area/congresso-nacional/semipresidencialismo-reduziria-toma-la-da-ca-diz-deputado-autor-de-pec/>> Acesso em 25 out. 2021. Neste link, também é possível encontrar o inteiro teor da PEC sobre semipresidencialismo. Também na defesa deste sistema de governo, cf. AMORIM NETO, Octávio; SAMUELS, David. *Las raíces de la aberración política brasileña*. *Latinoamérica21*. Disponível em: <<https://latinoamerica21.com/es/las-raices-de-la-aberracion-politica-brasilena/>> Acesso em 25 out. 2021.

24. PODER 360. *Semipresidencialismo no Brasil é “salto no escuro”, diz Joaquim Barbosa*. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/brasil/semipresidencialismo-no-brasil-e-salto-no-escuro-diz-joaquim-barbosa/>> Acesso em 25 out. 2021.

participou efetivamente das conversas que culminaram em um ato público, transmite-se a sensação de que ninguém é responsável, comprometendo os próprios valores democráticos de *accountability*.^[25]

Há, também, um elemento histórico aportado por Reis muito interessante. Não é só o fato de o Brasil ter uma longa tradição no presidencialismo, mas também consta nos anais do país os episódios que indicam o Parlamento com tendências de usurpar o poder da Presidência, como ocorreu no caso de João Goulart antes do golpe de 1964, em que, com a renúncia do então Presidente Jânio Quadros, em 1961, os militares tinham como condição mudar o sistema de governo para o parlamentarismo para que Goulart, associado ao comunismo, assumisse o cargo que lhe era de direito. Na verdade, tratava-se de semipresidencialismo, considerando que havia o respaldo do voto popular sobre o Vice. Após diversas manobras políticas e um polêmico episódio histórico, o plebiscito de 1963 foi realizado, determinando o retorno ao presidencialismo. Goulart assumiu já como presidente, mas logo foi deposto, deixando o país em exílio político quando do golpe militar de 1964.^[26]

No entanto, também há razões jurídicas para se opor ao semipresidencialismo, ao menos da forma como vem sendo proposto nos últimos anos. Tendo em vista que o presidencialismo se fundamenta em uma decisão popular direta por meio do plebiscito constitucional de 1993, entende-se que a sua mudança também só poderia ocorrer através de outro plebiscito, concedendo ao povo a prerrogativa de escolher permanecer nesse sistema ou não. Cabe mencionar que, em caso de realização de novo plebiscito, e considerando as experiências anteriores, o governo do

25. REIS, Guilherme Simões. *El semipresidencialismo en Brasil: una película repetida*. Latinoamerica21. Disponível em: <<https://latinoamerica21.com/es/el-semipresidencialismo-en-brasil-una-pelicula-repetida/>> Acesso em 25 out. 2021.

26. REIS, Guilherme Simões. *El semipresidencialismo en Brasil: una película repetida*. Latinoamerica21. Disponível em: <<https://latinoamerica21.com/es/el-semipresidencialismo-en-brasil-una-pelicula-repetida/>> Acesso em 25 out. 2021; BENEVIDES, Maria Victoria. *O plebiscito de 1993 à luz do precedente de 1963*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. n. 28-29, pp. 75-84, 1993.

momento não poderá envolver-se na campanha eleitoral, pois será parte diretamente interessada em seu resultado.^[27]

Assim, não basta uma PEC para alterar a Constituição Federal de 1988. Nesse tema, é necessário envolver a toda a sociedade por meio de votação na decisão, para logo então contar com legitimidade e constitucionalidade.

4. Considerações finais

São incontestes os problemas do presidencialismo brasileiro. No entanto, também é conhecido o pouco apreço dos agentes políticos aos resultados eleitorais vindos das urnas. As traumáticas experiências com impeachment não se referem propriamente ao presidencialismo e suas consequências, mas sim que os controles Executivo-Legislativo ainda são tidos como mecanismos somente políticos e não jurídicos.

A cultura política do Brasil é presidencialista. Para preservá-la – e melhorá-la – é preciso trabalhar em cima dos falhos controles que alcançam tanto o Executivo quanto o Legislativo. A política fisiológica não desaparecerá no semipresidencialismo, nem os abusos cometidos por presidentes e parlamentares quando não devidamente submetidos a controle institucionais baseados no Estado de Direito. É preciso valorizar mais o resultado das urnas e atribuir responsabilidades públicas claras por atos praticados pela classe política, sem manobras, sem atropelos regimentais, sem judicialização excessiva e ideológica e com mais respeito à democracia. Crises políticas podem estar conectadas à ausência de *accountability*, e essa falta de resposta institucional, quando percebida, pode aumentar os incentivos para o jogo de “soma-zero”.

27. Para mais informações sobre as experiências de plebiscitos no Brasil, cf. FIGUEIREDO, Marcus. Os plebiscitos de 1963 e 1993 e a participação eleitoral. *Opinião Pública, Campinas, SP, v. 1, n. 1, p. 1–8, 2015.*

É devido a isso que não serve mudar o sistema de governo se não houver o *enforcement* correspondente pelos atos praticados na esfera política. Porém, parece que involuntariamente, já se está mudando de sistema pragmaticamente.

Referências

ABRANCHES, Sergio. **Presidencialismo de Coalizão: Raízes e Evolução do Modelo Político Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

AMORIM NETO, Octávio; SAMUELS, David. **Las raíces de la aberración política brasileña**. *Latinoamérica21*. Disponível em: <<https://latinoamerica21.com/es/las-raices-de-la-aberracion-politica-brasilena/>> Acesso em 25 out. 2021.

BARROS, Celso Rocha de. **Uma história de dois azares e um impeachment**. In: AA.VV. *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019. p. 71-82.

BEÇAK, Rubens. **Semipresidencialismo: considerações e oportunidade de adoção no Brasil**. *Consultor Jurídico*. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-09/direito-eleitoral-semipresidencialismo-consideracoes-oportunidade-adocao>> Acesso em 25 out. 2021.

BENEVIDES, Maria Victoria. **O plebiscito de 1993 à luz do precedente de 1963**. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. n. 28-29, pp. 75-84, 1993.

CARPIZO, Jorge. Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, ene./abril, 2006.

CONGRESSO EM FOCO. **Semipresidencialismo Reduziria “Toma Lá Da Cá”, diz Deputado Autor de PEC**. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/area/congresso-nacional/semipresidencialismo-reduziria-toma-la-da-ca-diz-deputado-autor-de-pec/>> Acesso em 25 out. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. **Na TV Conjur, Gilmar e Lira debatem vantagens do semipresidencialismo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/gilmar-lira-debatem-vantagens-semipresidencialismo>> Acesso em 25 out. 2021.

ESTADO DE MINAS. **Bolsonaro é o presidente com mais vetos derrubados pelo Congresso**. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/08/14/interna_politica,1176160/bolsonaro-e-o-presidente-com-mais-vetos-derrubados-pelo-congresso.shtml> Acesso em 25 out. 2021.

FIGUEIREDO, Marcus. **Os plebiscitos de 1963 e 1993 e a participação eleitoral.** Opinião Pública, Campinas, SP, v. 1, n. 1, p. 1–8, 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Derrubada de vetos e votações fatiadas expõem falhas na articulação de Bolsonaro no Congresso.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/derrubada-de-vetos-e-votacoes-fatiadas-expoem-falhas-na-articulacao-de-bolsonaro-no-congresso.shtml>> Acesso em 25 out. 2021.

G1. **Barroso defende implantação do ‘semipresidencialismo’ em 2026.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/07/05/barroso-defende-debate-para-implantar-semipresidencialismo-no-pais-em-2026.ghtml>> Acesso em 25 out. 2021;

GOMES, Ângela de Castro. **A política brasileira em tempos de cólera.** In: AA.VV. *Democracia em risco?* 22 ensaios sobre o Brasil hoje. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019. p. 175-194.

LA PALOMBARA, Joseph. *Politics Within Nations.* New Jersey: Prentice-hall, 1974.

LINZ, Juan J. **Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference.** In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (eds.). *The failure of Presidential Democracy.* Comparative Perspectives, v. 1, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994.

MARCELINO, Daniel; BRAGA, Sérgio; DOMINGOS, Luiz. **Parlamentares na Constituinte de 1987/88: uma contribuição à solução do “enigma do Centrão”.** Revista Política Hoje, Vol. 18, n. 2, 2009. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Daniel-Marcelino-2/publication/263504509_Parlamentares_na_Constituinte_de_198788_uma_contribuicao_a_solucao_ao_enigma_do_Centrao/links/00b4953b1903ae2853000000/Parlamentares-na-Constituinte-de-1987-88-uma-contribuicao-a-solucao-ao-enigma-do-Centrao.pdf> Acesso em 25 out. 2021.

NOGUEIRA, André Magalhães. **Centrão.** 1988. Disponível em <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/centrao>> Acesso em 25 out. 2021.

PODER 360. **Por que Bolsonaro é campeão de vetos derrubados** – por Marcos Queiroz. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/opiniao/governo/por-que-bolsonaro-e-campeao-de-vetos-derrubados-por-marcos-queiroz/>> Acesso em 25 out. 2021.

PODER 360. **Semipresidencialismo no Brasil é “salto no escuro”, diz Joaquim Barbosa.** Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/brasil/semipresidencialismo-no-brasil-e-salto-no-escuro-diz-joaquim-barbosa/>> Acesso em 25 out. 2021.

REIS, Guilherme Simões. **El semipresidencialismo en Brasil: una película repetida.** *Latinoamerica21*. Disponível em: <<https://latinoamerica21.com/es/el-semipresidencialismo-en-brasil-una-pelicula-repetida/>> Acesso em 25 out. 2021.

SANTANO, Ana Claudia; CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. **La parlamentarización de los sistemas presidencialistas y los derechos políticos de presidentes democráticamente elegidos: Una visión desde los derechos humanos.** *Estudios constitucionales*, v. 18, p. 335-361, 2020.

SOUZA, Giselle; SOARES, Morena Gomes Marques. **Contrarreformas e recuo civilizatório: um breve balanço do governo Temer.** *SER Social*. Trinta anos de Constituição Federal. Brasília, v. 21, n. 44, janeiro a junho de 2019. Disponível em: < https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/download/23478/21169/44060> Acesso em 25 out. 2021.

VALADÉS, Diego. *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*. 2° ed., Ciudad de México: UNAM, 2011.

3

A Lei de Anistia e a incompletude da Justiça de Transição no Brasil: a aplicabilidade da Justiça Restaurativa como instrumento de Acesso à Verdade e à Memória

ANA PAULA DA SILVA SOTERO

LUCIANO DE OLIVEIRA SOUZA TOURINHO

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

Sumário: 1. *Introdução.* 2. *A Lei de Anistia do Brasil e os entraves para a Responsabilização Penal dos Crimes na Ditadura Militar.* 3. *A Incompletude da Justiça Transicional no Brasil: uma análise da ADPF 153.* 4. *A aplicabilidade da Justiça Restaurativa para efetividade da Justiça De Transição e do Direito à Memória e à Verdade.* 5. *Considerações finais. Referências.*

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar a aplicabilidade das práticas restaurativas como instrumentos de efetividade da justiça de transição, a partir da concretização do direito à verdade e à memória dos delitos praticados na ditadura militar. Verifica-se que a incidência da Lei de Anistia do Brasil e a ausência de cumprimento dos pilares da verdade, da justiça e da não repetição conduz ao processo de precarização da justiça de transição, decorrente do desvio de finalidade do processo transicional que passou a utilizar a referida norma para promoção do esquecimento e do impedimento da responsabilização criminal dos mandantes e executores

dos delitos no período de repressão. Nesse contexto, a presente proposta busca analisar a compatibilidade da aplicação da Justiça Restaurativa como alternativa para a concretização da justiça de transição no país, por meio da adoção de mecanismos restauradores que buscam o resgate à verdade e a memória perdida, com vistas à reparação para conduzir a um futuro de não repetição das atrocidades de violações de direitos humanos. Para delinear a presente proposta teórica, o estudo fará uma abordagem dialética sobre a Lei de Anistia do Brasil e os entraves para a concretização da completude da justiça de transição. Além disso, será feita uma análise do controle de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos da referida Lei de Anistia no processo de construção da justiça transicional. Ademais, a pesquisa utilizará abordagem crítico-reflexiva sobre a possibilidade do uso da Justiça Restaurativa no processo transicional brasileiro.

Palavras-Chave: Incompletude. Justiça de Transição. Justiça Restaurativa. Lei de Anistia.

Abstract: This study aims to analyze the applicability of restorative practices as instruments for the effectiveness of transitional justice, from the realization of the right to the truth and to the memory of crimes committed in the military dictatorship. It appears that the incidence of the Brazilian Amnesty Law and the lack of compliance with the pillars of truth, justice and non-repetition lead to the precariousness of transitional justice, resulting from the misuse of the purpose of the transitional process that started to use the said norm to promote the oblivion and impediment of criminal accountability of those who ordered and executed crimes during the period of repression. In this context, this proposal seeks to analyze the

compatibility of the application of Restorative Justice as an alternative to the implementation of transitional justice in the country, through the adoption of restorative mechanisms that seek to rescue the truth and lost memory, with a view to repairing lead to a future of non-recurrence of atrocities and human rights violations. In order to outline this theoretical proposal, the study will take a dialectical approach to the Brazilian Amnesty Law and the obstacles to achieving the completion of transitional justice. In addition, an analysis of the conventionality control of the Inter-American Court of Human Rights and the recognition of the unconventionality of the aforementioned Amnesty Law in the process of construction of transitional justice will be carried out. Furthermore, the research will use a critical-reflective approach on the possibility of using Restorative Justice in the Brazilian transitional process.

Keywords: Incompletion. Transitional Justice. Restorative Justice. Amnesty Law.

1. Introdução

As ditaduras militares que marcaram o cone-sul da América Latina nas décadas de 60 e 90 desnudaram a face mais cruel da humanidade por meio do solapamento dos direitos humanos a partir das práticas de tortura, de perseguição política e de violência institucionalizada pelo regime de exceção. Por esse aspecto, após a superação dos regimes autoritários, as nações passaram a adotar mecanismos para reparação histórica e apuração dos crimes e fatos ocorridos no período de repressão, a fim de buscar a reparação e a concretização do direito à memória para impedir a repetição dos atos praticados.

Sob essa égide, ao conjunto de mecanismos de reparação e de investigação dos crimes e atrocidades realizadas no contexto de repressão da ditadura militar denominou-se de justiça de transição. Tal perspectiva de justiça encontra respaldo no dever do Estado de investigar os crimes praticados para buscar a responsabilização dos mandantes e executores dos delitos e a necessidade de reparação dos danos para a população com a violação dos direitos humanos.

Nesse diapasão, a Justiça de Transição está embasada nos pilares da justiça, da verdade, da memória, da reparação, da reformulação das instituições do Estado para coibir práticas violentas, que conduzem ao processo de reestruturação do Estado de Direito.

No entanto, após 32 anos de redemocratização do Brasil com a promulgação da Constituição da República de 1988, verificamos a incompletude da justiça de transição do período de ditadura militar vivenciado na realidade brasileira, uma vez que a construção transicional está marcada por políticas de esquecimento e esvaziamento das responsabilidades dos envolvidos nos atos de repressão e de violência da ditadura militar.

Dentre as medidas que impedem a completude da justiça de transição no Brasil encontra-se a Lei nº 6.683/79 – a Lei de Anistia, que tornou-se um mecanismo legislativo de desvio da finalidade da justiça de transição que impede a responsabilização penal dos crimes praticados pelos agentes repressores e promove o esquecimento das atrocidades sofridas durante o período de ditadura militar.

Sob essa ótica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tornou inconveniente o referido dispositivo legal, uma vez que a norma está em dissonância com os tratados internacionais de direitos humanos e revela a

fragilidade do Estado de Direito de coibir os atos de repressão e de violência sofridos pela população. Diante disso, faz-se necessário buscar mecanismos eficazes para dirimir as incongruências da justiça transicional do Brasil.

Nesse contexto, o presente estudo busca analisar a compatibilidade da aplicação da Justiça Restaurativa para a concretização da justiça de transição no país, por meio da adoção de mecanismos restauradores que buscam o resgate à verdade e a memória perdida no período de ditadura militar, com vistas à pacificação e a reparação para conduzir a um futuro de não repetição das atrocidades e violações de direitos humanos.

Para delinear a proposta teórica, o estudo fará uma abordagem dialética sobre a Lei de Anistia do Brasil e os entraves para a concretização da completude da justiça de transição. Além disso, será feita uma análise do controle de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o reconhecimento da inconvenção da referida Lei de Anistia no processo de construção da justiça transicional.

Em cotejo da aplicabilidade da Justiça Restaurativa para concretização do direito à verdade e à memória como instrumento de efetividade da justiça de transição, utilizaremos uma orientação metodológica exploratória, a partir de uma abordagem crítico-reflexiva para delinear os fundamentos e instrumentos dos meios restaurativos, por meio do estudo de literatura produzida por cultores da Justiça Restaurativa. Sob a perspectiva de sua natureza, realizaremos uma pesquisa aplicada, com procedimentos técnicos bibliográficos e documentais acerca da Justiça Restaurativa e seus métodos de aplicação.

2. A Lei de Anistia do Brasil e os entraves para a Responsabilização Penal dos Crimes na Ditadura Militar

Ao se completar 32 anos de redemocratização do país com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

verificamos que as marcas do período ditatorial ainda são feridas latentes na realidade brasileira. As atrocidades humanas realizadas no contexto de retrocesso político do regime autoritário desnudam o solapamento dos direitos humanos, por meio dos atos de repressão e perseguição da população brasileira, que não foram reparados em sua completude.

Nessa perspectiva, o acesso aos direitos à verdade e à memória dos atos acontecidos na ditadura militar é medida fundamental para a promoção da reparação e da reconstrução do Estado de Direito, a partir dos pilares da justiça e da não-repetição. Para delinear a proposta de reconstrução social, a justiça transicional apresenta-se como um conjunto de mecanismos eficazes para apurar os atos antidemocráticos e construir novos caminhos para a democracia.

Por esse sentido, a justiça de transição é definida por Torelly (2012, p. 112) como “um conjunto de esforços jurídicos e políticos para estabelecimento ou restabelecimento de um sistema de governo democrático fundado em um Estado de Direito.” Nesse prisma, Paul Van Zyl (2011, p. 47) estabelece que “a justiça de transição é um esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos.

A partir das linhas conceituais da justiça de transição podemos inferir que as medidas fundamentais para a superação das atrocidades vivenciadas pelas sociedades são a investigação dos fatos antidemocráticos para concretização do direito fundamental à verdade, como princípio implícito do Estado de Direito, e o resgate ao direito à memória, para coibir o retorno das violações dos direitos humanos nos países.

Por esse contexto, impende registrar que a Justiça de Transição não é aplicável apenas após governos ditatoriais, mas devem ser aplicadas

como mecanismos de reparação de todos períodos sociais que destituíram os direitos humanos dos povos. Nessa conjectura, Santos (2016) salienta que a justiça transicional apresenta quatro princípios básicos para a sua aplicabilidade às diversas situações histórico-sociais: o princípio da justiça, que consiste na reconstrução dos valores axiológicos do direito para a reconstrução social, por meio da responsabilidade dos envolvidos; o princípio da verdade, que busca apurar os fatos históricos mediante uma investigação judicial ou social; o princípio da reparação, que tem por intento dirimir os impactos sofridos pelas vítimas; e o princípio da não-repetição, para que a memória seja preservada e se evite o repetição das atrocidades reveladas no processo transicional.

A partir desse aspecto, a justiça de transição brasileira da ditadura militar deve estar pautada na concretização dos princípios transicionais para completar a sua transição para a democracia, ainda que tardia. Ocorre que a construção transicional do Brasil está marcada por políticas de esquecimento e esvaziamento das responsabilidades dos envolvidos nos atos de repressão e de violência da ditadura militar.

No contexto brasileiro, a superação da ditadura militar se deu de forma postergada, pois só foi implantada após dez anos da democratização do país. Ademais, o processo transicional brasileiro é caracterizado como de natureza prolongada, uma vez que a sua aplicação se deu de forma gradativa que até os dias atuais não conseguiu se completar.

Ao se analisar o contexto de transição da abertura política do Brasil verificamos que as verdadeiras finalidades da apuração das violações dos direitos humanos no contexto da ditadura militar eram restritas aos pilares da reparação e da não-repetição esquecida. Nesse viés, a tentativa da transição era embasa nas técnicas de esquecimento e de não concretização do direito à verdade e à memória para que a população não soubesse o

que de fato se passou nas repressões militares, a fim de proteger a efetiva responsabilidade dos envolvidos.

Sob essa égide, o pilar da reparação aos familiares dos mortos e desaparecidos encontram-se inseridos apenas na consideração da anistia política aos envolvidos, sem pretensões de investigar os crimes e atrocidades alicerçadas na base ditatorial. É nesse contexto que foi editada a Lei nº 6.683/1979 – Lei da Anistia, que concedeu a anistia para todos os crimes cometidos no período de ditadura militar, isentando de aplicabilidade de pena os mandantes e executores dos crimes praticados durante o período.

Segundo Alves (2010), no contexto político brasileiro, a anistia foi suscitada como uma medida de erradicar as práticas de tortura e de perseguição para os movimentos de oposição e promoção da responsabilidade judicial para os agentes envolvidos nos atos de repressão. Por esse aspecto, no I Congresso Nacional pela Anistia, realizado em 1979, em São Paulo, a população defendia a aplicação da anistia ampla e irrestrita para as vítimas da ditadura.

No entanto, a Lei nº 6.683/79 trouxe na sua redação do art. 1º a vedação da aplicabilidade dos efeitos penais para os crimes políticos e conexos a eles, em estrito desvio de finalidade da função da anistia, a fim de privilegiar a isenção criminal dos mandantes e executores dos crimes ocorridos na ditadura militar. Vejamos:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (BRASIL, Lei 6.683 de 28.08.1979).

Em cotejo da análise da redação do artigo 1º e do seu §1º da Lei nº 6.683/79, observa-se que a inclusão como crime conexo até mesmo os crimes comuns, que são interpretados como delitos que ofendem bens jurídicos diversos da figura do Estado. Tais delitos foram os responsáveis pelos verdadeiros atos de violência contra a população a partir da grave violação dos direitos humanos, sendo enquadrados como crimes contra lesa humanidade.

Convém destacar que a interpretação extensiva aos delitos que não visavam atingir o bem jurídico do Estado revela a intenção do Estado de criar uma manobra legislativa para destituir de responsabilidade criminal os envolvidos na ditadura militar. Nessa perspectiva, Swensson Junior (2017) afirma que a cultura do esquecimento da justiça transicional do Brasil destituiu o próprio conceito de anistia, uma vez que utilizou do ato do poder público de promover o perdão geral para as vítimas para isentar a responsabilidade criminal dos agentes da repressão.

Nesta esteira, a justiça de transição no Brasil é operacionalizada para evitar a sua conclusão, a partir da inaplicabilidade da busca do direito fundamental à verdade e a resistência democrática para apuração dos fatos criminosos e dos seus envolvidos. Por esse prisma, os ideais de justiça, de reparação e de não-repetição encontram-se fragilizados e difíceis de serem alcançados na realidade brasileira.

3. A Incompletude da Justiça Transicional no Brasil: uma análise da ADPF 153

A Lei nº 6.683/79 – a Lei da Anistia no Brasil representou um retrocesso na adoção da justiça de transição após o período do regime de ditadura militar no país, uma vez que resultou na isenção de aplicação de pena

para os agentes da repressão. Nesse contexto, observa-se que a formulação da anistia foi um rearranjo político brasileiro para dificultar a apuração das atrocidades humanas acontecidas durante a ditadura e a consequente responsabilidade criminal dos envolvidos.

A partir dessa conjuntura, verifica-se que a Lei de Anistia brasileira é contrária às diretrizes internacionais da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Americana de Direitos Humanos e a sua Corte Interamericana de Direitos Humanos de aplicação da justiça de transição, uma vez que relativiza as atrocidades e violações dos direitos humanos acontecidos no período de recessão.

Impende destacar que o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e aderiu de forma irrestrita a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conforme salienta Piovesan (2016), a adesão do Brasil à Corte se deu de forma tardia, em 1992 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos só foi aderida no país em 1988, concomitante com o período de abertura democrática no país.

Essa nova estrutura hierárquica das normas jurídicas com os tratados internacionais ratificados pelos Estado permite a integração da ordem constitucional com a ordem internacional, no intuito de proteger os direitos humanos de forma irrestrita nos países. Nesse contexto, Piovesan (2016) pondera que esse movimento de mão dupla da criação do constitucionalismo global traz como corolário máximo do Estado de Direito a dignidade da pessoa humana.

Desta feita, conforme salienta Mazzuoli (2013), em estrita dissonância da norma jurídica nacional e os tratados internacionais deve-se aplicar o princípio da prevalência dos direitos humanos, pelo controle de convencionalidade das normas. Essa inovação jurídica dá novos contornos ao Estado de Direito do Brasil, a partir da necessidade de respeitar as diretrizes dos tratados que versem sobre os direitos humanos.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao presenciar situações de violação dos direitos humanos no cenário brasileiro pode condenar o Estado em obrigação de fazer para reparar e prevenir o dano, utilizando mecanismos internos para cumprimento da sentença declaratória da referida corte. Ademais, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos incorporou duas convenções setoriais para prevenção de práticas de retrocesso de direitos humanos, quais sejam a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.

As duas convenções setoriais foram incorporadas no direito brasileiro pelos Decretos 98.386/89 e 8.766/2016, que consagra a necessidade de responsabilização individual dos delitos de desaparecimento forçado para o Estado e para os agentes repressores. A partir dessa análise dos tratados internacionais que versam sobre a proteção dos direitos humanos, verifica-se que a Lei de Anistia do Brasil não é compatível com o controle de convencionalidade, uma vez que a referida norma não busca a investigação e a promoção da verdade e da memória da ditadura, bem como não oferece oportunidade para a responsabilidade penal dos envolvidos.

Nesse prisma, em 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ação constitucional de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 153 para questionar a abrangência da anistia política concedida aos crimes da ditadura militar, que envolve delitos comuns que não são podem ser enquadrados como crimes políticos e a consequente impunidade criminal dessa redação conferida ao artigo 1º, §1º da Lei nº 6.683/79.

No julgamento da ADPF 153, ocorrido em 2010, os ministros declararam a constitucionalidade da extensão da lei de anistia para os crimes conexos e aos agentes estatais, por sete votos a dois. O Supremo

Tribunal Federal, portanto, deu a decisão que confirmou a impossibilidade de responsabilização penal dos agentes envolvidos no período de violação de direitos humanos.

A confirmação da constitucionalidade concedida pelo Supremo Tribunal Federal confirma a cegueira deliberada da atuação do Estado brasileiro em reparar as atrocidades e violações de direitos humanos sofridas durante a ditadura militar, no intuito de promover o esquecimento e relativizar o direito à memória e à verdade. Tal entendimento torna difícil a completude da justiça de transição no país, uma vez que os pilares da justiça, da verdade, da não-repetição e da reparação são desconstituídos pela anistia dos agentes garantia pelo direito brasileiro.

As consequências da decisão da ADPF 153 são reverberadas na não aplicabilidade do direito à memória, que, nos momentos de conflito e de recessão econômica, faz com que a população volte a cogitar a validade das atrocidades sofridas durante o período de ditadura militar, revelando que as sombras da ditadura ainda estão longe de serem superadas.

A partir dessas ilações, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2010, considerou a inconveniência da Lei de Anistia do Brasil e condenou o país a investigar e julgar os crimes de desaparecimento forçado na Guerrilha do Araguaia ocorrida na década de 70, no sul do estado do Pará, que culminou com o desaparecimento de setenta pessoas, práticas de tortura e execuções em estrita violação aos direitos humanos. Vejamos:

a) desaparecimento forçado e os direitos violados das 62 pessoas desaparecidas - violação dos direitos à personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal (artigos 34, 45, 56 e 77), às garantias judiciais e proteção judicial (artigos 88 e 259), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos e o dever de adotar disposições de direito interno (artigos 1.110 e 211, todos da Convenção);

b) *aplicação da Lei de Anistia como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes - violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção e o dever de adotar disposições de direito interno (artigos 1.1 e 2), em detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada;*

c) *ineficácia das ações judiciais não penais - violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada;*

d) falta de acesso à informação sobre o ocorrido com as vítimas desaparecidas e executada - violação do direito à liberdade de pensamento e expressão (artigo 13), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em prejuízo dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, e;

e) falta de acesso à justiça, à verdade e à informação - violação do direito à integridade pessoal (artigo 5), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em detrimento dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada, pela violação e sofrimento gerados pela impunidade dos responsáveis (Sentença, p. 119-120, grifo dos autores).

Tal condenação ao Brasil levou a realização de uma série de medidas transicionais no país, como a instituição da Comissão Nacional da Verdade, mas que ainda são muito insipientes para garantir a efetividade da justiça de transição no território nacional. Em 2018, o Brasil voltou a ser condenado pelo caso do desaparecimento político de Herzog, mas o Supremo Tribunal Federal permaneceu inerte sobre a análise da constitucionalidade da Lei de Anistia.

4. A aplicabilidade da Justiça Restaurativa para efetividade da Justiça de Transição e do Direito à Memória e à Verdade

Diante das ilações expendidas nas seções anteriores, fica evidenciado a incompatibilidade da Lei de Anistia brasileira com as premissas da justiça de transição, levando a incompletude dos pilares da justiça, da verdade, da memória e da reparação no contexto de ditadura militar. Sob essa égide, faz-se necessário buscar mecanismos eficazes para dirimir as incongruências da justiça transicional do Brasil.

Nesse contexto, a presente proposta do estudo é analisar a compatibilidade da aplicação da Justiça Restaurativa para a concretização da justiça de transição no país, por meio da adoção de mecanismos restauradores que buscam o resgate à verdade e a memória perdida no período de ditadura militar, com vistas à pacificação social e a reparação para conduzir a um futuro social de não repetição das atrocidades e violações de direitos humanos.

Por essa égide, diante da impossibilidade da aplicação da pena no contexto brasileiro, a Justiça Restaurativa apresenta-se como um novo modelo de justiça, pautado na composição dos danos, por meio da investigação dos crimes, trazendo à baila a reconstrução da memória brasileira das atrocidades da ditadura para conscientização coletiva. Ademais, os métodos restaurativos lançam a oportunidade de dar voz ativa aos familiares dos mortos e desaparecidos para conduzir à reflexão sobre as violações de direitos humanos sofridos no país, a fim de oportunizar a efetividade do princípio da não-repetição.

Para compreensão da aplicabilidade da Justiça Restaurativa como mecanismo de efetividade do direito à verdade e à memória do processo transicional do país impende analisar as bases conceituais e axiológicas

da justiça restauradora. Conforme salienta Tourinho (2017), a Justiça Restaurativa apresenta-se como um novo modelo de justiça que está pautado na formulação de um conjunto de métodos e modelos que buscam a pacificação social e a superação do evento traumático pelas partes e pela comunidade.

Por essa perspectiva, Doolin (2007) afirma que a Justiça Restaurativa é composta por um caráter multifacetário, com modelos e estruturas diferentes que são analisadas a partir de cada caso concreto e de cada localidade de aplicação. No entanto, essas práticas se assemelham a partir das premissas da reparação, do empoderamento das partes e da pacificação social.

A partir dessa conjuntura, Pallamolla (2009) afirma que o caráter diversificado da Justiça Restaurativa permite que esta seja utilizada para dirimir conflitos pré-processuais, processuais e de execução da sentença, podendo ser utilizado para solucionar litígios criminais e das demais áreas do direito. Diante disso, a aplicabilidade dos métodos restaurativos no contexto da justiça de transição apresenta-se como eficaz, mesmo que a lei de anistia não permita a aplicação da pena.

A Justiça Restaurativa busca ir além do paradigma criminal punitivo e alcançar a pacificação social, por meio do diálogo, do consenso, da escuta ativa e da promoção do respeito aos direitos humanos para a efetividade da justiça que transcende o caráter punitivo e se consubstancia sob o prisma restaurador e reparador. Trata-se da ressignificação da justiça de transição por meio da promoção dos pilares da verdade, da memória, da composição social, com vistas a evitar a repetição das atrocidades sofridas na ditadura militar.

Dentro desse contexto, a Justiça Restaurativa apresenta-se como uma reformulação das bases axiológicas do direito a partir da consideração da justiça de transição como elemento fundamental para a garantia do Estado

de Direito, por meio da verdade e da memória. Por essa égide, a justiça deve estar pautada na reconstrução histórico-social do período ditatorial com vistas à reparação e a não-repetição dos crimes que atentaram contra os direitos humanos. Dessa maneira, há o resgate da função do Direito de garantir a ordem e a paz social, trazendo, em seu bojo, o papel fundamental de respeito aos direitos humanos de todos os envolvidos do processo.

Por essa perspectiva, ao se analisar os valores e princípios da Justiça Restaurativa percebemos a convergência com os pilares da justiça de transição. Nesse sentido, Tourinho (2017) informa que os métodos restaurativos tem como primazia a voluntariedade das partes, o diálogo, o respeito, o empoderamento das partes, a escuta ativa dos atores do processo e da comunidade próxima, para conduzir ao processo de restauração social e efetividade da justiça de transição.

Diante dessa análise, a Organização das Nações Unidas aprovou a Resolução nº 2002/12, por meio do seu Conselho Econômico e Social, para incentivar o uso das práticas restaurativas para resolução dos conflitos pelos países, a fim de promover a pacificação social. Tal resolução dá ensejo ao uso da Justiça Restaurativa como instrumento de justiça de transição para reconstrução da verdade e da memória a partir dos modelos integradores da escuta ativa, da investigação da verdade e da reconstrução da história de repressão.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Justiça Restaurativa foi introduzida pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, responsável por disseminar a cultura de paz e estimular a prestação de serviços autocompositivos. Em 2016, essa resolução foi atualizada por meio da Resolução nº 225/2016, que estimula o olhar interdisciplinar da Justiça Restaurativa para composição do conflito não apenas na justiça criminal, mas também nas demais áreas do direito, em que destacamos a sua análise sobre a justiça de transição.

Para compreender a aplicabilidade da Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça de Transição podemos trazer à baila a experiência sul africana de justiça transicional do apartheid para a redemocratização do país, que usou as técnicas restaurativas para composição e restauração dos danos e das violações dos direitos humanos.

Impende registrar que a África do Sul passou pelo processo de abertura democrática do país, em 1994, após graves violações de direitos humanos promovidos pela segregação racial, o apartheid. Nesse contexto, para implantar uma justiça transicional, a África do Sul buscou as práticas restaurativas, por meio da técnica do *Ubuntu*, difundida por Nelson Mandela e Desmond Tutu, como uma filosofia restauradora com vistas à pacificação social a partir da composição dos danos e conflito comunitários.

Segundo salienta Tourinho (2017), a experiência africana com as práticas restaurativas demonstrou a eficácia da composição dos danos por meio da busca da verdade e da reparação aos envolvidos a partir da reconstrução da memória coletiva. Nesse contexto, as comissões da verdade que foram instaladas no país eram realizadas por conferências para permitir a participação da comunidade para superação do evento traumático e evitar a repetição das atrocidades sofridas. Vejamos:

Os trabalhos da Comissão pesquisaram o regime do apartheid, a história da repressão, de seus agentes e dos movimentos de liberação, tudo sob dois pontos de vista expressos pela palavra *account*: o da narração dos sujeitos envolvidos e o da apuração dos fatos. Seu objetivo não foi simplesmente fazer um levantamento dos que seriam anistiados, mas desvelar e divulgar plenamente o passado em comum (*full disclosure*), como resultado da busca pela verdade (*truth-seeking*). Os procedimentos diferem dos utilizados nas instituições jurídicas, e o funcionamento da comissão indicou os primeiros passos da reconciliação procurando “restaurar a dignidade das vítimas”. Ao tomarem para si a condição de sujeitos políticos, as vítimas são beneficiadas não por um agir terapêutico, mas por serem empoderadas por um processo público que

concorre para a instauração de sua dignidade e a reparação de seu sofrimento. Segue o processo de reconciliação com a oportunidade aos perpetradores de mostrarem a responsabilidade sobre seus atos e o mérito de receberem a anistia. (TELES, 2005, p. 141).

Diante dessas ilações, a justiça de transição ganha novos contornos na contemporaneidade a partir dos ideais de restauração e reparação dos danos. A Justiça Restaurativa apresenta-se como um instrumento eficaz para promoção da reconstrução da memória e da história dos anos de repressão, buscando a investigação dos fatos para garantia do direito fundamental à verdade e a superação do evento traumático pela sociedade contemporânea.

5. Considerações finais

A partir das ilações expendidas, observamos que o acesso aos direitos à verdade e à memória dos fatos acontecidos na ditadura militar é instrumento fundamental para a completude da justiça transicional, uma vez que a verdade e a memória conduzem ao processo de reparação e de não repetição das violações sofridas na realidade brasileira. No entanto, em cotejo da aplicabilidade dos mecanismos de justiça transicional brasileira adotados, percebemos a disfuncionalidade da Lei de Anistia nacional que descaracteriza a justiça de transição como instrumento de reformulação do Estado a partir das manobras legislativas de inserção do perdão para os agentes repressores da ditadura e a impossibilidade de responsabilização penal dos delitos.

Impende registrar que a dissonância da Lei de Anistia com o processo de justiça de transição foi objeto de controle de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o país pelos crimes da ditadura e reforçou o caráter antidemocrático da lei que anistia

os responsáveis pelas atrocidades e, por consequência, conduz ao processo de esquecimento do período ditatorial.

Nessa perspectiva, com o objetivo de resgatar o direito à verdade e à memória como instrumentos fundamentais para a promoção da reparação e da não repetição das atrocidades na realidade social, a Justiça Restaurativa se apresenta como mecanismo eficaz de investigação do período histórico ditatorial, a fim de promover a composição dos danos e a reformulação das instituições sociais, por meio da narração dos acontecimentos e da escuta ativa dos familiares e vítimas da ditadura.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa busca, por meio da escuta ativa e do acesso à verdade, trazer a consciência coletiva para a não repetição dos atos praticados na ditadura militar, a partir da reconstrução da memória perdida pela cegueira deliberada dos mecanismos de esquecimento empreendidos pelo estado brasileiro.

Referências

ALVES, Adamo Dias; MATIAS, Priscilla Gomes. **Uma breve história do conceito de anistia para a compreensão da justiça transicional do movimento de anistia ao julgamento da ADPF nº 153. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica:(In)justiça nas transições políticas**, v. 8, n. 8. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica,2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>>. Acesso em 25 out. de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 225, de 12 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>>. Acesso em 25 out. de 2017.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683compilada.htm]. Acesso em: 15.08.2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em 15.08.2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>. Acesso em 15.08.2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Petição Inicial - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586_ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf]. Acesso em: 01,06.2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso 11.552. Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 15.08.2021

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica**, nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 15.08.2021.

DOOLIN, Katherine. **But what does it mean? Seeking definitional clarity in restorative justice**. *The Journal of Criminal Law*, 71 (5), 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 3-56

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12 de 24 de julho de 2002**, p. sem número. Conselho Econômico e Social.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999**. Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2000/14 de 24 de julho de 2000.** Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática.** São Paulo: IBCCrim, 2009.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. **Comissão da verdade no Brasil & justiça de transição:** Direito à Verdade e à Memória. Curitiba: Juruá, 2016.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Responsabilidade penal para os crimes da ditadura militar.** Curitiba: Juruá, 2017.

TELES, Edson Luiz de Almeida. **A anistia e os crimes contra humanidade.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 55, julho-agosto de 2005, ano 13, p. 315-337.

TORELY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza. **Justiça Restaurativa e Crimes Culposos: Contributo à Construção de um Novo Paradigma Jurídico-Penal no Estado Constitucional de Direito.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

ZYL, Paul Van. **Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito.** In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). **Justiça de transição:** manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

4

Voto impresso: expectativas frustradas

BRUNO CEZAR ANDRADE DE SOUZA

Sumário: 1. *Introdução*. 2. *Independência do software de votação*. 3. *Reintrodução de problemas históricos já superados quanto à legitimidade da votação*. 4. *Conclusão*. *Referências*.

1. Introdução

Os debates advindos com o avanço, no Congresso Nacional, da proposta que estabelece a impressão do voto no Brasil^[1] têm ganhado contornos de briga generalizada. Paixões, naturais em debates futebolísticos, assumiram o lugar da compreensão e da análise de argumentos. Infelizmente, a polarização que experimenta a sociedade brasileira encontrou mais um ambiente para sua disseminação.

Para fugir da discussão improdutiva, pretende-se fazer uma análise das bases de argumento dos defensores do voto impresso e verificar se é possível que a implantação desse mecanismo cumpra, teleologicamente, o que se pretende ou, ao contrário, se frustra expectativas e adiciona elementos já não mais experimentados nos processos eleitorais brasileiros.

De início, é necessário depurar discursos de parte a parte dos debates para que fique claro não haver vieses pautados em desinformação.

1. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda Constitucional nº 135/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2220292> Acesso em 16/6/2021.

O que se deve desde logo deixar evidente, por exemplo, é que o texto proposto na Câmara dos Deputados, qual seja, a PEC nº 135/2019 não pretende eliminar as urnas eletrônicas do processo de votação. De igual sorte, o objetivo do projeto não é o retorno à votação por cédulas, nos moldes que ocorria antes de 1996.

O texto proposto, que acrescenta um parágrafo no art. 14 da CF/88, diz o seguinte:

§ 12 No processo de votação e apuração das eleições, dos plebiscitos e dos referendos, independentemente do meio empregado para o registro do voto, é obrigatória a expedição de cédulas físicas conferíveis pelo eleitor, a serem depositadas, de forma automática e sem contato manual, em urnas indevassáveis, para fins de auditoria.

Percebe-se que a intenção do legislador é, independentemente do meio utilizado para a votação, fazer com que, no bojo desse processo, sejam expedidas “cédulas físicas conferíveis pelo eleitor”, as quais, por sua vez, devem ser acondicionadas sem contato manual para eventual auditoria.

Assim, o discurso amedrontador de que a proposta busca uma involução ao se adotar cédulas de votação não procede. Trata-se de mero discurso retórico com claros objetivos de posicionamento em relação ao tema.

O outro polo desse debate, por sua vez, lança mão do argumento de que o sistema de votação eletrônica não é auditável e, portanto, sujeito a manipulações e fraudes impossíveis de serem identificadas sem um elemento material, no caso a impressão em papel, para efetuar a auditoria.

Esse argumento, de igual sorte, não condiz com os fatos. O atual processo eletrônico não é apenas auditável, como, em verdade, passa,

efetivamente, por auditorias rotineiras. Não se pretende, neste espaço, aprofundar todos os processos de auditoria atualmente existentes. O intuito é apenas chamar a atenção para o fato de que, ainda que não se concorde com o esquema atual, o que é naturalmente possível, não é dado negar uma situação concreta aferida inclusive por organismos internacionais.

Outro ponto que devemos esclarecer preliminarmente é em relação ao aspecto jurídico-constitucional da medida.

A atual tentativa de implantação de impressão do voto, ou algo do gênero, não é a primeira desde que a informatização da votação começou no país. A medida já foi tentada e o Poder Judiciário já teve oportunidade de analisar o tema.

A primeira implantação desse recibo ocorreu por meio da Lei nº 10.408/2002, que alterou a Lei nº 9.504/97, para que este fosse implementado de forma progressiva, inclusive para as eleições de 2002, conforme disponibilidade orçamentária. Algumas seções, então, já no pleito de 2002, realizaram o processo de votação com a impressão do recibo. A experiência, contudo, foi considerada ruim, tanto em decorrência da demora no processo, visto que ocasionou filas, quanto em relação ao aumento da quantidade de erros no equipamento de votação em índices muito superiores aos apresentados nas seções em que a impressão não ocorreu.^[2]

Outras duas tentativas de estabelecer a impressão do voto foram realizadas. Estas, por sua vez, foram objeto de ação de controle concentrado, que buscava declarar a inconstitucionalidade da medida sob o fundamento de quebra do sigilo do voto e retrocesso social. O STF, então, manifestou-se em ambas oportunidades no sentido de declarar a inconstitucionalidade

2. Ver: *Série Voto Impresso: primeira experiência com impressão do voto foi nas eleições de 2002*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Fevereiro/serie-voto-impresso-primeira-experiencia-com-impressao-do-voto-foi-nas-eleicoes-de-2002>. Acesso em 26 de janeiro de 2021.

do modelo de impressão. Todavia, ao se avaliar os pronunciamentos dos Ministros da Suprema Corte, é possível identificar que alguns mencionaram expressamente não ver, abstratamente, como inconstitucionais estabelecimentos de mecanismos que reforcem a segurança do processo de votação, inclusive procedimentos não eletrônicos. Por exemplo, traz-se o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

[...] só ressaltando que, a meu ver, tendo em vista as circunstâncias que se manifestem ao longo das experiências vividas, o legislador não está impedido de adotar outros meios e até meios diversos daqueles apontados nos controles eletrônicos. É claro que, ao fazê-lo, não poderá comprometer o sigilo das votações. Não poderá tornar vulnerável o eleitor a esse tipo de pressão, porque isso, sim, seria um retrocesso, não no sentido de aplicação do princípio do retrocesso, mas um retrocesso em sentido verdadeiramente institucional, a exposição deste indivíduo, eleitor, a essas pressões indevidas por parte dos grupos interessados na disputa política. (BRASIL. STF. ADI nº 4.543. Mina. Relatora: Carmem Lúcia. Julgamento 1º de julho de 2014).

Nogueira (2019), analisando o posicionamento do STF em relação à segunda manifestação, ocorrida na ADI nº 5.889, critica a decisão, visto que, segundo o autor, os termos estabelecidos pela lei não colocavam em risco o sigilo do voto na medida em que o eleitor não teria a possibilidade de levar o impresso consigo. Sequer haveria contato do eleitor com eventual prova material de sua opção política.

A partir das posições do STF, era questão de tempo para que o tema voltasse ao debate político nacional. Isso porque fica evidente a reação do espectro político da sociedade em relação ao estabelecimento da impressão do voto. É o que vem a lume pela tramitação da proposta, agora por PEC.

A despeito da ciência de que não há qualquer fraude comprovada no atual sistema de votação, entende-se que tal fato é um argumento

metajurídico. De igual sorte, os motivos subjacentes à tentativa de sua implantação, seja pela efetiva desconfiança do sistema eletrônico, seja pela genuína vontade de criar mais uma camada de segurança para o processo de votação, igualmente não contribuem de forma nodal para a análise do tema sob os aspectos constitucionais.

Entender que a impressão do voto é immanentemente inconstitucional traz consigo o problema acerca da coerência e da integridade do Direito em relação a decisões futuras. É essa preocupação que Streck (2017) apresenta quando, lançando mão da analogia do romance em cadeia formulado por Dworkin, afirma que, para que exceções sejam estabelecidas, é necessário que se rompa a cadeia interpretativa. Porém, ao assim proceder, estará vinculado, o intérprete, a seguir a mesma lógica em casos similares seguintes.

A informatização da votação é decorrente de avanço tecnológico e da adequação dos custos às possibilidades econômicas do Estado, mas ela não é condição *sine qua non* para o exercício do sufrágio em bases hígdas. Inclusive, atualmente no próprio sistema de votação brasileiro, é prevista, de forma contingencial, a votação mediante cédula, nas situações em que o equipamento eletrônico apresente mau funcionamento que impossibilite sua substituição. Tal medida não apresenta, inicialmente, qualquer interpretação de que esteja em desacordo com o texto constitucional.

Por sua vez, o equipamento eletrônico não é produzido *manu propria* pela Justiça Eleitoral. Nesse sentido, há captação de interessados no mercado para a contínua substituição e atualização dos equipamentos. É possível, nesse cenário, que em algum momento o fornecimento de tais aparelhos não seja do interesse da iniciativa privada ou que, havendo interesse, a aquisição mostre-se economicamente inviável. Como, então, conciliar uma decisão de inconstitucionalidade, inclusive fundada na

impossibilidade de retrocesso, com uma eventual falta de equipamentos eletrônicos disponíveis para realização do pleito?

Portanto, é necessário ter o devido cuidado para que não se tome o meio, no caso a urna eletrônica, como o fim que se pretende atingir, qual seja, a manutenção do sigilo do voto do eleitor e sua manifestação livre de influências escusas. A solução para essa equação deve ser obtida com base no Direito, e não em uma elaboração tecnológica apartada das normas estabelecidas. Do contrário, tende-se ao recrudescimento da reação política em relação às decisões judiciais e ao desrespeito em relação à separação de poderes, na esteira do denominado efeito *backlash*.

Partindo dessas premissas é que se busca avaliar qual é a principal implicação para a utilização ou não de um rastro físico da votação manifesta pelo eleitor quando da realização do pleito.

Primeiro, será avaliado o ponto central da crítica sobre a falta de tal prova física da votação, qual seja, a suposta impossibilidade de contagem e auditoria da votação por meios independentes dos programas oficiais utilizados no processo de votação.

Em seguida, será avaliado o impacto de uma reintrodução de papel no processo de votação brasileiro conforme perspectiva histórica já experimentada em passado recente, sempre tendo-se em conta que a nova proposta, como já dito, não é idêntica às formas de votação pretéritas.

Por fim, será feita uma análise acerca da medida de rastreabilidade de forma a verificar se ela cumpriria a finalidade a qual se destina sem que, com isso, novos pontos de fragilização do processo de votação sejam criados ou agravados no cenário alternativo.

2. Independência do software de votação

O indigitado projeto de emenda constitucional, que busca reintroduzir a auditoria por cédula impressa do voto, traz, como um de seus fundamentos, a possibilidade de “auditoria independente do *software* instalado nas urnas eletrônicas” e afirma, equivocadamente, que apenas o Brasil utiliza tal modalidade de equipamento.^[3]

O conceito de independência do *software* de votação foi elaborado em 2006 e mais bem detalhado em 2008 por Rivest e Wack (2008) optical scan and some cryptographically based voting systems are software independent. Variations and implications of this definition are explored. It is proposed that software-independent voting systems should be preferred, and software-dependent voting systems should be avoided.</p>
 <p>An initial version of this paper was prepared for use by the Technical Guidelines Development Committee in their development of the Voluntary Voting System Guidelines, which will specify the requirements that the USA voting systems must meet to receive certification. © 2008 The Royal Society.</p>
 <p>“author”:[{“dropping-particle”:””,“family”:”Rivest”,“given” :”Ronald L.”,“non-dropping-particle”:””,“parse-names”:false,“suffix” :””}],{“dropping-particle”:””,“family”:”Wack”,“given”:”John P.”,“non-dropping-particle”:””,“parse-names”:false,“suffix”:””}],“container-title”:”Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences”,“id”:”ITEM-1”,“issue”:”1881”,“issue d”:{“date-parts”:[["2008"]]},“page”:”3759-3767”,“title”:”On the notion of ‘software independence’ in voting systems”,“type”:”article-journal”,“v olume”:”366”,“suppress-author”:1,“uris”:[“http://www.mendeley.com/

3. Segundo o International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), atualmente há em todo o mundo ao menos 16 países (inclusive alguns Estados dos Estados Unidos da América) que utilizam urnas eletrônicas com tecnologia similar à brasileira e, ainda, outros 6 países que implantaram votação por meio da rede mundial de computadores. As eleições utilizando tais modalidades de acesso ao voto podem ocorrer em nível nacional, regional ou local. Disponível em: <https://www.idea.int/> Acesso em 17/6/2021.

documents/?uuid=9971d79e-c97f-414c-890a-d0f64f6df278"}], "mendeley": {"formattedCitation": "(2008. Para esses autores, a não disponibilização de uma prova física do voto faria com que o eleitor e toda a sociedade tivessem apenas que confiar no fato de que o *software* havia sido escrito e bem testado e, ainda, que o programa em execução no dia da votação fosse, efetivamente, aquele certificado anteriormente. Por fim, haveria a necessidade de se confiar na inexistência de violação entre os testes e a eleição.

Os referidos autores afirmam que é quase impossível ou economicamente inviável proceder a uma varredura exaustiva em busca de erros ou códigos maliciosos em grandes sistemas de votação que são extremamente complexos. Nesse sentido, os testes realizados, antes ou depois do pleito, seriam insatisfatórios e acabariam por manter a integridade dos resultados das eleições exclusivamente na crença da correção do *software* utilizado.

Ainda segundo Rivest e Wack (2008) optical scan and some cryptographically based voting systems are software independent. Variations and implications of this definition are explored. It is proposed that software-independent voting systems should be preferred, and software-dependent voting systems should be avoided.

An initial version of this paper was prepared for use by the Technical Guidelines Development Committee in their development of the Voluntary Voting System Guidelines, which will specify the requirements that the USA voting systems must meet to receive certification. © 2008 The Royal Society.

author: [{"dropping-particle": "", "family": "Rivest", "given": "Ronald L.", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}, {"dropping-particle": "", "family": "Wack", "given": "John P.", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}], "container-title": "Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical,

Physical and Engineering Sciences", "id": "ITEM-1", "issue": "1881", "issue d": {"date-parts": [{"2008}], "page": "3759-3767", "title": "On the notion of 'software independence' in voting systems", "type": "article-journal", "volume": "366"}, "suppress-author": 1, "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=9971d79e-c97f-414c-890a-d0f64f6df278"}]}, "mendeley": {"formattedCitation": "(2008, para se considerar que há independência de *software* na votação, eventuais erros ou alterações não detectáveis no programa não teriam a capacidade de alterar o resultado de uma eleição. Nesse caso, seria possível, por meio da contagem física de votos, identificar os desvios do programa utilizado e, com isso, proceder à renovação da eleição, se fosse o caso.

Isso significa dizer que, caso um erro ou uma adulteração realizados no *software* de votação existisse, seria afetado apenas o resultado decorrente desse sistema informatizado, mas o resultado efetivo poderia ser aferido mediante a recuperação do registro físico dos votos, passíveis de apuração por uma forma independente.

É interessante notar que os próprios autores afirmam que essa auditoria independente não necessariamente precisaria ser feita mediante expedição de registro físico dos votos. Para eles, é possível haver abordagens por avanços em técnicas de criptografia que sejam melhores do que uma trilha de auditoria baseada em papel. Com isso, eventual preocupação sobre a conferência do eleitor em relação à sua escolha ressaí relegada a um segundo plano, visto que, consoante os autores, os conhecimentos criptográficos não são compreendidos pela maioria das pessoas.

Por último, Rivest e Wack (2008) *optical scan and some cryptographically based voting systems are software independent. Variations and implications of this definition are explored. It is proposed that software-independent voting systems should be preferred, and*

software-dependent voting systems should be avoided.

An initial version of this paper was prepared for use by the Technical Guidelines Development Committee in their development of the Voluntary Voting System Guidelines, which will specify the requirements that the USA voting systems must meet to receive certification. © 2008 The Royal Society.

author: [{"dropping-particle": "", "family": "Rivest", "given": "Ronald L.", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}, {"dropping-particle": "", "family": "Wack", "given": "John P.", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}], "container-title": "Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences", "id": "ITEM-1", "issue": "1881", "issued": {"date-parts": [{"2008}]}, "page": "3759-3767", "title": "On the notion of 'software independence' in voting systems", "type": "article-journal", "volume": "366", "suppress-author": 1, "uris": ["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=9971d79e-c97f-414c-890a-d0f64f6df278"], "mendeley": {"formattedCitation": "(2008 afirmam que, mesmo com a implementação de artefato físico do voto, é de fundamental importância que sejam mantidos e ampliados criteriosos e completos testes de varredura nos sistemas de votação, antes e depois do pleito, os quais, ainda segundo os autores, podem ser inclusive mais caros do que os atualmente existentes."}

O que não fica claro, em sua abordagem, é de que forma haveria independência de *software*. Como apresentado por Rivest e Wack, a independência, ao que parece, seria exclusivamente da contabilização dos votos. Ou seja, o sistema em que foi feita a votação teria uma contabilização, e o procedimento manual executaria a outra como simples conferência de que há coincidência entre os resultados.

Tal independência, todavia, não dissiparia dúvidas quanto à existência de erros ou códigos maliciosos no programa de votação, pois

tanto um quanto outro resultados têm origens iguais, ou seja, dependentes. Isso porque o registro físico do voto é impresso pelo próprio *software* que gerencia a votação. Para uma melhor compreensão, é necessário nos determos mais nessa parte.

Há, ainda, um agravante em se considerar auditada a eleição exclusivamente no fato de haver conferência de erros na cédula pelo eleitor. Estudo conduzido pelos pesquisadores Selker e Cohen (2005) demonstrou que apenas 3% dos eleitores conferiram sua votação em 108 eleições simuladas nas quais foram incluídos propositalmente erros nas cédulas impressas.

Partindo-se da premissa que há um erro ou uma fraude no programa, as impressões de votação refletiriam a inconformidade e, não sendo percebidas pelo eleitor, seriam depositadas para apuração posterior. A contagem desse material, por sua vez, daria o mesmo resultado do sistema informatizado, pois apenas reproduziria, agora em meio físico, a suposta inadequação do sistema.

Ainda seguindo a hipótese anterior, caso o erro seja constatado pelo eleitor no momento da votação, deverá haver procedimento de verificação e, se for o caso, substituição do equipamento. Até o momento não há definição pelo Congresso Nacional sobre qual seria a medida adotada, e não seria possível, sem quebra do sigilo do voto, atestar a veracidade da alegação feita pelo eleitor quanto à inconformidade da opção apresentada em relação à sua vontade. Entretanto, levando a tese ao extremo e constatado o erro no programa, as eleições estariam prejudicadas e precisariam ser imediatamente suspensas em toda a circunscrição, não se chegando, com isso, ao momento de totalização dos resultados.

Ambos os cenários demonstram que é necessário ter em mente o questionamento sobre qual seria a real finalidade do registro físico do voto,

mas em nenhum se identifica uma independência efetiva entre programa e apuração. Nas cenas ora delineadas, por sua vez, não se considerou uma série de intercorrências que poderiam afetar o resultado final. Não se inseriu, por exemplo, situação em que o eleitor simplesmente não confere o seu voto e dá continuidade à finalização da votação e, ainda, aquelas situações em que se trata de pessoa com deficiência visual que confirmou a votação apenas eletronicamente.

Podemos indicar outras hipóteses em que o registro impresso do voto não soluciona eventual problema de certeza quanto à inexistência de fraude no processo de votação eletrônica. Senão vejamos.

Conforme apontado, o STF já se manifestou pela inconstitucionalidade de formas de verificação do voto que coloquem em risco o seu sigilo. Disso decorre o fato de que não é possível conceber marcações na impressão do voto que tenham a possibilidade de diferenciação e individualização de votantes. Com isso, o rasto físico do voto deve conter apenas os elementos mínimos essenciais para validação dos resultados.

Quais seriam, então, tais elementos?

A informação básica que deve constar do registro impresso do voto é a própria escolha do cidadão, ou seja, suas opções por candidatos, partidos, voto em branco ou nulo. Além disso, deve-se ter informação essencial para garantir que aquele registro foi expedido por um sistema oficial existente no processo eleitoral, ou seja, deve haver uma assinatura eletrônica que garanta a autenticidade da informação. Não seria permitida, por exemplo, a inclusão de informações sobre horário de gravação do voto, o que poderia quebrar o sigilo da votação. Naquelas impressões em que o eleitor tivesse recusado as escolhas e cancelado a votação, seria trazida, ainda, a impressão da expressão “cancelado” para que se evitassem contagens indevidas.

Percebe-se que toda a composição desse registro de votação é decorrente do *software* empregado no processo eleitoral e, além disso, conta com elementos que continuam sendo de difícil compreensão pelo eleitor.

Dessa forma, seguindo o raciocínio hipotético de existência de erro ou de fraude no sistema, há de se questionar: o que impediria que o erro ou o código malicioso registrasse em um voto adequado uma marcação de cancelado, em geral não conferido pelo eleitor, ou a inserção de um código não oficial que faria com que a autenticidade do registro fosse negada?

Pode-se questionar qual seria a vantagem de tal procedimento visto que em vez de atribuir-se votação fraudulenta a uma candidatura, suprimiu-se votação idônea de outra. A própria indagação já indica o caminho da resposta. Para se ganhar uma eleição deve-se ter, no sistema majoritário, ao menos, mais votos do que seus adversários. Em um ambiente pautado em fraude, pouco importa se a vitória é obtida por aumento da votação de quem executou o ilícito ou mediante redução artificial dos votos dados aos adversários. O objetivo final será obtido em ambos os casos, e o resultado apurado em papel será idêntico àquele trazido pelo sistema informatizado.

Logo, se a falta confiança no processo eleitoral chega a um ponto crítico, qualquer que seja a solução apresentada pode ser frustrada por novas formas de se burlar o processo de votação. Por isso, afigura-se fundamental a transparência e a participação social em todas as fases do processo de preparação do pleito. Apenas assim será possível fiscalizar pormenorizadamente os processos e identificar possibilidades de melhorias, bem como elevar o grau de confiança do processo de escolha de candidatos.

Nesse sentido, compreende-se que o conceito de independência de *software* carece de alguns elementos para que se possa efetivamente dar resposta satisfatória ao problema que se pretende solucionar. Mais grave do que não

dar resposta adequada é possibilitar a volta de sérios problemas que muito fragilizariam a legitimidade dos pleitos, tema tratado no tópico seguinte.

3. Reintrodução de problemas históricos já superados quanto à legitimidade da votação

A proposta de registro impresso do voto, é importante que se volte a frisar, não é uma revolução que pretende o retorno da votação por cédulas, em que era possível o cometimento de uma série de ilícitos que maculavam o processo de escolha dos representantes populares.

Dessa forma, é falsa a afirmação de que, por exemplo, pode ocorrer votação de pessoas falecidas e preenchimento de cédulas de votação deixadas em branco por eleitores. Com o registro físico, seriam mantidas as urnas eletrônicas e a biometria para identificação do eleitor. As cédulas em branco seriam marcadas eletronicamente com tal opção legítima do eleitor.

Em que pese não reavivarem as situações de fraude anteriormente mencionadas, o registro impresso do voto faz ressurgir outras diferentes mazelas já experimentadas ao longo da história do país, em que, mesmo com votação em papel, foi possível inserir alterações na via física desvirtuando a escolha do eleitor.

Talvez o mais marcante problema, de ordem social, que pode ganhar força com a impressão do voto é o recrudescimento da pressão física, psicológica e econômica que passará a sofrer eleitores e eleitoras em relação a lideranças que os subjuga. Hoje já existe esse ambiente de pressões, normalmente baseado em mero argumento falacioso de acesso à votação. A tendência é de que a reinclusão do papel na votação agrave tal situação.

Vitor Nunes Leal (2012), ao lembrar a figura emblemática dos

coronéis no cenário de eleições no século XIX, afirma que, a despeito de constantes alterações da legislação que regulava as eleições, a regra em vigor era a precariedade do processo de apuração que, no mais das vezes, era entregue a órgãos políticos. A força econômica e física desses líderes locais garantia eleições pouco dadas à competitividade franca e cercadas pela certeza da vitória dos candidatos apoiados por esses coronéis.

A influência maléfica de líderes locais nas eleições até hoje perpassa o processo de votação. Não por outra característica foi que em 2009 o Congresso Nacional fez inclusão do parágrafo único no art. 91-A da Lei nº 9.504/1997, que prescreve ser “vedado portar aparelho de telefonia celular, máquinas fotográficas e filmadoras, dentro da cabina de votação”. Tudo para garantir a tranquilidade do exercício do voto sem que, com isso, eleitores sejam coagidos a votar em determinada liderança com a comprovação de sua escolha.

Aqui, é preciso dissipar mais uma desinformação que perpassa o presente debate. Na proposta de impressão do voto fica claro que o procedimento, caso implantado, ocorreria sem contato manual entre o eleitor e o voto materializado. Todavia, a mera expectativa de existência de uma prova de seu voto já pode ser utilizada como elemento psicológico por lideranças locais para constranger eleitores em suas escolhas. Isso pode reforçar desrespeitos à legítima e desimpedida escolha do eleitor.

José Murilo de Carvalho (2013), ao analisar o mesmo período abordado por Victor Nunes Leal, ou seja, o final do império e início da república, traz outro aspecto que, com a implantação da impressão do voto, pode voltar a macular as eleições brasileiras. O autor afirma que:

As eleições eram frequentemente tumultuadas e violentas. Às vezes eram espetáculos tragicômicos. O governo tentava sempre reformar a legislação para evitar a violência e a fraude, mas sem

muito êxito. No período inicial, a formação das mesas eleitorais dependia da aclamação popular. Aparentemente, um procedimento muito democrático. Mas a consequência era que a votação primária acabava por ser decidida literalmente no grito. Quem gritava mais formava as mesas, e as mesas faziam as eleições de acordo com os interesses de uma facção.

Entende-se, da afirmação acima, que a apuração da votação é cercada por uma série de interesses, escusos ou não. Essa situação, por sua vez, exige um maior cuidado para que as escolhas realizadas pelo eleitorado sejam devidamente contabilizadas. Atualmente, a intervenção humana é mínima e faz com que a totalização ocorra sem sobressaltos. Não se pode afirmar o mesmo com a votação impressa.

Mesmo que todas as medidas de segurança sejam tomadas, uma apuração, ainda que para mera auditoria, pode trazer pressões sobre os escrutinadores e gerar erros na contabilização. E ainda nem se abordou a questão de eventual má-fé – seja por corrupção, seja por ameaça – que possa incidir sobre as pessoas que venham a trabalhar na apuração.

Com a exigência de mais recursos para finalizar os trabalhos de apuração, torna-se maior a possibilidade de tentativa deliberada para sabotar o processo. Então, a ampliação do número de pessoas envolvidas no processo e a demora natural para sua contabilização elevam riscos inerentes à totalização dos resultados.

Quaisquer erros de contabilização ou mesmo extravios do registro impresso do voto podem gerar a anulação de vários votos sem que, com isso, seja possível chegar a uma conclusão sobre qual seria o erro, se no sistema eletrônico ou no sistema de apuração manual. O Congresso Nacional, por sua vez, ainda não estabeleceu como tais situações seriam dirimidas.

Não há, por exemplo, definição de como ocorreria a reconciliação^[4] entre a contagem manual e a eletrônica. Nos Estados Unidos, por exemplo, recomenda-se que cada cédula seja marcada com a identificação do eleitor para facilitar essa reconciliação, entretanto, no Brasil, como já apontado, o STF compreende que isso tende a quebrar o sigilo do voto.

Os fatos trazidos por Leal e Carvalho não são isolados e nem distantes no tempo. É possível perceber a mesma análise em eleições do século XX.

Em relação à disputa presidencial de 1930, podemos trazer duas análises sobre os graves problemas de fraude que caracterizavam as eleições do período.

Dulles (1976), biógrafo de Getúlio Vargas, quando aborda as eleições de 1930, aponta dois graves problemas.

O primeiro refere-se à morosidade da apuração, pois, embora a eleição tenha ocorrido no período de carnaval, a contagem de votos foi finalizada em período muito afastado da festividade.

O segundo problema fica explicitado quando o autor relata a fala de Osvaldo Aranha, aliado de Vargas, que, ao se dirigir ao Presidente da República, Washington Luís, no espectro oposto da disputa, disse que iria levar ao conhecimento dos governadores as irregularidades constatadas na votação para que os resultados pudessem ser corrigidos. As irregularidades eram tão naturalizadas que Borges de Medeiros, apoiador de Vargas, candidato derrotado na disputa, afirmou:

Devemos, pois reconhecer com franqueza e lealdade que o Sr. Júlio Prestes está eleito. Pode haver e há muitos votos a subtrair

4. O termo "reconciliação" significa que deve ser possível reconstruir todo o caminho do voto para que seja permitida a identificação de onde pode ter ocorrido o erro ou a fraude, se no sistema eletrônico ou em eventual cédula impressa. No texto original: "The voting system must be capable of gathering and recording write-in votes within a voting process that allows for reconciliation of aliases and double votes." (U.S. ELECTION ASSISTANCE COMMISSION, 2021)

desses totais, provenientes de fraudes que as juntas vão apurar. Serão deduções proporcionais porque fraudes houve de norte a sul, inclusive aqui mesmo. (DULLES, 1976)

A mesma percepção da generalização da fraude no processo de votação ocorrido em março de 1930 foi destacada por Lilia Moritz Schwarcz e Heloisa Murgel Starling. Para as autoras, as eleições, como de costume, foram caracterizadas por falcatruas, subornos e coerções dos dois lados da disputa e, “encerrada a apuração, não havia muito que fazer, além de resmungar contra fraudes eleitorais, no mais das vezes impossíveis de serem comprovadas.” (SCHWARCZ; STARLING, 2018).

A indiferença e a tolerância com as fraudes eleitorais foram sendo enfraquecidas ao longo dos anos. Principalmente após a redemocratização e o advento do novo texto constitucional de 1988, as instituições entraram em um processo de fortalecimento e, com isso, puderam contribuir para aumentar a confiabilidade do processo eleitoral.

O ponto de ruptura pode ser indicado pelas eleições de 1994. Mais precisamente, as eleições para deputados federais e estaduais, no Estado do Rio de Janeiro, em que foi identificada uma série de irregularidades na apuração das seções eleitorais. Cédulas sumiram, percentuais de votos em branco foram baixíssimos se comparados com as médias nacionais e quadrilhas de bandidos foram identificadas atuando para fraudar o pleito. Foi necessário, então, anular a eleição proporcional e realizar nova eleição. O então presidente do TSE, Ministro Sepúlveda Pertence, em manifestação aos órgãos de imprensa, afirmou que “o escândalo das fraudes no Rio tem a importância histórica de deixar evidente a gravidade do sistema primário de voto e apuração.”^[5] Já na eleição subsequente, em 1996, começaram a ser introduzidas as urnas eletrônicas.

5. TSE adotará voto eletrônico em 98 para impedir fraudes. *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro, 23 de outubro de 1994. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/> Acesso em 26 de janeiro de 2021.

Ao longo desse percurso histórico, por mais que se tenha dito que uma parte dos problemas não retornará, visto que cédulas não serão novamente a via principal de votação, é perceptível que a apuração é fase sensível de todo o processo eleitoral, inclusive com a preocupação e os gastos inerentes ao reforço de custódia de urnas e cédulas. A ampliação de seu escopo pode não trazer os benefícios de transparência almejados e, ainda, inviabilizar garantia mínima de lisura do processo de totalização.

Poder-se-ia argumentar que, para resolver todos os problemas até aqui descritos, bastaria retirar o viés humano da apuração a partir da informatização e mecanização do processo de contagem dos registros impressos do voto. Contudo, tal argumento traria consigo ao menos duas contradições: a primeira seria a adoção de mecanismo que igualmente não contaria com a fácil compreensão do eleitorado; a segunda é que o sistema de contabilização seria, da mesma forma que o *software* de eleições, complexo e não passível de auditorias completas.

Alguns países já utilizam equipamentos para contabilização de cédulas, seja para auditoria em confrontação com a totalização automatizada, seja como principal forma de contabilização em relação a eleições ainda realizadas exclusivamente por papel.

Porém, o sistema informatizado de contabilização das cédulas também já foi objeto de contestação.

Um grupo de pesquisadores favorável ao registro físico de votação apresentou ao Comitê Permanente de Justiça e Inquérito da Segurança Comunitária do Parlamento australiano relatório que aponta que a auditoria mediante a digitalização dos votos não é capaz de ilidir dúvidas sobre a correção dos dados apurados, dada a impossibilidade de detectar alguns tipos de erros (CONWAY et al., 2021). Esse mesmo grupo apontou uma

série de medidas para aumentar a transparência do processo eletrônico de votação australiano, cabendo destacar que a maior parte das sugestões já foram implementadas no processo de votação brasileiro há muitos anos, caso, por exemplo, da liberação de acesso do código-fonte para testes de segurança com antecedência.

Schneider (2020), ao abordar o processo de votação eletrônica e a possibilidade de contabilização automática de cédulas, estabelece que o grau de certeza do resultado ocorre por amostragem probabilística, e não necessariamente por meio da identidade de resultados entre papel e sistema informatizado. O autor trabalha com a ideia de uma faixa estatística de segurança para que o risco de erros no sistema seja desprezível, embora possível. Destaca, ainda, dois pontos fundamentais, em sua análise, para que uma auditoria do sistema eletrônico de votação seja seguro: (i) forte cadeia de custódia das cédulas ao longo de todo o processo; (ii) a contagem mecanizada das cédulas deve necessariamente envolver intervenção humana para acompanhamento de eventuais inconsistências.

Isso significa dizer que até mesmo os defensores de inovações para solucionar problemas advindos com a impressão do registro do voto não conseguem de forma cabal garantir resultados fidedignos sem outras camadas de segurança, demonstrando que a simples impressão do voto pode não atender ao requisito de confiabilidade para que seu resultado seja facilmente aceito pela sociedade.

4. Conclusão

Como dito no início desse artigo, mais do que buscar cegamente uma solução definitiva para a questão de segurança do processo de votação, busca-se avaliar se a solução proposta de rastreabilidade física do voto

cumprir o papel de fortalecer a transparência e a integridade do processo eletrônico de votação sem que, com isso, outros importantes preceitos sejam maculados.

A escolha da forma pela qual uma sociedade elege seus governantes é soberana e, resguardado o sigilo do voto, deve ser definida no âmbito do Poder Legislativo.

Não se deve buscar soluções simples com reducionismos comparativos com outras nações para se chegar a conclusões contrárias ou favoráveis ao voto com registro impresso. No Brasil, há o hábito de se fazer importações de conceitos, medidas e ideias sem a necessária reflexão de como transpor e adaptar tais institutos, pensados para realidades jurídicas distintas, para a realidade brasileira.

Utiliza-se frequentemente a decisão do Tribunal Constitucional alemão, que proibiu a utilização de equipamentos eletrônicos no processo de votação daquele país, como exemplo cabal do descompasso do sistema brasileiro no contexto mundial. Todavia, ignora-se que a cultura política e a história social são completamente distintas nos dois países. Como saber qual seria a decisão da Corte alemã se estivesse inserida em uma sociedade que historicamente conviveu com exemplos deploráveis de fraudes eleitorais? Não há como ter certeza sobre tal cenário.

Da mesma forma, a sociedade brasileira estaria disposta a conviver com um sistema eleitoral similar ao da Alemanha, cuja quantidade de representantes no Parlamento nacional é móvel e definida somente após as eleições e com variações que poderiam chegar a quase o dobro de parlamentares que hoje compõem o Congresso Nacional? Ou, ainda, a sociedade estaria disposta a implantação de um sistema de votação por correio, como o adotado naquele país? As realidades são muito díspares

para serem confrontadas sem uma correta contextualização.

O fato é que o estabelecimento de registro impresso do voto, caso decidido pelo Parlamento, e respeitado o seu sigilo, não parece atender aos anseios de maior transparência do processo de votação e, como afirmado, impede a reconciliação entre as duas apurações. A aparente sensação de segurança com a possibilidade de ver concretamente em um papel suas escolhas políticas pode esvair-se rapidamente com um singelo extravio do documento que produzirá efeitos deletérios para todo o sistema de votação com a anulação, seja ela dos votos dados em uma seção específica, seja de todo o pleito.

Expectativas podem ser frustradas, visto que os céticos continuarão desconfiando do sistema eletrônico de votação, e aqueles que já consideram o sistema insuspeito podem deixar de ter tal confiança com a introdução da impressão do voto que vem acompanhada de uma série de problemas que já haviam sido superados pelo país.

Seja qual for a solução que o futuro nos reserva, finalizo com a constatação de Auer e Mendez (2005), que, avaliando o processo eletrônico de votação pela Internet no contexto da União Europeia, afirmam:

A escolha entre os diferentes dispositivos técnicos e soluções disponíveis nunca é definitiva e é de natureza mais política do que técnica: quanta segurança pode e deve ser garantida em um determinado momento em um determinado contexto sem ameaçar ou mesmo sacrificar as vantagens essenciais da votação *on-line*? Não há soluções fáceis para esses enigmas e as escolhas de valores inerentes envolvidos. O máximo que se pode esperar é que os controles *ex ante* e *ex post* estejam em vigor para diminuir os problemas de fraude, autenticação de eleitores e similares, que inevitavelmente serão colocados em maior extensão pelo voto *on-line* do que atualmente na votação *off-line*. Isso ajudaria a apaziguar as preocupações dos direitos fundamentais dos céticos em relação ao voto eletrônico. (AUER; MENDEZ, 2005)

Assim, conforme estabelece Eros Grau (2021), a realidade social faz parte tanto da norma quanto do texto. As decisões devem conter elementos do mundo da vida, ou seja, o ordenamento jurídico deve ser conformado pela realidade na qual é aplicado. Esse contexto precisa ser levado em consideração.

Referências

AUER, Andreas; MENDEZ, Mario. **Introducing e-voting for the European Parliament elections The constitutional problems**. In: **The European Union and e-Voting**. Londres: Routledge, 2005. ISBN: 9780203391044.

CARVALHO, José Murilo De. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 17. ed., Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013. ISBN: 978-85-200-0565-1.

CONWAY, Andrew; HAINES, Thomas; TEAGUE, Vanessa; WILSON-BROWN, T. **Supplementary Submission to the Standing Committee on Justice and Community Safety's Inquiry into the 2020 ACT Election and the Electoral Act**. Austrália.

DULLES, John W. F. **Getúlio Vargas: biografia política**. Tradução: Sergio Bath; Tradução: Marisa Bath. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Renes, 1976.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2021. ISBN: 9786558600046.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7. ed., São Paulo: Companhia das letras, 2012. ISBN: 9788535921304.

NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **A (In)Compatibilidade do Processo Judicial Eleitoral com os Novos Paradigmas da Decisão Judicial no Processo Civil Brasileiro: reconstruindo a interpretação teleológica na jurisprudência eleitoralista à luz da integridade e da coerência**. 2019. Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2019.

RIVEST, Ronald L.; WACK, John P. **On the notion of "software independence" in voting systems**. *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, [S. l.], v. 366, n. 1881, p. 3759–3767, 2008. ISSN: 1364503X. DOI: 10.1098/rsta.2008.0149.

SCHNEIDER, Marian K. Election Security: **Increasing Election Integrity by Improving Cybersecurity**. In: BROWN, Mitchell; HALE, Kathleen; KING, Bridgett A. (org.). **The Future of Election Administration**. Cham: Springer International Publishing, 2020. ISBN: 978-3-030-14946-8. DOI: 10.1007/978-3-030-14947-5. Disponível em: <http://link.springer.com/10.1007/978-3-030-14947-5>.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 2. ed., São Paulo: Companhia das letras, 2018. ISBN: 9788535925661.

SELKER, Ted; COHEN, Sharon. **An Active Approach to Voting Verification. Caltech / Mit Voting Technology Project “ Threats To Voting Systems ” Workshop)**, [S. l.], n. October, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN: 978-85-472-1564-4.

U.S. ELECTION ASSISTANCE COMMISSION. **Voluntary Voting System Guidelines Version. Technical Guidelines Development Committee**, [S. l.], n. 2.0, p. 193, 2021. Disponível em: <https://www.eac.gov/assets/1/28/VVSG 1.1 VOL 1.508compliant.FINAL.pdf>.

5

Breves linhas históricas sobre o Instituto dos Advogados da Bahia e sua relação com os demais Institutos de Advogados

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS

Sumário: *I. Breve histórico da fundação do Instituto dos Advogados Brasileiros. II. A fundação do Instituto dos Advogados da Bahia. III. O Instituto dos Advogados da Bahia, o papel do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil e fundação da novel Federação Nacional dos Institutos dos Advogados do Brasil.*

I. Breve histórico da fundação do Instituto dos Advogados Brasileiros

Em 11 de agosto de 1827, Dom Pedro Primeiro, Quarto de Portugal, criou os dois primeiros cursos de ciência jurídicas e sociais no país: um na cidade de São Paulo e outro na cidade de Olinda, de duração de cinco anos.

Estabelecia também a Lei de 11 de agosto de 1827, no seu art. 8º., que os estudantes, que quisessem se matricular nos cursos jurídicos, deveriam apresentar certidões de nascimento, para demonstrar que possuíam quinze anos completos, e aprovação da língua francesa, gramática latina, retórica, filosofia racional e moral, e geometria.

Surgiu então uma plêiade de jovens bacharéis em direito, a partir de 1832, na sua maioria com 20 anos de idade, preocupados em assegurar

a melhor formação profissional de sua geração e daqueles que iriam estabelecer as diretrizes do futuro do novo País, de independência recente, e que precisava ter um corpo de burocratas para elaborar a nova legislação que substituiria gradativamente a legislação portuguesa ainda em vigor.

De fato, não havia naquela época cursos de pós-graduação que possibilitassem a continuidade de estudos de uma elite intelectual, assim como uma entidade de classe delineada para exigir uma formação de padrão de qualidade mínima dos futuros bacharéis que iriam construir a estrutura da burocracia da jovem nação brasileira. Ou seja, o Brasil apresentava um quadro de neófitos no campo jurídico, recém-formados junto às Instituições que aspiravam se aproximar do modelo de filosofia de Coimbra, cuja faculdade nasceu em 1290, e precisava organizar o Estado soberano e afirmar valores de nacionalidade; faltava uma Instituição para assegurar a convergência destes propósitos, cujo papel seria exercido exatamente pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1843.

Entretanto, antes de chegar na criação do Instituto dos Advogados Brasileiros em setembro de 1843, impende ressaltar que, em 1838, dois fatos históricos relevantes motivaram o seu surgimento, quais sejam:

i) a criação do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, cujos membros em quase sua totalidade passaram a integrar o Instituto dos Advogados Brasileiros e, principalmente,

ii) a aprovação dos Estatutos da Associação dos Advogados de Lisboa, cujos textos foram publicados na edição do Gazeta dos Tribunais, em 15 de junho de 1843, que influenciou, decisivamente, na tomada de providências para a criação do Instituto dos Advogados Brasileiros em 7 de setembro de 1843, pelo Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, Conselheiro Francisco Alberto Teixeira de Aragão, e um grupo de advogados.

Vale dizer, o Instituto dos Advogados Brasileiros foi criado por um ministro do Supremo Tribunal de Justiça articulado com um grupo de

advogados da Corte, sendo que Teixeira de Aragão foi agraciado com o título de presidente honorário, ficando nítido que as classes dirigentes buscavam a consolidação do Estado Imperial, construindo uma identidade nacional, fazendo-se necessário ressaltar que seu primeiro Presidente foi um baiano, o conselheiro Francisco Gomes Brandão, futuro Visconde de Jequitinhonha, que, após a proclamação da Independência, buscando demonstrar suas convicções nacionalistas, trocou seu nome de batismo por Francisco Gê Acayaba de Montezuma.

Desde o seu nascedouro, mais do que apenas organizar a categoria dos advogados, o IAB sempre contribuiu no sentido de consolidação e expansão no âmbito nacional da cultura jurídica brasileira e da formulação de um projeto de sociedade. No período imperial, traduziu-se num órgão governamental, consultado pelo Imperador e seus auxiliares diretos, como também pelos Tribunais, para auxiliar com seus pareceres, as mais importantes decisões judiciais. Além disso, colaborava por intermédio de seus integrantes na elaboração de leis que governariam o País.

Sem embargo, a *ideia da educabilidade como instrumento de construção da identidade nacional* atravessa todo o século XIX, com especial expressão entre as elites mobilizadas para o desafio da construção da nação.

Pode-se entender que o modelo de ensino jurídico, influenciado, decisivamente pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, ou Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, *consistiu num elemento indispensável à estruturação do moderno sistema de Estados Nacionais*, pois se centrou não só na afirmação dos pilares políticos de soberania (território, fronteiras, administração pública, defesa, segurança interna, justiça etc.), mas também na urgente necessidade de criar uma identidade e um “povo” que conferisse sustentabilidade a essa nova realidade política.

Exigia-se, pois, um modelo de ensino jurídico, que seria encampado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, capaz de unificar a culturalmente jurídica, estimulando as ex-províncias, agora na condição de Estados-membros, a reconhecer a nova forma de organização-político administrativa que se inaugurava no final do século XIX.

Insta salientar que, ao passo que a Ordem dos Advogados lusitana foi criada em 1926, a brasileira na sequência foi em 1930, o que demonstra que também, seja na criação do Instituto dos Advogados Brasileiros, seja no que tange à criação da Ordem dos Advogados do Brasil, o modelo lusitano exerceu profunda influência ao contexto nacional, nomeadamente, com a divulgação dos estatutos da Associação portuguesa, inclusive no que dizia respeito à finalidade primordial da Instituição, que seria a criação da Ordem dos Advogados.

II. A fundação do Instituto dos Advogados da Bahia

Na Bahia, em 15 de julho de 1892, foi publicada a Lei Estadual no. 15, que estabeleceu em seu art. 248, que se fundasse “um Instituto da Ordem dos Advogados da Bahia para os fins principais da cultura das letras jurídicas e com especialidade da jurisprudência nacional, do direito processual, administrativo e constitucional da competência do Estado, o incremento do espírito profissional e disciplinar da classe”. No parágrafo 1º. Do mesmo art. 248, foi preconizado que, além das funções inerentes à natureza do Instituto, seria o mesmo “auxiliar de consulta sobre os assuntos jurídicos, sempre que o governo, o corpo legislativo e os tribunais superiores julgarem útil sua audiência”.

Entretanto, só cinco anos depois, em 15 de junho de 1897, foi instalado o Instituto dos Advogados da Bahia, que veio a exercer função corporativa disciplinar dos advogados até a criação da Ordem dos Advogados do Brasil

– OAB, através do Decreto Federal no. 19.408, de 18 de novembro de 1930, ficando destinado ao Instituto dos Advogados seu papel cultural.

A fundação do Instituto dos Advogados da Bahia, IAB, ocorreu em 15 de junho de 1897, no salão nobre da Faculdade Livre de Direito da Bahia, atual Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, fundada em 1891, sendo que atualmente o espaço é onde funciona a Ordem dos Advogados da Bahia, à Rua Direita da Piedade e a sua história está ligada com a difusão da cultura jurídica no Estado da Bahia e a construção de um projeto de sociedade brasileira.

Em 1984, foi aprovado novo Estatuto e Regimento do Instituto dos Advogados da Bahia, estabelecendo que o mesmo consistiria numa associação com personalidade jurídica de duração indeterminada e ilimitado número de sócios, deixando de ser uma Instituição alterada por lei ou decreto, na medida em que passou a condição de associação, cuja organização seria definida por Assembleia Geral dos seus consócios.

O Instituto dos Advogados da Bahia já teve 40 (quarenta) presidentes no curso dos seus 125 anos, sendo seu primeiro Presidente, Antônio Carneiro da Rocha, que foi professor e diretor da Faculdade Livre de Direito da Bahia, além de Ministro da Agricultura e da Marinha, e como Presidente de Honra, Ruy Barbosa, que, por sua vez, foi Presidente também do Instituto dos Advogados Brasileiros nos anos de 1914 à 1916.

Foram Presidentes do Instituto dos Advogados da Bahia, na ordem: 1º. Antônio Carneiro da Rocha; 2º. Francisco Marques de Góes Calmon; 3º. Ernesto de Sá Bittencourt Câmara; 4º. Vital Henriques Batista Soares; 5º. Isaías de Carvalho Santos; 6º. João Marques dos Reis; 7º. José Sabino Pereira Filho; 8º. Manoel Pimentel; 9º. Rogério Gordilho de Faria; 10º. Nestor Duarte Guimarães; 11º. Albérico Fraga; 12º. Gilberto Valente; 13º.

Orlando Gomes dos Santos; 14º. Paulo Pereira de Almeida; 15º. Jayme Baleeiro; 16º. Jayme Tourinho Junqueira Ayres; 17º. Josaphat Ramos Marinho; 18º. Renato de Oliveira Bahia; 19º. João Mendes da Costa Filho; 20º. Lafayette de Azevedo Pondé; 21º. Luiz de Pinho Pedreira; 22º. José Martins Catharino; 23º. Marcelo Ferreira Duarte Guimarães; 24º. Milton Nunes Tavares; 25º. Virgílio da Motta Leal Júnior; 26º. Antônio Carlos Nogueira Reis; 27º. Aquinoel Neves Borges; 28º. George Fragoso Modesto; 29º. Arx da Costa Tourinho; 30º. Sylvio Santos Faria; 31º. Adroaldo Leão; 32º. Luiz Paulo Athayde; 33º. Antônio Maron Agle; 34º. Manoel Dias de Souza Filho; 35º. Johnson Barbosa Nogueira; 36º. Élsior Moreira Alves; 37º. Eduardo Argolo de Araújo Lima; 38º. Afrânio Pedreira de Oliveira e 39º. Antônio Luiz Calmon Teixeira e 40º. Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins. Atualmente, está na condição de Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia, o advogado trabalhista Dr. Antônio Menezes do Nascimento Filho para o triênio 2022/2025.

III. O Instituto dos Advogados da Bahia, o papel do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil e fundação da novel Federação Nacional dos Institutos dos Advogados do Brasil

O Instituto dos Advogados da Bahia integra o Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil que nasceu do interesse e da necessidade dos Presidentes dos Institutos dos Advogados dos Estados dialogarem e trocarem ricas experiências, considerando também o fato histórico de que muitos Institutos são instituições centenárias, tendo todos sido o berço da Ordem dos Advogados do Brasil em cada um dos seus Estados.

O Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil foi idealizado em Sessão realizada na sede do Instituto dos Advogados

Brasileiros, na cidade do Rio de Janeiro, aos 27 dias do mês de setembro de 2007, presidida pela Dra. Maria Adélia Campello, com a presença dos Presidentes do: Instituto dos Advogados da Bahia, Instituto dos Advogados do Distrito Federal, Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Instituto dos Advogados do Pará, Instituto dos Advogados do Paraná, Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, Instituto dos Advogados de São Paulo.

Com o objetivo de incentivar e fomentar as atividades dos Institutos em todo o país, tendo sido publicado, inicialmente, um Regimento em 25 de julho de 2008 que orientou diversas Sessões até a Sessão realizada na sede do Instituto dos Advogados Brasileiros, na cidade do Rio de Janeiro, em 01 de novembro de 2013, presidida pelo Dr. Fernando Fragoso, então Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, que resultou na aprovação do primeiro Estatuto, por iniciativa do Dr. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, então Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, que foi relator.

Desde a XX Conferência Nacional dos Advogados, realizada em Natal no ano de 2008, o Colégio de Presidentes dos Institutos tem realizado uma mesa de debates na Conferência Nacional, que é o maior evento jurídico da Advocacia Brasileira, demonstrando assim a relevância histórica e o reconhecimento da Advocacia com os Institutos e seus Presidentes, na missão institucional de guardiões da cultura jurídica nacional.

Dessa forma, o Colégio de Presidente dos Institutos publicou diversas obras, atividade essa estabelecida por iniciativa do Dr. José Anchieta da Silva, então Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, com o compromisso estatutário de publicar anualmente um livro sobre tema de grande relevância para a comunidade jurídica e para a sociedade.

O Colégio de Presidente também se dedica ao reconhecimento histórico do mérito de uma única advogada ou advogado de renome nacional para lhe outorgar anualmente a nossa maior comenda: a Medalha Santo Ivo.

A Medalha Santo Ivo foi idealizada pelo renomado artista plástico baiano Mário Cravo Júnior, por iniciativa do Dr. Antonio Luiz Calmon Navarro Teixeira da Silva, então Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia, e destaca a figura do patrono da Advocacia, Santo Ivo, que foi canonizado por sua vida dedicada à defesa dos pobres e dos vulneráveis, sendo um exemplo de vida para todos nós.

O Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil já teve como Presidentes e, atualmente, estão na condição de Presidentes Honorários os seguintes advogados: Álvaro Fernando de Rocha Mota do Instituto dos Advogados Piauienses – IAP; Antônio Luiz Calmon Navarro Teixeira da Silva do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB; Antônio Mário de Abreu Pinto do Instituto dos Advogados de Pernambuco – IAP; Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB; Fernando Fragoso do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB; Gilberto Lopes Teixeira do Instituto dos Advogados de Santa Catarina – IASC; Hélio Gomes Coelho Júnior do Instituto dos Advogados do Paraná – IAP; José Anchieta da Silva do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG; José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP; Maria Odete Duque Bertasi do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP e Sulamita Terezinha Santos Cabral do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – IARGS.

Inspirando-se nas ideias federalistas dos *found fathers*, em abril de 2022, foi registrado o Estatuto da Federação Nacional dos Institutos dos Advogados do Brasil, preservando como órgão interno o Colégio de

Presidentes e contando com a participação de onze Institutos de Advogados, entre eles, o Instituto dos Advogados da Bahia, tendo a Federação como seu atual Presidente o Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o Professor Doutor Renato de Mello Jorge Silveira, que é Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo e como Presidente Fundador o advogado Gilberto Lopes Teixeira, Presidente do Instituto dos Advogados de Santa Catarina.

Assim como no Estatuto do Instituto dos Advogados da Bahia e no Estatuto do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, está entre os fins da Federação, a defesa do Estado Democrático de Direito e seus princípios fundamentais, dos direitos humanos, dos direitos e interesses dos advogados, bem como a dignidade e do prestígio das carreiras jurídicas e da justiça (art. 4o., II do Estatuto da Federação Nacional dos Institutos de Advogados).

Nesse sentido, roga-se que a novel Federação venha a auxiliar os Institutos dos Advogados do Brasil a cumprir com sua principal atribuição regimental e sentido de suas existências: produzir conhecimento científico em benefício da coletividade.

6

Apontamentos metodológicos em pesquisa sobre as relações do trabalho durante a ditadura civil-militar

CARLOS EDUARDO SOARES DE FREITAS

Sumário: 1. *Introdução*. 2. *A pesquisa empírica*. 3. *Resultados parciais*. 4. *Conclusões*. *Referências*.

1. Introdução

Este ensaio se propõe a explorar a potencialidade da investigação empírica em pesquisas que têm por temática a Justiça de Transição, a partir das experiências vivenciadas em projetos sobre relações de trabalho na Bahia durante a ditadura civilmilitar (1964-1985) e assuntos correlatos. Espera-se, com isso, colocar à disposição aos pesquisadores do Direito uma proposta metodológica e à sociedade uma contribuição efetiva acerca da memória política do país.

Os projetos aqui comentados tiveram início em 2015 na Universidade Federal da Bahia e na Universidade do Estado da Bahia, e se desenvolvem plenamente desde então e em 2021. O objetivo central comum é o estudo sobre a ditadura civil-militar e seus efeitos nas relações de trabalho, em especial quanto às resistências dos trabalhadores e à repressão de Estado contra entidades sindicais e ativistas sindicais. Daí decorreram objetivos

específicos, tais como: examinar o impacto das alterações normativas impostas pela ditadura no Direito do Trabalho, como o FGTS em substituição ao direito à estabilidade e as regras limitadoras de reajustes salariais; investigar a cultura jurídica com foco em posicionamentos de dois dos principais intelectuais baianos da época José Martins Catharino e Orlando Gomes acerca do Direito do Trabalho nos primeiros anos da ditadura; e apurar os papéis exercidos pelo ministério do trabalho, delegacia regional do trabalho e tribunal regional do trabalho na condução de políticas da ditadura, e de empresas e empresários que apoiaram o regime militar. A pesquisa afunilou-se, especialmente, em questões referentes à resistência e mobilização de duas destacadas categorias profissionais baianas: os bancários e os petroleiros, assim como à repressão que abateu esses trabalhadores. Nesse passo, foram estudadas as diversas agressões aos Direitos Humanos, comuns em regimes autoritários.

Participaram desses projetos mais de duas dezenas de estudantes da graduação da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) dos cursos de Direito e do Bacharelado interdisciplinar em Humanidades.

2. A pesquisa empírica

A pesquisa teve início com a discussão da literatura sobre a ditadura e os trabalhadores na Bahia. Foram úteis as leituras dos relatórios da Comissão Nacional da Verdade, da Comissão Estadual da Verdade da Bahia, da Comissão Estadual da Verdade de Minas Gerais e de textos que narraram experiências de memória na história política recente da Argentina, que se constituem em paradigma qualificado em termos de Justiça de Transição^[1].

1. Neste sentido, registra-se a participação no Seminário doctoral "Dictaduras y transformaciones económicas, sociales y laborales en América del sur durante la Guerra Fría" na Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO/Argentina,

Neste campo, algumas questões conceituais foram trabalhadas, como o estado de exceção e a ditadura civil-militar, considerando o significado da expressão civil equiparável a empresarial, em vista do apoio emprestado por setores capitalistas nacionais e estrangeiros ao golpe militar de 1964 e à ditadura

Em seguida, passou-se ao exame de documentos dos acervos do Arquivo Nacional (de Brasília e do Rio de Janeiro), do Arquivo Público do Estado da Bahia, do Arquivo Público do Estado de São Paulo, do Memorial da Faculdade de Direito, do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia e das bibliotecas do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região e do Centro de Estudos e Ação Social (CEAS). Para um melhor aproveitamento dos documentos, foi elaborado um inventário para selecionar dados formais e de conteúdo e seguidas as orientações de Andréa Depiere Reginato (2017). Igualmente examinados como documentos históricos os textos dos juristas José Martins Catharino e Orlando Gomes, publicados na época, que versaram sobre temas trabalhistas durante alguns períodos da ditadura. Estas edições históricas foram encontradas na biblioteca da Faculdade de Direito da UFBA. Serviu como apoio o acervo deixado pelo jurista Evaristo de Moraes Filho na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, onde constam estudos jurídicos sobre o FGTS. Examinou-se alguns sites essenciais para a coleta de dados e checagem de informações, como: Memórias Reveladas; CPDOC/FGV; Diário do Congresso Nacional; Senado Federal; Planalto; Câmara dos Deputados; e blog de Jadson Oliveira.

Enfim, significativos os diálogos com dirigentes do Grupo Tortura Nunca Mais – GTNM/Bahia, e da Associação Brasileira dos Anistiados Políticos do Sistema Petrobrás e Demais Empresas Estatais – ABRASPET,

assim como os debates produzidos em eventos ou encontros científicos, ao longo dos anos, com a Rede Nacional de Pesquisas e Estudos em Direito do Trabalho e da Seguridade Social – RENAPEDTS, o Arquivo de Memória Operária do Rio de Janeiro – AMORJ; a Associação Brasileira de Estudos do Trabalho – ABET; e o Congresso Brasileiro de História do Direito.

A riqueza dos documentos foi fundamental para a compreensão do contexto histórico e conhecimento de detalhes em torno dos conflitos trabalhistas de bancários e petroleiros, cujos sindicatos contam com acervos documentais importantes para pesquisas.

O deslocamento da equipe de pesquisa em direção à análise documental revelou-se essencial, assim como a vivência dos estudantes de iniciação científica no contato a essas fontes. As dúvidas geradas com o confronto de dados encontrados representaram situações também produtivas, uma vez que se transformaram em oportunidades de reflexões metodológicas, com frequentes questionamentos a impressões positivistas, a exemplo da constatação incômoda de que o documento escrito, em si, não necessariamente informa a verdade, mas a opinião de quem o produziu.

A experiência tornou-se ainda mais original quando os dados documentais foram confrontados com as falas de pessoas entrevistadas e que narraram memórias de resistências e repressões durante a ditadura. A equipe de pesquisa dedicou-se a refletir, por exemplo, sobre o que predominaria diante da oposição entre o conteúdo de um documento escrito e uma fala de um ex-ativista sindical. Concluiu-se que a decisão sobre o impasse caberia ao pesquisador. A pesquisa concentra-se na área do Direito, mas a destaca-se uma boa dimensão da interdisciplinaridade.

Foram muitas as entrevistas feitas. Os entrevistados participaram ativamente do movimento sindical durante a ditadura, como o presidente do sindicato dos bancários da Bahia em 1964, o vice-presidente do sindicato

dos petroleiros da Bahia em 1964, um diretor do sindicato dos petroleiros na década de 1970, um bancário da época do governo João Goulart, bancários que formaram a chapa vencedora nas eleições sindicais na Bahia em 1981, petroleiros anistiados, e uma liderança dos metalúrgicos na década de 1970. Neste percurso, diferentes técnicas de entrevistas foram executadas, como as individuais e as coletivas, sempre em ambientes escolhidos pelos falantes, em que se sentiam à vontade, como as próprias residências, entidades de representação coletiva, ou restaurantes.

A articulação entre a revisão da literatura, a análise documental e das narrativas das pessoas entrevistadas, proporcionou material relevante para a pesquisa, com registros em algumas publicações^[2].

3. Resultados parciais

A pesquisa conta com uma quantidade expressiva de dados, de maneira que os resultados parciais devem ser divulgados à sociedade, até que seja concluída.

Quanto aos efeitos da ditadura nas relações de trabalho e no Direito do Trabalho, apurou-se que o papel dos empresários foi decisivo desde antes do golpe de 1964, na campanha de desestabilização do governo João Goulart, até a construção e financiamento da ditadura. As razões explicitadas pelas forças reacionárias e conservadoras, de combate à corrupção e ameaças comunistas, para a defesa do golpe militar mostraram-se ideológicas e inteiramente fantasiosas, mas serviram para a mobilização das classes médias e de parcelas dos trabalhadores. Com o golpe, a repressão ao

2. Neste sentido: "A Repressão de Estado aos sindicatos e sindicalistas baianos na ditadura de 1964: os casos dos petroleiros e bancários", artigo publicado na Revista Continentes – UFRJ, nº 16, jul.dez.2020, em ; "Notas metodológicas para a análise de debates jurídicos durante a ditadura", artigo publicado na Revista de Estudos Institucionais, da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ; e Oliveira, D. M.; Freitas, C.E.S. Conflitos trabalhistas entre os bancários durante a ditadura militar no Estado da Bahia, em Guilherme Bertissolo. (Org.). Livro Semente: seminário integrado de ensino, pesquisa e extensão. 1ed. Salvador: EDUFBA, 2016, v., p. 216.

movimento sindical foi imediata, com intervenções em sindicatos, prisões, torturas, mortes de ativistas e adoção de legislações que desmobilizavam organizações de trabalhadores, permitiam arrochos salariais, geravam desemprego e aumentavam pressões no ambiente interno nas empresas e acidentes de trabalho.

Dos estudos sobre a cultura jurídica durante a ditadura civil-militar, conclui-se que o papel do ministério do trabalho e da delegacia regional do trabalho concentrava-se na repressão e perseguição de ativistas sindicais contrários à ditadura, e que o tribunal do trabalho se posicionava timidamente perante o governo federal. A ausência de debates jurídicos era, então, notável, denotando o poderio e a influência de uma cultura jurídica hegemônica.

Os dados sobre a repressão de Estado contra trabalhadores bancários e petroleiros na Bahia mostram a importância da mobilização dos movimentos sindicais e sociais durante a ditadura e revelam que a resistência política ao regime autoritário e a luta por direitos se mantiveram mesmo diante dos aparelhos de terrorismo de Estado. Essa resistência revelou-se também na forma de confronto à cultura jurídica, como se observa em resultados de negociações coletivas na categoria dos trabalhadores bancários. Observouse também a importância de movimentos sociais que se ocupam na preservação da memória política do país.

4. Conclusões

A pesquisa demonstrou que as investigações empíricas tendem a potencializar achados da revisão bibliográfica em uma área com pouca tradição como a do Direito. A dimensão interdisciplinar comparece com função relevante e articuladora de dados e informações de diferentes fontes.

No caso concreto da pesquisa sobre relações de trabalho e ditadura, parte expressiva dos resultados até aqui obtidos foram possíveis e viabilizados em razão das investigações de campo, em documentos e em entrevistas. A construção de uma metodologia rigorosa permite a formação de estudantes em atividades de pesquisa, em uma perspectiva de ampliação da pesquisa empírica do Direito. Assim, o estudo de uma temática acerca da Justiça de Transição, com a escuta de sujeitos construtores do Direito na história política recente do país, torna-se também uma revisão sobre o Direito do Trabalho, permitindo uma complementação fundamental do ensino jurídico.

Referências

REGINATO, Andréa Depiere de A. Uma introdução à pesquisa documental. In MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 201

7

Impactos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na Justiça de Transição brasileira

CLAIZ MARIA PEREIRA GUNÇA DOS SANTOS

Sumário: 1. Justiça de transição: contornos conceituais. 2. Elementos caracterizadores da justiça de transição. 2.1 Duração das justiças transicionais. 2.2 Tipos de justiça de transição. 2.3 Pilares da justiça de transição. 3. O direito fundamental à verdade. 4. O direito fundamental à memória. 5. As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no processo transicional latino-americano e seus impactos na justiça de transição brasileira. 5.1 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. 5.2 Caso Barrios Altos vs. Perú. 5.3 Caso Almodinad Arellano vs. Chile. 5.4 Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil. 5.5 Caso Herzog e outros vs. Brasil. Referências.

RESUMO: O presente artigo objetiva identificar os principais impactos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na justiça de transição brasileira. Para tanto, inicialmente, serão examinados os elementos caracterizadores da justiça transicional, identificando-se, em seguida, os contornos conceituais dos direitos fundamentais à verdade e à memória. Por conseguinte, serão estudados importantes casos acerca da responsabilização dos agentes estatais e da anulação das leis de anistia no contexto ditatorial latino-americano, para, ao final, serem analisadas as repercussões da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na transição política brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Jurisprudência da Corte Interamericana; Leis de anistia; Verdade; Memória.

1. Justiça de Transição: contornos conceituais

Inicialmente, cumpre destacar que a escolha semântica do termo “justiça de transição” não é casual. A ideia de um “direito de transição”, como leciona Marcelo Torelly, diria respeito unicamente a um conjunto de normas postas em um dado sistema jurídico. A ideia de “justiça”, por outro lado, refere-se a um valor ideal, que é matizado por uma situação concreta, a “transição” ^[1]. Assim, a escolha da expressão “justiça de transição” coaduna-se melhor com as características axiológicas e teleológicas dessa justiça, afastando-a de uma concepção meramente procedimental e normativa do direito.

Durante o século XX, diversos países passaram pela transição de regimes autocráticos para regimes democráticos. Esses regimes não democráticos, por sua vez, podem se revestir de múltiplos modelos políticos e de variadas formas de organização econômica.

São diversas, também, as transições políticas experimentadas pelos países do Eixo, após a Segunda Guerra Mundial, pelos países da Ásia e África coloniais que se tornaram independentes, embora nem sempre democráticos, pelos países latino-americanos, pós-regimes militares, pelos países pertencentes ao antigo bloco comunista e, mais recentemente, pelos países da primavera árabe. Existe, contudo, um elemento comum a

1. TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 51.

todas essas transições, a saber: o acervo de violações aos direitos humanos, cumulado com a ação estatal ou de grandes grupos voltada à prática dessas violações^[2].

A justiça transicional é conceituada por Paul van Zyl como o “esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos”^[3]. Marcelo Torelly, por sua vez, define justiça de transição como o “conjunto de esforços jurídicos e políticos para o estabelecimento ou restabelecimento de um sistema de governo democrático fundado em um Estado de Direito, cuja ênfase de atuação não recai apenas sobre o passado, mas também numa perspectiva de futuro”^[4]. Paulo Abrão e Tarso Genro compreendem por justiça de transição o “conjunto de respostas concretas ao legado de violência deixado por regimes autoritários e/ou conflitos civis em escala e que vem sendo empreendidas por via dos planos internacional, regional ou interno”^[5].

Em semelhante sentido, André Ramos Tavares e Walber de Moura Agra assinalam que a “necessidade de prestar contas ao passado torna-se imperiosa como forma de pacificar a sociedade, permitindo que ela possa evoluir sem a constante recordação das feridas abertas no passado”. Normalmente, a justiça de transição tem início com a instalação de uma comissão da verdade, cujo objetivo principal é desvendar acontecimentos ocorridos no passado, restaurando a verdade dos fatos, além de indenizar aqueles que sofreram perseguições em virtude de suas convicções políticas e punir os que atentaram contra a dignidade da pessoa humana^[6].

2. *Ibid.*, p. 104-105.

3. ZYL, Paul van. *Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito*. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 47.

4. TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 112.

5. ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. *Os direitos da transição no Brasil*. In: ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso (Coord.). *Os direitos da transição e a democracia no Brasil: estudos sobre Justiça de Transição e teoria da democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33.

6. TAVARES, André; AGRA, Walber. *Justiça Reparadora no Brasil*. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 71.

Sendo assim, a justiça de transição, também denominada de justiça transicional, corresponde ao conjunto de medidas adotadas no momento de passagem de um regime ditatorial a um regime democrático, com vistas a reparar os abusos cometidos contra os direitos humanos, conhecer os fatos e reformar as instituições envolvidas com as graves violações, investigar os responsáveis, bem como restabelecer do Estado Democrático de Direito^[7]. É, em outras palavras, a transição política decorrente da transformação de um regime autocrático em um regime democrático, ou a alteração de um período de conflito para a paz ou estabilidade.

A justiça de transição objetiva investigar a maneira pela qual as sociedades marcadas por passados de violações aos direitos humanos, atrocidades maciças ou diferentes formas de traumas sociais, incluindo crimes lesa-humanidade e guerras civis, realizaram a conversão para a democracia^[8]. Ressalta-se que, além dos regimes ditatoriais, os períodos de exceção ou as situações de anomalia constitucional também ensejam uma transição política.

2. Elementos caracterizadores da Justiça de Transição

No processo transicional, podem ser identificados alguns aspectos: primeiro, a duração do processo de transição; segundo, os tipos de justiça de transição; e, por fim, os pilares da justiça de transição. Dessa forma, convém analisar os elementos caracterizadores da justiça transicional, como forma de compreender, de forma mais detalhada, os mecanismos e os processos de transição.

7. SANTOS, *Claiz Maria Pereira Gunça dos*. Comissão da Verdade no Brasil & Justiça de Transição: *Direito à Verdade e à Memória*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 32.

8. SANTOS, *Roberto Lima*. Crimes da ditadura militar: *responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010, p. 43.

2.1 Duração das Justiças Transicionais

O início de um processo de transição pode ocorrer pela: perda de eleições, quando estas existirem, como ocorreu com o México; derrota de uma das partes numa Guerra Civil, como na Atenas clássica; morte de um ditador, como na Espanha de Franco; assinatura de pactos entre grupos rivais, entre outras formas ^[9]. Uma vez iniciado o processo de transição política, podem ser observados três tipos de duração: a transição imediata, prolongada ou postergada.

A justiça transicional pode ser imediata, à medida que são adotados mecanismos de restauração da democracia logo após o término do período autocrático. Como principal exemplo, cita-se o processo vivenciado na Alemanha, haja vista que com o final da Segunda Guerra Mundial e derrocada do regime totalitário nazista, iniciou-se, logo em seguida, a justiça de transição, inclusive com a responsabilização penal dos perpetradores das graves violações aos direitos humanos perante o Tribunal de Nuremberg.

A justiça de transição prolongada acontece quando o processo de redemocratização começa imediatamente depois do período arbitrário, mas demanda certo tempo até que os trabalhos sejam concluídos. Já a transição postergada é aquela na qual as primeiras ações levam dez anos ou mais para iniciarem ^[10]. Como exemplo de transição postergada, pode ser aludido o caso brasileiro.

9. TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 73.

10. MEZAROBBA, Glenda. *O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro*. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 42.

2.2 Tipos de Justiça de Transição

Quanto às formas de transição, identificam-se quatro maneiras de resposta às graves violações aos direitos humanos: vingança, esquecimento, julgamento e conhecimento. A vingança é ocasionada, na maioria das vezes, pela inércia do Estado em dar uma resposta coletiva ou institucionalizada, ou quando esta é considerada insuficiente pelas vítimas e pela própria comunidade. Consoante entendimento de Roberto Lima Santos, enquanto sistema primitivo de justiça, a vingança é totalmente reprovável^[11].

A transição pelo esquecimento, por sua vez, é operada por uma série de mecanismos, como o ocultamento proposital dos fatos, a concessão abusiva de anistias, a fabricação do consenso e a busca da reconciliação nacional, que ensejam uma redemocratização parcial, nebulosa e fortemente marcada por enclaves autoritários que teimam em permanecer no regime mesmo após a sua flexibilização. O principal instrumento para a consolidação desse modelo de transição política é a promulgação de leis de autoanistia, que além de legitimar a impunidade, inviabilizam a investigação das graves violações de direitos humanos. Outro importante mecanismo de concretização do esquecimento é o silêncio sobre os fatos conflitantes, que, por sua vez, se opera pelo ocultamento ou pela proibição do acesso à documentação^[12]. Esta última, por impedir o alcance às informações de interesse público, compromete inexoravelmente o direito à verdade e à memória. A fabricação do consenso e a busca da reconciliação nacional também são outras formas de esquecimento, principalmente através do discurso de superação das ideologias e da idealização de um futuro promissor que nunca se concretiza^[13].

11. SANTOS, Roberto Lima. Crimes da ditadura militar: *responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010, p. 55.

12. DANTAS, Fabiana Santos. Direito fundamental à memória. Curitiba: Juruá, 2010, p. 62.

13. *Ibid.*, p. 63.

A transição através do julgamento é feita por órgãos judiciais ou quase-judiciais, que além de permitirem a responsabilização dos agentes estatais e conferirem publicidade aos procedimentos, aplacam as reivindicações das vítimas e da sociedade por justiça^[14]. Viabiliza-se, ademais, que as futuras gerações tenham consciência dos fatos e acontecimentos relativos às graves violações aos direitos humanos. A transição por julgamento foi verificada, *e.g.*, no Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, nos Tribunais da Argentina e do Chile e nos Tribunais *ad hoc* da Iugoslávia e Ruanda^[15].

A última forma de transição política é mediante o conhecimento e iluminação dos fatos, na qual se busca a investigação e a divulgação das violações de direitos humanos e das circunstâncias envolvidas, sem exigir que os Estados processem criminalmente os envolvidos^[16]. As comissões da verdade são os principais mecanismos de investigação, cabendo citar, a título de exemplo, a Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas – CONADEP, na Argentina, a Comissão Nacional de Verdade e Reconciliação, no Chile, e a Comissão de Reconciliação e Verdade, na África do Sul.

2.3 Pilares da Justiça de Transição

A justiça de transição engloba alguns pilares ou dimensões que refletem as obrigações do Estado no processo de transição política. Essas obrigações, por seu turno, encontram-se calcadas em quatro princípios básicos e indispensáveis ao contexto transicional, a saber: o princípio da verdade, compreendido tanto do ponto de vista histórico, através das comissões da verdade, quanto judicial, mediante a investigação das instituições; o princípio da justiça, que consiste na realização da justiça

14. *Ibid.*

15. *SANTOS, op. cit., p. 59.*

16. *Ibid., p. 60.*

por intermédio da responsabilização dos violadores de direitos humanos; o princípio da reparação, materializado na reparação dos danos às vítimas; o princípio da não-repetição, que busca a inibição, pela valorização da verdade e da reparação, de novas violações de direitos humanos, cometidas sob influência da impunidade e cultura do segredo^[17].

A partir desses princípios podem ser extraídas as seguintes obrigações: a) revelar a verdade para as vítimas, seus familiares e toda a sociedade; b) investigar, processar e punir os violadores de direitos humanos; c) oferecer reparação adequada; d) afastar os criminosos de órgãos relacionados ao exercício da lei e de outras posições de autoridade. Como consectários das obrigações assumidas pelo Estado na transição política, emergem quatro pilares ou dimensões fundamentais, quais sejam: a) verdade e memória; b) justiça; c) reparação; e d) reforma das instituições.

O pilar reparação pressupõe a utilização de ferramentas para compensar os prejuízos causados às vítimas e aos familiares de mortos e desaparecidos políticos no período autocrático. As reparações podem ser individuais ou coletivas, além de materiais e simbólicas, como, por exemplo, indenizações, aposentadorias, medidas de reabilitação e reintegração ao serviço público para os afastados arbitrariamente, pedidos oficiais de desculpas, registro oficial das mortes e desaparecimentos, dentre outras medidas.

O pilar reforma das instituições implica em modificações institucionais, que incluam, *v.g.*, a depuração administrativa, isto é, “o processo de exclusão de pessoas dos cargos públicos sobre as quais se tem conhecimento da prática de abusos em matéria de direitos humanos

17. WEICHERT, Marlon Alberto. *Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 74, 2008, p. 183-184.

ou participação em práticas de corrupção”^[18]. Além do afastamento de agentes públicos que cometeram crimes durante o período arbitrário, o referido pilar relaciona-se com extinção de órgãos que violem o regime democrático, assim como com a criação de instituições que defendam a ordem jurídica, a democracia e os interesses da sociedade. As reformas no arcabouço legislativo advindo do regime ditatorial também integram esse pilar^[19].

O pilar justiça reflete a obrigação estatal de investigar, processar e punir os responsáveis pelos abusos em matéria de direitos humanos. Ressalta-se que a acusação penal contra os perpetradores de crimes lesa-humanidade, sejam estes mandantes ou executores, poderá ser feita por intermédio de processos judiciais no próprio país onde ocorreram as violações, no exterior, através de uma Corte ou Tribunal Internacional, ou em procedimentos híbridos.

Finalmente, o pilar verdade e memória que é de suma importância no contexto de redemocratização ou transição política, principalmente como forma de permitir o esclarecimento dos fatos relativos às graves violações aos direitos humanos praticados pelos agentes estatais no período de exceção. Essa dimensão da justiça de transição, por sua vez, está intimamente relacionada com o direito à verdade e com o direito à memória, objeto de posterior e detalhado estudo.

Cumprido ressaltar, por fim, que os pilares ou dimensões da justiça de transição podem ser cumpridos separadamente, mas não devem ser vistos como alternativos. Isso porque, para que a transição política seja completa,

18. VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alexandre Garrido da. *Justiça transicional, direito humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, v. 13, n. 13, p. 35-69, 2008.

19. PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão; TORELLY, Marcelo Dálmas. *As razões da eficácia da lei de anistia no Brasil e as alternativas para a verdade e a justiça em relação as graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar (1964-1985)*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: (In) *Justiça nas transições políticas*. Vol.8, nº 8. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2010, p. 190.

faz-se necessária a observância de todos eles. É possível citar, a título de exemplo, o modelo de transição pelo esquecimento, que, por desprezar a maioria dos pilares acima elencados, não apresenta um processo transicional completo. O modelo de transição pelo conhecimento carece, por exemplo, do pilar justiça. Nesse âmbito, para que a justiça de transição atinja sua plenitude, figura-se necessária a concretização dos seus quatro pilares, de forma separada ou conjunta, imediata ou postergada, independentemente do modelo de transição política adotada pelo país.

3. O Direito Fundamental à Verdade

O direito à verdade é um direito fundamental implícito que decorre diretamente do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, tendo em vista a cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais, consagrada no art. 5º, § 2º. O direito à verdade torna-se mais evidente no período de transição política, haja vista que é dever estatal revelar às vítimas e à sociedade as informações sobre os fatos e circunstâncias relativas às violações de direitos humanos. Dessa forma, quando se analisa o direito à verdade na perspectiva da justiça de transição e das graves violações aos direitos humanos, examina-se a sua dimensão política.

Entretanto, para identificar a acepção política do direito à verdade, faz-se necessário apreender a sua essência filosófica, que, por sua vez, é iluminada pela concepção de verdade trazida por Martin Heidegger: verdade como desvelamento.

Para Heidegger a verdade somente pode ser o que é no elemento da clareira, pois somente com a abertura será possível o desvelamento ou desencobrimento do ente. Martin Heidegger compreende verdade como desvelamento. Isso porque, em contraposição ao conceito tradicional de

verdade como *veritas*, ou seja, como correspondência entre a enunciação e a coisa, conceito este também adotado pela tória do conhecimento, Martin Heidegger estuda a verdade à luz da etimologia grega ἀλήθεια (*alethéia*), que significa não-oculto, não-escondido, não-dissimulado^[20].

Nesse cerne, de acordo com o pensamento heideggariano, com a abertura do ente (sujeito ou objeto), fundada na liberdade, torna-se possível o seu desvelamento e, conseqüentemente, o alcance da essência da verdade. Mas por que a compreensão de verdade como desvelamento pode ser utilizada para a apreensão da essência filosófica do direito à verdade?

Inicialmente, cumpre observar que o desvelamento do ente, segundo Martin Heidegger, é ver o ente em seu desencobrimento, ou seja, é tirar o véu do ente por meio da clareira ou abertura do seu comportamento. Com efeito, o direito à verdade pode ser compreendido como o direito ao desvelamento, na medida em que o direito à verdade é o direito de tirar o véu, na justiça de transição, do falacioso discurso oficial e esclarecer os fatos, as circunstâncias e as graves violações aos direitos humanos, que, por sua vez, só será possível com o direito à informação, com a abertura dos arquivos da ditadura militar ou, nos dizeres de Martin Heidegger, com a clareira da abertura.

Neste cerne, quando se busca entender a essência filosófica do direito à verdade, deve-se associar verdade ao desvelamento, que significa tirar o véu, descobrir, revelar. Tirar o véu das condutas relacionadas às graves violações de direitos humanos praticadas durante o regime ditatorial, que, embora passados mais de trinta anos do seu término, ainda são veementemente negadas pelo discurso oficial. Por isso o direito à verdade deve ser compreendido, numa perspectiva filosófica, como um direito ao desvelamento, que só será possível com a garantia do acesso à informação.

20. CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 1997, p. 99.

“A contemplação da verdade é mais digna e elevada que a utilidade e a grandeza de qualquer obra”^[21]. Somente com o desvelamento das graves violações aos direitos humanos praticadas na ditadura militar será possível desconstruir o falacioso discurso oficial, que insiste em encobrir e ocultar a verdade e a memória brasileira. A sociedade precisa conhecer a sua história, preservar a sua memória e consolidar a sua identidade. A sociedade precisa ver efetivado o seu direito fundamental à verdade.

Desta forma, a partir das contribuições filosóficas, doutrinárias^[22] e legais^[23], propõe-se a seguinte conceituação: o direito à verdade é o direito fundamental de receber, difundir e ter acesso às informações de interesse público que estejam em poder do Estado ou de entidades privadas. E, na justiça de transição, é o direito de receber, difundir e ter acesso às informações relativas às graves violações de direitos humanos praticadas no período autocrático^[24].

21. BACON, Francis. *Novum organum* ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. Disponível em: <http://www.metodologiaufba.xpg.com.br/index_arquivos/Page697.htm>. Acesso em: 19 maio 2013.

22. José Sampaio e Alex de Almeida propõem a seguinte conceituação: “entendido o direito à verdade como aquele que possibilita aos indivíduos e grupos a formação de sua própria noção de verdade em torno das coisas e dos fatos da vida a partir das experiências próprias e das informações que devem estar disponíveis de modo completo e fácil” (SAMPAIO, José Adércio Leite; ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. *Verdade e história: por um direito fundamental à verdade*. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 250-251). Para Flávia Piovesan, “o direito à verdade traduz o anseio civilizatório do conhecimento de graves fatos históricos atentatórios aos direitos humanos. Tal resgate histórico serve a um duplo propósito: assegurar o direito à memória das vítimas e confiar às gerações futuras a responsabilidade de prevenir a ocorrência de tais práticas” (PIOVESAN, Flávia. *Desarquivando o Brasil. Dossiê – mortos e desaparecidos políticos no Brasil*. Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=102&m=9>> Acesso em: 4 mar. 2012). Para Klautau Filho, o direito à verdade envolve “o direito à informação sobre fatos pertinentes à administração de interesse público e sobre os dados fundamentais para a construção da verdade subjetiva dos cidadãos” (KLAUTAU FILHO, Paulo. *O Direito dos cidadãos à verdade perante o poder público*. São Paulo: Método; Belém: CESUPA, 2008, p. 18). Martha Carvalho Dias de Figueiredo, em semelhante acepção, preleciona que “o direito à verdade se constitui no direito fundamental de acesso a informações que se encontram em poder do Estado ou entidades privadas que detenham informações de interesse público” (FIGUEIREDO, Martha Carvalho Dias de. *Efetividade do direito fundamental à verdade e o princípio do estado de direito*. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 15, n. 2433, 28 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14431>>. Acesso em: 5 abr. 2012).

23. BRASIL. *Presidência da República. 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 05 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>. Acesso em: 7 mar. 2012.

24. SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. *Comissão da Verdade no Brasil & Justiça de Transição: Direito à Verdade e à Memória*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 68.

4. O Direito Fundamental à Memória

O vocábulo memória, cuja etimologia reside no latim *memoria*, enseja a ideia de conservação de uma lembrança. A memória pode ser definida como uma reminiscência, uma recordação ou, até mesmo, como a faculdade de reter impressões e conhecimentos adquiridos anteriormente ^[25]. De acordo com Marilena Chauí, a memória é uma evocação do passado ^[26].

A memória, além disso, como bem sustenta Gabriele Andreozzi, dá aos indivíduos um passado e um futuro ^[27]. Dá, também, como explicitam Inés Dussel, Silvia Finocchio Silvia Gojman, um presente, na medida em que a memória é uma construção ativa, fruto de um passado que se reconstrói e tem efeitos atuais ^[28]. Raffaele De Giorgi, nesse mesmo sentido, assevera que “a memória está sempre em toda parte, mas sempre no presente” ^[29]. Segundo o autor, a memória é “um *modus operandi* que continuamente é definido e redefinido pelo modo de funcionamento do sistema e que, ao mesmo tempo, redefine este modo de funcionamento”, de forma que a temporalidade do sistema é produzida através da memória ^[30]. A memória, assim, evoca o passado, tem efeitos presentes e determina as relações com o futuro.

Existem dois tipos de memória: a individual e a social ou coletiva. A memória individual consiste na capacidade que cada ser humano tem de guardar as experiências vividas ou transmitidas, possibilitando o

25. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Lexicon Informática, 1999.

26. CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1997, p. 125.

27. ANDREOZZI, Gabriele. **Los juicios por los crímenes de lesa humanidad en Argentina**. Buenos Aires: Atuel, 2011, p. 11.

28. GOJMAN, Silva; FINOCCHIO, Silvia Graciela; DUSSEL, Inés. **Haciendo memoria em el país de nunca más**. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2012, p. 137.

29. DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 50.

30. *Ibid.*, p. 46.

aprendizado e o aperfeiçoamento dos modos de fazer e viver^[31]. Nesse caso, a memória é uma forma de percepção interna, cujo objeto é interior ao próprio sujeito do conhecimento^[32]. Por outro lado, a memória social ou coletiva é fixada por uma sociedade através de relatos, registros, documentos, monumentos, datas e nomes de pessoas, fatos e lugares que possuem significado para a vida coletiva^[33].

A memória social é uma reprodução compartilhada do passado, que permite a construção da identidade coletiva e cultural, além de sustentar a memória individual, permitir o conhecimento de fatos históricos e garantir a autodeterminação dos povos^[34]. Ademais, a memória coletiva é pública, visto que pertence a todos, e transgeracional, pois consegue transcender aos indivíduos e atingir às futuras gerações.

Sendo assim, a memória apresenta tanto uma dimensão individual, à medida que cada indivíduo tem suas vivências, experiências e recordações íntimas e pessoais, como uma dimensão coletiva, haja vista que o compartilhamento da historicidade e cultura de um povo pertence a toda sociedade.

Ressalta-se que somente através da memória coletiva é possível revisar ou escrever uma história alternativa. Os Estados marcados pela grave violação aos direitos humanos, como os latino-americanos, calcaram a sua memória coletiva em dois aspectos: a construção da versão oficial da História e o esquecimento proposital de fatos desconformes^[35]. A memória oficial é a construção de um discurso sobre o passado ideologicamente construído, de forma a evitar rupturas de aceitação pela sociedade e a

31. DANTAS, Fabiana Santos. Direito fundamental à memória. Curitiba: Juruá, 2010, p. 52.

32. CHAUI, Marilena, *op. cit.*, p. 126.

33. *Ibid.*, p. 129.

34. DANTAS, *op. cit.*, p. 55.

35. *Ibid.*, p. 56-57.

influir no presente e no futuro. A política do esquecimento, por seu turno, caracteriza-se pela produção da memória oficial sem os fatos adequados, pela concessão de anistias, pela fabricação do consenso, pelo silêncio sobre os fatos conflituosos e pela busca da reconciliação nacional^[36]. Não se deve admitir a imposição de uma memória baseada em fatos ideologicamente manipulados ou inverídicos. A memória coletiva é um bem cultural e deve ser garantida a todos.

O direito à memória, segundo Fabiana Dantas, é o “poder de acessar, utilizar, reproduzir e transmitir o patrimônio cultural, com o intuito de aprender as experiências pretéritas da sociedade e assim acumular conhecimentos e aperfeiçoá-los através do tempo.” Em outras palavras, o direito à memória consiste no “acesso igualitário de cada cidadão ao acervo cultural da coletividade”. A referida autora apresenta uma terceira proposta de conceituação, segundo a qual o direito fundamental à memória “é o direito subjetivo de conhecer, resgatar e refletir sobre o passado da sociedade, através do acesso orientado e gratuito ao patrimônio cultural brasileiro”^[37].

Com base nas conceituações acima elencadas, propõe-se a seguinte definição: o direito à memória é o direito fundamental de acesso, utilização, conservação e transmissão do passado e dos bens materiais e imateriais que compõem o patrimônio cultural de determinada coletividade^[38].

Desta forma, infere-se que o direito à memória também é enquadrado e caracterizado como um direito fundamental, tendo em vista a cláusula de abertura material da Constituição, nos moldes do art. 5º, § 2º. Ademais, a sua titularidade é difusa, transindividual e transgeracional, pois, calcada na memória coletiva, pertence ao povo.

36. *Ibid.*, p. 56.

37. DANTAS, Fabiana Santos. *Direito fundamental à memória*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 66.

38. SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. Comissão da Verdade no Brasil & Justiça de Transição: *Direito à Verdade e à Memória*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 71.

Somente através da plena disponibilização dos documentos governamentais e dos demais bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro será possível efetivar o direito à memória no sistema jurídico pátrio. Compreender e esclarecer os fatos históricos, em especial os relativos às graves violações de direitos humanos, é fundamental para sedimentar uma consciência ética de afirmação da cidadania e consolidar a identidade e historicidade do povo brasileiro.

5. As Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Processo Transicional Latino-Americano e seus impactos na Justiça de Transição brasileira

Os países sul-americanos foram marcados por regimes ditatoriais, que violaram gravemente os direitos humanos, desrespeitando os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Após o término dos regimes autocráticos, foram levados alguns casos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que impactaram nos processos transicionais desses países.

As decisões mais emblemáticas nesse tocante foram proferidas nos casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Barrios Altos vs. Perú* e *Almocinad Arellano vs. Chile*, julgados pela Corte Interamericana em 29 de julho de 1988, 30 de novembro de 2001 e 26 de setembro de 2006, respectivamente.

5.1 Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*

O caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* versa sobre o desaparecimento de um estudante universitário hondurenho, Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, que, durante o período ditatorial, foi violentamente preso, sem mandato judicial, por membros da Direção Nacional de Investigação e das Forças Armadas de Honduras. Após a prisão, o estudante foi vítima de tortura e desaparecimento forçado^[39].

39. MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 189-190.

Em 24 de abril de 1986, o presente caso foi submetido à Corte Interamericana de Direito Humanos pela Comissão Interamericana, após o recebimento de uma denúncia contra o Estado de Honduras em 7 de outubro de 1981. Ressalta-se que a jurisdição da Corte foi reconhecida pelo referido Estado em 1981.

Na sentença, publicada em 29 de julho 1988, a Corte asseverou que o desaparecimento forçado de seres humanos é uma violação múltipla e contínua de direitos constantes da Convenção, sendo que os Estados-partes, como consequência dessa obrigação, devem prevenir, investigar e punir qualquer violação de direitos consagrados na Convenção, além de buscar a reparação dos direitos violados^[40].

Com efeito, a Corte Interamericana de Direito Humanos concluiu pela violação dos artigos 4º, 5º e 7º da Convenção, conjugados com o artigo 1º, condenando o Estado de Honduras a pagar uma justa indenização aos familiares da vítima^[41]. Nesse sentido, como bem pontuado por Emilio Meyer, em que pese no presente caso a Corte Interamericana não tenha tratado especificamente sobre a problemática da “autoanistia”, exigiu expressamente que os Estados signatários da Convenção diligenciem no sentido de combater o desaparecimento forçado e as demais violações aos direitos humanos praticadas no regime ditatorial^[42].

5.2 Caso *Barrios Altos Vs. Perú*

Em 8 de junho de 2000, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte o caso *Barrios Altos vs. Perú*, relacionado ao

40. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf> Acesso em: 1 jun. 2014.

41. *Ibid.*

42. MEYER, Emilio Peluso Neder. Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 190.

massacre ocorrido, em 3 de novembro de 1991, no bairro de Barrios Altos, na cidade de Lima, Peru. No respectivo evento, seis homens fortemente armados dispararam por cerca de dois minutos contra todas as pessoas que estavam reunidas em uma festa para arrecadar fundos para a reforma de um edifício, matando quinze pessoas, ferindo gravemente outras quatro e deixando uma delas inválida. Após investigações, constatou-se que os assassinos trabalhavam para a inteligência militar e eram membro do exército peruano. Descobriu-se, ademais, que os agentes estatais atuavam no “escuadrón de eliminación” chamado “Grupo Colina”, responsável por um programa antissubversivo^[43].

Em 1995, o Congresso Nacional peruano aprovou a Lei nº 26.479, que concedeu anistia geral aos militares, policiais e civis, e, em 1996, a Lei nº 26.492, que dispunha sobre a interpretação e alcance da anistia, impedindo qualquer discussão sobre a lei precedente. Em seguida, com esteio nas referidas leis, a Corte Superior de Justiça de Lima arquivou o caso^[44].

Nesse contexto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o aludido caso, asseverou que as leis de anistia peruanas, ao estabelecerem excludentes de responsabilidade e impedirem investigações e punições, violaram gravemente os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos^[45].

A Corte Interamericana assinalou ainda que as leis de “autoanistia” conduzem ao desamparo das vítimas e a perpetuação da impunidade, impedindo a identificação dos indivíduos responsáveis pelas violações aos direitos humanos, obstaculizando a investigação e o acesso à justiça, além

43. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos vs. Perú. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em 1 jun. 2014.

44. MEYER, Emilio Peluso Neder. Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 188-189.

45. PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 459.

de impedir às vítimas e seus familiares o conhecimento da verdade e a percepção da reparação correspondente^[46].

Dessa forma, por unanimidade, em 14 de março de 2001, a Corte reconheceu a responsabilidade internacional do Estado do Peru por violação aos artigos 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 8º (direito às garantias judiciais), 25 (direito à proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, o Peru foi condenado a reabrir as investigações judiciais, divulgando publicamente os resultados e punindo os responsáveis, assim como a declarar as leis da anistia (Leis nº 26.479 e 26.492) incompatíveis com Convenção Americana, carecendo, por conseguinte, de efeitos jurídicos. Por fim, condenou o Estado peruano a reparar às vítimas e seus familiares^[47].

A decisão da Corte Interamericana no caso *Barrios Altos vs. Perú*, consoante intelecção de Flávia Piovesan, apresentou um elevado impacto na anulação das leis de autoanistia, em especial porque foi a primeira vez, no Direito Internacional contemporâneo, que um Tribunal internacional determinou a incompatibilidade de leis de anistia com tratados de direitos humanos^[48].

5.3 Caso *Almocinad Arellano Vs. Chile*

Em seguida, cumpre evidenciar o caso *Almocinad Arellano vs. Chile*, encaminhado à Corte pela Comissão Interamericana, em 11 de julho de 2005, tendo em vista a falta de investigação e punição dos responsáveis pela

46. *Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos vs. Perú. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em 1 jun. 2014, tradução livre.*

47. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos vs. Perú. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em 1 jun. 2014.

48. PIOVESAN, Flávia. *Temas de derechos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 459.

execução extrajudicial do Senhor Almonaciad Arellano durante a ditadura militar chilena. Isso porque com a edição do Decreto-Lei nº 2.191/1978, lei de anistia, foram perdoados todos os crimes cometidos entre 1973 e 1978, durante o regime de Pinochet, inclusive os crimes lesa humanidade^[49].

No julgamento, a Corte Interamericana afirmou que o Decreto-Lei carece de efeitos jurídicos e não pode seguir representando um obstáculo para a investigação das graves violações aos direitos humanos, nem para a identificação e a punição dos responsáveis. Acrescentou que as leis de anistia são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana, afetando diversos direitos nela consagrados^[50].

Além de ponderar que as leis de anistia perpetuam a impunidade e impedem a investigação e punição das violações aos direitos humanos, a Corte Interamericana asseverou que o ataque generalizado e sistemático à população civil, durante o período ditatorial, viola uma norma imperativa de direito internacional. Trata-se da norma de *jus cogens*, que proíbe a prática de crimes de lesa-humanidade, impondo a penalização obrigatória desses crimes, conforme o direito internacional geral^[51].

A Corte Interamericana assinalou, nessa linha de inteligência, que o delito cometido contra o Senhor Almonaciad Arellano, além de inaniestável, é imprescritível, haja vista que os crimes de lesa-humanidade não são toleráveis pela comunidade internacional, ofendendo toda humanidade, haja vista que o dano por eles ocasionado permanece vigente para a sociedade nacional e para a própria comunidade internacional. Assim, a

49. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Almonaciad Arellano vs. Chile. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf >. Acesso em: 1 jun. 2014.

50. *Ibid.*

51. *Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonaciad Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Almonaciad Arellano vs. Chile. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf >. Acesso em: 1 jun. 2014, tradução livre.*

imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade surge como categoria de norma de Direito Internacional Geral (*jus cogens*), de forma que o Chile não pode deixar de cumprir essa norma imperativa^[52].

Nesse sentido, em 26 de setembro de 2006, a Corte Interamericana reconheceu a responsabilidade internacional do Chile pela violação dos artigos 1º, 2º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, declarando a incompatibilidade do Decreto-Lei nº 2.191 com os seus preceitos e concluindo pela anulação dos seus efeitos jurídicos. Declarou, ao final, que a sentença, por si só, constitui uma forma de reparação.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as leis de autoanistia e sobre as violações cometidas no período autocrático latino-americano representou, dessa forma, um importante marco no processo transicional desses países.

5.4 Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil

O Brasil é signatário de quase todos os documentos internacionais de direitos humanos, tanto do sistema global como do sistema regional interamericano^[53]. Contudo, embora esteja integrado internacional e normativamente ao movimento global de tutela dos direitos humanos fundamentais, isso não significa que esses direitos sejam satisfatoriamente respeitados no território nacional. O Brasil reconheceu a jurisdição da Corte

52. *Ibid.*

53. No plano global, o Brasil assinou os seguintes diplomas: *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* (1948); *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados* (1951); *Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados* (1966); *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* (1966); *Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* (1966); *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1966); *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (1965); *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (1979); *Protocolo Facultativo à Convenção sobre a de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (1999); *Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes* (1984); *Convenção sobre os Direitos das Crianças* (1989); e o *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional* (1998). No sistema regional interamericano, o Brasil é signatário dos seguintes tratados: *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (1969); *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1988); *Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte* (1990); *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura* (1985); *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher* (1994); *Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores* (1994) e a *Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência* (1999).

Interamericana de Direitos Humanos em 1998 e sua primeira condenação ocorreu no “Caso Damião Ximenes”. Através do Decreto 6.185, de 13 de agosto de 2007, o governo federal acatou imediatamente a decisão da Corte e pagou às vítimas a indenização arbitrada. A segunda condenação do Estado brasileiro pela violação de direitos humanos se deu com a sentença de 24 de novembro de 2010, prolatada no bojo do julgamento do Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) *versus* Brasil.

A Guerrilha do Araguaia, em uma breve explanação, teve início, em 1966, quando membros do Partido Comunista do Brasil escolheram a região sul do Estado do Pará para organizar um grupo de resistência rural à ditadura militar. Em 1972, estima-se que aproximadamente noventa pessoas, a maioria entre 18 e 25 anos, formavam o grupo que se denominou Guerrilha do Araguaia e iniciaram uma luta armada para derrubar a ditadura^[54].

Entre 1972 e 1975 as Forças Armadas brasileiras realizaram nove operações no sul do Estado do Pará, com agentes do Exército, Aeronáutica e Marinha, de setores da polícia militar, civil e federal, bem como do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM e Superintendência de Campanhas de Saúde Pública – SUCAM, com o objetivo de eliminar os militantes do Partido Comunista do Brasil e os camponeses que a eles se somaram no movimento de resistência à ditadura^[55]. Durante as operações militares ocorreram inúmeras detenções arbitrárias, torturas e execuções, além do desaparecimento forçado de setenta pessoas, incluindo-se, entre elas, membros do PCdoB e camponeses da região.

54. KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz. *A importância de se fazer justiça: Reflexões sobre os desafios para o cumprimento da obrigação de investigar e punir os responsáveis em observância à sentença da Corte Interamericana no caso da Guerrilha do Araguaia*. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 255.

55. *Ibid.*, p. 255.

Em 1982, os familiares dos desaparecidos políticos na Guerrilha do Araguaia, angustiados de realizarem buscas, sem êxito, dos seus parentes, interpuseram uma ação civil ordinária perante a Justiça Federal brasileira para exigir do Estado esclarecimentos sobre as circunstâncias das mortes e desaparecimentos de seus parentes e a localização dos seus restos mortais^[56].

Por conta da morosidade, em agosto de 1995, o Centro pela Justiça e Direito Internacional – CEJIL, o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos de São Paulo enviaram uma denúncia internacional contra o Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos^[57], que é composta por sete membros e tem como objetivo primordial promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América^[58].

Finalmente, em 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entendeu pela pertinência da ação, remetendo os autos, no ano seguinte, à Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. Ressalva-se que entre 1995 e 2009 o Ministério das Relações Exteriores do Brasil entrou com oito pedidos de arquivamento^[59].

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão consultivo e jurisdicional, composto por sete juízes eleitos a título pessoal pelos Estados signatários da Convenção Americana. No plano consultivo, qualquer membro da Organização dos Estados Americanos – OEA, parte ou não da Convenção, pode solicitar o parecer da Corte. No plano contencioso, a competência da Corte adstringiu-se ao julgamento de casos relacionados aos Estados-partes da Convenção Americana, que,

56. MERLINO, Tatiana. *A Comissão da possível? Caros Amigos*. São Paulo, v. 16, n. 56, p. 04-06, maio, 2012.

57. KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz, *op. cit.*, p. 257.

58. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 91.

59. DIEGUEZ. Consuelo. *Conciliação, de novo*. Piauí. São Paulo, v. 6, n. 64, p. 26-36, janeiro, 2012.

por força do art. 62, reconheceram expressamente tal jurisdição^[60], como é a situação do Brasil.

Assim, em 24 de novembro de 2010, no julgamento do caso Gomes Lund e Outros *versus* Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil a investigar e julgar os crimes de desaparecimento forçado de integrantes da Guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70. Ademais, enfatizou que as disposições da Lei da Anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana e não podem continuar representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis^[61].

A Corte Interamericana ressaltou, ainda, a não observância do controle de convencionalidade pelo Estado brasileiro, uma vez que “[...] a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento”^[62].

Faz-se mister explicitar que o controle de convencionalidade consiste na verificação da conformidade entre as normas internas e os tratados internacionais, sendo que o Estado, assim como todos os seus órgãos, devem observar, zelar e respeitar os ditames e normas internacionais ratificados. Outrossim, pautado no controle de convencionalidade, o Poder Judiciário não deve levar em conta apenas o tratado, mas também a interpretação conferidas pelas cortes internacionais.

60. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional. São Paulo: Saraiva, 2006, p.102.

61. PIOVESAN, Flávia. Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 82.

62. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 2 maio 2012.

O principal motivo da condenação do Brasil perante a Corte Interamericana, segundo George Marmelstein, foi a não-apuração dos crimes praticados pelos militares durante a Guerrilha do Araguaia, especialmente o desaparecimento forçado de presos políticos. Foi demonstrado que mais de sessenta estudantes, trabalhadores, artistas, camponeses foram brutalmente assassinados e até hoje os seus familiares sequer puderam saber qual o paradeiro de seus corpos, diante do pacto de silêncio firmado pelos agentes da repressão. “Até hoje, as circunstâncias dos desaparecimentos não foram devidamente esclarecidas, os restos mortais não foram localizados, identificados e entregues a seus familiares, e os responsáveis não foram investigados, processados ou sancionados.”^[63]

Embora o cerne da sentença tenha sido a inércia do Estado brasileiro em investigar, julgar e punir os responsáveis pelos crimes de desaparecimento forçado, assim como a incompatibilidade da Lei da Anistia com os ditames internacionais e interamericanos, a CIDH manifestou-se, também, sobre a Comissão da Verdade, incentivando a sua criação.

5.5 Caso Herzog e Outros Vs. Brasil

Em 15 de março de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil pela violação de diversos dispositivos insculpidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, tendo em vista a falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog.

Com efeito, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos

63. MARMELSTEIN, George. Guerra de Gigantes: STF versus CIDH (Lei de Anistia). Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2011/02/17/guerra-de-gigantes-stf-versus-cidh-lei-de-anistia>>. Acesso em: 2 maio 2012.

Humanos, restaram frontalmente violados, assim como o direito à verdade e à integridade psíquica e moral de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog. Segundo a Corte:

Essas violações se deram como consequência da falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog, cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, assim como pela aplicação da Lei de Anistia No. 6683/79 e de outros excludentes de responsabilidade proibidos pelo Direito Internacional em casos de crimes contra a humanidade. Adicionalmente, a Corte considerou que o Estado é responsável pela violação do direito de conhecer a verdade em detrimento de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog, em virtude de não haver esclarecido judicialmente os fatos violatórios do presente caso e de não haver apurado as responsabilidades individuais respectivas em relação com a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog, em conformidade com os artigos 8 e 25 da Convenção. Igualmente, considerou que o Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog. Por último, a Corte ordenou ao Estado a adoção de diversas medidas de reparação.^[64]

Na referida sentença, a Corte Interamericana reforçou o caráter de *jus cogens* dos crimes contra a humanidade, de modo que a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog, praticados num contexto sistemático e generalizado de violações aos direitos humanos, são imprescritíveis, “pois essas condutas violam direitos e obrigações inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”.^[65]

64. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herzog e outros vs. Brasil. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

65. *Ibid.*

A Corte Interamericana asseverou ainda a necessidade de realização de um controle de convencionalidade, haja vista que a Lei de Anistia brasileira não pode produzir efeitos jurídicos e ser considerada validamente aplicada pelos tribunais internos. Nessa linha, a Corte Interamericana concluiu que:

311. No presente caso, o Tribunal conclui que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado que encerraram a investigação em 2008 e 2009. Do mesmo modo, em 2010, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil, decorrentes do direito internacional, particularmente as dispostas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. A Corte julga oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo a qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte, e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Partes vinculam todos os seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.

Nesse sentido, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Herzoge e outros vs. Brasil* reafirmou a necessidade do Estado brasileiro de garantir o direito à verdade, à memória e à justiça, processando e investigando os responsáveis pelas graves violações praticadas no período ditatorial brasileiro, além de asseverar a imprescritibilidade e o caráter de *jus cogens* das respectivas violações, bem como a inconvenção da Lei de Anistia brasileira.

Por fim, convém ressaltar que em junho de 2021, o Ministério Público Federal obteve a primeira condenação penal contra um ex-agente da ditadura

militar por crimes cometidos no período ditatorial. O delegado aposentado Carlos Alberto Augusto, que atuava no Departamento Estadual de Ordem Política e Social de São Paulo - DEOPS/SP, foi sentenciado em primeira instância a dois anos e onze meses de prisão, em regime inicial semiaberto. Trata-se de um importante passo na concretização dos pilares justiça, verdade e memória na prolonga e postergada justiça de transição brasileira.

Referências

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. Os direitos da transição no Brasil. In: ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso (Coord.). **Os direitos da transição e a democracia no Brasil: estudos sobre Justiça de Transição e teoria da democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANDREOZZI, Gabriele. **Los juicios por los crímenes de lesa humanidad en Argentina**. Buenos Aires: Atuel, 2011.

BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. Disponível em: <http://www.metodologiaufba.xpg.com.br/index_arquivos/Page697.htm>. Acesso em: 19 maio 2013.

BRASIL. Presidência da República. 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 05 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 7 mar. 2012.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Almocinad Arellano vs. Chile**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em 1 jun. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010.

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 2 maio 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf> Acesso em: 1 jun. 2014.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DIEGUEZ, Consuelo. Conciliação, de novo. **Piauí**. São Paulo, v. 6, n. 64, p. 26-36, janeiro, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio eletrônico**: século XXI. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Lexicon Informática, 1999.

FIGUEIREDO, Martha Carvalho Dias de. Efetividade do direito fundamental à verdade e o princípio do estado de direito. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 15, n. 2433, 28 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14431>>. Acesso em: 5 abr. 2012.

GOJMAN, Silva; FINOCCHIO, Silvia Graciela; DUSSEL, Inés. **Haciendo memoria em el país de nunca más**. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2012.

KLAUTAU FILHO, Paulo. **O Direito dos cidadãos à verdade perante o poder público**. São Paulo: Método; Belém: CESUPA, 2008.

KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz. A importância de se fazer justiça: Reflexões sobre os desafios para o cumprimento da obrigação de investigar e punir os responsáveis em observância à sentença da Corte Interamericana no caso da Guerrilha do Araguaia. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Crimes da ditadura militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Guerra de Gigantes**: STF versus CIDH (Lei de Anistia). Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2011/02/17/guerra-de-gigantes-stf-versus-cidh-lei-de-anistia>>. Acesso em: 2 maio 2012.

MERLINO, Tatiana. A Comissão da possível? **Caros Amigos**. São Paulo, v. 16, n. 56, p. 04-06, maio, 2012.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Ditadura e responsabilização**: elementos para uma justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade**: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF obtém sentença histórica contra ex-agente da repressão por crime político na ditadura**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-obtem-sentenca-historica-contra-ex-agente-da-repressao-por-crime-politico-na-ditadura>. Acesso em: 15 ago. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Desarquivando o Brasil**. Dossiê – mortos e desaparecidos políticos no Brasil. Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=102&m=9>> Acesso em: 4 mar. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Crimes da ditadura militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão; TORELLY, Marcelo Dálmas. As razões da eficácia da lei de anistia no Brasil e as alternativas para a verdade e a justiça em relação as graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar (1964-1985). **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: (In) Justiça nas transições políticas. Vol.8, nº 8. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2010.

SAMAPAIÓ, José Adércio Leite; ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. Verdade e história: por um direito fundamental à verdade. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade**: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. **Comissão da Verdade no Brasil & Justiça de Transição**: Direito à Verdade e à Memória. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

SANTOS, Roberto Lima. **Crimes da ditadura militar**: responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

TAVARES, André; AGRA, Walber. **Justiça Reparadora no Brasil**. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alexandre Garrido da. Justiça transicional, direito humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, v. 13, n. 13, p. 35-69, 2008.

WEICHERT, Marlon Alberto. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 74, 2008.

ZYL, Paul van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

8

A caça a uma Reforma Eleitoral “possível”: um debate inicial sobre a adoção das Federações Partidárias no Brasil ^[1]

CLÁUDIO ANDRÉ DE SOUZA

Sumário: 1. Introdução. 2. Em busca de uma Reforma Política “possível”. 3. A aprovação das Federações Partidárias no Congresso. 4. Algumas considerações finais. 5. Sugestões de leitura.

1. Introdução

Este artigo é um “nariz de cera” provocador sobre o debate em relação à adoção das federações partidárias no sistema político brasileiro. Trata-se de uma discussão ensaística preliminar, sendo que o teste efetivo das federações virá com as eleições de 2022, assim como foi testado nas eleições de 2020 o fim das coligações proporcionais.

Este artigo está estruturado em uma parte inicial sobre a reforma política, apresentando uma breve e sucinta trajetória das reformas recentes no Brasil e as principais medidas debatidas e deliberadas.

A segunda parte debate a tramitação da federação partidária e seus possíveis impactos na democracia brasileira diante da sua aprovação e

1. Este texto foi elaborado e publicado em primeira mão na Seção Opinião do Jornal A Tarde (BA) e na minha coluna online semanal “Conjuntura Política”.

sanção, o que permite a sua adoção atual para as eleições de 2022. Por ser um texto enquanto um debate inicial, não há neste trabalho, a pretensão em esgotar as discussões em torno do tema, mas apresentar de forma *expressivista* um debate inicial sobre as federações partidárias.

2. Em busca de uma Reforma Política “possível”

Reforma política nada mais é do que um processo de reorganização das regras para competições eleitorais periódicas. Uma delas ocorreu na década de 90, quando foram discutidas as bases mais amplas das nossas instituições, com o plebiscito sobre a adoção do parlamentarismo em 1993. Ficamos com o presidencialismo, e os estudos da ciência política apontaram nas últimas três décadas um processo de estabilidade da nossa democracia, embora tenhamos ficado com um sistema partidário esdrúxulo: mais de 30 partidos fragmentados na arena parlamentar nacional e na competição política estadual.

Avançamos com as reformas de 2015 e 2017, em especial por causa da aprovação de três medidas importantes: a proibição de financiamento empresarial de campanhas; o fim das coligações proporcionais; e, por fim, o estabelecimento de uma cláusula de barreira progressiva, com os partidos precisando atingir um patamar mínimo de votos. Cada uma dessas medidas contribuiu para gerar um sistema político mais estável, buscando evitar a proliferação de partidos cartoriais sem nenhum tipo de vínculo e enraizamento societário.

Em que pese a virtude da medida, o fracasso na cláusula de barreira impõe aos partidos perdas de recursos do fundo partidário e de tempo de TV a partir de 2027. Dos 33 partidos que disputaram as eleições em 2020, 16 podem ter dificuldade para superar a cláusula em 2022: partidos

históricos, como o PCdoB, PSOL e o PV, e outros neófitos, como o Novo, o Rede e o Patriotas.

No dia 09/06/2021, estes partidos aprovaram na Câmara a urgência de um projeto descartado na reforma política de 2005. Trata-se da *federação partidária*, que estabelece a união de dois ou mais partidos antes das eleições, os quais passam a funcionar como um “bloco”, mas precisam se manter unidos por quatro anos. A proposta torna-se, assim, um atalho à cláusula de barreira e à fusão, que se dá quando um partido deixa de existir e se incorpora a outra agremiação.

3. A aprovação das Federações Partidárias no Congresso

Como temos dito, o debate que versa sobre a reforma das regras eleitorais não produz uma fórmula mágica e perfeita de sistema eleitoral. Nesse contexto, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram no dia 28/09 a reforma eleitoral estabelecida pela Emenda Constitucional 111. Precisamos reconhecer, que contém poucos avanços relevantes, porém vale comemorar, porque escapamos do pior, que seria conviver com o acéfalo modelo do Distritão e assistir ao retorno assombroso das coligações proporcionais.

No centro das mudanças para as próximas eleições, temos a criação das federações partidárias por meio de lei publicada no dia 29/09/2021. Trata-se de uma experiência presente em várias democracias, que consiste na união de partidos agindo como uma única agremiação -- uma espécie de “coligação permanente”, que atua para além das eleições, formando aquilo que, em outros países, sejam eles presidencialistas, sejam eles parlamentaristas, se conhece como coalizões eleitorais permanentes.

Na Alemanha, Angela Merkel governou com uma federação partidária desde 2005. Temos experiências importantes no Chile, na Espanha, em Portugal e no Uruguai, com a Frente Ampla de Tabaré Vazquez e José Mujica, à frente da presidência entre 1994 e 2019. No parlamento europeu, temos a coalizão formada pelo Partido Comunista Português (PCP) e o Partido Ecologista “Os Verdes” (PEV).

Na Espanha, por exemplo, temos o CiU, Convergência e União, federação formada pela Convergência Democrática da Catalunha e pela União Democrática da Catalunha com visibilidade considerável na política espanhola.

A proposta de adoção da federação partidária no Brasil foi apresentada em 1999 (PL 1203) pelo então deputado baiano Haroldo Lima (PCdoB), já prevendo as dificuldades dos partidos menores em alcançar a cláusula de barreira. A aprovação das federações veio após o Congresso derrubar o veto de Bolsonaro ao Projeto. Entre os líderes partidários e suas bancadas, prevalece a visão de que o projeto estimulará fusões a médio prazo, o que pode ajudar na estabilidade do nosso sistema partidário.

Ainda não saíram do papel alguns desafios relacionados às federações, a respeito dos quais não houve debate sério, nem cálculo político dos pequenos e grandes partidos. Em primeiro lugar, as federações precisarão ter estatuto com previsão de funcionamento muito bem regulada, estabelecendo o que pode cada partido federado. Será inevitável entender e alinhar os interesses dos municípios aos corredores do Congresso em Brasília.

Em segundo lugar, os partidos federados precisarão atuar em conjunto, não só nas eleições, mas no dia a dia da vida política do país. Como a federação só precisa durar quatro anos, a cada eleição nacional a “união estável” poderá ser desfeita. Segundo matéria publicada no portal da Câmara dos Deputados em 29/09/2021, as federações são equiparadas a

partidos políticos — elas podem, inclusive, celebrar coligações majoritárias com outros partidos políticos, mas não os partidos integrantes de forma isolada. A lei prevê que todas as questões de fidelidade partidária que se aplicam a um partido se aplicam também à federação — o que significa que, se um parlamentar deixar um partido que integra uma federação, ele estará sujeito às regras de fidelidade partidária que se aplicam a um partido político qualquer. Federações deverão ter um estatuto, assim como um partido político, que deverá disciplinar questões como fidelidade partidária ou à federação. Esse documento deverá prever eventuais punições a parlamentares que não seguirem a orientação da federação numa votação, por exemplo, lembrando que a expulsão de um parlamentar do partido não implica qualquer prejuízo para o mandato (mas apenas o desligamento voluntário e sem justa causa).

O que isso quer dizer? As federações são o oposto das coligações. Mas em que medida se diferencia de uma fusão? De repente, pode funcionar como um “noivado”, que pode ou não virar “casamento”, com criação de um novo partido.

No final de setembro, na esteira dos encaminhamentos e articulações pela reforma eleitoral e a federação, a executiva nacional do Democratas aprovou que se avancem as tratativas de fusão do partido com o Partido Social Liberal (PSL). Deliberou-se pela convocação da convenção nacional do partido, que será consultada quanto à fusão com o PSL.

De onde vem essa demanda para criar um partido mais robusto, agora, nas vésperas das próximas eleições? De um conjunto de fatores “pós-Bolsonaro”: como o presidente inepto para o cargo não é favorito para as eleições de 2022, as lideranças de ambos os partidos entendem que eles podem ser “amassados” pela polarização Lula-Bolsonaro, atrapalhando os planos das siglas para conquistar cargos legislativos e governos estaduais.

Além disso, arriscam ao projetar para 2023 o retorno do presidencialismo de coalizão, quando um novo presidente eleito precisará fechar aliança com partidos, que ofertarão apoio no Congresso. De longe, um partido mais estável e robusto politicamente terá melhores condições de barganhar espaços políticos no Executivo e no Legislativo.

Há também um componente de desespero no esforço pela fusão de democratas e sociais liberais. Com o fim das coligações proporcionais, tanto DEM quanto PSL caminhariam para uma diminuição das suas bancadas, o que impacta a proporção de recursos financeiros a serem recebidos dos fundos partidário e eleitoral e, conseqüentemente, a arquitetura político-eleitoral nos municípios brasileiros, que já visam as eleições de 2024.

4. Algumas considerações finais

As federações poderão se viabilizar na rotina institucional do país como um recurso disponível à estabilização do sistema partidário brasileiro, o que só pode funcionar melhor com a total exclusão da possibilidade de existir coligações proporcionais.

A vantagem da federação é permitir que partidos tradicionais com força social (mas com pouco voto) mantenham-se vivos atingindo a cláusula, já que estarão plasmados junto a outras organizações. A principal desvantagem reside no risco de assistirmos a um bocado de “união instável” de partidos (a cada eleição teremos novos casamentos), sem explicar aos eleitores por que estão juntos. Além disso, será que as federações não permitirão que novos partidos sejam criados e funcionem como “puxadinhos” de outras agremiações? A nova medida valerá a pena desde que incorpore outros dispositivos, para não fazer uma bagunça na cabeça dos eleitores, como foi com as coligações. A medida pautou

a classe política e o debate sobre como melhorar os nossos sistemas eleitoral e partidário.

5. Sugestões de leitura

AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Orgs.). **Reforma política no Brasil**. Editora UFMG, 2006. Link para download: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/publicacoes/pessoas/reforma-politica-no-brasil.pdf>

DANTAS, Humberto; LUZ, Joyce (Coords.) **Ciência Políticas e Políticas de Educação: conceitos e referências**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, Stiftung, 2021. Link do livro completo: https://votoconsciente.org.br/wp-content/uploads/Ciencia-politica-e-politicas-de-educacao-26_07.pdf

SOUZA, C. A. **Para onde vai a política brasileira? Breve ensaio sobre a Crise de representação e o Pós-Impeachment**. Curitiba: Appris, 2018.

9

A “Terra em Transe” e as mobilizações quilombolistas por direitos

EDUARDO FERNANDES DE ARAÚJO

VICTOR DE OLIVEIRA MARTINS

Sumário: *Introdução. 1. “Terra em Transe” Glauber Rocha (1967). 2. A praça é do povo quilombola? SANKOFA! 3. Racismos - Colonialismo – Quilombos, Zumbi e Dandara: Vivem! 4. Espaços e territórios: (Contra)Mobilização Política e Jurídica. 5. Tempo: “Meu tempo é agora”! Referências*

Introdução

“ (...) a crise das gentes é dos ares ...”

(Tiganá Santana)

Em 14 de julho de 2021 foi realizado o **IV Seminário sobre democracia e poderes em crise: Direitos quilombolas**, promovido pelo Instituto de Direito Constitucional da Bahia (IDCB), com a participação de André Carneiro Leão - Defensor Público Federal, do Professor Júlio Rocha - Universidade Federal da Bahia (UFBA), da Professora Maria Cristina Tárrega - Universidade Federal de Goiás, da Educadora Quilombola Rejane Rodrigues – Coordenadora do Samba de Roda Renascer do Quilombo e 100% Quilombola, e de Ricardo Pinto – Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA.

A apresentação realizada foi constituída por uma tentativa de diálogo entre a arte proposta por Glauber Rocha na obra “Terra em Transe” (1967) e as dimensões das lutas quilombolas em um período de pandemia e de deterioração da democracia brasileira, assim como, das imbricações do papel do direito em face dos poderes (legislativo, executivo e judiciário).

Para realizar uma apresentação na qual fosse possível dialogar com as demais pessoas que ali estariam na roda de conversa, o ponto de partida foram as reflexões realizadas em dois projetos da Universidade Federal da Paraíba, o primeiro de extensão universitária “NEABI - Baobá Ymyrapytã: direitos humanos, antirracismos e memórias em “entre-vistas” contra-coloniais e o segundo, um Projeto de Iniciação Científica (PIVIC) “Baobá-Ymyrapytã: racismos, violências e mapeamento dos casos de COVID-19 nos Quilombos em Pernambuco”.

Desta forma, a presença da co-autoria neste artigo, inicialmente, formulada enquanto apresentação individual de 15 - 20 minutos, é a materialização de diversas reflexões constituídas por duas pessoas (Eduardo Araújo e Victor Martins) que estão na academia realizando pesquisas e extensões engajadas em um tempo pandêmico, “se a crise das gentes é dos ares”, conforme Tiganá Santana canta, os ares das gentes nas crises são possibilidades de elaborar rotas quilombistas de (re)existências, sendo o seminário uma provocação para elaboração textual.

Assim, o presente artigo está subdividido em 05 tópicos que praticamente são os mesmos utilizados durante a palestra, cabe acentuar que as devidas referências a Glauber Rocha, Mãe Stella de Oxóssi e Castro Alves são deferências de um ‘paraibucano’ e de um cearense à Bahia. Com os quais saudamos nossas ancestralidades quilombolas e afroíndigenas que estão presentificadas nas imagens de Zumbi e Dandara e dignificadas nas reflexões de Antônio “Nêgo” Bispo e Givânia Maria da Silva.

1. “Terra em Transe” Glauber Rocha (1967)

“A gente ocupou as terras, plantou, agora aparece dono delas de todo canto com papel de cartório, vindo de onde? (...) se a justiça decidir que a gente deve deixar as terras, a gente morre aqui mas não deixa não (...) A gente tem que gritar com tudo, com o que sobrar, com os ossos!”.

(Felício, Terra em Transe, 1967).

Glauber Rocha é um baiano sertanejo, cineasta e provocador, considerado o maior representante do “Cinema Novo” brasileiro, teve sua carreira marcada por controvérsias políticas, seja no campo conservador, seja do lado progressista, incomodava tanto à direita quanto à esquerda, bem como, transitou por diversos universos culturais e sociais, ficando imagens, sons e diálogos sertanistas que até os dias de hoje são propícios para pensarmos nossas identidades e realidade política à brasileira.

A obra “Terra em Transe” de Glauber Rocha, lançado em 1967, para além de suas qualidades cinematográficas próprias de um filme de drama de sua época, representa um complexo roteiro que, apesar de ares fictícios, se assemelhava bastante ao Brasil na transição político-governamental da década de 70. Sem deixar de lado uma forte crítica à realidade social de desigualdades, de conflitos territoriais e da própria luta de classes, o filme reflete sobre os jogos políticos que são estabelecidos a partir de interesses individuais/coletivos postos naquela arena com aspiração autoritária, as imagens e sons do começo da obra nos remete aos batuques e aos mares, como se o diretor pedisse licença para adentrar as nossas mentes.

Ainda sobre o filme, a poesia traçada através do colapso eleitoral movido desde saudosismos pátrios religiosos e conservadores até desilusões demagógicas progressistas, escancara as contradições presentes dentro das polarizações partidárias que dividem anseios e constroem falsas projeções.

Glauber Rocha, sem partir para um discurso “apolítico” em que “políticos são farinha do mesmo saco”, centra a preocupação da trama com aquele que jamais foi considerado digno (ou competente) para estar no poder, aquele que primeiro ocupou as terras: o povo. Alvo de censuras nacional e internacional e com diversas críticas advindas de intelectuais, políticos e setores da igreja, o filme é considerado um clássico do cinema brasileiro, entrando em novembro de 2015 como um dos 100 melhores filmes brasileiros de todos os tempos pela Associação Brasileira de Críticos de Cinema (Abraccine).

E é desta forma que “Terra em Transe” entrou na apresentação e no texto, provocando um encontro entre sertões distópicos e reais, sendo um alerta do passado para o presente, um manifesto de um futuro no passado.

2. A praça é do povo quilombola? SANKOFA!

Ainda com a deixa de Glauber Rocha:

“(…) Mas eu sabia apenas que não aguentava o mundo em que vivia e que por isso mesmo eu tinha que começar a abrir os caminhos, começar de qualquer jeito, mesmo que deixasse os caminhos pela metade, a espera de que outros mais lúcidos que eu pudessem chegar ao fim, mas se eu não tivesse morrendo agora também chegaria ao fim, chegaria (...)”

(Paulo Martins, Terra em Transe, 1967)

As terras concentram marcas de passos antigos, as lutas são herdadas, o tempo regula demandas geracionais, o agora é ancestral. Sankofa é um símbolo reportado como ideograma adinkra representado por um pássaro de pés firmes no chão e a cabeça virada para trás segurando um ovo com o bico, simboliza o propósito de ir ao passado para buscar o presente e se direcionar para o futuro.

Abdias Nascimento em diversas obras plásticas utiliza esse conjunto enquanto componente estético da sua relação com África, atualmente, Sankofa também é o nome da série organizada por Elisa Larkin Nascimento que trata das Matrizes Africanas da cultura brasileira.

Para Leite (2021), o genuíno movimento Sankofa está representado nas mobilizações da população negra no Brasil, por esta indagar suas demandas do agora a partir das feridas expostas a um passado violento e exploratório.

Este processo, que evidentemente condiz com as formas de resistência quilombola no Brasil, significa não necessariamente se prender à naturalização da violência acometida historicamente contra esses povos, nem tampouco congelar as possibilidades de produção de outras narrativas e formas de se insurgir contra os sistemas e as estruturas de opressão, mas sim estabelecer uma memória e uma ancestralidade que remete desde aos Reinos de África para os Quilombos (ARAÚJO e SILVA, 2019).

Ora, da mesma forma em que a elite branca busca impor uma tese jurídica de marco temporal para os direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil a partir de 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Brasileira, também esta mesma elite do atraso (SOUZA, 2017), perpetuada secularmente no poder, se propõe a negar a profundidade histórica do contexto africano, afrobrasileiro e afrodescendente.

As terras são originárias, são diaspóricas, “A praça! A praça é do povo / Como o céu é do condor / É o antro onde a liberdade / Cria águias em seu calor (...) Lançai um protesto, ó povo / Protesto que o mundo novo / Manda aos tronos e às nações” (Castro Alves), o poema é ancestral.

Sankofa vem ainda de um provérbio ganês “Se wo were fi na wosankofa a yenkyi” que significa “não é tabu voltar para trás e recuperar

o que você esqueceu (perdeu)”, acrescentamos ainda o ditado Iorubá que diz “Exu matou um pássaro ontem com uma pedra que só jogou hoje”.

Sim, a praça é quilombola.

3. Racismos - Colonialismo – Quilombos, Zumbi e Dandara: Vivem!

As dimensões aqui trabalhadas seguem o rastro aberto por considerações produzidas por pensadoras negras, dentre elas, destacamos: Maria Beatriz Nascimento (2006), Abdias Nascimento (1980), Antônio “Nêgo” Bispo (2015), Givânia Maria da Silva (2016), Frantz Fanon (2015) e Silvio Almeida (2018).

O que configura as relações na sociedade brasileira, a partir do processo de extrativismo predatório, é a tríade: racismo, colonialismo e capitalismo. Podemos ainda considerar o patriarcado e demais categorias sociais que versam sobre poder mas no momento, cabe neste artigo, através da experiência dos quilombos, denunciar essas três formas que regem as estruturas modernas.

Desde a época colonial, operava no Brasil, assim como em diversas outras nações que experimentaram “o lado de cá” (colônia), um processo de invasão e expropriação de terras, de acumulação de capital e de escravização de povos não-brancos-europeus.

Fanon (2015) observa que o capitalismo aliado à estrutura colonial que dividia o mundo e o Brasil em norte-sul, desenvolvimento-subdesenvolvimento, metrópole-colônia, regia as relações de poder com base naqueles que detinham posse-propriedade, ao passo em que esse contexto era extremamente racializado.

Os condenados da terra são, portanto, alvo dessas múltiplas frentes de opressão social, econômica, política e cultural e de violências físicas

e psicológicas, são sujeitos proletários, colonizados, camponeses, negros, indígenas e quilombolas.

Do desenvolvimento desses sistemas de opressão que jamais se perdem no tempo, podem apenas se perderem na memória (alienada), formam-se modernas (neo)colonialidades, racismos e (neo)capitalismo-liberal de viés populista, autoritário, negacionista e fascista.

Dessas colonialidades, o poder, o ser e o saber são mobilizados por uma narrativa hegemônica que profere violências epistêmicas, controle de subjetividades e expropriações em larga escala (MALDONADO-TORRES, 2018), ao passo em que as relações mercantis fortalecem o poder das classes dominantes e perpetuam disfarçadamente a figura do Estado como um instrumento ligado aos interesses burgueses.

Aliado a isso, funciona um racismo estrutural que transcende relações individuais, que na verdade “se expressa concretamente como desigualdade política, econômica e jurídica” (ALMEIDA, 2018), influenciando desde relações familiares, institucionais e culturais, até sistemas políticos e históricos.

Por outro lado, decorrente desta mesma tríade, temos os processos de confrontação dados pelos antirracismos, de(s)colonialidades / contra-colonialidade e outros modos de vida, estes marcadores se constituem em contraponto aos epistemícidios, dentre outras formas de dominação.

O quilombismo é necessariamente antirracista, pois centra na resistência processos de combate ao sistema escravocrata que oprime os diversos povos africanos em diáspora, para além das explorações econômicas impostas pelo capitalismo, daí ser também anticapitalista.

O quilombismo, pois, detém enquanto fundamento ético “assegurar a condição humana das massas afrobrasileiras, há tantos séculos tratadas e

definidas de forma humilhante e opressiva” (NASCIMENTO, 1980, p. 264), a partir dos quilombos que representam “reunião fraterna e livre, solidariedade, convivência, comunhão existencial” (NASCIMENTO, 1980, p. 263).

Da mesma maneira que Abdias do Nascimento, Maria Beatriz Nascimento nos ensina sobre quilombos e quilombismo que:

Durante sua trajetória o quilombo serve de símbolo que abrange conotações de resistência étnica e política. Como instituição guarda características singulares do seu modelo africano. Como prática política apregoa ideais de emancipação de cunho liberal que a qualquer momento de crise da nacionalidade brasileira corrige distorções impostas pelos poderes dominantes. O fascínio de heroicidade de um povo regularmente apresentado como dócil e subserviente reforça o caráter hodierno da comunidade negra que se volta para uma atitude crítica frente às desigualdades sociais a que está submetida. (Nascimento, 2006, p. 121).

Palmares, Canudos, Caldeirões, Pau de Colher, entre outros quilombos que insurgem personalidades históricas como Dandara e Zumbi, constituem uma força contra colonial na história brasileira a partir de seus modos de vida, suas expressões culturais e seus territórios, ainda que passando por processos de criminalização e de violência (BISPO, 2015).

A contra colonização é uma das maneiras para se pensar essas mobilizações, é uma escolha categórica de Antônio “Nêgo” Bispo para entender os processos de enfrentamento entre povos, raças e etnias. Assim como poderia-se pensar em decolonialidades no contexto mais específico da América Latina, em descolonialidades na tradição que ela carrega consigo pelas epistemologias do sul (BOAVENTURA SANTOS, 2014), além de pós colonialismos. Seja qual for, o que importa é não perder o horizonte das origens do processo, as alternativas no presente e as possibilidades de futuros.

Um desses horizontes é o combate ao epistemicídio, objetivo direto do nosso Projeto de Extensão “NEABI - Baobá Ymyrapytã: direitos humanos, antirracismos e memórias “entre-vistas” contra-coloniais”, ligado ao Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

O projeto, em diálogo com as referências teóricas trazidas a pouco, se constitui centralmente no combate à hegemonia dos saberes estabelecidos dentro e fora do espaço acadêmico-científico, de modo a valorizar epistemologias indígenas e afro diaspóricas e de difundir lutas por direitos desses sujeitos, realizando um processo de educação quilombola de disputa política (GIVÂNIA MARIA, 2016) que dignifique a presença das formas de resistências que são simbolizadas e comemoradas no dia 20 de novembro em referência ao quilombo dos Palmares humanizados nas imagens de Zumbi e Dandara.

4. Espaços e territórios: (Contra)Mobilização Política e Jurídica

Atualmente no Brasil são vigentes a Convenção n.169 da Organização Internacional do Trabalho, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (assim cremos) e demais pactos, tratados, programas, planos e declarações que garantem o reconhecimento político e jurídico dos quilombos.

A Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ) desde 1996 (fundação em Bom Jesus da Lapa) produz mobilizações e contra mobilizações políticas e jurídicas de defesa e promoção de direitos humanos, seja através das intervenções culturais, sociais e outras, bem como, jurídicas.

No Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3229 (2003 - 2018) e uma Ação por Descumprimento de

Preceito Fundamental nº 742 (2020 - atual) produzem efeitos jurídicos nos quilombos do brasileiros, a primeira versa sobre a constitucionalidade do Decreto nº 4.887 de 20 de novembro de 2003, a segunda buscou amparo jurídico para preservação de vidas quilombolas durante a pandemia.

Sobre esse contexto, é importante mencionar o Projeto de Iniciação Científica (PIVIC) “Baobá-Ymyrapytã: racismos, violências e mapeamento dos casos de COVID-19 nos Quilombos em Pernambuco”, que além de contribuir no âmbito das pesquisas a respeito do contexto quilombola no Brasil, que infelizmente constitui uma temática deficitária, realiza uma análise dos racismos e das colonialidades no modo como o Estado (executivo, legislativo e judiciário) age ou se omite para diminuir os efeitos danosos da pandemia nos quilombos brasileiros.

Nesse processo, identificou-se que a CONAQ e a assessoria jurídica popular “Joãozinho do Mangal” (nome em homenagem a João Conceição dos Santos, discente do curso de direito da Universidade Estadual da Bahia vítima de um acidente automobilístico em 04 de junho de 2017) desempenham um papel fundamental nas mobilizações por garantia dos direitos quilombolas, seja no ajuizamento da já mencionada ADPF nº 742/2020 no STF, seja na construção, em parceria com o Instituto Socioambiental (ISA), do Observatório da COVID-19 (CONAQ, 2021) nos quilombos, no intuito de monitorar de forma autônoma os casos de contaminação quilombola.

Em outra frente, a CONAQ, com apoio da Terra de Direitos e da Ecam Projetos, produziu duas edições do Vacinômetro Quilombola (TERRA DE DIREITOS, 2021), uma em agosto e outra em setembro de 2021, através destes boletins de monitoramento da vacinação contra Covid-19 nas comunidades quilombolas está ocorrendo a sistematização de dados a respeito dos níveis de vacinação das comunidades quilombolas no Brasil.

Essas mobilizações suprem lacunas que o Estado brasileiro em sua organização institucional de poderes não consegue (por ação ou omissão) atingir de forma eficaz, estas alternativas apontam diariamente as falhas institucionais e governamentais que impedem a plena efetividade dessa política pública, se por um lado elas que podem tensionar modelos de sistema de justiça que se tornem mais eficazes, conforme perspectivas analisadas sobre o uso estratégico do direito na democratização ao poder judiciário (BOAVENTURA SANTOS, 2014) , por outro lado se tornam elemento irrefutáveis do racismo estrutural e institucional em nosso país.

5. Tempo: “Meu tempo é agora”!

Na obra “Meu tempo é agora” (2010), Mãe Stella de Oxóssi, Odé Kayodê (1925 - 2018) assevera que todo processo de aprendizagem é processual e iniciático, ou seja, não é instantâneo nem tão pouco de conversão, a aprendizagem é ato contínuo de convivência e de reverência aos nossos desafios cotidianos no qual o elemento da ancestralidade é unificador do espaço, do corpo - território e do tempo, ou seja, o nosso “tempo é agora”.

Quilombolas e quilombistas constituem, na atual momento, um dos segmentos sociais brasileiros que enfrenta o colonialismo, os racismos e os *epistemicídios* através das pedagogias antirracistas que mobilizam (por) direitos, os enfrentamentos na seara do poder executivo, legislativo e judiciário são componentes de análise e de denúncia que devem chegar a diversos setores da sociedade brasileira.

Glauber Rocha reaparece, auxilia no (des)pensar se estamos em Eldorado na “Terra em Transe”, sem repostas prontas, porém, na condição de um provocador do passado nos permite colocar estes diversos apontamento do texto tal qual uma edição de um filme, este, que pode ser

um elemento agregador para (re)pensar o espaço público enquanto *lócus* de produção de alternativas, tanto quanto, contestar a realidade e presentificar os desafios que temos enquanto nação, perceber que essas reivindicações podem estar nas artes, na linguagem, na maneira de ensinar o direito e de pautar a defesa dos direitos humanos, demonstra que precisamos ao mesmo tempo reivindicar e reinventar as praças, sejam elas acadêmicas, populares e/ou virtuais.

Considerando que os enormes obstáculos que temos para salvar a democracia e nós mesmos, tanto quanto avançar nas possibilidades de superar entraves jurídicos contra os direitos dos povos quilombolas, o seminário em si é uma resposta ao acúmulo de decisões políticas capitaneadas pelo colonialismo, racismos, exploração econômica e degradação ambiental em marcha nos últimos 600 anos.

Façamos dos diagnósticos da série de eventos promovidos pelo Instituto um ensaio permanente sobre as causas e efeitos do racismo estrutural, daí podemos começar a plantar uma inversão da máxima de que a crise é um projeto de sociedade pensado do norte para o sul global para que se torne, a partir de nossos *aquilombamentos*, uma mobilização a favor da contra colonização, talvez, seja dessa forma que o tempo se torne um agora, constituindo uma das formas de sinalizar os novos tempos/ espaços *quilombistas*.

Adupé!

Referências

ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ARAÚJO, Eduardo Fernandes de.; SILVA, Givânia Maria da. **Racismo e Violência contra Quilombos no Brasil.** Confluências | Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, v. 21, n. 2, p. 196-208, 3 set. 2019.

BISPO, Antonio. **Colonização, Quilombos: modos e significados**. Brasília: Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia de Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa; Universidade de Brasília; Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

CONAQ. **Observatório da Covid-19 nos quilombos**. Disponível em: <https://quilombosemcovid19.org/>. Acesso em: 1 ago. 2021.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Lisboa. Livraria Letra Livre, 2015.

LEITE, Denize Souza. **Sankofa e as políticas de ações afirmativas: olhar o passado para construir o futuro**. Justificando: 2021. Disponível em: <http://www.justificando.com/2021/05/25/sankofa-e-as-politicas-de-acoes-afirmativas-olhar-o-passado-para-construir-o-futuro/>. Acesso em: 29 out. 2021.

MALDONADO-TORRES, Nelson. **Analítica da Colonialidade e da Decolonialidade: algumas dimensões básicas**. In: Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico / organizadores Joaze Bernardino-Costa, Nelson Maldonado-Torres, Ramón Grosfoguel. -- 1. ed. -- Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

NASCIMENTO, Abdias de. **O Quilombismo: documentos de uma militância pan-africanista**. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda, 1980.

NASCIMENTO, Maria Beatriz. **A Terra é o meu Quilombo: terra, território e territorialidade**. In: RATTI, Alex (2006), *Eu Sou Atlântica: sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Edições Almedina, 2014.

SANTOS, Maria Stella de Azevedo. **Meu tempo é agora**. Editora Assembleia Legislativa da Bahia. 2 ed. 2010.

TERRA DE DIREITOS. **Levantamento inédito revela que 43% dos quilombos têm problemas relacionados à vacinação contra Covid-19**. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/>. Acesso em: 1 set. 2021.

SILVA, Givânia Maria da. **Educação e luta política no quilombo de Conceição das Crioulas**. 1.ed. Curitiba: Appris, 2016.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à lava jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

10

Há, sim, necessidade de mudança, não só, no modo de escolha para o Supremo Tribunal Federal ^[1]

EDVALDO BRITO

Sumário: 1. *Jurisdição Constitucional*. 1.1. *Noção de Jurisdição*. 1.2. *Origem da Jurisdição Constitucional*. 1.2.1. *pela via pretoriana*. 1.2.2. *pela via legislativa*. 1.3. *Noção de Jurisdição Constitucional*. 2. *Mudar o modo de escolha para o STF? Referências*.

1. Jurisdição Constitucional

1.1. Noção de Jurisdição

A etimologia da palavra *jurisdição* fornece elementar significado, qual seja, *juris+dictio* = dizer o Direito.

Juridicamente, dá o sentido forense: extensão da *competência* do magistrado para *julgar*.

Coloca, bem, o tema, o conhecido *jogo de lógica* de Alf Ross ^[2], segundo o qual toda regra de *competência* traz em si embutidos três critérios:

1. – o da *autoridade* (A¹) que designa a *outra* (A²) portadora das *atribuições*;

1. *Texto de palestra pronunciada no VIII Seminário sobre Democracia e Poderes em crise: precisamos mudar o modo de escolha para o STF e Tribunais?* em 24/11/2021.

2. - cf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genraro R. Carrió. Buenos Aires: EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1963. ps.78 e segs.

2. – o das *atribuições* conferidas a A², por A¹;
3. – o *procedimento* que A¹ estabelece para A² exercer as *atribuições*.

É, por isso, inadmissível que uma *autoridade*, ela mesma, *atribua-se* os seus afazeres.

As ocupações da magistratura, no Brasil, têm matriz constitucional que, por isso, a Constituição é a sua A¹ e essas ocupações têm desdobramento na lei processual.

Colhe-se, então, a lição de Chiovenda^[3] de que o primeiro pressuposto processual para que se possa examinar a demanda judicial é o de que esta seja dirigida a um órgão do Estado revestido de *jurisdição* que ele define como a *função estatal* que tem por fim a atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos, pela atividade desses órgãos públicos jurisdicionais, seja ao afirmarem a existência da vontade da lei, seja ao fazê-la, praticamente, *efetiva*.

Esse festejado professor italiano caracteriza essa *função* do Estado, como sendo de *soberania*, que é o *poder* a ele inerente de organizar todos os cidadãos para o cumprimento dos fins de interesse geral, o qual *poder* é *único*, mas, compreende três grandes *funções*: a *legislativa*, a *governativa* ou administrativa e a *jurisdicional*.

Esta noção dispensa a discussão sobre *se a legitimidade da função estatal* nasceria, apenas, da eleição popular do agente público que o transforma em *agente público político*.

Qualquer desses *agentes públicos políticos* tem essa *legitimidade*, se a sua fonte é a *autêntica*.

3. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil. Primera edición. Volumen II. Traducción E. Gomez Orbaneja. Madrid, 1940, ps. 1 e segs.*

Tanto é assim que Weber^[4] classifica a *legitimidade* em três qualificações, conforme seja essa fonte: *racional*, *tradicional* e *carismática*, dependendo, respectivamente, de a *dominação* legítima ser fundamentada:

1. - na *crença* da legalidade de ordenações estatuídas e dos direitos de mando dos chamados por essas ordenações a exercer a autoridade;
2. - na *crença* quotidiana na santidade das tradições que regem há tempo e na legitimidade dos assinalados por esta tradição para exercer a autoridade;
3. - na *crença* que repousa na entrega da santidade, do heroísmo ou na exemplaridade de uma pessoa e às ordenações por ela criadas ou reveladas.

Falando de *dominação legítima*, esse autor fornece o conceito de *poder*, de *disciplina* e de *dominação*, entendendo-se, por esta última, a probabilidade de encontrar obediência a um mandato de determinado conteúdo entre certas pessoas.

O mandato, nessa *dominação legítima* chamada *racional*, fundamenta-se no *poder político* que é a probabilidade de impor a própria vontade dentro da *sociedade civil*, ainda que seja contra toda resistência e contra qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade^[5], pois esse *poder* é aquele que o homem tem sobre o homem, à semelhança da relação entre governantes e governados, entre o Estado e o cidadão, entre a autoridade e obediência^[6].

Tomada a *sociedade civil* como uma fase da vida gregária, típica do ser humano, há de entender-se que a ela sucede, sem a extinguir, a fase

4. - cf. WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. Vol. I. Traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Maynez, Eugenio Ímaz y José Ferrater Mora. Mexico: Fondo de Cultura Económica. 1977, p.172.*

5. - cf. WEBER. *obra citada*, p.43.

6. - cf. BOBBIO, Norberto. *Política. In. Dicionário de política, por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Trad. de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p.955.*

chamada de *sociedade política*, assim definida a circunstância de o homem viver sob as relações de *poder político* que caracterizam as *instituições estatais*.

1.2. Origem da Jurisdição Constitucional

1.2.1. pela via pretoriana

Essas *instituições estatais*, na dição de Santi Romano ^[7], devem ser consideradas, em si mesmas, efetivamente, única, ainda que se apresentem sob a forma tripartida nas funções *legislativa*, *executiva* e *jurisdicional*, porque, todas estas *funções* particulares não são mais do que aspectos da *função única do Estado*, como de toda outra *instituição* em que possam elas contemplar-se com figuras mais ou menos desenvolvidas e em ocasiões somente embrionárias, segundo a maior ou menor complexidade delas.

A *jurisdição* é, enfim, uma *função estatal* com a mesma natureza — *poder* — das outras duas que, com ela, são *aspectos* de uma mesma realidade.

A *jurisdição constitucional* é uma modalidade de *jurisdição função estatal*.

Tem origem nas dobras do *common law*, como episódios ocorridos na Inglaterra, sob a ideia de que o rei não era supremo e sim o Direito Natural, quando os magistrados, encarregados de aplicar a lei, tinham o direito e o dever de adaptar atos do soberano, o mais exatamente possível, às prescrições do Direito Natural e o fundamento era o princípio da *preeminência* desse Direito ^[8].

Mas, como categoria jurídica e como se a entende, hoje, a *jurisdição constitucional* nasceu da mente iluminada de John Marshall, nomeado, pelo

7. - cf. *Fragmentos de un diccionario jurídico. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1964, ps.162/3.*

8. - cf. MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p.105.*

presidente Adams, primeiro *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando, na sessão de fevereiro de 1803^[9], julgou-se a primeira causa envolvendo *questão constitucional*.

Foi o caso *Marbury X Madison* que consistiu no seguinte: William Marbury requereu a notificação do novo Secretário de Estado, James Madison, para entregar-lhe a comissão de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, em face da proposta do presidente Adams, já lavrada subscrita e aprovada pelo Senado.

A Constituição dos Estados Unidos da América não trata dessa matéria — *jurisdição constitucional* — de modo explícito, senão, exemplificativamente, na cláusula 6 da Seção 3 do Artigo I, quando estabelece que “*o julgamento do Presidente dos Estados Unidos será presidido pelo Presidente da Suprema Corte*” porque as Seções 1 e 2 do seu artigo III, que dispõem sobre o Poder Judiciário dos Estados Unidos, limitam-se a dizer que esse poder será investido em uma Suprema Corte e os seus juízes conservarão seus cargos, enquanto bem servirem, competindo-lhe a aplicação da Lei e da Equidade, exercendo uma *jurisdição originária* em questões relativas a embaixadores, ministros e cônsules, ou envolvendo um Estado e exercendo uma *jurisdição recursal* para pronunciar-se sobre os fatos e o Direito, nos demais casos.

Então, no julgamento do caso referido, foram estudadas e decididas as seguintes questões:

I – há de parte de *Marbury* direito à comissão requerida?

II – se ele tem direito e se esse direito foi violado, as leis lhe facultavam o pleito?

9. - 24 de fevereiro de 1803.

III – se essas leis lhe facultassem o recurso, seria o de *mandamus*^[10] emanado da Suprema Corte?

Uma Suprema Corte não se deve confundir com um Tribunal.

Corte é um tribunal superior que tem competência para conhecer e julgar, *originariamente*, questões constitucionais; ou, também, em grau de recurso, as questões de jurisdições inferiores.

Entendeu a Corte que *Marbury* tinha o direito de conservar, por cinco anos, o ofício, independentemente do Executivo, porque a nomeação não era revogável e esse direito estava protegido pelas leis dos Estados Unidos.

Assim, a Corte julgou que a retenção do título da sua comissão era um ato não permitido pela lei e era, assim, espoliativo de um legítimo direito adquirido.

Isto gerou a resposta à questão II, no sentido de que a recusa da entrega da comissão constituía flagrante violação a esse direito, para cujo desagravo as leis dos Estados Unidos facultavam-lhe recurso.

Contudo, este recurso não seria o do *mandamus* requerido por *Marbury*, *diretamente*, à Corte, porque “a atribuição dada à Suprema Corte, pela lei, que estabelece os tribunais judiciários dos Estados Unidos para expedir alvarás de *mandamus* a funcionários públicos não se assenta na Constituição”^[11], referindo-se, pois, ao disposto no art. 13 do *Judiciary Act*, de 1789^[12], que lhe permitia, *originariamente*, expedir ordens mandamentais contra

10. - *Writ of mandamus é uma ordem mandamental contra o Executivo.*

11. - *cf. Decisões constitucionais de MARSHALL. Traduzidas por Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, p.24*

12. - SEC. 13. *And be it further enacted, That the Supreme Court shall have exclusive jurisdiction of all controversies of a civil nature, where a state is a party, except between a state and its citizens; and except also between a state and citizens of other states, or aliens, in which latter case it shall have original but not exclusive jurisdiction. And shall have exclusively all such jurisdiction of suits or proceedings against ambassadors, or other public ministers, or their domestics, or domestic servants, as a court of law can have or exercise consistently with the law of nations; and original, but not exclusive jurisdiction of all suits brought by ambassadors, or other public ministers, or in which a consul, or vice consul, shall be a party. And the trial of issues in fact in the Supreme Court, in all actions at law against citizens of the United States, shall be by jury. The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.*

o Executivo, mas, assim, colidiria com a *competência* que a Constituição outorgava à Suprema Corte e que não poderia ser dilatada, dessa forma, pelo *Act*.

E, aqui, é que entra a mente iluminada de Marshall construindo, por interpretação da Constituição, a *legitimidade* da Corte para exercer a *jurisdição constitucional*^[13] por ser a *guarda da Constituição*^[14], a partir da formulação do *princípio da supremacia da Constituição*^[15].

Black^[16] informa que essa concepção do judiciário, como *guarda* da Constituição, existiu no sistema inglês e foi imaginada como um baluarte contra os abusos do rei e do parlamento em muitas ocasiões notáveis; então, essa construção de Marshall, quanto a essa *guarda*, pode ter tido essa inspiração.

1.2.2. pela via legislativa

A primeira Constituição escrita nacional e limitativa do mundo é o *Instrument of Government* (16.12.1653) apresentada pelo general John Lambert após a dissolução do chamado Parlamento Bareborns, em razão da qual Oliver Cromwell foi nomeado como Lorde Protetor vitalício, incumbindo-lhe a liderança da magistratura e do governo, com atribuições de convocar e dissolver o Parlamento, mas, com o dever de respeitar esse *Instrument*, elaborado com 42 artigos, dispondo nos arts.24 e 38 que os atos

13. - cf. *Decisões constitucionais de MARSHALL*, cit. p.24: “A questão, se uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição, pode tornar-se lei do país, é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos, mas, felizmente, de nenhuma dificuldade proporcional à sua magnitude. Para resolvê-la, basta o reconhecimento de certos princípios que foram longa e otimamente estabelecidos”.

14. - cf. *Decisões constitucionais de MARSHALL*, cit. p.26: “Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que se aplica”.

15. - cf. *Decisões constitucionais de MARSHALL*, cit. p. 25: “Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então, não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível”.

16. - cf. BLACK, Henry Campbell. *Handbook of american constitutional law*. Third edition. St. Paul, Minn. West Publishing Company. 1910, p.84: “Yet the conception of the judiciary as guardians of the constitution existed in the English system, and had been put forward as a bulwark against the king or the parliament on many notable occasions.”

do Parlamento somente seriam considerados se não fossem contrários à Constituição^[17].

O Lorde Protetor exercia o governo da *Commonwealth* da Inglaterra, uma Confederação formada, em 1649, também, pela Escócia e Irlanda.

Mas, Cromwell foi cruel: eliminou o Parlamento, aboliu a propriedade feudal, instituiu o Ato de Navegação pelo qual somente os navios ingleses poderiam comercializar em portos ingleses. Morreu em 03 de setembro de 1658 e foi sucedido pelo filho, Ricardo, que permaneceu por um ano, tendo sido restaurada a Monarquia com a Casa dos Stuarts, na pessoa de Carlos II, sem absolutismo e com afirmação do Parlamento como principal força política da Nação.

Lembre-se, outrossim, do *Pacto do Mayflower*, assinado em 11 de novembro de 1620, embora não possa ser considerado um documento normativo de pensamento de conduta intersubjetiva padrão, porque regulava, propriamente, interesses dos envolvidos, quais sejam, os 101 peregrinos que viajaram no navio “*Mayflower*” para a América.

Esta linha de pensamento não pode olvidar a monumental *Magna Charta Libertatum*, de 1215, a “*Grande Carta das liberdades ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do reino inglês*”; nem se pode esquecer John Locke^[18], o sistematizador do liberalismo político e dos estudos do governo representativo, ao qual se atribui ser a principal fonte das ideias que culminaram na revolução norte-americana de 1776.

17. - art. XXIV. *That all Bills agreed unto by the Parliament, shall be presented to the Lord Protector for his consent; and in case he shall not give his consent thereto within twenty days after They shall be presented to him, or give satisfaction to the Parliamente within the time limited, that then, upon declaration of the Parliament that the Lord Protector hath not consentend nor given satisfaction, such Bills shall pass into and become laws, although he shall not give his consent thereunto; provided such Bills contain nothing in them contrary to the matters contained in these presents.*

- art. XXXVIII. *That all laws, statutes and ordinances, and clauses in any law, statute or ordinance to the contrary of the aforesaid liberty, shall be esteemed as null and void*

18. - cf. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. de E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA – Instituto Brasileiro de Difusão Cultural S.A. 1963.

Enfim, esse esforço histórico prova que é a Inglaterra inspirando, em grau de *preeminência*, a normatização da conduta humana em interferência intersubjetiva, em um único documento escrito, sistematizado, como aconteceu com o primeiro, a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, a qual, apesar de tanta inspiração, não instrumentalizou a *jurisdição constitucional*.

A criação *pretoriana*, anteriormente, descrita nas linhas supra, é, contudo, a fonte que inspirou a *via legislativa*, pelo menos, a adotada no Brasil, quando aqui se consagrou, pela Constituição de 1891^[19], ao estabelecer-se, no §1º do seu art.58, o cabimento de recurso para o *Supremo Tribunal Federal*, das sentenças da Justiça dos Estados, prolatadas em última instância, quando se questionasse sobre a *validade* ou a *aplicabilidade* de tratados e leis federais, contra as quais, *validade e aplicabilidade*, tenha sido a decisão do Tribunal estadual.

A lei nº221, de 20 de novembro de 1894, conceitua na disposição do §10 do seu art.13 o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, mas, ainda, não caracteriza, como tal, a *jurisdição constitucional*.

A Constituição anterior, a Imperial, de 25 de março de 1824, dispunha sobre o “*Poder Judicial*” composto, também, por um tribunal, sediado na Capital do Império, com a denominação de *Supremo Tribunal de Justiça*, com as atribuições de:

1º - conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar;

2º - conhecer dos delitos e erros de ofício que cometerem os seus Ministros, os das Relações, os empregados no corpo diplomático e os

19. - cf. texto a que se refere o Decreto nº510, de 22 de junho de 1890. O texto resultante dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte traz o dispositivo como sendo o de nº59, mas, a redação, também, não implica em atividade de *jurisdição constitucional*.

Presidentes das Províncias;

3º- conhecer e decidir sobre conflitos de jurisdição.

A Constituição democrática de 1946, já, trazia alguns laivos de *jurisdição constitucional*, quando dispunha sobre o julgamento, *originariamente*, do presidente da República e dispunha sobre a impugnação de atos dos governos locais em face da Constituição, por via do *recurso extraordinário*.

Pode afirmar-se, certamente, que é a Constituição de 1988 que plasmou a *jurisdição constitucional*, tanto que se pode falar, a partir de então, em *democracia e poderes em crise*, durante toda essa existência do *Supremo*, diante do que se pode perguntar:

“precisamos mudar o modo de escolha para o Supremo Tribunal Federal?”

A resposta é positiva.

Porém, antes de justificar essa resposta, lembre-se que há outras manifestações legais, posteriores à *criação legislativa brasileira*, portanto, entre a promulgação da Constituição republicana de 1891 e as Constituições europeias do após 2ª Guerra Mundial que criaram *jurisdição constitucional*.

O exemplo destacado, nesse interregno, é o da Constituição da Áustria, aprovada em 1º de outubro de 1920, revista em 1929, cujo texto, consolidado em 1983, dispõe que a fonte de toda *jurisdição* é a Federação e adota uma *jurisdição constitucional* cuja incumbência de *declarar a inconstitucionalidade* dos atos normativos administrativos e legais é exclusividade da *Corte Constitucional (Verfassungsgerichtshof)*.

Essa *Corte* austríaca observa o *modelo concentrado*, uma vez que tem *competência exclusiva* para *declarar a inconstitucionalidade* de atos julgados pela Suprema Corte de Justiça (*Oberster Gerichtshof*), pelos Tribunais de Apelação, e pelas Cortes Administrativas.

O exposto demonstra que o nosso *Supremo Tribunal Federal*, na sua *forma*, não é *Corte Constitucional*, ao modelo da Áustria, nem mesmo ao do Tribunal Constitucional Federal alemão, nascido com a chamada Lei Fundamental de Bonn, hoje, considerada como sendo a Constituição alemã.

Isto porque o *Supremo não é um tribunal de competência exclusiva* para a *guarda* da Constituição, a ponto de somente a ele caber a *declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade*, ainda que exerça, mesmo de modo caricato, também, essa função de *jurisdição constitucional*, ao modelo da Suprema Corte norte-americana.

Impõe-se, aqui, necessariamente, uma classificação dos modelos de *controle de constitucionalidade*, pela via da *declaração*:

I - *controle concentrado* de declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade

II - *controle difuso* de declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade.

O *controle concentrado* é o poder ilimitado de testar a constitucionalidade de leis reservado, apenas, a um órgão, que está autorizado a *abolir* uma lei inconstitucional não apenas individualmente, isto é, para o *caso concreto*, mas, de modo generalizado, para todos os casos possíveis. Um tribunal que é competente para *abolir* leis — de modo individual ou geral — funciona como um *legislador negativo* ^[20].

O *controle difuso* consiste em espalhar esse poder de testar por mais de um órgão.

O Brasil adota o *controle difuso* distribuindo a *competência* para testar a *inconstitucionalidade/constitucionalidade* mediante a seguinte sistematização:

20. - cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges; revisão técnica Péricles Prado. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990, p.261

1. declaração “*in abstracto*”
 - 1.1. Supremo Tribunal Federal
 - 1.2. Tribunal de Justiça dos Estados
2. declaração “*in concreto*” (*incidenter tantum*)
 - 2.1. Supremo Tribunal Federal
 - 2.2. Tribunal Regional Federal
 - 2.3. Tribunal de Justiça dos Estados
 - 2.4. Juízes de 1º grau

É exclusividade do Supremo Tribunal Federal a *guarda* da Constituição da República Federativa do Brasil, por isso, os *processos objetivos*, mediante os quais se testa a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante essa Constituição.

É um procedimento de declaração “*in abstracto*”. Um *processo objetivo*.

São exemplos dessa natureza: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A ADPF está nesse rol porque tem sido admitido para suprir um “*silêncio eloquente*” do legislador constitucional de 1988, quanto à testagem *direta* da lei e do ato normativo municipal.

Essa categoria jurídica — “*silêncio eloquente*” — configura-se quando o legislador competente para dispor sobre a disciplina jurídica de um fato que, em princípio, não lhe é desconhecido deixa de fazê-lo, intencionalmente^[21].

É o caso da não inclusão, pela Constituição, da declaração direta de

21. - cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 8ª ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2019, p.525

constitucionalidade das leis e dos atos normativos municipais, a ser feita pelo *Supremo*, quando ofensivos à Constituição Federal.

Tecnicamente, não é *lacuna* porque a *declaração* está disciplinada para ocorrer pela via “*incidenter tantum*”, mediante o *Recurso Extraordinário*.

Esta súmula do tema conduz à elucidação da *noção de jurisdição constitucional* para o contexto desta exposição.

1.3. Noção de Jurisdição Constitucional

A *jurisdição constitucional* é a *função* que expressa a *soberania* do Estado e se sustenta no tipo *racional de dominação legítima*.

Essa *função* tem a incumbência de declarar a validade ou não dos atos dos agentes do Estado, quando se contrastarem com a Constituição e, assim, é a atuação da vontade concreta da lei maior do *sistema jurídico*, mediante a substituição, pela atividade dos órgãos jurisdicionais, da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos que neguem a *supremacia* dessa lei maior, nesse *sistema*, seja ao afirmar a existência da sua vontade, seja ao fazê-la, praticamente, *efetiva*.

Essa *função* é uma das espécies de *controle* de constitucionalidade, *típica* do Poder Judiciário, porque somente ele tem atribuição para exercer o que se chama de *declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade* desses atos dos agentes públicos, sejam os *agentes políticos*, sejam os *administrativos*.

Controle, todos os agentes do Estado podem fazer, mas, *declaração* é *função exclusiva* do Poder Judiciário.

Assim, um órgão administrativo, como o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda a que incumbe o aperfeiçoamento do procedimento de *lançamento tributário*, atuando, já, em uma última instância, tem o dever

de fazer *controle* de constitucionalidade.

O autor deste trabalho, em diversos votos emitidos na 3ª Câmara do 1º Conselho, da qual fez parte, acolheu a tese de Themistocles Brandão Cavalcanti, toda vez que se deparou com hipóteses em relação às quais a jurisprudência iterativa do *Supremo Tribunal Federal* tivesse decidido pela invalidade da lei tributária, por ofensa à Constituição ^[22].

A tese de Themistocles ^[23], perfeitamente, correta é a de que *declaração* de inconstitucionalidade é exclusiva *função* do Judiciário, porém, à autoridade administrativa cabe cumprir a lei, por isso, é-lhe lícito, também, aplicar preceito constitucional auto-executável, desprezando lei que o contrarie.

Este é um procedimento administrativo de *controle* de constitucionalidade porque os órgãos administrativos podem deixar de aplicar a norma viciada em favor de outra não *eivada*.

Este procedimento não é de *declaração* de inconstitucionalidade/constitucionalidade, mas, sim de *controle*.

O Poder Legislativo, por esse *controle*, opera não só quando susta atos normativos do Poder Executivo que exorbitem da competência regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, mas, também, quando da atuação da Comissão de Constituição e Justiça durante o processo legislativo.

Kelsen ^[24] define a *jurisdição constitucional* com sendo a garantia jurisdicional da Constituição, mediante um sistema de medidas técnicas que tem por objeto assegurar a regularidade das *funções estatais*, distribuídas

22. - cf. BRITO, Edvaldo. *Ampla defesa e competência dos órgãos julgadores administrativos para conhecer de argumentos de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de atos em que se fundamentem autuações*. In. ROCHA, Valdir de Oliveira. *Processo administrativo fiscal*. São Paulo: Dialética. 1997, ps. 37-69.

23. - cf. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. 1ª ed. Rio: Forense, 1966, p.178.

24. -cf. Hans Kelsen. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, ps. 124, 148.

em atos jurídicos de *criação* de direito ou atos de *execução* de direito *criado*.

O mecanismo para essa *jurisdição*, Kelsen^[25] expõe — como já se disse antes — como sendo um poder ilimitado de testar a constitucionalidade de leis o qual, se for reservado a um único órgão, a *Corte Constitucional*, esse órgão pode *abolir* o ato inconstitucional, não apenas *incidenter tantum*, mas, de modo generalizado, para todos os casos possíveis; a esse ato deu a caracterização de um *legislador negativo*, que existe além do *legislador positivo*, ou seja, o órgão que é composto por um princípio de eleição popular.

Chega-se, afinal, à resposta à indagação quanto à mudança do *Supremo tribunal Federal*.

2. Mudar o modo de escolha para o STF?

A resposta, como dito acima é sim.

Mas, o que mudar?

Cada qual dos participantes deste Seminário, seguramente, estudiosos experientes do tema, terá sua opinião, certamente, nessa mesma direção.

O *Supremo Tribunal Federal* — lembre-se o que foi dito linhas acima — não exerce, apenas, *jurisdição constitucional*, então, sob esse ângulo, ele precisaria, também, ser mudado?

Esse é um ponto que, talvez, haja uma expressiva maioria, em favor dessa mudança.

Há várias sugestões, neste sentido, valendo trazer, pela autoridade do seu autor, a de Carlos Velloso, colhida no seu voto proferido na ADIN

25. - cf. Hans Kelsen. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luis Carlos Borges. Revisão técnica Péricles Prado. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990, p.261

525-1/DF, quando ministro do Supremo: “Já que estamos em sede de jurisdição constitucional concentrada ^[26], hoje, estamos representando, na verdade, o grande papel de Corte Constitucional que, nesta posição, põe-se acima do próprio Poder Judiciário. A Corte Constitucional, Supremo Tribunal Federal, decidindo, que o exercício de jurisdição constitucional concentrada, como Corte Constitucional, põe-se acima do próprio Supremo Tribunal Federal como Corte do Poder Judiciário”.

A proposta, aqui, é no sentido de que se separem essas duas *competências* do Supremo: a de Corte Constitucional, com atribuição para exercer, somente, a *jurisdição constitucional* e a de tribunal de jurisdição recursal, como Corte do Poder Judiciário.

Coerente com esse seu voto, Velloso ^[27] faz oito sugestões para alteração das *competências* do Supremo.

Mas, há exemplos de outras mudanças:

1. - no modo de escolha dos seus membros: na investidura,
2. - na duração do exercício e
3. - no conteúdo das decisões.

A *investidura* tem sido uma caricatura do modelo norte-americano: nem o presidente da República tem a influência, após o seu ato de indicação, que o escolhido carrega em relação à ideologia político-partidária do presidente, nem o escolhido guarda coerência com essa ideologia de quem o apontou.

O presidente da República, ainda, tem outra prerrogativa a de preencher a vaga de *Chief Justice*, o qual exerce essa função de modo vitalício. É uma escolha entre os membros da Corte.

Aqui, há eleição do presidente do Supremo, entre os pares, de dois

26. A expressão “concentrada” tem de ser entendida como declaração *in abstracto*.

27. - cf. Carlos Mário da Silva Velloso. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte, Del Rey, 1994, ps. 112 e segs.

em dois anos. Estas circunstâncias têm influência no desempenho do magistrado, que se transforma em uma verdadeira ilha, especialmente porque isto se torna responsável por retrocessos em interpretação que o autor desse trabalho ^[28] já denunciou, *por exemplo*:

1. - a *modulação* que é uma técnica agressiva à pureza da eficácia tradicional da *declaração* de inconstitucionalidade antes, sempre, *ex-tunc* e passou a ser à regra geral o efeito *ex-nunc*;
2. - *eficácia erga omnes, efeito vinculante e súmula vinculante* são procedimentos nocivos aos princípios constitucionais da *separação dos poderes* e o dos *direitos individuais* e porque têm legitimidade suspeita, por nasceram pela via da emenda;
3. - a *repercussão geral*, também, introduzida pela via da emenda, quando é, indevidamente, adotada em *processo subjetivo*, que é, sempre, um diferente do outro e porque ela é *típica* de *processo objetivo*;
4. - *decisão monocrática* que, por ser proferida por um único magistrado de tribunal descaracteriza-se, pois é típica de decisão de primeiro grau e, mesmo assim, deve ser providência bem restrita recomendada pelo caso concreto.

O Brasil, considerando a sua diversidade geográfica e a composição étnica de sua população, não pode ter uma Corte Constitucional formada de magistrados de uma única região, nem, somente, da descendência branca.

O Supremo tem, hoje, dois ministros nascidos no Rio de Janeiro; dois no Rio Grande do Sul; um no Mato Grosso; três em São Paulo; um em Minas Gerais; um no Piauí, mas, radicado fora daquele Estado. Há mais

28. - cf. BRITO, Edvaldo. 30 anos da Constituição Federal: avanços em retrocessos em interpretação. Tendências para o futuro. In. Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Ano 21, n. 23, 2018, p. 217 e segs.

um de São Paulo já indicado pelo presidente.

Inexistem nortistas, nordestinos e negros. Aliás, na história do tribunal, a lembrança só registra um membro dessa etnia.

Essa *reserva de representatividade* assegurará a *efetividade* do princípio do *pluralismo* plasmado no *Preâmbulo* e no art.1º da Constituição *republicana* e *federalista* que rege relações em uma *sociedade fraterna* e *solidária*, também, por determinação constitucional.

Adotados os critérios da regionalização e da diversidade étnica, os demais poderão permanecer como está na Constituição, definindo-se, contudo, os elementos constitutivos do *conceito notável saber jurídico*.

A *duração do exercício* poderia ser de tempo certo, como acontece em quase todas as Cortes Constitucionais europeias, as quais são criadas após a 2ª Guerra Mundial. Logo, deve ser uma boa experiência, uma vez que os critérios norte-americano e brasileiro são de outro tempo.

O *conteúdo das decisões* deveria ser:

1. -nos casos constitucionais relativos a direitos e garantias fundamentais individuais, apenas, o da *função contramajoritária*, no que se refere a assegurar a representatividade das minorias;
2. - nos casos relativos às relações com os demais *poderes*, reafirmar-se como um deles, sobretudo, por ser o responsável pela manutenção da harmonia e independência entre os três, interpretando os seus atos, sempre, em *conformidade com a Constituição* que atina com os *objetivos* fundamentais da República Federativa brasileira estabelecidos no seu art.3º.

Referências

BLACK, Henry Campbell. **Handbook of american constitutional law**. Third edition. St. Paul, Minn. West Publishing Company. 1910.

BOBBIO, Norberto. Política. In. **Dicionário de política**, por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Trad. de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

BRITO, Edvaldo. 30 anos da Constituição Federal: avanços em retrocessos em interpretação. Tendências para o futuro. In. **Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia**. Ano 21, n. 23, 2018, p. 217 e segs.

BRITO, Edvaldo. Ampla defesa e competência dos órgãos julgadores administrativos para conhecer de argumentos de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de atos em que se fundamentem autuações. In. ROCHA, Valdir de Oliveira. **Processo administrativo fiscal**. São Paulo: Dialética. 1997.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. 1ª ed. Rio: Forense, 1966.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Primera edición. Volumen II. Traducción E. Gomez Orbaneja. Madrid, 1940.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luis Carlos Borges. Revisão técnica Péricles Prado. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges; revisão técnica Péricles Prado. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 8ª ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2019.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. de E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA – Instituto Brasileiro de Difusão Cultural S.A. 1963.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de MARSHALL**. Traduzidas por Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

ROMANO, Santi. **Fragmentos de un diccionario jurídico**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas

Europa-América. 1964.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia.** Trad. Genraro R. Carrió. Buenos Aires: EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1963.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de Direito Público.** Belo Horizonte, Del Rey, 1994.

WEBER, Max. **Economia y sociedade. Esbozo de sociologia compreensiva. Vol. I.** Traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Maynez, Eugenio Ímaz y José Ferrater Mora. Mexico: Fondo de Cultura Económica. 1977.

11

O Dever Fundamental de Respeito à Democracia como base da Governabilidade

FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH

Sumário: 1. Introdução. 2. Parte Primeira: Os Deveres Fundamentais no Brasil. 3. Parte Segunda: Sustentando o Dever Fundamental de Defesa da Democracia. Referências.

1. Introdução

O presente texto é a versão escrita substancial da palestra ministrada no VI Seminário sobre Democracia e Poderes em Crise: parlamentarismo, semipresidencialismo, impeachment e presidencialismo de coalisão, ocorrido em 29 de setembro de 2021 por meio telepresencial em face dos cuidados necessários com a pandemia da COVID-19 no Brasil.

Por se tratar da versão positivada de uma fala em nível de conferência, dadas as peculiaridades das manifestações orais, por vezes os leitores podem identificar “ruídos de comunicação”, próprios e naturais do contexto. Pedimos escusas desde logo, mas temos a certeza que os lapsos episódicos não impedirão a compreensão da mensagem que se tentou passar.

O problema central da fala exposta no evento foi o seguinte: existe um dever fundamental de defesa do regime democrático no Brasil?

A premissa de que se partiu é que sem o cultivo do ambiente democrático nenhum regime político com apoio e foco na população de um

país consegue se sustentar, sendo mister que, de forma difusa, esforços se operem para a proteção da democracia, ainda que imberbe em nosso Brasil.

A parte primeira tratará dos deveres fundamentais em nível de teoria geral.

A parte segunda envolverá a versão em texto da palestra, o mais fidedignamente possível transcrita, a fim de que a compreensão da dimensão oral, como já dito, reste preservada.

2. Parte Primeira: Os Deveres Fundamentais no Brasil ^[1]

Seja qual for o nível na estrutura hierarquizada nacional, o ordenamento jurídico brasileiro estampará normas em tese que, unidas, são denominadas de direito objetivo.

Cada qual destas normas, nas mais diversas posições hierárquicas, pode gerar para os indivíduos, pessoas físicas e/ou jurídicas, projeções de seus interesses a serem tutelados pelo Estado, mesmo contra a vontade deste último – com o que estaremos tratando dos denominados direitos subjetivos, ou seja, aqueles atribuídos às pessoas para lhes preservar a esfera jurídica individual em detrimento dos demais integrantes do corpo social e político do país.

Novamente, partindo da premissa antes exposta que não se deve falar em direito pensando em um cenário ideal, seria excelente e muito mais fácil a vida em sociedade caso todos os direitos postos fossem prontamente respeitados pelos demais indivíduos. Inexistiria, em tese, lide. Contudo, o que se presencia é que por menores que sejam os grupos, o conviver em coletividade é gerador de problemas de toda a sorte.

1. O conteúdo da parte primeira deste ensaio é a reprodução parcial de capítulos do livro de nossa autoria (HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; ARCHANJO, Camila Celestino Conceição. *Direitos Fundamentais do Brasil: teoria geral e comentários ao artigo 5º da constituição Federal de 1988*. 1. ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 19/32).

A previsão de direitos em geral termina por permitir que cada país estipule um conjunto de normas (sejam regras ou princípios, normalmente um misto das duas espécies) que são diferenciadas porque servem para amparar os indivíduos em face dos eventuais abusos de poder por parte do próprio Estado.

Mesmo que o abuso advenha de particulares, ainda assim tais normas devem ser previstas para que a proteção individual se imponha por sobre o ocasional excesso dos poderes políticos, econômicos e até físicos.

Para as normas que protegem ou tutelam os indivíduos diante dos eventuais abusos cometidos pelo Estado enquanto instituição ou mesmo pelos demais particulares, confere-se a denominação *direitos fundamentais*.

Se o ideal era o respeito a todos os direitos, a realidade – em particular no Brasil – é o desprezo por direitos dos mais relevantes até os mais singelos no cotidiano, proveniente tal conduta tanto dos outros indivíduos quanto do próprio Estado. Eis o contexto no qual o sistema jurídico precisa apresentar ferramentas para que sua criação soberana (o Direito) não seja menosprezada pela falta de cumprimento dos direitos subjetivos. Surgem, pois, as denominadas *garantias fundamentais*.

Considerando que é plenamente possível e até provável que no gigantismo das relações jurídicas mantidas no seio de um país o aparelho estatal e até grupos particulares abusem dos poderes e prerrogativas que possuem, cada direito tido por fundamental representa uma prerrogativa ou instrumento cidadão que visa compensar o poder geral do Estado de mandar com o dever individual de obedecer (dever este que se atém àquilo que não for indevido ou ilícito).

Na sequência, o sistema de forma sábia construiu a noção que, presente o contexto da realidade no qual os direitos não são todos respeitados, mas devem sê-lo mesmo que contra a vontade dos abusadores

(Estado ou particulares), devem ser facultadas garantias enquanto meios de promover o cumprimento forçado dos direitos subjetivos fundamentais desrespeitados.

As garantias fundamentais, portanto, são os mecanismos de assegurar, imperativamente, o respeito a direitos subjetivos também fundamentais que foram sonegados pelo Estado em geral e por vezes até por particulares que abusam do poder que dispõem, tudo em prejuízo da dignidade e relevância destacada da Constituição Federal.

A distinção entre direitos fundamentais e deveres fundamentais. Enquanto os primeiros, como já dito, são as normas que tutelam pretensões dos indivíduos para o fim de compensar sua proteção quando ocorrerem abusos por parte do Estado ou de outros particulares, os *deveres fundamentais* são **imperativos de conduta que impõem a cada indivíduo obrigações de fazer, não fazer e tolerar com o objetivo de permitir a melhor coesão social possível.**^[2] Por essa razão que José Casalta Nabais bem explica que todos os deveres fundamentais são em certo sentido, deveres para com a comunidade (e, portanto, deveres dos membros desta ou dos cidadãos), isto é, estão directamente ao serviço da realização de valores assumidos pela coletividade organizada em estado como valores seus. O que significa que os deveres fundamentais são expressão da estadualidade ao seu mais alto nível.^[3]

2. Para maior detalhamento: “Os deveres fundamentais – embora a doutrina em seu encaço seja ainda relativamente pouca – não podem ser concebidos noutra lugar que não ao lado dos direitos fundamentais (NABAIS, 2004, p. 64; PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987, p. 330), até porque não se pode, atualmente, conceber o indivíduo como portador apenas de direitos, devendo-se observá-lo também como sujeito de deveres – em relação a si próprio, à sociedade e às gerações futuras.

A ideia de os seres humanos serem ao mesmo tempo sujeitos de direitos e de deveres será muito comum no mundo antigo, mas que se perdeu com o passar dos anos na história da sociedade ocidental, de maneira que a noção do ser humano detentor de um compromisso com sua comunidade ou sociedade foi perdendo valor, sobretudo a partir da necessidade de se proteger a pessoa das ingerências estatais. Diante desse quadro, falar-se de direitos tão-só individuais foi muito comum especialmente a partir do constitucionalismo da era das revoluções (século XVIII). Entretanto, esse modelo já vetusto precisa ser substituído, porque as pessoas possuem tanto direitos quanto deveres, implicando a existência daqueles na existência destes (LOPES, 2006, P. 84-87). [...] Trata-se, portanto, de categoria jurídica que estabelece a cada indivíduo, à sociedade e ao Estado a necessidade de observância da ordem jurídica legitimamente estabelecida e de proporcionar a formação e a manutenção de uma base material que satisfaça as necessidades básicas das instituições públicas e efetive os bens de primordial importância, para que haja o correto exercício dos direitos fundamentais.” – SIQUEIRA, Júlio Pinheiro *Faro Homem de. Deveres fundamentais e a Constituição brasileira*. In: *Fides. Natal*, v. 1, n. 2, ago/dez 2010, p. 215 e 223. Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-DeveresFundamentaisEAConstituicaoBrasileira-3647123.pdf.

3. NABAIS, Jose Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 101. Na doutrina brasileira, conferir RUSCHEL, Caroline Vieira. *O dever fundamental de proteção ambiental*. In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 231-266, dez. 2007 e RUSCHEL, Caroline Vieira. *Parceria ambiental: o dever fundamental de proteção ambiental como pressuposto para a concretização do estado de direito ambiental*. Curitiba: Juruá, 2010.

Deve-se compreender, portanto, que dever fundamental é um complemento dos direitos fundamentais regulados pela Constituição. O dever foca na viabilização dos direitos subjetivos individuais e até coletivos não na perspectiva egoística, de exclusiva proteção do indivíduo e prejuízo ou custo a ser suportado pela coletividade em geral. Pressupõe, portanto, equilíbrio e moderação entre o exercício das prerrogativas pessoais fornecidas pelo conjunto de direitos fundamentais previstos e a realização dos objetivos gerais no seio da sociedade.

Medeia a teoria dos deveres fundamentais a boa ou má concretização dos direitos diante do dilema entre *a proteção da coletividade* e *a proteção do indivíduo*. Não há direito absoluto, mas também não deve existir dever absoluto. O interesse público precisa ser harmonizado, tal qual um bom vinho, ao interesse individual – fazendo os ajustes necessários para que não haja abusos de parte a parte.

É possível referir alguns deveres fundamentais dos mais básicos, sem esgotar o tema: dever de solidariedade (artigo 3º da Constituição Federal), dever de pagar tributos; dever de participação cidadã e, em especial, dever de autocontenção e tolerância.

Os dois últimos deveres merecem, pela relevância e atualidade, maior detalhamento.

Por dever de autocontenção deve-se compreender a obrigação de cada indivíduo se limitar a exercer seus direitos fundamentais ao mesmo tempo que permite que os demais indivíduos aproveitem os seus próprios direitos. O exercício concomitante de direitos fundamentais deriva, pois, de uma obrigação de não fazer por parte de cada indivíduo, qual seja esta, a viabilização que o interesse dos demais integrantes da vida social seja atendido mesmo quando um indivíduo quer exercitar suas prerrogativas fundamentais.

Um exemplo dos mais atuais no Brasil: em nome do exercício do direito de liberdade de expressão e de reunião, indivíduos (na maioria

esmagadora das vezes em número reduzido) ultrapassam nas apenas os limites da educação doméstica, mas avançam contra os demais indivíduos fechando ruas e estradas de forma integral, o que enseja a violência contra direitos fundamentais alheios como a liberdade de locomoção, de profissão, de cuidados com a saúde, por exemplo.

Já por dever de tolerância, fundamentado este no artigo 1º, parágrafo único, inciso V (com o nome de pluralismo político), deve-se compreender a obrigação de *tolerar*, no sentido de aceitar e conviver com o que é diferente e, em particular, com o que não se mostra aceitável para um grupo social específico. Quem tolera não precisa gostar, mas apenas respeitar o que o outro gosta e pelo qual luta. E, na mesma linha, quem tolera já cumpre a função jurídica de respeito para com os demais indivíduos. Impor sua crença, sua vontade ou seu ponto de vista, por vezes, deve ser combatido pela aplicação concreta do dever de tolerância, ainda que as circunstâncias sejam complexas – pois o dever de tolerar tem uma clara função inibitória de conflitos e, por isso, gera maior pacificação social.

Um exemplo também dos mais atuais no Brasil: a proteção de direitos fundamentais como o casamento para pessoas do mesmo sexo, em detrimento de normas infraconstitucionais ainda usarem o gênero para tal distinção, não necessita ser elogiada por todos os que, dadas suas condições pessoais, entendem ser essa evolução jurídica um erro ou um retrocesso; contudo, estes últimos, se tem direito de opinião acerca do tema, têm ao mesmo tempo de tolerar que o avanço social pode não lhes agradar.

O que se pode concluir acerca dos deveres fundamentais é que eles promovem um reforço da cidadania ativa (ou seja, da atuação das pessoas buscando, cada qual ao seu modo e com seus recursos, proteger sua esfera jurídica individual e, ao mesmo tempo, preservar e proteger a coletividade) e, ao mesmo tempo, visam equilibrar a vontade individual às necessidades

sociais (ou seja, procuram coordenar esforços para que o empoderamento de cada um seja parte integrante de um processo de evolução do conjunto de indivíduos).

Dada a relevância dos deveres fundamentais, mostra-se importante indicar tipos específicos e principais, sem esgotar sua previsão:

1. *Deveres Cívicos* – o exercício do direito de votar, a prestação do serviço militar obrigatório e o auxílio público em caso de desastres;
2. *Deveres Éticos* – respeito e aplicação da moralidade administrativa, a atuação generalizada por meio da boa fé subjetiva e objetiva e exercício o mais ativo possível da fiscalização social de gastos públicos e gestões públicas em todos os níveis federativos;
3. *Deveres de Custeio Social* – solidariedade social^[4] e pagar tributos^[5];
4. *Deveres de Tolerância* – pluralismo político (no sentido de pluralidade de ideias concepções de vida, pontos de vista diversos que devem ser respeitados, ainda que não aceitos pelo indivíduo) e auto contenção (exercício de direitos e posições subjetivas

4. "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COFINS. PESSOA JURÍDICA SEM EMPREGADOS. CONCEITO AMPLO DE EMPREGADOR, EM PRESTÍGIO À UNIVERSALIDADE DA COBERTURA. CONCEITO DE REFERIBILIDADE MITIGADO PELO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL. 1. O conceito de empregador que se extrai da legislação previdenciária deve comportar flexibilização com relação ao conceito trabalhista, de modo que compreenda o maior universo possível. 2. A solidariedade social e a universalidade na cobertura respaldam as interpretações extensivas em favor do recolhimento e mitigam a referibilidade das exações que mantêm a seguridade social." – STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 764794/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 19/12/2012.

5. "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisicão de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal." – STF, Recurso Extraordinário 601314/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 16/09/2016.

vantajosas com parcimônia e sem a criação de embaraços para a coletividade por conta da satisfação individual).

Gilmar Ferreira Mendes sintetiza, com inteira razão, que os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e “se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos”.^[6]

3. Parte Segunda: Sustentando o Dever Fundamental de Defesa da Democracia

- Obrigado, Professor Rátis. Só posso começar dizendo “Amém”, “Shalom”, “Axé”, “Saravá”, tudo que for de bom aí, para essas suas palavras.

Agradecer, também, a todos, a presença de todos aqui, todos e todas; e fazer uma saudação em nome de quatro mulheres que estão aqui. Minha mulher, Conchita, Carla Conchita; Maria Carolina, Tiana e Professora Ana Santana.

Por quê? Porque nós precisamos aprender que democracia também implica em igualdade de gênero, igualdade de oportunidades. Não adianta fazer evento sem trazer a importância que as mulheres têm; e isso é uma coisa que esses eventos realizados por Professor Rátis, Professor Saulo, sempre se preocuparam. É muito bom, mas muito bom mesmo, você ver uma palestra como essa, do nível de Professora Ana Santana. Eu não a conhecia, professora; é, fiquei, literalmente, aqui, prestando muita atenção; tentei ajudar, inclusive, colocando lá o link do livro que a senhora indicou;

6. MENDES, Gilmar Ferreira et alli. *Curso de direito constitucional*, 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 232-233.

e fico muito feliz mesmo, e faço essa referência; inclusive, peço que todas as outras mulheres que estejam por aqui também, tomem isso como exemplo, nós temos professoras de extremo escol, no Brasil inteiro: Professora Roberta Simões, da UnB; Professora Eneida, da Universidade Federal do Paraná.

E nós precisamos, cada vez mais, trazer essas mulheres para cá. Não só pelo fato de ser mulher, mas porque elas têm uma demanda reprimida de qualidade, que o nosso patriarcado acaba impedindo, muitas vezes, de se expor. Aqui está um exemplo, sabe? Aqui está um grande exemplo. Então, sabe que Vossa Excelência conseguiu, agora, mais um fã baiano, e não se preocupe, nós iremos lhe chatear, sempre que possível, trazendo, tentando trazer a senhora para cá. (...) Aprenderemos demais com ela.

- Vejam só, como o Professor Rátis colocou - e ele não quis dizer, porque ele é muito humilde. Eu vou fazer uma breve consideração aqui agora, e um pouco... assim, um recorte um pouco diferente de quase todos; e, inclusive, vou usar como base o trabalho dele. Rátis é um dos que mais faz referência aos chamados deveres fundamentais, ele estuda muito essa realidade e eu tentei falar um pouco sobre a ideia do presidencialismo, da governabilidade; e, principalmente, com um título específico, que é "O dever fundamental de proteger a democracia".

A maioria das vezes, quando a gente fala a respeito de democracia, a sensação que eu tenho é, de alguma forma, uma espécie de "o filho que não é bonito". Não sei se todo mundo já ouviu essa expressão. Filho bonito, todo mundo quer dizer que é dele. O filho que não é bonito, o pessoal coloca dizendo "que é do pai", "é o filho da avó", mas não é dele. A gente não quer assumir a paternidade efetivamente disso.

A democracia brasileira, e isso é notório, é uma democracia ainda muito nova, porque apesar de nós termos mais de 30 anos, na Constituição de 88, esse tempo, dentro da perspectiva do Estado, brasileiro e mundial,

é nada. Na seara jurídica, é um nada. Nós estamos ainda engatinhando; porém, a democratização brasileira foi uma democratização que veio para suplantar um período de extrema dificuldade, que foi o período do golpe militar, a partir de 64.

Eu falava essa semana, inclusive, que o golpe de 64, e eu falo isso com muita tranquilidade, com muita serenidade, até porque sou filho de militar, mas a gente precisa separar as coisas, separar o equívoco histórico, e principalmente os malefícios que isso acabou gerando. A ditadura militar, no Brasil, por melhor das intenções que pudesse acontecer, ela gerou uma involução do Direito brasileiro, principalmente do Direito Público, com o abafamento de matérias, como Antropologia, Sociologia, Filosofia; e com o destaque negativo, particularmente, no Direito Constitucional. Nós temos 40 anos ou mais de deságio, vamos chamar assim, por exemplo, em relação aos movimentos neoconstitucionalistas do mundo, que começaram em 1946, e o nosso só vai começar, efetivamente, em 88. Isso não passaria despercebido em relação a questão democrática.

O Professor Sérgio Abranches, tão falado aqui por conta do livro dele, “O Presidencialismo de Coalizão”, ele tem um trecho específico aqui, onde ele fala uma coisa que eu achei fantástica, quando ele diz assim: “O impeachment surge como reação a perda da maioria social, que ele elegeu uma pessoa na presidência, na dissolução de sua coalizão parlamentar, mas é um instrumento inadequado para essa finalidade”. E aí quando ele fala disso, ele diz: “Os impeachments de Collor e Dilma, tiveram três traços relevantes”^[7]. E quando ele vai destacar essa realidade, uma coisa que me chama muito a atenção, é que nós ainda não conseguimos fazer uma leitura serena; e aí aqui eu fui antecedido por dois craques, Professor Edvaldo e Professora Ana, chamando a atenção de dois aspectos que eu queria tratar.

7. ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo : Companhia das Letras, 2018, p. 42, 67 e 69.

O primeiro: O impeachment, de fato, talvez não seja uma solução teoricamente boa para uma democracia, mas talvez - e eu coloco isso na condição de talvez mesmo -, a realidade brasileira mostra um pouco o contrário disso. Professora Ana colocou, dizendo assim: “Não, a gente deveria esperar os mandatos acabarem”. Mas será que, de fato, isso é a melhor solução para a nossa realidade? E aí eu quero trazer um exemplo da realidade atual, não é? Todo mundo percebe, e aqui não é uma crítica direcionada a Sua Excelência, o Presidente da República; mas, sim, a postura que Sua Excelência acabou adotando, nesse caso; uma postura que pode ser chamada, que eu costumo chamar de um boicote institucional, principalmente em relação a questão do que acontece no enfrentamento da pandemia, no seu auge, em especial.

Sua Excelência dá um exemplo muito ruim nessa gestão, ele se torna uma personagem absolutamente kafkaniana nesse processo. Ele nega tudo aquilo, inclusive, de legislação que ele próprio assinou, e com isso ele dá um exemplo muito ruim para boa parte da população. Ele cria esse boicote, e esse boicote termina gerando um problema hermenêutico brasileiro.

Nós não temos mais, no Brasil, um exemplo bom do princípio do efeito integrador, que é um dos princípios mais importantes da hermenêutica constitucional; e nós, efetivamente, não temos, porque esse seria um caso. Não é? Um momento de pandemia, um momento de necessidade extrema, uma exceção sanitária, que deveria acolher; gerou, na verdade, uma questão completamente diversa aqui, no Brasil.

E vejam, a Professora Ana colocou uma outra questão importante: “Nós estamos diante de um dos maiores elementos e momentos de vetos sendo derrubados”. O que isso deveria sinalizar? Que nosso presidente tem fraqueza perante a noção de governabilidade junto ao Parlamento. Que fica a pergunta óbvia: e por que é que o impeachment não acontece? Porque,

se nós já temos o que está sendo indicado, que há mais de 100 pedidos de impeachment paralisados na Presidência, represados na Presidência da Câmara; se não houver essa possibilidade, nós vamos chegar, de fato, a um problema, que é um problema que eu, particularmente, quero sustentar.

Por que é que deve existir um dever fundamental de proteção da democracia? Porque em nenhum outro sistema vai ser possível que a gente faça o que a gente está fazendo aqui agora, que é discutir o próprio sistema. Vejam, nem no anarquismo (Professor Geovane me corrija se eu estiver errado) se tenta matar a democracia. No anarquismo você tenta matar o Estado, mas não a democracia - até porque, o que eles querem é o controle direto da população.

Então, os movimentos que nós vemos, hoje, acontecendo no Brasil, são tão extravagantes e tão surreais; que, na prática, o que a gente percebe, é que aquela frase que todo mundo conhece, de Winston Churchill, dizendo que “a democracia é a pior forma de governo que tem, a não ser todas as outras que já foram tentadas”; ela acaba sendo a cada dia mais importante, ela acaba se tornando a cada dia mais importante; até porque, eu não sei se todos vocês sabem, mas antes dessa frase, ele colocou uma outra frase: “Ninguém pretende que a democracia seja perfeita, ou sem defeitos”.

E aí eu já me encaminhando para o final, eu queria fazer uma referência a duas outras questões. Eu vou colocar lá no “chat” depois, uma referência a uma tese da Universidade Federal de Pernambuco, do Professor Ronaldo, que ele fala do hiperpresidencialismo^[8], fazendo a referência ao modelo equatoriano; e eu confesso a vocês, que eu não sei se nós já não estamos aqui, no Brasil, hoje, com esse cenário que nós vimos até agora, se nós não estaríamos, de fato, numa perspectiva de um hiperpresidencialismo aqui

8. BASTOS JÚNIOR, Ronaldo Carvalho. *O hiperpresidencialismo no novo constitucionalismo latino-americano: uma análise dos seus efeitos no regime político equatoriano*. Orientador: Artur Stamford da Silva. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018, 232 f.

no Brasil, com todas as suas nuances; e principalmente, com todas as suas dificuldades.

Fechando, e devolvendo à palavra, eu só queria fazer uma referência a um poeta alemão, falecido já, que se chama Charles Bukowski, quando ele diz que a diferença de uma democracia e uma ditadura, consiste, que numa democracia se pode votar antes de obedecer às ordens.

Não existe nada mais importante do que você poder votar, inclusive quando você acha que aquilo será uma forma de mudança.

E aqui eu tenho duas pessoas que participaram disso ativamente, três: Geovane Peixoto, que participou de eleições do Esporte Clube Bahia; Jaime Barreiros, que participou; e o Professor Carlos Rátis, que foi o interventor dessa mudança.

O Professor Saulo é da política de quotas, ele torce para o Esporte Clube Vitória, o finado Esporte Clube Vitória; mas, dentro dessa realidade histórica, nós temos aqui uma pessoa que simboliza essa realidade, sair de um regime ditatorial, seja ele público ou privado, e entrar num regime democrático, ainda que não deu os resultados que nós estamos esperando; que é o que acontece com o Esporte Clube Bahia, hoje, nós ainda não estamos onde queremos.

A gente não pode pensar em algo melhor do que o regime democrático; por isso que eu acho que Bukowski trabalha muito com essa ideia.

Votar no que a gente pode fazer é uma coisas mais salutares que nós podemos fazer. Eu agradeço a palavra.

Referências

- ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo : Companhia das Letras, 2018;
- BASTOS JÚNIOR, Ronaldo Carvalho. **O hiperpresidencialismo no novo constitucionalismo latino-americano: uma análise dos seus efeitos no regime político equatoriano**. Orientador: Artur Stamford da Silva. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018, 232 f.;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 764794/SP**, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 19/12/2012;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 601314/SP**, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 16/09/2016.
- HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; ARCHANJO, Camila Celestino Conceição. **Direitos Fundamentais do Brasil: teoria geral e comentários ao artigo 5º da constituição Federal de 1988**. 1. ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020;
- MENDES, Gilmar Ferreira *et alli*. **Curso de direito constitucional**, 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2008;
- NABAIS, Jose Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998;
- RUSCHEL, Caroline Vieira. **O dever fundamental de proteção ambiental**. In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 2, dez. 2007;
- RUSCHEL, Caroline Vieira. **Parceria ambiental: o dever fundamental de proteção ambiental como pressuposto para a concretização do estado de direito ambiental**. Curitiba: Juruá, 2010;
- SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. **Deveres fundamentais e a Constituição brasileira**. In: *Fides*. Natal, v. 1, n. 2, ago/dez 2010. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-DeveresFundamentaisEAConstituicaoBrasileira-3647123.pdf>.

12

Entre o Ativismo Judicial e o legítimo exercício da Jurisdição Constitucional: uma análise conceitual

GEOVANE PEIXOTO

Sumário: 1. *Delimitação do tema*; 2. *A busca por uma definição de ativismo judicial*; 3. *Legítimo exercício da jurisdição constitucional*; 4. *Um olhar crítico sobre o ativismo. Referências.*

1. Delimitação do tema

Há um grande debate instaurado acerca do que se convencionou denominar de *ativismo judicial*. Múltiplas, porém, tem sido as utilizações da expressão, sem que exista uma maior preocupação conceitual para delimitar o que se está debatendo.

O objeto deste escrito será propor uma definição para a expressão e a partir desta compreender a distinção entre o *ativismo judicial* e o *legítimo exercício da jurisdição constitucional*.

Esse cuidado conceitual é essencial para fundamentar um debate de maior depuração acerca do limite do exercício da função jurisdicional, notadamente a de matriz constitucional.

2. A busca por uma definição de Ativismo Judicial

A definição preliminar, aqui adotada, de *ativismo judicial* está ligada a “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa”^[1]. O problema pautado é uma suposta invasão do Poder Judiciário, no exercício regular de sua função precípua ou típica, ressalve-se, na esfera de atuação dos demais Poderes^[2].

Inicialmente, a questão do *ativismo judicial* estava ligada a países que se filiavam ao sistema jurídico do *common law*, uma vez que neles a fonte jurídica formal primordial é a *jurisprudência*. Não se pode desconsiderar, porém, que há uma aproximação cada vez maior entre os grandes sistemas do direito ocidental^[3], ou seja, o *civil law* passa também a conviver com um aumento do “poder criativo” dos tribunais^[4].

Há uma forte defesa acerca da legitimidade desse papel criativo dos juízes, mais do que isso, pois em diversos momentos as decisões judiciais inovam no sistema jurídico, notadamente diante de omissões dos Poderes, ou até corretivamente, naquilo que se tem chamado de *ativismo positivo*.

Surge, assim, a necessidade de elucidar se é possível entender positivamente essa atuação, uma vez que a noção de *ativismo* está “atrelada

1. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.107.

2. “A capacidade de estabelecer atos disciplinares de condutas futuras (e não apenas nos limites do caso a decidir, em desdobramento de textos legais ou judiciais previamente estipulados) conferida aos tribunais ingleses e estadunidenses se soma à possibilidade, que detêm, de dar ensejo ao exercício dessa função normativa, mediante a revogação de precedentes que, em tese, constituiriam um parâmetro a ser observado.” (*Idem*. *Ibidem*, p.108.)

3. “Países de direito romano-germânico e países *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países *common law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões de direito nas duas famílias de direito.” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p.20.)

4. “É claro que, pelo menos no amplo e importantíssimo campo da justiça constitucional, o potencial de criatividade da jurisprudência tornou-se não menor naqueles países de “Civil Law”, instituidores de novos tribunais constitucionais, em relação aos países de “Common Law”, que conhecem o sistema de controle judiciário da constitucionalidade das leis.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p.126.)

à ideia de um Estado Judicial, ao contrário do que ocorre em outros segmentos, assumindo uma conotação negativa”^[5].^[6]

Há, porém, quem defenda o sentido positivo, principalmente sob o argumento de que:

Não há (...) um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.^[7]

Essa não é, todavia, uma posição unânime, vez que diversos outros autores, tanto no Brasil como na literatura estrangeira, vêm questionando o ativismo como algo positivo. Uma das principais críticas, nesse sentido, diz respeito à extrapolação das atribuições constitucionais pelo Poder Judiciário, pois ao adentrar nas funções atribuídas pela Constituição aos outros Poderes estaria usurpando-as.

Uma outra crítica muito comum diz respeito à democracia, uma vez que os membros do Poder Judiciário não são legitimados diretamente pelo povo, e ao atuarem de forma ativista acabam por exercer funções que são de agentes que requerem a legitimação democrática direta pelo verdadeiro titular do poder.

5. TAVARES, André Ramos. Paradigmas do judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p.63.

6. “A expressão “governo dos juizes” não é considerada um despropósito nos Estados Unidos da América, onde o papel político dos juizes está implícito na organização constitucional dos Poderes e onde, mais do que isso, a influência política do Judiciário é tão grande que é possível falar-se numa “revolução constitucional” promovida pelos juizes.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juizes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.95.)

7. RAMOS, op. cit., p.110.

Ao explicar a sua tese sobre *supremocracia*^[8], Oscar Vilhena Vieira assevera que:

A supremocracia encontra-se em evidente tensão com concepções majoritárias da democracia, em que a última palavra sobre temas relevantes à sociedade deve ficar reservada à vontade da maioria. (...) Mesmo assumindo que a Constituição explicitamente transferiu muitas atribuições ao supremo, há enorme dificuldade em se justificar, da perspectiva da teoria democrática, o exercício dessas competências.^[9]

Entende-se, por exemplo, que diversas vezes a Suprema Corte deva realizar uma função *contra majoritária* na proteção de grupos em condição de vulnerabilidade, mediante efetivação de direitos fundamentais. Não é isso que se combate, mas a tomada de decisões em substituição aos poderes constitucionalmente legitimados, com explícita e inconstitucional usurpação de competência.

Assim, afirma-se a expressão *ativismo judicial* em uma dimensão negativa, como exercício irregular e anticonstitucional de funções pelo Poder Judiciário, distinguindo, todavia, do *legítimo exercício da jurisdição (constitucional)*, como se verá adiante.

3. Legítimo exercício da Jurisdição Constitucional

Ao compreender a noção de exercício legítimo da jurisdição, caminha-se para superar a dicotomia *ativismo positivo x negativo*, delimitando esse último sentido para esta expressão, pois o denominado *ativismo positivo*, em verdade, é um regular e constitucional exercício de função pelo Poder Judiciário.

8. "Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição." (VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.162)

9. *Idem*, *ibidem*, p. 210.

Inegavelmente a Constituição Federal de 1988 ampliou as competências e atribuições do Poder Judiciário, que saiu fortalecido, notadamente na sua função de garantia da “Carta Cidadã”, ou seja, na tarefa de efetivação de direitos fundamentais, assegurando a dignidade humana dos cidadãos brasileiros.

O rol de direitos fundamentais, por sua vez, foi definido de forma extensa, tanto na dimensão individual, mas também, principalmente, na sua dimensão sócio-econômica. Inobstante essa amplificação, a Constituição Federal ainda consagrou uma *cláusula de abertura* para os direitos fundamentais, em seu art. 5º, §2º^[10].

O reconhecimento, portanto, de direitos fundamentais ditos *atípicos* passa a ser possível por previsibilidade expressa do próprio texto constitucional. Autoriza explicitamente a Constituição que o Poder Judiciário possa reconhecer, a partir do regime e dos princípios constitucionais, direitos fundamentais que não estejam enumerados na Carta Magna, sem que isso constitua *ativismo*, mas sim *legítimo exercício da jurisdição constitucional*.

Um grande exemplo de decisão do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, foi no julgamento conjunto da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, reconhecendo juridicamente as uniões estáveis homoafetivas. A ampliação do direito fundamental de proteção às famílias passa a ser reconhecido para além da tradicional união entre homem e mulher, sem que isso possa ser taxado de *ativismo*, pois encontra seu fundamento em princípios e no regime da Constituição, que veda qualquer tipo de discriminação.^[11] Trata-

10. Art. 5º (...) §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (Constituição Federal de 1988)

11. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa

se, portanto, de *legítimo exercício da jurisdição constitucional*.

Essa distinção fortalece uma melhor compreensão da atuação jurisdicional, permitindo separar com clareza quando essa é legítima e regular daquelas em que os limites constitucionais são extrapolados, e, assim, afetam diretamente a separação dos poderes e a democracia.

4. Um olhar crítico sobre o ativismo

À guisa de conclusão, apresentaremos breve análise crítica sobre essa distinção e as consequências do ativismo judicial, sem ter a pretensão de esgotar a temática, diante da sua alta complexidade, mas com o intuito de provocar reflexões.

Inicialmente, é importante registrar que a ampliação constitucional

ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPOSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à reitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub iudice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (STF, ADPF Nº 132, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011, p. 14.10.2011) (grifo nosso)

de atribuições do Poder Judiciário e do rol de direitos fundamentais, principalmente sociais, não é por si fundamento para uma atuação ativista constante no exercício da jurisdição, pois:

Embora a adoção de um catálogo constitucional de direitos forneça a estrutura institucional necessária para a judicialização da política, certamente não é uma condição suficiente para gerar o alto nível de política judicializada (...). (...) os tribunais, mesmo com seus novos poderes, ainda não detêm as chaves dos cofres públicos, nem têm meios de impor as suas decisões de forma independente. No entanto, eles receberam autoridade para limitar a flexibilidade institucional dos encarregados de tomar as decisões políticas.^[12]

A análise de Ran Hirschl foi realizada a partir da realidade de quatro países (Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul), porém é perfeitamente aplicável à realidade brasileira, de sorte que o extenso rol de direitos fundamentais a exigir concretização não é suficiente para legitimar a atuação jurisdicional em todas as situações.

Ademais, essa atuação, como foi apontada acima, carece de suporte estrutural e institucional, além de representar uma afronta à democracia, colocando em risco o Estado Democrático de Direito e a separação dos poderes, como já foi dito.

Em palavras mais simples – só é Estado de Direito Democrático aquele em que todo e qualquer detentor de poder político só pode exercitá-lo nos limites de sua competência, sujeitando-se à responsabilização social quando faltar a esse dever. Outrossim, só é Estado de Direito Democrático aquele em que as entidades e órgãos responsáveis pelo exercício do poder político, nos limites de sua competência, submetem-se a recíprocos

12. HIRSCHL, Ran. Rumo à juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina/PR: Editora E.D.A., 2020, p. 351/352.

controles, com vistas à atuação tanto quanto possível harmônica, se prejuízo de sua autonomia (ausência de vínculos hierárquicos) numa independência (ausência de responsabilidade), o que também vale para o Judiciário, não apenas para o Legislativo e o Executivo. Donde ser negação do Estado de Direito Democrático toda organização da função jurisdicional que se mostre em desacordo com essas exigências fundamentais.^[13]

O Supremo Tribunal Federal, como instância apta a defender os direitos fundamentais, defendendo o regime democrático, solucionando problemas sociais no legítimo exercício de suas atribuições constitucionais, cumprindo portanto sua função constitucional, não deve ser problema, nem deveria gerar maiores discussões, tampouco necessita ser entendido como *ativismo positivo*. O problema consiste na extrapolação, consoante precisa lição de Calmon de Passos acima transcrita.

Não se pode esquecer ainda, como reforço argumentativo contra o *ativismo judicial*, que:

(...) a corte não está fora da política e não é agente neutro que às vezes se supõe. Especialmente quando se trata de interpretar a constituição, as posições são controversas e a opinião judicial não soluciona o desacordo. Apenas adiciona uma interpretação possível, mas com um custo para a democracia (...). Faz parecer que o direito tem autonomia e que a corte atua num domínio puramente neutro. Essa visão açucarada das cortes cria uma conveniente imunidade de suas opiniões à contestação pública.^[14]

Essa posição política, que faz parte do “jogo”, gera um custo, devendo-se, ainda, contestar a neutralidade jurisdicional retoricamente sustentada. Pode-se, dessa forma, contestar a defesa do *ativismo judicial* pautada na melhor condição do Judiciário para o exercício de funções, mesmo sem e para além de suas atribuições, violando o pacto constitucional e deslegitimando a política.

13. PASSOS, J. J. *Calmon de*. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 92.

14. MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p.96/97.

Como a maioria da sociedade não consegue dimensionar esses problemas, faz um cálculo utilitarista da atuação do Judiciário, aplaudindo as decisões que lhe são favoráveis e/ou aceitáveis, e do outro lado, vaiando aquelas que lhe são desfavoráveis e/ou inaceitáveis, trata-se, portanto, de uma mera questão de conveniência, personalíssima, e que nada tem de Direito. Denomino isso de *ativismo de conveniência*, é positivo se me agrada e é negativo se me desagrada, e não se percebe que as duas faces são da mesma moeda: o *ativismo judicial*, que, por sua vez, é sempre negativo, pois representa uma atuação ilegítima e inconstitucional do Poder Judiciário para além de suas atribuições constitucionais e uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

Referências

- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina/PR: Editora E.D.A., 2020.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

13

Esperança que Nunca Morre: Justiça Brasileira condena agente da Ditadura Militar no Caso Edgar de Aquino Duarte

GERALDO CALASANS DA SILVA JÚNIOR

Sumário: 1. Introdução. 2. Panorama jurisprudencial atual à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal. 3. Esperança renovada: o julgamento do caso Edgar de Aquino Duarte. 4. Considerações finais. Referências.

Resumo: Trata-se de artigo científico de pesquisa acadêmica do tipo exploratória que tem como tema ESPERANÇA QUE NUNCA MORRE: Justiça brasileira condena agente da ditadura militar no caso Edgar de Aquino Duarte. A partir do assunto apresentado foi desenvolvida uma análise reflexiva sobre a condenação de Alberto Augusto, conhecido como Carlinhos Metralha, contra atos praticados em desfavor de Edgar de Aquino Duarte, por sequestro e cárcere privado, desaparecido desde 1971, durante a ditadura militar. Nesse sentido, nos tópicos desenvolvidos foram selecionadas as questões que mais se aproximam da temática em análise. O estudo é pautado numa metodologia nitidamente bibliográfica, pautada na absorção de informações com base material especializado na temática.

Palavras-chave: Constituição Federal. Ditadura Militar. Responsabilização criminal.

Abstract: This is an exploratory academic research scientific article whose theme is HOPE THAT NEVER DIES: Brazilian justice condemns agent of the military dictatorship in the Edgar de Aquino Duarte case. From the subject presented, a reflexive analysis was developed on the conviction of Alberto Augusto, known as Carlinhos Metralha, against acts committed in disfavor of Edgar de Aquino Duarte, for kidnapping and private imprisonment, disappeared since 1971, during the military dictatorship. In this sense, in the topics developed, the questions that are closest to the topic under analysis were selected. The study is based on a clearly bibliographic methodology, based on the absorption of information based on specialized material on the subject.

Keywords: Federal Constitution. Military dictatorship. Criminal liability.

1. Introdução

O estudo proposto neste artigo consiste em analisar a decisão da Justiça Federal da 3ª região, que condenou Alberto Augusto, conhecido como Carlinhos Metralha, por atos praticados em desfavor de Edgar de Aquino Duarte, por sequestro e cárcere privado, desaparecido desde 1971, durante a ditadura militar.

A metodologia empregada, pautou-se na pesquisa foi bibliográfica, regida pela pesquisa documental. Para desenhar o problema do estudo, pertinente se fez o estudo de obras e decisões judiciais que comentam o assunto, além de tomar como base a ótica legal e jurisprudencial.

Este estudo partiu da premissa de que a decisão judicial da Justiça Federal de São Paulo, que condenou Alberto Augusto (conhecido como Carlinhos Metralha), pode servir como esperança para que agentes da ditadura militar possam ser punidos pelos atos praticados durante o período ditatorial.

É certo que o Supremo Tribunal Federal concebeu pela recepção da Lei de Anistia. Contudo, o debate não pode ser adormecido e esquecido, eis que muito se espera do Poder Judiciário brasileiro com o fim de se efetivar direitos fundamentais das vítimas da ditadura militar.

Para atingir os objetivos propostos, primeiramente, foi feita análise do atual panorama jurisprudencial, tomando-se como base o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a celeuma em questão. Em seguida, o objeto de estudo foi o julgamento do caso Edgar de Aquino Duarte, que culminou na condenação de Alberto Augusto, conhecido como Carlinhos Metralha.

Por fim, nas considerações finais, são apresentadas as sínteses das ideias registradas no decorrer das abordagens nas quais não se esgotou o assunto, mas sim proporcionou reflexões acerca da possibilidade de persecução penal dos agentes da ditadura militar.

2. Panorama jurisprudencial atual à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal

A evolução do Estado no decorrer da história está umbilicalmente atrelada à concepção de proteção da dignidade da pessoa humana. Nesse caminho, a busca pela efetivação do aludido princípio sempre norteou a concepção de estudiosos sobre a temática.

No Brasil, com as Constituições que se sucederam, excepcionando-se as Cartas autoritárias, a dignidade da pessoa humana sempre esteve presente como valor normativo. Inegavelmente, o ápice do princípio se deu com a Constituição Federal de 1988.

Entretanto, em períodos antecedentes às conquistas constitucionais, atrocidades foram cometidas em desfavor de inúmeras pessoas, notadamente

quando do período da Ditadura militar. Desta forma, famílias foram destruídas, pessoas desapareceram e familiares perderam entes queridos por causa de atos sombrios e violentos praticados por quem deveria protegê-los.

Com o desaparecimento de pessoas, os familiares buscaram providências, reclamando a apuração dos fatos cometidos durante a era ditatorial, com o fim de apurar a verdade e preservar a memória dos que perderam suas vidas.

Todavia, no ano de 1979, foi aprovada a Lei nº 6.683/79, intitulada de “Lei da Anistia”, que concedeu anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

Muito se discutiu e se debateu sobre a compatibilidade da referida lei com a Constituição Federal de 1988, que desaguou no ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, onde o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 2, se posicionou de forma contrária à revisão da Lei de Anistia, mantendo-se válidos os seus termos.

Em que pese o entendimento do Supremo, no âmbito internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos julgamentos dos casos *Gomes Lund vs Brasil* e *Herzog e Outros vs. Brasil*, concebeu, em apertada síntese, pela responsabilização do Estado brasileiro, determinando a adoção de providências para apurar e apenar os responsáveis pela morte

e desaparecimento das respectivas pessoas. Entendeu ainda a Corte que a Lei de Anistia brasileira, mesmo com o julgamento da ADPF 153, não isentaria os responsáveis de possível condenação.

Assim, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF nº 320, com o objetivo de obter tutela jurisdicional relativa à delimitação de efeitos da Lei nº 6.683/1979 (“Lei da Anistia”), particularmente em face do julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e Outros vs. Brasil*. em resumo, os pedidos formulados na ação são:

(i) que Supremo Tribunal Federal declare que a Lei Federal 6.683/79 não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos; e, de modo especial, que a Lei de Anistia não se aplica aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979;

(ii) que a Corte determine a todos os órgãos do Estado brasileiro que deem cumprimento integral aos doze pontos decisórios constantes da conclusão da referida sentença de 24 de novembro de 2010 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *GOMES LUND e outros vs. Brasil*.

Reforça a tese da ADPF o fato de que, na própria Lei da Anistia, em seu art. 1º, § 2º, consta expressamente que “excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal”. Referida ADPF ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Não bastasse a ADPF 320, o Ministério Público Federal, no ano de 2019, denunciou vários militares pelas supostas torturas e crimes contra inúmeras pessoas, mas os Juízes de primeiro grau rejeitaram as denúncias (mesmo com a condenação internacional e com a exclusão contida no art.

1º, § 2º, da Lei de Anistia), sendo tais decisões mantidas pelos respectivos Tribunais Regionais Federais^[1].

Também, houve a criação de uma Comissão Nacional da Verdade, cuja pretensão era apurar os delitos cometidos no período denominado de ditadura militar. Instalada formalmente em 16 de maio de 2012, a Comissão pôde ter acesso a elementos importantes (documentos, relatos, depoimentos, fotografias, etc.) para sedimentar o que ocorrera no período ditatorial.

Diante dos debates doutrinários e jurisprudenciais em torno da possibilidade de persecução penal de agentes da ditadura militar, bem como pela aflição dos familiares acerca do desaparecimento das vítimas da ditadura, a Justiça Federal de São Paulo, em decisão inédita, condenou um agente da ditadura militar.

Referida decisão trouxe esperança para todos aqueles que buscam o reconhecimento da responsabilização criminal dos agentes da ditadura militar, para que os atos cometidos não caiam na impunidade.

3. Esperança renovada: o julgamento do caso Edgar de Aquino Duarte

Edgar de Aquino Duarte era fuzileiro naval e membro da Associação de Marinheiros e Fuzileiros Navais do Brasil. Por não concordar com o golpe de Estado que estava acontecendo, Edgar foi expulso das Forças Armadas por meio do Ato Institucional nº 1 de 09 de abril de 1964^[2].

Exilado no México e depois em Cuba (no ano de 1964), Edgar retornou ao Brasil e, em 1968, abandonou a resistência armada e passou a viver em

1. G1. <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2019/10/02/trf4-rejeita-denuncia-contras-6-acusados-de-forjar-suicidio-de-politico-de-sc-durante-ditadura-militar.ghtml>. Acesso em 31 de agosto de 2021.

2. Comissão da Verdade do Estado de São Paulo: Rubens Paiva. *Mortos e Desaparecidos*. Disponível em <http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/mortos-desaparecidos/edgar-de-aquino-duarte>. Acesso em 31 de agosto de 2021.

São Paulo, usando o nome de Ivan Marques Lemos. Chegou a montar uma imobiliária com um sócio chamado José Leme Ferreira e, depois, trabalhou como corretor da Bolsa de Valores, até ser sequestrado.

Narra a denúncia formulada pelo Ministério Público Federal ^[3] que antes do sequestro, Edgar reencontrou um antigo colega da marinha, José Anselmo dos Santos (conhecido como “Cabo Anselmo”). Anselmo foi detido por Carlos Alberto Augusto e levado ao Departamento Estadual de Ordem Política e Social de São Paulo - DEOPS/SP. Ao prestar seu depoimento, Anselmo teria mencionado o nome de Edgar e, por conseguinte, os agentes localizaram a sua residência, sequestraram Edgar de Aquino Duarte e mantiveram-no encarcerado, sem ordem legal ou comunicação a autoridade judiciária, a partir de 13 de junho de 1971, inicialmente nas dependências do DOI-CODI/II Exército (localizado na Rua Tutóia – Ibirapuera), e depois no DEOPS/SP (Largo General Osório – Luz).

Conforme o Ministério Público Federal, o ano de 1972 a vítima foi transferida para uma cela no DEOPS/SP, onde foi mantida sequestrada ao menos até junho de 1973.

Em razão de tais fatos, no dia 24 de setembro de 2012, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA, ALCIDES SINGILLO e CARLOS ALBERTO AUGUSTO como incurso nas penas do art. 148, § 2º, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal brasileiro – Ação Penal nº 0011580-69.2012.4.03.6181.

Em outubro de 2012, a Justiça Federal de São Paulo (9ª Vara Federal Criminal) aceitou a denúncia e determinou a regular tramitação do feito. Ultimada a instrução processual e após todo o andamento, o Juiz Federal

3. BRASIL. Ministério Público Federal. Denúncia apresentada na Ação Penal nº 0011580-69.2012.4.03.6181. THAMEA DANELON DE MELO, SERGIO GARDENGHI SUIAMA, ANDREY BORGES DE MENDONÇA, IVAN CLÁUDIO MARX, ANDRÉ CASAGRANDE RAUPP, TIAGO MODESTO RABELO, MARLON ALBERTO WEICHERT e INÊS VIRGÍNIA PRADO SOARES. Disponível em <http://comissaoadaverdade.al.sp.gov.br/mortos-desaparecidos/edgar-de-aquino-duarte>. Acesso em 31 de agosto de 2021.

SILVIO CÉSAR AROUCK GEMAQUE condenou **CARLOS ALBERTO AUGUSTO** à pena de **02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão**, em regime inicial, **semi-aberto**.

Ao fundamentar a condenação, o Juiz registrou que ^[4]:

Espera-se das forças de Estado o exercício legítimo do direito da força, não a prática de crimes. Vamos admitir, a título de argumentação, que de situação de guerra se tratasse. Sendo isso verdade, em situação de guerra, mata-se o inimigo, não o tortura, não o sequestra, não se desaparece com ele, não se prende crianças, não se estupra mulheres, não se pratica os comportamentos bizarros descritos nos relatos testemunhais colhidos no presente processo: como o de um General que, em visita ao DOI CODI, batia com batia com bastão nos subordinados agentes públicos do local por não concordar com determinado comportamento.

Referidas ações estão muito além das admissíveis mesmo em situação de guerra. São, muito mais, exemplos de condutas além de criminosas, perversas, a exigir uma resposta penal a fim de afastar a impunidade.

Portanto, a marginalidade estatal que prendia sem mandado, sequestrava, torturava, desaparecia e matava pessoas por suas posições políticas, ainda que envolvidas em ações violentas de guerrilha, praticava toda essa sorte de condutas ao abrigo, por ação ou omissão, das então forças repressivas, deve receber o mesmo tratamento processual compreendido para os graves crimes internacionais praticados contra direitos humanos, conforme já visto acima, já que de um verdadeiro holocausto se tratava, razão pela qual passo a citar o estado da coisa da doutrina e jurisprudência acerca desse tipo de responsabilidade.

4. BRASIL. *Justiça Federal de São Paulo – 9ª Vara Federal Criminal. Sentença na Ação Penal nº 0011580-69.2012.4.03.6181. Silvio César Arouck Gemaque. Ministério Público Federal e Carlos Alberto Augusto. 18 de junho de 2021. Disponível em <https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=88506feb62767d30617a50cfádef44cc8b826de90fbb3d16>. Acesso em 31 de agosto de 2021.*

A condenação de **CARLOS ALBERTO AUGUSTO** representa marco significativo na persecução penal dos agentes da ditadura militar. É que se registra que esta é a primeira condenação pela Justiça Brasileira nos casos relativos ao período ditatorial.

Muitos casos ainda tramitam no Judiciário, mas há entraves jurídicos que impedem o regular andamento processual.

Conforme visto acima, foi ajuizada pelo PSOL a ADPF 320, que está parada no Supremo Tribunal Federal aguardando julgamento. A finalidade é “revisitar” a ADPF 153 e, mais especificamente, a Lei de Anistia, para que sejam delimitados os efeitos da referida lei.

Gabriel Pereira Novais, Luísa Mouta Cunha e Júlia Melo Fonseca Ribeiro^[5] ressaltam que a sentença do caso Edgar de Aquino pode representar o prelúdio de uma mudança de entendimento do judiciário acerca do tema. Trata-se de um sopro de esperança de um futuro mais democrático, sem perder de vista a necessidade de se buscar a efetividade de todos os instrumentos da justiça de transição, dentro e fora do âmbito penal.

Portanto, é de se esperar o andamento do processo em tela, para se verificar como os tribunais superiores irão se posicionar diante da condenação histórica de Carlos Alberto Augusto.

4. Considerações finais

Em sede de considerações finais, ressalte-se que a pretensão do artigo não foi exaurir a temática, mas trazer pontos pertinentes para a busca da responsabilização dos agentes da ditadura militar.

5. NOVAIS, Gabriel Pereira Novais; CUNHA, Luísa Mouta; RIBEIRO, Júlia Melo Fonseca Ribeiro. A decisão condenatória de Carlinhos Metralha, ex-agente da Ditadura Militar Brasileira: um precedente histórico para garantia da Justiça de Transição. Disponível em <https://cjt.ufmg.br/2021/07/06/a-decisao-condenatoria-de-carlinhos-metralha-ex-agente-da-ditadura-militar-brasileira-um-precedente-historico-para-garantia-da-justica-de-transicao/>. Acesso em 31 de agosto de 2021.

Nesse sentido, o estudo demonstrou que o Supremo Tribunal Federal, por meio da decisão prolatada quando do julgamento da ADPF 153, concebeu pela recepção da Lei de Anistia, gerando sensação de impunidade para aqueles que buscavam e almejam a responsabilização criminal dos agentes da ditadura militar.

Quando se imaginava não haver mais esperança, a Justiça Federal de São Paulo, mais especificamente a 9ª Vara Criminal Federal, ao julgar os atos praticados por Alberto Augusto, o Carlinhos Metralha, o condenou pelos crimes de sequestro e cárcere privado, contra Edgar de Aquino Duarte.

Referida condenação representou ponto relevante para a superação da ideia de impunidade que foi gerada com a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à recepção da Lei de Anistia.

Espera-se que com tal posicionamento da Justiça Federal paulista, haja novos paradigmas de atuação do Poder Judiciário, pautado sempre na efetivação dos direitos fundamentais e também na consecução dos objetivos previstos na Constituição Federal.

O fortalecimento do sistema de justiça, com atuação destacada do Ministério Público Federal, é algo positivo e que deve ser incentivado, tudo com o fim de fazer com que os atos cometidos durante a ditadura militar sejam devidamente apurados, afastando-se a sensação de impunidade que ainda assola a comunidade jurídica brasileira.

Referências

BRASIL. Ministério Público Federal. **Denúncia apresentada na Ação Penal nº 0011580-69.2012.4.03.6181**. THAMEA DANELON DE MELO, SERGIO GARDENGHI SUIAMA, ANDREY BORGES DE MENDONÇA, IVAN CLÁUDIO MARX, ANDRÉ CASAGRANDE RAUPP, TIAGO MODESTO RABELO, MARLON ALBERTO WEICHERT e INÊS VIRGÍNIA PRADO SOARES. Disponível em

<http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/mortos-desaparecidos/edgar-de-aquino-duarte>. Acesso em 31 de agosto de 2021.

BRASIL. Justiça Federal de São Paulo – 9ª Vara Federal Criminal. **Sentença na Ação Penal nº 0011580-69.2012.4.03.6181**. Silvio César Arouck Gemaque. Ministério Público Federal e Carlos Alberto Augusto. **18 de junho de 2021. Disponível em <https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=88506feb62767d30617a50cfddef44cc8b826de90fbb3d16>**. Acesso em 31 de agosto de 2021.

COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO: **Rubens Paiva. Mortos e Desaparecidos**. Disponível em <http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/mortos-desaparecidos/edgar-de-aquino-duarte>. Acesso em 31 de agosto de 2021.

G1. **TRF4 rejeita denúncia contra 6 acusados de forjar suicídio de político de SC durante ditadura militar**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2019/10/02/trf4-rejeita-denuncia-contra-6-acusados-de-forjar-suicidio-de-politico-de-sc-durante-ditadura-militar.ghtml>. Acesso em 31 de agosto de 2021.

NOVAIS, Gabriel Pereira Novais; CUNHA, Luísa Mouta; RIBEIRO, Júlia Melo Fonseca Ribeiro. **A decisão condenatória de Carlinhos Metralha, ex-agente da Ditadura Militar Brasileira: um precedente histórico para garantia da Justiça de Transição**. Disponível em <https://cjt.ufmg.br/2021/07/06/a-decisao-condenatoria-de-carlinhos-metralha-ex-agente-da-ditadura-militar-brasileira-um-precedente-historico-para-garantia-da-justica-de-transicao/>. Acesso em 31 de agosto de 2021.

14

Aspectos jurídicos da Crise de Representatividade dos Partidos Políticos no Brasil

HERON GORDILHO FILHO

Sumário: 1. *Introdução*. 2. *Criação, caráter nacional e coligações entre Partidos políticos*. 3. *Autonomia dos partidos políticos: infidelidade e disciplina partidária*. 4. *Cláusula de desempenho e acesso ao fundo partidário*. 5. *Conclusões. Referências*.

1. Introdução

Nos termos do artigo 17 da Constituição Federal é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, aos quais é assegurada autonomia para definir a sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Este artigo irá analisar como a expansão de partidos de baixa representatividade, aliada a ausência de democracia interna e disciplina partidária, vêm aumentando cada vez mais o hiato que existe entre a classe política e os cidadãos.

Para o desenvolvimento da pesquisa será utilizado o método histórico-evolutivo, através de consultas a material bibliográfico, pesquisas eleitorais e documentos legislativos, visando oferecer uma análise crítica do atual

sistema proporcional de lista aberta e apresentar, como alternativa, o sistema distrital misto de lista fechada.

Inicialmente será analisada a estrutura dos partidos políticos, especialmente questões sensíveis como a sua democracia interna e a exigência de que eles tenham caráter nacional. Em seguida será analisada a sua autonomia, especialmente no que se refere aos problemas de fidelidade e disciplina partidárias.

Por fim serão analisadas as cláusulas de desempenho e o fundo partidário, demonstrando como a ausência de democracia interna e de disciplina partidária contribuiu para o afastamento do eleitor de seus representantes políticos, enfraquecendo a premissa democrática.

2. Criação, caráter nacional e coligações entre partidos políticos

Os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado que adquirem personalidade em duas etapas distintas: primeiro com o registro de seu estatuto no cartório de pessoas jurídicas da capital federal, e depois com o registro no Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

A criação de um partido político deve obedecer a uma série de requisitos, e o primeiro deles consiste na criação do programa e do estatuto da agremiação por um mínimo de cento e um eleitores distribuídos em um terço dos Estados da Federação^[1].

Após adquirir personalidade jurídica, o partido deve provar o seu caráter nacional e apresentar uma lista que contenha um número de assinaturas igual a meio por cento dos votos da última eleição para a Câmara dos Deputados, em pelo menos um terço dos Estados e com um mínimo de um por cento dos votos em cada um deles^[2].

1. BARREIROS NETO. *Jaime*. Direito Eleitoral. Saraiva. 2015. p.88.

2. MEZZAROBBA, O. Introdução do Direito Partidário Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.258.

O artigo 7º, parágrafo 1º da Lei 9.096 de 1995 estabelece que o cálculo do número de assinaturas não deve incluir os votos apolíticos (brancos e nulos) e que a lista de assinantes deve ser examinada por um escrivão eleitoral para atestar sua veracidade, no prazo de 15 dias^[3].

O partido deve apresentar programa e estatuto, e nos termos do artigo 9º da Resolução n. 23.571/2018 do TSE, durante o procedimento de criação, precisa eleger dirigentes nacionais provisórios com a incumbência de requerer o registro do partido no cartório de pessoas jurídicas da capital federal e no TSE^[4].

Dotadas de autonomia, as agremiações possuem espaços decisórios próprios, com estrutura interna formada por núcleos, diretórios e comissões destinadas a regular os interesses dos seus membros.

A Lei dos Partidos Políticos (Lei Federal nº 9.096 de 1995) apresenta elementos relevantes para o direito partidário e eleitoral como o fim das leis orgânicas dos partidos políticos, a retirada da competência dos Estados para legislar sobre direito eleitoral e a autonomia das organizações partidárias para estabelecer a estrutura própria^[5].

A autonomia partidária decorre do §1º do artigo 17 da CF, que assegura aos partidos o direito de auto-regulamentação, o que lhes permite definir questões *interna corporis* como estrutura interna, organização, funcionamento, regras de fidelidade e disciplina partidária^[6].

O artigo 1º da Lei os Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95) estabelece que os partidos políticos se destinam a assegurar, no interesse do regime

3. BRASIL. Lei 9.096 de 1995. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em 15 jun 2020.

4. MEZZARROBA, O. Introdução do Direito Partidário Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.278.

5. MEZZARROBA, O. Introdução do Direito Partidário Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.285.

6. CUNHA, Sérgio Sérvula da. Reforma Eleitoral-Partidária. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.32, p.7.

democrático, a autenticidade do sistema representativo e defender os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal ^[7].

Aspecto relevante da autonomia partidária diz respeito à realização de prévias eleitorais, que são consultas partidárias internas para escolha dos candidatos às disputas eleitorais, um mecanismo democrático que é pouco utilizado no Brasil.

A convenção partidária, por seu turno, é uma assembléia em que todos os membros do partido deliberam acerca de determinados assuntos, outro instituto pouco valorizado na dinâmica eleitoral brasileira, o que contribui ainda mais para a baixa representatividade do sistema eleitoral ^[8].

Como os partidos políticos brasileiros possuem uma estrutura bastante hierarquizada, via de regra, as convenções se tornam um simples mecanismo de aprovação de programas já definidos por parte das lideranças partidárias, de modo que aos filiados resta pouco ou nenhum poder decisório sobre os destinos do partido ^[9].

A ausência de democracia interna nos partidos políticos tende a alimentar o desinteresse do cidadão pela política, afastando a militância e reduzindo ainda mais a capacidade de renovação das candidaturas.

Embora as prévias eleitorais estejam previstas em normas de direito eleitoral, a Justiça Eleitoral tem se recusado a julgar matéria relacionada à estrutura, organização e funcionamento dos partidos entendendo que a lei não pode excluir ou condicionar o conteúdo dos seus estatutos ^[10].

7. CUNHA, Sérgio Sérvula da. *Reforma Eleitoral-Partidária*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.32, p.7.

8. ANGELIM, Augusto Sampaio. *Convenções partidárias*. DireitoNet, 9 de maio. de 2004. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1561/Convencoes-partidarias>.

9. MEZZAROBA, O. *Introdução do Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.285.

10. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de Coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.p.136.

Nada obstante o principal instrumento de regulação seja o estatuto do partido, que deve conter todas as deliberações sobre os direitos e garantias dos seus membros, entendemos que eficácia horizontal das normas constitucionais pode obrigar que as disposições internas assegurem o direito fundamental de voto dos seus filiados, pois a autonomia partidária não deve servir de fundamento para a violação dos direitos fundamentais dos integrantes.

Diferentemente da autonomia, que é a impossibilidade de interferência externa dos órgãos governamentais nas atividades dos partidos, a exigência de caráter nacional aos partidos visa impedir a criação de partidos regionais que possam colocar a demandas locais à frente dos interesses nacionais^[11].

Embora haja entendimento de que a existência de partidos regionais poderia fortalecer o princípio federativo, instituindo um foro apropriado para o debate dos assuntos locais e regionais^[12], essa vedação procura evitar que ideias de secessão sejam estimuladas por abstrações separatistas que possam comprometer a unidade nacional^[13].

Como a autonomia dos partidos políticos também diz respeito à sua atuação política (art.17 da CF), eles são livres para definir coligações para as eleições majoritárias, através de acordos que se encerram ao fim da corrida eleitoral para o qual foram instituídos^[14].

Outro ponto de grande importância reside na verticalização das coligações partidárias, ou seja, a obrigatoriedade de reprodução das coligações em todos os entes da Federação, o que impede que uma

11. MEZZAROBBA, O. Introdução do Direito Partidário Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.180.

12. GOMES, Jairo José. Direito Eleitoral. São Paulo: Atlas, 2013, p 97.

13. BRAGA, Cláudio Mendonça. O caráter nacional dos partidos políticos na Federação brasileira. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009. p.2.

14. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Presidencialismo de Coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015.p.136.

coligação firmada em âmbito federal seja contraposta nas demais unidades federativas, por exemplo.

Coligações circunstanciais de agrupamentos distintos tendem a inviabilizar a relação entre representante e representado por produzir a desproporção de representação de determinados segmentos em detrimento de outros ^[15].

Como os partidos auferem recursos oriundos do fundo partidário eles acabam por fazer coligações com pouca afinidade ideológica, muitas vezes em negociações visando prioritariamente tempo de rádio e televisão, conhecido como direito de antena, ou o influxo na administração pública ^[16].

A verticalização interfere diretamente no cenário político e reforça a ideia de unicidade partidária, assegurando a abrangência nacional dos partidos, em um cenário mediante o qual as agremiações por muitas não parecem refletir os interesses dos seus representados, de modo que a exigência de verticalidade nas coligações se reveste de elevada razoabilidade.

O artigo 17 da CF não obriga a observância das mesmas coligações em âmbito municipal, distrital, estadual e federal, quando se tratar de eleições majoritárias para os chefes do poder executivo ^[17].

A Emenda Constitucional 97, promulgada em outubro de 2017, proibiu as coligações partidárias nas eleições proporcionais, norma que entrou em vigor a partir das eleições municipais de 2020, o que aponta para uma possível superação das distorções causadas pelos acordos formais entre dois ou mais partidos para às eleições não majoritárias ^[18].

15. MONSTESCHIO, Horácio. *Política Brasileira: A Crise de Representação e os Instrumentos para o Controle dos Mandatos Eletivos*. Juruá. 2018. p. 290.

16. MONSTESCHIO, Horácio. *Política Brasileira, A Crise de Representação e os Instrumentos para o Controle dos Mandatos Eletivos*. Juruá. 2018.p. 228.

17. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de Coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.p.136.

18. BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2017.

A Emenda Constitucional 111, popularmente conhecida como reforma eleitoral, também se inclinou contrariamente à volta das coligações partidárias nas eleições proporcionais, reafirmando o compromisso firmado em 2017.

3. Autonomia dos partidos políticos: infidelidade e disciplina partidária

A representação dos interesses de determinados agrupamentos sociais deve estar intimamente ligada a atividade dos partidos políticos, pois etimologicamente “partido” se contrapõe ao vocábulo “inteiro”, e apresenta como principal finalidade a promoção do diálogo entre as diferentes visões e concepções políticas.

A fim de consagrar o princípio da liberdade partidária proclamado na Constituição de 1988, a EC nº 97/2017 assegurou a autonomia partidária no que tange a definição da estrutura interna das agremiações partidárias^[19].

Os partidos políticos são veículos da democracia, já que asseguram a pluralidade de pensamentos da sociedade e através deles os governos promovem a estabilidade política do país^[20].

Todavia, a reforma constitucional promovida pela Emenda Constitucional 97 elencou medida de fulcral relevância com a vedação das coligações partidárias em eleições proporcionais. A modificação pretendeu obstaculizar que partidos de pouca distinção alcancem o quociente eleitoral^[21].

19. CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. Salvador: Jus Podivm. 2019. p. 740.

20. SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. Democracia e partidos políticos. Jus. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23084/democracia-e-partidos-politicos>. Acesso em 15 maio 2020.

21. CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. Salvador: Jus Podivm. 2019. p. 741.

Indispensáveis para a democracia, por refletirem os mais diversos interesses da população, a inconsistência dos partidos políticos no Brasil corresponde a uma das principais causas da volatilidade e da instabilidade política do país.

A tradição política brasileira não vai ao encontro de partidos longevos e com ideologias definidas, sendo muito comum que divergências internas provoquem o surgimento de novas agremiações com igual convicção^[22].

O varejo da política brasileira tem se caracterizado pela ausência de partidos políticos participativos e verdadeiramente nacionais, e pela presença de entidades pouco representativas no campo político-ideológico, o que enfraquece o princípio democrático.

Isto se torna ainda mais preocupante porque o sistema eleitoral não consegue promover aquilo a que se propõe, isto é, assegurar a representação dos diversos segmentos da sociedade, e na prática o que se vê é o poder político sendo apropriado por uma aristocracia privilegiada^[23].

Cumprir mencionar a inovação trazida na Emenda Constitucional 111, promulgada em 2021, mediante a qual, para fins de distribuição entre os partidos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), os votos computados para candidatos negros e mulheres para a Câmara dos Deputados serão contados em dobro entre 2022 e 2030.

A sistemática do cômputo em dobro dos votos a candidatos negros e mulheres para fins de acesso a recursos públicos voltados ao financiamento partidário e de campanha é determinante para que segmentos de pouca representação possam gozar de maior prestígio dentro das estruturas partidárias.

22. MONSTESCHIO, Horácio. *Política Brasileira: A Crise de Representação e os Instrumentos para o Controle dos Mandatos Eletivos*. Juruá. 2018. p. 237.

23. RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. Niterói. *Impetus*. 2011. p.238

O sistema eleitoral brasileiro permite o voto em legenda, assegurando que os representantes estejam vinculados ao seu partido político. Entretanto, considerando que a democracia interna nos partidos não é uma realidade de muito prestígio, a possibilidade do voto em legenda não apresenta grande destaque.

Nas eleições para a Câmara dos Deputados de 1994, por exemplo, apenas dezesseis dos quinhentos e treze deputados federais foram eleitos pelo voto nominal, e os demais, isto é, quatrocentos e noventa e sete, foram eleitos pelo voto em legenda ou pela transferência de votos típica do sistema proporcional, demonstrando que a maioria dos deputados federais são eleitos através do votos dados aos seus partidos^[24].

O instituto da fidelidade partidária foi introduzido no Brasil pela Constituição de 1969 visando obrigar os representantes a serem leais aos partidos pelos quais foram eleitos, punindo aqueles que abandonem o partido ou se oponham às suas diretrizes, embora no sistema atual, a perda do mandato eletivo não possa ser aplicada como sanção aos que descumprem as diretrizes do partido^[25].

Estudo realizado por Mainwaring e Liñan durante a Assembleia Nacional Constituinte entre 1987 e 1988 concluiu que os parlamentares brasileiros, com exceção dos partidos de esquerda, são indisciplinados em relação aos programas partidários^[26].

Para compreender essa questão, é necessário destacar que existem duas teorias acerca do mandato popular: a teoria do mandato partidário,

24. SOARES, Márcia Miranda. *Influência Majoritária em Eleições Proporcionais: Os Efeitos Presidenciais e Governatoriais sobre as Eleições para a Câmara dos Deputados Brasileira (1994-2010)*. DADOS, Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro. 2013 p.426. MEZZARROBA, O. Introdução do Direito Partidário Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.280.

25. GOMES, Júlio de Souza; Zamarian, Livia Pitelli. *As constituições do Brasil: análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio*. Birigui: Boreal, 2012. p.98.

26. SOARES, Márcia Miranda. *Influência Majoritária em Eleições Proporcionais: Os Efeitos Presidenciais e Governatoriais sobre as Eleições para a Câmara dos Deputados Brasileira (1994-2010)*. DADOS, Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro. 2013 p.426.

que entende que o eleito representa os interesses da organização partidária e a teoria do mandato representativo, que entende que o mandato é pessoal, intocável e intransferível.

A Emenda Constitucional nº25/85 adotou a teoria do mandato representativo, ao estabelecer que o eleito representa os seus eleitores, o que torna ineficaz qualquer tentativa de punição dos eleitos por infidelidade partidária ^[27].

Como os artigos 15 e 55 da CF não mencionam a possibilidade de perda de mandato ao representante infiel, a infidelidade partidária acaba sendo uma realidade muito comum no sistema político brasileiro.

A Emenda Constitucional nº91, editada em 18 de fevereiro de 2018, embora tenha trazido uma nova sistemática constitucional, não impede a mudança partidária, muito pelo contrário, estabelece um período para a desfiliação dos mandatários, a denominada “janela partidária” ^[28].

O Supremo Tribunal Federal(STF), em análise do Mandado de Segurança nº 20.927-5, decidiu que o princípio da fidelidade partidária não repercute na perda do mandato eletivo dos parlamentares infiéis, entendimento este ratificado pelo Acórdão nº11.075 .

Como o Direito Eleitoral brasileiro adota a teoria do mandato representativo ^[29], a falta de previsão constitucional tocante a perda do mandato eletivo em casos abandono da legenda tem sido um salvo-conduto para que os políticos troquem várias vezes de partido durante o mesmo mandato, o que enfraquece ainda mais a representatividade política brasileira.

27. VELLOSO, Flávio Marcondes. *Ensaio Jurídico: temas inéditos*. Lorena: Editora Stiliano, 1998. p.32.

28. BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado: 2018.

29. MAURANO, Adriana. *O Mandato Representativo*. *Jornal Jurid*, 2007. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/o-mandato-representativo>. Acesso em: 25. De março. De 2020.

A distinção entre disciplina partidária e coesão partidária é fundamental para a análise da congruência dos políticos aos programas partidários^[30], pois a coesão pressupõe que internamente os membros do partido atuem em consonância com o programa da entidade, enquanto a disciplina consiste na capacidade do partido político em manter a unidade dos seus parlamentares.

A disciplina possui aspecto mais objetivo, ao passo que a coesão importa em uma análise mais ampla e subjetiva, de modo que podemos concluir que a coesão partidária está relacionada ao nível de evasão, e se apresenta com um indicador da fidelidade partidária^[31].

Disciplina partidária é a obrigação de todos os filiados respeitarem os princípios, objetivos e programa do partido, mas em casos de indisciplina, a organização partidária somente pode punir seus filiados com sanções de advertência, suspensão ou expulsão do partido. O mandato, porém, fica com o político infiel.

A realidade do sistema eleitoral do país é oscilante, e deixa claro que este entendimento enfraquece ainda mais o sistema representativo, uma vez que os partidos políticos no Brasil carecem de debate interno e coesão, e os próprios programas políticos são impostos pelas lideranças partidárias, de modo que não podemos falar em infidelidade partidária, mas apenas em indisciplina partidária^[32].

4. Cláusula de desempenho e acesso ao fundo partidário

A crise de representação brasileira está diretamente relacionada

30. MACHADO, Diego Oliveira. Relação entre Disciplina e Infidelidade Partidária na Câmara dos Deputados. *Câmara dos Deputados, Brasília*, p.12.

31. MACIEL, Eliana Cruxên. *Fidelidade partidária: um panorama institucional*. Consultoria Legislativa do Senado Federal: Brasília, 2004. p.13.

32. MAURANO, Adriana. *O Mandato Representativo*. *Jornal Jurid*, 2007. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/o-mandato-representativo>. Acesso em: 25. De março. De 2020.

com a possibilidade da livre criação de partidos políticos de inexpressiva ressonância na sociedade, os denominados “partidos nanicos”, que acabam por favorecer negociações não republicanas dentro da conformação representativa.

A fim de reduzir o inchaço na quantidade de partidos políticos, a minirreforma política de 2015 timidamente reintroduziu a chamada cláusula de desempenho, também denominada de cláusula de barreira ou de exclusão, visando evitar que partidos de pouca repercussão eleitoral tenham acesso aos recursos do fundo partidário^[33].

A primeira experiência de cláusula de desempenho no Brasil ocorreu em 1946, quando o Decreto-lei n.º 8.835 determinou que os partidos políticos deveriam ter votação superior à quantidade de assinaturas do registro^[34].

O Código Eleitoral de 1950 também estabeleceu, em seu artigo 148, que a organização partidária deveria ter pelo menos um representante no Congresso Nacional ou obter votação mínima de cinquenta mil votos para não ter o seu registro cancelado.

Durante a ditadura militar a dinâmica eleitoral foi disciplinada pela Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que adotou o bipartidarismo e exigiu que o partido obtivesse o voto de três por cento do eleitorado, distribuídos em pelo menos onze Estados, e com votação mínima de dois por cento em cada um^[35].

Na vigência da Constituição Federal de 1967, a Emenda Constitucional n.1/69 definiu novos parâmetros para os partidos políticos, e o seu artigo 152, VII estabeleceu que o partido deveria obter cinco por cento dos votos

33. CARVALHO, Kátia. *Cláusula de Barreira e Funcionamento Parlamentar, Estudo, Câmara dos Deputados*. Consultoria Legislativa. 2003, p.2-11.

34. *Segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, até março de 2020, o país já possuía 33 (trinta e três) partidos registrados*

35. MELO, Inês Trindade Chaves de. *Cláusula de barreira: dos aspectos histórico, constitucional e atual*. Revista Justiça Eleitoral em Debate: Rio de Janeiro. 2018. p.25.

válidos em pelo menos sete Estados, com votação mínima de sete por cento em cada um ^[36].

A Emenda Constitucional n.25/85 voltou a disciplinar a cláusula de desempenho, reduzindo a exigência para três por cento do eleitorado, mas preservando o mandato dos representantes que não tivessem alcançado a votação exigida ^[37].

Com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, a cláusula de desempenho foi recepcionada pela nova ordem jurídica e o instituto acabou sendo adotado pela Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096 de 1995), que em seu artigo 13 obrigou os partidos a obterem, pelo menos, cinco por cento dos votos válidos em um terço dos Estados da Federação e com dois pontos percentuais em cada um ^[38].

A cláusula de desempenho é um instrumento de aperfeiçoamento da democracia, uma vez que o princípio da representação está fortemente ligado com a noção de partidos políticos, os quais devem representar uma parcela razoável da população e não os interesses de grupos específicos ^[39].

Infelizmente, em 2006, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o STF julgou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.1.351-3 e n.1.354-8 promovidas pelo Partido Comunista do Brasil(PC do B) e Partido Socialista Cristão (PSC) e declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei 9.096-95, e, com fundamento na defesa das minorias, excluiu a cláusula de desempenho do sistema eleitoral brasileiro ^[40].

36. MONSTESCHIO, Horácio. *Política Brasileira: A Crise de Representação e os Instrumentos para o Controle dos Mandatos Eletivos*. Curitiba: Juruá. 2018. p. 263.

37. MELO, Inês Trindade Chaves de. *Cláusula de barreira: dos aspectos histórico, constitucional e atual*. Revista Justiça Eleitoral em Debate: Rio de Janeiro. 2018. p.28.

38. *Ibid.*

39. AGRA, Walber de Moura. *A Cláusula de Barreira como Instrumento de Aperfeiçoamento da Democracia. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Santa Catarina, 2013. p.5.*

40. MONSTESCHIO, Horácio. *Política Brasileira: A Crise de Representação e os Instrumentos para o Controle dos Mandatos Eletivos*. Juruá. 2018. p. 264.

Nas eleições de 2018, por exemplo, houve um aumento na quantidade de partidos com representação no Congresso Nacional, confirmando que a expansão partidária é uma realidade no Brasil, quando o número de legendas com representação aumentou de vinte e cinco para trinta, evidenciando um cenário pouco razoável para uma democracia representativa^[41].

O argumento de proteção da representação minoritária no Brasil soa frágil, uma vez que os interesses suprapartidários e a elevada ingerência econômica no contexto político brasileiro fazem com que, independentemente da cláusula de desempenho, os interesses minoritários sejam praticamente aniquilados^[42].

De fato, o atual sistema eleitoral não assegura relevância social às minorias e os poucos representantes desses segmentos que conseguem se eleger acabam sendo relegados a uma atuação secundária nas casas legislativas^[43].

Para ter eficácia, a cláusula de desempenho deveria observar a realidade do sistema eleitoral e incluir a obrigatoriedade do voto e os índices de abstenção no seu cálculo. No sistema eleitoral dos Estados Unidos, por exemplo, onde o voto é facultativo e o percentual de abstenções gira em torno de quarenta por cento do eleitorado, uma cláusula de desempenho de três por cento já seria considerada elevada e impeditiva para a manutenção de pequenos partidos^[44].

A Emenda Constitucional 97 produzirá efeitos integralmente a partir de 2030, de modo que os partidos deverão obter 3% (três por cento) dos

41. TAVARES, André Ramos. *Constituição do Brasil integrada*. São Paulo: Saraiva. 2011.p.118.

42. SIMIONATTO, Ivete; COSTA, Carolina Rodrigues. *Como os dominantes dominam: o caso da bancada ruralista*. *Temporalis, Brasília*, ano 12, n. 24, jul./dez. 2012. p. 215-237

43. MONSTESCHIO, Horácio. *Política Brasileira: A Crise de Representação e os Instrumentos para o Controle dos Mandatos Eletivos*. Juruá. 2018. p. 227.

44. VINHA, Luis Miguel da. *A vitória eleitoral de Donald Trump: análise da disfunção institucional*. *Revista de Sociologia e Política*. 2017. p. 15.

votos válidos, em pelo menos um terço das unidades da Federação ^[45].

Além disso, as organizações partidárias deverão alcançar o percentual mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada unidade eleitoral. Por outro lado, a regra também restará cumprida quando eleitos ao menos quinze parlamentares distribuídos em pelo menos um terço das unidades federativas ^[46].

Muitos afirmam que a cláusula de desempenho pode acarretar a dispensa de partidos históricos e sustentados em aspectos ideológicos, como o caso do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e a Rede Sustentabilidade, que apesar de ser uma legenda jovem, representam uma parcela bem definida da sociedade e podem vir a ser extintos pela cláusula de desempenho ^[47].

Os críticos da cláusula de desempenho argumentam que o texto da Emenda Constitucional nº 97 vai de encontro aos princípios da liberdade, pluralidade política, igualdade e pluripartidarismo, e que com o cumprimento integral da norma, em 2030, resultará que apenas as grandes legendas terão acesso aos recursos do fundo partidário ^[48].

Segundo Canotilho, a liberdade partidária é um conceito inseparável da garantia de igualdade de oportunidade, e para isso o financiamento público é essencial para assegurar que as entidades públicas promovam um tratamento neutro e tolerante em relação aos partidos políticos ^[49].

O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos foi estabelecido pela Lei nº 740/1965, e atualmente encontra respaldo na Emenda Constitucional nº 97 e na Lei nº 13.487/2017, que garante recursos públicos para o funcionamento e divulgação dos programas das organizações partidárias.

45. CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. Salvador: Jus Podivm. 2019. p. 742.

46. FLEISCHER, David. Reforma Política no Brasil: os partidos políticos em questão. Brasília: Universidade de Brasília. 2008. p. 164.

47. MEZZAROBBA, Orides. Introdução ao direito partidário brasileiro. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2003.p.14.

48. FLEISCHER, David. Reforma Política no Brasil: os partidos políticos em questão. Brasília. Universidade de Brasília. 2008. p. 164.

49. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2002. p.1522.

Trata-se de um instrumento que pretende trazer transparência no uso de recursos públicos e assegurar a autonomia financeira dos partidos, pois acredita-se que a presença desses recursos evita que os candidatos recebam financiamento provenientes de pessoas jurídicas de direito privado ^[50].

O fundo partidário é um mecanismo que garante a difusão de ideias e o debate democrático, e de acordo com o artigo 7º, §2º da Lei 9.096/1995, o seu acesso exige que o partido tenha funcionamento parlamentar, e o parâmetro para essa análise é a Câmara Federal ^[51].

Além disso, devem ter um mínimo de cinco por cento dos votos válidos em um terço das unidades da Federação, com dois por centos dos votos em cada unidade ^[52]. Por fim, a agremiação deve ter o seu estatuto registrado no TSE, comprovando assim o seu caráter nacional ^[53].

Atualmente, para provar o caráter nacional e ter acesso a esse fundo, o partido deve ter o apoio de eleitores não filiados na proporção de 0,5% dos votos válidos, em um período de dois anos, e esses apoiadores devem estar espalhados por, no mínimo, um terço das unidades da Federação e o mínimo de 0,1% dos eleitores de cada unidade ^[54].

5. Conclusões

Em síntese, a expressiva quantidade de partidos políticos ativos no Brasil evidencia um cenário pouco razoável no que tange a representatividade eleitoral. A opção adotada em torno do sistema proporcional de lista aberta ensejou a criação de numerosas legendas com pouco ou nenhum diálogo

50. MEZZAROBBA, O. Introdução do Direito Partidário Brasileiro. *Rio de Janeiro: Lúmen Júris*, 2003. p.280.

51. BARREIROS NETO, Jaime. *Direito Eleitoral. Saraiva*. 2015. p.111.

52. MEZZAROBBA, O. Introdução do Direito Partidário Brasileiro. *Rio de Janeiro: Lúmen Júris*, 2003, p.293.

53. CARVALHO, Valter Rodrigues de Carvalho. *O Caráter Nacional Dos Partidos Políticos No Direito Eleitoral Brasileiro*. *Cadernos de Pesquisa em Ciência Política*. Teresina. Disponível em <https://revistas.ufpi.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/3195/1814>. Acesso em: 25. De maio. De 2020.

54. BRASIL. *Lei nº 13.165 de 2015*.

junto a sociedade e interesses meramente eleitorais.

As recentes alterações na sistemática das eleições, mais vigorosamente com as emendas constitucionais 97 e 111, consagram institutos de central pertinência com a busca de um sistema eleitoral protagonizado por agremiações destacadas na sociedade e que assegurem a representação das minorias.

Por outro lado, o tímido avanço alcançado com o fim das coligações nas eleições proporcionais, consagração da cláusula de desempenho e cômputo em dobro dos votos para candidatos negros e mulheres nas eleições para a Câmara dos Deputados não é capaz de por si só de extirpar as distorções atinentes ao atual sistema eleitoral.

A ausência de democracia interna nos partidos políticos tende a alimentar o desinteresse do cidadão junto as agremiações partidárias, afastando os representantes dos seus representados e e reduzindo ainda mais a capacidade de renovação das candidaturas.

A realidade do sistema eleitoral do país enfraquece o sistema representativo, uma vez que os partidos políticos no Brasil carecem de debate interno e coesão, sendo que os próprios programas políticos são por diversas vezes impostos por parte de lideranças históricas, de modo a não podermos falar em fidelidade partidária, mas apenas em indisciplina partidária.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **A Cláusula de Barreira como Instrumento de Aperfeiçoamento da Democracia**. *Revista Eletrônica Direito e Política*. 12 n.2.2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/11017> . Acesso em 13 outubro 2021.

ANGELIM, Augusto Sampaio. **Convenções partidárias**. DireitoNet, 9 de maio de 2004. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1561/Convencoes-partidarias>. Acesso em 13 outubro 2021.

BARREIROS NETO, Jaime. **Direito Eleitoral**. Saraiva, 2015.

BRAGA, Cláudio Mendonça. O caráter nacional dos partidos políticos na Federação brasileira. **Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, 2009.

BRASIL. **Lei 9.096 de 1995. Presidência da República**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm. Acesso em 15 outubro 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Kátia. Cláusula de Barreira e Funcionamento Parlamentar, Estudo, Câmara dos Deputados. **Consultoria Legislativa**. 2003.

CUNHA, Sérgio Sérvula da. Reforma Eleitoral-Partidária. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.32.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2019.

FLEISCHER, David. **Reforma Política no Brasil: os partidos políticos em questão**. Brasília. Universidade de Brasília. 2008.

GOMES, Jairo José. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, Júlio de Souza; Zamarian, Livia Pitelli. **As constituições do Brasil: análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio**. Birigui: Boreal, 2012.

MEZZARROBA, O. Introdução do Direito Partidário Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MACHADO, Diego Oliveira. **Relação entre Disciplina e Infidelidade Partidária na Câmara dos Deputados**. Câmara dos Deputados, Brasília

MACIEL, Eliana Cruxên. Fidelidade partidária: um panorama institucional. **Consultoria Legislativa do Senado Federal**: Brasília. 2004.

MAURANO, Adriana. O Mandato Representativo. **Jornal Jurid**, 2007. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/o-mandato-representativo>. Acesso em: 25. setembro 2021.

MELO, Inês Trindade Chaves de. Cláusula de barreira: dos aspectos histórico, constitucional e atual. **Revista Justiça Eleitoral em Debate**: Rio de Janeiro. 2018

MONSTESCHIO, Horácio. **Política Brasileira: A Crise de Representação e os Instrumentos para o Controle dos Mandatos Eletivos**. Juruá. 2018.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. Niterói. Impetus. 2011.

SIMIONATTO, Ivete; COSTA, Carolina Rodrigues. Como os dominantes dominam: o caso da bancada ruralista. **Temporalis**, Brasília, ano 12, n. 24, jul./dez. 2012.

SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. **Democracia e partidos políticos**. Jus. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23084/democracia-e-partidos-politicos>. Acesso em 15 maio 2020.

SOARES, Márcia Miranda. **Influência Majoritária em Eleições Proporcionais: Os Efeitos Presidenciais e Governatoriais sobre as Eleições para a Câmara dos Deputados Brasileira (1994-2010)**. **DADOS, Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro. 2013

TAVARES, André Ramos. **Constituição do Brasil integrada**. São Paulo: Saraiva. 2011.p.118.

VELLOSO, Flávio Marcondes. **Ensaio Jurídico: temas inéditos**. Lorena: Editora Stiliano, 1998.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de Coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VINHA, Luis Miguel da. **A vitória eleitoral de Donald Trump: análise da disfunção institucional**. Revista de Sociologia e Política. 2017.

15

Governabilidade: ensaio sobre uma forma de entender o fenômeno a partir de percepção histórica no Brasil pós-1988

HUMBERTO DANTAS

JOYCE LUZ

Sumário: Governabilidade: ensaio sobre uma forma de entender o fenômeno a partir de percepção histórica no Brasil pós-1988. Referências.

Desde o processo de redemocratização do país, parcelas da sociedade brasileira têm discutido os desafios da governabilidade em realidade nacional. Diante de um desenho institucional formal trazido pela Constituição Federal de 1988, uma primeira percepção esteve associada ao fato de que o país seria ingovernável. Isso se daria por uma série de razões associadas aos sistemas eleitoral e partidário, bem como pela forma como se dariam as relações entre Executivo e Legislativo em torno de uma agenda de políticas públicas.

Cunharam-se a partir desse debate duas percepções: o Brasil viveria a pré-história de uma lógica partidária, dada a desorganização de suas legendas (MAINWARING, 1995) up-to-date portrait of parties and party systems in Latin America. It includes chapters on all the large and medium-sized countries, as well as those smaller countries with older democratic

traditions: Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Mexico, Paraguay, Peru, Uruguay, and Venezuela. The book is framed by an Introduction that provides a theoretical and comparative conceptual map for charting Latin American party systems and a Conclusion that looks ahead to the challenges and trends for party building in the 1990's. The twelve country case studies address five analytical themes. First, though the primary focus is party politics since around 1980, each chapter explores the origins of party competition. The question of genesis is important not only in its own right, but also because the way parties and party systems originate frequently endows them with enduring features. Second, each chapter assesses the relative strength of parties as actors within the larger political system. In what ways are parties important or unimportant? If they are not leading actors within the political system, who are? Third, the authors investigate the relationship between major parties and the state, revealing the extent to which parties are dependent on state resources to maintain power and win votes. Fourth, the contributions assess the importance of different electoral regimes for shaping broader patterns of party competition. Finally, and most important, the authors characterize the nature of the party system in each country - how institutionalized it is and how it can be classified.

,"ISBN": "978-0-8047-6537-4", "language": "en", "number-of-pages": "600", "publisher": "Stanford University Press", "source": "Google Books", "title": "Building Democratic Institutions: Party Systems in Latin America", "title-short": "Building Democratic Institutions", "author": [{"family": "Mainwaring", "given": "Scott"}], "issued": {"date-parts": [{"1995"}]}], "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"} ; e a nação viveria, com dificuldades, uma lógica do que se convencionou chamar de "presidencialismo de coalizão" que caracterizaria a necessidade de se montar alianças para além dos acordos eleitorais entre partidos (ABRANCHES, 1988). Como legenda alguma,

eleita para o Executivo, seria capaz de formar maiorias parlamentares a partir das urnas no plano federal, negociar espaços plurais com outros partidos seria tarefa árdua de quem necessitaria se envolver, inclusive, com adversários.

Vivemos sob essa percepção por alguns anos, e historicamente a paralisia do governo José Sarney e a derrubada de seu sucessor por meio de um impeachment reforçaram tal percepção. Mas dois pontos chamam a atenção aqui. O primeiro está associado ao fato de que Sarney foi eleito indiretamente por um colégio eleitoral em 1985, e o Congresso foi escolhido no ano seguinte. Em que pese o fato de que tal fenômeno pode ofertar ainda mais autonomia para o parlamentar em relação à lógica presidencial e sua relação com a agenda executiva, uma coisa é fato e parece pouco sintonizada às expectativas: o PMDB de 1986 conquistou nas urnas 260 das 487 cadeiras da Câmara dos Deputados, ou seja, mais de 53% das vagas. Soma-se a isso o fato de que o presidente da República era do PMDB. Qual a dificuldade para se governar?

As razões explicativas estão associadas à ideia de que o PMDB expressa de maneira muito emblemática a lógica do teórico Ângelo Panebianco (2005) sobre partidos nacionais em realidades federativas: a legenda seria o que David Fleischer (1981) chamaria de uma confederação partidária, ou um conglomerado de partidos dentro de um só. Sarney não governou sem vários conflitos internos em sua legenda, e sem ver o nascimento de partidos formais dentro do próprio PMDB, sendo o PSDB o exemplo mais bem acabado de tal fenômeno. Isso, não necessariamente, diz algo sobre a impossibilidade de um partido fazer maioria, mas sim sobre o sentido partidário emprestado a essa massa de políticos quando se encontram dentro de um mesmo parlamento.

Mas ainda existe um segundo aspecto. Fernando Collor de Mello foi eleito por uma legenda minúscula em 1989, de maneira direta, mas isolada

de outras eleições. Apenas em 1990 o Congresso Nacional passaria por novo pleito. E aqui, aspectos associados às dificuldades do presidencialismo, se fizeram presentes. Collor parecia mais preocupado em dialogar com sua agenda em conexão com a sociedade, e menos afeito a negociá-la com os demais partidos presentes no Legislativo. Envolvido em um escândalo de corrupção, foi retirado do poder. O Brasil parecia reforçar a ideia de que era ingovernável.

O vice de Collor, no entanto, foi hábil o suficiente para formar um governo de convergência entre alas, ideologias e uma série de aspectos fundamentais associados à tentativa de buscar equilíbrio social, político e econômico para o país. Apesar do que pensemos sobre o Plano Real, e sobre Itamar Franco, dificilmente alguém se recordará de sua estada no poder a partir da ideia de que sofria ameaças de queda. Exceção feita a algumas polêmicas de ordem pessoal, bem pouco intensas à luz do que temos na atualidade, seu estágio no Planalto trouxe estabilidade e o início do que conhecemos por governabilidade.

Mas é Fernando Henrique Cardoso quem governa o Brasil por quatro anos, banca uma alteração institucional polêmica que lhe permite disputar um novo mandato e cumpre um período total de oito anos sem grandes dissabores associados às ideias de que o país seria ingovernável. O que seria capaz de explicar tamanha estabilidade em meio a um desenho institucional descrito como absolutamente afeito a tal princípio? As regras eleitorais adotadas em 1988, tal como o sistema presidencialista da Constituição Federal continuaram intactos e operantes.

As respostas não são simples, mas elas existem e merecem atenção. Fernando Limongi e Argelina Figueiredo (1999) dimensionam o fenômeno e nos apresentam de uma só vez duas ideias basilares para as análises políticas e percepções sobre a governabilidade: os partidos se

comportam de maneira homogênea dentro da Câmara dos Deputados, com parlamentares respeitando as posições de seus respectivos líderes e não atuando individualmente. E mais: as legendas da base aliada ao governo tendem a apoiar fortemente a posição do líder do governo. Pronto! Ao invés de olharem o desenho e intuir a realidade, se utilizaram de dados e marcaram um novo rumo no caminho de percepções dessa natureza. Para conquistar tais adesões, os presidentes fariam uso de diversos expedientes e ferramentas, desde a distribuição de recursos orçamentários, distribuição de pastas ministeriais, nomeações em cargos chaves, alterações em matérias legislativas, expedientes do processo legislativo etc.

Durante um bom tempo a Ciência Política se ocupou de olhar para esses achados e estender seus períodos para mais anos e mandatos. Em resumo: instrumentos legais e práticas informais garantiriam lícitamente a maior probabilidade de se governar o Brasil, fenômeno aqui entendido sob a probabilidade de o Poder Executivo emplacar sua agenda dentro do Congresso Nacional.

Mas nada é tão simples que não possa se tornar complexo. Suspeitas de que práticas ilícitas recheavam o bolo da adesão legislativa à agenda executiva sempre existiram, mas pareciam marcar instantes mais pontuais, urgentes ou estratégicos. Será? Apesar do que se possa dizer para trás, fato é que a chegada de Lula ao poder inaugura um desafio adicional para a agenda do Planalto em sua necessária relação com o parlamento. Ao contrário do que se viu no governo do PSDB, que mobilizou uma frente de centro-direita e isolou a esquerda na oposição, a base governativa do PT não seria construída a partir de algo contíguo e formatado a partir de um pareamento. Lula foi longe para buscar recurso simbolizado na forma de votos favoráveis às suas ideias. Uniu sob seu guarda-chuva governamental PC do B e PPB, herdeiro da antiga Arena do regime militar e futuro PP.

Um governo pluri-ideológico, o que não necessariamente representa algo inexistente na realidade do conceito de coalizão, mas que significa algo bastante incomum no plano federal brasileiro. Mas o mais importante aqui talvez seja pensar: e quanto custava essa união?

Para além das tradicionais benesses públicas lícitas e questionáveis do ponto de vista moral, aos olhos, principalmente, da opinião pública, uma mesada de alguns milhares de reais paga para parlamentares regularmente em troca de apoio à agenda. Chamada por um dos deputados que presidia uma das legendas da base de “mensalão”, o gesto ressignificou a percepção de coalizão e ofertou a ideia de corrupção e ilicitude. Demorou, mas foi essa a interpretação dada ao fenômeno pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a partir da vaidosa utilização de um instrumento jurídico inédito, ou ao menos escasso, à luz da realidade jurídica brasileira – a tal tese do domínio de fato, trazida pelo então ministro Joaquim Barbosa. Partidos da direita, do centro e da esquerda foram atingidos e tiveram dirigentes e membros fustigados por condenações e acusações. A formação de uma coalizão ultrapassava a barreira legal e mergulhava a política brasileira numa crise profunda, respaldada em certa medida por boas condições econômicas que fizeram com que Lula se reelegesse em 2006 sob o bordão “deixa o homem trabalhar”, e ainda emplacasse sua sucessora – eleita em 2010 e reeleita em 2014.

A partir dessas percepções os estudos se sofisticaram, e um novo marco se estabeleceu. Foi a tese de Andréa Freitas, editada sob a forma de livro (2016), que trouxe a ideia de que o presidencialismo DE coalizão era, na verdade, DA coalizão. A preposição somada ao artigo indica posse, e compreendido sob a lógica da implementação de agenda do Executivo na pauta do Legislativo, significava que o acordo entre as partes não dava ao Planalto, no caso brasileiro, um passe livre para aprovar toda e

qualquer tipo de matéria. O presidente é poderoso, mas não tem uma força absolutista que não sofra influências e interferências de líderes partidários de sua base a partir de intensa atuação em comissões e ambientes desse tipo. Assunto encerrado: lideranças plurais dos partidos da situação são agentes de impacto nas políticas públicas. E aqui terminamos mais um capítulo de nossa história.

Fragilidades nessas relações, dificuldades de articulação política e dissabores entre agentes do universo do poder, no entanto, podem gerar problemas agudos para o Poder Executivo. Foram sucessivas crises desde a redemocratização, mas a marca ímpar de tal afirmação está representada por dois processos de impeachment, sobretudo o mais recente, que sem grandes configurações de crime e com benevolências expressivas em termos de punição, derrubaram Dilma Rousseff da Presidência da República. Longe de chamar tal gesto de golpe, o que se viu foi a força legislativa diante de desarranjos nas relações entre os poderes. Julgamento político? Indiscutivelmente sim, em qualquer caso desse tipo, em qualquer presidencialismo do mundo de acordo com tese de Arthur Rotta (2019). Sistemas presidencialistas, e o Brasil não fugiria à regra, estariam utilizando-se da possibilidade do impeachment para resolver desacordos políticos.

Pois bem, mas a história ainda está distante do fim. Se Freitas (2016) nos mostrou que a coalizão detêm o controle da agenda, ou ao menos impactam fortemente nas políticas do governo, nos resta reforçar a ideia de que partidos contam, têm potência e influenciam na realidade. Então a história chega ao fim? Com certeza não.

Em 2018, o Brasil elegeu um presidente verborrágico, intenso e absolutamente apresentado como antissistema, a despeito de sua longa trajetória no interior da política. Jair Bolsonaro tratou de derreter a ideia de partido, associando qualquer legenda à ideia de corrupção em sua relação

com o Executivo a partir do Legislativo. Falou mal de verdade, e enfatizou que não precisaria desse tipo de organização para governar o país. Faria isso a partir de acordos com bancadas temáticas associadas, inicialmente, à sua pauta de costumes e valores. No que precisasse de mais apoio dialogaria individualmente com parlamentares por meio de seus interlocutores. Com 513? Com ao menos 300? Difícil crer, mas foi essa a promessa, em nome do que se convencionou chamar de o fim do “toma-lá-dá-cá”, nome dado à lógica de formação de coalizão operada no Brasil a partir das relações de trocas entre Legislativo e Executivo. Perfeito.

Com base na pintura desse cenário, a Ciência Política se colocou de plantão para entender como Bolsonaro articularia esse amplo leque de apoios sem a figura das legendas. E antes que seu governo começasse, um coletivo de estudiosos da área organizou, e a Fundação Konrad Adenauer do Rio de Janeiro editou, o livro GOVERNABILIDADE – para entender a política brasileira (DANTAS, 2018) . A obra, dividida em dez capítulos, parte mais ou menos da história aqui apresentada para cumprir algumas agendas essenciais à compreensão do fenômeno.

Primeiramente busca um conceito mínimo de governabilidade, a partir de um capítulo que nos conduz à ideia de que o governo tem mesmo um compromisso com uma ideia complexa de governança, simbolizada pela capacidade de gerenciar agendas em sentido plural com diferentes atores. Em seguida, o intuito é entender em que medida o sistema eleitoral tem influência sobre a lógica da construção da coalizão e funcionamento das relações entre os dois poderes diretamente eleitos pela sociedade – o Executivo e o Legislativo.

Nas duas partes seguintes, um par de olhares sobre o Poder Legislativo e a sua relação com o Poder Executivo. Um deles com o compromisso de trazer uma ampla revisão bibliográfica sobre o presidencialismo de/da

coalizão brasileiro, e o outro tratando efetivamente do relacionamento entre Planalto e Congresso Nacional. Em ambos os casos se adensa a ideia de que sem partidos o presidente não governaria, ou teria muita dificuldade em fazê-lo.

O livro teria terminado com um grande ponto de interrogação, à espera do que seria o trabalho de Bolsonaro. Mas não ficou restrito à ideia de que governabilidade está associada às chances de o Executivo ser respaldado pelo Legislativo em seus desejos ou acordos para a implementação de parte de suas vontades. Não é isso. A realidade é muito mais complexa, e a partir disso, se estabeleceu a ideia de que três partes adicionais precisavam minimamente apresentar argumentos para a adensamento da ideia de complexidade em torno da governabilidade. Fala-se na relação do Poder Executivo com as pautas da imprensa. Fala-se das relações do Poder Executivo com os organismos de justiça, com destaque para o Supremo Tribunal Federal (STF) e uma realidade em que a judicialização transforma a suprema corte em agente político absoluto. E fala-se na relação do Poder Executivo com a opinião pública e os movimentos sociais. Fosse a obra reeditada e valeria muito uma parte especial sobre as redes sociais e as movimentações no universo virtual.

A despeito de tal lacuna, a ser preenchida, o livro termina buscando desmistificar o fenômeno da governabilidade, minimamente restrito à sua percepção mais basilar de relação Legislativo x Executivo, mas sem desprezar a complexidade aqui apontada, em outras esferas de poder. A lógica de coalizão, concentrada na figura central das lideranças partidárias e seus poderes de interferência sobre a agenda do Executivo, sobretudo dentro de comissões permanentes no Legislativo, faria sentido nas cidades e nos estados? Não. Não exatamente desse modo, sobretudo em parlamentos pequenos em volume de representantes. As relações se

dão de diferentes formas, muitas vezes a partir de acordos pessoais entre Executivo e legislador, assim, no singular e caso a caso. O que Bolsonaro parecia sinalizar que poderia fazer na Câmara, composta por mais de 500 deputados, os prefeitos e os governadores já fazem em suas realidades. A diferença: a maior câmara municipal brasileira tem 55 vereadores em São Paulo-SP, mas quase 90% delas têm entre nove e 11 representantes espalhados pelo Brasil – comissões nesses parlamentos sequer existem, ou ao menos sequer funcionam. Nos estados, a maior assembleia, a paulista, tem 94 deputados estaduais, mas boa parte delas tem apenas 24 representantes eleitos.

Para além do livro, e a despeito de dificuldades iniciais, com quase três anos de Bolsonaro no poder, todo um enredo se repete em torno da lógica de governabilidade no país. Do que existe de mais tradicional em termos lícitos e pouco legítimos ao senso comum, às suspeitas mais instigantes no campo das ilicitudes. Bolsonaro já se disse do Centrão, já assumiu que negocia com partidos, já abriu mais espaço no seu ministério para políticos indicados. Figuras de escândalos recentes como os presidentes do PL, do PP e do PTB, por exemplo, voltaram a rondar o planalto e indicar apadrinhados para cargos estratégicos. Por fim, um escândalo revelado pelo jornal O Estado de S. Paulo sobre a existência de um orçamento secreto colocou o discurso de agente diferenciado de Bolsonaro na marca do pênalti.

Ingovernável ou incorrigível? A falta de habilidade política e a retomada de práticas que foram anteriormente recusadas pelo atual presidente, tornam difícil tal distinção. Enfim, o tempo é quem dirá, mas a governabilidade de outrora nasceu indomável, se mostrou contornável, apresentou seu preço ilícito, foi percebida na pluralidade dos partidos, teve suas características verbalmente afrontadas por um presidente “de fora da política” e se mostrou pouco diferente do que a ciência política tem mostrado. É esse o instante em que estamos hoje.

O livro GOVERNABILIDADE, organizado por Humberto Dantas e escrito por diversos autores, em grande medida atrelados ao blog Legislativo, do jornal O Estado de S. Paulo e do Movimento Voto Consciente, pode ser gratuitamente baixado em versão digital no portal do Movimento Voto Consciente – www.votoconsciente.org.br

Referências

- ABRANCHES, S. O Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional. **Dados**, n. 31, p. 5–33, 1988.
- DANTAS, H. **Governabilidade - para entender a política brasileira**. 1a ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018.
- FIGUEIREDO, A.; LIMONGI, F. **Executivo E Legislativo Na Nova Ordem Constitucional**. [s.l.] Editora FGV, 1999.
- FLEISCHER, D. **Os Partidos políticos no Brasil**. 1a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. v. 1 e 2
- FREITAS, A. M. DE. **O Presidencialismo da coalizão**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018, 2016.
- MAINWARING, S. **Building Democratic Institutions: Party Systems in Latin America**. [s.l.] Stanford University Press, 1995.
- PANEBIANCO, A. **Modelos de partido: organização e poder nos partidos políticos**. [s.l.] Martins Fontes, 2005.
- ROTTA, A. A. **Como depor um presidente : análise comparada dos modelos de impeachment em 77 países**. Rio Grande do Sul: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2019.

16

Bois Don't Cry! Políticos também não! Desejos e Traições nos Corações dos Partidos Políticos brasileiros ^[1]

JAIME BARREIROS NETO

Sumário: *Bois Don't Cry! Políticos também não! Desejos e Traições nos Corações dos Partidos Políticos brasileiros. Referências.*

Você sabe o que é ter um amor, meu senhor?
Ter loucura por uma mulher
E depois encontrar esse amor, meu senhor
Nos braços de um tipo qualquer?

Dos “nervos de aço” de Lupicínio Rodrigues à “Traição Cruel” sofrida por Michael Wesley (Foi traição cruel / Você já veio aqui nesse motel / Como você foi capaz? Seu celular já tinha a senha do Wi-Fi / Eu tô sofrendo demais), rodando a cidade em um Fuscão Preto, “enchendo o saco” do garçom em uma mesa de bar, ou dormindo na praça, pensando na amada que se foi, a “dor de cotovelo” é um patrimônio cultural nacional que atravessa gerações.

Iê, iê, iê, infiel
Agora ela vai fazer o meu papel

1. Texto originalmente publicado na Revista Salve, n. 02, da Escola Superior de Advocacia da OAB/BA, em fevereiro de 2022.

Daqui um tempo, você vai se acostumar
 E aí vai ser a ela a quem vai enganar
 Você não vai mudar

A arte imita a vida. A vida imita a arte. A política é a arte da vida e a traição, diria o “filósofo” Kleber Bambam, do Big Brother Brasil, “faz parte”.

O “infiel”, sucesso na voz de Marília Mendonça, é um velho protagonista da política brasileira. Vivemos, conforme previsão constitucional, em uma democracia partidária, em que o eleitor deve escolher seus candidatos preferidos a partir de nomes indicados e “fiéis” a partidos políticos. Teoricamente, tais candidatos eleitos deveriam perder seus respectivos mandatos ao praticar atos de infidelidade partidária, valorizando as escolhas do eleitor e fortalecendo, assim, as noções de representatividade e legitimidade democrática.

Nós somos cúmplices, nós dois somos culpados
 No mesmo instante em que teu corpo toca o meu
 Já não existe nem o certo nem o errado
 Só o amor que por encanto aconteceu

E é só assim que eu perdoo os teus deslizes
 E é assim o nosso jeito de viver
 Em outros braços tu resolves tuas crises
 Em outras bocas não consigo te esquecer

Deslizes, culpas recíprocas e cumplicidade nas traições, imortalizadas na dicção de Raimundo Fagner, sempre foram, contudo, a realidade vivenciada nas relações entre partidos políticos e seus filiados.

Então tá combinado
 É quase nada
 É tudo somente sexo e amizade
 Não tem nenhum engano nem mistério
 É tudo só brincadeira e verdade

Podermos ver o mundo juntos
 Sermos dois e sermos muitos
 Nos sabermos sós sem estarmos sós
 E abriremos a cabeça
 Para que afinal floresça
 O mais que humano em nós

Desde a redemocratização do Brasil, em 1985, “Tá Combinado”, como na famosa música de Peninha consagrada por Maria Bethânia, que detentores de mandatos políticos são livres para experimentar novas relações e experiências, para dar vazão ao incontrolável impulso da maximização das suas chances de sucesso nas suas respectivas carreiras políticas, sob o olhar complacente dos partidos políticos.

Eu sou de ninguém
 Eu sou de todo mundo
 E todo mundo me quer bem
 Eu sou de ninguém
 Eu sou de todo mundo
 E todo mundo é meu também

Deputados Federais “tribalistas”, segundo levantamento estatístico realizado por Livia Matias de Souza Silva^[2], em 2005, foram responsáveis por 276 mudanças de partidos na 49ª Legislatura (1991 a 1995), 235 na legislatura seguinte (1995 a 1999) e 290 migrações partidárias na 51ª Legislatura (1999 a 2003). Somente nos dois anos anteriores ao referido estudo, mais 197 outros atos de troca de legendas já haviam ocorrido, durante o curso da 52ª Legislatura.

Chega de tantas mentiras
 Chega de brincar
 Com meu amor

Eis que no ano de 2007, o lamento que se tornou um estrondoso sucesso na voz anasalada de Luiz Carlos, do Raça Negra (acreditei no seu

2. Cf. BARREIROS NETO, Jaime. **Fidelidade Partidária**. 1. Ed. p. 240, Salvador: JusPodivm, 2009.

amor / e acabei como estou / sozinho, sozinho), bateu às portas do Tribunal Superior Eleitoral, quando o antigo Partido da Frente Liberal (PFL), outrora um dos maiores beneficiados pela infidelidade partidária alheia, viu, uma vez deslocado pelas urnas para a oposição ao governo federal, sua bancada parlamentar reduzir dramaticamente, mergulhando, assim, nos sentimentos traduzidos por Bruno e Marrone em “Estou Arrependido”:

Você nem imagina o quanto estou arrependido
 Eu nunca me encontrei depois que você foi embora
 Me vejo largado sem rumo coração partido
 Por que será que eu errei, meu Deus, maldita hora

Foi então que o TSE, incorporando o eterno romântico Odair José (Eu quero que você não pense em nada triste / Pois quando o amor existe / Não existe tempo pra sofrer), respondeu à Consulta 1398, formulada pelo antigo PFL, em que se questionou a quem pertenceria o mandato político: ao partido ou ao mandatário?

Provocando uma virada na jurisprudência sobre o tema da fidelidade partidária, o TSE decidiu que o mandato político pertenceria ao partido e não mais ao representante eleito.

A pior coisa do mundo
 É amar sendo enganado
 Quem despreza um grande amor
 Não merece ser feliz, nem tão pouco ser amado.

Sentindo as dores de Waldick Soriano, o TSE ainda respondeu de forma afirmativa à consulta 1407, formulada pelo deputado Nilson Mourão (PT-AC), afirmando que partidos e coligações teriam sim o direito de preservar as vagas obtidas pelo sistema eleitoral majoritário, quando houvesse pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para uma outra legenda.

Em resumo: o princípio da fidelidade partidária, com a consequente aplicação da sanção de perda do mandato eletivo pelo político infiel, deveria ser aplicado a todos os mandatários brasileiros que, sem justo motivo, abandonassem seus partidos, traíndo assim não apenas as suas respectivas legendas mas, de forma indireta, todos os eleitores que, em uma democracia partidária, vinculam-se, por meio do voto, aos ideais e propostas firmados por um partido político.

E nessa loucura de dizer que não te quero
 Vou negando as aparências
 Disfarçando as evidências
 Mas pra que viver fingindo
 Se eu não posso enganar meu coração?

Eis então que o dilema existencial de Chitãozinho & Xororó, exposto em “Evidências”, a música que para muitos se tornou uma espécie de “hino nacional informal”, ressoou na política partidária e também no Poder Judiciário. Logo os primeiros questionamentos e ações práticas contrárias ao novo e revolucionário entendimento acerca da dimensão material do princípio da fidelidade partidária começaram a surgir. Para que viver fingindo um pacto de fidelidade que mal disfarçava a incontida pulsão pela perfídia?

Meu bem me deixa sempre muito à vontade
 Ela me diz que é muito bom ter liberdade
 Que não há mal nenhum em ter outra amizade
 E que brigar por isso é muita crueldade

Sem abrir margem para “Ciúme”, o Supremo Tribunal Federal, julgando a ADI 5081, proposta pela Procuradoria Geral da República, decidiu que o princípio da fidelidade partidária não seria aplicável a detentores de mandatos majoritários (prefeitos, governadores, Presidente

da República e senadores), mas tão somente a vereadores e deputados estaduais, distritais ou federais, em uma decisão que claramente esvaziou o conteúdo do princípio da fidelidade partidária como uma garantia firmada pela Constituição ao eleitor de que a sua representatividade eleitoral e suas escolhas programáticas e ideológicas não seriam deturpadas pela ação egoísta de seus representantes eleitos, com a conivência ou não dos partidos políticos.

Esta é a última canção
Que eu faço pra você
Já cansei de viver iludido
Só pensando em você

Quem sabe embalados pelo antigo sucesso do saudoso Paulo Sérgio, o Ministério Público Federal, autor da ADI, e o STF tenham concluído pela real impossibilidade de combater uma prática quase tão notável e onipresente quanto as canções de amor, traição e arrependimento no cenário musical brasileiro?

Muito antes, porém, do julgamento da ADI 5081, o instituto da fidelidade partidária, teoricamente redimensionado a partir da consulta 1398 e dos julgamentos, em 2007, pelo STF, dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, os quais confirmaram a constitucionalidade da então virada jurisprudencial do TSE, já havia sofrido abalos, decorrentes da Resolução nº. 22.610, do TSE, que disciplinou as normas materiais e processuais relativas à perda de mandatos políticos por traição dos mandatários aos seus respectivos partidos.

Uma brecha normativa prevista na citada Resolução permitiu que todo e qualquer titular de mandato eletivo que resolvesse participar da fundação de um novo partido político tivesse assegurada a preservação do seu mandato, estabelecendo o mais óbvio dos resultados: a proliferação

do surgimento de “partidos guarda-chuvas”, abrigo de toda e qualquer espécie de político insatisfeito com sua agremiação partidária de origem e buscando um novo abrigo, um novo amor.

Os partidos políticos, teoricamente prejudicados pelo tradicional “troca-troca”, por outro lado, nunca se mostraram verdadeiramente insatisfeitos com este cenário de “traições”. Tal qual Alcione, assumiram uma “estranha loucura” de “tentar desculpar o que não tem desculpa”, crendo, talvez que, mais cedo ou mais tarde, seus “fieis traidores” voltarão aos seus braços.

Eu acho que paguei um preço por te amar demais
 Enquanto pra você foi tanto fez ou tanto faz
 Magoando pouco a pouco
 Me perdendo sem saber
 E quando eu for embora o que será que vai fazer?

Vai sentir falta de mim
 Sentir falta de mim
 Vai tentar se esconder
 Coração vai doer
 Sentir falta de mim

Chegamos, então, à promulgação, em setembro de 2021, da Emenda Constitucional nº. 111: a última pá de cal no instituto da fidelidade partidária. De acordo com a nova redação do artigo 17, § 6º da Constituição Federal, firmada pela nova emenda, não perderão seus mandatos os deputados e vereadores que se desligarem do partido pelo qual tenham sido eleitos, caso haja anuência do partido. Desta forma, qualquer deputado ou vereador poderá realizar a migração partidária a qualquer tempo, sem riscos de perder o mandato e alheios à possibilidade de ações por parte de suplentes ou do Ministério Público. Afinal, como diria o cancionista

popular, nas vozes de Leandro e Leonardo, “amores vem e vão, são aves de verão. Se tens que me deixar, que seja então feliz”.

Ser corno ou não ser?

A célebre indagação de Dejair, aquele cujo nome era “facinho de confundir com João do Caminhão”, da música “Bois Don’t cry”, do Mamonas Assassinas, há muito deixou de ser uma questão existencial para os nossos partidos políticos. “Mentiras sinceras me interessam. Me interessam”. O eleitor, como sempre, é o último a saber.

Referências

BARREIROS NETO, Jaime. **Fidelidade Partidária**. 1. Ed. p. 240, Salvador: JusPodivm, 2009.

17

A cultura do esquecimento como obstáculo à efetividade da Justiça Transicional brasileira

JONATA WILIAM SOUSA DA SILVA

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

Sumário: Introdução. 1. Os Direitos à Memória e ao Esquecimento como Direitos Fundamentais de Terceira Geração. 2. A Cultura do Esquecimento como instrumento de reconciliação nacional após períodos de ruptura institucional. 3. A concretização do esquecimento deliberado como caminho à reconciliação pela anistia. 4. A Justiça de Transição brasileira no contexto da redemocratização política. 5. Os entraves à consolidação da Justiça Transicional brasileira. 6. Considerações finais. Referências

Introdução

Quando tratamos da memória, não estamos nos referindo somente ao tempo, mas também ao espaço. Ao entender a memória como categoria de caráter seletivo, com aspectos políticos e consequências materiais no corpo social, não é nenhum equívoco conceber que também o esquecimento será parte dessa dialética, podendo ser instrumentalizado politicamente diante de períodos que perturbem a memória coletiva e sejam capazes de provocar dissensos e instabilidade social.

É neste sentido que propomos a análise dos direitos à memória e ao esquecimento. O direito à memória enquanto direito fundamental

de terceira geração, inspirado no princípio da fraternidade (oriundo da revolução iluminista do século XVIII), e o esquecimento como aspecto que concerne aos direitos à honra, intimidade e privacidade, tensionando os limites entre a memória e o esquecimento, sobretudo quando em conflito em caráter transindividual, e buscando a compreensão acerca das previsões constitucionais e infraconstitucionais dos referidos direitos.

Com base nestes pressupostos, procederemos, a partir de um posicionamento crítico, à análise da existência de uma cultura do esquecimento como instrumento que objetiva a reconciliação nacional após períodos de ruptura institucional, esmiuçando os limites do direito ao esquecimento, as políticas de esquecimento deliberado e de anistia, para então detalhar as políticas adotadas no Brasil no contexto da redemocratização de 1988, no período pós-ditadura civil-militar, por ser o mais recente período de transição entre modelos de concepção de Estado no país.

Através de revisão bibliográfica calcada em estudos da historiografia, bem como documentos e marcos legislativos, além de decisões judiciais de Tribunais e das Cortes Superiores brasileiros, objetiva-se a análise crítica da cultura do esquecimento e da sobrevalorização de políticas de esquecimento deliberado em detrimento dos direitos à memória e à verdade.

Sendo assim, a presente investigação pretende oportunizar uma maior compreensão acerca de feridas históricas não cicatrizadas e os entraves que as políticas de esquecimento deliberado e anistia concretizam em termos de justiça de transição no Brasil.

1. Os Direitos à Memória e ao Esquecimento como Direitos Fundamentais de Terceira Geração

O surgimento de direitos fundamentais transindividuais representou a superação da doutrina individualista do processo, propiciando nova

categorização de interesses e sua justiciabilidade em decorrência das transformações ocorridas no mundo contemporâneo, do surgimento da “sociedade de massa” (pós-revolução industrial) e da necessidade de proteção de realidades juridicamente relevantes marcadas por interesses pulverizados pela sociedade ou por parcelas sociais, a exemplo do meio ambiente e do desenvolvimento (JABORANDY, 2016)

Em razão do surgimento de direitos de natureza difusa que superam a dicotomia público/privado, brotou a necessidade de construir um modelo de proteção específico a tais direitos, afinal, “os direitos e deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas metaindividuais e coletivos”. (CAPELETTI, *apud* JABORANDY, 2016, p. 168).

Na concepção da referida autora, para qual nos inclinamos:

Os direitos fundamentais transindividuais têm como fundamento jurídico-normativo a fraternidade e a violação aos mesmos pode afetar toda humanidade, além, inclusive, dos limites do próprio Estado. Tem-se, na realidade, um interesse legítimo (objeto difuso ou coletivo) ou direito subjetivo (objeto coletivo ou individual homogêneo) que deve ser concretizado pelo Estado e pelos particulares. (...) A fraternidade manifesta-se em primeiro momento como valor fundante sendo eixo direcionador da esfera constitucional e, no segundo momento, como elemento fortalecedor dos direitos fundamentais, por possibilitar a prática concreta da igualdade na alteridade e da liberdade material, de modo que, exercendo a fraternidade, se preserva tanto a liberdade e a igualdade como também se efetivam direitos fundamentais transindividuais. (*op. cit*, p. 169-170).

Deveras, é na categoria dos direitos fundamentais transindividuais que encontramos, predominantemente, as manifestações dos direitos à memória e ao esquecimento.

Com efeito, o direito à memória se forma enquanto patrimônio cultural constitucionalmente assegurado no artigo 216 da Constituição Federal Brasileira, e é conceituado como sendo o direito que consiste no poder de acessar, utilizar, reproduzir e transmitir o patrimônio cultural, com o intuito de aprender as experiências pretéritas da sociedade e assim acumular conhecimentos e aperfeiçoá-los através do tempo. (DANTAS, 2008, p. 57)

Por sua vez, o direito ao esquecimento exsurge enquanto expressão dos direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, aspectos concernentes ao direito da personalidade e à dignidade da pessoa humana e foi primeiramente trazido de forma expressa ao ordenamento jurídico brasileiro ainda em 2013, através de disposição expressa do Enunciado 531, aprovado por ocasião da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, dispondo que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. (BRASIL, 2013).

Posteriormente, este direito foi conceituado, em acórdão em Recurso Extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal como “a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtual, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.” (BRASIL, 2021, p. 32)

De outro lado, não se pode olvidar que há uma dimensão política da memória que conclama esquecimentos deliberados pontuais, instrumentalizando as lembranças e esquecimentos em uma dinâmica seletiva, e tal dimensão consubstancia garantias que se destinam a preservar aspectos da dignidade da pessoa humana no tocante ao direito à privacidade e à reabilitação social.

Os desafios, portanto, consistem em determinar as circunstâncias de preponderância do direito à memória, o revés, quando o direito ao esquecimento deve se sobrepor, e as determinações quando do conflito direto entre essas duas garantias, levando em consideração as circunstâncias quando a esfera individual for ultrapassada e estivermos diante da disputa entre o direito à memória e o direito ao esquecimento relativamente a momentos históricos marcados por violações sistemáticas de direitos humanos, ou seja: as tensões entre memória e esquecimento em âmbito coletivo, transindividual.

Fincadas tais premissas, passaremos a analisar os pressupostos e fundamentos que subsidiam as discussões acerca do direito ao esquecimento, sobretudo no contexto após períodos ditatoriais e durante a transição para um regime democrático.

2. A Cultura do Esquecimento como instrumento de reconciliação nacional após períodos de ruptura institucional

Os movimentos de lembrar e esquecer, ainda que tenham origem na intimidade individual do pensar, são movimentos que incidem sobre a coletividade e conformam ações de fortalecimento da identidade e de organização do espaço coletivo, sendo, portanto, elemento fundamental para a manutenção da vida em sociedade. (SOUZA, 2017, p. 86).

Deveras, os períodos de transição para a democracia após rupturas institucionais, cuja transição é negociada entre diversos setores da sociedade, são marcados por uma cultura do esquecimento deliberado dos fatos visando uma reconciliação nacional, o que culmina, via de regra, em anistia.

A anistia é trazida por muitos como sendo necessária para facilitar a reintegração dos combatentes à vida política pacífica, bem como é um

pressuposto de um direito internacional humanitário, que é aplicado mesmo aos conflitos nacionais, entretanto, não podemos confundir a anistia (do grego *amnesia*, que pode ser traduzido como esquecimento), com o perdão.

Para melhor compreensão da temática ora proposta, trazemos o importante alerta de que “o esquecimento não é sempre uma fragilidade da memória, um fracasso da restituição do passado. Ele pode ser o êxito de uma censura indispensável à estabilidade e à coerência da representação que um indivíduo ou os membros de um grupo fazem de si próprios.” (CANDAUI, 2012, p.127).

Nesse contexto, o esquecimento consciente e a subordinação das políticas ao obliuamento do passado supostamente orientado pela construção de um melhor presente e pelo futuro são discursos frequentemente adotados após períodos de ruptura institucional, sobretudo quando agentes estatais são os principais perpetradores das violências durante esses períodos.

A título exemplificativo, Augusto Pinochet conclamou pela reconstrução e reconciliação nacional após o regime ditatorial sob o seu comando, entre os anos de 1973 e 1990 no Chile:

Devemos continuar a trabalhar para o Chile, para a nossa república; não devemos olhar para trás. Não vamos permitir que esse país se torne uma nação de terceira classe, mas uma de segunda ou de primeira, se possível. Mas para isso é necessário ser inteligente, ser capaz, e ter a habilidade de esquecer. (PINOCHET, in BEVERNAGE, 2018, p. 40)

No mesmo sentido, Frederik de Klerk, da África do Sul pós-apartheid ^[1], em manifestação advogando sobre a importância do esquecimento asseverou que “a melhor maneira de reconciliar seria dizer:

1. Sistema político segregacionista e totalitário pautado por assimetrias raciais iniciado em 1948 e vigente até o ano de 1991 na África do Sul.

vamos fechar o livro do passado, vamos esquecer realmente e começar a olhar para o futuro.” (DE KLERK, apud BEVERNAGE, 2018, p. 40)

Estas disputas, portanto, equilibram-se sob frágeis bases e consubstanciam o que os estudiosos nomeiam como “dilema da justiça de transição”, em que há uma escolha a ser feita diante de dois imperativos: buscar o reparo da injustiça história e, assim, abrir o risco de contestação social, desestabilização e retorno da violência; ou objetivar um presente e futuro democrático e pacífico em prejuízo das vítimas de um passado sombrio. (BEVERNAGE, 2018, p. 39).

Há que se considerar ainda os óbices econômicos e políticos existentes à efetivação das políticas de valorização da memória e responsabilização dos perpetradores de violência em sociedades recém-saídas de períodos de ruptura institucional, vez que não raro os agentes políticos que deveriam ser responsabilizados integram ainda postos elevados na estrutura político-social, bem como os Estados não encontram viabilidade econômica nem estabilidade político-jurídica para levar a cabo os processos de responsabilização.

Refere Ackerman a esse respeito (*op. cit*, p. 41):

Não pode haver esperança de corrigir de forma abrangente os erros cometidos por uma geração ou mais. Falando de modo mais cru, reformas burocraticamente viáveis podem fazer mais justiça e revelam-se menos divisórias, do que uma busca quixotesca pela miragem da justiça corretiva. (...) se uma base constitucional forte é construída, os terrores do passado irão se tornar nada mais que uma memória sombria, porém distante.

Toda essa movimentação política em torno do esquecimento como pressuposto à reconciliação nacional culminou em diversas anistias concedidas em âmbito político-jurídico ao redor do Ocidente, principalmente (mas não só) na América Latina entre as décadas de 60 e 80.

No Brasil não foi diferente, porquanto, após a ditadura civil-militar entre 1964 e 1985, tivemos a publicação da lei 6.683/79, anistiando ampla e irrestritamente todos aqueles que cometeram crimes políticos, crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, durante o período entre setembro de 1961 e agosto de 1979. Essa anistia representou, portanto, um acordo político de esquecimento.

Em razão dos mencionados eventos, resta imprescindível que analisemos de que forma se operam essas ações de esquecimento deliberado e os projetos de reconciliação nacional a partir da ideia de anistia.

3. A concretização do esquecimento deliberado como caminho à reconciliação pela anistia

Como se pode depreender do tópico anterior, há uma séria celeuma em torno do significado e alcance do direito ao esquecimento. Quando tratamos de fatos históricos, essa discussão se acirra ainda mais, em virtude do caráter seletivo da memória e da dimensão política da memória coletiva e nacional, a partir da concepção de que a memória não é dada e nem absolutamente natural, mas sim construída.

De acordo com as valiosas lições de POLLAK (1989, p. 201):

A priori, a memória parece ser um fenômeno individual, algo relativamente íntimo, próprio da pessoa. Mas Maurice Halbwachs, nos anos 20, 30, já havia sublinhado que a memória deve ser entendida também, ou sobretudo, como um fenômeno coletivo e social, ou seja, como um fenômeno construído coletivamente e submetido a flutuações, transformações, mudanças constantes.

Logo, o esquecimento pode ser instrumentalizado politicamente para

produzir apagamentos de momentos de períodos históricos traumáticos, sendo compreendido como um caminho à reconciliação nacional após períodos de ruptura institucional e à anistia de crimes e violações cometidas durante esses períodos. Milan Kundera discorre sobre o uso da memória como canal político, enfatizando que cada governo e país, dependendo das circunstâncias, tem necessidade de um passado para estabelecer relações de recíproca convivência, assim como o tem do esquecimento. (*apud* TEDESCO, 2011, p. 19).

Decerto, é possível afirmar que, por mais paradoxal que seja, o esquecimento deliberado também pode ser utilizado como um instrumento de ação pública memorial, pois como já trazido, a memória é seletiva em sua natureza, tanto individual quanto coletiva (omissão involuntária, traumas coletivos, conchavos de reconciliação nacional, deliberações e oclusões ideológicas do *status quo* político, esquecimento ligado a lugares de lembranças traumáticas, etc).

É a partir desse ponto que introduzimos o conceito de anistia, vez que este representa a institucionalização do esquecimento, como veremos adiante. Etimologicamente, anistia, do grego *amnestia*, significa esquecimento. Não está associada a perdão. Pressupõe isso sim, um apagamento de fatos do passado. (...) no âmbito do Direito, a anistia envolve as seguintes perspectivas: penal, tributária e política. (REMIGIO, 2009, p. 187-188).

Após períodos de ruptura institucional e durante as negociações para uma transição, não raro a anistia política e penal é instrumentalizada como moeda com vistas ao perdão por ilícitos praticados ou às políticas implementadas, sendo entendida a anistia, portanto, como imprescindível a uma reconciliação nacional, estimulando o silêncio e esquecimento para a superação das tensões sociais. Tal concepção, no entanto, é duramente

criticada, não sem razão, haja vista a permanência das feridas históricas e a facilidade de reabertura dessas feridas não cicatrizadas.

Neste diapasão, pode-se asseverar que:

A pretensa pacificação social retratada nas leis de autoanistia, no sentido de impor um esquecimento do passado, na verdade é uma forma de eliminação da consciência política individual, “construindo em seu lugar o mito da sociedade harmoniosa e consensual de caráter homogêneo e universal”. Exatamente porque o sentido da política é a liberdade e a sua base é a heterogeneidade humana, como explica Hannah Arendt, a transição democrática não pode ser pautada num discurso consensual, segundo o qual a anistia significa perdão e esquecimento, encerrando mais um capítulo da história. (*op.cit*, p.194)

Deduz-se, portanto, que a cultura do esquecimento e a instrumentalização da anistia são caminhos possíveis e frequentemente adotados, entretanto não adequados, para a superação de momentos de ruptura institucional. Ainda assim, é imperioso que analisemos as políticas de anistia no Brasil após o período de ditadura civil-militar entre 1964 e 1985 e a redemocratização a partir de 1988, com vistas a entender os seus efeitos na efetivação das políticas de justiça de transição no Brasil.

4. A Justiça de Transição brasileira no contexto da redemocratização política

Ultrapassadas as considerações sobre o papel do esquecimento deliberado e das políticas oriundas desta cultura, passamos agora a analisar a justiça de transição no Brasil após o período de ruptura institucional e como se assentaram as negociações para a transição democrática, para a melhor compreensão das políticas de memória e de esquecimento efetivadas no Brasil e o estado em que nos encontramos atualmente.

Para compreendermos o conceito de justiça de transição, devemos ter em mente que:

a Justiça Transicional é um ramo altamente complexo de estudo, que reúne profissionais das mais variadas áreas, passando pelo Direito, Ciência Política, Sociologia e História, entre outras, com vistas a verificar quais processos de Justiça foram levados a cabo pelo conjunto dos poderes dos Estados nacionais, pela sociedade civil e por organismos internacionais para que, após o Estado de Exceção, a normalidade democrática pudesse se consolidar. Mais importante, porém, é a dimensão prospectiva desses estudos, cuja aplicação em políticas públicas de educação e justiça serve para trabalhar socialmente os valores democráticos, com vistas à incorporação pedagógica da experiência de rompimento da ordem constitucional legítima de forma positiva na cultura nacional, transformando o sofrimento do período autoritário em um aprendizado para a não-repetição. (BRASIL, 2009, p. 12)

Assim, extrai-se que o objetivo da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação. O que foi mencionado anteriormente exige um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado assim como para olhar o futuro a fim de evitar o reaparecimento do conflito e das violações. Considerando que, com frequência, as estratégias da justiça transicional são arquitetadas em contextos nos quais a paz é frágil ou os perpetradores conservam um poder real, deve-se equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo. (VAN ZYL, 2009, p. 32).

Como já discutido anteriormente, o discurso de reconciliação nacional é recorrentemente invocado para instrumentalizar uma transição através do esquecimento, entretanto há outro aspecto da reconciliação que deve ser abordado neste momento: Nas sociedades que superam períodos de

atrocidades em massa e conflito generalizado, são frequentes as profundas suspeitas, os ressentimentos e as inimizades, sendo que quase sempre essas divisões continuam na etapa pós-conflito e geram o potencial para o retorno da violência e o ressurgimento das violações dos direitos humanos. Isso é particularmente verdade nos casos em que os conflitos assumem uma dimensão de identidade na qual categorias tais como religião, língua, raça ou etnicidade são utilizadas para semear a divisão e justificar as violações dos direitos humanos. Nestes casos, a reconciliação pode ser alcançada através de um acordo constitucional que ofereça proteção e segurança adequadas aos grupos vulneráveis. (*op. cit.*, p. 38).

No caso do Brasil, onde houve forte tensão entre os militares que ocuparam o governo e determinados setores da sociedade civil, a anistia política foi benéfica não só aos transgressores do sistema político outrora vigente e que instalaram o regime ditatorial, mas também a tantos outros apontados e julgados subversores da ordem, que resistiram ao regime e foram aprisionados, muitos torturados e condenados. É imperioso, portanto, discutir a lei de anistia que fora costurada e aceita ainda na vigência do regime ditatorial, sua abrangência e posterior recepção pela ordem jurídico-constitucional democrática.

A Lei da Anistia - Lei 6.683/79 - foi proposta pelo presidente João Baptista Figueiredo e beneficiou os que tiveram direitos políticos suspensos, servidores públicos, militares, dirigentes e representantes sindicais punidos com fundamento nos Atos Institucionais (A.I) e complementares do Regime Militar. A exceção da anistia seria para aqueles condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, o que deixava a margem de discricionariedade para decisão da extensão da anistia, fato que contou com resistência ativa de diversas camadas da sociedade.

Esta iniciativa legislativa pode ser interpretada, portanto, como um pacto de silêncio através de instrumentos legais, marca evidente de

uma política de esquecimento liberado por meio de uma negociação de autoanistia e impunidade aos protagonistas do golpe-civil militar que ficou marcado pelas violações sistemáticas de Direitos Humanos e pelos horrores perpetrados por prepostos estatais, oficial ou clandestinamente.

A Lei 6.683/79, logo em seu primeiro artigo, traz o alcance e extensão da anistia em relação aos atos praticados na durante o regime de ditadura militar na seguinte forma:

Art. 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

Com efeito, O parágrafo 1º do dispositivo legal foi estrategicamente inserido para anistiar também os crimes comuns cometidos pelos agentes de repressão estatal durante o regime ditatorial, concedendo perdão não só aos crimes políticos, mas também aos crimes comuns de homicídio, tortura, lesões corporais, violências sexuais, dentre outros, praticados contra os opositores do regime, entendendo esses delitos como “crimes conexos”, e esse foi e ainda é o ponto fulcral das disputas pela memória, verdade e justiça no contexto da redemocratização brasileira.

Foi justamente contra esse dispositivo legal que se insurgiu a Ordem

dos Advogados do Brasil (OAB) em 21 de outubro de 2008, ao ingressar com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 para apreciação do Supremo Tribunal Federal. A ação requereu que a Suprema Corte desse à Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar de 1964-1985.

Sendo assim, analisando a petição inicial da referida ADPF (2008), a Ordem dos Advogados do Brasil apontou a inépcia jurídica da interpretação da lei 6683/79, a violação de preceitos fundamentais tais quais a isonomia em matéria de segurança, o descumprimento pelo poder público do preceito fundamental de não ocultar a verdade, o desrespeito aos princípios democrático e republicano e a inegociabilidade da dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, além de denunciar a ilegitimidade de um suposto acordo social entre os parlamentares e os militares para permitir a transição do regime militar ao Estado de Direito. (OAB, 2008).

O julgamento da ADPF pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal se deu em 29 de Abril de 2010, e, por 7 (sete) votos a 2 (dois), a Corte julgou improcedente os pedidos da OAB, afirmando assim a adequação constitucional da amplitude e alcance da Lei de Anistia, inclusive para os crimes comuns cometidos pelos agentes do regime ditatorial contra os seus opositores políticos.

A seu turno, o Relator da ADPF, então Ministro Eros Grau, reconhece no seu voto que a anistia resultou de um acordo político e argumenta que:

A arguente questiona, na inicial, a existência de um acordo para permitir a transição do Regime Militar ao Estado de Direito. “[Q]uem foram as partes neste acordo?” - indaga.

Não há porém dúvida alguma quanto a tanto. Leio entre aspas o que diz o ex-ministro da Justiça Tarso Genro: “Houve, sim, um acordo político feito pela classe política.” E mais diz ele, diz que esse acordo, como outros, não impõe cláusulas pétreas. Que o seja, mas é certo que ao Poder Judiciário não incumbe revê-lo. Dado que esse acordo resultou em um texto de lei, quem poderia revê-lo seria exclusivamente o Poder Legislativo.

Prevaleceu o voto do Ministro Relator, que votou pela improcedência do pedido e manutenção da extensão e alcance da lei 6.683/79, aduzindo, dentre outros argumentos, que:

A chamada lei de anistia veicula uma decisão política naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979 – assumida. A lei 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conhece a História, para quem é assim a Lei 6683 é como se não fosse, como se não houvesse sido. (BRASIL, 2010, p. 34)

Do teor constante no voto do Ministro Eros Grau, extrai-se a forte influência das políticas de conciliação nacional através do esquecimento deliberado, e, ao passo em que se reconhece e repudia as massivas violações de Direitos Humanos ocorridas durante o período da ditadura militar, exalta o acordo a partir do esquecimento que resultou na transição do regime ditatorial para o Estado de Direito. Entretanto, extrai-se também que essa transição não fora de fato concretizada, deixando o flanco de uma ferida aberta, cuja cicatrização foi relegada à discussões posteriores pelo Poder Legislativo.

5. Os entraves à consolidação da Justiça Transicional brasileira

No lugar de disputas da memória, como já discorrido nos capítulos anteriores, há a tensão entre a lembrança e o esquecimento, sobretudo em virtude de aspectos políticos da instrumentalização dessas categorias. Em momentos de maior estabilidade social, essas disputas têm menor protagonismo, todavia, durante períodos de crise, essas disputas se acirram. (CHAKRABARTY, *apud* AVILA, 2016, p. 199).

Deveras, tais “*historical wounds*” (feridas históricas) podem ser pensadas como uma combinação da história e da memória de injúrias e violências passadas que, por sua vez, sustentam demandas públicas por justiça e reconhecimento, especialmente por grupos submetidos a processos diversos de colonialismo externo e interno. Desta maneira, a própria ideia de uma “ferida histórica” confunde passado e presente, tornando o segundo habitado de pelos espectros do primeiro. (*op. cit.*)

A concepção de passado, presente e futuro como elementos absolutamente independentes, é o maior argumento que busca invalidar a existência dessas feridas históricas, a partir da ideia de que o que está no passado, passou e não guarda qualquer correlação com o presente, e que o apego ao passado seria um entrave à construção de um presente melhor e de um olhar para o futuro com vistas ao desenvolvimento e evolução. Tal perspectiva, contudo, não encontra correspondência material na realidade.

Nesta trilha, François Châtelet já há muito explicitava ser:

“Indispensável que o passado, considerado real e decisivo, seja estudado seriamente na medida em que os tempos passados são considerados dignos de atenção e lhes é atribuída uma estrutura, em que lhes são dados traços atuais, todo o discurso significativo do passado deve poder estabelecer claramente por que razão - em

função de quais documentos e testemunhos – ele dá, de uma dada sucessão de acontecimentos, uma versão e não outra”. (CHÂTELET, 1962, *apud* LE GOFF, 2013, p. 204).

As noções de anistia e perdão já abordadas anteriormente, juntamente com a ideia do tempo deslocado, individual e abstrato, reforçam o óbice à efetivação dos movimentos voltados a ampliar os espaços de memória e verdade no Brasil e concretização de uma política de justiça de transição voltada a reparar as violações cometidas durante o regime autoritário e amenizar ou mesmo cicatrizar as feridas históricas causadas por esses períodos.

A título ilustrativo, temos uma série de decretos ao longo da história que buscaram “salvaguardar informações que interessam à segurança nacional”, a ver: o Decreto nº 27.583, de 14 de dezembro de 1949, previa a destruição de documentos sigilosos (ultrassecretos, secretos, confidenciais, reservados controlados). Por esse decreto, os documentos poderiam ser queimados; Em 1967, tivemos o Decreto nº 60.417, editado em 11 de março, três meses após a promulgação da nova Constituição Federal. Nos artigos 50 a 52, desse decreto também há a previsão de destruição de documentos sigilosos. Finalmente, durante a vigência do regime autoritário no qual centramos as discussões aqui trazidas, em 1977, sob o governo do general Ernesto Geisel, o Decreto nº 79.099, de 6 de janeiro, nos seus artigos 70 a 72, também determina a destruição de documentos sigilosos.

Muito posteriormente, já no contexto pós-redemocratização, porém sob a mesma influência do esquecimento deliberado, tivemos a manutenção do sigilo de documentos públicos referentes ao período da ditadura civil-militar, compreendidas como documentos de Estado, sobretudo com base na lei 8.159/91 (política nacional de arquivos públicos e privados), persistindo com a lei 11.111/05, e que só veio a ser mitigada em 2011, através da Lei

nº 12.527, passando a regulamentar a publicidade como preceito geral e sigilo como exceção no concernente aos documentos sob a guarda do Poder Público (artigo 3º, inciso I).

Afigura-se perceptível então, a partir dos exemplos acima trazidos, que as políticas do esquecimento e do perdão como supostas bases de uma (re)conciliação nacional foram amplamente empregadas após os períodos de ruptura institucional no Brasil, consolidando um cenário de incompletude da justiça de transição brasileira, que jamais efetivou inteiramente uma transição democrática após períodos autoritários.

Decerto, conforme assinala MENDEZ (1996, p. 06), uma efetiva justiça transicional acarreta em uma série de obrigações ativas do Estado, *in verbis*:

(...)Obrigação de investigar e explicitar os fatos que possam se estabelecer concretamente (direito à verdade); obrigação de processar e castigar os responsáveis (direito à justiça); obrigação de reparar integralmente os danos morais e materiais ocasionados (reparação); e a obrigação de extirpar das forças de segurança a quem tenha cometido, ordenado ou tolerado tais abusos (criação de forças de seguranças dignas de um Estado democrático). Essas obrigações não são alternativas, nem tampouco optativas; o Estado deve cumprir cada uma delas, dentro das suas possibilidades e de boa fé. (tradução livre)^[2]

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que o esquecimento deliberado como forma de perdão e instrumento de reconciliação nacional são manifestos entraves às políticas de justiça de transição em um país saído de períodos de rupturas institucionais marcados por violações de

2. Para ser más específicos, las obligaciones del Estado que nacen de estos crímenes son cuádruples: obligación de investigar y dar a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente (verdad); obligación de procesar y castigar a los responsables (justicia); obligación de reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados (reparación); y obligación de extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado estos abusos (creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático). Estas obligaciones no son alternativas unas a las otras, ni son optativas; el Estado responsable debe cumplir cada una de ellas en la medida de sus posibilidades y de buena fe. MENDEZ, Juan. *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*. Disponível em: <https://biblioteca.iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/documentos-en-espanol/verdad-justicia-y-reparacion/1268-derecho-a-la-verdad-frente-a-las-graves-violaciones-a-los-derechos-humanos/file>. Acesso em 20. jul. 2021

Direitos Humanos, e no Brasil, inviabiliza uma verdadeira efetivação de transição ao regime democrático em consonância com o espírito que emana da “Constituição Cidadã” de 1988, evidenciando que ainda há uma ferida aberta no passado e no presente nacional que carece de reparação e justiça.

6. Considerações finais

Entendendo os direitos à memória e à verdade como direitos fundamentais, bem como admitindo a existência de um direito ao esquecimento, verifica-se, de fato, uma tensão entre tais exigências ético-jurídicas em âmbito transindividual.

A partir da recente tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal de que o direito ao esquecimento não foi recepcionado pela Constituição Federal, temos, por via transversal, a adoção de uma política de tutela da memória como a opção do Estado Brasileiro.

Decerto, quando rememoramos períodos marcados por violações sistemáticas de direitos fundamentais, é de extrema importância que delimitemos o âmbito de maior incidência entre direito à memória em contraponto à cultura do esquecimento, tendo em vista que podem existir entraves à consecução de obrigações estatais de responsabilização e reparação no período de transição democrática.

Nesta senda, constata-se, no Brasil, uma permanente cultura do esquecimento deliberado, pautada na eliminação de documentos, imposição de sigilo no acesso à informação e no pleito por reconciliação nacional através de sucessivas anistias, tal como ocorreu no período pós ditadura civil-militar entre nos anos de 1964 e 1985, no contexto da transição de regimes que se consolidou com a Constituição de 1988 e a configuração de um Estado Constitucional Democrático de Direito em seu aspecto formal.

Um dos “preços” da redemocratização parece ter sido, justamente, a Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita, concebida como resultado de uma negociação política para uma transição pacífica para um novo regime e um perdão aos atos praticados por “ambos os lados conflituosos”, a partir de uma falsa premissa de equivalência de ações entre os agentes do governo responsáveis pelas violações sistemáticas de direitos humanos fundamentais e aqueles que resistiram ao regime autoritário, consolidando efetivamente a ideia de esquecimento deliberado como política para uma reconciliação nacional.

A partir de 2011, todavia, operou-se uma transformação institucional de efetivação dos direitos à memória e ao acesso à informação, sobretudo com a revogação da Lei 11.111/05 e do trecho concernente ao sigilo de documentos públicos na lei 8.159/91 (Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados), a partir do advento da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação). Ainda assim, o corpo jurisprudencial, e aqui destacamos o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, passou a reconhecer expressamente a existência do direito ao esquecimento, limitando-o, entretanto, ao âmbito dos direitos pessoais, devendo ser analisado no caso concreto quando em conflito com outros direitos em âmbito coletivo ou transindividual. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal apontou a incompatibilidade da Constituição Federal com a ideia de um direito ao esquecimento. Ressalvou, ainda assim, eventuais abusos ao direito à liberdade de expressão que pode ocorrer em casos específicos e devem ser analisados individualmente.

Destarte, a cultura do esquecimento representa um entrave à concretização de medidas de justiça de transição, eis que tais políticas requerem uma memória coletiva, a responsabilização dos agentes que perpetraram as violências sistemáticas a direitos humanos e a boa-fé

do Estado no restabelecimento da memória e da verdade na medida do possível, sendo, portanto, incompatível a ideia de justiça de transição e esquecimento deliberado como instrumento de reconciliação nacional, pois as feridas históricas não podem ser curadas ou cicatrizadas através do mero esquecimento.

Referências

AVILA, Arthur Lira de. **“Povoando o presente de fantasmas”**: feridas históricas, passados presentes e as políticas do tempo de uma disciplina. EXPEDIÇÕES. Teoria da História & Historiografia Ano 7 – N. 2 – ago-dez, 2016.

BEVERNAGE, Berber. **História, Memória e Violência de Estado**. Trad: André Ramos e Guilherme Bianchi. Serra, Editora Milfontes, 2018.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 531 (2013)**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 25. jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Tribunal Pleno, 29/04/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 23. jul 2021

_____. **Recurso Extraordinário (RE) nº 1010606/RJ**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 03. fev. 2021. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=5091603>. Acesso em: 25. jul. 2021

CANDAU, Joël. **Memória e identidade**. Trad: Maria Letícia Ferreira. 1ª ed., 5ª reimpressão. - São Paulo: Contexto, 2019.

DANTAS, Fabiana. **Direito Fundamental à Memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A fraternidade no direito constitucional brasileiro**: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Tese (doutorado). Universidade Federal da Bahia, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/20048>. Acesso em: 23. jul. 2021

LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. Trad: Bernardo Leitão [...] *et al* . 7ª Ed. Revista. Campinas/SP. Editora Unicamp, 2013.

MENDEZ, Juan. Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos. *In: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, 1997*, págs. 517-540. Disponível em: <https://biblioteca.iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/documentos-en-espanol/verdad-justicia-y-reparacion/1268-derecho-a-la-verdad-frente-a-las-graves-violaciones-a-los-derechos-humanos/file>. Acesso em: 24. jul. 2021

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de** Preceito Fundamental 153. Brasília, 2008. Disponível em: https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf. Acesso em: 25. jul. 2021.

POLLAK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio. In *Estudos Históricos*, vol 2, n. 3, 1989.

REIS, Jordana Maria Mathias dos. *Direito fundamental à memória e ao esquecimento*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019.

REMIGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. Democracia e Anistia Política: Rompendo com a cultura do silêncio, possibilitando uma justiça de transição. in *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Ministério da Justiça. – N. 1 (jan. / jun. 2009). -- Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2009revistaanistia01.pdf>. Acesso em: 20. jul. 2021.

SOUZA, Mariana Jantsch. A Memória como matéria prima para uma identidade: Apontamentos teóricos acerca das noções de memória e Identidade. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/graphos/article/view/20337>. Acesso em: 20. jul. 2021

TEDESCO, João Carlos. Memórias em batalhas: dimensão política da memória. *Cadernos do CEOM - Ano 25, n. 34 - Arquivos e tecnologias digitais*. Disponível em: <https://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/rcc/article/viewFile/965/547>. Acesso em: 25. jul. 2021

VAN ZYL, Paul. Promovendo a Justiça Transicional em sociedades pós-conflito. in *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Ministério da Justiça. – N. 1 (jan. / jun. 2009). - Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2009revistaanistia01.pdf>. Acesso em: 20. jul. 2021.

18

Inconvencionalidade da Candidatura Avulsa e Corte Interamericana de Direitos Humanos ^[1]

LÁZARO ALVES BORGES

Sumário: 1. Introdução. 2. O papel da Corte Interamericana e a incorporação do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento pátrio. 3. Os contornos do artigo 23 do Pacto San Jose e os casos representativos. 4. O que fazer? Análise da viabilidade das candidaturas avulsas no Brasil. Referências.

Resumo: Com a crise democrática atual, os principais atores formais – candidatos tradicionais, partidos políticos e até instituições representativas - são criticados e substituídos por outsiders ou novas formas de atuar na política como os mandatos coletivos. Acoplado a essas modificações de estruturas tradicionais, interpretações jurídicas são desenvolvidas a fomentá-las, sendo uma a utilização de tratados de direitos humanos como forma de respaldar o direito à participação democrática. Nesse sentido, as candidaturas avulsas se justificam a partir do argumento de inconvencionalidade da filiação partidária ou eficácia paralisante das normas do Código Eleitoral sobre o tema. A fim de analisar a motivação que respalda o direito a disputar sem filiação, o presente artigo pretende analisar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para

1. O escrito foi elaborado para o VII Seminário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, realizado em 20 de outubro de 2021. Em que pese já haver escritos anteriores do autor sobre o tema, houve uma reanálise da matéria com enfoque no Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos, o que leva a este conteúdo ser inovador com relação aos demais artigos publicados.

tanto, desenvolver-se-á a partir de (a) análise da estrutura do Sistema Interamericano e sua interferência nas esferas nacionais, o chamado controle de convencionalidade; (b) discussão acerca do artigo 23 do Pacto San Jose da Costa Rica, seu âmbito normativo e pronunciamentos do intérprete autêntico do diploma normativo. Conclui-se pela inviabilidade de candidaturas autônomas em razão do ordenamento atual, sendo possível a discussão do tema, inclusive no Projeto de Código Eleitoral.

1. Introdução

A bibliografia contemporânea acerca da democracia prenuncia certa crise na participação e representação política em razão de fatores como a desconfiança do eleitor da classe política, ausência de representatividade de grupos vulneráveis nos espaços de poder e perda da capacidade de formar acordos morais desejáveis na formação de políticas públicas. Dentre os prognósticos de afastamento do político em relação aos seus eleitores, pode-se considerar a existência de novos contornos jurídicos.

Um dos alvos da opinião pública são os partidos políticos, uma vez que são estruturas associativas que corroboram para a construção de oligarquias e estruturas políticas.

Como premissas deste escrito, deve-se levar em conta a fundamentalidade dos direitos humanos como órbita supracional, bem como a máxima efetividade dos direitos políticos sob pena de haver a criminalização da política.

No final da 2ª Guerra Mundial, considerando as mazelas advindas do conflito bélico e da supremacia do Estado na garantia de acesso aos canais de participação, foram construídos sistemas de garantias de direitos em multinível. Havia desconfiança no decisionismo estatal, a partir da

supremacia do Estado como único garantidor de prerrogativas individuais em relação à política institucional.

Nesse sentido, foi constituído o sistema onusiano constituído dos seguintes diplomas normativos em perspectiva política: em 1945, com a Carta das Nações Unidas; em 1948, a Declaração Universal de Direito do Homem. Dos diplomas referidos, decorrem seus instrumentos jurídicos: o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos - PIDCP e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, ambos editados em 1966. Como o próprio nome enuncia, os direitos neles tutelados são distintos, sendo de dimensões distintas.

Cumpre salientar que, no PIDCP, ratificado no Brasil com status de norma supralegal e incorporado através do Decreto n. 592 de 1992, em que pese a exortação genérica, não consta qualquer artigo específico ou regramento acerca dos direitos políticos. Na realidade, a perspectiva política dos direitos fundamentais tradicionalmente se encontra apartada dos demais direitos de primeira dimensão. Prevê, em artigos esparsos e em sua exposição de motivos, a vedação à discriminação política e a liberdade de autodeterminação política, direitos tradicionais da esfera pública desde a perspectiva histórica inaugurada no regime de liberdades após Tratado de Westfália (1648).

A dimensão dos direitos políticos se estruturou a partir da tradição das revoluções liberais – Gloriosa e Francesa – como espectro de vedação à perseguição arbitrária do indivíduo e, posteriormente, possibilidade de influência no processo decisório.

No sistema interamericano, por outro lado, em 1948, dias antes inclusive da Declaração Universal, como forma de associação entre os Estados, foi editada a Declaração Americana de Direitos Humanos e a

Carta da Organização dos Estados Americanos. A fim de dar aplicabilidade aos tratados políticos referidos, houve a edição da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1967, a qual tem como protocolo facultativo acerca da pena de morte e a fim de assegurar os direitos de 2ª dimensão, o Protocolo San Salvador^[2].

A disposição de normas de direito internacional dos direitos humanos acerca dos direitos políticos é amiúde pouco incidente. Isso se justifica em razão da possível ingerência de autodeterminação dos povos. Tal fato explica a construção da teoria, exportada do Direito Humano Europeu, da margem de apreciação, a qual será explorada na análise de casos, e a tendência de os Tribunais Supracionais deixarem para que as normas eleitorais sejam dispostas pela representação nacional.

Nesse sentido, o presente artigo pretende verificar a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do tema, bem como o influxo da perspectiva brasileira. Ademais, será observado o artigo 23 da Convenção Americana e os precedentes relativos, os casos *Yatama versus Nicarágua* (2005) e o caso *Castañeda Gutman versus México* (2013), dois casos com direcionamentos opostos, porém com orientações vinculantes sobre a aplicabilidade desses direitos.

Tal estudo pretende fomentar a atual discussão de projeto de Código Eleitoral (Projeto de Lei n. 112/2021). Motivos da alteração normativa podem ser descritos pela edição na época de restrição ao pensamento político, adaptação às novas tecnologias e evitar o protagonismo judicial face à cláusula de representação.

2. Cumpre salientar que, diferente do sistema global, no âmbito local, inexistem qualquer convenção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, sendo um protocolo facultativo.

2. O papel da Corte Interamericana e a incorporação do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento pátrio

Considerando a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, foi firmado, a partir do voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, a teoria do duplo status jurídico dos tratados de direitos humanos: (a) aqueles que aprovados no rito das Emendas Constitucionais, ou seja, com quórum de 3/5, tem patamar constitucional, fazendo parte do bloco de constitucionalidade formal e material; (b) aqueles que aprovados pela maioria simples, rito das leis ordinárias, teria patamar infraconstitucional e supralegal, fazendo parte de um exame da compatibilidade das leis com os tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil, aprovados antes ou posteriores à Emenda Constitucional 45/2004, da Reforma de Judiciário. A perspectiva da decisão atualmente consolidada ignora a existência do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, mais amplo, que entende que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”^[3]. Parte da premissa da interpretação literal do artigo 5º § 3º do documento jurídico-político, a qual mitiga a perspectiva dos direitos humanos.

Todavia, nesse particular, algumas perspectivas do julgamento da prisão civil do depositário infiel suscitam dúvidas no quando do real posicionamento do Supremo Tribunal Federal, tais como: (a) seria o efeito paralisante das normas infralegais uma forma indireta de gerar uma síndrome de inefetividade jurídica^[4] da norma constitucional? (b)

3. Essa perspectiva contrária ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, bem como com a análise de bloco de constitucionalidade material e formal, ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

4. Por outro lado, Marcelo Neves pontua a inefetividade fática com a Constitucionalização Simbólica. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Guarulhos : Acadêmica, 1994.

considerando que o julgamento ocorreu em 2008, a atual composição da Corte possui o mesmo entendimento, cuja votação ocorreu com o placar de 6x5, ou deve manter o precedente por respeito às decisões anteriores? ^[5]

Considerando a decisão paradigmática da Suprema Corte, pontua-se a necessidade doutrinária de avançar a outros dispositivos da Constituição Federal a fim de provocar a discussão jurídica de um exame de compatibilidade, na perspectiva do controle do ordenamento jurídico. Nesse sentido, conforme a decisão da Corte Interamericana, a partir do voto do juiz daquele órgão de jurisdição supranacional García Ramírez, os Estados-membros vinculados à Corte, devem o dever de analisar de forma direta e indireta por parte de todas as suas instâncias – tanto de órgãos de Poder, quanto federativas – a compatibilidade dos atos normativos e das posturas adotadas em respeito aos direitos humanos ^[6].

Comumente os direitos humanos sofrem ataques relacionados à sua desinformação. Nesse particular, cumpre salientar que os direitos humanos podem ser lidos através de perspectivas: (a) jusfilosóficas, a partir do movimento de justiça e de concretização de novos direitos; (b) juspositivistas, considerando o disposto nos diplomas firmados por um Estado-parte e sua eficácia interna. O presente trabalho adere a este grupo de estudo em razão de considerar que a atuação política e dos movimentos sociais têm sido realizadas por diversos intelectuais ^[7], devendo o campo ser ampliado a partir de outras perspectivas.

5. Com efeito, muitas discussões, inclusive críticas ao atual posicionamento da Suprema Corte, cabe observar as análises de Caçado Trindade. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A proteção internacional dos direitos humanos: *fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

6. Na doutrina brasileira, MAZZOULI, Valerio. **Curso de direito internacional privado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

7. Nesse sentido, no campo das relações raciais e os direitos humanos, cito os seguintes trabalhos: GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos - /Organização Flavia Rios, Marcia Lima - 1a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Jandaíra, 2019.

Ademais, há uma complementariedade dos estudos. Enquanto os jusnaturalistas reivindicam novos direitos, os juspositivistas reforçam a garantia de respeito aos direitos humanos, firmados a partir de uma lógica contratualista. Isso porque, quando um Estado adere a um tratado, a não ser que denuncie, deve se submeter integralmente a suas disposições, descabendo sua discricionariedade política.

3. Os contornos do artigo 23 do Pacto San Jose e os casos representativos

Em exame dos sistemas específico de proteção, há a perspectiva similar ao sistema onusiano de que deve ficar a cargo a forma de olha de seus representantes e os detentores dessa escolha. As perspectivas europeia e africana assinalam, em textos genéricos, para uma escolha dos próprios nacionais da capacidade, respeitada a isonomia e a vedação de discriminação, e das formas representativas^[8].

A Convenção Europeia de Direitos do Homem, do contrário, garante margem aos Estados-parte para adotar critérios de distinção dos nacionais e dos estrangeiros, posicionamento utilizado por diversos ordenamentos jurídicos, na consagração da capacidade política dos nacionais. O diploma assinala que os direitos de liberdade de expressão, de reunião e de vedação à discriminação não podem ser lidos como impossibilidade de vedação à atividade política a não-nacionais, o que, *contrario sensu*, significa que não se pode acusar racista ou xenofóbica a contrariedade de direitos políticos aos alóctones^[9].

8. Em igual perspectiva, a Carta Africana de Direitos do Homem ressalta o direito político de assistência dos Estados na luta de libertação contra a dominação política estrangeira. Cessada essa interferência, cumpre a liberdade e o direito de autodeterminação estatal.

9. ARTIGO 16°

Restrições à actividade política dos estrangeiros

Nenhuma das disposições dos artigos 10°, 11° e 14° pode ser considerada como proibição às Altas Partes Contratantes de imporem restrições à actividade política dos estrangeiros.

Partindo dessa premissa, a existência de cláusulas expressas proibitivas auxilia ao intérprete na condução da interpretação do tratado como a citada anteriormente. Isso porque mostra a evidência de uma situação que quem elaborou a norma já anteviu a possibilidade de alegação, retirando do âmbito de incidência da norma na perspectiva de Muller^[10].

Em razão da imprescindibilidade de estudo das normas internacionais dos direitos humanos, as quais são menos discutidas pelos profissionais jurídicos, o presente trabalho busca observar os contornos normativos do artigo 23 da Convenção Interamericana. Observa-se que o artigo referido é o único acerca das garantias políticas dentre inúmeras regulações das liberdades individuais e processuais, o que reforça o argumento de ausência de regulação no sistema internacional da perspectiva eleitoral (esfera de interferência do internacional nos Estados-nação).

Nesse sentido, o artigo 23 prescreve:

Artigo 23 - Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
- b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Da análise do dispositivo, visualiza-se que os direitos políticos têm um aspecto reservado ao que a lei interna considerar como seus cidadãos.

Desse modo, há a possibilidade de exercer a democracia de forma

10. MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de Direito Constitucional**. Traduzido por Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

direta ou indireta, como representante ou representado e participar das funções públicas. Assim, a regra se constitui na liberdade como forma de participação e associação.

Quanto à organização política em partidos políticos, não houve sua obrigatoriedade. Do contrário, como cláusula de possível restrição, encontra-se como únicas hipóteses: idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação criminal.

A análise de convencionalidade das normas de direito eleitoral se constitui em perspectiva recente, fomentada pelo controle de convencionalidade e perspectiva das declarações firmadas pela República Federativa do Brasil como compromissos civilizatórios^[11].

Utilizando o âmbito normativo desse dispositivo, discute-se a viabilidade de candidaturas independentes, conceituadas como aquelas que independem da prévia filiação partidária^[12]. À época que a Constituição foi editada, celebrava-se o retorno ao pluripartidarismo, com uma crença em um espírito próximo ao trabalho pelo Orides Mezzaroba na democracia de partidos^[13]. Todavia, como dito anteriormente, modificou-se a percepção geral das associações políticas como possível entrave a pretensas candidaturas^[14] e mitigador do debate político.

No julgamento pautado no Supremo Tribunal Federal acerca das candidaturas independentes – mandado de segurança 37831/DF, atualmente sob a relatoria do ministro Luís Roberto Barroso -, o autor utiliza como

11. Há uma perspectiva de fomento dos estudos por parte dos novos eleitoralistas acerca do tema. Nesse sentido, RIBEIRO, Pedro Novais. A necessária releitura da hipótese de inelegibilidade do art. 1º, inciso i, alínea “g” da lei da ficha limpa frente ao art. 23 da convenção americana sobre direitos humanos. In *Revista Populus*, 10 Ed, 2021.

12. SANTANO, Ana Claudia. **Candidaturas independentes**. 1. ed. Curitiba: Ithala, 2018.

13. MEZZAROBA, Ordes. (Re)pensar o partido político como instrumento fundamental para a consolidação da democracia representativa. In: SALGADO, Eneida Desiree; DANTAS, Ivo (coord.). **Partidos políticos e seu regime jurídico**. 1. ed. p. 167-189. Curitiba: Juruá, 2013.

14. Discute-se ainda a democracia interna das associações políticas. Nesse particular, CAMPOS NETO, Raymundo. **A democracia interna dos partidos políticos brasileiros**. Belo Horizonte: DPlácido, 2017.

argumentação a inexistência de obrigatoriedade da filiação partidária como critério à participação, sendo indevida a exigência pela lei brasileira.

Todavia, essa análise deve ser cotejada com as decisões dos tratados de direitos humanos da Corte Interamericana. Isso porque, em que pese a viabilidade de todos os atores estatais na interpretação da convenção, cabe ao órgão convencional dar a última palavra sobre os dispositivos, o qual deve ser seguido pelos demais intérpretes. Tal orientação surge a partir do caso *Gelman versus Uruguai* (2013) em que ficou julgado que, para além da coisa julgada entre o Estado denunciado, haveria, aos demais integrantes do sistema americano, uma coisa interpretada, vinculando-os através razões pelas quais se fundamentou o pronunciamento judicial, como forma de evitar os litígios.

No tocante ao tema partidário ^[15], na jurisprudência da Corte, há os casos *Yatama versus Nicaragua* (2005) ^[16] e *Castañeda Gutman versus México* (2013) ^[17]. No primeiro julgamento, tratava-se do partido político regional indígena *Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka*, o qual teve seu registro negado em razão de não ter obedecido a regulamentação eleitoral para participar da disputa aos cargos de prefeito, vice-prefeito e vereador.

A associação representativa pretendia atuar com base na sua cosmovisão, já havendo atuado em eleições anteriores a partir de coligação com outros partidos e com base em regramento anterior. Isso porque houve uma reforma eleitoral em 2002, que criou condicionantes ao registro de elegibilidade do Yamata.

15. Sobre direitos políticos, há outros casos representativos como *Lopez Mendonza versus Nevenuela* (2009) e *Petro Urrego versus Colombia* (2020).

16. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. Julgado em 23 de junho de 2005. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/b3b2dcefe29f27b-2984178160015c3ba.pdf>. Acesso em: 23 outubro 2021.

17. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Julgado em 06 de agosto de 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf. Acesso em: 23 outubro 2021.

A Corte Interamericana entendeu que a reforma eleitoral que restringiu a participação do grupo étnico, em associação política, violava o Pacto San Jose em razão da discriminação que violava os povos e comunidades tradicionais. Inobstante não se constituir um partido conforme as leis locais, não seria possível sua exclusão do pleito.

Outro caso representativo foi o caso do Sr. Castañeda Gutman, o qual requereu sua candidatura independente como presidencialável pela aplicação direta do artigo 23 da Convenção na argumentação exposta anteriormente de inexistência de requisito convencional. No caso do México, a Corte Interamericana entendeu que esse requisito poderia ser implementado pelos Estados-partes como forma de autonomia na organização eleitoral. Essa lógica está presente na perspectiva de ausência de ingerência dos tratados internacionais: como criar normas gerais sem interferência na soberania dos Estados? Como adaptar as normas com as distintas formas e sistemas de governo?

Adaptada do direito europeu, firmou-se a teoria da margem da apreciação, definida como “reconhecimento, por parte dos Tribunais, de um espaço de atuação do legislador sobre questões pontuais, em face dos princípios da soberania e da separação dos poderes”^[18].

Assim, a engenharia do processo eleitoral, respeitada a cláusula de isonomia e vedação à discriminação dos nacionais, pode ser elaborada pelo Estado-parte sem a necessidade de uniformização dos signatários. Dessa forma, pode-se concluir que o requisito de filiação partidária encontra-se na âmbito de escolha do legislador em sua reforma eleitoral. Todavia, a implementação a partir da interpretação judicial contradiz os precedentes

18. MORAES, Maria Celestina. LIMA, Sabrina Santos. **As teorias da margem de apreciação nacional e do legislador diante da prática do homeschooling: os casos brasileiro e alemão.** In <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/GT5+Maria+Valentina+de+Moraes+e+Sabrina+Santos+Lima.pdf/9997b5c8-9838-fe34-f77c-00d9dd0ee371>. Acesso em 20 outubro 2021.

vinculantes da Corte Interamericana, intérprete autêntico do Pacto San José da Costa Rica. Na hipótese de a matéria não ter sido debatida, a discussão brasileira teria respaldo no Judiciário Eleitoral como forma de entendimento interno.

4. O que fazer? Análise da viabilidade das candidaturas avulsas no Brasil

Após o exame da compatibilidade dos direitos humanos com as formas independentes de participar do pleito, observou-se os precedentes em direções diametralmente opostas. Se por um lado, a Corte Interamericana pontua que, para as comunidades tradicionais, pode-se constituir em discriminação e requisito abusivo em relação a suas cosmovisões e formas de associação, para aqueles já integrados o Tribunal Supranacional entende que estaria a cargo das legislações nacionais estabelecer os requisitos. Nesse sentido, foi utilizada a teoria da margem da apreciação, ressaltando que a responsabilidade de consagração de maior democratização seria da discricionariedade política local, reservando a questão à representação.

Partindo dessa perspectiva, igualmente ao México, o atual ordenamento jurídico brasileiro possui um regramento jurídico que desconsidera a ausência de filiação partidária. Em que pese a existência de oligarquias partidárias e das críticas de ausência de democracia interna^[19], a reforma pretendida (a) contraria o disposto nos precedentes da Corte Interamericana; (b) utiliza um argumento de direitos humanos enquanto que os principais tratados de direitos civis e políticos são refratários à ingerência interna; (c) deve ser realizada pelo Poder Legislativo, não pelo Judiciário em razão da existência dos julgamentos vinculantes que respaldam a reforma pela instância representativa.

19. Sobre o tema, ARAS, Augusto. **Fidelidade partidária**: efetividade e aplicabilidade. 1 ed.. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016. p. 267. BARREIROS NETO, Jaime. **Fidelidade partidária**. 1. ed. Salvador: JusPodivm; Faculdade Baiana de Direito, 2009. p. 211

Não obstante a discussão judicial, a proposta não se encontra como pauta da Reforma Eleitoral presente no projeto de lei n. 112/2021 em virtude de ser contrária aos interesses dos partidos políticos. Com argumento revés, poder-se-ia mencionar de que, se não há interesse das esferas representativas, cumpre o Poder Judiciário fazê-lo como contramajoritário. Todavia, essa disciplina teria perspectiva contrária às perspectivas de direitos humanos e atenderia a pleitos genéricos, sem se atentar aos grupos vulneráveis, muitas vezes a ouvir a voz das ruas, em crítica às instituições representativas como os partidos políticos.

Referências

- ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2019.
- ARAS, Augusto. **Fidelidade partidária**: efetividade e aplicabilidade. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.
- BARREIROS NETO, Jaime. **Fidelidade partidária**. 1. ed. Salvador: JusPodivm; Faculdade Baiana de Direito, 2009.
- BORGES, Lázaro Alves. A inconveniência da suspensão dos direitos políticos na Lei de Improbidade e na Lei de Inelegibilidades. In **Revista Populus**, 9ª Ed, 2020.
- CAMPOS NETO, Raymundo. **A democracia interna dos partidos políticos brasileiros**. Belo Horizonte: DPlácido, 2017.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A proteção internacional dos direitos humanos: *fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Caso Yatama vs. Nicarágua**. Julgado em 23 de junho de 2005. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/b3b2dcefe29f27b-2984178160015c3ba.pdf> . Acesso em: 23 maio 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Julgado em 06 de agosto de 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf. Acesso em: 23 maio 2021.

GARCIA, Viviane Macedo; CAMPOS NETO, Raymundo. Candidaturas avulsas no Brasil: uma possibilidade? In: GUERRA, Arthur Magno e Silva; BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira; BERNARDES, Flávio do Couto. **Direito Eleitoral: 30 anos de democracia**. 1. ed. p. 337-368. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos** - /Organização Flavia Rios, Marcia Lima - 1a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

MAZZOULI, Valerio. **Curso de direito internacional privado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021.

_____. **Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais** (com a colaboração de Monique Jeane Barbosa da Silva e Jennifer de Lara Gnoatto). São Paulo: Método, 2019.

MEZZARROBA, Orides. (Re)pensar o partido político como instrumento fundamental para a consolidação da democracia representativa. In: SALGADO, Eneida Desiree; DANTAS, Ivo (coord.). **Partidos políticos e seu regime jurídico**. 1. ed. p. 167-189. Curitiba: Juruá, 2013.

MORAES, Maria Celestina. LIMA, Sabrina Santos. **As teorias da margem de apreciação nacional e do legislador diante da prática do homeschooling: os casos brasileiro e alemão**. In <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/GT5+Maria+Valentina+de+Moraes+e+Sabrina+Santos+Lima.pdf/9997b5c8-9838-fe34-f77c-00d9dd0ee371>. Acesso em 20 outubro 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de Direito Constitucional**. Traduzido por Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Guarulhos: Acadêmica, 1994.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SANTANO, Ana Claudia. **Candidaturas independentes**. 1. ed. Curitiba: Ithala, 2018.

19

A institucionalização constitucional dos Direitos Quilombolas e a não Decadência dos Direitos Territoriais

MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

Sumário: *1. Introdução. 2. A discussão sobre a caducidade dos decretos. 3. O direito quilombola de acordo com a teoria do direito. 4. A constitucionalidade dos direitos territoriais quilombolas. 5. A Administração democrática nos procedimentos demarcatório. 6. A prevalência do regime constitucional quilombola. 7. Considerações finais. Referências.*

1. Introdução

Vivemos no Brasil, desde 2016 alcançando 2021, tempo em que escrevemos esse texto, uma onda de retrocessos que afrontam muitas conquistas de direitos humanos, notadamente direitos coletivos a terras e territórios. Tal se opera pela atuação do Estado brasileiro por meio dos seus três poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Isso se dá por vezes respondendo às interpelações do mercado, fazendo prevalecer interesses privados individuais sobre interesses públicos e coletivos. Vários são os exemplos que podem ser lembrados. Da parte do Executivo pode-se exemplificar com a desestruturação e as reduções orçamentárias de órgãos

como o Instituto Nacional da Reforma Agrária, encarregado das titulações quilombolas, a paralização na demarcação de territórios indígenas, dentre outras ações de igual natureza lesiva aos interesses de uma nação cuja opção constitucional foi o pluralismo social, político, jurídico. De parte do Legislativo podemos citar os avanços na aprovação de Projetos de Lei como o de número 2633/2020, de autoria do Deputado Zé da Silva, do Solidariedade (de conteúdo similar a outros em tramitação), altamente agressivo aos direitos daqueles povos que se encontram em posses imemoriais. No Judiciário há situações igualmente nefastas. Decisões que privilegiam a propriedade privada em detrimento do direito à propriedades coletiva garantida constitucionalmente às comunidades quilombolas. Tratam-se, aqui, de decisões afirmando a caducidade dos decretos que declaram de interesse social as áreas sobre as quais foi elaborado o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação Quilombola, conforme os procedimentos legais, nos casos de desintrusão de não quilombolas do referido espaço territorial.

Essa questão da qual se ocupa o Judiciário brasileiro, ferindo frontalmente os direitos territoriais quilombolas, aborda o presente artigo, falando inicialmente sobre a crise do direito no mundo contemporâneo, fundado no pensamento de Castanheira Neves. Ainda na perspectiva da teoria do direito, socorre-se do pensamento de Oliveira Ascensão a respeito da institucionalização do direito face ao direito comum; e o faz para inaugurar a análise do problema.

Dando especificidade maior ao tratamento do tema, pretende-se discutir a (não) caducidade dos decretos que declaram de interesse social os territórios quilombolas, para fins de desapropriação das propriedades neles instaladas. A reflexão pauta-se pelos seguintes pontos: o primeiro traz uma breve contextualização do problema, falando da discussão da

caducidade dos decretos quilombolas no Judiciário brasileiro. Após a discussão na perspectiva teórica, reflete-se sobre a constitucionalidade da instituição dos direitos quilombolas, resgatam-se as origens dos direitos territoriais quilombolas e o processo de reconhecimento das comunidades quilombolas como exercício de participação democrática de todos os sujeitos envolvidos, lembrando também os estudos científicos que embasaram a elaboração dos textos normativos que regulamentam a titulação quilombola; na perspectiva da Administração democrática, aquelas que conduzem o procedimento até chegar ao momento de prolação do decreto que declara o interesse social, Discutem-se, enfim, as consequências da eventual perda dos efeitos daquele decreto. Quais esferas de interesse atingem e a quem. A partir do que se passa a identificar os direitos quilombolas à luz da CF e da decisão do STF na ADIN 3239. A investigação para se chegar aos resultados aqui apresentados teve por fontes documentos obtidos junto ao Judiciário brasileiro, consultas aos sítios eletrônicos dos três Poderes e outros. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica e a análise crítica na perspectiva jurisprudencialista.

2. A discussão sobre a caducidade dos decretos

Tramitam na Justiça brasileira ações envolvendo desapropriação para fins de titulação quilombola. Em algumas dessas ações foram prolatadas decisões determinando a perda dos efeitos dos decretos declaratórios de interesse social para fins de desapropriação pelo decurso do prazo legal e, em alguns casos, com a consequente reintegração de posse dos titulares que estavam em processo de desinversão^[1]. Esse entendimento

1. *Processo N° 0000340-04.2018.4.01.3506 - 1ª VARA – FORMOSA N° de registro e-CVD 00035.2018.00013506.1.00251/0012 8 CLASSE: DESAPROPRIACAO IMOVEL RURAL POR INTERESSE SOCIAL Repte. INCRA - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA Reqdo. ALTINA MARIA BAPTISTA PIO, BOLIVAR MANUEL DAS CHAGAS, MANOEL PIO JUNIOR. (21.03.2018). Com o fundamento adiante a sentença extinguiu o processo reconhecendo a decadência: "Em sede de desapropriação regida pela Lei nº 4.132/62, o decreto expropriatório perde a vitalidade jurídica em razão da caducidade, com o decurso do prazo de dois anos, consoante disposto no artigo 3º que dispõe que "o expropriante tem o prazo de 2 (dois) anos, a partir da decretação da*

da caducidade do decreto expropriatório pelo decurso do prazo legal foi também encampado pelo STJ^[2].

Os processos judiciais foram iniciados com a ação de desapropriação, interposta pelo INCRA, com suporte jurídico nos respectivos decretos que declaram os territórios quilombolas de interesse social, conforme determinam o Decreto 4.887/2003 e a Lei 4.132/1962.

A discussão se instaura diante do decurso do prazo de 2 anos estabelecido pela lei para interposição da ação (art.3º da Lei 4.132/62), quando alegada a caducidade pelas partes interessadas no não desenvolvimento da ação de desapropriação, ou mesmo por despacho preliminar pelo juiz *ad quem*. Há decisões em ambos os sentidos- tanto pela continuidade da desapropriação como pela caducidade do decreto, com a reintegração de posse daquele que estaria sujeito à desintrusão.

Os direitos territoriais quilombolas à propriedade por título definitivo das terras ocupadas estão previstos no art.68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias. Conforme nos ensina Manoel Volkmer de Castilho^[3] tendo em vista que a Constituição garante a propriedade por título definitivo das terras ocupadas, “independentemente da data da ocupação desde que as estejam ocupando por ocasião da titulação,” justifica-se a desapropriação no caso da existência de eventual propriedade atribuída a particular legítima e anterior. Isso porque esse direito quilombola preexistente foi declarado constitucionalmente em 1988. Segundo o autor,

desapropriação por interesse social, para efetivar a aludida desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado”. Impôs-se, portanto, o ajuizamento da ação no mencionado prazo legal.”

2. STJ Resp. 1.644.976 DF, Rel. Min Hermann Benjamin, 2 T, DJe 9.10.2017. Ementa: RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. PUBLICAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CPC/2015. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA (ÁREA QUILOMBOLA). CADUCIDADE DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 3º DA LEI 4.132/1962. [...] 3. No tocante à alegada violação ao art. 3º da Lei 4.132/1962, dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o expropriante possui o prazo de dois anos, contados da edição do ato expropriatório, para ajuizar a ação desapropriatória, bem como adotar medidas de aproveitamento do bem expropriado, nos termos do art. 3º da Lei 4.132/1962, sob pena de caducidade do decreto expropriatório e da consequente inviabilidade do feito. 4. Recurso Especial não provido.

3. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Agrário. 8/12/2020

“...hipótese que além de razoável é compreensível historicamente dado que até o advento da nova Constituição esses direitos quilombolas não eram considerados oficialmente.”^[4]

Dos direitos territoriais quilombolas constitucionalmente garantidos e do dever de o Estado titular suas terras resultam os procedimentos do INCRA para dar-lhes concretude. Assim ocorre a verificação e a identificação do território, o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação pelo INCRA e demais atos para a efetiva titulação. O procedimento administrativo identificará nesses territórios terras públicas, particulares legitimamente adquiridas ou simplesmente ocupadas por terceiros.

No caso de terras públicas de uso especial ou dominicais da União, dos Estados ou Municípios, afetadas ou não, haverá expedição dos títulos definitivos, remanejando as finalidades públicas ou as instituições públicas eventualmente ali alojadas. A afetação por interesse público de uso público inviabiliza a titulação de propriedade dos quilombolas face a supremacia do interesse público não dominical de uso especial ou interesse público não estatal. Nesta hipótese, faculta-se, ante a compatibilidade com o uso público, a emissão de título de concessão de direito real de uso coletivo, consideradas as exceções, previstas no art. 10 do decreto^[5]. Os posseiros ou ocupantes não quilombolas devem ser, segundo o Decreto 4887 de 2003^[6], reassentados em programas de reforma agrária ou indenizados nas benfeitorias que fizeram de boa-fé.

Com relação às propriedades privadas legítimas, a lei determina a desintrusão. O Decreto determina a desapropriação^[7], via ação por interesse

4. *idem. Ibidem*

5. *Nesse sentido Manoel Volkmer de Castilho, op.cit.*

6. DEC.4887/2003, Art. 14. *Verificada a presença de ocupantes nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.*

7. DEC.4887/2003, Art. 13. *Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio*

social, regulada pela Lei 4132 de 1962. Como disposto no parágrafo segundo do artigo 13 do Decreto 4487/2003 a Administração Pública deve aferir a legitimidade dos títulos particulares antes de promover a desapropriação. Assim, deve ser verificada a legitimidade da propriedade das terras incidentes sobre as ocupações reconhecidas constitucionalmente. Volkmer de Castilho^[8] assevera que neste caso “a regra é a desapropriação daquelas porque incompatíveis com o reconhecimento constitucional da ocupação quilombola”. Mas, continua o autor tal “não significa que a desapropriação nesse caso opere como modo originário de aquisição da propriedade pelos quilombolas pois, bem ao contrário, tal já resulta da Constituição e não de eventual sentença judicial.”

Acrescente-se ao fato da constitucionalidade dos direitos de propriedade territorial quilombola que esse direito é imemorial, sem determinação de termo inicial com a decisão na desapropriação ou qualquer outro marco temporal. Nesse sentido, Volkmer de Castilho afirma “O título deferido aos quilombolas, no entanto, confirma que as terras são reconhecidas desde sempre como ocupação dos remanescentes dos quilombos e não decorrentes da sentença judicial.”^[9]

Esse entendimento é fundamental para compreender que o direito quilombola tem origem na Constituição Federal e não decorre de decisão proferida em ação de desapropriação, tampouco de decreto que declare a área de interesse social. A decisão proferida na desapropriação por interesse social nesse caso específico quilombola define direitos dos particulares frente ao Estado brasileiro. Os direitos indenizatórios. Não diz respeito

particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

§ 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7º efeitos de comunicação prévia.

§ 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.

8. *op.cit.*

9. *A desapropriação para remanescentes de quilombos. (Art. 68 ADCT e Decreto 4.887/2003), s.p., no prelo*

aos direitos territoriais quilombolas constitucionalmente garantidos, cujos sujeitos já foram certificados pelo Estado brasileiro, cujos territórios já encontram-se delimitados também pelo Estado, em procedimento que atende ao modelo de democracia administrativa implantada com a Constituição Federal de 1988. O procedimento para a formação do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação é democrático e participativo, respeitando a publicidade, a transparência, o contraditório e a ampla defesa dos interessados.

A sentença na ação de desapropriação define direitos dos particulares frente ao ente público referentes à indenização pela não existência da propriedade legítima e à perda de benfeitorias. Volkmer de Castilho afirma que “a “desapropriação” de que cogita o texto do decreto de fato implica em um processo de desapropriação para definição dos direitos dos particulares decorrentes da perda da propriedade legítima e suas benfeitorias”.^[10]

A sentença judicial somente formaliza o reconhecimento da propriedade quilombola, direito constitucionalmente garantido. Por consequência e por outro lado, decreta a perda da propriedade privada inserida no território demarcado, até então considerada legítima, definindo os valores da indenização. “Os valores de indenização porventura apurados considerados uma reposição por parte do ente estatal em obséquio ao até então direito de propriedade garantido na Constituição.”^[11]

Todo o embate judicial decorre de que, de acordo com o estabelecido na IN/INCRA nº 57 de 20.10.2.2009 (art. 2º, III) a desapropriação deve se realizar conforme os preceitos da Lei 4.132/62, e com base nela “será decretada” (arts. 1º e 3º), omitindo-se ela quanto à necessidade de emissão de decreto desapropriatório. O art. 6º, do DL 3365 de 1941 dispõe

10. *cit. A desapropriação para remanescentes de quilombos. (Art. 68 ADCT e Decreto 4.887/2003), s.p., no prelo*

11. *id. ibidem.*

que a declaração de interesse público far-se-á por decreto. Conforme a lei de desapropriação por interesse social, regulada pelo processo de desapropriação por utilidade pública nos pontos omissos (art. 5º), prevalece a regra de que “o expropriante tem prazo de 2 (dois) anos, a partir da decretação da desapropriação por interesse social, para efetivar a aludida desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado.”

Ocorre entretanto que neste caso a desapropriação tem caráter anômalo pois não objetiva incorporar o imóvel ao domínio do Estado expropriante. A propriedade é quilombola por determinação constitucional e haverá apenas a formalização do domínio daquilo que já é patrimônio quilombola. A sentença apenas formaliza esse direito viabilizando a titulação e os procedimentos registrais. A decisão tão somente declara legítima essa propriedade e estabelece o direito de terceiros à indenização.

A desapropriação por interesse social aqui não visa incorporar o imóvel ao domínio do expropriante e, portanto, trata-se de hipótese anômala de “desapropriação” em favor de outrem. A sentença simplesmente declarará a legitimidade da propriedade dos quilombolas e o direito de terceiros à indenização por benfeitorias ou direitos decorrentes da posse (legítima) anterior, e será base formal para a expedição do título de propriedade definitiva dos quilombolas expungindo a sobreposição.^[12]

Consequentemente, não alcançando os direitos territoriais quilombolas, eventual decisão admitindo a caducidade do decreto declaratório de interesse social apenas pode tecnicamente alcançar a relação Estado/ente privado detentor da propriedade sujeita a desintrusão- direito à indenização. O direito constitucional quilombola é intangível.

12. CASTILHO, Manoel Volkmer. *A Desapropriação...*, cit.

Há um equívoco no entendimento segundo o qual, eventual perda de efeitos do decreto que declara o território de interesse social extinguiria os direitos territoriais da comunidade quilombola, devolvendo ao detentor do título a ser desapropriado o direito àquela terra sobre a qual incidem os direitos quilombolas constitucionalmente reconhecidos.

3. O Direito Quilombola de acordo com a Teoria do Direito

A proposta de analisar a perda do direito territorial quilombola fundamentada na dita caducidade do decreto demarcatório do território em função de uma lei ordinária instigam duas reflexões no âmbito da teoria do direito. A primeira, (que será tratada depois) é a instituição de um plexo de direitos em torno da questão quilombola pela Constituição Federal de 1988 e as consequências disso na concreta realização desses direitos, no campo ampliado do direito. No mundo jurídico. E a segunda, a existência de uma crise no sistema jurídico gerada pela impossibilidade constitucional contemporânea da observância dos preceitos individualistas do liberalismo radical que informou a juridicidade do século XIX e parte do século XX, com a preeminência da privatística. Também a orientação do sistema jurídico norteadada pela racionalidade moderna sobrepondo-se a qualquer outro sentido de direito. Essa crise do sistema jurídico é tributária da história (colonialismos, guerras, revoluções, conquistas de direitos sociais e culturais). É uma construção histórico-cultural. É fruto das muitas resistências.

Castanheira Neves^[13] vai dizer que a crise do sistema jurídico traduz a consumação histórico-cultural, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas (a racionalidade moderna, o individualismo liberal). Afirma haver uma mudança radical sobretudo com relação ao formalismo.

13. NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta. VI, Ed. Coimbra, Coimbra. 1995.*

O sistema hoje cobra sentido das ações e não apenas uma racionalidade fundada no formal ou no estrutural (a racionalidade formal conduz e sustenta as decisões que acolhem a caducidade do decreto). O essencial do sistema jurídico, diz ele ^[14], não está na estrutura mas no sentido- a estrutura organiza e permite o funcionamento mas só o sentido funda e constitutivamente sustenta. Portanto, entende-se aqui, o que dá sentido nesse debate quilombola é a questão constitucional quilombola de fundo, não a racionalidade estrutural da aplicação do art. 3º, da Lei 4132 de 1962. Considerada a existência de um direito constitucional quilombola, indaga-se qual o sentido da não concretização desses direitos com fundamentos no elocubrar da perda dos efeitos do decreto que declara o interesse social; tudo endógeno ao mesmo sistema jurídico.

Castanheira Neves ^[15] diz que essa crise de sentido se instaura e só vai ser superada pela reflexão refundadora de um outro sentido. Ou seja, a crise de sentido no sistema jurídico brasileiro referente à questão quilombola só será transposta quando o Judiciário conseguir ver a realidade histórico-cultural revelada na narrativa constitucional, pelas lentes da Constituição Federal. Observar rigorosamente o contido na Carta Política.

Nessa crise de sentido, Castanheira Neves ^[16] nos aponta problemas intencionais ou internos no âmbito da jurisdição. Para resolver esses problemas internos é preciso entender que há uma recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante a lei e que o direito hoje reclama um sentido autêntico.

Em primeiro, pode-se afirmar que há uma recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante a lei através de uma renovada

14. *Digesta, cit.*

15. *Digesta cit.*

16. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta cit.*

distinção entre *jus* e *lex* que se dá de duas maneiras. Uma delas é pelo reconhecimento da separação dos direitos em relação à lei e da preferência jurídica dos direitos perante à lei ^[17]. Se no contratualismo havia uma absorção do direito pela lei (direito -legalidade), hoje prevalece a reafirmação dos direitos, notadamente os reconhecidos na Carta Maior.

Além disso, há o imperativo segundo o qual não é a lei que dá validade jurídica a direitos, mas são os direitos que se impõem à lei e condicionam sua validade jurídica. Assim, os direitos territoriais quilombolas condicionam a validade da Lei 4132 de 1962 para esses casos em discussão. Assim, ao artigo 3º da Lei 4132 de 1962 não pode ter validade para esse caso específico.

Por outro lado, ainda seguindo as orientações do Jurisprudencialismo de Castanheira Neves ^[18], o direito hoje reclama um sentido autêntico. Não mais o sentido do individualismo liberal (liberalismo radical) mas o sentido dado pela compreensão comunitária (sentido posto na narrativa constitucional)

Essa busca de sentido comunitário exige a superação da ideia do indivíduo titular dos direitos, que deve ser substituído por um sujeito no contexto político da cidadania vinculante, “pessoa com a sua constitutiva e indefectível responsabilidade comunitária”. ^[19] Evidentemente prevalecem os interesses coletivos, os comunitários, sobre o interesse individual. O momento cobra do sistema jurídico positivo o seu sentido e não apenas a sua racionalidade. O sentido dado pela comunidade política declinado na Constituição Federal.

Diante dessa necessidade de sentido, a pergunta que se põe é qual o limite normativo-jurídico da lei (da lei posta)? Ou mudando a pergunta, nas

17. Conforme o pensamento de Castanheira Neves em *Metodologia Jurídica cit e Digesta, cit.*

18. NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia Jurídica. Ed. Coimbra, Coimbra, 2002.*

19. NEVES, *Digesta, cit.*

questões territoriais quilombolas o art.3º da Lei 4132 de 1962 pode ser fonte normativa? pode ser integralmente aplicado? E a resposta no caso é não.

O limite normativo jurídico da lei só pode ser aferido na jurisdição, enquanto realização concreta do direito em intenção normativa constituenda. Ou seja a sua intencionalidade de constituir concretamente os direitos. Ou seja, nas questões quilombolas põe-se em questão a intenção de realizar direitos territoriais quilombolas. O sentido constitucional é esse e o limite normativo jurídico da lei é a intenção de realizar esse direito quilombola.

Por outro lado, o direito legalmente positivado tem como limite objetivo de aplicação o domínio histórico-cultural. Ele não pode ficar externo a domínio. No caso, está muito aquém dele, sobretudo porque a edição daquela lei (Lei 4132 de 1962) data de mais de 20 anos de anterioridade ao reconhecimento constitucional dos direitos quilombolas, não sendo capaz de alcançar o sentido do direito constitucional quilombola; sentido como é reclamado pelo contemporâneo sistema jurídico.

No aspecto intencional, embora o critério de verificação seja a lei, ela tem de se mostrar concretamente adequada ao mérito problemático do decidendo. No caso, oferecer parâmetros para a concreção dos direitos constitucionais. O que não ocorre no caso da Lei 4132/62 para os direitos territoriais quilombolas. Ela não é adequada à satisfação do mérito problemático decidendo porque impede a concretização do preceito constitucional.

Uma segunda reflexão na teoria do direito há de ser conclamada. A institucionalização de campos jurídicos a reivindicar tratamentos específicos e a reivindicar a superação da clássica dicotomia entre público e privado, orientados pela civilística de Oliveira Ascensão.

Assim, na perspectiva desta teoria do direito há que se considerar a institucionalidade da questão quilombola a partir da Constituição de 1988, criando aí um núcleo em torno do qual gravitam direitos, o que

permite reconhecer um ramo de direito específico de direitos quilombolas, devidamente institucionalizado, já não informado pela privatística. A institucionalização de um ramo de direito quilombola, no âmbito dos direitos coletivos e culturais, coloca-o em um plano privilegiado diante dos direitos privados - plano da institucionalidade face ao direito civil comum.

Oliveira Ascensão, em *Direitos Reais*^[20], afirma que a clássica divisão entre direito público/direito privado é pouco expressiva, não científica e deve ser repudiada. Para o autor, a melhor classificação ficaria como direito comum e direito institucional. O direito comum é um patrimônio aberto à disposição dos ramos institucionais, que a ele recorrem conforme a necessidade na disciplina a que se reportam. A categoria direito institucional se orienta por um núcleo que é dado por uma instituição que se destina a regular.

Segundo a teoria de Ascensão, “a instituição é aqui fim, elemento aglutinador e traço distintivo das normas jurídicas que compõem aquele ramo”.^[21] Assim, há direitos institucionais quantas as instituições que demandam regulamentação autônoma e portanto a criação de um novo ramo do direito. Consequentemente, cada direito institucional (no caso os direitos quilombolas) procede a adaptação das regras do direito comum (direitos das coisas, legislação sobre desapropriação etc) aos seus fins próprios, realizando assim a integração institucional dos elementos que abrange^[22].

A Constituição Federal de 88 institucionalizou um ramo de direitos quilombolas –reconheceu (e o fez em vários artigos 68 do ADCT, 215, 216 CF, seguido depois por legislação infraconstitucional) uma subjetividade

20. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil- Reais*, Ed. Coimbra, Coimbra. 2012.

21. *Id. Ibidem*, p.37.

22. *Id. ibidem*.

específica, reconheceu seus direitos culturais, reconheceu um tipo novo de direitos reais - o direito às terras coletivas ou para os que assim preferem, aos territórios. Isso fica muito claro nos votos proferidos quando do julgamento da AD I3239 e nos pareceres dos órgãos governamentais. Tem-se claramente uma questão quilombola como instituição.

Segundo essa teoria, portanto, no caso quilombola, diante da instituição constitucional dos direitos quilombolas (reconhecimento de sujeitos, direitos territoriais e direitos culturais) – em que há um carácter institucional, as regras de direito comuns, como a desapropriação, o direito de propriedade privada no âmbito dos direitos reais, devem ser aplicadas para a concreta realização do direito institucional quilombola, ou seja para realizar a integração de todos os direitos- dos direitos territoriais, dos direitos culturais, dos direitos identitários que compõe esse núcleo institucional quilombola.

Oliveira Ascensão alerta que há ramos institucionalizados do direito que por terem pontos de contato com o direito das coisas são submetidos a referências enganosas.^[23] É o caso em exame, da aplicação do decurso do prazo previsto no art. 3º da Lei de Desapropriação por Interesse Social.

Assim, segundo a mais refinada teoria do direito, há um erro fundamental na escolha da norma integradora dos direitos quilombolas nessas decisões que aplicam o art. 3º da Lei 4132/62 e acolhem o prazo de caducidade do decreto declaratório de interesse social. A questão nuclear institucionalizada pela Constituição Federal é quilombola.

O interesse quilombola, sendo nuclear, determina a escolha e adaptação de fontes normativas para realizar a integração dos direitos a ele referentes. A questão é quilombola. Esse é o ponto de partida, o centro em

23. *op.cit.*

torno do qual gravitam os direitos. E os direitos primeiros são os direitos quilombolas postos na Constituição. Esse deve ser o norte.

A Lei de Desapropriação, Lei 4132/62 aplicada pelos juízes no caso em discussão não é capaz de cumprir a finalidade dos direitos territoriais quilombolas garantidos institucionalmente na Constituição. O artigo 3º Da Lei 4132/62 não pode ser escolhido e usado como norma integradora, na questão quilombola.

Por outro lado, a escolha pelo órgão julgador de outros direitos comuns (como imissão em posse, direito à propriedade privada) para resolver questão de direito institucional constitucional quilombola afronta a teoria do direito. Fere, outrossim, a ordem constitucional. Na perspectiva da teoria do direito há equívocos graves nessas decisões.

4. A constitucionalidade dos direitos territoriais quilombolas

Para discutir os efeitos de uma possível “caducidade” dos decretos que declaram de interesse social os territórios identificados por meio dos RTIDs como quilombolas é necessário refletir sobre as origens dos direitos quilombolas. É também útil resgatar o democrático processo de identificação e demarcação dos territórios, para se chegar a desintrusão das pessoas que têm título de propriedade inseridos dentro desses territórios.

Os direitos territoriais quilombolas têm a sua origem na Constituição Federal, como um plexo de direitos previstos nos artigos 215 e 216, e artigo 68 do ADCT. Nos termos do *caput* do art. 215, o Estado deve garantir a todos “o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. O parágrafo primeiro do mesmo artigo busca proteger as manifestações culturais reafirmando os grupos indígenas e afro-brasileiros

como integrantes do processo civilizatório nacional: “§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.” O inciso V do mesmo artigo (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005) reafirma a valorização da diversidade étnica e regional.

O artigo 216 dispõe sobre patrimônio cultural brasileiro, incluindo entre os bens dele integrantes os portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver.

O projeto civilizatório brasileiro, declinado na Constituição Federal de 1988, compreendeu e incorporou o pensamento de que a formação social do povo brasileiro é tributária da diversidade humana, dos muitos povos que aqui estavam ou se instalaram, construindo o que chamamos nação brasileira. As comunidades quilombolas foram reconhecidas pela Constituição Federal como integrantes do patrimônio cultural brasileiro cuja preservação é interesse público, social, coletivo, nacional.

Afirmou, a Constituição Federal, a necessária defesa do patrimônio cultural (artigos 215 e 216), englobando nessa proteção, ao compreender integrante deste patrimônio, a diversidade sociocultural do povo brasileiro e seus modos de criar, fazer e viver. Os modos de criar, fazer e viver só podem ser protegidos a partir de uma territorialidade. “... a experiência território e identidade tem relação de causa e efeito.”^[24] ... O território carrega em si uma simbologia capaz de constituir elemento identitário fundamental, “compreendendo as especificidades e as necessidades de cada comunidade e de cada povo, como componente inerente à própria

24. TARREGA; *Maria Cristina Vidotte Blanco*. Inconstitucionalidade do marco temporal como referência histórica para a constituição do direito quilombola. In WOLKMER, *Antônio Carlos et alli*, *Os direitos territoriais Quilombolas. Além do Marco Temporal*. Goiânia, Ed. Puc Goiás, 201, p.95

vida destes.”^[25] Os espaços próprios de vida e de reprodução da cultura, os espaços físicos. Assim a defesa da propriedade territorial quilombola é de interesse público nacional.

Neste curso civilizatório da sociedade brasileira está também o direito e sua capacidade/funcionalidade de assegurar relações humanas que respeitem o projeto constitucional, com seus valores fundantes. Valores e bens destinados aos cidadãos. Bens materiais e imateriais que constituem o patrimônio cultural da nação. As comunidades quilombolas e os seus territórios integram esse patrimônio cultural nacional e em razão dessa natureza deve-se-lhe proteção prevalente aos interesses individuais privados.

O bem cultural que forma o patrimônio cultural nacional tem peculiaridades em relação aos demais bens. É um bem jurídico que para além de objeto de direito “está protegido por ser representativo, evocativo ou identificador de uma expressão cultural relevante.”^[26] A titularidade do domínio desse bem, no âmbito civil, fica preservada ao seus detentores, mas agrega-se-lhe uma qualidade jurídica que a tange. “Todos os bens culturais são gravados de um especial interesse público- seja ele de propriedade particular ou não...”^[27]

Não seria outra a razão do dispositivo constitucional do artigo 68 da ADCT, que dispõe: “ Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”

Nestes termos, a Constituição Federal faz reconhecer o direito de propriedade definitiva aos quilombolas, determinando ao Estado o dever de conferir-lhes os títulos. Muito mais do que o direito de propriedade,

25. TARREGA, *op.cit.*p.95.

26. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Os bens culturais e sua proteção*, 2005, p.36.

27. *id.ibidem*.

determina a obrigação de o Estado tomar medidas para preservar e promover os espaços onde essas comunidades desenvolvem suas culturas. A proteção territorial dessas comunidades quilombolas, cujo dever é do Estado, inclui preservar esses espaços na qualidade de patrimônio cultural da nação brasileira.

Não se trata, portanto, de uma disputa pela propriedade da terra, mas de defesa de interesse social nacional afirmado na Constituição Federal. Os direitos territoriais quilombolas são mais amplos que o direito de propriedade. A proteção desses territórios, enquanto “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” são de interesse da sociedade brasileira e nessa qualidade não de ser protegidos pelo Estado. O interesse social sobre os territórios quilombolas não advém nem desaparece em razão de deliberação do Poder Público. Decorre diretamente do texto da Constituição Federal, que apresenta também os instrumentos jurídicos para tal, entre os quais a desapropriação: “art. 216, § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

Dessa maneira, a Constituição Federal cria um núcleo de direitos quilombolas orientado pelo interesse público na continuidade do processo civilizatório brasileiro e na proteção do patrimônio cultural da nação, a partir do qual se institucionaliza um novo ramo de direito que delimitará e definirá a aplicação do direito comum, o direito civil e outros.

5. A administração democrática nos procedimentos demarcatórios

Um aspecto relevante a ser considerado é que a demarcação dos territórios quilombolas, desde o início do pleito de certificação da

comunidade até se chegar à emissão do decreto que declara o interesse social do território para fins de desapropriação passa por processo e procedimentos administrativos, públicos, técnicos, com ampla publicidade e possibilidade de participação social, das instituições e das pessoas diretamente interessadas.

O processo é aberto pela Superintendência do INCRA, informado com a certidão da Fundação Cultural Palmares (processo de reconhecimento da Comunidade já realizado), elaborado a partir de estudos multidisciplinares o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação, que é analisado pelo o Comitê de Decisão Regional (CDR) do Incra, órgão composto pelo Superintendente Regional, pelos chefes de divisão e pelo chefe da Procuradoria Regional. Aprovado, o resumo do RTID será publicado no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do estado e afixado na sede do município onde está o território. O Incra notificará os ocupantes e vizinhos do território quilombola, que terão 90 dias de prazo para contestação que serão julgadas pelo Comitê. Se a contestação for aceita, o RTID poderá ser refeito e publicado novamente O RTID é encaminhado pelo Incra para a Fundação Palmares, IPHAN, SPU, FUNAI, Conselho de Defesa Nacional, Serviço Florestal Brasileiro, IBAMA, Instituto Chico Mendes e os órgãos ambientais estaduais para manifestação. Se o INCRA e os demais órgãos discordarem sobre o mérito da titulação (ou seja, a sua conveniência e oportunidade), o processo será encaminhado para a Casa Civil, que coordenará os procedimentos para a busca de uma solução para o caso. Se discordarem sobre a legalidade e validade jurídica da titulação, o processo será encaminhado para a Advocacia Geral da União, que coordenará os procedimentos para a busca de uma solução para o caso. O processo de identificação do território encerra-se com a publicação de portaria do Presidente do INCRA reconhecendo os limites da terra quilombola no Diário Oficial da União e do estado. Daí parte-se para o Decreto e a desapropriação.

O procedimento para o reconhecimento dos limites dos territórios quilombolas respeita os princípios da publicidade, reconhece a propriedade privada (prevê indenização) e consolida os direitos territoriais quilombolas. Atende portanto a ambos os interesses- a propriedade privada (que indeniza em espécie) e o quilombola, que titula. Atende ainda ao interesse social de preservação do patrimônio cultural da nação brasileira, dando continuidade ao seu processo civilizatório.

E assim se dá porque as normativas que orientam os procedimentos demarcatórios e de titulação foram construídos a partir de estudos e trabalhos e equipes multidisciplinares visando à atender a uma efetiva justiça social, como também dar efetividade à norma constitucional. Assim foram os debates para a criação do Dec.4887, de 2003 e da Instrução Normativa 57 de 2009, do INCRA. Tudo no mais rigoroso atuar segundo preceitos da Administração democrática, implantada pela Carta Cidadã.

6. A prevalência do regime constitucional quilombola

Na na análise dos direitos territoriais quilombolas deve-se considerar a prevalência do direito sobre a lei, como afirma Castanheira Neves^[28], do direito institucional sobre o direito comum como quer Oliveira Ascensão mas, sobretudo em razão das escolhas políticas do povo brasileiro e de seu processo civilizatório em curso deve-se prestigiar o regime constitucional sobre a legislação infra-constitucional.

A decisão proferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239, que segundo a melhor teoria tem força vinculante, trouxe solução para várias controvérsias relativas a disputas territoriais, tendo sempre por pressuposto o título constitucional de propriedade quilombola.

28. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta, cit.*

Dentre os aspectos mais relevantes definidos naquela decisão destacam-se a afirmação da constitucionalidade do Decreto 4887/2003. Ementa: “1. Ato normativo autônomo, a retirar diretamente da Constituição da República o seu fundamento de validade, o Decreto no 4.887/2003 apresenta densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade.” [29]

O Decreto cuja elaboração textual primou pela participação democrática e cujo maior valor é o respeito aos princípios constitucionais mais caros, como a ampla defesa, o contraditório, a publicidade, entre outros. Definiu que a ocupação tradicional tem características de cada comunidade:

A consciência da identidade não se impõe de modo solipsista, não se imuniza ao controle social da legitimidade da sua pretensão de verdade. Os mecanismos para atestar a autodefinição devem ser compreendidos como meios pelos quais essa consciência de grupo pode ser identificada, aferida e exteriorizada, e não como indutores de uma característica. [30]

A decisão assentou o direito quilombola à propriedade da terra, sem qualquer condição (ressalte-se):

“O art. 68 do ADCT assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata. [31]”

Afastou-se o marco temporal: [32]

Vê-se, assim, que a delimitação das terras quilombolas

29. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239*. Relator Ministro Edson Fachin.

30. ADI 3239, p.39.

31. *Id*, *ibidem*.

32. *Id*. *ibidem*, p.39.

não deve ser prisioneira do passado nem refém do anacronismo de datas. Como já ressaltado, a proteção conferida pela norma constitucional volta-se para o futuro, pretende criar condições para preservação da cultura e da identidade afro-brasileira ligada aos quilombos (CRFB, arts. 215 e 216), contribuindo para incluir e afirmar uma minoria atual historicamente marginalizada.

A decisão reconheceu o dever de o Estado titular os territórios quilombolas:

O direito fundamental insculpido no art. 68 do ADCT em absoluto demanda do Estado delimitação legislativa, e sim organização de estrutura administrativa apta a viabilizar a sua fruição. A dimensão objetiva do direito fundamental que o preceito enuncia, enfático, impõe ao Estado o dever de tutela – observância e proteção –, e não o dever de conformação.^[33]

Reconheceu que na existência de títulos sobrepostos aos das comunidades quilombolas, eles seriam extintos via processo de desapropriação, dando um peculiar significado finalidade da desapropriação para o caso. Em seu voto, afirma o Ministro Gilmar Mendes:

Então é preciso que tenhamos também a dimensão prática da nossa decisão, uma vez que, aqui, não se trata, como no que diz respeito à terra indígena, de declarar nulos os títulos incidentes sobre a dada área, trata-se de fazer uma expropriação, para a qual nós temos um procedimento administrativo complexo, a partir de atos da Administração, de pagamento da propriedade privada, portanto de mobilização da máquina pública nesse sentido.^[34]

Anuíram todos os senhores Ministros que a propriedade reconhecida é direito fundamental quilombola, direito que prevalece sobre o título privado. A ocupação no caso é absoluta e o título jurídico da propriedade

33. *Id. ibidem*, p.16.

34. *Id. ibidem*.

quilombola é a própria norma constitucional. O Estado apenas formaliza o que é materialmente constitucional. Assim, exclui-se qualquer outro ato como constitutivo desse direito. O título de propriedade definitivo entregue pelo Estado é meramente declaratório.

A necessidade da desapropriação prevista no Decreto 4887 de 2003 decorre do bom senso na elaboração da normativa de se olhar para a realidade social e verificar a existência de terras com registros e matrículas em vigor, dentro dos territórios quilombolas. Solucionar possíveis conflitos, respeitar a propriedade privada, indenizando a extinção do título.

7. Considerações finais

A resposta mais adequada ao problema das desapropriações para desintrusão de propriedades particulares individuais não quilombolas de territórios reconhecidos e delimitados é o afastamento da possibilidade de aplicação de caducidade dos decretos declaratórios de interesse social em razão do decurso do prazo legal previsto na Lei de Desapropriações por Interesse Social. Isso porque trata-se de situação anômala de desapropriação de caráter instrumental para a proteção do interesse nacional de preservação do patrimônio cultural, como também visa a dar efetividade à norma constitucional que garante os direitos territoriais quilombolas. A fase processual objetiva tão somente formalizar a titulação e garantir a indenização, e assim o princípio constitucional de proteção à propriedade particular; harmonia entre a aplicação dos arts. 5º, *caput* da CF e o art. 68 da ADCT, combinado com arts. 215 e 216 da mesma Carta.

Não cabe o prazo para a perda de efeitos da lei de desapropriação por interesse social previsto para dar efetividade a políticas públicas em geral (hipótese de incidência daquela norma) porque no caso quilombola

em apreço sua aplicação extrapola o ditame constitucional e seu decreto regulamentar, o Decreto 4.887/2003. Fere frontalmente a teoria do direito e a ordem constitucional.

A desapropriação por interesse social no caso quilombola não visa a incorporar o imóvel ao domínio do expropriante, mas eliminar a sobreposição de títulos sobre um território. Trata-se de hipótese anômala de “desapropriação” que o Estado faz na superação do conflito entre títulos que se pretendem legítimos. A sentença, ao declarar a legitimidade da propriedade dos quilombolas, dá a base formal para a titulação definitiva (registros e outros) e garante o direito de terceiros à indenização por benfeitorias ou direitos decorrentes da posse (quando legítima) anterior. A desapropriação por interesse social no caso da desapropriação quilombola tem característica própria pois não visa a incorporar o imóvel ao domínio do Estado expropriante.

Ressalte-se que no momento da emissão do decreto declaratório do interesse social a identificação da comunidade e de seu território já foi realizada, por procedimentos cuja legalidade e constitucionalidade foram aferidas em procedimentos democráticos.

Tendo em vista se tratar de território quilombola, o interesse social (declinado na proteção do patrimônio cultural) decorre de norma constitucional, nos termos dos art.215 e 216 da CF. Já está posto. Portanto, o decurso do tempo, a demora da desapropriação não faz desaparecer tal interesse.

Eventual possível desaparecimento dos efeitos dos decretos declaratórios do interesse social não atinge os direitos territoriais quilombolas porque esses direitos decorrem da instituição do direito quilombola pela Carta Maior, como um plexo de direitos que define os

limites da aplicação de outras leis que se configuram direito comum em relação àquele específico ramo instituído pela Carta Política. Por outro lado, no âmbito democrático administrativo procedimental, todos os procedimentos de identificação do território já foram realizados quando da emissão do decreto e estão na estrita legalidade, tendo a constitucionalidade dos direitos e dos procedimentos aferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 3239, cuja força é vinculante..

Portanto, a perda dos efeitos dos decretos para fins de desapropriação quilombola e a eventual impossibilidade de desapropriação, atinge apenas a relação e o direito do expropriado com o Estado, mas não o direito constitucional quilombola. O proprietário privado perde a oportunidade de haver sua indenização, depositada pelo INCRA, e por outro lado, o Estado ganha a obrigatoriedade de emitir novo decreto para cumprimento do dever constitucionalmente posto. Esse equívoco pereniza o conflito. Promove desgastes e custos públicos indesejados. Impede a função maior da Justiça que é a pacificação social.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil- Reais**. Ed. Coimbra, Coimbra. 2012.

BRASIL. **Constituição Federal da República de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **Decreto 5063/2004** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5063.htm#art6. Acesso em 7 julho 2015.

_____. **Decreto Lei 3665 de 21 de junho de 1941**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em 20/10/2021.

_____. **Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em: 25 jan. 2012.

_____. **Decreto n.º 6.040, de 07 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 25 jan. 2012.

_____. **Decreto n.º 6.261, de 20 de novembro de 2007**. Dispõe sobre a gestão integrada para o desenvolvimento da Agenda Social Quilombola no âmbito do Programa Brasil Quilombola, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6261.htm>. Acesso em: 23 jan. 2012.

_____ **Decreto no 9759**, de 11 de abril de 2019. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>> Acesso em 19/02/2021

_____. Fundação Cultural Palmares (2012). Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/?page_id=88>. Acesso em: 20/07/2021.

_____. **Instrução Normativa n.º 57 do INCRA**. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desinstituição, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam o Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003.

_____. **Lei 4.132 de 1962**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4132.htm. Acesso em 20/10/2021.

_____. Lei 13844 de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm, Acesso em 20/10/2020.

_____. Medida Provisória 870 de 16 de outubro de 2019. (convertida na Lei 13844) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm. Acesso em 10/07/2021.

_____. Presidência da República (Seppir). **Relatório de Gestão do Programa Brasil Quilombola**. Disponível em: http://www.seppir.gov.br/.arquivos/relatorio_gestao_pbq2009. Acesso em: 26/07/ 2021

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239, de 26 de junho de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsp?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em 20/07/2021.

_____. STJ Resp. 1.644.976 DF, Rel. Min Hermann Benjamin, 2 T, DJe 9.10.2017. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1238997864/agravo-em-recurso-especial-aresp-1838167-rs-2021-0041487-7/decisao-monocratica-1238997874>. Acesso em 20/10/2020.

_____. Câmara de Deputados. Projetos de Lei 2633/2020, Deputado Zé da Silva. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2252589>, Acesso em 15/09/2021.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica. Problemas Fundamentais**. Coimbra. Coimbra Editora, 2002.

_____. **Digesta**. 1º, 2º e 3º Volumes. Coimbra. Coimbra Editora, 1995.

MARÉS de SOUZA FILHO, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. Antropologia ou Direito? Crítica à autossuficiência do direito. In: Hileia: **Revista de Direito Ambiental da Amazônia**. Ano 7-9, n.º 13-14. Manaus: Edições Governo do Estado do Amazonas / Secretaria de Estado da Cultura / Universidade do Estado do Amazonas, 2010.

_____. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. Curitiba, Juruá. 2005.

TARREGA; Maria Cristina Vidotte Blanco. **Inconstitucionalidade do marco temporal como referência histórica para a constituição do direito quilombola**. In WOLKMER, Antônio Carlos et allii, *Os direitos territoriais Quilombolas. Além do Marco Temporal*. Goiânia, Ed. Puc Goiás, 2016.

VOLKMER DE CASTILHO, Manoel L. **Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Agrário**. 8/11/2020.

_____. **A desapropriação para remanescentes de quilombos**. UFG, no prelo.

WOLKMER, Antônio Carlos et allii, **Os direitos territoriais Quilombolas. Além do Marco Temporal**. Goiânia, Ed. Puc Goiás, 2016.

20

Democracia e Poderes em Crise: precisamos mudar o modo de escolha para o STF e Tribunais? ^[1]

MARIA ELISA VILLAS-BÔAS

Sumário: *Democracia e Poderes em Crise: precisamos mudar o modo de escolha para o STF e Tribunais? Referências.*

O tema da crise democrática fatalmente chegaria às Cortes Supremas.

O poder Judiciário não passaria incólume ao déficit de credibilidade que vem assolando as instituições, e colocando em xeque a democracia, não apenas no Brasil. Não à toa, assiste-se ao crescimento de posicionamentos radicais, favoráveis a condutas antidemocráticas ou abertamente ditatoriais, como se decretada a falência, insuficiência ou incapacidade do ideal de coparticipação, inclusão e limitação do poder que inspirou a modernidade.

A crise democrática e de poderes que vivemos é sobretudo uma crise de fé. É uma manifestação de perda da confiança ou da confiabilidade nos e dos esteios democráticos, dentre os quais os poderes estatais, e na capacidade de representação desses.

Veja-se que as instituições não mudaram tanto, desde os primórdios de nossa história constitucional. No caso do Judiciário e dos métodos de escolha de sua cúpula, quer por nomeação – isso é: com a participação

1. Texto correspondente à manifestação realizada no VIII Seminário Democracia e Poderes em Crise, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Instituto de Direito Constitucional da Bahia, Instituto dos Advogados da Bahia, Academias de Letras Jurídicas da Bahia, Universidade Estadual de Feira de Santana, ocorrido por meio virtual em 24.nov.2021.

de outros poderes –, quer por cooptação – com a participação do próprio órgão judicante –, tampouco sofreu modificações tão intensas nas seis (ou sete, se considerarmos a EC n. 1/69) constituições republicanas. Ao revés, as constituições se sucederam e os métodos se mantiveram, a sugerir não ser uma demanda até então tão relevante para a credibilidade institucional.

Ademais, falar no formato de seleção dos membros dos Tribunais pátrios abrange uma gama de possibilidades, que envolvem desde a indicação dos membros do Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Presidente da República, sujeita ao escrutínio, mediante sabatina, do Senado, previsto no art. 101 da Constituição Federal; passando pelos métodos de promoção, através de alternados mecanismos de merecimento e antiguidade, nos Tribunais de Segunda Instância, e, ainda, investidura originária mediante listas oriundas das funções essenciais e chancelados também pelo Executivo, configurando o chamado quinto constitucional – terço, no caso do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Situações há, ainda, de configurações diversas e específicas, como a composição do Superior Tribunal Militar (STM) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

De se questionar, é fato, o caráter democrático desses formatos de escolha, mas mister recordar que a própria legitimidade democrática do Judiciário é indireta em nosso meio, resultando do corolário constitucional e da motivação – abrangendo aí a fundamentação e a intencionalidade – de suas decisões. Nesse último âmbito se situam as maiores dúvidas acerca da adequação do modo de indicação presente, ao se criar a suspeita de eventual expectativa de subserviência do indicado ao Executivo que o nomeou, a animar as decisões proferidas.

Não é certeza, contudo, que, mesmo se eletivo fosse o preenchimento – e há também propostas nesse sentido –, assegurar-se-iam, com isso, maiores legitimação e fidúcia, como tampouco tem a eletividade poupado

de críticas e suspeitas os demais poderes, representativos. Louvável, contudo, a ideia veiculada neste evento pelo Professor Edvaldo Brito acerca da conveniência de uma representatividade regional ou relativa a minorias pouco visibilizadas no STF, bem assim as loas tecidas pelos demais palestrantes acerca do incremento de legitimidade ensejado pela adoção das audiências públicas ^[2]. Também nessa linha, a possibilidade de participação social na sabatina senatorial e a ampliação das instâncias indicativas implicariam, como assinalado pelo Prof. Dirley da Cunha Júnior, que nos antecedeu, a probabilidade de maior pluralidade final na composição do órgão.

A inevitabilidade, todavia, de alguma participação política na conformação das Cortes decorre de sua natureza mesma, cuja vocação mista se mostra tanto mais política quanto mais alta a instância decisória, como foi sobejamente recordado. Gomes Canotilho ^[3] chama o Judiciário de “poder separado”, mas reconhece os Tribunais como “órgãos de Soberania” e não refuta seu caráter híbrido, é dizer, político-jurídico, considerando a corte constitucional, em particular, um “*órgão de decisões políticas em forma de justiça*”.

A justificativa do método de escolha por indicação do Executivo, com sabatina e aprovação pelo Senado para a Corte Máxima nacional, incluída essa última etapa pela Constituição de 1946, e franca inspiração estadunidense, remete, tradicionalmente, então, ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), ao fundamento de equilibrar o poder de “última palavra” do Judiciário, na expressão de Canotilho e Tércio Sampaio

2. Regulamentadas pela Emenda Regimental n. 29/2009, embora a primeira da espécie anteceda tal disciplina, tendo sido convocada pelo então Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, na ADIn 3510, relativa a dispositivos da lei de biossegurança vigente na época – Lei n. 11.105/05, mais precisamente no tópico referente à pesquisa de células-tronco embrionárias e utilização de embriões excedentários, em 2007. Pouco depois, outro tema também bioético ensejou audiência pública de grande engajamento, acerca da antecipação de parto de fetos anencefálicos, na ADPF n. 54, com participação de relevante número de amici curiae, previstos na Lei n. 9868/99, disciplinadoras das Ações diretas de inconstitucionalidade e Ações declaratórias de constitucionalidade.

3. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 657 e ss.

Ferraz Júnior^[4].

Outrossim, vincular tal escolha a um exercício de discricionariedade política refletiria a referida natureza híbrida das atuações superiores, cujas posições de agentes políticos se evidenciam nas análises consequencialistas de maior monta das decisões, *pari passu* com a função contramajoritária de defesa democrática^[5]; bem assim em sua condição de requisito federativo, ao fazer as vezes de um tribunal constitucional neutro, ainda que tecnicamente não o seja, bem assim na função de estabilização jurisprudencial e segurança jurídica, mediante o maior tempo das formações.

Esse último fator justifica também a previsão de mandatos comparativamente mais longos que os dos demais poderes, nas propostas de alteração que os preveem, o que permitiria, porém, em cotejo com a sistemática atual, uma renovação mais célere das teses, como assinalado pela Dra. Luiza Frischeisen, chamando a atenção para a possibilidade, nos moldes atuais, de que um Ministro do STF exerça a função durante até quarenta anos, antes de chegar à aposentação compulsória^[6]. A idade prevista para a aposentadoria também tem sido objeto de debates de projetos de mudança, notadamente, em votação ora em análise, o retorno à idade limite de 70 (setenta) anos, ampliado para 75 (setenta e cinco) pela EC 88/2015, permitiria, de logo, duas novas indicações já no próximo ano de 2022, o que importaria uma mudança a mais de quase 20% do pleno e a nomeação, ao longo do atual mandato presidencial, de mais de um terço da Casa judiciária, com quatro novos nomes.

A despeito dessa vertente inexoravelmente política, destaca-

4. FERRAZ JR., TÉRCIO SAMPAIO. *Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa*. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 154-155.

5. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 443-475.

6. O mais longo exercício no STF durante o período republicano e segundo na história nacional foi o do Min. Celso de Mello, que deixou a Corte em novembro de 2020, e exerceu a função por trinta e um anos, dois meses e duas semanas – quinze dias a menos que o Min. Nabuco de Araújo, o qual ocupara o cargo entre 1832 e 1863.

se, contudo, a necessidade primacial da liberdade e independência da magistratura ^[7]. Esse aspecto é justamente o que tem motivado boa parte das críticas à forma de escolha nacional e norte-americana. Na festejada obra “Como as democracias morrem” (*How democracies die*), de Levitsky e Ziblatt ^[8], aponta-se, como exemplo da crise de confiança democrática contemporânea, a tendência a obstruir, de forma expressa ou tácita, no Legislativo, indicações de membros das cortes pelo Executivo, desconfiando-se da imparcialidade dos recém nomeados – situação que, pondere-se, soa bem mais preocupante no caso do método de escolha do Procurador Geral da República em nosso sistema.

Exemplos de impasses entre o Executivo e o Legislativo, repercutindo (n)a composição do Judiciário naquele país, podem ser lembrados na polêmica envolvendo os famosos “juízes da meia-noite”, à época de Marshall, que acabaram culminando no célebre caso *Madison x Marbury*, marco do controle de constitucionalidade difuso; outrossim nas sete alterações de número de membros da Suprema Corte, havidas entre 1860 e 1869, de modo a permitir maior ou menor número de indicações ao partido então exercente do Executivo, alterando o espectro ideológico da Corte; e, mais recentemente, na demora em se agendar a sabatina legislativa ao indicado pelo então Presidente Barack Obama, resultando na caducidade da indicação, até a assunção do seguinte governante. Esse evento, inclusive, foi recordado algumas vezes nos últimos quatro meses, no Brasil, enquanto se aguardava o agendamento da sabatina senatorial do indicado André Mendonça, à vaga aberta pela saída do Ministro Marco Aurélio de Mello.

Na história pátria, a propósito, podem-se destacar, como ilustrativas de tensões semelhantes envolvendo a cúpula dos três poderes, as cinco

7. CANOTILHO, J.J. *Gomes. Op. Cit.*

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

indicações a Ministros do STF, recusadas durante o governo de Floriano Peixoto, a começar pelo médico Cândido Barata Ribeiro, em 1893, levantando a questão da não previsão expressa da formação jurídica para os membros da Corte, redação que persiste similar até hoje; além das numerosas críticas e polêmicas que vêm acompanhando grande parte das indicações durante a Nova República, apontando-se os escolhidos como vinculados de forma recente aos Presidentes que os indicaram. Nesse contexto, a ideia levantada de uma “quarentena” prévia à indicação, e não apenas posterior ao exercício do ministério judicante se mostra interessante e oportuna, sobretudo se exercidos cargos que já denotam especial confiança, como os de Ministros ou chefes institucionais também indicados presidencialmente, a exemplo da Advocacia Geral da União, conforme tem ocorrido com certa frequência.

Embora não tenha havido, como suprarreferido, alterações tão significativas nos trâmites de indicação e escolha dos membros dos Tribunais, também não se pode dizer que eles permaneceram de todo inalterados ao longo do tempo. Em relação ao Supremo Tribunal Federal, instituído em 1828 e instalado em 1829, *verbi gratia*, o número de membros, originalmente de quinze, reduziu-se para onze após a Revolução de 30, ampliou-se para dezesseis em 1967, retornando a onze em 1988^[9]. Sua atuação é a que mais evoca a judicialização da política (bem assim a politização do jurídico e do Judiciário, sobretudo em tempos de discussão acerca do ativismo, como mecanismo de concretização de valores constitucionais, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, *versus* a autocontenção judicial, pela qual se busca reduzir a interferência judicial nas condutas políticas), com temas de grande relevância social^[10].

Por sua repercussão mesma na vida diuturna da população, é que

9. MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 963 e ss.

10. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*

atuação e exercentes não podem estar de todo apartados da contextualização do real, mas devem manter, contudo, um distanciamento necessário dos interesses em conflito, de sorte a permitir conduzir-se com segurança o papel pragmático e simbólico de solucionador último das contendas, pondo fim à reverberação comunicacional das demandas^[11], como esperado da instância judiciária. Por tal razão, ainda, é que, diversamente da proposta de Locke^[12], foi tal função considerada própria e distinta, não devendo ser exercida como parte da atribuição executiva, inclusive por conter a atividade da análise constitucional das leis, limitadoras gerais do poder governamental.

Nesse contexto, o próprio argumento da independência, separação e equilíbrio de poderes perpassa frequentemente as ideias apresentadas à alteração do modo de escolha dos membros do Tribunais, aduzindo-se reduzir a influência de um dos vértices políticos em relação àquele que, ao fim e ao cabo, será responsável pelo julgamento de suas condutas, tentando-se resgatar, com isso, a confiabilidade geral no sistema e no regime democrático.

Quanto à propostas recentes de mudanças relativas ao tema no Brasil, erigem-se ideias inspiradas em modelos europeus, com maior participação dos demais poderes, sobretudo para a Corte Suprema, como ocorre na Itália (cujos quinze membros são indicados entre magistrados das Cortes superiores, advogados e professores com mais de vinte e cinco anos de atividade, sendo um terço por cada um dos poderes), ou com maior ênfase no Legislativo, como no modelo francês (em que o nove membros, com mandato de nove anos, sem recondução, são indicados pelo Congresso e pelas duas casas legislativas, com possibilidade de participação dos ex-

11. FERRAZ JR., *Tércio Sampaio. Op cit.*

12. LOCKE, *Jonh. Segundo Tratado sobre o Governo. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 98, 154.*

Presidentes da República em sua composição), português (em que, dos treze membros, dez são indicados pelo Legislativo e três pelo Judiciário)^[13]. Apontados, ainda, o modelo alemão (cuja Corte Constitucional conta com dezesseis membros com mandato de doze anos, sem recondução, escolhidos metade pelo Parlamento, *das Bundestag*, e metade pelo órgão constitucional, *der Bundesrat*) e o inglês (onde vige a previsão de um sistema combinado de mérito e antiguidade, assemelhando-se a nossa própria forma de promoção dos Tribunais de 2o Grau, excetuada a investidura originária pelo quinto constitucional).

Atualmente em análise, a PEC 35/2015, a mais adiantada na análise congressional sobre o tema, propugna, para indicação dos membros do Supremo Tribunal Federal, a formação de lista tríplice com nomes escolhidos pelo Judiciário, Ministério Público e Ordem dos Advogados, sabatinados pelo Senado e submetidos, então, ao crivo presidencial, invertendo-se, portanto, e dando novo peso institucional ao modelo então vigente, e aproximando, *mutatis mutandis*, a forma de composição do Tribunal máximo dos moldes de preenchimento dos Tribunais infraconstitucionais, em dada medida.

Questionar, então, se precisamos mudar o modo de escolha dos membros que compõem o STF e os demais tribunais, e que, portanto, dão feição ao nosso Estado de Direito e desenham os traços hermenêuticos que cingem nosso conteúdo constitucional, implica, pelo menos, três outras perguntas:

1. “Podemos mudar o modelo atual sem uma ruptura constitucional?” Destaca-se com isso a questão também já levantada, acerca de se haveria impeditivo pétreo, a depender do conteúdo das alterações propostas. Quer-se crer que não, se as propostas em questão

13. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*

objetivam ampliar, proteger a separação de poderes e fortalecer a defesa mesma dos demais princípios constantes do art. 60, da Carta Magna, em lugar de enfraquecer o Judiciário.

2. “Em que sentido mudar?” Muitas são as propostas de emenda sobre o tema. A Profa. Ana Carolina Clève mencionou a existência de cinquenta e sete delas, referentes à proposição de alterações do art. 101, referentes à idade de aposentação, número de membros, estipulação de mandatos, formas de escolha etc. Qual seria, então, a melhor forma para o país?

3. E, por fim, o terceiro questionamento, mais intimamente relacionado com o escopo deste Seminário, interroga-nos: “isso resolveria a crise de confiança política, institucional e democrática que vivemos?” Ou estaríamos diante de mais uma forma de constitucionalização simbólica e alteração-álibi, na inspirada locução de Marcelo Neves ^[14]? Em síntese, será essa a questão? Se não, qual? O que resolveria a insurgência algo inconoclasta contra valores tão fulcrais na contemporaneidade, a colocar sob suspeita o próprio Estado de Direito, do qual o Judiciário e sua cúpula constitucional são expressão e guardiões últimos?

Quer parecer que, sem tal questionamento, embora pertinentes e promissoras, as possibilidades de atualização ou de ajuste sugeridas não resolverão per si a crise que vulnera a democracia contemporânea, nem serão suficientes para restabelecer a confiança institucional e restaurar a fé estatal comprometida, cujas raízes sociais e políticas são mais vastas, e de que a falta de credibilidade nos poderes e no Poder Judiciário – seus Tribunais e membros – no particular, é apenas um dos sintomas e reflexos. Mister análise criteriosa, ainda, para que mudanças efetivadas sem um lastro de sustentação substancial ou marcadas por frequente transitoriedade (como se viu com a mencionada alteração etária, cuja revogação ora já se

14. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

pretende) não causem instabilidade ou dano ainda maiores à confiabilidade do sistema, sem alcançar o escopo otimizador pretendido ou possível.

Com essas reflexões, devolvo a palavra a nosso Coordenador.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FERRAZ JR., TERCIO SAMPAIO. **Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

LOCKE, Jonh. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

21

Considerações pragmáticas sobre a implantação do voto impresso

PATRÍCIA GASPARRO SEVILHA GRECO

Sumário: *1. Introdução. 2. O voto impresso e as implicações práticas. 3. Considerações Finais. Referências.*

1. Introdução

O processo eleitoral brasileiro buscou, desde a promulgação de sua Constituição cidadã, ser o mais legítimo possível, traduzindo, fielmente, a vontade popular por meio do sufrágio. Para tanto, a inafastável falibilidade do ser humano consistia em um problema, sobretudo, no momento da apuração do resultado, porquanto a contagem de votos, não raras vezes, em eventual recontagem, apresentava disparidades.

Ademais, outra característica pesava neste momento crítico: a parcialidade, que poderia entender nulo um voto quando este não o era, haja vista que uma marca acidental no quadrado destinado ao candidato opositor poder levar a interpretações variadas da junta apuradora. Some-se a este cenário o agravante da má-fé ocasionada por parte de algum escrutinador mal-intencionado.

Deste modo, se se queria trazer maior fidedignidade à proclamação dos resultados, os elementos mencionados (falibilidade, pessoalidade ou má-fé) deveriam sair da equação. Neste momento é que a votação e

a apuração eletrônicas vêm para consolidar um intento existente desde o Código Eleitoral de 1932^[1] e que seria a utilização de máquinas aptas a computar os votos.

Muito mais que trazer agilidade e precisão na totalização dos votos, a urna eletrônica, desenvolvida desde a década de 90 do século passado pelo Tribunal Superior Eleitoral, trouxe confiança no resultado, gerando-lhe maior legitimidade.

Passados vinte e cinco anos desde a sua criação, ondas recentes da opinião pública levantaram questionamentos acerca de credibilidade e da higidez dos mecanismos do voto eletrônico, pautadas na possibilidade de invasão de *hardwares* e alterações de comandos contidos nos *softwares*.

A Justiça Eleitoral – detentora da tecnologia e conhecimento técnico acerca de todas as várias etapas do processo de votação e apuração eletrônicas, com acerto, iniciou as campanhas informativas, a fim de que a população pudesse formar a sua opinião baseada em fatos e dados confiáveis, expurgando, com isso, conjecturas desgarradas da mínima probabilidade ou possibilidade de ocorrência.

O mote dos protestos levantados mais recaiu na falsa premissa de inauditabilidade da votação eletrônica que, propriamente, na construção de melhorias para o modelo, já que as críticas desferidas acabam por esbarrar em uma concepção prévia desprovida de veracidade: não haveria meio de auditar voto eletrônico.

Se a preocupação pela melhoria do processo de votação eletrônica, de fato, resume-se à ausência de possibilidade de auditorias, gera-se

1. Assim dispunha o Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, em seu artigo 57, inciso II, item 2: “Art. 57. Resguarda o sigilo do voto um dos processos mencionados abaixo. (...) II - Consta o segundo das seguintes providências: (...)2) uso das máquinas de votar, regulado oportunamente pelo Tribunal Superior, de acôrdo com o regime dêste Código”. BRASIL. [Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932]. Código Eleitoral. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 23 out. 2021.

um debate natimorto, pois que, atualmente, as urnas eletrônicas são auditadas, ao menos, por nove vezes e em períodos diversos^[2]. Outrossim, a integridade dos softwares utilizados, de igual modo, passam por cerca de trinta camadas de segurança, além de haver testes públicos de segurança^[3] destes mesmos sistemas.

Parece, no entanto, que a cautela que a população pretende ver é uma dupla possibilidade de checagem dos votos dados, ou seja, um cuidado redobrado em se poder conferir eletrônica e manualmente os votos depositados.

Quem já trabalhou em uma eleição (e aqui a prática, mais do que nunca, assume uma importância de destaque) sabe que todo o processo é feito com redundâncias de cautela, seja na repetição de atos em etapas variadas (por exemplo, há um sistema que carrega os dados da Candidatura – o CAND – e que os lança a outro que alimenta a totalização – o Totalizador – e cada um permite a emissão de relatórios variados para que se confirmem, exatamente, os mesmos dados), seja porque uma mesma ação envolve uma cadeia de indivíduos (as mencionadas candidaturas compõem um acervo público de consulta no Divulga Cand, ainda são inspecionadas pelas Zonas Eleitorais, pelos Tribunais Regionais Eleitorais, pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral, pelos partidos políticos, coligações e pelo Ministério Público).

Com isso, adicionar mais uma cautela ao processo de apuração não seria uma quebra de protocolo, mas, sim, a continuidade do mesmo espírito de trabalho de dupla, tripla, quádrupla checagem e que já faz parte do *modus operandi* desta Justiça especializada.

2. TSE. Campanha do TSE mostra a segurança do voto eletrônico. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Maio/campanha-do-tse-mostra-a-seguranca-do-voto-eletronico>. Acesso em 23 out. 2021.

3. *Idem*.

Ocorre, todavia, que toda medida de incremento que se pretende lançar na práxis do processo eleitoral não pode ser feita de modo assoberbado e imponderado. O custo de uma tomada de decisões mal calculada pode representar não apenas investimentos vultosos na casa dos bilhões, mas traz o potencial latente de criar tumulto e descrédito, indo de encontro ao pretendido.

Exatamente por haver estes riscos extremamente danosos ao bom andamento e à confiabilidade da apuração e, por conseguinte, do processo eleitoral, é que não se pode, simplesmente, acatar a possibilidade da auditoria por voto impresso sem que se encarem os desafios pragmáticos trazidos com ele. É neste intuito que se desenvolverão as próximas reflexões.

2. O voto impresso e as implicações práticas

A primeira barreira que o voto impresso esbarra consiste, exatamente, na razão pela qual sua utilização já foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 5889: potencialidade de risco na identificação do eleitor configuradora de ameaça à sua livre escolha^[4].

Imagine-se que um eleitor esteja votando e a impressora emperre durante a impressão de seu voto. A providência natural é acionar o cartório eleitoral para que ele determine o deslocamento de um técnico que possa consertar o problema e, desta maneira, o processo de votação continue. Ao chegar no local, é possível que a impressão de parte ou, até mesmo, da integralidade do voto do eleitor tenha se iniciado. Terceiro não autorizado pelo eleitor – o técnico – acabará sabendo do teor do voto pois terá de mexer

4. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Pleno). ADI 5889-DF. *Constitucional e eleitoral. Legitimidade do Congresso Nacional para adoção de sistemas e procedimentos de escrutínio eleitoral com observância das garantias de sigilidade e liberdade do voto (cf, arts. 14 e 60, § 4º, ii). Modelo híbrido de votação previsto pelo art. 59-a da lei 9.504/1997. Potencialidade de risco na identificação do eleitor configuradora de ameaça à sua livre escolha. Inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 16/09/2020. Data de Publicação: DJE nº242, 02/10/2020 (divulgado), 05/10/2020 (publicado).*

no terminal da impressora. Isso se os mesários não acabarem, mesmo que com boa vontade, sabendo deste mesmo voto, ferindo-lhe o sigilo.

Ante esta possibilidade, questiona-se se é razoável que uma medida de reforço seja tão ou mais importante que uma característica pétrea do direito ao voto e que recaia em sua sigilosidade? O leitor que terá seu voto descortinado não ficará constrangido diante desta situação? O ganho efetivo com implantação do voto impresso compensaria esta perda na defesa do sigilo?

Imagine-se, então, que esta dificuldade seja transposta e que se encontre uma solução a contento (o que, até o presente momento, não ocorreu), surgem outras duas dificuldades em sentido similar: a facilitação para que o eleitor possa, de per si, quebrar o sigilo de seu próprio voto e, por exemplo, fotografar o comprovante com todos os seus votos impressos; e outra situação tão delicada quanto esta primeira hipótese que seria a de o eleitor querer a sua via impressa.

Quanto ao primeiro caso – do eleitor que, deliberadamente, devassa seu próprio voto – sabe-se que, hodiernamente, isso já ocorre, mediante fotos ou vídeos feitos dentro da cabina de votação e ao arpejo da lei. Mas a compilação de todos os votos naquele pequeno comprovante reservaria uma facilitação e uma certeza de que eles todos foram processados pela Justiça Eleitoral, a qual endossaria, involuntariamente, a validade dos votos trazidos ao conhecimento de terceiros, pelo próprio eleitor.

O outro caso – do eleitor reticente que quer levar seu comprovante – parece, de longe, o problema mais fácil a resolver a curto e médio prazo, lançando-se mão, para a sua resolução, de campanhas informativas na mídia, com o fito de que ele saiba de antemão que, em momento algum, terá contato com a via impressa. Esta será, tão somente, exibida por meio

de um painel transparente e depositada em uma urna acoplada.

Não se esqueça, ainda, do eleitor arrependido ou confuso, que quer refazer seu voto ou que constatou o erro na conferência da via impressa. Ele, por mais campanhas instrutivas que se façam, levará a sensação de ter sido traído pela sua falibilidade e decerto, abrirá brechas para impugnação de seções.

Finalmente, há uma situação técnica bem específica e que é um manancial em potência para gerar um sem-número de questionamentos: os candidatos *sub judice*. Candidatos que concorrem com candidaturas impugnadas (sejam deferidas ou não) têm seus nomes constantes nas urnas e têm os votos contabilizados de modo provisório, ou seja, podendo ter reversibilidade de seu *status* a depender da decisão definitiva da Justiça – são os *sub judices*.

Entretanto, tais candidatos, no modo de totalização operacionalizado sem o voto impresso, aparecem na urna e, havendo alteração no seu julgamento final, retotalizam-se, e a Justiça Eleitoral expede novo edital com os recálculos. Em se admitindo a totalização híbrida, o papel não terá esta plasticidade e o eleitor que votou e teve seu voto impresso estranhará a não contabilização posterior dele, caso seu candidato seja um *sub judice* e indeferido em definitivo.

Assim, o pretense reforço de credibilidade que se pretende dar pode trazer o revés de instalar um estado de coisas tendente ao enfraquecimento da confiança depositada no próprio sistema eleitoral.

O direito eleitoral não é exatamente o que se poderia dizer de ‘intuitivo’ e demanda um grau muito considerável de tecnicismo jurídico. Imaginar e pretender que a população compreenda os meandros normativos da seara eleitoral (complicada, diga-se de passagem, até mesmo à comunidade

jurídica) é ingenuidade e certa dose de pretensiosidade. Deste modo, a adoção de um modelo híbrido de apuração, mais cedo ou mais tarde, terá de se deparar com a necessidade de levar às urnas nomes já com maior estabilidade em termos processuais, aumentando-se o período de apreciação dos registros de candidaturas para que os *sub judices* não sejam óbices à compreensão popular acerca da proclamação de eleitos.

Por derradeiro, outro aspecto pragmático que não se pode olvidar caso se pretenda ir adiante com a adoção do voto impresso é que ele terá um papel de coadjuvante à apuração, não constituindo, deste modo, a regra, mas a exceção pois, do contrário, perde-se o objeto de uma apuração eletrônica, retornando-se ao modelo já superado meramente manual e, com ele, todas as mazelas já resolvidas pelo atual modelo.

3. Considerações Finais

Buscou-se destacar que a implantação do modelo híbrido de votação não é uma possibilidade afastada de modo resolutivo, muito antes, consubstancia-se em uma possibilidade de reforço que brindaria a credibilidade depositada na apuração e no processo eleitoral como um todo.

Porém, para que se revista de um verdadeiro ganho qualitativo, não se pode adotar um procedimento com tantas falhas práticas ainda não superadas, sob pena de reversão do resultado pretendido.

A população merece e deve ter suas expectativas atendidas pelo Estado e, neste caso, ainda mais veementemente, porquanto a legitimidade de todo o aparato democrático encontra seus fundamentos, em termos representativos, no voto popular. Mas o atendimento das demandas, primeiramente, precisa passar pelo filtro da factibilidade e viabilidade, os quais ainda barram a pretensão do modelo híbrido.

As superações destas dificuldades, portanto, não se revelam como empecilhos intransponíveis e intencionais, são, em verdade, decorrências lógicas de um manejo de forças e atuações em escala macro, albergando a totalidade dos cidadãos brasileiros que devem ter resguardados, a um só tempo, o sigilo de seu voto e a confiabilidade no meio decisório consistente no processo eleitoral. Quaisquer medidas aventureiras (para não dizer populistas) que ignorem estas dificuldades práticas põem em risco o funcionamento sistêmico da votação e da apuração. Numa palavra: a relação custo versus benefício ainda não fechou.

Referências

BRASIL. [Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932]. **Código Eleitoral**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 23 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Pleno). **ADI 5889-DF**. Constitucional e eleitoral. Legitimidade do Congresso Nacional para adoção de sistemas e procedimentos de escrutínio eleitoral com observância das garantias de sigilosidade e liberdade do voto (cf, arts. 14 e 60, § 4º, ii). Modelo híbrido de votação previsto pelo art. 59-a da lei 9.504/1997. Potencialidade de risco na identificação do eleitor configuradora de ameaça à sua livre escolha. Inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 16/09/2020. Data de Publicação: DJE nº242, 02/10/2020 (divulgado), 05/10/2020 (publicado).

TSE. **Campanha do TSE mostra a segurança do voto eletrônico**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Maio/campanha-do-tse-mostra-a-seguranca-do-voto-eletronico>. Acesso em 23 out. 2021.

22

Questão Agrária, Diversidade e Territórios Tradicionais

PAULO ROSA TORRES

CRISTINA MARIA MACÊDO DE ALENCAR

Sumário: 1. *Considerações iniciais.* 2. *Diversidade e Comunidades Tradicionais.* 3. *Diversidade e Territórios Tradicionais.* 3.1. *Território.* 3.2. *Territórios Tradicionais e territorialidade.* 3.3. *Quilombos.* 3.4. *Remanescentes de Quilombos.* 4. *Questão Agrária, Diversidade e Territórios Tradicionais.* 4.1. *Escravidão e resistências.* 5. *Considerações finais. Referências.*

Resumo: Para onde vai o mundo? Pergunta Edgar Morin. Perguntamos, para onde vai o Brasil que insiste em negar direitos às populações remanescentes dos povos africanos trazidos como escravos? Por que negar-lhes o território? Essas e outras questões poderiam ser respondidas à luz da história pela contribuição de indígenas e quilombolas, considerando que “o conhecimento do presente requer o conhecimento do passado que, por sua vez, requer o conhecimento do presente” (Morin, 2010, p.13), na perspectiva de construir o futuro (Morin). Durante os mais de trezentos anos de escravidão sempre houve resistência, sobretudo, em forma quilombos que não acabaram em 13 de maio 1888, uma vez que seus remanescentes permanecem como comunidades tradicionais. Entretanto, por “[...] erro, ignorância e cegueira” (MORIN, 2015, p.9) seus direitos territoriais não são respeitados e reconhecidos. Para entender tais questões analisar-se-ão os conceitos de diversidade, invisibilidade, quilombos e suas implicações na questão agrária. Para tanto, serão utilizados textos de autores como Edgar Morin, Karl Marx, Renato Ortiz, Boaventura

Souza Santos, Clovis Moura, Flávio Gomes, entre outros, além de textos referentes às questões agrárias e quilombolas. A diversidade da formação da sociedade brasileira e sua extensão e aplicação à questão agrária, sobretudo, à questão quilombola, e aos territórios das comunidades tradicionais dos remanescentes de quilombos, uma vez a noção de diversidade, está intimamente ligada à ideia do outro, de diferenciação, de alteridade. Essas dimensões não são tão visíveis para o Estado brasileiro, uma vez que historicamente seus órgãos vêm negando o reconhecimento necessário às comunidades tradicionais e, por conseguinte, reconhecimento e titulação dos respectivos territórios.

Palavras-chave: questão agrária; quilombos; invisibilidade, diversidade.

1. Considerações iniciais

A questão agrária no Brasil ao longo de todo período colonial foi marcada pela “monocultura, trabalho escravo, latifúndio” (FERES, 1990, p.34). São três séculos de retirada de riquezas naturais e, principalmente do açúcar aqui produzido, para abastecer os mercados da Europa. Esse período e as relações econômicas aqui implantadas mereceram várias análises, a exemplo da proferida Vasconcelos, conforme abaixo:

Os portugueses deram origem a uma nova forma de organização social e territorial: uma colônia voltada para produzir e exportar mercadorias de interesse dos mercados europeus, como o açúcar. Essa orientação foi agravada pela concentração da propriedade fundiária e, sobretudo, pela utilização sistemática, em todo o território, do trabalho escravo” (2015, p.9).

Esse trabalho escravo será a mão de obra que moverá a economia

brasileira durante quatro séculos, período em que foram trazidos para o Brasil mais de três milhões de escravizados africanos. Entretanto, esse período também foi marcado por lutas constantes de resistência ao escravismo, resistência que se inicia com o Quilombo de Palmares, na Capitania Pernambuco, entre os séculos XVI e XVII, durando cerca de cem anos, resistindo a ataques holandeses e portugueses, e, mesmo “após sua destruição, ressurgiu em unidades menores em pontos mais distantes da costa” (FERES, 1990, p.40). O mesmo autor se refere, também, ao holandês Roelof Baro, “encarregado por Maurício de Nassau de pacificar a região de Palmares, fazia uma descrição do quilombo, em 1644: o quilombo era cercado por duas filas de estacas, e abrigava cerca de 1.000 famílias, além de muitos negros solteiros. Em volta da paliçada havia muitas plantações e um prodigioso número de galinhas; e os negros vivam ali do mesmo modo que em Angola” (FERES, 1990, p.40).

As “unidades menores” a que Feres se refere, são as dezenas de quilombos ou mocambos referenciados por Clovis Moura, segundo o qual, “o Brasil se converteu, praticamente, em um conjunto de quilombos, uns maiores, outros menores, mas todos significativos para a compreensão da nossa história social” (MOURA, 1981, p.16). Mais adiante, o mesmo autor faz uma revisão bibliográfica das várias referências a quilombos, informando que:

Enquanto Vicente Salles dá-nos notícias e pormenores de quilombos na Ilha de Marajó e na região continental da Amazônia, Roquete Pinto informa-nos sobre documentos que registram a existência a existência do Quilombo da Carlota, em Mato Grosso; Pedro Tomás Pedreira inventariou os existentes na Bahia; Ariosvaldo Figueiredo fala-nos de quilombos em Sergipe; Walter Piazza em Santa Catarina; Waldemar de Almeida Barbosa em Minas Gerais e Mário José Maestri Filho estudou a existência de quilombos e quilombolas em terras gaúchas (MOURA, 1981, 17).

A narrativa acima deixa claro a existência de quilombos em todas as regiões do território brasileiro, o que contribui para a compreensão e possibilidade de serem encontrados, contemporaneamente, os seus “remanescentes”, em todas as regiões do Brasil. Este é o termo encontrado pelo legislador constituinte de 1988, quando no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), estabelece que aos “remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes o título definitivo” (BRASIL, 2004, P.68). Ao comentar o termo “remanescente”, José Maurício Andion Arruti afirma sua contemporaneidade, interpretando o sentimento daquelas comunidades:

Ao serem identificados como “remanescentes”, aquelas comunidades em lugar de representarem os que estão presos às relações arcaicas de produção e reprodução social, aos misticismo e aos atavismos próprios do mundo rural, ou ainda os que, na sua ignorância são incapazes de uma militância efetiva pela causa negra, elas passam a ser reconhecidas como símbolo de uma identidade, de uma cultura e, sobretudo, de um modelo de luta e militância negra, dando ao termo uma positividade que no caso indígena é apenas consentida (ARRUTI, 1997, p.7).

Em que pesem todas as reações contrárias ao reconhecimento dos direitos das comunidades remanescentes de quilombo, existe no Brasil um instrumental jurídico que trata do reconhecimento e da titulação desses territórios tradicionais, que se inicia com a Constituição Federal de 1988, a Constituição do Estado da Bahia de 1989, Decreto nº 4.887/2003, que regulamenta a titulação de territórios das comunidades remanescentes de quilombos, pelo Decreto nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais e, ainda, no âmbito do Estado da Bahia, a Lei nº 12.910/2013, que regulamenta a regularização fundiária das áreas

de fundos de pasto e territórios quilombolas em terras devolutas do Estado da Bahia.

Com este texto, pois, pretende-se tratar a questão agrária a partir das comunidades remanescentes de quilombos e seus territórios, tendo como ponto de partida a discussão sobre diversidade, entendendo que para a compreensão da existência desses remanescentes é necessário admitir a pluralidade de sujeitos, de etnias diferentes convivendo em seus respectivos territórios, com identidade, cultura, direitos, tradições, religiões e modos de vida próprios, sem que isso represente antagonismos ou necessidades hegemonização de um grupo sobre o outro. Diante da resistência de grande parte da sociedade em reconhecer a existência desses grupos sociais, tornando-os invisíveis ou ausentes, por “[...] erro, ignorância e cegueira” (MORIN, 2015, p.9), tendo como consequência a negação de seus direitos territoriais que são frequentemente desrespeitados, agravado pela lógica de “desqualificação dos agentes”, e “experiência social (práticas e saberes) de que eles são protagonistas” (Santos, 2002, p. 252). Essa desqualificação, remete à invisibilidade e, por conseguinte, à negação de direitos, seja às políticas públicas específicas, seja ao reconhecimento do território. Daí a necessidade de se fazer novas interpretações no sentido de se encontrar “uma nova articulação entre o princípio da igualdade e o princípio da diferença e abrindo espaço para a possibilidade de diferenças iguais – uma ecologia feita de reconhecimentos recíprocos” (Santos, 2002, p. 252).

Assim, admitir a diferença não significa anular o outro, mas é admitir a diversidade, uma vez que, no caso brasileiro se está diante de um país indiscutivelmente pluriétnico, em que povos e comunidades tradicionais são portadores de história, cultura, tradição, religião e modo de vida de vínculo com a terra onde esta não é simplesmente “meio de produção” ou de “renda”, mas a garantia de produção e reprodução da vida, em uma relação de pertencimento.

2. Diversidade e Comunidades Tradicionais

Pensar a diversidade na perspectiva étnica, significa tratar a questão considerando todo o processo histórico de formação da sociedade brasileira nestes cinco séculos, entendendo-se a importância dos escravizados, dos quilombos e dos atuais quilombolas e sua existência no século XXI, considerando que a escravatura foi oficialmente extinta final no século XIX, a 13 de maio de 1888. Essa linha de pensamento leva ao reconhecimento de que a história não é apenas constituída pelo presente, mas guarda estreita relação entre passado e presente, numa relação em que “o conhecimento do presente requer o conhecimento do passado que, por sua vez, requer o conhecimento do presente” (Morin, 2010, p.13), na perspectiva de construir o futuro (Morin). Tal compreensão deveria levar à percepção que durante os mais de trezentos anos de escravidão no Brasil nunca deixou de haver resistência, sobretudo, em forma quilombos, que não acabaram com o fim da escravatura oficial em 13 de maio 1888, uma vez que seus remanescentes sobrevivem até o presente em forma de comunidades tradicionais que lutam pela regularização de seus territórios como garantia de sobrevivência no presente e no futuro. É o passado reconstruindo o presente e projetando o futuro. Entretanto, os conflitos constantes como resultado dessa luta demonstram a complexidade das questões que permeiam povos e comunidades tradicionais, seus territórios e o Estado brasileiro, o que remete mais uma vez a Edgar Morin quando afirma que [...] erro, ignorância e cegueira progridem ao mesmo tempo que os nossos conhecimentos” (Morin, 2015, p.9), impedindo o reconhecimento da existência de povos e comunidades tradicionais.

Nesse sentido, para tentar entender tais questões, verifica-se a necessidade de compreender a diversidade, para que seja possível admitir a existência de outros povos dentro do mesmo território hegemonicamente

controlado por uma cultura branca europeia, admitindo-se a existência de diversidade étnica, cultural, religiosa, social, econômica, entre outros. Por outro lado, admitir essa diversidade e a garantia de direitos dela decorrentes exige aprofundamento maior, por entender que a classe hegemônica afeita ao controle político e ideológico do Estado, dos meios de produção e comunicação, não está disposta a essa compreensão, o que leva ao entendimento de que a questão não é tão simples como pode parecer e exige a necessidade de atentar para sua complexidade. Assim, é necessário compreender a diversidade da formação da sociedade brasileira e sua extensão e aplicação à questão agrária, sobretudo, à questão quilombola, no que diz respeito aos territórios ocupados por comunidades tradicionais dos remanescentes de quilombos.

Com efeito, para Ortiz:

[...] A antropologia nos ensina que a noção de diversidade se encontra intimamente associada à ideia do Outro. Debruçando-se sobre as sociedades ditas primitivas, os antropólogos do final do século XIX queriam compreender um tipo de organização social radicalmente distinta daquela que conheciam. Relações de parentesco, crenças mágicas, mitos encontravam-se a tal ponto distantes das concepções existentes que alguns autores indagavam sobre a existência de uma “mente primitiva”, “mentalidade pré-lógica”, cujo funcionamento escapava aos padrões do pensamento ocidental (2015, p.22).

Se a antropologia trata a diversidade associando à ideia do outro, estabelecendo uma relação de alteridade, para o mesmo autor:

Por fim, a sociologia nos mostra que as sociedades modernas são marcadas pela diferenciação. Por isso os autores de século XIX se interessam pela divisão do trabalho: essa é chave para explicar o contraste entre a cidade e o campo, o comércio e a indústria, assim como a cooperação entre os indivíduos vivendo em sociedade. Existe, portanto, um processo de separação e de especialização que se acentua ao longo do tempo (ORTIZ, 2015, p. 23).

Ou seja, a noção de diversidade, está intimamente ligada à ideia do outro, de diferenciação, de alteridade. Essas dimensões, aparentemente claras em um país de formação pluriétnica, não são tão visíveis para o Estado brasileiro, uma vez que historicamente seus órgãos vêm negando o reconhecimento necessário às comunidades tradicionais e, por conseguinte, reconhecimento e titulação dos respectivos territórios. Assim, ao negar a existência, por extensão, se está negando a diversidade histórica, étnica e cultural desses povos. Por outro lado, admitir a diversidade implica em reconhecer a possibilidade da existência de territórios com certa autonomia dentro do território oficial do estado, o que leva à questão da própria soberania nacional e rompe com a ideologia territorial (Little, 2002), segundo à qual o território é uno e indivisível, não sendo admitida a existência de outros territórios no mesmo espaço físico. Admitir a diversidade étnica e os direitos dela resultantes é romper com a ideia totalizante e hegemônica de um povo sobre outro, dentro do mesmo Estado. Recorre-se novamente a Ortiz, que afirma:

Paradoxalmente, no momento em que determinada situação histórica aproxima a todos, o universal, como categoria política e filosófica, perde em densidade e em convencimento. Ressurge, assim, o debate antigo, mas que agora se reveste de formas distintas: o relativismo. Ele está associado às reivindicações identitárias, ao aos direitos indígenas, valorizando a diversidade cultural como traço essencial das sociedades humanas. Vivemos uma mudança de humor dos tempos. As qualidades positivas, antes atribuídas ao universal, deslocam-se para o “pluralismo” da diversidade. (ORTIZ, 2015, p.9).

A diversidade em relação aos remanescentes de quilombos – quilombolas – começou a ser construída logo após a chegada dos primeiros escravizados africanos, quando se inicia o processo de colonização do solo brasileiro, após três décadas de desinteresse da Coroa portuguesa, que não viu no Brasil a possibilidade de lucro imediato. Nesse período vai

acontecer apenas a exploração dos recursos naturais, sobretudo, do pau brasil, cuja empreitada maior coube a Fernando de Noronha, com quem Portugal assinou contrato para sua exploração, em 1501 (LARANJEIRA, 1975). Passados trinta anos da “descoberta” portuguesa, inicia-se a colonização propriamente dita, uma vez que a partir de 1530, “Portugal passou a estabelecer uma política de ocupação sistemática do território, forçado, principalmente pela perspectiva de perder as novas terras aos franceses (FERES, 1990, p. 22), estabelecendo aqui uma “autêntica Colônia de Exploração [...] um empreendimento colonial mercantil, baseado no trabalho escravo e no grande latifúndio” (COSTA, 1988, p. 15), ou sendo marcada pela “monocultura, trabalho escravo, latifúndio” (FERES, 1990, p.34). Essa tríade perpassará todo o período colonial e quase todo o período imperial (1889), mas também paralelamente, vão surgindo os quilombos como formas de resistência e, após, seus remanescentes, até o reconhecimento constitucional em 1988. Por sua vez, ao abordarem a questão Reis e Gomes afirmam que “A escravidão de africanos nas Américas consumiu cerca de 15 milhões ou mais de homens e mulheres arrancados de suas terras [...]. Para o Brasil, estima-se que vieram perto de 40% dos escravos africanos” [...]. Foram os africanos e seus descendentes que constituíram a força de trabalho principal os mais de trezentos anos de escravidão” (1996, p.9).

3. Diversidade e Territórios Tradicionais

As “comunidades remanescentes de quilombos”, assim cunhadas no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da Constituição de 1988, ocupam territórios onde garantem sua produção e reprodução, lutando bravamente para neles permanecerem, diante da constante ameaça e da violência perpetrada por fazendeiros, por

mineradoras, pelo agronegócio, reflorestadoras e outros. Tais territórios tradicionais se diferenciam de outros territórios pela concepção e destinação que lhes são dadas. Essa diferenciação pode ser compreendida a partir dos conceitos abaixo de território, territorialidade, território tradicional, quilombo e remanescentes de quilombo.

3.1. Território

O “território” pode ser conceituado de várias perspectivas. Assim, no entendimento de Marcelo Lopes de Souza, que o conceitua como “[...] fundamentalmente um espaço definido e delimitado por e a partir de relações de poder [...] o território é essencialmente um instrumento de exercício de poder: quem domina ou influencia quem nesse espaço, e como? (SOUZA, 1995: 78-9)” (SOUZA, 2013, 89). Ou seja, para o Autor, independentemente das relações sociais, o território será determinado por quem ou aquele que detém o poder.

Numa compreensão mais ampla sobre território, o professor Sílvio Bandeira de Mello, atribui ao território “relações socioeconômicas, culturais e políticas, historicamente desenvolvidas e contextualmente especializadas, incluindo sua perspectiva ambiental; apresentam grande diversidade, com fortes características identitárias e isto envolvendo diferentes escalas” (SILVA; SILVA, 2006, p.148). Em seguida o mesmo autor afirma que “os territórios possuem conflitos de interesse, mas tendem, potencialmente, a implementar laços de coesão e solidariedade ... valorizando formas organizacionais sociais, institucionalmente territorializadas” (SILVA; SILVA, 2006, p.149).

Ou seja, mesmo para os geógrafos, o conceito de território na atualidade é mais amplo que espaço físico, indo além de ser um dos elementos do estado, pois abrange além do espaço físico, as relações sociais,

socioeconômicas, culturais e políticas, além das características identitárias, se aproximando dos conceitos abaixo descritos.

3.2. Territórios Tradicionais e territorialidade

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, após 21 anos de ditadura militar, e, posteriormente, com a emissão da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), os segmentos da sociedade que eram tratados como “minorias”, passam a ter maior visibilidade e denominação apropriada. De igual forma, as terras que ocupam também vão receber tratamento jurídico, social e antropológico específico, uma vez que passam a ser tratados como territórios tradicionais. Esse tratamento vai ser coadunado com outro vocábulo que é a territorialidade.

Nessa linha de pensamento vários autores vão tratar as duas expressões, demonstrando a pertinência dos termos, assim como a necessidade de seu reconhecimento, conforme abaixo apresentado, a partir das reflexões dos professores da Universidade de Brasília, Paul Elliot Little, e Universidade Federal do Amazonas, Alfredo Wagner Berno de Almeida.

Segundo o primeiro:

Até recentemente, a diversidade fundiária do Brasil foi pouco conhecida no país e, mais ainda, pouco reconhecida oficialmente pelo Estado brasileiro. [...] A questão fundiária no Brasil vai além do tema da redistribuição e se torna uma problemática centrada nos processos de ocupação e afirmação territorial, os quais remetem, dentro do marco legal do Estado, às políticas de ordenamento e reconhecimento territorial. Essa mudança de enfoque não surge de um mero interesse acadêmico, mas radica também em mudanças no cenário político do país ocorrido nos últimos vinte anos (LITTLE, 2002, p.5).

Para Alfredo Wagner Almeida:

A partir da ratificação pelo Brasil da Convenção 169 da OIT, em 2003, tem-se maior abrangência do reconhecimento de “terras tradicionalmente ocupadas”, que funcionam como sinônima com a noção de “territórios tradicionais”, compreendendo além de indígenas e quilombolas, as comunidades de fundos de pasto e de faxinais e também seringueiros, ribeirinhos, quebradeiras de coco-babaçu, castanheiras, pescadores artesanais, caiçaras, ciganos e pomeranos. (ALMEIDA, 2006, p.26/27).

Assim é que, o conceito de território tradicional é aquele que está além da Geografia física, uma vez que “vinculam-se a uma variedade de dimensões, tais como: dimensão física, dimensão econômica, dimensão simbólica, dimensão sóciopolítica” (ALBAGLI, 2004, p. 27). Ou no dizer de Haesbaert (2005), o território é, ao mesmo tempo, “funcional e simbólico” porque nele se realizam “funções” quanto se produz “significados”. Pelo exposto pelos dois autores, pode-se chegar ao conceito de territorialidade exposto por Haesbaert, segundo o qual:

[...] além de incorporar uma dimensão estritamente política, diz respeito também às relações econômicas e culturais, pois está ‘intimamente ligada ao modo como as pessoas utilizam a terra, como elas próprias se organizam no espaço e como elas dão significado ao lugar’ (HAESBAERT, 2005, p.676).

Por sua vez, Milton Santos e Maria Laura Silveira, ao conceituarem território e territorialidade, assim se expressam:

Por território entende-se geralmente a extensão apropriada e usada. Mas o sentido da palavra territorialidade como sinônimo de pertencer aquilo que nos pertence [...] esse sentimento de exclusividade e limite ultrapassa a raça humana e prescinde da existência de Estado. Assim, essa ideia de territorialidade se estende aos próprios animais, como

sinônimo de área de vivência e de reprodução. Mas a territorialidade humana pressupõe também a preocupação com o destino, a construção do futuro, o que, entre os seres vivos é privilégio do homem (SANTOS; SILVEIRA, 2006, p. 19).

3.3. Quilombos

A união de escravos fugidos tem vários significados, pois tanto existiram na África, quanto no Brasil, diante da multiplicidade de povos que foram escravizados naquele país e outros tantos que para aqui vieram. Para efeito do presente trabalho adotar-se-á a palavra quilombo, por ser a mais usada pelos próprios remanescentes e pelos estudiosos da temática.

Assim é que, já no século XVIII, a Coroa Portuguesa, através do Conselho Ultramarino de 1740, definiu quilombo como ‘toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte desprovida, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles’ (LEITE, 2000, p.336).

Para Clóvis Moura, o quilombo significa resistência e combate contra a escravidão. Segundo este autor, era uma “Unidade básica de resistência do escravo. Elemento de desgaste do regime servil. O quilombo aparecia onde quer que a escravidão surgisse. Era reação organizada de combate a uma forma de trabalho contra o qual se voltava o próprio sujeito que o sustentava (Moura, 1988, p.103).

Já a autora Kátia Mattoso, amplia a concepção de quilombos para afirmar que eles eram esconderijos, pacíficos, resistentes, lutadores contra o regime escravista, religiosos, etc. Nas palavras da autora:

Um quilombo é um esconderijo de escravos fugidos. É preciso distinguilo dos verdadeiros movimentos insurrecionais organizados contra o poder branco. O quilombo quer paz, somente recorre à violência se atacado, se descoberto pela polícia ou pelo exército que

tentam destruí-lo, ou se isto for indispensável à sua sobrevivência. Quilombos e mocambos são constantes na paisagem brasileira desde o século XVI. Reação contra o sistema escravista? Retorno à prática da vida africana ao longo da dominação dos senhores? Protesto contra as condições impostas aos escravos, mais do que contra o próprio sistema, espaço livre para a celebração religiosa? Os quilombos são tudo isso ao mesmo tempo (MATTOSO, 1990, 158-159).

3.4 Remanescentes de Quilombos

Contemporaneamente, se discute a existência de quilombos e mesmo seus remanescentes. Embora a expressão e a posterior regulamentação ocorram no âmbito jurídico, percebe-se que o direito positivado não dá conta de resolver a questão, sendo necessário contribuições da antropologia, da sociologia, da etnologia, da economia, entre outras, para que o significado de remanescentes de quilombos possa emergir com clareza. O texto abaixo da Associação Brasileira de Antropologia (ABA) é elucidativo, nesse sentido:

Contemporaneamente, portanto, o termo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma nem sempre foram constituídas a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados, mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas de resistência na manutenção de seus modos de vida característicos num determinado lugar. Neste sentido, constituem grupos étnicos conceitualmente definidos pela antropologia como um tipo organizacional que confere pertencimento através de normas e meios empregados para indicar filiação ou exclusão. (ABA, 1997, p.81/82).

É importante aqui reafirmar que remanescentes de quilombos não são “resíduos ou resquícios arqueológicos [...] ou de comprovação biológica” como querem alguns. Com a recepção da Convenção 169/89, da OIT, está em vigor o princípio da auto-atribuição, conforme consta do Decreto

nº.4887/2003, ao estabelecer que

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para fins deste Decreto, os grupos étnicos- raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida (BRASIL, Decreto nº 4.887, de 20.11.2003).

Referido Decreto nº 4887/2003 foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3239/2004), junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), ajuizada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), depois Democratas (DEM), sob a legação de que a matéria nele tratada só poderia ser feita através de lei, que as desapropriações de propriedades onde incidem comunidades remanescentes de quilombos oneram o INCRA e que a auto-identificação não poderia gerar direito por ser unilateral. Quatorze anos depois, em 2018, o STF declarou constitucional o Decreto 4887/2003, garantindo a regularidade dos títulos já emitidos e a legalidade dos processos em curso.

4. Questão Agrária, Diversidade e Territórios Tradicionais

A concepção de diversidade, contemporaneamente, tem sido dificultada por aquilo que Edgar Morin chamou de “inteligência cega”, que “destrói os conjuntos e as totalidades, isola todos os seus objetos do seu meio ambiente”, uma vez que “metodologia dominante produz um obscurantismo acrescido, já que não há mais associação entre os elementos disjuntos do saber, não há possibilidade de registrá-los e de refleti-los” (Introdução ao pensamento complexo - MORIN, 2015, p.12, b). Por outro lado, no plano institucional, a diversidade étnica é uma realidade admitida e que “deve ser preservada” (UNESCO, 2002), e que, “as culturas são

‘patrimônio da humanidade’ significa considerar a diversidade um traço partilhado por todos, que deveríamos cultivar e respeitar” (ORTIZ, 2015, p. 34), o que nem sempre acontece em relação às questões agrárias que envolvem os camponeses brasileiros, em particular, as comunidades remanescentes de quilombos, onde os conflitos são permanentes e que têm apenas dez por cento de seus territórios regularizados o que revela a importância de discussão da questão agrária a partir dos territórios das comunidades remanescentes de quilombos, tendo como referência a diversidade étnica e cultural e a importância de seu reconhecimento, o que faz emergir o significado e a importância da discussão da luta por território, distinguindo-a da luta por terra, como vem sendo feito atualmente:

Em uma primeira aproximação ou em um plano mais teórico, poderíamos sugerir que, se no caso das lutas por território estamos diante de reivindicações identitárias e de direitos culturalmente diferenciados, no que se refere às lutas por terra, tratamos de demandas de classe por direitos universais – pensemos, por exemplo, como a própria denominação do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) explicita que o sujeito se constituindo aí é um trabalhador sem-terra (GUEDES, 2016, P.25).

Essas distinções podem ser percebidas tanto no campo conceitual como no campo prático e nos resultados. A luta por reforma agrária (luta por terra), é uma reivindicação antiga dos movimentos sociais rurais e diz respeito à distribuição da propriedade tendo em vista sua absurda e histórica concentração. Significa ainda, uma política pública que passa pela desapropriação de imóveis que não cumprem a função social, conforme estabelecido nos artigos 5º, XXIII e 184 e seguintes da Constituição Federal. Para sua efetivação são selecionados trabalhadores rurais sem terra que receberão um lote de terra, moradia e crédito. O assentamento pode ser dar no próprio município ou não. Esse lote será pago, após a carência contratual.

A luta por território passa pela auto-identificação como povo ou comunidade tradicional. Daí os conceitos acima colocados, uma vez que além da terra local de produzir, no caso do quilombola, há um sentimento de pertencimento, de ancestralidade, tradição, cultura, etc. E o que se busca é a titulação de território tradicionalmente ocupado.

Nesse sentido reafirma-se que:

A distinção entre uma reivindicação por terra e uma reivindicação territorial é importante. Grupos rurais se ligam à terra através da qual se reproduzem via vínculos materiais, simbólicos e espirituais, e uma reivindicação associada a ela pode ser fortalecida pela enunciação desses vínculos. Porém, por si mesma, uma reivindicação por terra não desafia as regras e leis que regulam os direitos de propriedade. Já uma reivindicação por território é diferente; ela demanda uma alteração dessas regras. Reivindicações por território dizem respeito a poder, a afirmações de identidade e autonomia, envolvendo um maior controle sobre determinados recursos naturais. [...] Reivindicações territoriais, assim, buscam impor uma nova territorialidade nos limites de um espaço nacional para redefinir a relação desses povos com o Estado. O reconhecimento legal de direitos territoriais envolve, assim, uma promessa para a atualização dessa relação redefinida (OFFEN, apud GUEDES, 2016, P.25).

Reafirme-se que as comunidades negras rurais, reconhecidas como comunidades remanescentes de quilombos são integradas por camponeses, que se dedicam às atividades agrárias (agricultura, pecuária de pequeno porte, pesca, extrativismo, etc.) sem descaracterizar sua condição de quilombola. Também é necessário afirmar que a regularização fundiária dos territórios dessas comunidades, acontece com a outorga do título coletivo em nome de associação representativa dos respectivos quilombolas, título este, inalienável, impenhorável e imprescritível.

4.1 Escravidão e resistências

A história da escravidão no Brasil, também é a história de resistência de índios e africanos que foram para aqui trazidos e espalhados por toda a colônia. Como anteriormente afirmado, os quilombos estavam em toda parte. Conforme Clovis Moura, em pesquisas por ele realizadas foram encontrados quilombos na Bahia, em São Paulo, Região Amazônica, Maranhão e Sergipe (MOURA, 1981). A esses acrescentam-se Minas Gerais, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, entre outros.

Essa proliferação de quilombos responde a uma questão importante sobre a existência dessa forma de organização e resistência no bioma Cerrado, pois segundo o Instituto Brasileiro de Florestas, ele ocupa uma área de 2.036,448km², correspondendo a aproximadamente 23% do território nacional, distribuídos por “todo território do Distrito Federal e parte dos territórios da Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Piauí, Rondônia, São Paulo e Tocantins” (IBF, 2017). Conferindo-se esta informação, com as informações acima de Clovis Moura e com o Mapa de “terras quilombolas titulados e em processo no INCRA”, da Comissão Pró-Índio de São Paulo, verifica-se que há requerimentos de titulação de remanescentes de quilombos nos Estados da Bahia (293), Goiás (27), Maranhão (377), Mato Grosso (73), Mato Grosso do Sul (18), Minas Gerais (229), Paraná (38), Piauí (61), Rondônia (5), Tocantins (33) (CPISP, 2017). Em outras palavras, em que pese a grande incidência de escravização na área litorânea, também vão ser encontrados quilombos e seus remanescentes em regiões do interior, diante do surgimento de fazendas de gado, mineração, exploração florestal, extrativismo, etc.

Segundo Ilka Boaventura Leite, “em diversas situações, índios e negros, por vezes aliados, lutaram – desde o início da ocupação e exploração do

continente – contra os vários procedimentos de expropriação de seus corpos, bens e direitos (LEITE, 2000, p.334). Mais adiante em seu texto, completa a autora “Os negros, diferentemente dos índios – considerados como “da terra” – enfrentaram muitos questionamentos sobre a legitimidade de apropriarem-se de um lugar, cujo espaço pudesse ser organizado conforme suas condições, valores e práticas culturais (LEITE, 2000, p.334).

Essas condições estão previstas nos artigos 215 e 216, da Constituição Federal:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver.

Entretanto, a situação fática está longe de tornar realidade os dispositivos constitucionais, uma vez que são perpetrados constantemente violência físicas e institucionais contra quilombolas, com ataques aos seus territórios, além ações no sentido torna sem efeito esses e outros instrumentos jurídicos, sobretudo os artigos 231 da CF, que trata dos territórios indígenas e 68, do ADCT, já referido, que trata dos territórios quilombolas.

Em que pese isso, ontem e hoje, esses povos resistem e continuam lutando por seus direitos, o que levou o professor Sílvio Humberto, em sua tese de doutoramento a afirmar que sempre houve resistência escrava

e que “A província da Bahia foi palco de várias revoltas e insurreições de diversas matizes contra a coroa portuguesa e a ordem escravocrata, todas duramente reprimidas tanto pela coroa portuguesa como pelas autoridades brasileiras” (CUNHA, 2004, p. 55). Mesmo essas duras repressões não foram capazes de silenciar essas comunidades, reitere-se.

Para o professor Ubiratan Castro Araújo, além das revoltas havia uma luta concreta para a mudança do modelo escravocrata. Afirma ele que:

No entanto, ao longo de todas estas revoltas, é possível recompor uma pauta de reivindicações que terminam por configurar uma espécie de programa de caráter urbano e popular, alternativo ao modelo escravidão – império – açúcar. As quatro linhas fortes eram a emancipação dos escravos, autonomia política da província, diversificação da economia de exportação e a abertura da fronteira para a pequena propriedade” (ARAUJO, 1987, p. 81).

Como se evidencia, os africanos trazidos para o Brasil e aqui escravizados jamais aceitaram tal condição e sempre resistiram, fugindo, revoltando-se, saqueando fazendas, matando seus algozes e, na maioria das vezes se organizando em quilombos para, de forma organizada preservarem a sobrevivência e a vida e, dentro da própria diversidade interna, também lutar no plano institucional.

5. Considerações finais

A história da escravidão no Brasil é marcada pelo tráfico cruel e desumano de africanos arrancados de suas aldeias, territórios e continente para servir de mão de obra para enriquecimento de países e pessoas. No caso brasileiro, foram mais de três milhões de pessoas nessa situação, espalhadas por todo território nacional, o que faz o professor Pedro Vasconcelos afirmar que:

O tráfico de escravos entre a África e o Brasil, ao longo de três séculos e meio, extrapolando o período colonial, é certamente, o maior exemplo de que não se pode estudar o Brasil de forma isolada, e que suas consequências, no longo prazo, resultaram numa das nações mais desiguais do Mundo” (VASCONCELOS, 2015, 13).

Daí a necessidade do Estado brasileiro fazer garantir o dispositivo constitucional de titular os territórios das comunidades remanescentes de quilombo, uma vez que “o quilombo, então, na atualidade, significa para esta parcela da sociedade brasileira sobretudo um direito a ser reconhecido e não propriamente e apenas um passado a ser lembrado” (LEITE, 2000, p.335).

Entender que se está diante de um Estado pluriétnico, com a convivência de povos originários que aqui se encontravam antes da chegada do colonizador europeu e de comunidades tradicionais que foram se constituindo ao longo desses cinco séculos é tornar “presente” e dar visibilidade a essas parcelas da população é reconhecê-las como sujeitos de direito e garantir a permanência na terra, com seus territórios devidamente regularizados, para que possam sobreviver e manter suas tradições, cultura, crenças e modos de vida.

Referências

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terras de Quilombo, Terras Indígenas, “Babaçuais Livres”, “Castanhais do Povo”, Faxinais e Fundos de Pasto: Terras Tradicionalmente Ocupadas**. Manaus: PPGSCA-UFAM, 2006.
- ARAÚJO, Ubiratan Castro de. **Por uma História Política da Economia Escravista**. Salvador: CRH/UFBA, 1987.
- ARRUTI, José Maurício. **A Emergência dos “Remanescentes”**: Notas para o Diálogo entre Indígenas e Quilombolas. Disponível em www.academia.edu/1578604. Acesso em 02.05.2017.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA). **Comunidades Negras Rurais: Documento Dirigido à Fundação Cultural Palmares**. In Regulamentação de Terras de Negros no Brasil. Florianópolis, UFSC, 1997.
- COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPT). **Conflitos no Campo 2016**. Goiânia: CPT, 2017.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO SÃO PAULO. **Direitos ameaçados: orçamento do Incra inviabiliza terras quilombolas.** Disponível em <http://comissão.proindio.blogspot.com.br/2017/06>. Acesso 2.6.2017.

CUNHA, Silvio Humberto. **UM RETRATO FIEL DA BAHIA: Sociedade-Racismo Economia na Transição para o Trabalho Livre no Recôncavo Açucareiro, 1871-1902.** Tese de doutoramento apresentada ao Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas para obtenção do título de Doutor em Economia. Campinas: UNICAMP, 2004.

FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES. **Indicadores de Desempenho Operacional.** Brasília, 2017.

GUEDES, André Dumans. **Lutas por Terra e Território, Desterritorialização e Território como forma social.** In Revista Brasileira de Estudos Urbanos Regionais, V.18, N.1, Recife Jan./Abr.2016.

HAESBAERT, R. **O mito da desterritorialização: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. **Passo a passo da titulação quilombola.** Disponível em incra.gov.br. Acesso em 28 de maio de 2017.

LEITE, Ilka Boaventura. **Os Quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas.** In Etnográfica, Vol. IV (2), 2000. Florianópolis: UFSC, 2000.

LITTLE, Paul E. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade.** Brasília/DF: UnB, 2002.

MATTOSO, Katia de Queiros. **Ser escravo no Brasil.** 3. ed. Sao Paulo: Brasiliense, 1990.

MOURA, Clovis. **Rebeliões da Senzala.** Porto Alegre: Mercado Aberto, 1988.

SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. **Brasil: território e sociedade no início do século XXI.** 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SILVA, Silvio Bandeira de; SILVA, Barbara-Christine. **Estudos sobre Globalização, Território e Bahia,** 2.ed. Salvador: UFBA. Mestrado em Geografia, Departamento de Geografia, 2006.

SOUZA, Marcelo Lopes. **Os conceitos fundamentais da pesquisa sócio-espacial.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

VASCONCELOS, Pedro de Almeida. **De redes a territórios: o Império colonial português.** II Seminário Internacional SETED-ANTE Estado, Território e Desenvolvimento: “A Governação dos Territórios”, na Universidade de Santiago de Compostela, em 07/2015.

23

Impactos da Convenção 169 da OIT na Reexistência dos Quilombolas do Brasil

RICARDO PINTO DA SILVA

Sumário: 1. Introdução. 2. Sistema democrático brasileiro e a participação dos povos e comunidades tradicionais. 3. A importância da convenção 169 da OIT para os quilombolas do Brasil. 4 Conclusão. Referências.

1. Introdução

Presenciamos uma verdadeira ofensiva para dismantelar as legislações de proteção aos povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais do Brasil. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, passou a ser um obstáculo a ser superado por aqueles que buscam enfraquecer as normas de proteção e garantia dos direitos dos povos tradicionais.

Os direitos dos povos quilombolas do Brasil estão assegurados pela convenção 169 da OIT, desta forma, a ameaça de denúncia da convenção por meio do decreto legislativo 177/2021, demanda métodos firmes que possam superar práticas discriminatórias que afetam os povos tradicionais.

Assegurar que os povos quilombolas participem da tomada de decisões que impactam suas vidas. é cumprir o quanto determinado

pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dado que a Constituição brasileira tem como um de seus fundamentos o pluralismo político, assumindo desta forma o compromisso com o direito a diversidade e a garantia da participação igual dos diferentes.

2. Sistema democrático brasileiro e a participação dos povos e comunidades tradicionais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), estabeleceu garantias e direitos para os povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais, em especial no que diz respeito ao direito de propriedade coletiva, desta maneira, o processo de redemocratização do Estado brasileiro, com a visão de conscientização do pluralismo cultural brasileiro e do reconhecimento da necessidade de preservar os usos e modos de fazer e de viver destas comunidades etnicamente e culturalmente diferenciadas são caminhos que mostram a preocupação do Brasil com a realidade social de seus povos.

Apesar disso, Ilka Boaventura Leite, nos traz que, estratégias discriminatórias ainda se reproduzem em uma grande proporção atualmente, fazendo com que as estruturas do Estado fiquem fragilizadas, dificultando que as leis democráticas estabelecidas na Constituição sejam aplicadas:

A forma de ocupação das terras em todo o Brasil se deu por meio da lógica da expulsão dos indígenas e dos negros, da exploração da mão-de-obra compulsória dos africanos e seus descendentes. A territorialidade negra, portanto, foi desde o início engendrada pelas e nas situações de tensão e conflito. Essa constatação reintroduz, na atualidade, um debate sobre questões persistentes e que nos incitam a exercitar um olhar

retrospectivo e comparativo, capaz de revelar, nitidamente, os aspectos constitutivos das situações com as quais nos defrontamos no presente. Neste sentido, tornam-se fundamentais os exemplos provenientes das realidades locais para se perceber o que está em jogo nas diversas situações analisadas, suas dimensões, articulações, formas e realces. E é sob esse prisma que a territorialidade negra pode ser referida não, a uma realidade equívoca e distante, mas se reportando a uma dimensão simbólica da identidade na qual os negros se organizaram como coletividade nacional, articulações de grande complexidade e que aconteceram desde um processo relacional, multicentrado e altamente dinâmico. (LEITE, 2008).

Com efeito, apesar do texto constitucional brasileiro prevê direitos e garantias dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, ainda percebemos na prática que o reconhecimento e a proteção constitucional não são suficientes para encerrar a luta destes povos, visto que, ainda existem conflitos, em destaque com relação ao acesso aos territórios e o respeito ao modo de vida culturalmente diferenciado.

Nesse sentido, é oportuno estudar a questão quilombola da perspectiva teórica na qual devemos adotar como paradigma o Estado democrático de direito, que tem como um de seus fundamentos o pluralismo político, fundamento este que assume o compromisso com a diversidade e com a participação igual dos diferentes.

Com efeito, a ideia de igualdade está estabelecida na CRFB/88, entretanto, na prática, ainda é negada, nesta linha de pensamento a memorável definição do princípio da igualdade, realizada por Rui Barbosa em seu discurso político e jurídico, titulado “oração aos moços” traça a direção para efetividade do princípio da igualdade:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade

social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. (BARBOSA, 1972).

O Estado brasileiro após a CRFB/88, passou a garantir através de políticas públicas o modo de vida tradicional dos povos e comunidades tradicionais, a CRFB/88 normatizou o direito a diferença, vários são os artigos que prevê o direito da igualdade dos diferentes no texto constitucional, deste modo, o direito a diferença também pode ser encaixado como um direito fundamental.

Da análise do texto da CRFB/88, o Estado brasileiro pode ser reconhecido como um Estado Pluriétnico, assim, o tema da democracia deve ser estudado plurissignificativamente, desta forma, democracia na Constituição não deve ser considerada apenas pelo seu conteúdo político e eleitoral, mas também deve-se considerar a existência de uma democracia social, uma democracia ambiental e uma democracia étnica, esta identificada quando a Constituição garante a proteção dos quilombolas, dos povos indígenas e das demais comunidades tradicionais.

A CRFB/88 destina a seção II do capítulo III para tratar da cultura e dos bens culturais, regulamentando a proteção ao pluralismo cultural e a diversidade de valores dos diferentes grupos étnicos formadores da sociedade brasileira.

Conforme aponta Peter Häberle, não é apenas pelo sistema de eleições, ou seja, delegando a responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais que a democracia se realiza, mas também, através

de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da prática cotidiana, contudo mediante a realização dos Direitos Fundamentais.(HÄBERLE, 2002).

Portanto, é preciso entender que proteger os quilombolas é compromisso do Estado brasileiro e, que um Estado que busca o fortalecimento da sua democracia, não pode reduzir em hipótese alguma, o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos fundamentais dos povos tradicionais.

A concretização do sistema democrático brasileiro passa pelo reconhecimento dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, entretanto, não só basta reconhecer os direitos destes povos, mas garantir de forma efetiva a participação destes, nos processos de tomada de decisões.

Nota-se que a forma tradicional de tomada de decisões democráticas, busca atender os anseios políticos da sociedade, a qual pode se desenvolver por duas maneiras, tanto pela forma direta como pela forma indireta. O Brasil adota em regra a forma indireta, a qual população elege representantes que, vão ter voz e o poder de decisão em nome da sociedade civil, no entanto, está forma muita das vezes não corresponde aos anseios das minorias.

Decerto, “a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, mas abrange o espaço em que se comportam as diversas visões existentes em uma comunidade política, ainda que uma delas prevaleça.” (MARTINS e MITUZANI, 2011). Para que os direitos fundamentais dos povos e comunidades tradicionais do Brasil, sejam garantidos e efetivados, é necessário a construção de um espaço que permite e aceite a diversidade, para que deste modo se possa alcançar a igualdade de condições.

Nessa perspectiva, quando os povos e comunidades tradicionais, bem como, demais minorias são colocados juntos, com a sociedade nacional, o

sistema democrático não representa a voz de todos os grupos diferentes, sendo que grupos de minorias étnicas ficam sem voz.

Por isso, garantir o direito de voz e participação dos povos e comunidades tradicionais que tem sua forma de vida, organização social e política próprias, consiste em superar um sistema de exclusão e negação. Assim, o sistema democrático brasileiro tem que refletir uma forma que trate das diferenças, buscando garantir uma igualdade material entre os diferentes povos que compõem o Estado brasileiro.

3. A importância da convenção 169 da OIT para os quilombolas do Brasil

Diversos eventos de desrespeito aos direitos humanos foram praticados pelo mundo, desumanidade foram cometidas contra os povos étnicos, estes considerados inferiores por grupos dominantes. Estes fatos levaram os Estados a buscarem uma proteção ao nível global dos direitos humanos, convenções, tratados e acordos foram e continuam sendo elaborados com objetivo de conter atividades discriminatórias, racistas e promover a paz.

Com isso, o direito internacional procura proteger os direitos dos povos indígenas e dos povos tribais, almejando garantir a sua sobrevivência, tradições e costumes. No entanto, podemos compreender que esta proteção especial que o direito internacional atualmente dá a estes povos vai decorrer do fato que estes povos, estão inseridos no campo de proteção e segurança de um direito coletivo enquanto grupo, não se trata simplesmente de uma proteção dos direitos individuais.

Embora, o direito internacional busque proteger a existência e sobrevivência dos povos enquanto grupo, esse modelo de proteção não elimina a proteção individual dos membros desses grupos.

Dentre os instrumentos internacionais de proteção aos direitos de existência coletiva que buscam garantir a territorialidade capaz de manter o modo de vida destes povos, temos a Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) sobre Povos Indígenas e Tribais, a qual tem como destinatário os povos tribais e os povos indígenas em países independentes.

É possível compreender que existe uma conexão no que toca o conceito de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais adotado pelo Estado brasileiro com o conceito de povos indígenas e tribais adotado pela Convenção 169 da OIT.

Assim, tanto os povos indígenas que são os diferentes grupos étnicos que habitam certo território antes das invasões dos países colonizadores e que continuam a desenvolver suas manifestações culturais diferentes da sociedade circundante, quanto os quilombolas e as demais comunidades tradicionais que são grupos culturalmente diferenciados, com formas próprias de organização e utilizam os recursos naturais de um território para sua sobrevivência, estão inseridos no campo de proteção da Convenção 169 da OIT.

Ainda, reforçando o argumento que o termo tribais da convenção é perfeitamente compatível com a definição adotada pelo Estado brasileiro para quilombolas e demais comunidades tradicionais, temos o decreto n.º 6.040 de 7 de fevereiro de 2007 que Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais que em seu texto dá, a seguinte definição para estes povos:

Art. 3.º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I — Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas

próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

Com isso, os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais do Brasil contam com um importante e indispensável instrumento jurídico para defesa de suas vidas e de sua existência enquanto grupo étnico, este instrumento internacional de proteção dos direitos humanos é indispensável para o Estado brasileiro, tendo em mente, que o Brasil historicamente proporcionou um ambiente de discriminação racial contra os descendentes de africanos aqui nascidos e que vivem no território nacional.

A Convenção 169 da OIT cuida de temas como, os direitos originários sobre as terras e territórios, bem como, dos recursos naturais presentes nelas, da preservação da integridade étnica, cultural, religiosa e da organização social dos indígenas e, dos povos tribais, além de garantir a igualdade de direitos entre povos indígenas e tribais, e não indígenas e não tribais, principalmente com relação à efetividade dos direitos humanos, além de que, admite como critério fundamental os elementos de auto-identificação, e reforça o fundamento de atuação dos movimentos sociais orientados principalmente por fatores étnicos e pelo surgimento de novas identidades coletivas.

É importante esclarecer que os tratados e convenções internacionais devem observar uma rigorosa formalidade antes de entrar em vigor, pois são atos formais e solenes, Valerio de Oliveira Mazzuoli didaticamente busca elencar as fases que os tratados devem trilhar:

a) a de formação do texto (negociações, adoção, autenticação) e assinatura; b) a da aprovação parlamentar (referendum) por parte de cada Estado interessado em se tornar parte do tratado; c) a da ratificação

ou adesão do texto convencional, concluída com a troca ou depósito dos instrumentos que a consubstanciam; e d) a da promulgação e publicação do texto convencional na imprensa oficial do Estado. Essa última fase é apenas complementar às demais e visa dar aplicabilidade interna ao compromisso internacionalmente firmado; sua ausência não exime, em absoluto, o Estado de responder pelos termos do tratado já ratificado e em vigor (MAZZUOLI, 2015, p. 228).

Desta forma, os tratados e convenções internacionais seguem um rito formal e solene antes de entrarem em vigor e, passarem a ser normas internas brasileiras. Para Fábio Periandro e Camila Archanjo, a redação do texto originário da Constituição de 1988, em seu art. 5.º, parágrafo segundo, já trouxe a possibilidade da abertura material da Constituição Federal a novos direitos fundamentais derivados de tratados e assinados pelo Estado brasileiro. (HIRSCH E ARCHANJO, 2020).

A Convenção foi aprovada no ano de 1989 com status de norma internacional de direitos humanos, tem força vinculante para os Estados que assinaram (DA SILVA, 2019, p. 48). O Estado brasileiro internalizou a convenção por meio do Decreto Legislativo n. 143 de 20 de junho de 2002, pelo Congresso Nacional. Sua ratificação foi em 25 de julho de 2002, e sua promulgação como Lei nacional brasileira em 19 de março de 2004, por meio do Decreto n. 5.051 (BRASIL, 2004).

Diante da necessidade dos povos interessados de se autodeterminar, a Convenção n.º 169 da OIT, inspirada nos valores multiétnicos e pluriculturais foi elaborada, assim, como consta no seu preâmbulo, do anseio dos “povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, no âmbito dos Estados onde moram” (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, nota que convenção 169, surge visando superar uma

tradição de integração, assimilação e subjugação jurídica posto pelo Estado Nacional aos grupos culturalmente diferenciados, assim, é reconhecido aos povos indígenas e tribais o direito de serem diferentes e a visão racista que orientava a relação do Estado com os povos tradicionais, inclusive nas leis anteriores a convenção e a Constituição de 1988, são afastadas.

Embora, atualmente, nesse modelo de sociedade capitalista que busca o desenvolvimento a qualquer custo, essa visão de integração dos povos quilombolas a sociedade envolvente ainda é reproduzida, quando consideramos que o modo de vida tradicional dos quilombolas é atrasado e empata o desenvolvimento, bem como, o próprio direito, ainda não superou essa ideia de integração e temos algumas decisões do poder judiciário que ainda refletem essa visão arcaica, retrógrada que trata os povos quilombolas ignorando a sua diversidade cultural e o seu direito a territorialidade.

Nessa narrativa, bem como, pela existência de vários eventos de discriminação racial, é evidente que a libertação do povo negro escravizado não trouxe consigo uma igualdade efetiva, além disso, há de se compreender que os quilombolas do Brasil só surgem enquanto categoria com reconhecimento jurídico a partir da previsão normativa do art. 68 do ADCT da CRFB/88, inaugurando a dogmática constitucional sobre os direitos dos povos quilombolas, mas, ainda é urgente que políticas públicas sejam realizadas para garantir os direitos humanos fundamentais destes povos.

Diante do que foi aqui aludido, a convenção 169 da OIT se projeta na luta quilombola buscando fornecer um caminho para efetivação do direito a participação destes povos nas decisões administrativas e legislativas que impactem o seu modo de vida, materializando nesta oportunidade, a garantia e proteção a suas leis, valores, costumes e perspectivas.

A convenção 169 da OIT traz novos direitos para os quilombolas, como o direito de se auto reconhecer como povo e comunidade tradicional, direito a participação, consulta e consentimento livre prévio e informado, novos direitos também requer nova interpretação, deste modo, não basta simplesmente se reconhecer como um Estado plural, mais se desprender e promover uma revisão de velhos dogmas.

E o direito a consulta prévia vai surgir justamente por conta do obstáculo formado entre aqueles que devem realizar a consulta e aqueles que deverão ser consultados, quando da realização de um empreendimento, por exemplo.

O direito de consulta prévia, livre, informada prevista na convenção é reconhecido como um direito fundamental dos povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais e, tem um papel de extrema importância na autoafirmação dos povos e comunidades tradicionais, dado que, este princípio busca garantir a participação plena dos povos e comunidades culturalmente diferenciados nas decisões administrativas e legislativas que impactem no seu modo de vida.

A nossa Constituição já prevê a consulta aos povos em determinadas condições. entretanto, é importante esclarecer que as outras formas de consulta como as audiências públicas, reuniões, notificações e outras formas não são consideradas uma consulta prévia, livre e informada conforme determinado na convenção 169 da OIT.

E é justamente devido à violação ao direito a consulta prévia, ou mesmo, porque o Estado ou os entes privados envolvidos desconhecem como o procedimento da consulta deve ser aplicado ou por má-fé, que o Poder judiciário vem sendo acionado com fundamento na convenção 169 da OIT para garantir aos quilombolas o direito à consulta e participação.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito a participação dos povos indígenas, em uma decisão de particular relevância proferida na medida cautela da ADPF 709 do DF, o ministro Roberto Barroso proporcionou no âmbito do STF o diálogo intercultural, ou seja, o Estado tem que sentar e dialogar com os povos, respeitando cada um em suas particularidades e tradições próprias.

Outrossim, vale lembrar que essa conduta não fere a soberania do Estado, mas reconhece a identidade das organizações sociais e política de um grupo étnico que se organiza de forma coletiva e possui seus direitos territoriais e culturais.

4. Conclusão

Mesmo que o texto da Convenção não tenha expressamente se referido aos quilombolas, é possível concluir que os povos quilombolas podem ser consideradas um “povo tribal”, portanto, sujeito dos direitos previstos na Convenção 169 da OIT. Destacamos que os quilombolas do Brasil têm um importante instrumento jurídico internacional para proteção e garantia dos seus direitos, a Convenção orienta o Estado brasileiro a garantir a proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais das comunidades quilombolas, bem como, influencia o Estado a adotar meios necessários para o desenvolvimento destes povos.

Dessa forma, os quilombolas do Brasil podem recorrer à Convenção 169 da OIT para fundamentar seus pleitos judiciais com o propósito de corrigir situação de desigualdade socioeconômica, inclusive para ser garantido o direito a participação efetiva e consentimento prévio, livre e informado em todos os níveis de tomada de decisões em organismos administrativos e de outra natureza responsáveis por políticas e programas que lhes digam respeito.

Como se vê, ao ratificar a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, o Estado brasileiro se submeteu a um comando legal internacional, assumindo compromissos com várias obrigações junto aos quilombolas do Brasil.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Decreto n.º 10.088, de 5 de novembro de 2019. **Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil**. Brasília – DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.088%2C%20DE%205,pela%20Rep%C3%BAblica%20Federativa%20do%20Brasil. Acesso em: 27 out. 2021.

DA SILVA, Liana Amin Lima. **Sujeitos da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o Direito à Consulta e ao Consentimento Prévio, Livre e Informado (CCPLI)**. In: FILHO, Carlos Frederico Marés de; DA SILVA, Liana Amin Lima; OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. – São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Intepretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2002.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia**. Tradução de Flávio B. Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; ARCHANJO, Camila Celestino Conceição. **Direitos Fundamentais do Brasil: teoria geral e comentários ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte : Dialética, 2020.

LEITE, Ilka Boaventura. **O projeto político quilombola: desafios, conquistas e impasses atuais**. Estudos Feministas, Florianópolis, p. 965-977, setembro-dezembro, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000300015>. Acesso em: 27 out. 2021

MARÉS DE SOUZA FILHO, C. F. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, [S. l.], v. 42, n. 3, p. 155–179, 2019. DOI: 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075>. Acesso em: 27 out. 2021.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; MIZUTANI, Larissa. **Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 319-352, dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p319>. Acesso em: 16 out. 2021.

NOGUEIRA, A. **No centenário de Rui Barbosa e quinquentenário da oração aos moços**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 67, p. 7-20, 1972. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66640>. Acesso em: 19 out. 2021.

PEREIRA, Nathália Mariel F. de S.. **A Consulta Prévia, Livre e Informada Editora Dialética**. Edição do Kindle.

24

Voto Eletrônico x Voto Impresso: a Confiabilidade como Pressuposto da Liberdade

RICHARD CAMPANARI

Sumário: 1. *Introdução.*
2. *Eleições livres e apuração eletrônica de votos.*
3. *Conclusão. Referências.*

1. Introdução

Há anos, o debate em torno da segurança das urnas eletrônicas, ou melhor, do processo eletrônico de apuração dos votos tem ocupado espaço em jornais, rádios, televisões e em inúmeros outros foros de discussão.

Dois momentos de calor, porém, são marcantes na trajetória recente da implementação do voto eletrônico: aquele ao tempo da disputa à Presidência da República entre Dilma Rousseff e Aécio Neves, no ano de 2014, e o vivido entre Jair Bolsonaro e Fernando Haddad, no ano de 2018.

A partir de inúmeras polêmicas, questionamentos e suspeitas variadas durante os processos de votação e apuração, a segurança do sistema adotado pela Justiça Eleitoral vem sendo duramente criticado. E como ponto pacífico do debate, a falta de transparência e a quase intransponível dificuldade para o eleitor promover ou acompanhar qualquer tipo de auditoria voltada a apurar a idoneidade do resultado, são os ingredientes principais.

Assim e partindo do pressuposto de que a democracia é o exercício do poder político por parte do povo, que escolhe seus representantes de forma livre e segundo a maioria da população, precisamos definir, nesse contexto de embates, o que seriam eleições verdadeiramente livres.

E para ajudar o leitor no entendimento de nossa opinião, esclarecemos que ao falar em voto impresso, não falamos do voto à tinta de caneta, mas daquele combinado ao sistema eletrônico de apuração, cuja escolha do eleitor em urna eletrônica é materializada em impressão não manipulável e auditável por qualquer do povo.

2. Eleições livres e apuração eletrônica de votos

Afinal, o que são eleições livres?

Para não ficar no campo do subjetivismo e não criar o risco de imprimir o pensamento através de um prisma político ou ideológico, vamos nos socorrer da Declaração Universal dos Direitos do Homem ^[1] e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos ^[2] para dizer que eleições livres são, primeiramente, eleições honestas.

Então, indo um pouco mais a fundo nessa direção e nos amparando no art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, podemos afirmar

1. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

Artigo 21^o:

1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. (g.n)

2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.

3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos; e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto. (g.n)

2. PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Artigo 25^o:

Todo o cidadão tem o direito e a possibilidade, sem nenhuma das discriminações referidas no artigo 2.o e sem restrições excessivas:

a) De tomar parte na direção dos negócios públicos, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos;

b) De votar e ser eleito, em eleições periódicas, honestas, por sufrágio universal e igual e por escrutínio secreto, assegurando a livre expressão da vontade dos eleitores; (g.n)

c) De aceder, em condições gerais de igualdade, às funções públicas do seu país.

que a honestidade das eleições exige, não apenas a igualdade do sufrágio, traduzida na ideia expressada pela fórmula “a cada um o seu voto”, mas também o sentimento de confiança social no processo de apuração.

Sem sombra de dúvidas, para que qualquer país tenha eleições livres ou honestas, é preciso que o seu sistema de coleta e apuração de votos traduza no coração do povo o sentimento de confiança e a percepção clara e incontestada de que a cada um foi dado computar o seu voto, sem máculas, sem risco de alterações e, principalmente, sem o sentimento perpétuo da fraude.

E como fazemos isso no Brasil?

Para assegurar a regularidade das eleições existem um sem-número de medidas técnicas e jurídicas destinadas a proteger eficazmente o processo eleitoral contra fraudes e manipulações.

E no caminho de amadurecimento do nosso processo eleitoral, na mais lidima tentativa de garantir que as nossas eleições sejam livres ou honestas, chegamos ao dilema brasileiro sobre a confiança no sistema de apuração eletrônico de votos.

Aqui, então, chamamos a atenção de todos para a primeira diferenciação que fazemos em relação a duas qualidades que o sistema deve ostentar socialmente, a fim de garantir que as nossas eleições sejam livres na acepção mais ampla da palavra:

- a) a segurança efetiva;
- b) e o sentimento de confiabilidade socialmente exigido.

E explicamos ao leitor: Eleições seguras, são, antes de tudo, eleições confiáveis. E nisso, a brasileira já mostrou que não é boa – o que não afeta necessariamente a segurança do sistema, mas o sentimento de confiança

propriamente dito e que dele se espera.

Afinal, por mais que existam discursos alinhados em boa parte da mídia brasileira e argumentos bastante convincentes em relação à qualidade das nossas urnas ou do nosso sistema de apuração, as suspeitas de uma parcela imensa da sociedade são sérias e alimentadas pelas mais variadas fontes e, também, pelo senso comum.

E essa situação é bastante grave e precisa mudar, sob pena de a eleição do nosso país perder totalmente o seu sentido diante da dúvida em relação aos resultados proclamados.

Afinal, se você possui boas razões para imaginar que o seu voto não está sendo contado, que a disputa está fraudada para favorecer um determinado candidato (como são as suspeitas mais populares em nosso país), por que você, afinal, aceitaria o resultado?

Complicado, não é mesmo?

Particularmente, acreditamos que sistema brasileiro possui um bom grau de segurança e que as diversas etapas que se sucedem trazem grandes dificuldades para uma fraude cuja manipulação é feita urna a urna, sem que nenhum servidor ou colaborador da Justiça Eleitoral perceba a discrepância ou inconsistência gerada por essa manipulação.

Mas, ainda assim, não podemos fechar os olhos ou desconsiderar as nossas experiências pessoais ou as recentes declarações do Ex-Chefe da Casa Civil do Governo Lula, José Dirceu, ou do próprio Ministro Barroso, que pareceram íntimos no gosto pelo verbo “tomar”^[3], jogando por terra

3. Em entrevista ao *El País*, ex-ministro e homem mais poderoso do governo Lula declarou que “... dentro do país é uma questão de tempo pra gente tomar o poder. Aí nós vamos tomar o poder, que é diferente de ganhar uma eleição” – visualizado em <https://oglobo.globo.com/politica/jose-dirceu-questao-de-tempo-para-gente-tomar-poder-23112521> aos 20/20/2021 às 17h20min. Após a Câmara dos Deputados rejeitar e arquivar a proposta de emenda à Constituição (PEC) que propunha o voto impresso em eleições, plebiscitos e referendos, um vídeo que mostra o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso, dizendo que “eleição não se ganha, se toma” viralizou nas redes – visualizado em <https://noticias.r7.com/prisma/refletindo-sobre-a-noticia-por-ana-carolina-cury/fala-polemica-de-barroso-e-cpi-das-urnas-qual-o-futuro-das-eleicoes-11082021> aos 20/10/2021 às 17h21min.

os melhores esforços institucionais e governamentais em busca da difusão do exigido sentimento de confiabilidade – ainda que tais falas tenham sido retiradas de contexto ou sido contextualizadas pelos autores de maneira “infeliz”.

Então e já não fosse isso suficiente para evidenciar um grave problema em nosso sistema de apuração [e não falamos da segurança, necessariamente, mas do sentimento de confiabilidade e percepção geral da população], devemos considerar, ainda, as seguintes situações:

- a) a defesa da inviolabilidade dos sistemas já violados^[4] da Justiça Eleitoral (ainda que a invasão conhecida tenha se atido ao GEDAI^[5]); e
- b) as outras e recentes afirmações do Ministro Barroso^[6] contra o voto impresso, tais como:
 - i) a de que o voto impresso cria dificuldade administrativa;
 - ii) a de que o voto impresso oferece risco para o sigilo;
 - iii) a de que o voto impresso representa um grande risco de fraude;
 - iv) a de que o voto impresso representa um risco de judicialização, porque a contagem manual vai dar diferença em relação a contagem eletrônica; e
 - v) a de que o voto impresso cria um paradoxo, porque seria registrado em impressora ligada a mesma urna eletrônica que estaria sob suspeita e, fraudando-se o voto eletrônico, fraudar-se-ia também o impresso.

4. Invasão aos Sistemas da Justiça Eleitoral apurada e confirmada pela Polícia Federal.

5. De acordo com o TSE, GEDAI é o Sistema Gerenciador de Dados, Aplicativos e Interface com a Urna Eletrônica – Responsável por gerar as flashes de carga, de votação e mídias para a urna, além de receber e enviar as correspondências para os TREs. – visualizado em <https://www.tse.jus.br/eleicoes/processo-eleitoral-brasileiro/logistica-e-preparacao/lecoossistema-da-urna> aos 29/10/2021 às 17h40 min.

6. Visualizado em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-06/voto-impresso-e-pior-mas-cumpriremos-se-congresso-aprovar> aos 20/10/2021 às 17h45min.

Sobre tais declarações, podemos afirmar, então:

- i) a dificuldade administrativa pode ser vencida com a expertise dos servidores da Justiça Eleitoral;
- ii) ainda temos votos impressos em muitas situações, como em locais de difícil acesso e onde a eventual substituição de urnas não é viável;
- iii) já foi comprovado que é possível fraudar o sigilo dos votos eletrônicos através da manipulação do programa da urna;
- iv) não há paradoxo na impressão do voto, pois se existir diferença na totalização, as leis da física nos garantem que a numeração impressa no papel não será alterada sem que seja possível a qualquer um de nós perceber a adulteração; e

Por fim, há um ponto, o “v”, em que precisamos concordar com o Ministro Barroso, quando ele critica a confiabilidade da apuração do voto impresso. E isso, porque realmente não podemos dizer que o Ministro está errado ao preferir confiar nas máquinas e não nos seres humanos.

E não podemos dizer que ele está errado ao dizer isso, assim como não podemos dizer que estão errados os defensores do voto impresso ao não confiar nas máquinas que são operadas e programadas por um grupo ainda mais restrito de seres humanos.

Toda essa desconfiança não parte necessariamente da preferência institucional pelo modelo tecnológico em si, mas de inúmeros fatores e variantes, dentre as quais podemos citar “mitos” urbanos ou a pouca transparência do TSE ao longo de muito tempo – tanto quanto a queda vertiginosa de credibilidade das Cortes Superiores junto à população.

E por certo, não é a pesquisa do Data Folha citada pelo Ministro

Barroso durante reunião na Câmara dos Deputados – ocasião em que o Presidente do TSE defendia o voto eletrônico em detrimento do impresso – que vai mudar a ideia de uma parcela imensa da população e de uma maioria formatada até bem pouco tempo no Congresso (tanto que, mesmo desconsiderado pelas Cortes Superiores num passado recente, o voto impresso já foi aprovado).

É necessário que o Estado Brasileiro e a Corte Eleitoral, fundamentalmente, se empenhem em garantir transparência e participação popular efetiva no processo de apuração, respeitando, por assim dizer, a própria Declaração e Programa de Ação de Viena^[7], proclamada na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, no ano de 1993.

3. Conclusão

Não se engane o leitor quanto a nossa opinião: mesmo acreditando na segurança do sistema, sabemos que ela não é absoluta, como também não é absoluta a segurança da tumultuada apuração manual – e isso, nem os próprios técnicos da Justiça Eleitoral discordam.

Mas é porque o nosso sistema não tem a garantia ou a chance de auditoria por qualquer do povo, conforme nos garantiu a ordem jurídica brasileira, que perecemos ao não ter em nossos corações a plena confiança no modelo.

Se o voto impresso é a última fronteira para voltarmos a um estado de relativa confiança (já que, por exemplo, existem cadeias de custódia

7. DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA.

Parte II, parágrafo 67:

Deverá ser dado especial ênfase a medidas tendentes a estabelecer e fortalecer instituições relacionadas com os Direitos Humanos, ao reforço de uma sociedade civil pluralista e à proteção de grupos que se tenham tornado vulneráveis. Neste contexto, reveste-se de particular importância o apoio prestado a pedido de Governos para a realização de eleições livres e justas, incluindo a assistência em aspectos das eleições relativos a Direitos Humanos e a informação ao público sobre o processo eleitoral. É igualmente importante o apoio prestado na consolidação do Estado de Direito, na promoção da liberdade de expressão e na administração da justiça, bem como na participação efetiva das pessoas nos processos decisórios. (g.n).

da informação como o *blockchain*^[8] que são mecanismos digitais altamente seguros), não sabemos. Mas, seja como for, o voto impresso é, seguramente, a vontade expressada nas ruas pela aparente maioria da população, assim como já o foi pelo Congresso em mais de uma ocasião – e desconsideramos a última em razão de uma interferência pouco saudável das Cortes Superiores no processo legislativo.

Outros debates em relação a mecanismos que agregariam maior segurança, não nos parecem propícios ao tempo em que vivemos. O que precisamos é dar um passo de cada vez em busca do equilíbrio e do resgate da confiança do povo brasileiro em sua Justiça Eleitoral que, para nós, deve mais transparência aos seus verdadeiros constituintes.

E é somente a partir desse sentimento de confiança no processo de apuração, de confiança em nossas instituições e em seus integrantes que resgataremos a paz social e poderemos exercer, de forma verdadeiramente livre, o maior poder que um cidadão tem sobre o Estado: o voto.

Referências

AGRA, Walber de Moura. Manual Prático de Direito Eleitoral. 1ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.

CURY, Carolina. Fala polêmica de Barroso e CPI das urnas: qual o futuro das eleições?. R7, São Paulo, 11/08/2021. Disponível em <https://noticias.r7.com/prisma/refletindo-sobre-a-noticia-por-ana-carolina-cury/fala-polemica-de-barroso-e-cpi-das-urnas-qual-o-futuro-das-eleicoes-11082021>. Acesso em: 20/10/2021.

DIRCEU, José <É questão de tempo para a gente tomar o poder>. O Globo, São Paulo, 28/09/2018. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/politica/jose-dirceu-questao-de-tempo-para-gente-tomar-poder-23112521>>. Acesso em: 20/10/2021.

8. De acordo com o Wikipédia, “A blockchain (também conhecido como “o protocolo da confiança”) é uma tecnologia de registro distribuído que visa a descentralização como medida de segurança.[1] São bases de registros e dados distribuídos e compartilhados que têm a função de criar um índice global para todas as transações que ocorrem em um determinado mercado. Funciona como um livro-razão, só que de forma pública, compartilhada e universal, que cria consenso e confiança na comunicação direta entre duas partes, ou seja, sem o intermédio de terceiros.” – visualizado em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Blockchain> aos 29/10/2021 às 18h01min.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS/CENTRO PARA OS DIREITOS HUMANOS. Human Rights and Elections: A Handbook on the Legal, Technical and Human Rights Aspects of Elections. New York and Geneva, 1994. Disponível em: https://eos.cartercenter.org/uploads/document_file/path/8/training2enTCCoptimized.pdf. Acesso em: 18/10/2021.

PONTES, Felipe. Barroso: voto impresso é “pior”, mas cumprimos se Congresso aprovar. Agência Brasil, Brasília, 09/06/2021. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-06/voto-impresso-e-pior-mas-cumprimos-se-congresso-aprovar>. Acesso em: 20/10/21.

SANDOVAL. Ovídio Rocha Barros. O ativismo judicial. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273781,11049-O+ativismo+judicial>. Acesso em: 08 de out. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Processo Eleitoral Brasileiro. Ecosistema da urna, 2021. Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/eleicoes/processo-eleitoral-brasileiro/logistica-e-preparacao/ecossistema-da-urna>>. Acesso em: 29/10/2021.

WIKIPEDIA. Blockchain. Wikipedia enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Blockchain>. Acesso em: 29/10/2021.

25

O que fica da Justiça de Transição Incompleta: Crimes de Estado e a Violência de Regresso

ROBERTA CUNHA DE OLIVEIRA

Sumário: 1. *A Criminologia Crítica que ainda ignora os crimes massivos.* 2. *A ideia de Justiça anamnética para além do “neopunitivismo”.* 3. *Produzir memórias da violência estatal e o espaço de escuta ética do testemunho: caminhos possíveis para a (des) construção. Referências.*

“O “totalitarismo institucional” exige que a culpa, alimentada pela dúvida e opacidade dos segredos, e reforçada pelo recebimento das indenizações, permaneça dentro de cada sobrevivente como drama pessoal e familiar e não como a tragédia coletiva que foi e continua sendo, meio século depois”. (Bernardo Kucinski^[1]).

Resumo: A presente e breve reflexão carrega um pouco dos desejos e das indagações de pesquisas no campo da Justiça de Transição, desde a época da dissertação de Mestrado, entre 2011-2012, período no qual essas discussões floresciam no país, conforme ocorria o avanço das políticas públicas de reparação. Todavia, desde 2016, com o crescente desmanche das políticas públicas de direitos humanos, o discurso autoritário voltou a permear a esfera pública, política e jurídica, sendo a memória coletiva um território em disputa. Sobretudo, em relação à violência institucional crescente no Brasil

1. KUCINSKI, Bernardo. K. - Relato de uma busca. São Paulo: Cosac Naify, 2014, p.169.

durante o período democrático. Em que pese diversos estudos afetos à temática da Justiça de Transição e da crítica à violência estatal, ainda mais na seara de políticas de segurança pública democrática, não há no país, uma análise da violência institucional atual enquanto crime de Estado, tampouco a definição de preceitos dentro de uma teoria crítica dos direitos humanos para os crimes de massa. A ideia desse pequeno texto é contribuir para a discussão sobre nossa justiça de transição tardia, sobre o nosso legado autoritário e como se faz necessário pensar a ideia de justiça que tenha como eixo a memória coletiva, potência capaz de interromper nosso acúmulo de corpos.

Palavras-chave: justiça de transição, memória coletiva, testemunho, violência.

1. A Criminologia Crítica que ainda ignora os crimes massivos

O estudo dos crimes de Estado é um objeto recente no campo da criminologia, tendo ganhado certa expressão após a primeira década do século XXI. Embora exista o debate feito pela criminologia cautelara ^[2], tal percepção ainda se estrutura na discussão sobre a “criminologia do genocídio” e na proteção positivada nos tratados e nos sistemas internacionais de direitos humanos, com baixo índice de diálogo com as práticas insurgentes, abolicionistas, reconstrutivas ou restaurativas. Há discussões na seara do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional penal a partir dos crimes contra a humanidade e do genocídio, figuras positivadas no Estatuto de Roma e do seu caráter jushumanista, na configuração dos massacres como graves violações aos direitos humanos.

O caráter jushumanista também se parece um pouco incerto e ambíguo ao analisar os massacres nos sistemas internacionais, arena

2. ZAFFARONI, Eugénio Raul. La palabra de los muertos, conferencias de criminología cautelara. Buenos Aires: EDIAR, 2011.

muito dependente da geopolítica e do pós-positivismo (marco teórico do direito colonial, iluminista, racional)^[3]. Se no crime contra a humanidade a crítica analisou sua estrutura industrial da morte através da burocracia estatal^[4], nos crimes de Estado, como objeto das teorias críticas de direitos humanos e das ciências criminais, a perspectiva também abarca o âmbito macropolítico das estruturas de poder, mas se desloca para a violência fundadora conformada pelo Estado moderno, colonial e que faz a instituição do direito penal, com o monopólio da violência, o seu eixo de instituição e de manutenção.

Assim, a violência institucional/estatal acontece de uma maneira cíclica e numa espiral crescente, elegendo diferentes “inimigos sociais”, conformando a situação econômica, política e cultural de cada tempo, independente do regime político formalmente adotado, pois é a base do Estado-nação e da modernidade. Diante do aumento da letalidade policial na democracia, é chegado o momento de tratar da prevenção dos massacres, para além da redução dos danos no processo penal.

2. A ideia de Justiça anamnética para além do “neopunitivismo”

Quando falamos de uma justiça das vítimas e de uma justiça anamnética (expressão de Reyes Mate^[5] para uma justiça histórica) estamos tratando em uma concepção ampla dos que foram vitimados, das pessoas que tiveram sua dignidade saqueada por um sistema de Estado, da violência fundadora e mantenedora desse sistema, desde a invasão colonial, perpassando a escravidão, o nazismo no século XX, as ditaduras da segurança nacional na América do Sul, a partir dos anos 60, os corpos

3. ZAFFARONI, Eugénio Raul. *La palabra de los muertos, conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: EDIAR, 2011.

4. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém, um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

5. MATE, Reyes. *Memórias de Auschwitz*. Tradução de Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005, p.174.

sem valor político, negros, jovens e periféricos que se acumulam no nosso cotidiano da letalidade policial não resolvida na atualidade, em meio a uma cortina de fumaça da democracia formal. Em nenhum desses recortes os grupos vitimados foram reconhecidos enquanto vítimas durante o mesmo ciclo ou processo histórico.

Por isso, fala-se de mecanismos de uma justiça de transição, entre ciclos e estruturas. No Brasil há uma justiça de transição inacabada, controlada, sufocada pelas castas que se mantêm em posições de poder, pois a transição democrática, a partir de 1985 não enfrentou problemas estruturais como o legado autoritário nas instituições. Falta-nos a transição no sistema de justiça penal (com a refundação de suas agências). Nosso pensamento e práticas autoritárias, enquanto país e sociedade, inclusive nossa “legalidade autoritária ^[6]”, não começaram com o golpe de Estado de 1964, nem terminaram com a transição política a partir de 1985 ou com a Constituição de 1988. Mas, é inegável que a doutrina de segurança nacional modificou certas práticas ilegais advindas da colônia e do caudilhismo: instaurou a noção de “guerra suja”, com a necessidade de conformação de um “inimigo interno” ^[7]. Ainda hoje, é a doutrina da segurança nacional que permeia o pacto da segurança pública vigente, o qual não foi acordado, menos ainda, democratizado, sendo seu resquício, mas também sua estrutura.

Além disso, a trajetória dos sistemas processuais penais modernos é imbricada pela negação das vítimas (transformadas em bodes expiatórios), do dano e da responsabilidade, desde a invasão colonial, perpassando “Auschwitz”, constituindo o espectro nas chacinas atuais. Seja no sentido de não deixar vestígios, ao fazer desaparecer as vítimas, sem testemunhos,

6. PEREIRA, Antony W. Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e terra, 2010.

7. COMBLIN, Joseph. A Ideologia da Segurança Nacional, o poder militar na América Latina. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1978.

nem outro tipo de materialidade que possibilite a reconstrução da barbárie, aquilo que Vidal Naquet chamou de “a negação do crime dentro do crime mesmo”^[8].

Seja pela instalação de um sistema burocrático, como estrutura criminosa que facilitou o terrorismo de Estado^[9]; além de diluir a responsabilidade individual, sem a identificação dos culpáveis. Terrorismo de Estado, demonstrado na violência mimética, pelas entranhas do sistema penal subterrâneo^[10]. Segundo Castor Bartolomé Ruiz, a naturalização da violência acaba por naturalizar as vítimas e inviabilizar uma justiça efetiva, apresentando um potencial contaminante que se retro-alimenta, ao qual denomina de “potência mimética”, que tangencia e por vezes provoca situações-limite:

A Justiça de Transição tem a responsabilidade de julgar contextos históricos de violência extrema. Partimos da tese de que a violência não é um fato pontual que desaparece totalmente ao cessar o ato violento. A violência não se apaga sincronicamente ao virar a página do tempo, **ela tem uma persistência diacrônica** cujos efeitos perduram no tempo. (...) Os desdobramentos da violência perpassam a linearidade do tempo provocando efeitos dificilmente mensuráveis pela lógica cronológica de um tempo sequencial. Na violência vigora outro tempo, seus efeitos ecoam além do ato violento para limites imprevisíveis^[11]. (grifo nosso)

Ante a barbárie da violência extrema do estado de exceção^[12], é preciso compreender que narrativa não é uma tarefa particular, que se esgota com o depoimento ou a denúncia das violações sofridas. O testemunho, mais que um pedido de reparação das injustiças cometidas contra os sobreviventes, é uma exigência ética em prol daqueles que não resistiram para contar sobre a sua experiência desperdiçada. Essa “exigência ou apelo de justiça”, nos termos de Jacques Derrida^[13],

8. MATE, Reyes. Memórias de Auschwitz. Tradução de Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005, p.174.

9. KAES, René e PUGET, Janine (org.). Violencia de Estado y Psicoanálisis, 1ª edición. Buenos Aires: LUMEN, 2006.

10. A definição do sistema penal subterrâneo surge, pela primeira vez na criminologia crítica latinoamericana, na obra de Lola Anyar de Castro. CASTRO, Lola Anyar. Criminologia da Libertação. Rio de Janeiro: Revan:ICC, 2005.

11. RUIZ, Castor M.M. Bartolomé. (In)justiça, violência e memória: o que se oculta pelo esquecimento tornará a repetir-se pela impunidade. In SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Coord.) Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.85.

12. AGAMBEN, Giorgio O Estado de Exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. – São Paulo: Boitempo, 2004.

13. DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. Tradução Leyla PerroneMoisés. 2a. ed. São Paulo: Editora

assume uma responsabilidade absoluta pelo outro violado, conforme a ideia de justiça tratada pela ética da alteridade de E.Levinas^[14].

Dessa forma, a memória coletiva como performance^[15] - isto é, além da prática discursiva, mas também incluindo a linguagem do corpo afetado, em conjunto com os “lugares de memória^[16]” e com as práticas intergeracionais - mais do que recordar os massacres passados, instaura a fratura na prática diária e atual do sistema penal subterrâneo, o qual atua a cada prisão em flagrante sob “fundada suspeita”, a cada invasão de domicílio ou confissão mediante tortura, a cada auto de resistência ou “morte em confronto” com a polícia. Fazer memórias dessas violações traz a exigência ética para a transformação dos parâmetros de investigação e de responsabilização no sistema de justiça criminal.

Este é o sentido de dizer que o testemunho é “dar voz aos que já não têm voz^[17]”, esta é a tensão que a linguagem do testemunho instala, pois ela dá nome, corpo e forma ao “inominável”, retira a negação do outro da invisibilidade e a coloca como a “outra cara^[18]” do progresso da civilização ocidental. De maneira tal, que a narrativa do trauma se transforma numa exigência ética de justiça, que possibilita o “despertar traumático” lacaniano^[19], constituindo-se em práxis política libertária que também assume a responsabilidade pelos que se foram.

Consequentemente, a vítima dos crimes de Estado ou do crime contra a humanidade passa a deter tamanha autoridade, segundo Reyes Mate: “o silêncio que alberga a palavra da testemunha coloca diante da justiça humana uma nova dimensão. Não se trata de recordar para que não se repita, trata-se de responder pela injustiça causada. Do silêncio nasce a responsabilidade absoluta^[20]”. Não obstante, é preciso alertar, que o testemunho em sua dimensão pedagógica e terapêutica, abrange esferas e complexidades que vão além do momento do julgamento, da ante-sala do judiciário.

Por tal razão, os testemunhos das catástrofes, dos crimes de massa, dos genocídios, das graves violações aos direitos humanos, não podem ser reduzidos aos depoimentos jurídicos, cooptados pela engrenagem do processo e do sistema judicial tradicional. Inclusive para a formação da prova testemunhal, dentro das regras e parâmetros probatórios democráticos, há que se discutir o acolhimento daquele que se dispõe a narrar, seja como vítima, seja como testis, de maneira inter-

WMF Martins Fontes, 2010.

14. LEVINAS, Emmanuel. Totalidade e Infinito. 3a ed. Coimbra: Edições 70, LDA, 2014.

15. PIPER, Isabel; Fernández, R.; Iñiguez, L. Psicología Social de la Memoria: Espacios y Políticas del Recuerdo, Revista PSYKHE, Vol. 22, 2, 2013, pp. 19-31.

16. NORA, Pierre. Entre Memória e História. A problemática dos lugares. Trad. Yara Aun Houry. In Projeto História. Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em História e do Departamento de História da PUC-SP. São Paulo, 1981.

17. AGAMBEN, Giorgio. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Tradução Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, coleção estado de sítio.

18. Termo usado por Enrique Dussel para referir que a América Latina ingressa na modernidade ocidental como a sua “outra cara”. DUSSEL, Enrique. Materiales para una Política de la Liberación. Facultad de Filosofía, UANL. Madrid: Plaza y Valdés Editores, 1ª ed. 2007.

19. Vide SELIGAMANN-SILVA, Márcio (org.). História, memória e literatura: o Testemunho na Era das Catástrofes. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2003.

20. MATE, Reyes. Memórias de Auschwitz. Tradução de Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005, p.259.

disciplinar, pois o meio jurídico produz uma nova violação aos grupos vulneráveis, ao lhes inserir numa lógica burocrática que desrespeita o sofrimento, espetaculariza o horror, não sabendo cuidar nem realizar o devido trabalho de simbolização da violência:

A atividade de testemunhar, capturada aquém da bifurcação entre seu uso judiciário e seu uso historiográfico, revela então a mesma amplitude e o mesmo alcance que a de contar, em virtude do manifesto parentesco entre as duas atividades, às quais será preciso em breve acrescentar o ato de prometer, cujo parentesco com o testemunho parece mais dissimulado. (...) A especificidade do testemunho consiste no fato de que a asserção de realidade é inseparável de seu acoplamento com a autodesignação do sujeito que testemunha. Desse acoplamento procede a fórmula típica do testemunho: eu estava lá. ^[21] (grifo nosso).

Portanto, necessitamos de uma ética negativa nessa descolonização das nossas práticas, que traga a carga da “não -repetição” não como uma garantia, mas como uma possibilidade. Além disso, que também aborde a racionalidade do não idêntico ^[22], em contraponto à pretensão de verdade e universalidade do todo, ou seja, que esteja na “negatividade a consciência da diferença”. Para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça (lema usado pela Comissão de Anistia no Brasil, entre 2007-2016), como o imperativo ético de uma assunção de responsabilidade absoluta e compartilhada ^[23], capaz de transformar nossa ideia de justiça, fazendo do “nunca mais” uma insurgência constante frente à violência institucional.

3. Produzir memórias da violência estatal e o espaço de escuta ética do testemunho: caminhos possíveis para a (des)construção

Um primeiro caminho nesse sentido, seria o da vigilância democrática para o cumprimento das recomendações dispostas no Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade, publicado em 2014 ^[24]. Referido documento, além de reconhecer os crimes contra a humanidade praticados pela ditadura de segurança nacional, faz diversas recomendações (ao todo são vinte e nove) como, por exemplo, o fortalecimento do Mecanismo Nacional de Combate à Tortura; adoção de políticas públicas para o desencarceramento;

21. RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Tradução: Alain François. Campinas, SP: Unicamp, 2007, p.172.

22. SOUZA, Ricardo Timm de. Razões plurais: itinerário da racionalidade ética do século XX. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

23. RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Tradução: Alain François. Campinas, SP: Unicamp, 2007.

24. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório / Comissão Nacional da Verdade. – Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014. 976 p.

o fortalecimento das instituições que atuam na oitiva das pessoas em situação de prisão, como a Defensoria Pública, entre outros. Soma-se a isso, a sugestão da criação de um órgão permanente de monitoramento do cumprimento das recomendações da CNV. Não obstante, no ano de 2021, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos^[25], em seu relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, reforçou a urgência do país para dar cumprimento ao relatório final da Comissão Nacional da Verdade.

Contudo, é preciso ressaltar que os relatórios como fonte da “memória arquivada”, tomada como memória oficial, são importantes, porém, não devem ser o único espaço de construção das memórias da violência estatal. Pois é o testemunho que instaura novamente as perguntas, diante do impossível que se tornou possível, enquanto memória sensível do “que resta”, do “fragmento” e das ruínas dos crimes de massa. O testemunho traduz em sua linguagem a representação do “irrepresentável”, diante do horror que a catástrofe social da desumanização em massa provoca, pela prática dos crimes contra a humanidade. Conforme Reyes Mate, “Auschwitz”, mais que o nome do campo de concentração nazista no qual se operava a câmara de gás, é o significante da produção industrial da morte sob o signo da fabricação em massa.

O que chama a atenção com a organização dos campos de extermínio não é a técnica empregada (a tecnologia dos fornos crematórios ou das câmaras de gás é irrisória), nem a organização do campo (que não supera a de qualquer grande empresa), mas a frieza com que a fábrica é destinada para produzir morte em vez de tornos.^[26]

Tal significante se repete nos números do superencarceramento do Brasil, que já não servem para conter o excedente do capital, mas para

25. CIDH. Situação dos direitos humanos no Brasil : Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021 / Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

26. MATE, Reyes. Memórias de Auschwitz. Tradução de Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005, p.131.

justificar a necropolítica^[27] instituída baixo o signo da “guerras às drogas”. Aliás, não há qualquer relação social ou comunitária diante da construção dos “inimigos” em potencial, já que o inimigo não pertence, assim como o homo sacer^[28]. Contudo, há uma relação de poder diante da lei^[29]. O estatuto jurídico que inscreve a vida natural na política, tornando-a biopolítica, transfere a violência dessa inscrição para as “vidas matáveis”, passíveis de sacrifício; aquelas vidas sem valor político, nos termos de Giorgio Agamben, às quais resta apenas “sobreviver”.

Se, por um lado, o sequestro da narrativa acaba gerando a figura do fantasma para os afetados diretos pelo terrorismo de Estado, devido à falta de elaboração da situação traumática, por outro lado, tal silêncio e “invisibilidade” dos crimes de Estado permite a eficácia simbólica da violência praticada, pela reprodução de tais práticas, com sua “naturalização” nas instituições formalmente democráticas, que mantêm o “modus operandi” de institucionalidade total dos campos de concentração de outrora.

Basta observar que a violência nas penitenciárias brasileiras ainda tende ao aprisionamento da condição dos modos de subjetivação e de suas singularidades, seja pela tortura psicológica em um ambiente desumano e degradante, seja pela tortura física (muitas vezes presente), ou ainda, por formas de atuação institucional que estigmatizam os sujeitos em situação de prisão. Desvelar o ocultado, tornar visível o “invisível”, poder nomear o ainda “inominável”, é a carga acusatória e ao mesmo tempo libertária do testemunho, pois impõe aos agentes de Estado que violam direitos humanos a responsabilidade de conviver com a “consciência de seus

27. MBEMBE, Achille. *Necropolítica. Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. São Paulo: n-1 edições, 2020.

28. AGAMBEN, Giorgio. *O homo sacer. O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

29. KAFKA, Franz. *Diante da Lei*, in *A colônia penal*, São Paulo, Livr. Exposição do Livro, 1965, p.71.

crimes^[30]”, pressiona a refundação dessas instituições.

Por isso, embora o materialismo histórico seja necessário para fazer emergir o subterrâneo, a fuga desse sistema não se dará na dialética, já que “o mesmo” se torna “o outro”, sendo no paradoxo, na aporia que nos convoca à irrupção, à insurgência. Retoma-se a clássica lição de Zaffaroni, no início dos anos 90, para pensarmos nossa situação de violência cíclica na margem: “o mal, na forma da morte violenta, inflição da dor, miséria e, em geral carência grosseira é uma realidade social e humana, sendo impossível convencer um latino- americano pertencente à maioria carente da nossa região marginal, que o mal é uma simples “falta do bem”^[31].

Outrossim, a procedibilidade de uma justiça anamnética através desta percepção, apresenta-se como uma das possibilidades à neutralização da mimese da violência, com a quebra do seu círculo vicioso, que permite ao poder político decidir acerca da expiação pela construção social dos grupos “inimigos”. Castor Bartolomé Ruiz também analisa a figura do campo, nas ditaduras do Cone Sul, como o espaço do arbítrio pleno:

A vida humana que cai no campo entra numa zona de exceção em que os direitos ficam suspensos e sobre ele impera o arbítrio do soberano. A lei do campo é a vontade soberana. **Quem legisla no campo é a vontade arbitrária do soberano. Os presos políticos que caíram sob a exceção das ditaduras latino-americanas vivenciaram na própria pele a virulência do campo.** Suas vidas, desprovidas de qual direito, entraram num espaço de arbitrariedade total em que o carrasco assumia o papel da vontade soberana^[32].

Quando acontece um ato de violência, como a situação limite dos

30. MATE, Reyes. Memórias de Auschwitz. Tradução de Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005, p.123.

31. ZAFFARONI, Eugénio Raul. Em busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.161

32. RUIZ, Castor M.M. Bartolomé. O Direito à Verdade e à Memória – por uma Justiça Anamnética: uma leitura crítica dos Estados de Exceção do Cone Sul, In Relatório Azul. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do RS, Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2011, p.110.

campos de concentração, reproduzida na situação-limite das penitenciárias brasileiras, há uma negativa da alteridade, do “outro” enquanto sujeito. Por isso, a percepção de justiça aqui adotada, resgata a alteridade violada. O sistema penal subterrâneo é o “terrorismo de Estado” que não parou de atuar desde as ditaduras de segurança nacional, é a produção seletiva da morte, em sua expressão necropolítica, é a antítese do sistema penal aparente e ao mesmo tempo sua síntese.

Destarte, a narrativa do trauma é um processo múltiplo e, por isso, precisa do acolhimento de diferentes biografias, diversas linguagens, de uma política pública baseada no cuidado e no reconhecimento dos grupos de vítimas como vítimas e não mais como “bodes expiatórios”. Conforme Janine Puget^[33], a memória ligada ao corpo inconsciente – memória corporal – afeta a memória coletiva: “asimismo existe una memoria asociada a la experiencia con el cuerpo social que configura un modelo identificadorio y los ideales según los cuales el sujeto se inscribe como ser social”.

Dessa forma, pode-se vislumbrar a importância dos mecanismos de Justiça de Transição para tratar destas sensibilidades, realizar políticas públicas de memória, em conjunto com medidas de reparação e de responsabilização. Lembra-se da importância de um entrelaçamento entre os quatro pilares da justiça transicional: o direito à memória e à verdade, à justiça, à reparação e à reforma as instituições.

Ademais, corrobora-se o entendimento de que cada procedimento da justiça de transição também irá depender das condições políticas, jurídicas e sociais em que se insere, não havendo um modelo, tampouco uma receita a ser seguida. Portanto, acredita-se só ser viável uma justiça de transição e uma transição no sistema de justiça se esta ousar ser reconstrutiva/desconstrutiva e/ou restaurativa, ou seja, desconstruir o “a priori” da

33. KAES, René e PUGET, Janine (organizadores). *Violencia de Estado y Psicoanálisis*, 1ª edición. Buenos Aires: LUMEN, 2006, p.54.

violência que instituiu o direito e que o mantém, para, então, começar o processo de simbolização, de terapia social através das memórias coletivas subalternizadas. Tal processo é travessia na busca do “devir”. Isso porque o testemunho faz o acontecimento, o rito, a celebração.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **O homo sacer. O poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

_____. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. Tradução Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, coleção estado de sítio.

_____. **O Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. – São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém, um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório / Comissão Nacional da Verdade**. – Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014.

CIDH. **Situação dos direitos humanos no Brasil** : Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021 / Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

COMBLIN, Joseph. **A Ideologia da Segurança Nacional, o poder militar na América Latina**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1978.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone Moisés. 2a. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DUSSEL, Enrique. **Materiales para una Política de la Liberación**. Facultad de Filosofía, UANL. Madrid: Plaza y Valdés Editores, 1ª ed. 2007.

KAES, René e PUGET, Janine (org.). **Violencia de Estado y Psicoanálisis**, 1ª edición. Buenos Aires: LUMEN, 2006.

KAFKA, Franz. **Diante da Lei**, in A colônia penal, São Paulo, Livr. Exposição do Livro, 1965.

KUCINSKI, Bernardo. K. - **Relato de uma busca**. São Paulo: Cosac Naify, 2014.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. 3a ed. Coimbra: Edições 70, LDA, 2014.

MATE, Reyes. **Memórias de Auschwitz**. Tradução de Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica. Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. São Paulo: n-1 edições, 2020

NORA, Pierre. **Entre Memória e História. A problemática dos lugares**. Trad. Yara Aun Khoury. In Projeto História. Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em História e do Departamento de História da PUC-SP. São Paulo, 1981.

PEREIRA, Antony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e terra, 2010.

PIPER, Isabel; Fernández, R.; Iñiguez, L. **Psicología Social de la Memoria: Espacios y Políticas del Recuerdo**, Revista PSYKHE, Vol. 22, 2, 2013.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas, SP: Unicamp, 2007.

RUIZ, Castor M.M. Bartolomé. **(In)justiça, violência e memória: o que se oculta pelo esquecimento tornará a repetir-se pela impunidade**. In SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Coord.) **Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **O Direito à Verdade e à Memória – por uma Justiça Anamnética: uma leitura crítica dos Estados de Exceção do Cone Sul**, In Relatório Azul. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do RS, Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2011.

SELIGAMANN-SILVA, Márcio (org.). **História, memória e literatura: o Testemunho na Era das Catástrofes**. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2003.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Razões plurais: itinerário da racionalidade ética do século XX**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. **La palabra de los muertos, conferencias de criminología cautelar**. Buenos Aires: EDIAR, 2011.

_____. **Em busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

26

Supremacia masculina nos Partidos Políticos: Violência Política Simbólica contra as mulheres?

SALETE MARIA DA SILVA

Sumário: *Introdução. 1. Supremacia masculina nos partidos políticos. 2. Violência política contra as mulheres. 3. A dimensão simbólica da violência política contra as mulheres. 4. Considerações finais. Referências.*

Introdução

No Brasil, a exemplo de outras “democracias” ^[1] que preveem a igualdade de gênero em suas Constituições, ainda persiste uma profunda desigualdade entre homens e mulheres, manifesta em diversos âmbitos da vida social, seja na família, nos espaços educativos, no mundo do trabalho, nas artes e cultura, nos meios de comunicação e mídias sociais e na política formal, dentre outras esferas da realidade pública e privada.

No que tange ao mundo da política, é possível perceber, até mesmo através de uma rápida mirada nas agremiações partidárias e na composição dos espaços decisórios, a flagrante *sub-representação feminina* nestas esferas,

1. O uso das aspas é intencional, pois a perspectiva feminista, enquanto enfoque analítico adotado neste texto, visa, dentre outros propósitos, desnaturalizar a ideia de que a democracia se constrói e se consolida com a ausência ou tímida representação de mais da metade dos membros de uma sociedade.

apesar dos quase 90 anos da conquista do voto pelas mulheres brasileiras^[2] e das mais de três décadas do advento da Lei de cotas de gênero nas eleições proporcionais.

Este quadro, que tem posicionado o Brasil desfavoravelmente em nível regional e global^[3], tem sido objeto de inúmeras pesquisas e reflexões teóricas (ABREU, 2011; MATOS; PARADIS, 2014; SILVA, 2018), além de diversas proposições legislativas (CFEMEA, 2006; WRIGHT, 2016; BRASIL, 2020; PAES, 2021), que vem se desenvolvendo desde o advento da reabertura democrática, tendo à frente os movimentos feministas e de mulheres como principais responsáveis pela desnaturalização das assimetrias de gênero no âmbito do Parlamento Nacional, nos debates em torno de políticas públicas levadas a cabo pelo Poder Executivo ou, mais recentemente, no contexto do Poder Judiciário, notadamente no Tribunal Superior Eleitoral, onde desaguam as consultas técnicas e algumas ações judiciais que versam sobre violações aos direitos políticos das mulheres, todas em busca de uma maior *justiça de gênero* (SILVA; WRIGHT, 2016) a partir de respostas estatais mais inclusivas e democráticas.

Neste contexto, emergem relatos e questionamentos em torno da *supremacia masculina* no comando da política nacional, seja na ocupação da maioria dos cargos eletivos e/ou comissionados e na condução dos partidos políticos^[4], onde os homens gozam, historicamente, de prestígio, influência e muitos privilégios, mesmo onde e quando existem algumas

2. Em 2021 a conquista do voto feminino completou oitenta e nove anos no Brasil, porém, a representatividade das mulheres em cargos eletivos no Congresso Nacional ainda não ultrapassa a marca dos 15% de parlamentares.

3. Segundo pesquisas divulgadas pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e pela ONU Mulheres, em 2020, o Brasil ocupa o antepenúltimo lugar em participação feminina na política na América Latina; sendo que em âmbito mundial está na 142ª posição em termos de representatividade feminina, conforme dados da União Interparlamentar (UIP). Cf. https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/09/24/interna_politica,1188547/brasil-e-antepenultimo-em-ranking-sobre-participacao-feminina-na-polit.shtml. Cf. <https://www.ipu.org/women-in-parliament-2020>

4. Na atualidade, apenas cinco partidos, dos trinta e três com registro no TSE, são presididos por mulheres. São eles: Partido dos Trabalhadores, sob a presidência de Gleisi Hoffmann; Partido Comunista do Brasil, sob a presidência de Luciana Santos; Partido Podemos, sob a presidência de Renata Abreu, Partido Renovador Trabalhista Brasileiro, sob a presidência de Aldineia Cruz e Rede Sustentabilidade, sob a presidência de Heloísa Helena. Disponível em <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>.

poucas mulheres presidindo^[5].

Tal problemática evidencia e escancara a presença do ainda vigente e pulsante *sistema patriarcal* no seio de nossa sociedade, vez que, enquanto estrutura de dominação masculina, tem operado, historicamente, através da cultura, da estrutura e das diversas relações sociais - políticas, econômicas, religiosas, dentre outras - forjando-se como maquinaria opressiva de gênero e se perpetuando a partir do imaginário coletivo, já que, conforme destacou a historiadora Amparo Moreno Sardá (1991), se alicerça na ideia de um “arquétipo viril protagonista da histórica” que, desde nossa perspectiva, ainda paira sobre as mentes e os corações dos mais variados atores políticos, independentemente de seus matizes ideológicos.

Destarte, é possível intuir que, para superação do sistema patriarcal, não será suficiente a mudança na legislação, mas uma transformação profunda na mentalidade e nas subjetividades das pessoas, já que lideranças e ativistas políticos de esquerda, de centro e de direita comungam da crença na figura de um guru, um salvador, um líder, um mito, um herói, isto é, um homem em cujas mãos devem ser depositadas todas as expectativas com relação ao futuro político do país. E isto abre diversas questões para agendas de pesquisas, notadamente para os estudos feministas, assim como janelas para debates públicos em torno de algumas perguntas fundamentais, tais como: a quem interessa a manutenção deste estado de coisas? A quem pertencem, historicamente, os partidos políticos? Quem manda na política brasileira? Que personalidades são lembradas quando são mencionadas determinadas legendas? Quem são as figuras que estão sendo apontadas (ou se autodeclaram) como pré-candidatos à presidência

5. Uma evidência do privilégio masculino até mesmo em partidos comandados por mulheres emerge da fala da presidenta do Partido dos Trabalhadores, deputada Gleisi Hoffman que, após ser perguntada sobre a participação do líder petista num eventual governo de Haddad, assim respondeu: “Lula terá o papel que quiser no governo”, algo impensável com relação a qualquer liderança feminina que, em regra, precisa comprovar, até mesmo entre outras mulheres, que tem os mesmos direitos e as mesmas capacidades para se lançar pré-candidata. Cf. <https://www.valor.com.br/politica/5848617/lula-tera-o-papel-que-quiser-no-governo>

do país nas eleições vindouras?

Para tentar responder tais indagações, não há como não recorrer a categorias como hegemonia e/ou supremacia de pessoas do gênero masculino nos espaços decisórios e nos partidos políticos, em particular.

1. Supremacia masculina nos partidos políticos

No campo dos estudos feministas muito já se produziu, e com bastante rigor científico, sobre o “não-poder das mulheres” na política formal (COSTA, 1998; SILVA, 2011), enfatizando-se a sub-representação feminina e as inúmeras barreiras que impedem o acesso e a permanência das mulheres nos espaços decisórios. Além disto, muito já se publicou sobre as políticas de cotas como estratégias de enfrentamento da exclusão das mulheres da chamada esfera pública (PINTO 2001; SANCHEZ, 2014) e, mais recentemente, sobre o papel da Justiça Eleitoral (SILVA, 2021) e dos partidos políticos (SACCHET, 2011; BARROS; NASCIMENTO, 2021) na superação da chamada *brecha de gênero* na política.

No entanto, faz-se necessário seguir refletindo, de maneira séria e transparente, sem blindar qualquer partido da crítica, sobre o *déficit democrático de gênero* no seio das agremiações políticas, tomando como ponto de partida não somente o contexto eleitoral e os indicadores de mulheres candidatas e/ou eleitas, mas os discursos e práticas cotidianas dos que fazem uso retórico e instrumental do gênero, assim como a cosmovisão política das lideranças e dos sujeitos liderados, cotejando-os com a persistente dominação masculina nestes espaços de poder e as justificativas, inclusive elaboradas por mulheres, que dão sustentação a este *status quo*.

Assim, e com vistas a abrir novas agendas de pesquisa, gerando interesse estudantil pelo tema, tenho estimulado - em minhas disciplinas de graduação e de pós-graduação sobre a interface entre Gênero e Poder, Gênero e Democracia, Gênero e Cidadania e Gênero e Direitos^[6] -, leituras e reflexões acerca do lugar das mulheres na política, começando por um olhar crítico frente às agremiações partidárias. Para tanto, e antes de apresentar análises e críticas feministas sobre o tema, peço às/aos estudantes, em sua maioria mulheres, que indiquem, de forma imediata, nomes de lideranças que vem à sua memória quando determinadas siglas são mencionadas. Passados alguns instantes, as respostas, invariavelmente, são as seguintes:

Quadro 1: associação imagética entre partidos e lideranças políticas

Siglas mencionadas ^[7]	Nomes que lhes vem à mente ^[8]
PT	Lula, Haddad
PSBD	FHC, Serra, Alckmin
PMDB	Ulisses Guimarães, José Sarney, Michel Temer, Renan Calheiros
PFL	ACM ^[9]
PSOL	Guilherme Boulos
PCdoB	João Amazonas, Orlando Silva, Flávio Dino
PSB	Miguel Arraes
PDT	Leonel Brizola
PSL	Bolsonaro ^[10]
PSTU	Zé Maria
PTB	Roberto Jeferson

Fonte: arquivos de aula da autora

6. *Ministro aulas na Graduação em Estudos de Gênero e Diversidade e no Programa de Pós-graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo, ambos da Universidade Federal da Bahia, onde busco colocar em relevo os conhecimentos adquiridos em minha formação acadêmica e nas experiências obtidas como docente de disciplinas como Direito Constitucional e Direitos Humanos das mulheres.*

7. *Coloquei apenas algumas siglas, mas em geral trabalho com todas, nomeando os mais de 30 partidos com registro no Tribunal Superior Eleitoral.*

8. *Em geral, estudantes apontam o nome mais conhecido, ou que mais disputou eleições ou que ocupou cargos no Executivo ou no Parlamento nacional.*

9. *Ainda que este partido já não exista na atualidade, pelo menos não com a nomenclatura de Partido da Frente Liberal, trazer esta sigla para a reflexão em classe, mormente no estado da Bahia, onde o legado político de ACM se faz sentir nos registros históricos e em algumas performances e discursos de seu sucessor, ACM Neto, ex-prefeito de Salvador e atual pré-candidato ao governo do estado, faz algum sentido ao debate, pois as memórias das/os discentes evocam fatos e acontecimentos narrados por seus familiares e/ou de conhecimento público, que denotam o poder, a influência e a atuação deste líder do gênero masculino, cotejado a partir da noção de arquétipo viril.*

10. *O último exercício acadêmico foi feito em 2019, quando o atual presidente ainda estava vinculado ao referido partido.*

O quadro acima não somente revela a associação imediata que as/os estudantes fazem entre um partido político e suas principais lideranças, mas a supremacia masculina que se verifica, ao longo da história, no seio das referidas agremiações, fazendo com que a política ainda seja vista, de maneira consciente ou inconsciente, como algo próprio da figura masculina, que, por força da *divisão sexual do trabalho* associada aos *estereótipos de gênero*, dominam os espaços decisórios. E, como tem sido evidenciado pela farta literatura feminista sobre o tema (COSTA, 1998; ARAÚJO, 2005; SILVA, 2018), esta supremacia se dá tanto de forma quantitativa como qualitativa, visto que, embora as mulheres já sejam quase metade dos filiados em partidos políticos no Brasil, e mais da metade do eleitorado e da própria população brasileira, as agremiações partidárias seguem sendo comandadas majoritariamente por homens ^[11], cujas decisões políticas, dentro e fora dos parlamentos, favorecem, inevitavelmente, aos seus interesses de gênero, acomodados e/ou atravessados pelos interesses de classe e raça/etnia e até mesmo regionais, materializando-se por meio dos discursos, articulações, alianças e apoios políticos e econômicos que, não raro, e mediante “acordo de cavalheiros”, definem suas próprias candidaturas, abrindo, quando lhes convém, espaço residual e secundário para as mulheres nas listas proporcionais e, sobretudo, nas suas chapas majoritárias, uma vez que a estas são reservadas, na maioria dos casos, a condição de vices ou de suplentes, conforme já demonstrado publicações anteriores (SILVA, 2018; SILVA, 2021).

Tudo isto repercute, negativamente, é claro, na participação política das mulheres, notadamente as oriundas dos grupos sociais historicamente excluídos e discriminados – como negras, pobres, trans, deficientes, indígenas, dentre outras - restringindo, cada vez mais, o exercício dos

11. Para conferir a lista dos partidos e seus respectivos presidentes, consultar tabela elaborada pelo do TSE, disponível em <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>

seus direitos políticos e fortalecendo as *assimetrias de gênero, raça e classe*, responsáveis pela manutenção da sub-representação feminina e pela baixa qualidade da nossa democracia. Sem olvidar de que também contribui para o recrudescimento da *violência política de gênero* contra a mulher, que se agiganta em sua dimensão simbólica, uma vez que este aspecto é um dos maíus difíceis de ser enfrentado, já que, como bem destacou o pelo sociólogo Pierre Bourdieu (1989, 2002), conta com a “colaboração” dos sujeitos discriminados, isto é, as pessoas do gênero feminino, e cujas consequências não serão superadas mediante respostas estatais de natureza puramente penal ou através de iniciativas pontuais da Justiça Eleitoral, mas por meio de outros mecanismos que gerem mudanças estruturais na sociedade brasileira, notadamente as ações de *coeducação política* com enfoque de gênero e interseccionalidades, capazes de transformar crenças arraigadas e mentalidades patriarcais que subjazem à todas as formas de discriminação contra as mulheres. Mas, afinal, em que consiste a violência política simbólica de gênero e como os partidos políticos a reforçam e/ou a naturalizam?

2. Violência política contra as mulheres

Antes refletir sobre a violência política simbólica contra as mulheres, convém desenvolver uma rápida aproximação com a noção de violência política de gênero, visto que a violência simbólica é uma de suas modalidades, tal como indica a definição de elaborada pela *Comisión Interamericana de Mujeres-CIM/OEA*^[12]:

[...]qualquer ação, conduta ou omissão, realizada diretamente ou através de terceiros que, com base em seu gênero, cause danos ou sofrimento a uma ou mais mulheres, e que **tenha como objetivo ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos políticos**. A violência política contra as mulheres pode incluir, en-

12. *Organização dos Estados Americanos (OEA)/Comissão Interamericana de Mulheres (CIM)*, 2017. *Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política*. Disponível, em espanhol, em: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/LeyModeloViolenciaPolitica-ES.pdf>

tre outras manifestações, violência física, sexual, psicológica, moral, econômica ou **simbólica** (CIM/OEA, 2017, p. 6, grifo nosso).

Tomando por base a mencionada definição, é possível perceber que, a exemplo de tantas outras formas de violência perpetradas contra as mulheres, a violência política de gênero nem sempre foi percebida e nomeada como tal, haja vista que nossa sociedade, assim como o próprio Estado que a organiza, nem sempre reconheceu os direitos humanos das mulheres, dentre os quais emergem os direitos políticos e, portanto, nem sempre repudiou todas as formas de discriminação, exclusão e opressão que recaem sobre a vida de mais da metade da população do país, pelo simples e só fato de pertencerem ao gênero feminino.

Destarte, e apesar da existência de pesquisas feministas sobre o tema, ao longo dos últimos anos na América Latina (OEA/CIM, 2020), assim como de algumas proposições legislativas que já tipificam e abordam o fenômeno em alguns países desta região^[13], somente em 2015 foi protocolado, na Câmara dos Deputados no Brasil, um projeto de lei de iniciativa da deputada Rosângela Gomes^[14] voltado ao enfrentamento do problema em apreço, cuja relatoria coube à deputada Angela Amin, e sua versão final foi aprovada e sancionada, em agosto de 2021, pelo atual presidente da República, com a seguinte identificação:

Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021

Estabelece normas para **prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher**; e altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra a mulher e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais (grifo nosso).

De acordo com a referida lei, a violência política contra a mulher é definida da seguinte forma em nosso país:

13. *A exemplo da Bolívia, que foi pioneira em formular uma legislação específica sobre este problema, e de outros países como México, Equador e Paraguai que incorporaram alguns artigos sobre o tema em suas leis gerais sobre violência contra a mulher. Já países como Colômbia, Costa Rica, Peru e Honduras tem projetos de lei sobre o tema, em trâmite. Para maiores informações, cf <https://latinoamerica21.com/br/a-violencia-politica-contra-as-mulheres-na-america-latina/>.*

14. *Trata-se de parlamentar negra, evangélica, oriunda da baixada fluminense e vinculada, atualmente, ao partido Republicano, portanto, de direita. Foi reeleita em 2018 pelo estado do Rio de Janeiro, mas foi no ano de 2015 que a mesma apresentou o PL 349/2015, cujo trâmite no âmbito do Congresso Nacional se arrastou até meados de 2021, quando finalmente foi aprovado, legando ao Brasil sua primeira legislação que versa sobre violência política contra as mulheres.*

Art. 3º Considera-se violência política contra a mulher **toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher** (grifo nosso).

Parágrafo único. Constituem igualmente atos de violência política contra a mulher qualquer distinção, exclusão ou restrição no reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos e de suas liberdades políticas fundamentais, em **virtude do sexo** (sic, grifo nosso).

Como se pode ver, diferentemente do que orienta a Comissão Interamericana de Mulheres-CIM/OAE, a lei recentemente aprovada no Brasil não somente não menciona a modalidade de violência simbólica como, equivocada e/ou deliberadamente, utiliza a expressão “em virtude do sexo” em lugar de falar em gênero, tal como recomendam os estudos científicos mais avançados sobre o tema e o próprio modelo legislativo proposto pela OEA. Todavia, vale pontuar que esta não é uma lacuna ou insuficiência presente apenas na normativa brasileira, mas nos demais países que já legislaram sobre o tema, o que significa que as legislações já nascem lacunosas e merecedoras de aprimoramento.

Mas afinal, do que trata a modalidade simbólica da violência política contra as mulheres? E qual a importância de se observar e enfrentar este aspecto no âmbito dos partidos políticos e no debate público, de um modo geral?

3. A dimensão simbólica da violência política contra as mulheres

Como já foi mencionado, a violência política simbólica contra as mulheres é uma das expressões da violência política que se abate sobre as pessoas do gênero feminino. Porém, para melhor compreendê-la, faz-se necessário entender, à luz das contribuições de Bourdieu (1998; 2002) o que significa a violência simbólica, tida como uma forma de expressão do poder simbólico que constitui uma modalidade sutil, mas profundamente eficaz e perversa, de relações de poder, baseada em estruturas sociais e culturais de dominação. Trata-se de uma forma de poder que está entranhado em todo o tecido social, pois é parte constitutiva e constituinte do imaginário social, das representações, valores e ideias dominantes em dada sociedade, que as pessoas compartilham acerca do mundo, das relações, da vida em comum.

Para o referido autor, violência simbólica é um tipo de violência que se exerce por meio da “cumplicidade” entre quem a sofre e quem a pratica, sem que, na maioria das vezes, as pessoas envolvidas neste emaranhado de ações, e também de omissões, tenham consciência do que estão praticando e/ou sofrendo (BOURDIEU, 1998; 2002). Trata-se de uma forma de violência que também emerge das relações de poder desiguais e assimétricas estabelecidas entre homens e mulheres, caracterizadas pelo autor como dominação masculina, isto é, situações

de supremacia, de destaque, privilégio e, sobretudo, de superioridade dos homens sobre as mulheres nas mais variadas esferas da vida social.

Este tipo de violência, quando manifesto no campo da política, tem como objetivo a manutenção do status quo de gênero na ocupação dos cargos e no exercício do poder político, notadamente o formal, que também é sustentado através dos estereótipos e dos *scripts de gênero* consensuados social e culturalmente em nossas sociedades. Mantém-se por meio das *prescrições de gênero*, ou seja, daquilo que a sociedade considera próprio das mulheres e dos homens ou, dito de outra forma, do que cada gênero está “naturalmente” apto a ser ou fazer, e que vai indicar quem pode e quem não pode exercer liderança, ocupar funções de comando e decidir sobre os destinos de toda a sociedade, ou seja, é o retrato fiel e naturalizado da dominação masculina, também conhecida como patriarcado, só que em sua face simbólica vai operar para excluir as mulheres de maneira sutil, sub-reptícia, quase invisível.

Neste contexto, a naturalização do domínio masculino, sobretudo nas esferas públicas e nos espaços decisórios, passa a fazer parte do imaginário social, sendo reproduzido por homens e mulheres, já que vai se incorporando às profundezas da psiquê e do inconsciente coletivo, forjando a construção das subjetividades dos sujeitos, e se impondo, pouco a pouco, sem uso da força, da agressão física ou mesmo da explícita e ostensiva hostilidade irracional às mulheres, também conhecida como *misoginia*.

Assim, a naturalização da dominação masculina nas mais diversas esferas da vida, assim como a aceitação acrítica e a própria legitimação da ocupação dos cargos e funções públicas exclusivamente pelos homens, notadamente os de maior destaque, independentemente de sua ideologia, constitui formas de violências política simbólica contra as mulheres, pois corresponde a práticas sutis, supostamente inocentes, que operam através do “consentimento” ou mesmo do “convencimento” social de que somente os homens e, em muitos casos, somente determinados homens – a exemplo de Lula e Bolsonaro – tem capacidade e influência política suficiente para dirigir o país ou, ainda que informalmente, orientar seus partidos e seguidores, dentro e fora dos contextos de suas agremiações, acerca do que deve ser feito para que eles ingressem ou permaneçam nas instâncias de poder estatal.

Diante disto, quando as mulheres, em sua diversidade, olham para quem ocupa cargos eletivos e não se sentem representadas, seja em termos de gênero, mas também de raça, etnia, geração, identidade de gênero, classe e outros marcadores sociais da diferença, isto já é, por si só, uma forma de violência política simbólica contra elas. Mas, quando as mulheres também não podem questionar, dentro e fora dos partidos, de maneira pública e aberta, os privilégios masculinos, as incoerências partidárias, as ambivalências políticas, a dupla moral sexistas, isto também é violência política simbólica contra as mesmas, uma vez que, em regra, somente os homens e, de novo, em muitos casos, somente os mesmos homens, podem disputar determinados cargos eletivos, visto que são tidos e havidos, por homens e mulheres partidários, como naturalmente aptos a ocuparem estes luga-

res. E isto também é violência política simbólica de gênero, praticada abundantemente por lideranças partidárias, seja através de decisões autocráticas, de falas na imprensa e/ou, sobretudo, *interna corporis*, através do uso e abuso dos mecanismos partidários – comitês, diretórios, etc – e dos diversos argumentos, no mais das vezes travestidos de “análise de conjuntura” ou de leitura da “correlação de forças” que, em por coincidência, sempre culminam na escolha de figuras masculinas para assumirem candidaturas, seja encabeçando chapas majoritárias, ou ocupando a maior parte das listas de candidaturas proporcionais, sem olvidar da ocupação dos ministérios, das presidências das casas legislativas, das lideranças de bancadas, dentre outros espaços de destaque, visibilidade, poder e privilégios. Isto tudo é violência política simbólica contra as mulheres, visto que naturaliza, por meio de diversos estratagemas, a sub-representação feminina e as barreiras por elas enfrentadas, quando burla deliberadamente as leis para falsear sua inclusão, independente da ideologia partidária.

E, por incrível que possa parecer, este tipo de violência política tem crescido muito nos últimos tempos, mesmo em contextos de avanço dos debates e dos movimentos feministas, onde há um maior engajamento de mulheres nos movimentos sociais, nas disputas eleitorais e nas mídias de um modo geral. Vê-se, portanto, que a violência simbólica contra as mulheres tem se agigantado justamente onde e quando elas começam a tomar mais consciência de sua condição de gênero, de sua posição social e das possibilidades de mudança, dado o crescente empoderamento feminino, inclusive entre mulheres jovens, verificado nas últimas décadas.

Neste contexto, a violência política simbólica contra a mulher, que é menos debatida que a violência política física, psicológica e sexual, vai se manifestando através do isolamento, da invisibilização, do preterimento e, em alguns casos, da desqualificação aberta de personalidades femininas que ocuparam cargos públicos^[15], que ocupam atualmente^[16] e/ou que ousaram se lançar como alternativa política^[17] nos variados pleitos eleitorais deste país.

Assim, e por meio do fortalecimento da ideia de que somente os homens, notadamente os tidos como mais experientes e mais calibrados, podem e devem se lançar candidatos, notadamente às chapas majoritárias, isto vai se alastrando e se legitimando de maneira “quase natural”, inclusive contando com apoio acrítico de muitas mulheres, dentre elas ativistas e pesquisadoras, feministas ou não^[18] que, em virtude de suas adesões ideológicas, colocam seu capital político

15. *Vide os adesivos de carros ofensivos à então presidenta Dilma Rousseff, em posição de estupro, assim como os memes e os discursos que visam diminuir-la e desqualificá-la, sobretudo durante o período que antecedeu o seu impedimento. Cf. <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/governo-denuncia-adesivo-com-ofensa-sexual-a-dilma,33f5fa7ff225c4a3d42f654bee769de9sgleRCRD.html>*

16. *Vide o modo como a Revista Carta Capital, em matéria intitulada “Mulheres que envergonham mulheres”, veiculada nacionalmente no dia 20/11/2019, expôs, ofensivamente, diversas mulheres que ocupam cargos públicos atualmente no Brasil, dentre elas a ministra Carmem Lúcia, a deputada Janaina Paschoal e a ministra Damare Alves, demonstrando exemplos prototípicos de violência moral e simbólica contra mulheres na política. Dentre as poucas entidades que se levantaram para repudiar tal ato, vale a pena conferir uma Carta da Associação dos Magistrados do Paraná, disponível em <https://www.amapar.com.br/noticia-rss/item/%E2%80%9Cmulheres-que-envergonham-mulheres%E2%80%9D.html>*

17. *Vide o modo como Marina Silva e Vera Lúcia foram tratadas na última eleição, mormente a Marina que sofreu toda sorte de achincalhamento, inclusive por parte da própria esquerda brasileira que a via inimiga e não como adversária.*

18. *Exemplifico com as posturas ambíguas das seguintes estudiosas e ativistas políticas brasileiras: Janaina Paschoal que, enquanto professora da USP, da área de Direito, tem desenvolvido conhecimentos sobre democracia e constitucionalismo e, em vários momentos*

e cultural a serviço da manutenção do *status quo* de gênero, deixando em *stand by* suas análises e até mesmo os dados de inúmeras pesquisas que demonstram, de forma clara e luzidia, a discriminação e a exclusão feminina dentro dos partidos políticos e nas esferas decisórias, fortalecendo, com isto, as disputas entre os “arquétipos viris” que exercem livremente a violência política de caráter simbólico, e nutrem os interesses patriarcais, inclusive do famigerado *patriarcado fraternal*, que faz discurso a favor de mais mulheres no poder, mas dificulta, sempre que possível, a participação feminina nos espaços de comando, às vezes sob o argumento de que “ainda não é o momento” ou de que “é preciso nos unirmos para defender a democracia e combater um mal maior” (sic)^[19].

4. Considerações finais

Muitas pessoas somente identificam a violência política de gênero, em sua manifestação simbólica, quando estão diante de ofensas explícitas à pessoa ou ao material de campanha de alguma mulher candidata ou ocupante de cargo eletivo. E não estão de todo incorretas. Todavia, raramente percebem como violência simbólica, no âmbito da luta política, a própria sub-representação feminina e o preterimento ou desvalorização das mulheres em favor dos homens, ainda quando estas apresentam maior capital político e social que os mesmos em contextos de pleitos eleitorais em que são secundarizadas, a exemplo do que ocorreu em 2018, quando a liderança indígena Sonia Guajajara abriu mão de sua pré-candidatura à presidência da República para ocupar a posição de vice na chapa de Guilherme Boulos, recém filiado ao partido onde a mesma já militava há anos, sendo reconhecida internacionalmente. De igual modo, em 2020, quando Luiza Erundina, que já foi prefeita, ministra e deputada, figurou como vice do mesmo político numa chapa para a prefeitura de São Paulo, onde o capital político e social da mesma era muito mais encorpado e

defendeu a candidatura de Jair Bolsonaro, sem qualquer perspectiva de gênero; e a pesquisadora e escritora feminista e militante política Márcia Tiburi, que, dentre outras afirmações questionáveis, afirmou, em dado momento que votaria “em Lula ou em quem ele mandar” (sic).

19. *Expressões extraídas de falas de lideranças políticas baianas de esquerda, compartilhadas em redes sociais durante as eleições de 2018 e 2020, respectivamente.*

destacado que o dele e, no entanto, coube a ela ocupar a vice na chapa que o jovem político encabeçou. Mas a lista não para em candidaturas de esquerda, pois os exemplos da supremacia masculina nos partidos e na política institucional são diversos e contemplam todos os partidos, conforme já registramos em outro artigo sobre o tema (SILVA, 2018), onde apresentamos um quadro detalhado que vale a pena conferir.^[20]

Porém, a dificuldade em se identificar a violência política simbólica contra as mulheres e construir mecanismos de prevenção e combate à mesma, não ocorre somente porque o campo da política é complexo e recheado de surpresas e variáveis interdependentes, mas porque a definição deste tipo de violência política ainda não está devidamente consensuada no campo dos estudos de gênero e feminismo e os mecanismos disponíveis para tipificar e sancionar as demais formas de violência política contra as mulheres, não dão conta de enfrentar este fenômeno que requer diagnósticos precisos e mudanças estruturais profundas em nossa sociedade.

Por outro lado, como nem só de gênero vivem as mulheres, visto que são atravessadas por outros marcadores, outros interesses e outras identidades, inclusive de classe, raça/etnia, questões geracionais, dentre outras, há sempre a possibilidade de se justificar o preterimento das mulheres nas disputas eleitorais em favor de candidatos homens, dado os diversos interesses e argumentos partidários em jogo, capazes de legitimar a manutenção de um maior número de candidaturas masculinas, seja a cargos do poder executivo ou do poder legislativo, cujas campanhas, na maioria das vezes, tem como mote a defesa e o aprimoramento da democracia, ainda que sem as mulheres ou mantendo as mesmas como meras coadjuvantes.

20. Para acessar outros exemplos da supremacia masculina na composição das chapas no pleito de 2018, conferir o artigo disponível neste link <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/29349/17491>

Não resta dúvida de que tudo isso contribui para a manutenção da supremacia masculina na política institucional e nos próprios partidos políticos, já que em nosso país, em virtude do não reconhecimento das candidaturas independentes e avulsas, o monopólio da representação política segue nas mãos destas agremiações, o que significa dizer que seguem em mãos masculinas, já que os homens comandam, quantitativa, ideológica e politicamente a totalidade dos partidos. E, infelizmente, a filiação partidária ainda é condição essencial para o registro de qualquer candidatura, o que também constitui uma violência política de natureza simbólica contra as mulheres, cuja forma de se organizar e de se expressar politicamente se distancia, e muito, do *modus operandi* partidário, uma vez que a socialização de gênero a que somos expostas, desde tenra idade, nos prepara para o exercício da conciliação, dos diálogos mais horizontais, dos interesses coletivos e de uma *ética do cuidado* que, apesar de não ter sido objeto desta reflexão, também contribui para a compreensão dos motivos que levam muitas mulheres a se distanciarem da política formal, gerando mais e mais sub-representação feminina, visto que muitas de nós somos educadas para evitar o conflito e renunciar às disputas, inclusive intrapartidárias.

Não estou, com isto, buscando generalizar, universalizar ou essencializar as condutas e escolhas das mulheres brasileiras, até porque somos muito diferentes não somente com relação aos homens, mas diferentes e diversas entre nós mesmas e até dentro dos grupos sociais dos quais fazemos parte. Porém, não raro, compartilhamos do sentimento de pertencimento às nossas comunidades e coletividades, e isto tanto pode nos ajudar a nos unirmos para resistir às violências de um modo geral, e à violência política contra as mulheres em particular, como também pode nos paralisar, visto que muitas de nossas agendas e demandas tem sido instrumentalizadas em prol de embates e interesses estranhos a nossa

vontade, bem como apropriadas para nos mobilizar em defesa de projetos e candidaturas, principalmente masculinas, que melhor apeteçam aos nossos partidos, não necessariamente a nós.

Exemplificando: quando nós mulheres fomos convocadas a engrossar fileiras e ocupar as ruas em defesa de um dos lados da disputa eleitoral de caráter patriarcal, em 2018, não paramos para observar que, por mais urgente que seja uma luta, corremos o risco de fecharmos os olhos e não enxergarmos nossas próprias demandas e necessidades, assim como nossas próprias irmãs, inclusive as negras e oriundas de camadas populares, que naquele momento, ousaram peitar o *status quo de gênero*, raça/etnia e classe, ao se colocarem como opções possíveis e merecedoras de nossa atenção. Mas, quantas de nós parou para escutá-las, apreciá-las, fortalecê-las e votar nelas? Seguramente muito poucas, ainda que o pleito de 2018 tenha trazido uma situação inédita, qual seja, a presença de duas candidaturas femininas e negras disputando a presidência do Brasil. Algo que poderia fazer parte daquela clássica frase emanada da boca do líder patriarcal, que dizia: “nunca antes na história deste país...”

Mas, por conta de tantos problemas, medos, ameaças de retrocessos e revoltas que a política patriarcal gera em nós, muitas estavam demasiadamente ocupadas nas lutas em defesa da democracia e do fortalecimento (ou do desmantelamento) dos discursos masculinistas de então. Em resumo, assistíamos, sem perceber, a uma eficiente e bem produzida película de violência política simbólica contra nós mulheres que, em seu fatídico desfecho - a eleição de Bolsonaro -, fortaleceu, ainda mais, a noção de “arquétipo viril protagonista da história”, cujo antídoto que vem se desenhando e se requeitando, desde então, também opera com a mesma lógica patriarcal e somente tem a nos oferecer um pouco mais do mesmo, isto é: uma nova edição da supremacia masculina nos partidos

políticos e a simbólica violência política de cada dia.

Destarte, e como forma e enfrentamento ao referido problema, considerando todo o exposto, aliado ao reconhecimento de que não temos uma sistemática e confiável produção de dados sobre violência política contra as mulheres em nosso país, faz-se necessário a elaboração de pesquisas e produção de estatísticas sobre o fenômeno, notadamente sobre a violência simbólica que, lamentavelmente, não foi contemplada na recente legislação sobre o tema.

Tais pesquisas, no entanto, só terão como identificar e evidenciar as mais sutis manifestações da violência política, isto é, sua face simbólica contra as mulheres, se adotarem uma perspectiva de gênero, com lentes feministas, em suas formulações e análises, desde a adoção das metodologias que ajudarão a perceber os múltiplos fatores de discriminação de gênero, geradores das violências, até as categorias empíricas e de análise a serem trabalhadas, haja vista que a produção de conhecimento, através de evidências científicas, é de fundamental importância para o diagnóstico deste tipo de violência política contra as mulheres e também para o desenho adequado de políticas públicas de prevenção e enfrentamento do referido fenômeno.

A boa notícia é que não precisaremos começar do zero, já que na América Latina, desde 2019, existe um “Protocolo Modelo para Partidos Políticos” que visa “prevenir, atender, punir e erradicar a violência contra mulheres na vida política”^[21]. E tal documento pode ser útil não somente para as agremiações partidárias, mas também para pesquisadoras/es, ativistas sociais e formuladoras/es de políticas públicas destinadas à inclusão das mulheres nos espaços de poder, pois embora nossa experiência e os testemunhos de algumas mulheres apontem que este tipo de violência

21. Disponível em <https://www.oas.org/es/cim/docs/ViolenciaPolitica-ProtocoloPartidos-ES.pdf>

é perpetrada, majoritariamente, dentro dos partidos, outros atores sociais também concorrem, decisivamente, para sua manifestação e naturalização, tais como: a mídia, o Estado, algumas lideranças religiosas e até mesmo militantes sectários que não toleram divergências e controvérsias no contexto democrático, dentro e fora dos partidos.

Além do protocolo mencionado, a Lei Modelo elaborada pela OEA, já mencionada neste texto, também sugere que os partidos adotem medidas e até normas internas preventivas e/ou sancionatórias deste tipo de violência, além de reparação às vítimas. No entanto, cabe mencionar que à Justiça Eleitoral também cabe jogar um papel importante, valorizando as pesquisas científicas e fiscalizando as agremiações, o que já tem sido feito com relação às fraudes nas candidaturas femininas, mas ainda timidamente, pois também pode e deve formular políticas públicas de empoderamento juspolítico das mulheres, em parceria com órgãos dos poderes Executivo e Legislativo, e com Universidades, como forma de realizar trabalhos interinstitucionais voltados à garantir e à promoção dos direitos políticos das mulheres. Ademais, o diálogo com a sociedade civil é imprescindível, e pode ser bastante frutífero para a construção de estratégias jurídicas e políticas de abordagem do problema. O importante é colocar o debate na agenda pública, admitindo a pergunta: os a supremacia masculina nos partidos constitui exemplo de violência política simbólica contra as mulheres? Entendemos que sim. Sigamos.

Referências

ABREU, Maria Aparecida Azevedo. **Cotas para mulheres no legislativo e seus fundamentos republicanos**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA, Brasília, agosto de 2011. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1434/1/td_1645.pdf

ARAÚJO, Clara. **Partidos políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das**

mulheres na representação política. Rev. Sociol. Polit, n. 24, Jun 2005. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/tGtdSWCqjLRjX4cSsLDHfdB/?lang=pt>

BARROS, Antonio Teixeira de; NASCIMENTO, Willber da Silva. **Mulheres partidárias: atuação militante e participação nas atividades dos partidos.** Disponível em <https://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/590>

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021.** Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.192-de-4-de-agosto-de-2021-336315417>

CFEMEA. Centro Feminista de Estudos e Assessoria. **Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-constituente** / Centro Feminista de Estudos e Assessoria (Cfemea), Almira Rodrigues (Org.), Iáris Cortês (Org.) -- Brasília: LetrasLivres, 2006, p. 86-87. Disponível em <https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/direitosposconstituente.pdf>

COSTA, Ana Alice A. **As donas no poder.** Mulher e política na Bahia. Salvador: NEIM/UFBa -Assembleia Legislativa da Bahia, 1998.

MATOS, Marlise; PARADIS, Clarisse G. Desafios à despatriarcalização do Estado brasileiro. **Dossiê o gênero da política: feminismos, Estado e eleições.** Cadernos Pagu, 43, jul-dez 2014. Disponível em <https://www.scielo.br/j/cpa/a/ZThn9C6WZM8tpMhN3BWM4Qp/abstract/?lang=pt>

Organização dos Estados Americanos (OEA)/Comissão Interamericana de Mulheres (CIM), 2019. **Protocolo modelo para partidos políticos:** Prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en la vida política. Disponível, em espanhol, em: <https://www.oas.org/en/cim/docs/ViolenciaPolitica-ProtocoloPartidos-ES.pdf>

Organização dos Estados Americanos (OEA)/Comissão Interamericana de Mulheres (CIM), 2020. **Violencia contra las mujeres en política en América Latina:** mapeo legislativo y proyectos parlamentarios. Disponível em [https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/10/violencia%20contra%20las%20mujeres%20en%20politica%20en%20a_amy%20rosa%20esther%20rice-comprimido%20\(1\).pdf?la=es&vs=2647](https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/10/violencia%20contra%20las%20mujeres%20en%20politica%20en%20a_amy%20rosa%20esther%20rice-comprimido%20(1).pdf?la=es&vs=2647)

PAES, Janiere P. Leite. **Os direitos políticos das mulheres no Brasil à luz da Constituição de 1988.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-ago-16/>

[direito-eleitoral-direitos-politicos-mulheres-brasil-luz-constituicao-1988.](#)

PINTO, Celi. **Paradoxos da participação política das mulheres no Brasil.** Disponível em <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/download/32910/35480/>.

SANCHEZ, Beatriz Rodrigues. **Representação política e gênero no Brasil e nos países de democratização recente.** Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais, v.1, n.2, 2014.

SACCHET, Teresa. Partidos políticos e (sub)representação feminina: um estudo sobre recrutamento legislativo e financiamento de campanhas. In: PAIVA, Denise (org.). **Mulheres, política e poder.** Cênone Editora, 2011, p. 159-186. Disponível em https://nupps.usp.br/images/artigos_temp/mulherespolitica-teresasacchet.pdf

SARDÀ, Amparo Moreno **El arquetipo viril protagonista de la história.** Exercícios de lecturas no androcentrica. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1991.

SILVA, Salete Maria da. **Eleições 2018 O lugar das mulheres nas chapas majoritárias.** Disponível em <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/29349/17491>

SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. **Uma reflexão feminista sobre o conceito de justiça de gênero.** Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/1086>

SILVA, Salete Maria da. **A Carta que elas escreveram:** as mulheres na Constituinte de 1987/88, Editora Instituto Memória, Curitiba, 2016.

WRIGHT, Sonia Jay. **Estratégias de inclusão das mulheres na política institucional:** a opinião parlamentar estadual do nordeste. Editora Instituto Memória, Curitiba, 2016

27

O modo de escolha de ministros do STF: crítica e soluções

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Sumário: 1. Introdução. 2. Imparcialidade. 3. Vitaliciedade. 4. Outros aspectos do funcionamento do STF e do modo de escolha. 5. Evitando a ingerência política por meio da repartição da indicação. 6. Evitando a ingerência política por meio da temporariedade no exercício do mandato. 7. Evitando a homogeneidade nas indicações. 8. Outros modelos de indicação e escolha. 9. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada ^[1]. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal ^[2].

É inegável a influência dos Estados Unidos da América na concepção de nossa Corte Constitucional ^[3]. Afinal de contas, havia uma crença generalizada, nos momentos anteriores à adoção da Constituição de 1891

1. CF88, art. 101.

2. CF88, art. 101, parágrafo único.

3. Vide RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. Esse testemunho também nos é dado por CAMARGO, Margarida Lacombe, in Anais do Seminário O Supremo Tribunal Federal na História Republicana. Brasília: AJUFE, 2002, p. 323.

e já nos últimos anos do Império, de que nas funções da Corte Suprema norte-americana estaria o segredo do então suposto bom funcionamento da Constituição dos EUA, e que se poderia transferir para ela o Poder Moderador da Constituição brasileira de 1824. Dizia Rui Barbosa, sobre a Carta de 1891: “A Constituição Republicana é a justiça, é a lei, é o Supremo Tribunal Federal”^[4].

A pergunta a ser respondida é: o modo de escolha de ministros do STF deve mudar?

Para isto, há que se fazer uma análise dos aspectos positivos e negativos do modo de escolha atual.

2. Imparcialidade

O magistrado deve agir com imparcialidade, não permitindo que interesses pessoais se sobreponham à síntese ou consenso racional que deve alcançar como resultado de sua interpretação do direito.

O modo atual de escolha é criticado justamente por permitir que cidadãos alcancem a condição de ministros do STF sem a imparcialidade desejada, justamente pela circunstância de que a sua indicação foi feita pelo chefe do Executivo, de quem dependeu para isto, sendo esta dependência uma porta para a influência do Executivo ou uma chance para a formação de compromissos capazes de desvios na prática judicial. De 1988 para cá, estima-se que cerca de metade dos indicados possuiu, em algum momento anterior, vínculo direto com o nomeante ou com o seu partido político. Em alguns momentos, um único chefe de Estado pôde indicar mais da metade dos membros da Corte Constitucional.

4. Apud CAMARGO, Margarida Lacombe, op. Citada, p. 329.

3. Vitaliciedade

A vitaliciedade, por seu turno, pode ser vista como um modo de perpetuar estes compromissos e influência. É vista ainda como inconveniente por prorrogar a atuação de ministros com visões de mundo e do direito já ultrapassadas, sendo notório, na atualidade, declarações anacrônicas em votos que tentam reproduzir, quarenta anos depois, o espírito (em algumas matérias) apenas presente no final da década de 80, quando promulgada a Constituição vigente.

4. Outros aspectos do funcionamento do STF ou do modo de escolha

Poder-se-ia criticar ainda outros aspectos ligados ao funcionamento atual do STF, como o excesso de competências, forçando cada ministro a se cercar de um número elevado de assessores para vencer um volume acima da média mundial de demandas em uma corte constitucional ^[5]. Ou a falta de discrição na atuação, motivada ainda pela transmissão de julgamentos ou de declarações pessoais pela televisão e rádio, impedindo certo comedimento e interação necessários para a formação de um juízo racional sobre certos temas.

Mas nos concentraremos aqui na questão da composição da Suprema Corte. E podemos ajuntar, sobre isto, que o modelo de indicação, por seu turno, não possui qualquer condicionamento em relação à gênero, regionalidade, religião, raça etc.

5. O STF recebeu 74.717 novos processos em 2020, tendo proferido o absurdo número de 18.208 decisões colegiadas. O número elevado de feitos força a que se evite decisões através do Pleno do Tribunal, sendo que duas turmas de cinco ministros fomenta o surgimento de diferenças de entendimento e de jurisprudência, além de estimular a adoção de soluções monocráticas, em modo liminar ou definitivo, o que tem causado acirramentos com os demais poderes políticos, grave insegurança jurídica e críticas fundadas de toda a sociedade.

5. Evitando a ingerência política por meio da repartição da indicação

Para evitar um peso excessivo do Executivo e a reduzir as chances de sua influência na atuação de ministros do STF, uma solução deve residir na heterogeneidade na escolha, repartindo-se a indicação entre o próprio Executivo, o Legislativo, o Judiciário e funções essenciais da Justiça (Ministério Público, Advocacia Pública e Privada e Defensoria Pública).

Trata-se de modelo adotado em diversos países europeus, não tributários da influência institucional norte-americana, e que contribui, sem dúvida alguma, para a dispersão da preponderância executiva na escolha de ministros, criando um ambiente sem predominância de uma influência específica no colegiado.

6. Evitando a ingerência política por meio da temporariedade no exercício do mandato

Obviamente, a existência de mandatos para o exercício do cargo de ministro do STF não assegura a imparcialidade, se adotada isoladamente, já que no sistema atual apenas permitiria a maior ingerência do Executivo, ao lhe abrir novas chances ou janelas de indicação. Casuísmos relacionados a reduzir ou aumentar a idade de aposentadoria compulsória^[6] ou a ampliar ou diminuir o número de ministros da Corte^[7] servem ao mesmo propósito: conceder ou retirar por vezes o poder de influência com indicações. E muitos vêem estes casuísmos com o viés de inconstitucionalidade, por violação de cláusula pétrea^[8].

6. Ela ocorre aos 68 anos na Alemanha e aos 70 na Áustria.

7. A Corte de maior estatura, no Brasil possuiu 23 membros nos tempos em que funcionava como Casa de Suplicação, 15 membros de acordo com a Carta de 1891, 11 em 1931 (Decreto n. 19.656/1931), 16 no regime de 1964 (AI 2/1965) e 11 com o AI 6/1969.

8. Vide MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: ERT, 2006. P. 1463.

Combinada a adoção de mandatos com a heterogeneidade nas indicações, este novo modelo de composição do STF poderia servir a tornar o Supremo um Tribunal mais plural. Não que a vitaliciedade seja de toda ruim, por afastar alguns ministros da influência atual de quem esteja em condições de promover indicações. Mas a existência de mandatos, além de aprofundar o modo indireto de escolha democrática de novos ministros, serve para torná-los mais próximos à concepção de serem escolhidos como melhor opção para o momento, por sua mentalidade e ideias.

Não à toa, diversos países, se afastando do modelo norte-americano, adotaram a previsão de mandatos para a atuação de ministros na Corte Constitucional. Dentre eles podem ser citados a Alemanha (12 anos, sem recondução), a Espanha, França, Itália e Portugal (9 anos).

7. Evitando a homogeneidade nas indicações

Alguma regionalidade deve existir, fazendo-se que juristas de todas as regiões do país possam atuar na Corte Magna, assim como se deve atender a questões de gênero, com um percentual mínimo de mulheres e homens na composição, ao menos.

O atual modo de indicação pelo chefe do Executivo, como visto, não responde a qualquer condicionante de regionalidade ou gênero, existentes hoje apenas aquelas exigências relacionadas a idades mínima e máxima, saber jurídico e reputação.

8. Outros modelos de indicação e escolha

Preferimos modelos heterogêneos para a indicação, com participação direta dos três Poderes e das Funções Essenciais à Justiça (na indicação), combinados com a previsão de mandatos e de ao menos requisitos

relacionados à regionalidade e gênero. Todavia, há diversas outras propostas ou modelos pensados para resolver os problemas do atual modo de indicação.

A PEC 569/2002 previu a fórmula de concursos públicos para o Supremo. Quanto a isto, cabe lembrar as palavras de Oliver Wendell Holmes, juiz que serviu na Suprema Corte norte-americana: aquele que sabe somente o direito, nem direito sabe ^[9]. Ou seja, a habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos pouco contribuirá para uma escolha acertada, havendo o risco de não se ter em exercício, como disse Holmes, alguém que efetivamente saiba o direito. Como anotou Lêda Boechat Rodrigues, “como intérprete do bom direito, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, um dos membros da inteligência nacional, precisa vislumbrar, além do elemento jurídico, os elementos políticos e sociológicos que o tornam verdadeiramente grande e criativo” ^[10].

A eleição popular, exemplo raro no mundo, também não deve ser modelo a ser seguido. Tornará o eleito refém da opinião pública, incapaz de decidir contramajoritariamente em favor do justo. A imparcialidade que dele se espera se verá impedida justamente pelo modo de sua escolha.

Algumas propostas foram elaboradas no sentido de que a indicação ocorresse apenas pelo Poder Legislativo (PEC 484/2005) ou apenas pelo Poder Judiciário (PEC 92/1995), ou conjuntamente pelo Executivo e Senado ou Congresso, ou Judiciário e Senado realizando sabatina (PEC 546/2002 – sendo de se lembrar o modelo português onde 10 ministros são indicados pelo Legislativo e três pelo próprio Judiciário), ou mesmo por Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e Ministério Público, à base de 1/3

9. Citado por RODRIGUES, Lêda Boechat. in Anais do Seminário O Supremo Tribunal Federal na História Republicana. Brasília: AJUFE, 2002, p. 369/370.

10. Idem, p. 370.

(PEC 566), ou nomeação pelos três Poderes (PEC 71/1999, sendo modelo seguido na Europa, principalmente, como na Itália), falando ainda a PEC 58/2005 em participação das associações de magistrados, Ordem dos Advogados, Ministério Público e Senado.

9. Conclusão

Seja como for, a proposta de alteração do modo de escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal parece que encontra o momento apropriado para aprovação.

Cabe realizar algo no sentido de afastar institucionalmente, pela adoção de novo modo modelo de indicação e escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal, os problemas que o modelo atual produz, consistentes na possibilidade de excessiva ingerência política do Executivo, na chance elevada de cristalização de ideários ou anacronismos em razão da vitaliciedade, e no risco de homogeneidade nas indicações (que deixa de atender a critérios de regionalidade e gênero, por exemplo).

Assim, cabe adotar um modelo heterogêneo (com indicação de nomes pelos três Poderes e pelas funções essenciais à Justiça - Ministério Público, Advocacia Pública e Privada e Defensoria Pública -, mantendo-se a aprovação pela maioria absoluta do Senado), combinado com a previsão de mandatos (9 ou 12 anos) e criando-se ao menos requisitos relacionados à regionalidade e gênero do indicado, além daqueles já existentes e relacionados a idades mínima e máxima, saber jurídico e reputação.

A política, como a justiça, assim como o exercício soberano da autolegislação pelo Legislativo, demandam o consenso racional. Fazer prevalecer a vontade isolada do chefe do executivo, que como condição de governabilidade construiu sua base parlamentar e para tanto buscou

apoio da maioria absoluta do Senado, parece hoje não ser mais o modelo adequado para a composição da Corte Constitucional no país, suprema responsável pela preservação de nosso Estado de Direito.

Referências

CAMARGO, Margarida Lacombe, in **Anais do Seminário O Supremo Tribunal Federal na História Republicana**. Brasília: AJUFE, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: ERT, 2006.

RODRIGUES, Lêda Boechat. in **Anais do Seminário O Supremo Tribunal Federal na História Republicana**. Brasília: AJUFE, 2002.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

28

O Ativismo Judicial do STF Evidenciado por meio da Pandemia da Covid-19

YURI DE MATOS MESQUITA TEIXEIRA

Sumário: 1. Introdução. 2. O ativismo judicial e suas causas – a judicialização da política e a crise dos poderes representativos. 2.1. A judicialização da política. 2.2. A crise dos poderes executivo e legislativo. 3. A pandemia da covid-19 e a tomada de postura política pelo supremo tribunal federal. 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Ativismo judicial e tomada de postura política pelo Supremo Tribunal Federal. Esta é uma pauta bem discutida não só na academia jurídica, como também na imprensa e no cotidiano do cidadão brasileiro, especialmente em razão da pandemia causada pela Covid-19.

Mas, a final de contas, o que é o ativismo judicial? É um fenômeno jurídico ou sociopolítico? E por que a Covid-19 potencializou o debate acerca do tema?

É este o objeto do presente artigo: conceituar e sistematizar a noção de ativismo judicial, as suas causas e o motivo pelo qual o cenário pandêmico – inserido no contexto de causa-relação – evidenciou ainda mais a postura ativista do STF.

Ademais, revela-se de suma importância o estudo do tema para esclarecer posições e conceitos que hodiernamente são debatidos para além da cátedra, mas que acaba por ser incorporado no diálogo político e no meio social.

A metodologia utilizada para a confecção do texto envolveu pesquisa bibliográfica da doutrina mais contemporânea acerca do tema. Ora, para explicar o problema apontado, nada mais coerente do que buscar justamente nas obras dos jusfilósofos os motivos pelos quais existe a problemática envolvendo o ativismo judicial e suas causas. Outrossim, foram colhidas diversas matérias jornalísticas para demonstrar não só a contemporaneidade do assunto, mas também como ele toca o cotidiano brasileiro.

No primeiro capítulo, será apresentado o conceito de ativismo judicial como um fenômeno propriamente político – e não jurídico -, uma vez que se trata de uma atuação voluntária por parte dos membros do poder Judiciário, que, por meio de sua atividade jurisdicional, se apresentam como gestores mais qualificados a administrar não só a coisa pública, mas também para assumir o controle e a tomada de decisões envolvendo pautas associadas a justiça, moral, costumes, economia etc. – normalmente discutidas perante a sociedade civil e os membros dos poderes representativos, isto é, o Executivo e o Legislativo.

O capítulo é subdividido em dois itens, que apresentam as causas do ativismo judicial (notadamente aquele exercido pelo Supremo Tribunal Federal): a chamada “judicialização da política” e a crise dos poderes representativos. Ao longo destes itens, será demonstrado como tais fenômenos são circunstanciais, isto é, independem da vontade dos magistrados, mas que acabam por fomentar a atividade ativista. E em razão do atual cenário pandêmico, serão utilizados exemplos envolvendo a

discussão acerca da Covid-19 para demonstrar como tal situação é passível de Judicialização, produz amplo embate e divergência entre parlamentares e gestores das entidades federativas e evidenciou o comportamento ativista dos ministros do STF.

O segundo capítulo consiste na apresentação de uma tomada de posição, discurso e atitudes políticas por parte dos ministros do STF - reforçados ainda mais pela pandemia -, o que corrobora a tese de que o ativismo judicial é um comportamento, uma atitude política adotada pelos membros do Judiciário.

Por fim, na conclusão, confirmada a tese aqui defendida, demonstrando como a pandemia da Covid-19, objeto de judicialização e disputa, acabou por evidenciar a postura ativista do STF.

2. O ativismo judicial e suas causas – a judicialização da política e a crise dos poderes representativos.

Inicialmente, deve-se pontuar que o conceito de ativismo judicial aqui defendido não guarda relação com a resposta dada pelo Poder Judiciário - notadamente, o Supremo Tribunal Federal - aos chamados *hard cases* ou às técnicas utilizadas para a solução de tais demandas - como o sopesamento de princípios, por exemplo -, tampouco à circunstância de constantemente as cortes judiciais serem provocadas para tratar de temas políticos.^[1]

Os fatos acima elencados não são o que aqui se entende por ativismo judicial. Em verdade, estão mais relacionados com sua causa e/ou efeito.

O conceito de ativismo judicial que se afirma é o que associa a atividade do Poder Judiciário a uma atuação, um comportamento de cunho

1. Como se demonstrará, o problema não está em as cortes serem acionadas para resolver conflitos de origem política, mas sim em seus membros adotarem posições políticas para a solução da lide, ao invés de empregar critério técnico-jurídicos.

mais político, no qual seus membros se apresentam como gestores mais qualificados a administrar não só a coisa pública, mas também o controle e a tomada de decisões envolvendo pautas associadas a justiça, moral, costumes, economia etc. – normalmente discutidas perante a sociedade civil e os membros do Executivo e o Legislativo.

Assim, o ativismo não é um problema que nasce do Direito propriamente dito, mas antes, na política, e os efeitos de tal comportamento é que terão repercussão no campo jurídico.

Entretanto, para se chegar a tal conclusão, faz-se necessário apresentar os elementos que fomentam o comportamento ativista para, finalmente, percebê-lo como ele o é – ou seja, um comportamento político por parte dos membros do Judiciário.

Há dois fenômenos que originam e fomentam tal comportamento: (1) a chamada “Judicialização da Política” e (2) a crise cada vez mais notória dos poderes representativos.

2.1. A judicialização da política.

Deve-se, antes de entender o ativismo judicial, compreender um de seus genitores, a judicialização da política.

Note-se que, ao se separar ativismo e judicialização da política, resta óbvio que tais fenômenos são distintos e não podem ser confundidos. O primeiro é um comportamento fruto da vontade dos membros do Judiciário, enquanto o último decorre de circunstâncias sociopolíticas vivenciadas pela comunidade.

Por judicialização da política deve-se compreender o fenômeno pelo qual várias questões – normalmente envolvendo economia, moral, costumes

etc. –, antes deixadas apenas no debate político perante a sociedade civil e seus representantes, passa também a ser objeto de tutela constitucional.

A proteção garantida a diversos direitos por meio da Constituição Federal de 1988 contribuiu para que inúmeras questões, antes debatidas apenas no âmbito político, fossem também travadas no Poder Judiciário. Isto posto, é correto afirmar que a Constituição é “a gênese do fenômeno da judicialização da política no Brasil”^[2], pois é a responsável pela absorção de questões políticas no campo de discussão do Direito, o que acaba por compelir a intervenção judicial em tais matérias.

Isso já chamada atenção para uma crítica constante no debate político brasileiro: a interferência do Supremo Tribunal Federal (e do Judiciário como um todo) em uma miríade de assuntos. Há quem diga que o STF está se metendo demais na vida política, ao passo que outros afirmam que isso só ocorre porque o órgão foi provocado para exercer sua função jurisdicional.

A última posição é a correta, pois, com a judicialização da política, quase qualquer matéria da vida cotidiana pode ser objeto de uma demanda jurisdicional e objeto de controle de constitucionalidade. Com efeito, “a sociedade, em busca da concretização dessa série de direitos fundamentais elencados na Constituição e, ante à incapacidade da realização de todas essas promessas trazidas pelo texto constitucional, acaba por dar início ao processo desenfreado de demandas judiciais”.^[3]

Enquanto fenômeno sociopolítico, ela decorre de diversas situações, como “o caráter compromissório e dirigente das Constituições, o aumento da litigiosidade, do acesso à justiça, da inflação legislativa em determinadas

2. HÜNING, Agnes Carolina. *Ativismo Judicial e Cidadania: das concessões ao retrocesso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 47.

3. *Ibidem*, p. 58.

áreas”^[4], bem como a própria crise entre os poderes Executivo e Legislativo – o que será objeto de estudo no próximo item. É um fenômeno que independe da vontade do membro do Judiciário, sendo fruto das diversas circunstâncias sociais vivenciadas pelo Estado.

Ainda a propósito, como bem pontua Oscar Vilhena Vieira^[5], uma outra razão que favoreceu a judicialização da política foi a maximização de interesses (ainda que conflitantes) no texto constitucional em razão da falta de confiança da população na classe política, bem como desta em si mesma, resultando no entrincheiramento de diversas posições que, em razão de gozarem de tutela constitucional, não pode ser reduzidas tão facilmente em razão de um simples acordo político ou de uma legislação ordinária. Isso ocorre porque “quando não há plena hegemonia no processo de elaboração da constituição, a estratégia mais vantajosa para as elites é entrincheirar seus interesses e estabelecer mecanismos que facilitem o bloqueio de iniciativas que os ameacem”^[6].

Tal fenômeno faz com que, quando os cidadãos sentem que seus interesses não estão recebendo a devida atenção por parte dos gestores públicos, busquem o Judiciário para que apresente uma solução – e, como dito acima, quase qualquer matéria do cotidiano pode ser objeto de discussão judicial, desde questões envolvendo saúde, segurança, trabalho até moradia e religião. O mesmo ocorre com a classe política: quando sente que sua posição constitucionalmente estabelecida está ameaçada, aciona o Judiciário para se proteger.

O problema não está na resposta diante da provocação em si – o Estado-juiz, quando instado, tem que apresentar uma resposta jurisdicional, ainda

4. BARCELOS, Guilherme. *Judicialização da Política e Ativismo Judicial*. Florianópolis: Habitus, 2018, p. 34.

5. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 149

6. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. Cit.*, p. 120

que não aquela que as partes pretendam. Mas a grande questão é quando, diante de uma provocação jurisdicional, o Judiciário, ao invés de dar resposta à lide por meio de critérios técnico-jurídicos, se coloca no lugar de gestor, como uma espécie de liderança política acima dos demais. É dizer: o ativismo se manifesta quando o magistrado dá uma solução não-jurídica à causa, mas sim política.

E onde é possível encontrar essa postura? Não na provocação jurisdicional – o Estado tem que responder às demandas que lhe são propostas – e tampouco na parte dispositiva das decisões – estas apresentam apenas o comando definitivo. A postura ativista será encontrada na fundamentação (endo ou extraprocessual), bem como nos discursos proferidos nas sessões de julgamento e também fora do órgão julgador. É aqui que será perceptível se há um comportamento mais ativista ou mais deferente em relação aos poderes representativos.

Foi o caso, por exemplo, do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal teve que se debruçar sobre a possibilidade de início de execução penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Inicialmente, deve-se frisar que há diversas interpretações jurídicas plausíveis tanto para admitir a constitucionalidade da execução antecipada quanto pela sua inconstitucionalidade, não sendo o caso aqui, como afirmado acima, de se atentar sobre o dispositivo da decisão do STF, mas sim sobre o comportamento/discurso.

E no caso, pode-se colher manifestação de um dos seus membros que, para além de uma interpretação técnico-jurídica, expôs muito mais uma vontade política acerca da necessidade de se facultar o início da execução penal antes do trânsito em julgado.

Em discurso realizado na sessão do plenário em 24 de outubro de 2019 ^[7], o ministro Luiz Fux fez verdadeiro pronunciamento político invocando razões subjetivas, invocando noções pessoais de justiça e fazendo apelo a sentimentos populares, afirmando “o absurdo” que seria iniciar a execução penal em diversos casos envolvendo crimes que chocaram a população:

“[...] o que me levou a seguir o perfil que eu tenho no ato de votar foi trazer aqui alguns casos práticos em relação aos quais nós vamos verificar se era razoável que essas pessoas, que participaram desses fatos, pudessem aguardar somente o trânsito em julgado da decisão para iniciar o cumprimento da pena tendo em vista que é de sabença que, no sistema processual brasileiro, uma sentença para transitar em julgado leva muitos anos [...] Então senhor presidente eu gostaria de primeiro fazer esse teste, para o meu convencimento, sobre se essas questões passariam pelo crivo da afirmação de que só se deveria iniciar a execução dessas penas, desses fatos, só depois do trânsito em julgado anos a fio”.

Então o ministro começa a citar casos envolvendo crimes hediondos e que, quando divulgados na época, chocaram o país, como o caso Isabella Nardoni – no qual a menina de 5 anos foi jogada da janela do 6º andar, homicídio praticado por seu pai e madrasta -; o caso Champinha – no qual um adolescente de 17 anos sequestrou, estuprou e matou um casal de namorados -; o caso Elize Matsunaga – na qual a esposa do empresário Marcos Kitano Matsunaga, após descobrir que este teve caso com outra mulher, o matou e dissecou seu corpo, colocando-o em sacos plásticos -; dentre outros.

Luiz Fux relembra estes e outros casos que chocaram o país para

7. A manifestação do ministro pode ser encontrada no próprio canal do STF no Youtube, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=48hi4UYTXko>, acessado em 01/06/2021

afirmar que, acaso houvesse essa regra de impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, todas essas pessoas estariam em liberdade e, empós, questiona: “isso é justiça? Será que é essa a justiça que se espera de um tribunal?”.

Outro argumento lançado pelo ministro a imagem política do Brasil perante a comunidade internacional, assentando que “hoje em todo o mundo se analisa a higidez de um sistema de Direito para que esse país possa ser considerado um país capaz de atrair investidores estrangeiros”, invocando a noção de que para um Estado ingressar no ranking mundial do “Doing Business” é analisada a eficiência do sistema jurídico, e este é considerado eficiente quando impõe a pena após a condenação em segunda instância.

Vê-se, portanto, que o referido magistrado invoca questões relacionadas a um sentimento subjetivo próprio de justiça, a imagem do país perante investidores estrangeiros, além de trazer à memória crimes cruéis que chocaram o país, para tentar despertar um “sentimento” a favor do início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

Ocorre que o STF foi instado a decidir o seguinte: o início da execução provisória da pena ofende ou não os preceitos constitucionais? O sentimento de revolta da população e a possibilidade de atração de investimentos internacionais não são critérios técnico-jurídicos para solucionar a questão posta em juízo.

O que se percebe, em verdade, é uma manifestação que deveria ser travada no debate público, entre sociedade e seus representantes. É óbvio que os inúmeros casos de condenações que demoram a ser implementadas em razão do “estoque recursal” existente no sistema processual brasileiro, muitas vezes causa – e com razão – indignação popular. Mas o juiz não

deveria proferir decisão com base em sentimentos de insatisfação com o cenário sociopolítico, mas sim à luz do Direito.

É de se retomar, pois o ensinamento de Eros Roberto Grau, no sentido de que “o intérprete está vinculado pela objetividade do direito. Não a minha ou a sua justiça, porém o direito. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes nas mãos, mas ao direito”.^[8]

2.2. A crise dos poderes executivo e legislativo.

O segundo fenômeno que enseja o ativismo judicial é a crise de representatividade dos poderes Executivo e Legislativo, cada vez mais notório no cotidiano brasileiro.

Em razão de diversos fatores, como escândalos de corrupção, a luta para garantir seus próprios interesses institucionais, ainda que com um custo econômico e moral bastante elevado – relembre-se, a título de exemplo, o fato de a Câmara dos Deputados ter aprovado, em março de 2021, em meio à crise causada pela pandemia da Covid-19, o aumento de R\$ 50.000,00 para R\$ 135.000 do valor a ser reembolsado a cada parlamentar para o custeio de tratamento médico^[9] -, os membros dos poderes representativos sofrem hoje com um imenso descrédito para com a população, razão pela qual o cidadão sente-se mais motivado a buscar a tutela de seus direitos e interesses através do Judiciário do que na classe política.

Mas não só para com seus eleitores que os políticos perdem sua credibilidade, mas também entre a própria classe, aumentando-se o grau de desconfiança e a busca pela satisfação de seus interesses através do Judiciário, ao invés de enfrentar o debate público institucional.

8. GRAU, Eros Roberto. *Por Que Tenho Medo Dos Juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 22

9. Vide matéria disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2021/03/31/lira-aumenta-em-171-o-valor-de-reembolso-dos-deputados-em-gastos-com-saude>, acessada em 01/06/2021.

É o que ocorreu em março de 2020 quando, em razão do receio da demora do governo federal em adotar medidas sanitárias necessárias para o enfrentamento da pandemia, foi preciso acionar o STF para que a competência concorrente de estados e municípios fosse constitucionalmente reconhecida para que os gestores pudessem implementar as providências pertinentes para garantir a saúde da população ^[10]. Em razão de um conflito entre os governantes, que não conseguiram chegar a um consenso no debate político, foi essencial acionar o Judiciário.

E para não ficar apenas na questão envolvendo o governo federal, ocorreram também diversos conflitos políticos entre prefeitos e governadores, como aquele travado entre o governador do estado do Amazonas, Wilson Lima, e o então prefeito de do município de Manaus, Arthur Virgílio Neto: ao invés de firmarem aliança para enfrentar as mazelas causadas pela Covid-19, travaram verdadeiro confronto, um imputando ao outro a responsabilidade pelo desastre sanitário ocorrido na região ^[11].

Tais conflitos, que acabam não sendo solucionadas pela via das tratativas políticas, acabam indo parar no Judiciário.

Por certo, assim como afirmado no tópico 2.1, não há aqui “indeferida interferência” do Judiciário, pois acaba sendo instado a se manifestar sobre conflitos que dizem respeito a questões objeto de tutela constitucional (seja o pacto federativo, por meio da distribuição de competências aos respectivos entes, seja para garantir os direitos e garantias individuais, como segurança e saúde).

O problema está em um comportamento que passa a ser adotado pelos membros dos poderes representativos do Legislativo e Executivo.

10. Vide matéria disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>, acessada em 01/06/2021.

11. Vide matéria disponível em <https://amazonasatual.com.br/covid-19-lima-diz-que-precisa-de-ajuda-da-prefeitura-arthur-o-culpa-pela-falta-de-parceria/>, acessada em 01/06/2021.

Seja na busca dos próprios interesses ou na incapacidade de aceitar os debates e decisões adotadas no âmbito do jogo político - o que faz parte da democracia -, recorrem ao Judiciário como uma espécie de “poder maior” – comportamento este que, sedimentado ao longo do tempo, acaba por incutir tal sentimento em diversos membros da judicatura, que se reconhecem como “campeões da cidadania” e aptos a proferir decisões de cunho político melhor do que os próprios parlamentares.

Tal concepção, de que são “o último baluarte” da democracia, será apontado no próximo tópico.

3. A pandemia da covid-19 e a tomada de postura política pelo supremo tribunal federal

Acima, foi afirmado que judicialização da política é fenômeno distinto de ativismo judicial. Enquanto aquele decorre de circunstância sociopolítica, independentemente da vontade dos membros do Judiciário, este último é um comportamento de cunho político adotado pelos magistrados que, por meio de convicções subjetivas e pessoais, acabam por ultrapassar os limites do quanto estabelecido nas leis na própria Constituição para ditar suas próprias regras, colocando-se numa posição de “gestores mais qualificados” do que os parlamentares e gestores legitimamente escolhidos pelos cidadãos.

A pandemia causada pela Covid-10, além das inúmeras mazelas que trouxe ao país – e à humanidade como um todo -, também reforçou o comportamento ativista dos membros do Judiciário, notadamente os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Vale lembrar que, para os fins do presente trabalho, é irrelevante o dispositivo de eventual decisão proferida pelo STF, mas sim o

comportamento adotado por seus ministros que se colocam como “gestores de primeira ordem”, assumindo compromissos e agendas políticas e, o que parece causar maior espanto, com uma postura de “guias” para os parlamentares e membros do Executivo.

No ano de 2020, por exemplo, o então presidente do STF, Dias Toffoli, participou de uma conferência com líderes sindicais para debater a situação dos trabalhadores diante da pandemia da Covid-19 ^[12]. Na pauta do encontro, debateu-se sobre o desemprego e a precariedade do trabalho, além da necessidade de ações articuladas visando à retomada das atividades do setor produtivo.

Percebe-se que, ao invés de um encontro com prefeitos, governadores, parlamentares e com os próprios agentes sociais diretamente relacionados à questão, buscou-se o próprio STF, o que demonstra a ausência de credibilidade nos órgãos representativos e a situação que se coloca o referido órgão em “suprir” essa ausência.

Não é um fato isolado que evidencia esse comportamento, mas sim a postura institucionalmente e continuamente adotado pelos membros da mais alta corte do país. Em 2021, os presidentes da Câmara e do Senado, Arthur Lira e Rodrigo Pacheco, buscaram o atual presidente do STF, Luiz Fux, para debater agenda comum sobre economia e pandemia. ^[13] As matérias, de natureza propriamente política e gestacional, foram levadas até o ministro para que este, na condição de “guru”, pudesse manifestar seu posicionamento a respeito.

Isso é de todo preocupante. Não só porque parlamentares e gestores buscaram o STF não como “Tribunal Supremo”, e sim como “Guia

12. *Matéria disponível em <https://conjur.com.br/2020-mai-19/toffoli-falta-coordenacao-combate-covid-prejudica-economia>, acessada em 07/06/2021.*

13. *Matéria disponível em <https://veja.abril.com.br/blog/radar/lira-e-pacheco-vao-a-fux-por-agenda-comum-sobre-economia-e-pandemia/>, acessada em 07/06/2021.*

Supremo” da política do país, mas também porque tal comportamento tende a violar garantias fundamentais do cidadão em eventuais demandas judiciais futuras.

Imagine-se, por exemplo, que dentre essas medidas debatidas pelos presidentes da Câmara, Senado e STF, alguma acabe sendo objeto de judicialização por um grupo que se sente prejudicado. Qual seria a postura do STF, especialmente diante do fato de que seu presidente discutiu as questões previamente com Arthur Lira e Rodrigo Pacheco? Será que declararia a inviabilidade jurídica de alguma delas? E quanto à própria situação dos presidentes da Câmara e Senado: qual seria a reação dos parlamentares que previamente discutiram uma agenda com o presidente do STF para justamente evitar atritos da judicialização de temas políticos, se logo depois a Corte declara algum tema inconstitucional?

Reforçando a ideia de que o ativismo judicial se dá no comportamento, na postura assumida pelos magistrados na condição de “melhores gestores” da coisa pública, o ministro Alexandre de Moraes, em evento de lançamento do Anuário da Justiça São Paulo 2020/202, afirmou que “ a pandemia do novo coronavírus trouxe ao Brasil, além dos problemas sanitários, um vácuo de liderança que foi preenchido pelo trabalho do Poder Judiciário e, principalmente, do STF” ^[14].

4. Conclusão

De tudo quanto o exposto, percebe-se que a judicialização da política e a crise dos poderes representativos são circunstâncias sociopolíticas que potencializam a atuação do Poder Judiciário em diversas áreas,

14. *Matéria disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/judiciario-preencheu-vacuolideranca-pandemia-alexandre>, acessada em 07/06/2021.*

notadamente naquelas em que, antigamente, ficavam a cargo do debate público entre sociedade civil e membros do Executivo e Legislativo.

Tais fenômenos, pois, são oriundos da contemporaneidade, em razão das diversas promessas consagradas no texto constitucional, na crise de credibilidade dos parlamentares e gestores perante a sociedade e, também, pela falta de confiança da classe política nela mesma – de modo que busca, muitas vezes, entrincheirar seus direitos por meio de previsão constitucional justamente para dificultar a perda de seus interesses, ainda que sob um elevado custo moral perante a população.

O ativismo judicial, por sua vez, é fruto da vontade dos membros do Judiciário, é uma tomada de posição em relação aos demais poderes e à própria comunidade. É um comportamento político, porquanto os magistrados se apresentam como melhores gestores do que aqueles dotados de mandato eletivo e mais qualificados para tomar decisões que vão além do Direito – normalmente associadas a justiça, moral, costumes etc.

Assim, o ativismo judicial não é uma técnica jurídica para solução de problemas, mas sim uma postura adotada pelos membros da magistratura que se apresentam como líderes mais qualificados perante a sociedade.

E a pandemia causada pela Covid-19 potencializou tudo o quanto exposto: os ministros do STF expressamente passaram a discursar como lideranças políticas, identificando-se como “gurus” dos membros do Legislativo ou como os maiores regentes do interesse público, reunindo-se com entidades e grupos sociais para debater o rumo do país – o que evidencia a tese defendida de que o ativismo é, portanto, uma tomada de um comportamento por parte do Judiciário que vai além do Direito e toca no campo do Político.

Referências.

BARCELOS, Guilherme. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial**. Florianópolis: Habitus, 2018.

BONIN, Robson. “Lira e Pacheco vão a Fux por agenda comum sobre economia e pandemia”. **Revista Veja**. Disponível em <https://veja.abril.com.br/blog/radar/lira-e-pacheco-va-a-fux-por-agenda-comum-sobre-economia-e-pandemia/>, acessado em 07/06/2021.

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo Dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GALSO, Wesley. “Lira aumenta em 171% o valor de reembolso dos deputados em gastos com saúde”. **CNN Brasil**. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2021/03/31/lira-aumenta-em-171-o-valor-de-reembolso-dos-deputados-em-gastos-com-saude>, acessado em 01/06/2021.

GOES, Severino. “**Judiciário preencheu vácuo de liderança na pandemia**”. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/judiciario-preencheu-vacuolideranca-pandemia-alexandre>, acessado em 07/06/2021.

HÜNING, Agnes Carolina. **Ativismo Judicial e Cidadania: das concessões ao retrocesso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEREIRA, Jullie. “Covid-19: Lima diz que precisa de ajuda da prefeitura, Arthur o culpa pela falta de parceria”. **Amazonas Atual**. Disponível em <https://amazonasatual.com.br/covid-19-lima-diz-que-precisa-de-ajuda-da-prefeitura-arthur-o-culpa-pela-falta-de-parceria/>, acessado em 01/06/2021.

PORTAL STF. “**STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19**”. *Portal STF*. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>, acessado em 01/06/2021.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. “**Toffoli diz que falta de coordenação no combate à Covid prejudica retomada da economia**”. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <https://conjur.com.br/2020-mai-19/toffoli-falta-coordenacao-combate-covid-prejudica-economia>, acessado em 07/06/2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto** do ministro Luiz Fux disponível no canal do STF no Youtube em <https://www.youtube.com/watch?v=48hi4UYTXko>, acessado em 01/06/2021.

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

CARTAZES DOS SEMINÁRIOS I A VIII



Carina Gouvêa
Tema: *Jurisdição Constitucional Abusiva e o STF.*



Clarissa Tassinari
Tema: *Ativismo Judicial e Limites para atuação do STF.*



Dirley da Cunha Júnior
Tema: *Há limites constitucionais às medidas de restrições às liberdades?*



Fabio Periandro
Tema: *Ativismo ou compensação institucional: o papel do STF na pandemia brasileira.*



Geovane Peixoto
Tema: *STF e pandemia: entre o ativismo e a proteção de direitos fundamentais.*



Yuri Teixeira
Tema: *STF e pandemia.*

I SEMINÁRIO SOBRE DEMOCRACIA E PODERES EM CRISE

28 de Abril de 2021
18 horas

COORDENAÇÃO






Carlos Rátis Jaime Barreiros Rodolfo Pamplona Saulo Casali

Inscrição gratuita: symppla.com.br/idcbahia
Será garantido certificado de 2 horas
Transmissão via Zoom Meetings










Alexandre Basílio
Tema: Coleta de Dados de Usuários da Internet e o Risco à Democracia Brasileira



Aline Osório
Tema: Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão



Diogo Rais
Tema: Direito Eleitoral Digital e Fake News



Luiza Frischeisen
Tema: Fake News e Liberdade de Expressão



Miguel Calmon
Tema: Moderação de Conteúdo, Direito à Informação e Fake News na Sociedade Contemporânea



Raquel Machado
Tema: A Mentira no Ventilador e os Ventos Democráticos no Século XXI



Rodolfo Viana
Tema: Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio em Rede



Wilson Gomes
Tema: Comunicação Política, Liberdade de Expressão e Fake News

II SEMINÁRIO SOBRE DEMOCRACIA E PODERES EM CRISE: FAKE NEWS

26 de Maio de 2021
18 horas

COORDENAÇÃO






Carlos Rátis

Jaime Barreiros

Rodolfo Pamplona

Saulo Casali

Inscrição gratuita: symppla.com.br/idcbahia
Será garantido certificado de 2 horas
Transmissão via Zoom Meetings











Ana Paula Sotero
Tema: Desafios à responsabilização nos crimes de Estado perpetrados durante o regime de exceção.



Carlos Freitas
Tema: Relações do trabalho e cultura jurídica durante a ditadura civil-militar: os casos dos petroleiros e dos bancários.



Claiz Gunça
Tema: Impactos do sistema interamericano de direitos humanos na justiça de transição brasileira.



Jonata Wiliam
Tema: Tensões entre memória e esquecimento nos períodos de ruptura institucional e a incompletude da justiça de transição no Brasil.



Ricardo Maurício
Tema: Fundamentos do direito à memória e à verdade no Brasil.



Roberta Cunha
Tema: Crimes de Estado e direito à memória, verdade e justiça: ontem e hoje, o que resta da transição incompleta.

III SEMINÁRIO SOBRE DEMOCRACIA E PODERES EM CRISE: DIREITO À VERDADE E À MEMÓRIA

30 de junho de 2021 - 18 horas

COORDENAÇÃO



**Carlos
Rátis**

**Jaime
Barreiros**

**Rodolfo
Pamplona**

**Saulo
Casali**

Inscrição gratuita: symppla.com.br/idcbahia
Será garantido certificado de 2 horas
Transmissão via Zoom Meetings





Eduardo Araújo
Tema: "Terra em Transe": Capítulo Sécuro XXI. Ano II (AC/DC).



Emmanuel Oguri
Tema: Pressões Fundiárias nos Territórios Quilombolas: Direito e Resistência em Feira de Santana.



Maria Cristina Vidotte
Tema: A Não Caducidade dos Direitos Territoriais Quilombolas..



Paulo Torres
Tema: Direitos Quilombolas e Racismo Institucional.



Rejane Rodrigues
Tema: Desafios enfrentados no território pelas comunidades quilombolas.



Ricardo Pinto
Tema: Impactos da Convenção 169 da OIT na Reexistência dos Quilombolas do Brasil.



Durante o evento, será feito o lançamento do livro do Prof. Dr. Paulo Rosa Torres.

IV SEMINÁRIO SOBRE DEMOCRACIA E PODERES EM CRISE: DIREITOS QUILOMBOLAS

14 de julho de 2021 - 18 horas

COORDENAÇÃO



**Carlos
Rátis**

**Jaime
Barreiros**

**Rodolfo
Pamplona**

**Saulo
Casali**

Inscrição gratuita: sympia.com.br/idcbahia
Será garantido certificado de 2 horas
Transmissão via Zoom Meetings



**V SEMINÁRIO SOBRE
DEMOCRACIA E PODERES
EM CRISE: VOTO
ELETRÔNICO OU
IMPRESSO?**

18 de agosto de 2021 - 18 horas

COORDENAÇÃO

Alexandre Basílio
Bruno Andrade
Marilda Silveira
Maurício Amaral
Patrícia Greco
Richard Campanari
Waldir Santos

Carlos Rátis **Jaime Barreiros** **Rodolfo Pamplona** **Saulo Casali**

Inscrição gratuita: symppla.com.br/produtor/idcbahia

Será garantido certificado de 2 horas
Transmissão via Zoom Meetings

IDCB **UFPA** **UFPA** **UFPA** **EJE** **UFPA** **UEFS**



Adwaldo Peixoto



Ana Cláudia Santano



Fabio Periandro



Geovane Peixoto



Humberto Dantas



Jaime Barreiros Neto



Saulo Casali

VI SEMINÁRIO SOBRE DEMOCRACIA E PODERES EM CRISE: PARLAMENTARISMO, SEMIPRESIDENCIALISMO, IMPEACHMENT E PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO.

29 de setembro de 2021 - 18 horas

COORDENAÇÃO



Carlos
Rátis



Rodolfo
Pamplona

Inscrição gratuita: symppla.com.br/idcbahia

Será garantido certificado de 2 horas

Transmissão via Zoom Meetings





Ana Paula Barman



Cláudio de Souza



Ezikelly Barros



Heron Gordilho



Jaime Barreiros Neto



Lázaro Borges



Salete Maria da Silva

VII SEMINÁRIO SOBRE DEMOCRACIA E PODERES EM CRISE: PARTIDOS POLÍTICOS, SISTEMAS ELEITORAIS E DEMOCRACIA.

20 de outubro de 2021 - 18 horas

COORDENAÇÃO



Carlos
Rátis



Rodolfo
Pamplona



Saulo
Casali

Inscrição gratuita: symppla.com.br/idcbahia
Será garantido certificado de 2 horas
Transmissão via Zoom Meetings





Ana Carolina Cleve



Dirley da Cunha Júnior



Edvaldo Brito



Gabriel Marques



João Carlos Souto



Luiza Frischeisen



Maria Elisa Villas-Boas



Saulo Casali

VIII SEMINÁRIO SOBRE DEMOCRACIA E PODERES EM CRISE: PRECISAMOS MUDAR O MODO DE ESCOLHA PARA O STF E TRIBUNAIS?

24 de novembro de 2021 - 18 horas

COORDENAÇÃO



Carlos
Rátis



Jaime
Barreiros



Rodolfo
Pamplona

Inscrição gratuita: symppla.com.br/idcbahia
Será garantido certificado de 2 horas
Transmissão via Zoom Meetings



DEMOCRACIA E PODERES EM CRISE



EDITORA
IASP

ISBN: 978-65-87082-20-2



9 786587 082202