

POLÍTICA E PODER JUDICIÁRIO

ANO
XVIII
2017

1

Cadernos Adenauer

POLÍTICA E PODER JUDICIÁRIO

EDITOR RESPONSÁVEL

Jan Woischnik

CONSELHO EDITORIAL

Estevão de Rezende Martins

Fátima Anastasia

Humberto Dantas

José Álvaro Moisés

José Mario Brasiliense Carneiro

Lúcia Avelar

Silvana Krause

ORGANIZAÇÃO

Alexandre Veronese

Juliano Daisen Benvindo

COORDENAÇÃO EDITORIAL E REVISÃO

Reinaldo J. Themoteo

CAPA, PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

Claudia Mendes

IMPRESSÃO

Stamppa

ISSN 1519-0951

Cadernos Adenauer XVIII (2017), nº1

Política e Poder Judiciário

Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, junho 2017.

ISBN 978-85-7504-207-6

*As opiniões externadas nesta publicação são
de exclusiva responsabilidade de seus autores.*

Todos os direitos desta edição reservados à

FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER

Representação no Brasil: Rua Guilhermina Guinle, 163 · Botafogo

Rio de Janeiro · RJ · 22270-060

Tel.: 0055-21-2220-5441 · Telefax: 0055-21-2220-5448

adenauer-brasil@kas.de · www.kas.de/brasil

Impresso no Brasil

Sumário

- 7 Apresentação
- 11 Vieses na decisão judicial e desenho institucional:
uma discussão necessária na era da pós-verdade
RICARDO DE LINS E HORTA
ALEXANDRE ARAÚJO COSTA
- 35 Petições em linha e ação política:
aplicações de comunicação ou de participação política?
ALEXANDRE VERONESE
GUSTAVO CAPELA
- 59 Revolução, morte e garantia de direitos: nas Américas e além
ÁNGEL R. OQUENDO
- 125 O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo
FABIANA LUCI DE OLIVEIRA
- 149 Produzindo elites jurídicas:
prêmios, comendas e distinções dos ministros do STF (1988-2013)
FÁBIO FERRAZ DE ALMEIDA
FERNANDO DE CASTRO FONTAINHA
GABRIELA MACIEL
- 173 O Supremo Tribunal Federal como agente do
constitucionalismo abusivo
RAFAEL ESTORILIO
JULIANO ZAIDEN BENVINDO

- 193 Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre
democracia e desenho institucional do STF pós-1988
Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF
GRAÇA MARIA BORGES DE FREITAS
THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE
- 217 O direito à saúde e a jurisprudência do
Superior Tribunal de Justiça: desafios à imaginação institucional
HUMBERTO MARTINS

Apresentação

■ Uma das principais discussões da agenda política brasileira nos últimos anos diz respeito à relação entre a política e o Poder Judiciário e ao modo como os desdobramentos desta relação reverberam na sociedade. Sendo esta uma época de importantes transformações que, quer sejam internas quer externas demandam resposta tanto de ordem política como jurídica. Internamente a crise de cunho político e econômico cria um cenário de crescente incerteza, no qual tivemos o impeachment de Dilma Rousseff há pouco mais de um ano. Contudo, a subida de Michel Temer à posição máxima não arrefeceu a crise política. A rápida sucessão de acontecimentos políticos que nos chega a cada dia através da mídia tem potencial para causar vertigens até nos analistas políticos mais experimentados, e mais recentemente o julgamento da chapa Rousseff/Temer, tudo isso atesta a gravidade da conjuntura.

No cenário internacional temos diversas situações, como a crise migratória em várias partes, seja na tragédia humanitária no Mar mediterrâneo seja na Venezuela, gerando um fluxo de venezuelanos para o Brasil, especificamente o estado de Roraima. Há também o Brexit e o espectro do populismo de extrema-direita que tem assombrado vários pleitos. Na área ambiental temos a saída dos Estados Unidos do Tratado de Paris, gerando assombro e mais incerteza. Todo este cenário afeta o Brasil direta ou indiretamente, e os tópicos abordados nesta publicação buscam examinar a realidade brasileira, tomando em consideração o que sucede na atualidade em âmbito mais amplo.

Esta edição da série Cadernos Adenauer reúne oito artigos que realizam análises sobre variadas perspectivas da relação entre política e direito. O objetivo de tais estudos é estimular reflexões sobre o papel do direito e dos atores engajados em sua elaboração e no seu cumprimento. A seguir faremos uma breve descrição dos capítulos.

Ricardo de Lins e Horta e Alexandre Araújo Costa defendem em seu artigo a necessidade da promoção de políticas públicas estabelecidas a partir de evidências científicas, partindo da investigação das interações entre políticas públicas jurídicas e o conhecimento científico, pautados num enfoque embasado na psicologia cognitiva. Segundo os autores, o conhecimento dos aspectos cognitivos concernentes aos processos de tomada de decisão por parte dos aplicadores do direito possibilita maior precisão na avaliação da utilidade das estratégias políticas.

O artigo da autoria de Alexandre Veronese e Gustavo Capela auxilia na compreensão de como a internet exerce influência na democracia, através de meios virtuais que possibilitam e ampliam a participação de diversos atores na vida pública. São examinadas como as relações de natureza virtual interferem no jogo do poder. O objeto escolhido para tal investigação são as petições online, tendo sido analisadas duas em específico. A partir destas são feitas reflexões sobre o potencial da internet, apontando novas possibilidades que estas ferramentas de comunicação trazem à vida democrática, bem como os seus limites.

Ángel R. Oquendo discorre sobre a crise enfrentada pelo Sistema Interamericano de Direitos humanos. Neste capítulo o autor discute sobre os ataques de diversos países da região a órgãos fundamentais do Sistema, a Comissão Interamericana de direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e explicita os fatores sobre os quais esta problemática está estabelecida: soberania e não-intervenção, repúdio a determinadas decisões e politização dos direitos humanos, aprofundando a análise sobre cada um dos fatores, e utilizando como exemplos controversias relacionadas à liberdade de expressão e ao direito à saúde.

Fabiana Luci de Oliveira discute em seu artigo sobre o protagonismo político do Supremo Tribunal Federal, analisando se a atuação do STF tem ultrapassado os limites de suas funções. A autora entra no debate respondendo a duas questões, uma sobre qual é o papel que um tribunal dessa natureza deve exercer em uma sociedade democrática, e a outra acerca das expectativas a respeito desse tribunal e se ele estaria indo além de suas atribuições. Desse modo a discussão avança em torno do tema da legitimidade dos tribunais e de sua capacidade de atuar em instâncias da arena política, bem como a maneira como isso vem sendo feito pelo Supremo no Brasil atual.

O artigo de autoria de Fábio Ferraz de Almeida, Fernando de Castro Fontainha e Gabriela Maciel traz reflexões sobre a chamada “notoriedade socio-cultural” dos ministros do STF. Este capítulo investiga como membros de um determinado grupo da sociedade tomam parte em outros espaços, com ênfase nos símbolos que os ministros do Supremo acumulam ao longo de suas carreiras, e

como dizem respeito ao envolvimento de elites na produção social da notabilidade. São utilizados dados sobre diversos tipos de títulos, homenagens, condecorações entre outros, classificando-os em diversas categorias, de modo a elaborar uma análise mais específica deste grupo social.

Rafael Estorilio e Juliano Zaiden Benvindo examinam os argumentos favoráveis à deliberação no Superior Tribunal Federal e seus limites, apontando para o uso que o STF faz de recursos do constitucionalismo contra si mesmo. O artigo direciona sua análise nas duas estratégias usadas pelo tribunal com o objetivo de fortalecer seu poder de negociação em relação aos outros poderes,

Graça Maria Borges de Freitas e Thomas da Rosa de Bustamante defendem em seu artigo que os fatores que engendram um processo de fortalecimento e expansão são os mesmos que representam risco para a autoridade do STF, em termos da jurisdição constitucional. Os autores apresentam um estudo de caso, de modo a exemplificar diversos aspectos do debate mais recente. Também são discutidas opções democráticas no sentido de aprimorar as deliberações e o diálogo com os outros poderes.

O ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Martins analisa o tema do direito social à saúde, descrevendo a evolução da doutrina e do direito constitucional positivo, no âmbito do reconhecimento de sua relevância. Este tópico é considerado pelo autor um desafio à imaginação institucional na busca de caminhos para a sua implementação. Este capítulo está dividido em três partes: a primeira descreve a afirmação do direito constitucional e social à saúde, a segunda descreve dois tipos de controvérsias no contexto do Superior Tribunal de Justiça, e na última parte são tecidas as considerações finais.

Este número da série Cadernos Adenauer traz uma pequena mudança: a partir desta edição cada capítulo conta com um resumo em inglês e em português. Deste modo torna-se mais fácil ter uma ideia geral do artigo. Esperamos que esta seleção de estudos possa contribuir nos debates sobre as relações entre a política e o Poder Judiciário, a fim de podermos elaborar uma melhor compreensão sobre a realidade brasileira, a partir de um viés político-jurídico.

JAN WOISCHNIK

Representante da Fundação Konrad Adenauer no Brasil

Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade

RICARDO DE LINS E HORTA
ALEXANDRE ARAÚJO COSTA

RESUMO

■ Este artigo defende a necessidade de promover políticas públicas baseadas em evidências científicas, a partir de uma análise das relações entre políticas públicas jurídicas e conhecimento científico, com foco na psicologia cognitiva. Partimos do reconhecimento de que propostas desse tipo tendem a enfrentar dificuldades em uma época de “pós-verdade”, quando as evidências empíricas fornecem argumentos de alcance limitado nos casos quando conduzem a alternativas contrapostas às intuições dominantes no senso comum. Alguns fatos recentes, especialmente a falência generalizada do sistema prisional brasileiro, indicam que, no Brasil, os modelos de instituições judiciais, de processos de educação e de mecanismos de seleção de juízes podem ser parte do problema, constituindo estratégias muito limitadas na promoção de um exercício legítimo da aplicação do direito. Neste ensaio, defendemos que tais estratégias não levam em conta o fato de que as mais recentes pesquisas empíricas de Psicologia Cognitiva indicam que vieses cognitivos são inerentes à tomada de decisão humana, inclusive dos magistrados mais preparados e experientes. Sustentamos que o devido conhecimento dos vieses cognitivos envolvidos nos processos decisórios dos aplicadores do direito permite avaliar com mais precisão a utilidade das mencionadas estratégias políticas e desenvolver abordagens inovadoras capazes de enfrentar os pontos cegos dos repertórios tradicionais da filosofia do Direito e da hermenêutica jurídica. Nesse sentido, são discutidos os achados de estudos empíricos sobre a Psicologia da Punição e argumenta-se que o conhecimento sobre como são tomadas as decisões na esfera

penal pode não apenas mitigar o risco de decisões injustas, mas também pode abrir espaço para que as políticas públicas ligadas à área jurídica (como a política prisional) sejam estabelecidas com base na análise científica de dados empíricos.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial. Heurísticas e vieses. Psicologia da Punição. Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

■ This article advocates for the need to promote public policies based on scientific evidence and analysis of the relations between judicial public policies and scientific knowledge, with a focus on cognitive psychology. We begin by acknowledging that such proposals tend to face difficulties in a “post-truth” Era where empirical evidence provides arguments of limited scope when they lead to alternatives that oppose the dominant common-sense intuitions. Some recent facts, especially the general collapse of the Brazilian prison system, indicate that, in Brazil, the models of judicial institutions, education processes and mechanisms for selecting judges may be part of the problem, making up very limited strategies for promoting the legitimate application of the law. In this essay, we argue that such strategies do not take into account the results of recent empirical research on Cognitive Psychology, which indicate that cognitive biases are inherent to human decision-making, including the most prepared and experienced Justices. We argue that due knowledge of the cognitive biases involved in the decision-making processes of law enforcers makes it possible to assess the usefulness of the aforementioned political strategies and to develop innovative approaches capable of addressing the blind spots in the traditional repertoires of the philosophy of the law and legal hermeneutics. In this sense, the findings of empirical studies on the Psychology of Punishment are discussed and it is argued that knowledge about how decisions are made in the criminal sphere can mitigate the risk of unfair decisions and clear the way for policies (such as prison policy) to be established based on the scientific assessment of empirical data.

KEYWORDS: Judicial decision. Heuristics and biases. Psychology of Punishment. Restorative Justice.

INTRODUÇÃO

■ No início de 2017, uma sequência de rebeliões em prisões dos estados de Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte ganhou as manchetes internacionais, especialmente pelas imagens chocantes das pessoas decapitadas e mutiladas nos embates entre facções rivais do crime organizado (Hirabahasi e Marques, 2017). Esses trágicos episódios, no qual foram mortos mais de uma centena de detentos, desencadearam questionamentos sobre o excessivo número de presos provisórios no país, sobre a inadequação da legislação de drogas e seu papel no estímulo ao superencarceramento, bem como sobre a responsabilidade de um Poder Público que foi incapaz de reagir adequadamente à situação.

Em que medida a atividade do judiciário contribuiu para a configuração do atual cenário de crise do sistema prisional? E em que medida ele contribuiu para a sua continuidade? Essas são questões muito amplas, mas parece razoável supor que os padrões de julgamento dos magistrados brasileiros podem desempenhar um papel relevante nesse estado de coisas. Os juízes criminais precisam cumprir suas funções dentro de um contexto adverso, no qual muitas vezes a instrução probatória não têm a solidez desejável e o tempo disponível para cada julgamento é restrito. Um debate adequado sobre a atuação judicial deve levar em conta que (i) 74% das prisões por tráfico é baseada exclusivamente no testemunho de policiais (Jesus et al., 2011), que (ii) é comum que decisões condenatórias de réus não violentos, e sem antecedentes, ocorram após audiências de 15 minutos (Machado, 2017), e que (iii) quase 40% dos presos provisórios não são condenados à prisão julgamento definitivo (IPEA, 2015, p. 38). Esses são elementos de um ambiente no qual os julgamentos se tornam muito dependentes de apreciações intuitivas do magistrado, que precisa decidir de forma rápida e com elementos restritos de convicção, hierarquizando as informações disponíveis e suprindo as suas lacunas a partir de processos cognitivos altamente sujeitos aos vieses cognitivos do julgador.

Nesse contexto, dos principais desafios dos magistrados é lidar com o chamado *viés de confirmação*, um padrão cognitivo amplamente reconhecido no campo da psicologia e que consiste na tendência de cada indivíduo a aceitar evidências que confirmam suas crenças preconcebidas e a recusar a validade de provas que contrariam as suas intuições (Nickerson, 1998). Em outras palavras, é muito difícil para qualquer pessoa decidir em desconformidade com suas próprias intuições, ainda que existam provas sólidas que apontem em sentido contrário à sua interpretação dos fatos que lhe são apresentados.

Outro desafio é levar a sério o fato de que as percepções intuitivas do julgador não são influenciadas apenas pelas suas crenças e preconceitos, mas também por fatores ambientais dos mais variados tipos. Pesquisas já indicaram que, mesmo com a gravidade que envolve a decisão de condenar alguém, magistrados podem ser influenciados por elementos completamente irrelevantes para o mérito da causa, tais como o cansaço derivado da hora do dia em que se profere o julgamento (Danziger et al., 2011), ou o ângulo da câmera com o qual assistem ao vídeo de um depoimento (Lassiter et al., 2007). Os estudos mostram, ainda, que provas ilícitas, mesmo quando desentranhadas no processo, influenciam na sentença final. Em síntese, a Psicologia das últimas décadas descarta a plausibilidade da ideia de que é possível encarar o juiz como um tomador de decisão neutro e imparcial (Nadler & Mueller, 2017; Teichman & Zamir, 2014).

Pesquisas recentes sugerem que julgamentos potencialmente enviesados não são exclusividade do sistema processual penal brasileiro, no qual policiais e magistrados que enfrentam limitações severas decorrentes de deficiências estruturais e institucionais graves, pois os vieses cognitivos atuam de modo severo mesmo em contextos nos quais existe uma maior disponibilidade de recursos. Em 2009, a Academia Nacional de Ciências dos EUA publicou um relatório alertando para os riscos de falsas acusações, oriundas de vieses na perícia forense. Com efeito, uma revisão recente da literatura mostrou que, mesmo em países desenvolvidos, o inquérito policial está sujeito a inúmeras falhas que podem levar a conclusões falsas. Os policiais, geralmente premidos pelo tempo e pela opinião pública, demandam conclusões rápidas dos peritos; estes, por sua vez, podem ter sua análise técnica influenciada por hipóteses prévias dos policiais. Estudos empíricos mostram que a presunção inicial de culpa por parte dos investigadores pode influenciar a forma como analisam as provas coletadas – o chamado “viés de confirmação forense”. Este, por sua vez, pode produzir um verdadeiro efeito “bola de neve”: porque o delegado acredita que o acusado é culpado, infere que as provas disponíveis são suficientes; porque a autoridade policial denunciou o acusado, o Ministério Público e o magistrado tendem a crer na plausibilidade da narrativa policial (Kassin et al., 2013).

No Brasil, não é diferente. Em pesquisa recente de práticas investigativas adotadas na esfera criminal em todo o país, coordenada por Lilian Stein, constatou-se que a falta de capacitação dos profissionais de segurança faz com que boa parte dos interrogatórios seja feita com perguntas fechadas, prática apontada pela literatura psicológica como enviesadora da coleta de informações. Por sua vez, nos procedimentos de reconhecimento de suspeitos, a prática mais comum é a

convocação de um único indivíduo a ser reconhecido pela vítima, e não a comparação entre vários possíveis suspeitos. Os estudos mostram que essa técnica apresenta alto risco de distorção da memória da vítima, que pode reconhecer um inocente como autor do delito por engano (Ministério da Justiça, 2015).

O conjunto dessas pesquisas indica que as decisões judiciais são influenciadas diretamente pelas apreciações intuitivas tanto do juiz quanto dos demais atores do processo penal, o que pode levar a decisões incorretas e, no limite, à condenação de inocentes. Esse certamente não é um problema novo, bem como não é novo o seu diagnóstico, e cada época desenvolveu estratégias para lidar com fenômenos desse tipo. Os antigos, como Aristóteles, normalmente apostaram suas fichas na formação de governantes capazes de tomar decisões justas, confiando que uma educação adequada poderia modelar sujeitos capazes de tomar decisões justas (1992). Os modernos tipicamente herdaram o ceticismo cristão de Agostinho¹ no que toca às expectativas gregas de que pessoas bem formadas poderiam construir uma cidade justa, e normalmente buscaram reduzir a influência dos sujeitos por meio do desenvolvimento de procedimentos impessoais, capazes de gerar resultados idênticos, mesmo quando operados por indivíduos diferentes. As tentativas modernas de codificação do direito e do reforço à autoridade dos precedentes judiciais configuram estratégias de redução da atividade judicante a um labor técnico, capaz de operar uma dogmática de modo tão impessoal quanto possível.

Uma releitura contemporânea desses esforços pode apresentá-los como programas, relativamente bem sucedidos, para limitar a interferência subjetiva nas decisões políticas por meio de três estratégias que usamos correntemente ainda hoje: (i) aumentar o grau de reflexividade dos agentes políticos, a partir de uma educação adequada, (ii) estabelecer parâmetros relativamente objetivos de julgamento e (iii) padronizar os procedimentos decisórios por meio de um saber dogmático. Essas estratégias fazem parte do repertório contemporâneo, mas as percepções atualizadas sobre os processos cognitivos envolvidos nos julgamentos sugerem que elas são insuficientes e que, em grande medida, elas podem fortalecer certas distorções, na medida em que oferecem aos magistrados uma série de crenças arraigadas que dificilmente serão postas em questão durante sua atividade, mesmo que elas não correspondam aos fatos observados.

1 Concordando com a proclamação do profeta Jeremias de que “maldito o homem que confia no homem” (Jeremias, 17, 5), Agostinho propôs que ninguém deve pôr a esperança em si mesmo, mas apenas em Deus, dado que somente o “amor de Deus até o desprezo de si” conduz o homem a integrar a comunidade divina (Agostinho, 2006, Liv. XV, cap. I).

O devido conhecimento dos vieses cognitivos envolvidos nos julgamentos permite que avaliemos com mais precisão a utilidade das estratégias clássicas no sentido de organizar a prática decisória e que desenvolvamos abordagens capazes de enfrentar os pontos cegos dos repertórios tradicionais. Além disso, o reconhecimento de que os vieses atuam inevitavelmente faz com que não possamos mais considerar que essas tendências são equívocos a serem corrigidos por meio de uma educação cuidadosa, mas como uma condição com a qual precisamos lidar de forma constante e consciente.

Esse tipo de abordagem adquire especial relevância neste momento em que *pós-verdade* foi escolhida como a palavra do ano de 2016 pelo Dicionário Oxford² para designar especialmente uma política “*relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief*”. Tal como em pós-racial ou pós-nacional, o uso do prefixo *pós* em pós-verdade não designa uma relação de sucessão temporal, mas indica que um certo objeto “*belonging to a time in which the specified concept has become unimportant or irrelevant*”. Não é nova a irreflexividade que leva países a tomar decisões majoritárias em nome de certas concepções que não correspondem aos dados factuais ou a eleger um candidato que “*lies repeatedly and is fact-checked repeatedly, with no noticeable impact on either his own behavior or that of his supporters*”³.

Fenômenos desse tipo sempre ocorreram e estão na base da rejeição clássica das estratégias democráticas, que eram consideradas muito frágeis por gerar decisões políticas baseadas em uma *opinião pública* manipulável e pouco instruída. Também estão na base das estruturas constitucionais contemporâneas, que estabelecem uma aristocracia representativa, nas quais a realização de eleições por um amplo colégio eleitoral deveriam definir um corpo relativamente pequeno e seletivo de governantes, que deveriam ser capazes de tomar decisões coletivas de modo adequado. A insistência atual em afirmar que ingressamos na era do *pós-fato* (*pós-fact*) não parece decorrer da novidade do comportamento ou do diagnóstico, mas do indesejado reconhecimento da falência da expectativa moderna de que a combinação de (i) uma educação adequada aliada a (ii) informações livres e abundantes e a (iii) um sistema político representativo seria capaz de imunizar nossas instituições políticas contra os problemas decorrentes de nossa

2 <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>

3 https://www.washingtonpost.com/opinions/fact-checking-in-a-post-fact-world/2016/05/19/d37434e2-1d0f-11e6-8c7b-6931e66333e7_story.html?utm_term=.52caod939d15

incapacidade de lidar de modo razoável com fatos que contrariam nossos preconceitos e intuições.

No campo do direito, essa mesma perspectiva conduziu os juristas, especialmente nos últimos vinte anos, a apostar que a justiça seria realizada por meio de operações hermenêuticas produzidas (i) juízes tecnicamente bem formados, (ii) informados por uma imprensa livre e (iii) comprometidos com a concretização dos direitos definidos pelo sistema representativo. Quando percebemos que o resultado da aplicação deste sistema contribuiu para as cenas de barbárie do nosso sistema prisional, podemos adotar a típica posição *ortodoxa*, afirmando que esses resultados indesejados não decorreram da aplicação do sistema que escolhemos, mas da falta de sua aplicação adequada. Se a causa dos problemas era a *falta* de aplicação correta, o remédio prescrito tipicamente é a radicalização do modelo, que deveria ser aplicado de forma estrita. Na crise de 1929, os liberais não reconheceram os limites de suas propostas, mas afirmaram que os problemas derivavam da falta de liberalismo, o que acirrou ainda mais os problemas.

Também podemos reconhecer que os nossos modelos de instituições judiciais, de processos de educação e de mecanismos de seleção de juízes podem ser parte do problema, e não da solução. Corremos o risco de naturalizar o diagnóstico de que estamos sujeitos a um judiciário pós-justiça, que opera a partir de uma lógica do pós-fato e toma decisões pós-legítimas, é importante compreender de forma adequada as operações cognitivas envolvidas no julgamento.

Contra a potencial naturalização da pós-justiça, uma estratégia a ser explorada é o diagnóstico adequado dos processos cognitivos envolvidos no julgamento, para que possamos desenvolver estratégias institucionais e educacionais mais adequadas para lidar com eles. Nesse intuito é que elaboramos este artigo, em que é traçado um breve panorama da pesquisa psicológica empírica sobre vieses na decisão judicial, mostrando potenciais impactos nas práticas do sistema de justiça, para discutir em seguida, numa perspectiva de “políticas públicas informadas por evidências” (Nesta, 2016), formas de tratar a questão.

PENSANDO E DECIDINDO: AS CONTRIBUIÇÕES RECENTES DA PSICOLOGIA COGNITIVA

■ Desde os anos 1970, psicólogos vêm se debruçando sobre os limites cognitivos da racionalidade humana. É consenso na comunidade de especialistas que mesmo as pessoas mais educadas e tecnicamente capazes não tomam decisões neutras, com base em informações objetivas. Uma série de fatores estranhos a quaisquer

conceitos de racionalidade interfere nas decisões: a forma como uma informação é mostrada, a sequência com que as informações são apresentadas, as motivações ou objetivos que o indivíduo possui ao buscar as informações⁴, o excesso de otimismo com que encara sua própria competência como tomador de decisão ou a tendência de conformidade ao que os seus pares pensam e fazem.

Ao decidir, pessoas se valem de *heurísticas*, ou seja, de atalhos cognitivos a partir dos quais lidam com as limitações de tempo e com a incompletude dos dados disponíveis: certas informações são privilegiadas, certas lacunas são inconscientemente completadas, certas percepções desencadeiam reações emocionais intensas, certas projeções de significado são rejeitadas pelos incômodos que nos provocam. Nossa cognição não é tipicamente baseada em uma reflexão detida, em cálculos estratégicos e análises probabilísticas. Como nossa capacidade de processamento de informação é limitada, temos de selecionar com cuidado os objetos que receberão esse tipo de atenção, extremamente custosa em termos de tempo e energia. Necessitamos de heurísticas para viabilizar uma tomada de decisão eficiente, em que seja alcançado um nível de precisão aceitável (embora não ótimo) com um processamento cerebral que não comprometa demasiadamente a celeridade. Tanto a demora quanto a imprecisão podem nos colocar em grandes riscos, especialmente em momentos de urgência, em que outras demandas (especialmente aquelas voltadas à percepção dos fatos) exigem um rendimento excepcional do limitado sistema. Não é de se admirar que os padrões cognitivos selecionados ao longo de nossa evolução como espécie não privilegiem sempre um julgamento cuidadosamente refletido (que costumamos entender como próprio de nossa humanidade), mas operem normalmente por meio de uma redução das questões complexas, tanto quanto possível, a seus aspectos mais simples ou salientes.

As distorções impostas por esses raciocínios simplificados e irrefletidos não podem ser consideradas como *erros*: longe de estimular comportamentos deficientes, elas proporcionam uma efetividade cognitiva ímpar, na maioria dos contextos (Gigerenzer, 2009). A garantia de uma eficiência cognitiva implica que os seres humanos precisam utilizar seletivamente suas habilidades reflexivas, aplicando às situações comuns uma série de heurísticas que viabilizam tomadas de decisão com

4 Trata-se do fenômeno da “cognição motivada”, ou influência das preferências do sujeito na forma de raciocinar. Os indivíduos podem ter uma ilusão de objetividade ou neutralidade da forma como pensam, mas estudos recentes mostram que, inclusive no âmbito judicial, resultados desejados provocam vieses na busca e no processamento de informações – ao raciocinar, as pessoas de fato “veem o que querem ver” (para uma revisão, vide Sood, 2013).

base em informações limitadas e que, por isso mesmo, ignoram sistematicamente as informações que não têm espaço nesses padrões simplificados de cognição: tipicamente, informações com baixo apelo emocional, dados que se contrapõem a nossas intuições ou resultados que nos parecem absurdos. Portanto, longe de constituírem uma forma imperfeita de cognição, essas estratégias viabilizam tanto uma otimização de nossa capacidade cognitiva em situações cotidianas quanto proporcional um alto grau de eficiência decisória em contextos desafiadores: com tempo restrito, estresse emocional intenso, informações limitadas e avaliações incompletas.

Essas heurísticas são baseadas em uma série de padrões cognitivos que, por seu caráter constante e sistemático, devem ser considerados como *tendências* que estruturam a própria forma humana de raciocinar. Essas tendências, que chamamos tipicamente de “vieses cognitivos”, operam de modo inconsciente porque fazem parte no modo pelo qual nosso cérebro lida com as informações disponíveis. Uma analogia útil para compreender esse conceito é a das ilusões de óptica – mesmo quando se descobre como funcionam, elas continuam iludindo, pois elas são decorrências do modo pelo qual o cérebro processa as percepções sensoriais. Portanto, mesmo pessoas honestas, bem-intencionadas e esforçadas estão sujeitas a raciocínios enviesados (para uma revisão abrangente, vide Kahneman, 2012).

Vieses do raciocínio existem porque a mente humana é um aparato complexo, com diversos processos diferentes em funcionamento. Boa parte do processamento de informação no cérebro se dá de forma autônoma – e nem sempre essas intuições respeitam os cânones da lógica, da probabilidade ou da estatística. Dentre os exemplos consagrados na literatura, sabe-se que as pessoas estimam a probabilidade do acontecimento de um evento de acordo com a facilidade com que um episódio pode ser resgatado pela memória – daí o medo de viajar de avião ser maior quando se recorda de um desastre aéreo recente –; que os seres humanos são avessos a riscos – e assim, sentem perdas de forma mais dolorosa do que avaliam ganhos na mesma proporção; e que, confrontadas com argumentos contrários às suas crenças, as pessoas preferem desacreditar a informação nova a revisar suas convicções.

Mesmo especialistas que recebem um treinamento exaustivo para substituir as heurísticas inconscientes por metodologias específicas de processamento de informações – como filósofos, juízes, advogados e cientistas políticos – raciocinam com vieses e, como qualquer um de nós, são incapazes de perceber a atuação desses vieses por via meramente introspectiva (Nisbett & Wilson, 1977). Ninguém

percebe os seus vieses como vieses, assim como ninguém percebe uma ilusão de ótica como uma ilusão: esses processos cognitivos moldam aquilo que percebemos como realidade.

Não estamos, contudo, condenados a repetir inconscientemente nossos vieses. Estudos contemporâneos apontam que essas respostas intuitivas e automáticas podem ser corrigidas, e os vieses, reduzidos, com o uso intensivo do raciocínio, mediante esforço e controle deliberado (para uma discussão atualizada, vide Evans & Stanovich, 2013). Em grande medida, esses estudos apenas corroboram velhas intuições, como a tese aristotélica (Aristoteles, 1984) de que a repetição e o hábito podem modelar o que ele chamava de “disposições da alma”: nossas tendências irrefletidas de comportamento. Assim, compreender as nossas limitações cognitivas é fundamental para entender como os seres humanos tomam decisões e, com isso, interferir conscientemente nesses mecanismos a partir de duas estratégias complementares: o estímulo individual a uma atitude reflexiva (capacidade que os gregos chamavam de *sophrosine* e os latinos chamavam de *prudência*) e o estabelecimento de um ambiente institucional limite a efetividade de certos vieses.

O desenvolvimento dessas estratégias depende não apenas do conhecimento geral sobre os vieses, mas também de sua forma específica de atuação em determinados âmbitos de interação humana. A literatura psicológica sobre vieses vem demonstrando que alguns dos efeitos encontrados no público em geral também se aplicam à atividade judicante. A seguir, discutiremos especificamente um deles (o viés retributivista na determinação da responsabilidade penal), para subsidiar reflexões voltadas ao desenvolvimento de abordagens capazes de minimizar os seus efeitos indesejados.

O VIÉS RETRIBUTIVISTA NA PUNIÇÃO

■ As investigações da chamada *Psicologia da Punição* revelam que as intuições humanas em relação a quem cometeu um delito são retributivistas porque, ao analisar a severidade da punição de uma conduta, o principal fator levado em conta é a gravidade do dano causado. Apesar de não ser o discurso padrão de justificação das penas, que normalmente são apresentadas como penalidades de caráter pedagógico ou como formas estratégicas de inibir a repetição do dano, a ideia de que a punição deve ser uma resposta proporcional aos danos causados é que parece guiar a aplicação de penalidades.

Numa série de estudos feitos entre o início dos anos 1990 e 2008 pelos pesquisadores Paul Robinson, Kevin Carlsmith e John Darley (Carlsmith et al., 2008), buscou-se compreender os processos mentais por trás da intensidade de uma determinada punição. A metodologia empregada nesses diversos trabalhos consistia em apresentar aos sujeitos pesquisados vinhetas – pequenas narrativas sobre crimes cometidos – e em seguida indagar a quantidade de pena deveria ser aplicada ao autor do delito. Os resultados iniciais mostravam que, em geral, os indivíduos concordam entre si acerca da gravidade de uma série de delitos. Porém, os cientistas descobriram algo interessante ao compararem os discursos justificativos para a intensidade da punição, e os fatores que efetivamente eram levados em conta.

Quando questionados em abstrato sobre a finalidade da punição, os sujeitos pesquisados respondiam, em sua maioria, que a prevenção era o fator determinante. Contudo, nos casos concretos, as penas assinaladas eram tão mais altas quanto a extensão do dano causado, em vez de estarem correlacionadas a fatores ligados à prevenção, como a possibilidade de reincidência no futuro, a possibilidade de detecção do crime, ou o grau de publicidade que o delito atingiu. Ora, segundo a teoria consequencialista da prevenção, se o objetivo da punição é aumentar o custo do cometimento de crimes, para preveni-los, a punição precisa servir de exemplo dissuasivo, sendo tão mais dura quanto maior a potencialidade de reincidência, quanto mais difícil de se descobrir um crime, ou mais amplo o conhecimento do seu cometimento. Se nenhuma dessas variáveis é determinante, há então um descompasso entre a “preferência” preventiva do discurso e a prática retributivista da punição. Buscou-se replicar o achado em diferentes cenários, e o resultado foi o mesmo: apesar do relato verbal de que a pena visava à prevenção de novos delitos, as penalidades assinaladas variavam conforme a gravidade da conduta passada, o que indica que as intuições de justiça dos sujeitos examinados não estavam alinhadas com seu discurso (Carlsmith et al., 2008).

Em resumo, mesmo quando os indivíduos expressamente dizem que uma determinada conduta precisa ser punida para que se evitem crimes semelhantes no futuro, os padrões efetivos de decisão sugerem que a punição está ligada à vingança, não à prevenção. Existe, assim, um “viés retributivista” nos processos cognitivos que envolvem a atribuição de punições, independentemente dos discursos utilizados pelos próprios aplicadores. As mencionadas pesquisas sugerem que a decisão de punir é mais complexa, mais emotiva e menos racional do que

geralmente se supõe, pois a intensidade da punição assinalada depende da intensidade das emoções de ultraje ou raiva em relação à injustiça praticada pelo autor da conduta, sendo que os argumentos utilizados para justificar a punição parecem constituir racionalizações *a posteriori* desse sentimento (Chrismann, 2016).

Não é mero acaso que a ocorrência de crimes graves muitas vezes desencadeie a aprovação legislativa de normas penais mais rigorosas, voltadas a punir atos que despertaram indignação em setores da sociedade, sob o argumento de que a finalidade da pena é evitar a repetição de fatos semelhantes. A busca por uma retribuição adequada dos danos causados pode conduzir a políticas legislativas e padrões judiciais voltadas ao exasperamento de penas privativas de liberdade, operada normalmente sob o argumento de que é preciso reduzir a criminalidade futura. Essa argumentação permanece intacta, mesmo quando pesquisas empíricas de criminólogos anglo-americanos, feitas a partir de imensas bases de dados, não encontram efeitos significativos do aumento da duração de penas na redução da criminalidade (Nagin, 2013; Paternoster, 2010).

O fato de que as pessoas acham que a gravidade da punição deve corresponder à gravidade do dano tende a gerar consequências na tomada de decisão judicial. Se o foco da decisão de punir é a vingança, e não a reparação do dano causado, ou a pacificação social, então a pena privativa de liberdade, especialmente aquela cumprida em nosso violento sistema prisional, pode parecer uma solução adequada justamente por ser muito gravosa. Uma vez que os magistrados se convençam da culpabilidade, eles podem recorrer a prisões preventivas sem caráter preventivo, justificadas em termos bastante vagos, pois sentem como injusta a manutenção do réu em liberdade (Gomes, 2013), ainda que as pesquisas empíricas destaquem os efeitos criminógenos do encarceramento (Foucault, 1987, Nagin, 2013).

As políticas de (i) ampliar a criminalização, (ii) enrijecer penas e (iii) fomentar o encarceramento são bastante compatíveis com uma percepção retributivista, e a resiliência dessas estratégias a quaisquer pesquisas que apontem a sua ineficácia sugerem que os argumentos ligados à pedagogia e à prevenção desempenham um papel marginal nas tomadas efetivas de decisão, seja na arena legislativa, seja na arena judicial. Retomando o tema do superencarceramento, com o qual introduzimos este artigo, não é de se espantar que, mesmo com um aumento significativo na taxa de encarceramento em geral – passamos de 361 mil presos no ano 2005, para 622 mil em 2014, chegando à quarta maior população carcerária do mundo (Depen, 2016) –, e em particular dobrando a de acusados por homicídio – de 26 mil presos por homicídio simples ou qualificado no ano de 2005, para 51 mil pre-

sos em 2014 – a taxa de homicídios no Brasil tenha saltado de 47 mil homicídios anuais em 2005 para 59 mil em 2014 (Waiselfisz, 2016)⁵.

Um outro reflexo de um sistema processual penal excessivamente focado na pena privativa de liberdade como punição-padrão é a dificuldade em se adotar medidas comprovadamente eficazes para a redução da criminalidade. Este é o caso da Justiça Restaurativa, método que consiste em retirar o foco da resposta estatal ao crime da punição, lançando-o sobre a reconstrução dos laços sociais entre vítima, ofensor e comunidade, buscando a reparação do dano causado. Em audiências de Justiça Restaurativa, a ênfase é o reencontro das pessoas, a discussão do mal provocado, e, eventualmente, a desculpa e o perdão (Johnstone & Van Ness, 2007). Um aspecto ainda mais importante desse enfoque é que as vítimas, que geralmente são deixadas num segundo plano no procedimento penal comum, têm a oportunidade de confrontar seu agressor, o que contribui para a redução de sua ansiedade e melhora sua saúde psicológica. Os procedimentos penais tradicionais geralmente não se ocupam das consequências que podem advir da vitimização, como o medo, o estresse pós-traumático ou a sensação de injustiça, que podem ser mitigadas com a execução de práticas como o círculo restaurativo vítima-ofensor.

Disseminadas em países como Reino Unido, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, as práticas de Justiça Restaurativa vêm ganhando espaço no Brasil, seja na discussão acadêmica (Rosenblatt, 2014; Achutti, 2013), seja como política pública, como se verifica na recente Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 225, de 31 de maio de 2016. Nos países que têm políticas públicas consistentes de Justiça Restaurativa, os primeiros resultados das avaliações de impacto são notáveis. Heather Strang e colegas (2013) fizeram uma revisão sistemática de 10 avaliações realizadas nos últimos vinte anos, e descobriram que em 9 deles, os autores de crimes que passaram por procedimentos de encontro com as vítimas apresentam menor reincidência do que aqueles que passaram pelo sistema penal convencional. Os efeitos positivos da Justiça Restaurativa foram ainda mais in-

5 Argumenta-se que a criminalidade nos EUA sofreu queda nos anos 1990 em virtude de políticas criminais mais duras e penas mais longas. Contudo, uma das evidências mais convincentes da inutilidade do encarceramento em massa na redução do crime é que, no mesmo período, países que tiveram manutenção ou decréscimo na população prisional experimentaram a mesma redução nas taxas de violência (Tonry & Farrington, 2005). É importante ressaltar, ademais, que a literatura aponta que há políticas públicas que comprovadamente funcionam para a redução da criminalidade, como a melhoria do policiamento, a qualidade da investigação policial e não a duração mais longa da pena, mas a *certeza* da punição em caso do cometimento de delitos (Nagin, 2013; Paternoster, 2010).

tensos nos casos de crimes violentos, o que sugere que a Justiça Restaurativa pode ser uma estratégia com impactos na criminalidade e no grau de violência. Porém, essa é uma política pública que se choca com as intuições retributivistas de justiça, o que torna difícil que as pessoas a adotem, mesmo tendo dados concretos no sentido de sua eficácia.

Como convencer as pessoas a adotar um sistema voltado para a reinserção do acusado, a compensação da vítima e a restauração dos laços sociais? Não ficariam os cidadãos descontentes com a substituição de “penas duras”, como a prisão, por audiências de Justiça Restaurativa? O viés retributivista não seria, assim, obstáculo para a adoção de um sistema penal menos injusto? Uma possível resposta emerge de estudos recentes, como os realizados por Dena Gromet e John Darley (2006), em que foi utilizado um método semelhante ao dos estudos sobre retributivismo: os pesquisadores questionaram os sujeitos de pesquisa sobre que pena deveria ser atribuída para determinados crimes – dos mais leves, como furto aos mais sérios, como estupro. Porém, as vinhetas apresentadas continham também a informação de que uma audiência de Justiça Restaurativa havia sido realizada, e que autor do crime havia se desculpado com a vítima. Nos crimes leves, os sujeitos consideraram que o procedimento restaurativo bastava, sendo uma solução “justa”. Nos crimes mais graves, porém, respondiam que alguma punição, além do procedimento restaurativo, seria necessária para restabelecer a justiça.

Em outra sequência de experimentos, constatou-se que mesmo em casos hipotéticos de crimes mais graves, se os sujeitos pesquisados tomassem conhecimento de que um procedimento de Justiça Restaurativa foi bem-sucedido, eles estavam dispostos a assinalar penas menos duras aos agressores (Gromet et al., 2012). Em suma, uma resposta considerada justa ao crime, com a vítima satisfeita, com o ofensor condenado a uma pena mais branda do que o usual.

Esses achados sugerem que o sistema penal pode ser tido como “justo”, sem que aplique, por um lado, penas excessivas; e, por outro, seja acusado de ser leniente com criminosos. Mesmo no caso de crimes graves e violentos, as pessoas desejam não só a “vingança” pura e simples, mas a satisfação das vítimas. É possível, portanto, mesmo com as pessoas sendo retributivistas intuitivos, imaginar que o foco da persecução penal possa ser alterado da ânsia em buscar pessoas a serem acusadas, das condenações elevadas para fins de vingança; para a compensação das vítimas, a reparação dos danos causados, a preservação de comunidades e a redução efetiva da violência na sociedade (Benforado, 2015).

Evidências científicas como essa sugerem que um sistema penal voltado exclusivamente para o punitivismo, sob o argumento de “promover a justiça”, pode

na verdade se revelar contraproducente. O viés retributivista, quando atua sem limitações, tende a conduzir a uma satisfação do legítimo desejo de correção de injustiças por meio de uma lógica de penas mais duras que o necessário para lhe conferir uma eficácia preventiva, o que agrava a crise do sistema penitenciário; e evita que novas formas emergam, como a Justiça Restaurativa, que poderia contribuir para laços sociais menos esgarçados e para a melhoria da saúde emocional das vítimas de delitos. Uma questão que mereceria estudos empíricos seria avaliar em que medida as pessoas buscam, mais do que vingança pura e simples, o restabelecimento da equidade, violada por uma ofensa. Nesse sentido, é possível especular se não haveria vieses cognitivos a favorecer a substituição ou a mitigação de punições em troca de compensações, pedidos de desculpas, reparações de danos e outras medidas típicas das práticas de Justiça Restaurativa (Adams & Mullen, 2015).

Além da questão da punição, as evidências psicológicas podem contribuir para a formulação de estratégias mais amplas para a eliminação ou, ao menos, redução, dos vieses na tomada de decisão judicial.

PROPOSTAS DE DESENHO INSTITUCIONAL CIENTIFICAMENTE INFORMADAS

■ A literatura sobre vieses na tomada de decisão não se limitou a mapear as diversas manifestações das limitações da racionalidade humana. Em paralelo, desenvolveu-se o tema do “desenviesamento” (*debiasing*), ou as formas de corrigir ou mitigar esses efeitos. Como se pode notar, alguns mecanismos atualmente vigentes parecem contribuir nesse sentido.

A dificuldade de desenviesar o raciocínio geralmente ocorre porque as pessoas raramente percebem que não estão tomando a melhor decisão, ou que sua decisão foi contaminada por fatores irrelevantes. E mesmo que sejam capazes de perceber isso, nem sempre têm motivação para corrigir o raciocínio. Algumas estratégias sugeridas para evitar vieses parecem simples: uma delas é o exercício de sempre levantar a possibilidade de estar equivocado, considerando a hipótese oposta à que se tem em mente (Wilson et al., 2002). Ao assegurar o contraditório no processo judicial, o Direito, de certa forma, trata desse problema.

Outra forma de reduzir vieses segundo a literatura psicológica, é a *accountability*, ou a necessidade de prestar contas das próprias decisões. Ao ter de justificar uma decisão, o indivíduo procura se certificar de sua correção, sob o receio de causar uma má impressão nos seus pares (Larrick, 2004, p. 322-323).

Uma terceira maneira de reduzir vieses de decisão é submetê-las à discussão em grupo (Larrick, 2004, p. 326-327). Ao prever a possibilidade do duplo grau de jurisdição, com a revisão da sentença por parte de um órgão colegiado, também aqui as instituições jurídicas contribuem, em tese, para a redução de vieses decisórios. Porém, a literatura aponta que grupos podem tomar decisões melhores se no seu seio há “diversidade epistêmica”, isto é, a presença de perspectivas, trajetórias e opiniões diferentes. É de se questionar, a esse respeito, se o perfil da magistratura é mais próximo da diversidade ou da homogeneidade.

Outra abordagem institucional possível é, em vez de buscar mitigar ou impedir vieses, reconhecer que em certos casos, decisões enviesadas necessariamente ocorrerão, e conseqüentemente, deve-se isolar o tomador de decisão da possibilidade de escolher enviesadamente. Trata-se da estratégia do “insulamento”, uma forma de prevenir conseqüências jurídicas que podem advir das limitações cognitivas humanas (Jolls & Sunstein, 2006). As regras de impedimento e suspeição do magistrado no curso do processo seriam exemplos disso.

De todo modo, como os estudos apresentados na Introdução demonstram, isso não parece ser o suficiente para eliminar vieses na decisão judicial. Por esse motivo, muito se tem pesquisado recentemente sobre como aperfeiçoar mecanismos de decisão, no âmbito tanto individual, quanto coletivo, das instituições públicas.

Os mecanismos de desenho institucional como formas de redução de vieses são objeto de estudo de Jon Elster (2013). Em seu último livro, o cientista social alerta que em organismos de deliberação coletiva, é preciso evitar que paixões e vieses contaminem demasiadamente as decisões. Um caso emblemático disso é questão da transmissão de sessões de julgamento, como é o caso, no Brasil, da TV Justiça – se, por um lado, absolutamente desejável do ponto de vista da publicidade dos atos públicos, por outro, podem fragilizar o resultado das decisões colegiadas. Discussões abertas ao público são mais transparentes, mas podem deixar os oradores reféns da própria vaidade, ao passo que reuniões secretas permitem que as discussões convençam os representantes de opiniões diversas daquela que originalmente sustentaram, sem que tenham que voltar atrás diante do olhar dos expectadores. Elster lembra ainda da importância dos “mecanismos de atraso”, que contribuem para que as paixões sobre um determinado assunto “se esfriem”, e aqui é interessante recordar que essa é uma estratégia utilizada em varas de família que evitam marcar para datas muito próximas audiências de divórcio e outras nas quais o tempo pode contribuir para uma mudança de perspectiva emocional quanto ao litígio.

Num dos primeiros trabalhos brasileiros sobre esse tema, o juiz federal Eduardo José da Fonseca Costa propõe medidas mais drásticas. Com base nos experimentos de psicologia e de economia comportamental, e preocupado com a preservação da imparcialidade da atividade judicante, o pesquisador sugere, entre outras medidas alterações legislativas que estabeleçam o impedimento do juiz de instrução de sentenciar; a separação entre juiz de tutela sumária e juiz de sentença; o impedimento do magistrado de reapreciar questão que tenha julgado anteriormente em caso de nulificação da sentença original ou ação rescisória; o impedimento do juiz em caso de contato com prova ilícita (Costa, 2016).

Medidas drásticas também são sugeridas por Adam Benforado (2015). Após revisar as inúmeras evidências de que fatores como a aparência, a etnia, ou a forma de se expressar, podem conferir um peso diferente à palavra de depoentes e testemunhas, o autor chega a sugerir que o ambiente do júri seja feito de forma inteiramente virtual, de modo a mitigar esses vieses. Em outra proposta ousada, o pesquisador norte-americano sugere a abolição da *plea bargain*, mecanismo de transação penal que induz a assunção de culpa e confere um poder imenso à acusação, que está sujeita ao viés de confirmação forense. Esse instituto, muitas vezes festejado por profissionais de persecução penal, é um dos principais responsáveis pelo superencarcaramento nos Estados Unidos: estima-se que 90% dos casos na esfera criminal naquele país sequer chega a ser julgada, sendo as penas de prisão determinadas via *plea bargain*, estratégia que é contestável do ponto de vista da justiça do procedimento e dos direitos ao contraditório e à ampla defesa. Neste momento, uma proposta desse tipo possivelmente seria entendida no Brasil como uma forma sub-reptícia de oposição à Operação Lava-Jato, tendo em vista que o instituto da colaboração premiada, instituído em agosto de 2013 pela Lei n. 12.850, viabilizou e se tornou inerente à própria lógica das estratégias atuais de combate à corrupção. De toda forma, o problema talvez não esteja na existência de um sistema de delação, mas em uma utilização indiscriminada que converta em regra uma medida excepcional.

Embora meritórias no seu intento de buscar diminuir vieses do sistema de justiça, essas propostas merecem uma discussão mais detida por parte da comunidade jurídica. Por um lado, é evidente que as injustiças precisam ser evitadas; que promotores, magistrados e defensores precisam estar cientes de que, como humanos, são tomadores de decisão imperfeitos; e que há regras e instituições que podem ou não favorecer decisões menos enviesadas. Por outro lado, há quem defenda que outros valores também ser promovidos pelas instituições, tais como a celeridade processual, a transparência dos atos do Poder Judiciário ou a eficiência da persecução pe-

nal. Mais pesquisas empíricas se fazem necessárias, especialmente no contexto brasileiro, para avaliar a extensão desses vieses e propor formas de tratá-los que sejam condizentes com a nossa realidade e com as estruturas de nosso sistema de justiça.

Ademais, num país em que o sistema carcerário se mostra falido, é importante recordar que, no Estado de Direito, o imperativo é evitar que inocentes sejam condenados injustamente.

CONCLUSÃO

■ Às vésperas de deixar a Presidência dos Estados Unidos, Barack Obama publicou um artigo na *Harvard Law Review* (2017), em que expunha as medidas tomadas no seu mandato para a redução da população prisional – medidas essas efetivas, uma vez que foi a primeira vez, desde a década de 1970, que a tendência crescente de encarceramento foi revertida naquele país. Argumentando o alto custo orçamentário da manutenção do sistema, a destruição de comunidades pobres e fustigadas pelas drogas, e as vidas destruídas no cárcere, além do forte viés de aprisionamento da população negra, o então governante destacou que não havia evidência de que o país se tornara mais seguro em função disso. Em seguida, fazia uma defesa de políticas públicas de reforma e modernização na área criminal baseadas nas melhores evidências disponíveis.

Neste início de 2017, com o ímpeto que líderes populistas conferiram à pós-verdade e aos apelos emotivos como métodos não só de manifestação na esfera pública, mas também da própria formulação e implementação de políticas públicas, é de se questionar se haverá no curto prazo espaço para propostas de reforma amparadas pelo conhecimento científico. A ciência é uma de nossas principais estratégias para a produção de conhecimentos que superem nossos vieses, visto que ela decorre do estabelecimento de estratégias metodológicas voltadas a desenvolver um conhecimento pautado em estratégias voltadas a reduzir a interferência subjetiva nas nossas interpretações sobre o mundo.

Deslocar os debates da *verdade* para os *métodos* é um passo importante, pois nossos vieses operam de modo mais intenso nas percepções concretas o mundo, e não na formulação de metodologias abstratas. Desenvolver um discurso baseado em análises empíricas extensas e em noções de causalidade inferidas de modo estatístico é uma forma de deslocar as bases de nosso conhecimento para campos que são menos afetados por vieses que nos tornam muito eficientes para enfrentar situações cotidianas e de urgência, mas que limitam a influência de nossa reflexão e de capacidade de julgamento estratégico.

A busca de desenvolver estratégias compatíveis com um conhecimento científico sobre nossas formas de cognição não é um desafio apenas para o direito, mas um desafio para a forma contemporânea de organização política que chamamos de *democracia*. O saber científico não se caracteriza por ser verdadeiro, nem por ser perfeito, nem por ser neutro. Ele se caracteriza por ser um conhecimento com estratégias muito desenvolvidas de limitar o impacto dos vieses cognitivos e, com isso, oferecer uma descrição da realidade menos distorcida pelas heurísticas que marcam o pensamento humano.

Quando as nossas decisões políticas fundamentais (e as decisões jurídicas são apenas uma estratégia política específica) passam a ser decididas em nome da intuição genial, da correspondência a valores originais inquestionáveis (da família, da nação ou da verdade) e de uma supervalorização da opinião pública, a ordem política entra em crise. Uma crise recorrente, que nos acompanha desde o momento em que tivemos nossos primeiros governos, e para a qual nunca tivemos uma resposta adequada: nos momentos em que a *opinião pública* se torna um critério político mais relevante do que os resultados de uma análise reflexiva mais ampla e informada, os riscos de colapso político se adensam.

“Talvez o mundo não seja pequeno, nem seja a vida um fato consumado. Quero inventar o meu próprio pecado, quero morrer do meu próprio veneno” (Chico Buarque e Gilberto Gil, Cálice, 1973). Quando não há espaço para estratégias políticas que superem o senso comum, só nos resta repetir os mesmos erros: sequer podemos inventar novos equívocos nesses momentos de ortodoxia conservadora. Todavia, o espaço existe. Um espaço limitado, retraído, mas ainda presente, vez que o diagnóstico dessa era da *pós-verdade* não significa a sua aceitação. Os dilemas da pós-modernidade (ou seja, ligados à negação de pontos absolutos de partida e de critérios objetivos de verdade) não se resolvem com um retorno romântico a uma nova era de verdades absolutas, essas pós-verdades avessas a quaisquer críticas externas e a análises baseadas em fatos. Quando nossas análises contrariam nossas intuições, devemos confiar em nossa capacidade analítica, e não o contrário. Assim como não devemos acreditar em nossos olhos quando nosso intelecto identifica que uma percepção sincera e direta do mundo não passa de ilusão de ótica.

Diante dos desafios político-jurídicos da contemporaneidade (como é o caso da falência de nosso sistema prisional), não parece haver outra alternativa senão questionar, com base nos estudos disponíveis, os motivos pelos quais as instituições que desenvolvemos não alcançam os resultados que esperávamos delas. Devemos levar a sério a possibilidade de que essas instituições talvez tenham sido desenhadas

de tal forma que, no ambiente social contemporâneo, não são capazes de promover resultados diversos, apesar das nossas expectativas sinceras em contrário. No caso do sistema prisional, talvez Foucault estivesse correto ao diagnosticar que o sistema carcerário tem sido criticado desde a sua implantação e que “*a resposta foi invariavelmente a mesma: a recondução dos princípios invariáveis da técnica penitenciária. Há um século e meio que a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio; a reativação das técnicas penitenciárias como a única maneira de reparar seu fracasso permanente; a realização do projeto corretivo como o único método para superar a impossibilidade de torná-lo realidade*” (Foucault, 1987).

Se temos um sistema que continua prendendo tão mal, e com efeitos tão contraproducentes para a sociedade, talvez seja porque esses resultados sejam próprios das estruturas que criamos. Se os juízes contemporâneos continuam aplicando a lei de forma seletiva, talvez Luis Alberto Warat tivesse razão em seu tardio ceticismo com relação às teorias hermenêuticas: não bastava mudar os discursos aplicativos, não bastava ter consciência dos limites da linguagem, era preciso mudar a subjetividade dos juízes para que os resultados de sua atividade fossem diferentes. Essa percepção fez com que Warat passasse a se dedicar a uma perspectiva de transformação subjetiva. Se ele fosse um agostiniano, talvez ele tivesse enveredado pela idealização oposta: a construção de saídas institucionais que pudessem operar independentemente dos homens. No meio do caminho, parece estar atolado o nosso senso comum teórico: na busca utópica por parâmetros hermenêuticos que pudessem gerar resultados diferentes sem mudar as subjetividades nem as instituições, mas apenas os métodos.

Para superar o atoleiro intelectual do pós-positivismo romântico que organiza o discurso contemporâneo do ativismo judicial, é imperativo que estudos sobre o comportamento humano e sobre nossas formas de cognição sejam levados em conta quando se pensa o desenho institucional do Judiciário. Decisões enviesadas são decisões potencialmente injustas, mas elas são as únicas decisões possíveis dada a nossa estrutura de cognição. Por isso, é preciso buscar formas de mitigar os seus efeitos indesejáveis, como algumas das estratégias que foram apresentadas neste artigo, que estão longe de ser novas, mas que podem ser avaliadas por novas luzes à luz da pesquisa científica atual.

A literatura aponta, ainda, que uma das medidas mais relevantes para reduzir vieses é tornar os tomadores de decisão cientes da sua existência, dos problemas que causam, e das formas de mitigá-los (Larrick, 2004; Costa, 2016). Nesse sentido, cabe questionar o motivo pelo qual a psicologia da tomada de decisão, embora tão relevante para as carreiras jurídicas em geral, segue sendo uma ilustre

desconhecida da pesquisa acadêmica e do ensino jurídico brasileiros. Talvez esse seja um bom ponto de partida para repensar as estratégias pedagógicas e institucionais a partir das quais tentamos organizar as complexidades das sociedades contemporâneas.

RICARDO DE LINS E HORTA · Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Mestre em Neurociências pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador visitante na École Normale Supérieure.

ALEXANDRE ARAÚJO COSTA · Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor da Faculdade de Direito da UnB. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Política e Direito (UnB).

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel. “Justiça restaurativa no Brasil: Possibilidades a partir da experiência belga”. *Civitas* – Porto Alegre. Vol. 13, n. 1, 2013, p. 154-181.
- ADAMS, Gabrielle S.; MULLEN, Elizabeth. “Punishing the Perpetrator Decreases Compensation for Victims”. *Social Psychological and Personality Science*. Vol 6, n.1, 2015, p. 31-38.
- AGOSTINHO. *Cidade de Deus*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3ª ed. Brasília: UnB, 1992.
- BENFORADO, Adam. *Unfair – The New Science of criminal injustice*. New York: Crown Publishers, 2015.
- CARLSMITH, Kevin M.; DARLEY, John M. “Psychological Aspects of Retributive Justice”. *Advances in Experimental Social Psychology*. vol. 40, 2008, p. 193-236.
- CHRISMANN, Pedro H.V. *Repensando as sanções – Um estudo interdisciplinar do fenômeno punitivo*. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2016.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a Imparcialidade a Sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.
- DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. “Extraneous factors in judicial decisions”. *Proceedings of the National Academy of Sciences*. v.108 , n.17, 2011, p. 6889-6892.
- DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – Dezembro de 2014*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 25 de janeiro de 2017.
- ELSTER, Jon. *Securities against Misrule – Juries, Assemblies, Elections*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- EVANS, Jonathan S.B.T; STANOVICH, Keith E. “Dual-process theories of Higher Cognition: Advancing the Debate”. *Perspectives on Psychological Science*. vol. 8, n. 3, 2013, p. 223–241.
- GIGERENZER, Gerd. *O Poder da Intuição*. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009.
- GOMES, Patrick Mariano. *Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da Ordem Pública*. Dissertação (Mestrado em Direito). Brasília: Universidade de Brasília, 2013.
- GROMET, Dena M.; DARLEY, John M. “Restoration and Retribution: How including retributive components affects the acceptability of Restorative Justice Procedures”. *Social Justice Research*, vol. 19, n. 4, 2006, p. 395-432.
- GROMET, Dena M.; OKIMOTO, Tyler G.; WENZEL, Michael; DARLEY, John M. “A Victim-Centered approach to justice? Victim satisfaction effects on Third-Party Punishments”. *Law and Human Behavior*, vol. 36, n. 5, 2012, p. 375-389.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

HIRABAHASI, Gabriel; MARQUES, Pablo. “Com rebelião no Rio Grande do Norte, 2017 já soma 138 presos mortos”. *Poder360*, 15 jan. 2017. Disponível em: <http://www.poder360.com.br/brasil/com-rebeliao-no-rio-grande-do-norte-2017-ja-soma-123-presos-mortos/>. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas – Relatório de Pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

JESUS, Maria Gorete Marques; OI, Amanda Hildebrand; ROCHA, Thiago Tadeu da; LAGATTA, Pedro. *Prisão Provisória e Lei de Drogas – Um estudo sobre os flagrantes do tráfico de drogas na Cidade de São Paulo*. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência / USP, 2011. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. “The meaning of restorative justice”. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W (eds.). *Handbook of Restorative Justice*. Portland: Willan Publishing, 2007.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. “Debiasing through Law”. *The Journal of Legal Studies*, vol. 35, n. 1, 2006, pp. 199-242

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar – Duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KASSIN, Saul M.; DROR, Irit E.; KUKUCKA, Jeff. “The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions”. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, vol. 2, 2013, p. 42-52.

LARRICK, Richard P. “Debiasing”. In: KOEHLER, Derek J.; HARVEY, Nigel (Eds.). *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

LASSITER, G. D., DIAMOND, Shari. S., SCHMIDT, Heather C., ELEK, Jennifer K. “Evaluating videotaped confessions: Expertise provides no defense against the camera-perspective effect”. *Psychological Science*, 18, 224-226.

MACHADO, Leandro. “Julgamento de tráfico em SP dura 15 minutos e não tem testemunhas”. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 jan. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1849897-condenacao-por-trafico-em-sp-dura-15-minutos-e-nao-tem-testemunhas.shtml>. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. “Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses”. *Série Pensando o Direito*, n. 59. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça / Ipea, 2015.

NADLER, Janice; MUELLER, Pam A. “Social Psychology and the Law”. In: Francesco Parisi (Ed.). *The Oxford Handbook of Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

NAGIN, Daniel S. “Deterrence: a review of the evidence by a Criminologist for Economists”. *Annual Review of Economics*, 5, 2013, p. 83-105.

NESTA / Alliance for Useful Evidence. *Using Research Evidence – A Practice Guide*. London: 2016.

NICKERSON, Raymond S. “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises”. *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2, 1998, p. 175-220.

NISBETT, Richard E.; WILSON, Timothy DeCamp. “Telling more than we can know: verbal reports on mental processes”. *Psychological Review*. vol. 84., n. 3, may 1977.

OBAMA, Barack. “The President’s role in Advancing Criminal Justice Reform”. *Harvard Law Review*. Vol. 130, n. 3, 2017, p. 811-866.

PATERNOSTER, Raymond. “How much do we really know about criminal deterrence?” *The Journal of Law & Criminology*. vol. 100, n. 3, 2010, p. 765-824.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. “Em Busca das Respostas Perdidas: Uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa”. In: Gisele Mendes de Carvalho; Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato; Felix Araujo Neto. (Org.). *Criminologias e Política Criminal II*. 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v., p. 443-467.

SOOD, Avani Mehta. “Motivated Cognition in Legal Judgments – An Analytic Review”. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 9, 2013, p. 307-325.

STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W., MAYO-WILSON, Evan; WOODS, Daniel; ARIEL, Barak. “Restorative Justice Conferencing (RJC) – Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction. A Systematic Review”. *Campbell Systematic Reviews* 2013:12. DOI: 10.4073/csr.2013.12

TEICHMAN, Doron & ZAMIR, Eyal. “Judicial Decision-Making: a Behavioral Perspective”. In: TEICHMAN, Doron & ZAMIR, Eyal (eds.) *Behavioral Economics and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

TONRY, Michael; FARRINGTON, David P. “Punishment and Crime Across Space and Time”. *Crime and Justice*. 33, 2005, p. 1-39.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2016 – Homicídio por armas de fogo no Brasil*. Rio de Janeiro, FLACSO/CEBELA, 2016. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

WILSON, Timothy D.; CENTERBAR, David B.; BREKKE, Nancy. “Mental contamination and the debiasing problem”. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Eds). *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*. New York: Cambridge University Press, 2002.

Petições em linha e ação política: aplicações de comunicação ou de participação política?

ALEXANDRE VERONESE
GUSTAVO CAPELA

RESUMO

■ O artigo analisa a interferência da internet na democracia e, mais especificamente, a relação de algumas ferramentas virtuais com o incremento de acesso e participação dos atores sociais na esfera pública brasileira. A ideia é abordar a lógica da internet e relacioná-la com a lógica democrática. Tentar-se-á auferir como as relações que se estabelecem virtualmente afetam o poder e a organização política. As ferramentas escolhidas para o estudo são as conhecidas “petições online” ou, como elas são denominadas tecnicamente: aplicações de petições em linha. Mais especificamente, analisar-se-á o AVAAZ e a CHANGE. Na primeira parte, são traçadas considerações teóricas sobre a democracia na contemporaneidade e sobre o potencial da Internet para ofertar novos meios de comunicação no contexto global e no contexto brasileiro. Posteriormente, é analisado o funcionamento da Internet com foco no seu uso social e políticos por meio de aplicações (*apps*). Após isso, são analisados dados oriundos do AVAAZ e do CHANGE para se concluir seu efetivo uso social: ferramentas de comunicação – focalizadas na difusão e na exortação. Por fim, são tecidas considerações no sentido de levantar questionamentos sobre a relação “virtual-real” e demonstrar como essas ferramentas de comunicação ainda possuem limites importantes para desencadear, efetivamente, mudanças políticas.

PALAVRAS-CHAVE: Internet – Aplicações – Petição em linha – Comunicação política – Participação política.

ABSTRACT

■ The article analyzes the interference of the Internet in democracy and, more specifically, the relation between several virtual tools and the increased access and participation of social players in the Brazilian public scene. The idea is to approach the Internet rationale and relate it to the democratic rationale. We will try to assess how relations that are established virtually affect the power and the political organization. The tools chosen for the study are the so-called “online petitions” or, as they are technically called: online petition applications. AVAAZ and CHANGE will be specifically analyzed. In the first part, theoretical considerations about contemporary democracy and the potential of the Internet to offer new media in the global context and in the Brazilian context are drawn. Subsequently, we analyze the functioning of the Internet with a focus on its social and political use through applications (apps). Subsequently, we analyze data from AVAAZ and CHANGE to conclude their effective social use: communication tools - focused on dissemination and persuasion. Finally, considerations are made to raise questions about the “virtual-real life” relation and demonstrate that these communication tools still present limitations to effectively trigger policy changes. KEYWORDS: Internet · Applications · Online Petition · Political communication · Political participation.

I. INTRODUÇÃO

■ Este artigo analisa a interferência da internet na democracia e, mais especificamente, a relação de algumas ferramentas virtuais com o incremento de acesso e participação dos atores sociais na esfera pública brasileira. A ideia é abordar a lógica da internet e relacioná-la com a lógica democrática. Assim, tentar-se-á auferir como as relações que se estabelecem virtualmente afetam o poder e a organização política. As ferramentas escolhidas para o estudo são as conhecidas “petições online” ou, como elas são denominadas tecnicamente: aplicações de petições em linha. Mais especificamente, analisar-se-á o AVAAZ e a CHANGE.

Na primeira parte, são traçadas considerações teóricas sobre a democracia na contemporaneidade e sobre o potencial da Internet para ofertar novos meios de comunicação no contexto global e no contexto brasileiro. Posteriormente, é analisado o funcionamento da Internet com foco no seu uso social e políticos por meio de aplicações (*apps*). Após isso, são analisados dados oriundos do AVAAZ e do CHANGE para se concluir seu efetivo uso social: ferramentas de comunica-

ção – focalizadas na difusão e na exortação. Por fim, são tecidas considerações no sentido de levantar questionamentos sobre a relação “virtual-real” e demonstrar como essas ferramentas de comunicação ainda possuem limites importantes para desencadear, efetivamente, mudanças políticas.

Para melhor abordar essa realidade, partiremos de alguns pressupostos que são consideravelmente respeitados por todas as vertentes das ciências sociais. São conceitos e noções que, de uma forma geral, estão presentes nas manifestações de teóricos de um amplo espectro ideológico. O primeiro pressuposto é o da existência fática de uma globalização, que se observa pela ampliação da circulação, numa escala transnacional, tanto de bens como de símbolos e de pessoas¹. A constante e frequente reconfiguração do espaço-tempo é uma das características evidentes de nossa vida social e a Internet faz parte dessa realidade. O segundo pressuposto é que a globalização, ao passo que conecta países, pessoas e mercadorias, tem gerado espaços fragmentados de socialização. Ou seja, contraditoriamente, ao passo em que há um estímulo à homogeneidade, existe uma reação que tende a produzir lógicas e racionalidades incrivelmente especializadas e sem muito contato com perspectivas e visões diferenciadas². A divisão social do trabalho, tanto no que tange às pessoas e classes dentro de uma estrutura nacional, como a estruturada pela geopolítica, tem criado verdadeiros bolsões de especialização e de clausura cognitiva os quais podem se manifestar de maneira agressiva contra tudo e todos que são diferentes³. Por fim, o terceiro pressuposto é que a Internet, enquanto tecnologia que funda a infraestrutura necessária para o enraizamento deste processo, reconfigurou não só as relações pessoais e os métodos comunicativos, mas a própria estrutura de poder enquanto tal⁴. Isso não quer dizer que a Internet foi capaz de refundar as sociedades ao redor do mundo, de modo a retirar os costumeiramente poderosos de suas localizações históricas. Em muitos casos, é possível considerar que ela auxiliou e incrementou as formas de opressão. Mas, é possível afirmar que essas estruturas, por mais antigas que fossem, precisaram

-
- 1 BECK, Ulrich. *What is globalization?* Cambridge: Polity Press, 2000, p. 13-15; p. 30-63. MARSDEN, Christopher T. Introduction: information and communications technologies, globalization and regulation. In: MARSDEN, Christopher T. (ed.). *Regulating the global information society*. London: Routledge, 2000, p. 11-15.
 - 2 HOLMES, Pablo. O Constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do direito e da política na era da governança global. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1137-1168, 2014, p. 1138.
 - 3 SUNSTEIN, Cass. *Republic.com 2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.
 - 4 CASTELLS, Manuel. *Communication power*. Oxford University Press, 2009, p. 10-53.

dar respostas a uma avalanche de informações e de conectividade que trouxeram novas perspectivas às diversas sociedades⁵.

Em prol de utilizar esses pressupostos para demonstrar alguns problemas e levantar novas perguntas, o artigo é organizado de modo a compreender três aspectos. Em primeiro lugar, é necessário entender o que se tornou “democracia” com o advento da Internet. Se houve, como é possível supor, uma mudança na infraestrutura social que reconfigura o modo de pensar, o modo de agir e, em geral, as expectativas das pessoas em relação ao poder, o que isso significa para a lógica democrática? Em segundo lugar, é necessário compreender a relação entre as possíveis alterações geradas por esta tecnologia e o direito enquanto sistema funcional. Como é que a Internet atinge o direito no que tange à sua capacidade-necessidade de elaborar desenhos institucionais efetivos? A Internet produz mais ou menos legitimidade? Ela ajuda a melhorar o processo democrático? Ou, ao contrário, o fragiliza? Por fim, é importante analisar a efetividade de algumas aplicações – estrangeiras e brasileiras – para compreender a sua apropriação social. É claro que, nesse artigo, o foco será a realidade institucional brasileira. Contudo, isso não significa a impossibilidade de utilização de exemplos de outros países para iluminar o debate.

2. DEMOCRACIA E INTERNET

■ Definir o conceito de democracia, seja do ponto de vista acadêmico, seja do ponto de vista social, é uma tarefa complexa. Sobretudo porque é uma palavra que possui dezenas de significados e expressa diversos estados de espírito⁶. Na sua acepção moderna, o conceito perpassa os ideais das revoluções burguesas, a construção do Estado Social e até mesmo o desmonte produzido pelo neoliberalismo. É dizer: em um mundo cada vez mais interconectado, o termo “democracia” é reiteradamente utilizado tanto pelos governos quanto pelos cidadãos e cidadãs que o contestam. Esta é uma realidade que se tornou ainda mais evidente desde a crise econômica desencadeada a partir de 2008. O grito social de “queremos democracia” foi o slogan que apareceu no Egito, na Espanha, na Tailândia, em Nova Iorque e, mais recentemente, no Brasil.

5 HOWARD, Phillip N.; HUSSAIN, Muzzamil M. *Democracy's fourth wave? Digital media and the Arab Spring*. Oxford: Oxford University Press, 2013; CASTELLS, Manuel. *Networks of outrage and hope: social movements in the Internet age*. Cambridge: Polity Press, 2012.

6 FINLEY, Moses. *Democracy: ancient and modern*. New Jersey: Rutgers University Press, 1978. Tradução brasileira: FINLEY, Moses. *Democracia antiga e moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

Essas demandas por democracia são interessantes do ponto de vista acadêmico por duas razões: 1) porque elas ocorreram em regiões do mundo com diferenças sócio-culturais relevantes; e 2) porque elas ocorreram em locais, como a Espanha e os Estados Unidos da América, onde as instituições são, de modo geral, consideradas democráticas.

No que diz respeito ao primeiro ponto, acredita-se que tais fenômenos apontam para um sintoma⁷ de uma possível sociedade civil global⁸ que, inobstante as diferenças locais, dialogam e influenciam uns aos outros. No segundo ponto, o interesse se deve ao fato de que os países citados possuem eleições “livres” e periódicas, divisão dos poderes, escrutínio universal e a imprensa com, ao menos em tese, liberdade de expressão⁹.

Por que, pergunta-se, tantos exigem “democracia”? A demanda parece revelar uma expectativa em torno do conceito que está em descompasso com aquilo que está em voga. Tanto no que tange à lógica espaço-temporal que rege expectativas e interações como no que se refere às instituições normalmente entendidas como democráticas. É o que dá ensejo ao que muitos tem chamado de “crise de representatividade”.

Essas demandas – por mais democracia – estão vinculadas à expansão do uso social e político da Internet. Não que a internet seja a única responsável, claro. Mas é evidente que esta tecnologia tem afetado o “funcionamento das pessoas” em sociedade. É algo que pode ser compreendido como uma infraestrutura de comunicação e de fluxo de informações, dados e mercadorias que, numa sociedade capitalista, reconfigura aquilo usado como medida determinante para auferir valor: o tempo. A imediatez das informações e das trocas, assim como o incremento na velocidade dos fluxos é uma das principais características desta tecnologia.

Reconfigurando tempo, a internet também altera nossa noção de espaço. O que antes se definia como “espaço público”, agora se ampara numa comunidade na rede mundial de computadores que abriga pessoas de cantos muitos diferentes do mundo. Hoje, os espaços virtuais são vivenciados pelas pessoas em graus de intensidade até maiores que os espaços “presenciais”. Jovens, adultos e crianças sentam-se um ao lado do outro com um telefone em mãos onde, sem olhar ao

7 DIAS, Maria das Graças. O sintoma: de Freud a Lacan, *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 2, p. 399-405, 2006.

8 KEANE, John. *Global Civil Society?* Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

9 O projeto “democracy ranking”, da Revista “The Economist”, lista a Espanha e os Estados Unidos da América nas posições de números 18 e 16, respectivamente, em 2016. O Brasil figura na 44ª posição entre 167 países.

seu redor, “surfam na rede”. Assim, a internet é um local de encontro que invoca, no mínimo, novas maneiras de reunir e apresentar demandas na esfera pública. Tamanha é a transformação promovida pela Internet que físicos como Michio Kaku afirmam ser esta a primeira tecnologia desenvolvida pelos seres humanos que aponta para a possibilidade de termos controle absoluto sobre o planeta.

3. A RELAÇÃO GLOBAL-LOCAL COM O ADVENTO DA INTERNET.

■ Para adentrar de maneira mais clara na relação entre Internet e Democracia – ou entre Internet e os meios institucionais –, é importante compreender como as dimensões espaço-temporais afetam a lógica democrática. Como já dito, a Internet, talvez mais do que qualquer outra tecnologia, reformula as noções de tempo e espaço. Assim, pode-se dizer que ela (a internet) transforma nossas perspectivas sobre o que é “local” e o que é “global”.

As noções referentes às localidades são relevantes porque, via de regra, elas conformam o contexto no qual palavras como “democracia” fazem sentido. Como aponta Luís Roberto Cardoso de Oliveira¹⁰, a elaboração teórica sobre conceitos tais como “direito”, “igualdade” e (o que nos interessa) “democracia” é deveras enriquecida pela contextualização e consequente apreensão do mundo simbólico que dá sentido a essas palavras¹¹. Afinal, em sua visão, o termo “democracia” no Brasil pode significar algo diferente do que ele significa na Alemanha, no Egito ou na Turquia. Tudo em razão dos contextos históricos, sociais e culturais que preenchem os diferentes significantes. Isso é apontado por Clifford Geertz no famoso caso da piscadela, que, diante de diferentes contextos, pode significar coisas muitíssimo distintas¹². Em síntese, por uma pletera de razões sociais, culturais, políticas ou econômicas, termos e palavras significam coisas distintas em situações concretas, também distintas.

Não obstante essa perspectiva, pode-se observar que, apesar das diferenças contextuais, há algo comungado entre os diferentes povos quando eles invocam democracia. Parte porque a sociedade capitalista, como ensina Sopranzetti¹³, integra a sociedade global de modo a distribuir, ainda que desigualmente, tecno-

10 CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. Concepções de igualdade e cidadania. *Contemporânea*, São Carlos, n. 1, p. 35-48, 2011, p. 42.

11 CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. *Direito legal e insulto moral*. Rio de Janeiro: Editora Relume Dumará, 2002, p. 97.

12 GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2012..

13 SOPRANZETTI, Claudio. Owners of the map: mobility and mobilization among motorcycle taxi drivers in Bangkok. *City and Society*, v. 26, n. 1, p. 120-143, 2014.

logias sociais que dão infraestrutura básica ao fluxo de mercadorias, capitais e pessoas. As instituições e as palavras que as acompanham são tecnologias sociais também. Desenhos institucionais que garantem um nível mínimo de previsibilidade de elevada importância para o capitalismo. É só observar nossa história e lembrar que o fim da escravidão no Brasil esteve diretamente vinculado às pressões de países que exigiam o fim desta instituição para a integrar países como o nosso ao funcionamento do sistema econômico global.

“Democracia”, portanto, está vinculado a alguns dos institutos que servem de infraestrutura funcional ao sistema capitalista. Conforme ensina o professor Italiano, a necessidade do sistema econômico de gerar integração acaba por colocar na mão da população algumas ferramentas que dão liga aos fluxos de informação, de desejos, de mercadoria e, em tempo, das decisões políticas. É a tese basilar de Marx¹⁴, para quem os trabalhadores possuem, em seu alcance, as ferramentas que podem destruir, porque constroem, o sistema capitalista. Quando as promessas democráticas atingem e afetam indivíduos ou grupos que foram mal integrados à sociedade, isso afeta suas expectativas e, ao fim, suas ações. Por isso, em situações diversas de integração e de desenvolvimento histórico, os conceitos ganham diferentes sentidos.

Dessa forma, apesar da aparente contradição que aponta ora para uma especificidade local, ora para uma generalização global, é essa relação que enriquece a análise. Ao passo que é indispensável analisar os contextos locais para se conhecer os sentidos, é importante reconhecer que existem horizontes de significados minimamente compartilhados entre as diversas pessoas que utilizam a palavra em diversos movimentos ao redor do globo. Tal compartilhamento pode ser demonstrado pelo fato de que, inobstante as disparidades culturais, a exigência por “mais democracia” costuma apontar para lugares semelhantes. Em especial, o mercado financeiro, os partidos políticos e os poderes instituídos.

Nesse diapasão, compreendemos que o senso mínimo de democracia parece se referir à participação dos cidadãos nos rumos de seus respectivos governos. Em suma, a demanda por democracia exige acesso – direto ou indireto, em diversas formas e meios de atuação, em maior ou menor grau – ao poder político.

Assim, quando se exige democracia na Tunísia, ainda que em parâmetros bastante distintos daqueles que se postulam no Brasil ou na Espanha, pode-se considerar a existência de um desejo por mais influência da população no que se considera que deve ser a decisão coletiva. É um desejo – ou, uma reivindicação–

14 MARX, Karl. *O Capital: livro I, volume I*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

por mais acesso. Seja o acesso dos cidadãos aos locais de poder e aos espaços de decisão, seja o acesso, em sociedades capitalistas, aos benefícios e bens produzidos socialmente.

A Internet, como se sabe, é uma tecnologia que mobiliza a percepção social de “acesso”. É por meio dela que se radicaliza – em razão da reconfiguração da lógica espaço-temporal – a sensação de acesso a lugares, a pessoas e aos poderes constituídos. O que se supõe, portanto, é que a Internet afeta o senso de democracia, tanto na esfera global quanto na local, às vezes inclusive as confundindo. Para entender as respostas e as demandas por “mais democracia” no Brasil é preciso compreender essa conjugação entre contexto local e o contexto global.

4. O CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO

■ O desenvolvimento da democracia no Brasil está diretamente vinculado à história do ocidente. Afinal, o “país” nasce como uma colônia europeia e se desenvolve a luz da tentativa de expansão da vida social portuguesa. Em razão das especificidades geográficas e de inserção na economia global, o desenvolvimento da história cultural brasileira deve ser entendida como uma relação dialética entre esses aspectos gerais-globais e sua realidade local.

Um claro exemplo está no desenho de nossas instituições, que sempre seguiu os parâmetros abstratos e estabelecidos na Europa ou nos Estados Unidos da América, mas com peculiaridades que podem ser compreendidas em nossa história constitucional¹⁵.

Um dos pilares comuns ao processo histórico global, com efetivação diferenciada em cada contexto é a lógica “cidadã”. Não obstante o uso de um termo cunhado na Europa sob a perspectiva de fundar uma sociedade no “sujeito de direitos”, o termo “cidadão” não significou, no Brasil, a planificação de status e a igualdade no sentido de acesso universal a direitos e o tratamento uniforme pela lei. Como aponta Luís Roberto Cardoso de Oliveira, no Brasil, o tratamento “diferenciado” se consolidou historicamente em detrimento do tratamento uniforme¹⁶. É a normatização de uma lógica que entende o homogêneo como demérito

15 LYNCH, Christian Edward Cyril. O caminho para Washington passa por Buenos Aires: a recepção do conceito argentino de Estado de Sítio e seu papel na construção da República brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n. 78, p. 149-96, 2012.

16 CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. *Direito legal e insulto moral*. Rio de Janeiro: Editora Relume Dumará, 2002, p. 97.

e a distinção como privilégio. Assim, tornou-se regra a aplicação casuística da lei, quase sempre em favor de quem já possuía acesso ao poder. Conforme aponta James Holston, a própria lei brasileira abriga termos incertos e dúbios para que sua aplicação demande uma negociação política de acesso restrito. Uma prática que, segundo ele, remonta à época da colonização portuguesa e que surte efeitos em nosso ordenamento até hoje¹⁷.

Isto não significa, de modo algum, que inexistam setores inteiramente excluídos de acesso a direitos nos países centrais do capitalismo, mas apenas que essa exclusão possui uma história e um contexto social que dá sentidos diferentes às dificuldades de acesso. Apenas a título de exemplo, na França, como informa James Holston, o status de “cidadão” conferia um símbolo de compartilhamento de valores, de tradições e da língua que excluía, de antemão, os judeus, independentemente de seu nascimento. De outro lado, no Brasil, o status “cidadão” era conferido com mais facilidade aos diversos segmentos da sociedade, sem que isso significasse verdadeiro acesso a direitos. Assim sendo, nossos poderes institucionais refletem o uso de significantes, como “democracia” e “cidadania”, que são preenchidos socialmente de maneira desigual e à luz de uma cultura que não distingue adequadamente o conceito de direito e o de privilégio.

O acesso “cidadão”, portanto, nem sempre significa o acesso de todos. Significa, via de regra, o acesso privilegiado daqueles que possuem algumas conexões sociais com a estrutura do poder¹⁸.

Desde pelo menos o advento da Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que há um movimento amplo na população que exige uma reconfiguração dessa lógica e, conseqüentemente, das relações de poder no Brasil. Não é por outra razão que a Constituição Federal de 1988 foi denominada de Constituição Cidadã. Ela refletia um anseio popular pela “democratização” deste conceito após um longo período de ditadura militar. Esta demanda, por óbvio, gerou reações e disputas na sociedade brasileira. Enquanto algumas parcelas sociais exigiam mais acesso, tanto no que diz respeito à representatividade nos órgãos políticos, quanto no que tange a direitos subjetivos, outras parcelas exigiam a manutenção do status quo, com a respectiva continuação de fruição restrita de direitos. É o que Luís Roberto Cardoso de Oliveira enxerga como um embate, na esfera pública brasileira, entre

17 HOLSTON, James. *Insurgent citizenship: disjunctions of democracy and modernity in Brazil*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

18 HOLSTON, James. *Insurgent citizenship: disjunctions of democracy and modernity in Brazil*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

duas concepções diferentes de igualdade, e o que James Holston vê como o conflito entre duas formas antagônicas de cidadania.

A introdução da Internet, nesse contexto da cultura brasileira, talvez exponha o conflito existente e o coloque em voga num ambiente de comunicação massificada. Isso ocorre porque a Internet possibilita um embate entre interlocutores que nunca se conheceram, assim como a produção de pontos de vista e de visões divergentes. É o que ocorreu nas manifestações de junho de 2013, quando os jornais da mídia tradicional noticiavam um confronto normal entre polícia e manifestantes na Avenida Paulista, e os vídeos amadores de indivíduos mostrava brutalidade policial¹⁹. A disputa entre narrativas permitiu a diminuição do crédito dos setores tradicionais de mídia, evidenciando a possibilidade de confronto e exposição, na internet, de perspectivas distintas. É, como ensina Manuel Castells, pela característica da internet de ser um instrumento de auto-comunicação de massa²⁰. Tal realidade, inclusive, tem contribuído para a existência de novos canais de mídia e de jornalismo alternativos²¹.

Para além da diversidade de fontes, entretanto, há outros aspectos relevantes que precisam ser compreendidos. Em especial se há o intuito de se levar a sério a constatação de que a Internet auxilia a reestruturação das sociedades como um todo.

5. A LÓGICA DA INTERNET E SEU EFEITO NA ESFERA PÚBLICA BRASILEIRA

■ Quando se menciona a Internet, normalmente se pensa na abertura e no acesso que ela possibilita. Excetuados os casos de bloqueios e de restrições nacionais, infelizmente, em expansão²², a Internet dá ensejo a uma ampla gama de possibi-

19 SINGER, André. Brasil, junho de 2013, classes e ideologias cruzadas. *Novos Estudos, CEBRAP*, n. 97, p. 23-40, 2013.

20 CASTELLS, Manuel. *Communication Power*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 63-71.

21 DE LIMA, Myrian Del Vecchio; LOOSE, Eloisa Beling. Metamorfoses no jornalismo: aspectos da cobertura dos protestos de rua de junho de 2013. *Conexão: Comunicação e Cultura*, v. 13, n. 25, 2014.

22 DEIBERT, Ronald (ed.); PALFREY, John (ed.); ROHOZINSKI, Rafal; ZITTRAIN, Jonathan (ed.). *Access denied: the practice and policy of global Internet filtering*. Cambridge: The MIT Press, 2008; DEIBERT, Ronald (ed.); PALFREY, John (ed.); ROHOZINSKI, Rafal; ZITTRAIN, Jonathan (ed.). *Access controlled: the shaping of power, rights, and rule in cyberspace*. Cambridge: The MIT Press, 2010.

lidades que facilitam e reconfiguram o acesso que temos a informações, a pessoas, a relações e a todo tipo de perspectiva.

Desde a sua trilogia inicial, Manuel Castells já apontava que a Internet era uma tecnologia de comunicação que vincula as pessoas em diferentes espaços e tempos em uma lógica de rede. O seu conceito de sociedade em rede serve exatamente para fornecer uma contraposição conceitual a conceitos relacionados à globalização das sociedades²³. Afinal, a sociedade em rede permite o aumento da interação, sem que se enxergue nesse processo somente a homogeneização. Há elementos diversos, como o fortalecimento de identidades locais e de novas relações e interações. Não é somente uma uniformização; há espaço para majoração de desigualdades, por exemplo.

Pode-se dizer, portanto, que a Internet nos dá a sensação de que há nela algo para todos os gostos, um cantinho para cada pessoa. Embutido nessa sensação, cria-se a idéia de que a rede é um lugar de “escolha”. Essa ideia é demasiadamente importante numa lógica democrática já que a capacidade de escolher (a autonomia privada) está intimamente ligada à estrutura de uma esfera pública livre (autonomia pública). Está no cerne da democracia, portanto, a ideia de liberdade que normalmente nos remete à capacidade de escolher. Porém, como se dá a escolha no plano virtual?

Para Castells, o nível de interação e de potencial contato entre os nodos dessa teia gera, ao mesmo tempo, acesso a uma imensa quantidade de informações; e a necessidade de estabelecer critérios para filtrar conteúdos. Ou seja, o ato de escolha, no plano virtual, envolve uma quantidade enorme de informações e a consequente necessidade de determinar qual informação serve. Torna-se evidente, assim, que as funções que estabelecem fluxos e filtram conteúdos são de essencial importância. Não por outra razão, a Internet, como toda tecnologia, tem seu funcionamento e conteúdo social disputado por atores de interesses diversificados (Habermas). Afinal, a lógica de contato e de interação acelerada acaba por conformar o funcionamento do ser humano, reestruturando expectativas, valores e sentidos. Em geral, pode-se dizer que as pessoas tendem a querer mais informações em menos tempo e maior acesso a pessoas e lugares.

Acontece que o funcionamento da Internet precisa ser mais depurado para que possamos entender se as expectativas e esperanças estão em consonância com a realidade. Um estudo recente de James Holston e Rodrigo Ochigame apontou para

23 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação, economia, sociedade e cultura*, vol. 1, 17 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

o poder que as redes sociais detêm hoje de filtrar e selecionar o conteúdo ao qual as pessoas têm acesso²⁴. Uma pesquisa desenvolvida pelo MIT mostra como o Google seleciona páginas e ideias com algoritmos que beneficiam visões dominantes ou pagas em detrimento das minoritárias e sem dinheiro²⁵. Nos termos do que aponta o próprio Manuel Castells, a lógica capitalista da concentração e de centralização do capital afeta de maneira perniciosa a indústria de comunicação. Segundo dados apresentados pelo autor espanhol, em 1983, 50 firmas dominavam o mercado dos meios de comunicação nos EUA; em 1987, esse número caiu para 29; em 90, 23; em 97, sobraram 10, em 2000, eram 6; e em 2004 tínhamos 5. A Disney, a Time Warner, a NBC, a Fox e a Viacom produzem 79% de todos os filmes no mundo e distribuem 55% deles. Essa é uma tendência mundial: a concentração generalizada de toda a informação produzida e o controle sobre conteúdo difundido²⁶.

A Internet, em tese, amplia as possibilidades de divulgação de ideias diferentes, mas até essa oportunidade tem sido questionada por pesquisadores como Cass Sunstein. Para ele, apesar da Internet ofertar a ideia de “escolha autêntica”, ela esconde uma verdadeira fragmentação da sociedade em nichos baseados em semelhança de visões, opiniões e desejos. Desse modo, ele exemplifica que jornais de grande difusão como o *Wall Street Journal* já ofereciam, em 2009, a possibilidade de seus clientes escolherem as notícias que iam receber. O Facebook possui uma ferramenta semelhante, que permite ao usuário continuar amigo de alguém na rede social, mas deixar de ler ou de ver as postagens que esta pessoa faz. Segundo o autor norte-americano, essa “escolha” é uma opção que se disfarça de democrática, mas não lembra da necessidade de tomarmos decisões coletivamente²⁷. O coletivo perde quando pessoas não se acostumam a ouvir e contemplar opiniões diversas.

O resultado é um espaço compartilhado em tese, mas fragmentado em realidade. É uma esfera pública dividida por racionalidades exclusivistas e pouco atentas ao todo. Para ele, a Internet retira da sociedade a importante possibilidade de aprendizado coletivo, vez que cada um passa a se entender senhor de sua própria cognição.

24 HOLSTON, James; OCHIGAME, Rodrigo. Filtering dissent: social media and land struggles in Brazil. *New Left Review*, v. 99, p. 85-108, 2016.

25 GOLDBERG, David *et alli*, Using collaborative filtering to weave an information tapestry, *Communications of the ACM (Association of Computing Machinery)*, v. 35, n. 12, 1992; SHARDANAND, Upendra; MAES, Pattie. Social information filtering: algorithms for automating “word of mouth”. *Proceedings of the SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems*. New York 1995, p. 210-217.

26 CASTELLS, Manuel. *Communication power*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 84-90.

27 SUNSTEIN, Cass. *Republic.com 2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

Os efeitos dessa realidade são vastos, mas há que se considerar aqui, no que tange ao objetivo geral deste artigo, como isso tem afetado a percepção sobre democracia no Brasil, em especial quanto aos instrumentos de intervenção cidadã nos processos decisórios. Tendo em vista que a Internet, de fato, reconfigura o espaço e o tempo do cotidiano, uma das principais funções desta tecnologia é a ponderação que surge entre os cidadãos sobre “acesso” a diferentes espaços. A avalanche de informações produzidas e direcionadas acaba mostrando a uma ampla parcela da sociedade os diversos espaços que existem tanto na rede quanto nos espaços físicos. Passa-se a conhecer mais onde e como funciona o poder; onde e como vivem os mandatários; e, sobretudo, como se distribui o acesso a cada pessoa.

Não é por outra razão que os fenômenos produzidos a partir da Internet no espaço urbano brasileiro tenderam a organizar ocupações de espaços que outrora pareciam inacessíveis para algumas pessoas. Desde os rolêzinhos, passando pelas manifestações de junho de 2013, até as manifestações em frente à casa de políticos, há uma relação direta entre o deslocamento físico e o deslocamento de informações no mundo virtual.

De fato, é perceptível que as demandas elaboradas por essas manifestações não necessariamente nascem da Internet, mas é por meio dela que essas expressões têm se organizado. Talvez pela facilidade com que as redes sociais ofertam para aglomerar pessoas ou talvez pelo acesso a um espaço virtual “público” que facilita divulgação. Acontece que a facilidade para encontrar pessoas e divulgar “eventos” parece criar vínculos que são menos robustos e mais fluidos. Não obstante a exposição a um fluxo que, em potencial, é mais rico em informações, pessoas e contatos, a necessidade de agir de maneira veloz e imediata dificulta as ponderações e reflexões mais prolongadas. Nesse sentido, o estudo de Claudio Sopranzetti²⁸ aponta para a relevância de manifestações urbanas que tendem a reduzir fluxos, diminuir a velocidade das interações e, assim, controlar o tempo. Isso porque, apesar da Internet reconfigurar nossa noção de tempo-espaço ao acelerar o fluxo de informações, ela também incrementa a complexidade do que é apresentado em níveis aos qual o ser humano ainda é incapaz de processar em sua integralidade. A fim de estipular algum tipo de filtro e de simplificação, são produzidas diversas tentativas, como aplicações, para buscar afunilar as informações que pessoas recebem no mundo.

28 SOPRANZETTI, Claudio. Owners of the map: mobility and mobilization among motorcycle taxi drivers in Bangkok. *City and Society*, v. 26, n. 1, p. 120-143, 2014.

É evidente que para se pontuar exatamente como essa perspectiva tem alterado o funcionamento da democracia como um todo, seria necessário um estudo muito mais profundo, o que está além da capacidade deste artigo. Mas é possível apontar para algumas realidades que tem se produzido desde a popularização da Internet no Brasil.

De fato, uma das realidades políticas possibilitadas pela Internet pode ser vista nos eventos de junho de 2013, cujo surgimento remonta aos vídeos divulgados por ativistas que filmaram e, depois, divulgaram vídeos de policiais perseguindo manifestantes. A difusão pela internet permitiu o aumento da mobilização e a incorporação de mais manifestantes. Em seguida, diversas manifestações e atos foram convocados quase que inteiramente pelas redes sociais. O fenômeno produziu mais de um milhão de brasileiros nas ruas durante o mês de junho do ano de 2013 e diversas novas organizações políticas surgiram na esfera pública brasileira. As características dos eventos daquela época ainda não são completamente conhecidas. Não obstante, é possível afirmar que aquele momento expôs um cenário de cidadania conectada às “redes” e intimamente influenciada pelas novas lógicas de relação promovidas pela Internet. A falta de clareza nos intuitos, ou de coesão organizativa apenas reforça o argumento de pesquisadores que, como Manuel Castells, afirmam que a tecnologia reconfigurou o modo de entender e agir politicamente.

Para além dessas situações em que a Internet serve de espaço de encontro entre indignações, há algumas ferramentas e aplicações que foram desenvolvidas com o objetivo de auxiliar pessoas a se manifestarem por meio da rede mundial de computadores e, assim, afetar o poder. Dentre elas, estão as “petições online” que, como o próprio nome diz, reúne pessoas que sejam “pedir” algo aos poderes instituídos. O artigo fará uma rápida avaliação, na sequência, sobre como esses sites funcionam e traçará algumas intuições sobre o seu uso para reconfiguração da ação política e social no Brasil.

6. APLICAÇÕES: UMA MIRADA SOBRE AS PETIÇÕES ONLINE NO BRASIL

■ Não é possível tratar da Internet e da sua utilização política sem que se tenha em conta que a mesma requer a existência de aplicações (*apps*) para o seu funcionamento social maximizado. Desde sistemas de comunicação por meio de correio eletrônico, até o acesso a sítios eletrônicos de informação, as aplicações enfeixam o modo contemporâneo de acesso. A medida que o uso social da Internet se torna cada vez mais difundido, tem ocorrido uma expansão na oferta de aplicações,

com finalidades cada vez mais específicas. É possível indicar que sítios eletrônicos de petições em linha, como o AVAAZ e o CHANGE são aplicações de Internet. Ambas são ferramentas criadas por meio da ação de pessoas interessadas na ideia de permitir que a Internet seja utilizada como um meio de aumentar a ação coletiva, em prol de decisões políticas e sociais derivadas da interação direta dos cidadãos. O meio que usam é a difusão de correntes de mensagens eletrônicas com a assinatura por interessados que pode ser usada como um meio de pressão política.

O site do AVAAZ não disponibiliza informações específicas sobre todas as petições que acolheu. Ele informa apenas sobre o que seriam os casos de sucesso de uso da plataforma de mobilização social para efetivar transformações. Na versão em português da plataforma, existem alguns casos listados na página “vitórias” e que são referidos ao Brasil. O primeiro – em amplo destaque e também na página em inglês – é “a revolução anticorrupção no Brasil”, que se refere ao Projeto de Lei de iniciativa popular denominado “10 medidas contra a corrupção”, que tem origem em um projeto de mudanças na legislação brasileira sobre o tema que foi redigido por membros do Ministério Público e que foi assinado por alguns milhões de pessoas. O abaixo-assinado objetivou a coleta do número de assinaturas de eleitores necessário ao protocolo do projeto. Os casos de vitória, organizados por ano e que se referem ao Brasil, demonstram que a agenda do AVAAZ esteve fortemente orientada em direção à pressão junto ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo:

TABELA 1. Casos de sucesso do AVAAZ

Caso de sucesso	Ano	Alvo
“Derrotando um dos políticos mais corruptos do Brasil” – cassação do Deputado Eduardo Cunha (RJ)	2016	Poder Legislativo (Câmara dos Deputados)
Limpendo a política no Brasil – Ação Direta de Inconstitucionalidade, que proibiu as doações empresariais para eleições	2015	Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal)
Um Marco Civil da Internet para o Brasil – Lei para regulação da Internet	2014	Poder Legislativo (Senado e Câmara dos Deputados)
Brasil: Ficha Limpa – aprovação da “lei da ficha limpa”	2010	Poder Legislativo (Senado e Câmara dos Deputados) e Poder Executivo
Os pulmões do mundo – veto presidencial ao novo código florestal que flexibilizava as obrigações de preservação	2009	Poder Executivo

Fonte: organização dos autores a partir do site do AVAAZ (www.avaaz.org).

É pequena a incidência de petições online dirigidas ao Poder Judiciário, em comparação com aquelas que são criadas em direção ao Poder Legislativo, Executivo e até mesmo em face de empresas. Uma coleta de dados interessante e útil para exemplificar a baixa incidência de petições dirigidas ao Poder Judiciário foi realizada por Marcelo Castañeda, na condição de participante da rede de usuários ca-

dastrados na rede do AVAAZ. O pesquisador coletou – e organizou – uma base de dados com os 197 e-mails que recebeu do AVAAZ, para classificar as campanhas em relação aos alvos e temáticas. Observando as campanhas iniciadas entre 2011 e 2013, os alvos são precipuamente o Poder Executivo e os parlamentos de diversos países:

TABELA 2. Alvos da AVAAZ (2011 até 2013)

Alvo	Menções	Percentual
Presidentes, Primeiros-Ministros, Governos, Ministros e Chefes de Estado	71	43,1
Parlamentares (nacional)	35	21,2
Organismos transnacionais	18	10,9
Empresas	9	5,5
Poder Judiciário	7	4,2
Líderes Mundiais	5	3
Outros	20	12,1
TOTAL	165	100

Fonte: CASTAÑEDA, Marcelo. Mobilização política por e-mail: uma análise da Avaaz como ator-rede. Revista Compólitica, v. 5, n. 1, p. 31-55, 2015, p. 52.

O autor também coletou informações sobre as temáticas das campanhas, que demonstram que a manifestação em prol de direitos difusos e coletivos acaba por dominar a agenda das petições em linha que são esposadas pelo AVAAZ:

TABELA 3. Temas das campanhas (2011 até 2013)

Temática	Número de campanhas	Percentual
Pelo meio ambiente e pela biodiversidade	30	28,6
Pelos direitos humanos	30	28,6
Pela democracia	20	19
Contra as corporações e ações de grupos privados	8	7,6
Contra a corrupção	7	6,7
Contra a guerra	6	5,7
Contra a pobreza e a desigualdade	4	3,8
TOTAL	105	100

Fonte: CASTAÑEDA, Marcelo. Mobilização política por e-mail: uma análise da Avaaz como ator-rede. Revista Compólitica, v. 5, n. 1, p. 31-55, 2015, p. 47.

Todavia, cabe notar que os dados referidos por Marcelo Castañeda dizem respeito as campanhas promovidas pelo AVAAZ. O sítio eletrônico do AVAAZ também possui um sistema de petições que podem ser iniciadas por qualquer pessoa. Todavia, o sítio eletrônico não permite busca de petições para adesão, o

que impede uma coleta de dados sobre temas e alvos. Após a criação da petição, a mesma somente é passível de conhecimento se a hiperligação for recebida por e-mail ou divulgada por uma rede social.

Como o AVAAZ, há o CHANGE. Ele funciona de maneira semelhante no que tange à possibilidade de petições de iniciativa de qualquer usuário. Todavia, no caso do CHANGE, é possível coletar informações com mais detalhamento. Procurando o termo “Supremo”, houve um retorno de 273 resultados. Há várias petições que possuem o termo “Supremo”, mas que não se referem exatamente ao órgão. A maioria das petições não conseguiu ultrapassar mil assinaturas. Somente dezoito petições superaram esta barreira (Tabela 4).

TABELA 4. Temas das campanhas em face do Poder Judiciário, do CHANGE

Temática da petição	Alvo	Assinaturas
Contra o desmembramento da operação Lava-Jato, em razão da prerrogativa de foro de deputados e senadores	Supremo Tribunal Federal	638.034
Concessão de medicamentos por ordem judicial para todos	Supremo Tribunal Federal	403.270
Não aceitamos a nomeação de Lula para Ministro (Vitória)	Senado Federal	341.408
Contra a alegada “anistia” ao Caixa 2 nas eleições	Supremo Tribunal Federal	329.633
A favor de acabar, pela via judicial, com a prerrogativa de foro de deputados e senadores	Supremo Tribunal Federal	253.873
Contra aplicação de penalidade ao Juiz Federal Sergio Moro	Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça	192.865
A favor de decisão favorável num processo individual em prol de fornecimento de medicamento	Supremo Tribunal Federal	124.940
Contra o pagamento do “auxílio-moradia” para juizes federais e estaduais, promotores e procuradores	Supremo Tribunal Federal	89.434
A favor da conclusão de um julgamento de ADIN – sobre financiamento empresarial de campanha – com a devolução do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes (Vitória)	Supremo Tribunal Federal	93.242
Pela determinação do afastamento imediato de 313 deputados federais	Supremo Tribunal Federal	89.259
A favor da prisão imediata do ex-presidente Lula	Supremo Tribunal Federal	87.921
Contra o aumento na remuneração de agentes políticos	Supremo Tribunal Federal	82.240
A favor de decisão favorável num processo individual em prol de tratamento médico	Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça	70.992
Contra a manutenção de salas de espera especiais para órgãos federais, dentre os quais o STF (vitória parcial)	Supremo Tribunal Federal e outros órgãos	65.988
A favor da anulação do processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff	Supremo Tribunal Federal	65.841
Compra a compra de novos carros para Ministros do Supremo	Supremo Tribunal Federal	61.946
Contra o aumento do salário dos ministros do STF para R\$ 39,2 mil	Congresso Nacional	47.994
A favor do impeachment de Teori Zavascki	Senado Federal	20.731

Fonte: organização dos autores, a partir de informações do site (www.change.org).

Uma questão recorrente no estudo do ativismo social está relacionada ao potencial de ganhos que ele pode gerar. Em síntese, existe uma invocação clássica na teoria da ação coletiva acerca do cálculo de oportunidade realizado pelos cidadãos entre se engajar numa ação política e não o fazer, esperando a possibilidade de fruir benefícios derivados da ação de outros. No campo do ativismo digital, essa questão continua a existir. É razoável notar, por exemplo, que os custos de engajamento diminuem muito em sistemas de petição online, o que faz uma parte da literatura indicar um potencial para o aumento do engajamento do campo progressista na política²⁹; e outra parte demonstrar ceticismo pela pouca mobilização exigida³⁰.

Um relato interessante sobre a dificuldade de analisar o ativismo informacional do AVAAZ foi feito na dissertação de mestrado de Lara Nasi. A pesquisadora postulava analisar o ciberativismo e, por motivos de notoriedade, o mais conhecido veículo de ação é o AVAAZ. Contudo, em pouco tempo, ela abandonou esse estudo de caso, em razão do AVAAZ possuir uma arquitetura de movimento no qual inexistem interações entre os militantes. Todo o contato que um signatário terá com o AVAAZ será a recepção de um e-mail com um pedido para que o mesmo apoie a iniciativa e para que remeta e difunda a ação aos seus contatos.

A ausência de interações e mediações dificulta a construção de relações entre os signatários e a própria concepção de ativista ou militante se torna parcial³¹. Não estabelecendo relações ou lógicas de “troca”³² capazes de gerar “reconhecimento”³³, a ação política se individualiza tal qual uma prece e a relação singular-

29 LOWNSBROUGH, Hannah. The progressive potential of online organising. *Renewal: A Journal of Labour Politics*, v. 18, n. 3/4, p. 74, 2010.

30 HORSTINK, Lanka. Online Participation and the New Global Democracy: Avaaz, a Case Study. *Global Society*, v. 31, n. 1, p. 101-124, 2008.

31 NASI, Lara. Usos da internet na atuação de movimentos sociais em rede: um estudo sobre o Fórum Social Mundial das Migrações. Dissertação (mestrado), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Ciências da Comunicação, 2012. Disponível: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/LaraNasi.pdf>

32 Marcel Mauss, explicando a relação entre o “dar” e o valor, a honra, o mérito dos indivíduos para as culturas do sudeste asiático, relata: “Um chefe deve oferecer vários potlach, por ele mesmo, por seu filho, seu genro ou sua filha, por seus mortos. Ele só conserva sua autoridade sobre sua tribo e sua aldeia, até mesmo sobre sua família, só mantém sua posição entre chefes – nacional e internacionalmente – se prova que é visiado com frequência e favorecido pelos espíritos e pela fortuna, que é possuído por ela e que a possui; e ele não pode provar essa fortuna a não ser gastando-a, distribuindo-a, humilhando com ela os outros, colocando-os à sombra de seu nome”. Cf. MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 243-244.

33 Segundo Luís Roberto Cardoso de Oliveira: “Outro aspecto importante do reconhecimento associado às obrigações recíprocas, assim como descritas por Malinowski (1922/1984; 1926/2003) e tematizadas por Mauss (1925/1974), está na dramatização dos atos de troca e na expressão dos sentimentos dos parceiros. Como assinalam os autores, em várias circunstâncias os atos de troca

singularíssima³⁴ que cristãos pressupõem ter com um ente maior. Por isso, parece que a ação das aplicações de petições em linha são insuficientes, em um aspecto, e até danosas, por outro, para a concretização de mudanças sociais e políticas. A atividade de aplicações como essas devem ser compreendidos como fenômenos comunicacionais que, além de transportar uma mensagem, transportam um meio, ou uma forma, de agir politicamente. Enquanto as mensagens possuem mérito objetivamente político, a forma tende a enfraquecer a noção política da união de esforços. Essas ferramentas precisam ser compreendidas como meio de produção de comunicação, divulgação e exortação que atingem em cheio a lógica dos mecanismos de ação política coletiva.

7. CONCLUSÃO

■ Conforme mencionado ao longo do texto, a Internet possui diversas facetas. Ela parece reconfigurar nossas noções de tempo e espaço bem como distribuir informações e constituir relações. Assim, ela influi na organização da sociedade ao mesmo tempo em que é organizada pela lógica das relações sociais que estruturam a vida coletiva. É uma relação dialética de complementariedade e co-determinação. Entender a internet requer compreender a sociedade e compreender a sociedade, hoje em dia, exige o entendimento da internet.

Sendo assim, o rumo desta tecnologia depende de disputas sociais entre aqueles que desejam produzir ações política em prol da modificação e aqueles que buscam conservar a estabilidade das relações sociais e políticas.

O que nos parece é que esta disputa também está presente nos modelos das aplicações que são utilizados para tentar interferir na realidade política. Enquanto alguns se utilizam da tecnologia para estabelecer relações capazes de produzir movimentações e mobilizações de massa; outros a utilizam para tentar desmobilizar pessoas e gerar apaziguamento social. Claramente, esta é uma realidade característica das mais diferentes ferramentas políticas que a sociedade gerou ao longo de sua história: elas podem aglomerar e potencializar as coletividades; ou, elas podem promover cisões e fragmentação de identidade entre os grupos sociais envolvidos.

são ritualizados, onde a forma prescrita é prenhe de significados e sugere que o cumprimento da obrigação moral embutida nestes atos não se esgota na satisfação dos interesses das partes (em ter acesso ao bem recebido ou em instituir uma obrigação parao parceiro), nem na afirmação de um direito, mas requer a demonstração do reconhecimento do valor ou mérito do receptor da dádiva". Cf. CARDOSO DE OLIVEIRA. Luís R. Honor, Dignidad e Reciprocidad. *Cuadernos de Antropología Social*, Universidad de Buenos Aires, n. 20, p. 25-39, 2004, p. 27.

34 KIERKEGAARD, Soren. *O desespero humano*. São Paulo: Nova Cultural, 1979.

Aplicações como o AVAAZ e o CHANGE possuem uma utilização muito diversa em relação às ferramentas de participação política, criadas para gestão de processos de consulta pública, conforme analisou Christiana Freitas *et alli*. Enquanto os sítios eletrônicos de petição em linha funcionam mais como um meio de difusão de informações sobre uma reivindicação, as ferramentas de participação política pressupõem um processo deliberativo em curso, no qual os cidadãos são instados a participar³⁵. O mesmo diagnóstico foi atingido em pesquisa realizada por Rafael Araújo *et alli*. No estudo dos autores, eles identificaram que as ações políticas mais efetivas eram aquelas nas quais havia atuação presencial e mobilização externa à rede³⁶.

Assim, é imperativo concluir que o uso de petições em linha, assim como de outras ferramentas que dão a sensação de participação num plano meramente virtual, possuem muita dificuldade para gerar mudanças mais efetivas. Tais modificações somente ocorrem se existe uma ação social concreta e organizada no mundo fora das redes. Logo, tais ferramentas podem auxiliar os grupos que se movimentam no dia a dia, mas estão longe de serem soluções aos problemas que a coletividade enfrenta. Inclusive pela própria efetividade dessas petições. No fim e ao cabo, tais “pedidos” requerem a anuência do poder instituído para fazer valer a demanda. A internet, portanto, tem tido dificuldade para constituir poderes alternativos capazes de produzir novas realidades institucionais no que tange à estrutura de poder na sociedade de classes.

A ação política efetiva ainda requer a interação por meio de atuação física e cotidiana para que seja possível a produção de engajamento político. É claro que, conforme demonstramos, as ações políticas contemporâneas se beneficiaram dos novos meios de comunicação, bem como pelas possibilidades de auto-comunicação em massa. Mas é possível que a própria atuação política ainda tenha que se acostumar com as lógicas de tempo e espaço renovadas pela internet. É certo que a oferta de novos canais permitiu a cognição de novos processos de luta política e, assim, permitiu o engajamento entre redes que antes se comunicavam menos. Permitiu a muitos conhecerem mais a fundo as realidades do Egito, da Tunísia e

35 FREITAS, Christiana; FIUZA, Fernanda; QUEIROZ, Fernanda. Os desafios ao desenvolvimento de um ambiente para participação política digital: o caso de uma comunidade virtual legislativa do projeto e-democracia no Brasil. *Organizações & Sociedade (Online)*, v. 22, p. 639-657, 2015.

36 ARAUJO, Rafael de Paula Aguiar; PENTEADO, Cláudio Luis Camargo; SANTOS, Marcelo Burgos Pimentel dos. Democracia digital e experiências de e-participação: webativismo e políticas públicas. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 22, supl. p. 1597-1619, 2015.

da Thailandia e de se reconhecerem nessas lutas. A internet, de fato, é um meios de comunicação, como diagnosticou Manuel Castells, que aproxima localidades e encurta o tempo de interação entre elas. Porém, não podemos supor que esta ferramenta tecnológica seja um mecanismo de ação política por si só.

Afinal, não é a Internet ou uma aplicação que cria a demanda por democracia sozinha. Elas nascem de realidades concretas que, afetadas pela internet, expandem a sensação de “falta de acesso” ao poder. Logo, as aplicações de Internet – e de comunicação – são meios interessantes para possibilitar mudanças cognitivas, e isso é o fator fundamental para se avaliar estratégias de atuação política.

ALEXANDRE VERONESE · Professor Adjunto de Teoria Social e do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP/UERJ).

GUSTAVO CAPELA · Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Rafael de Paula Aguiar; PENTEADO, Cláudio Luis Camargo; SANTOS, Marcelo Burgos Pimentel dos. Democracia digital e experiências de e-participação: webativismo e políticas públicas. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 22, supl. p. 1597-1619, 2015.

BECK, Ulrich. *What is globalization?* Cambridge: Polity Press, 2000.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. Concepções de igualdade e cidadania. *Contemporânea*, São Carlos, n. 1, p. 35-48, 2011.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. *Direito legal e insulto moral*. Rio de Janeiro: Editora Relume Dumará, 2002.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. Honor, Dignidad e Reciprocidad. *Cuadernos de Antropología Social*, Universidad de Buenos Aires, n. 20, p. 25-39, 2004.

CASTAÑEDA, Marcelo. Mobilização política por e-mail: uma análise da Avaaz como ator-rede. *Revista Compólitica*, v. 5, n. 1, p. 31-55, 2015.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação, economia, sociedade e cultura*, vol. 1, 17 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CASTELLS, Manuel. *Communication power*. Oxford University Press, 2009.

CASTELLS, Manuel. *Networks of outrage and hope: social movements in the Internet age*. Cambridge: Polity Press, 2012.

DE LIMA, Myrian Del Vecchio; LOOSE, Eloisa Beling. Metamorfoses no jornalismo: aspectos da cobertura dos protestos de rua de junho de 2013. *Conexão: Comunicação e Cultura*, v. 13, n. 25, 2014.

DEIBERT, Ronald (ed.); PALFREY, John (ed.); ROHOZINSKI, Rafal; ZITTRAIN, Jonathan (ed.). *Access denied: the practice and policy of global Internet filtering*. Cambridge: The MIT Press, 2008.

DEIBERT, Ronald (ed.); PALFREY, John (ed.); ROHOZINSKI, Rafal; ZITTRAIN, Jonathan (ed.). *Access controlled: the shaping of power, rights, and rule in cyberspace*. Cambridge: The MIT Press, 2010.

DIAS, Maria das Graças. O sintoma: de Freud a Lacan, *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 2, p. 399-405, 2006.

FINLEY, Moses. *Democracy: ancient and modern*. New Jersey: Rutgers University Press, 1978.

FREITAS, Christiana; FIUZA, Fernanda; QUEIROZ, Fernanda. Os desafios ao desenvolvimento de um ambiente para participação política digital: o caso de uma comunidade virtual legislativa do projeto e-democracia no Brasil. *Organizações & Sociedade (Online)*, v. 22, p. 639-657, 2015.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

GOLDBERG, David *et alli*, Using collaborative filtering to weave an information tapestry, *Communications of the ACM (Association of Computing Machinery)*, v. 35, n. 12, 1992.

HOLMES, Pablo. O Constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do direito e da política na era da governança global. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1137-1168, 2014.

HOLSTON, James. *Insurgent citizenship: disjunctions of democracy and modernity in Brazil*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

HOLSTON, James; OCHIGAME, Rodrigo. Filtering dissent: social media and land struggles in Brazil. *New Left Review*, v. 99, p. 85-108, 2016.

HORSTINK, Lanka. Online Participation and the New Global Democracy: Avaaz, a Case Study. *Global Society*, v. 31, n. 1, p. 101-124, 2008.

HOWARD, Phillip N.; HUSSAIN, Muzzamil M. *Democracy's fourth wave? Digital media and the Arab Spring*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KEANE, John. *Global Civil Society?* Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

KIERKEGAARD, Soren. *O desespero humano*. São Paulo: Nova Cultural, 1979.

LOWNSBROUGH, Hannah. The progressive potential of online organising. *Renewal: A Journal of Labour Politics*, v. 18, n. 3/4, p. 74, 2010.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O caminho para Washington passa por Buenos Aires: a recepção do conceito argentino de Estado de Sítio e seu papel na construção da República brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n. 78, p. 149-96, 2012.

MARSDEN, Christopher T. Introduction: information and communications technologies, globalization and regulation. In: MARSDEN, Christopher T. (ed.). *Regulating the global information society*. London: Routledge, 2000, p. 1-40.

MARX, Karl. *O Capital: livro I, volume I*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

NASI, Lara. Usos da internet na atuação de movimentos sociais em rede: um estudo sobre o Fórum Social Mundial das Migrações. Dissertação (mestrado), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Ciências da Comunicação, 2012.

SHARDANAND, Upendra; MAES, Pattie. Social information filtering: algorithms for automating "word of mouth". *Proceedings of the SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems*. New York 1995, p. 210-217.

SINGER, André. Brasil, junho de 2013, classes e ideologias cruzadas. *Novos Estudos, CEBRAP*, n. 97, p. 23-40, 2013.

SOPRANZETTI, Claudio. Owners of the map: mobility and mobilization among motorcycle taxi drivers in Bangkok. *City and Society*, v. 26, n. 1, p. 120-143, 2014.

SUNSTEIN, Cass. *Republic.com 2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

Revolução, morte e garantia de direitos: nas Américas e além

ÁNGEL R. OQUENDO¹

RESUMO

■ O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem passado por uma profunda crise. Diversos países liderados por Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua têm reiteradamente atacado os seus órgãos-chave, *i.e.*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Pode-se afirmar que este problema está escorado em (1) noções de soberania e não-intervenção, (2) repúdio a decisões específicas ou (3) apelo à politização dos direitos humanos. A terceira interpretação é a que parece ser mais precisa e interessante ao atual debate internacional sobre direitos humanos. Estes possuem, de fato, uma crucial, porém não-exaustiva, dimensão política. Afinal, os Estados devem ter liberdade no que concernir à política ou ações de governo, (ao contrário do que deve acontecer nas questões de princípio), mas em amplitude menor que a pretendida pelas nações dissidentes. Algumas controvérsias concretas em torno da liberdade de expressão e do direito à saúde servirão para exemplificar a argumentação.

1 O autor agradece a tradução de Alexandre Veronese, assim como as revisões de Eduardo Rêgo e Renata Cunha. Além do mais, gostaria de expressar agradecimento a *David Abraham*, *David Dyzenhaus*, *Owen Fiss*, *James Foreman*, *Benjamin Haldeman*, *Puja Kapai*, *Rick Kay*, *Lauren Kinell*, *Taylor Faranda Korthuis*, *Lisa Laplant*, *Molly Land*, *Dennis Lynch*, *Ronaldo Macedo*, *Fábio Morosini*, *JoNel Newman*, *Jim Nickel*, *Joe Page*, *Cristina Rodríguez*, *Keith Rosenn*, *Claudia Schubert*, *Alexandre Veronese*, *Richard Wilson*, e membros do Seminário Latinoamericano de Teoria Política e Constitucional da Yale Law School pela sua incalculável contribuição ao desenvolvimento das ideias deste *paper*. Uma versão anterior apareceu no *N.Y.U. Journal of International Law and Policy*.

ABSTRACT

■ The Inter-American Human Rights System has been experiencing a severe crisis. Several countries led by Venezuela, Ecuador, Bolivia, and Nicaragua have repeatedly attacked its key bodies, i.e. the Inter-American Human Rights Commission and the Inter-American Human Rights Court. This problem may be based on (1) notions of sovereignty and nonintervention, (2) repudiation of specific decisions or (3) appeal to the politicization of human rights. The third interpretation seems to be more accurate and interesting to the current international debate on human rights, which do, in fact, have a crucial but non-exhaustive political dimension. After all, States should be free in regard to government policies or actions, (contrary to what should happen in matters of principle), but to a lesser extent than that intended by dissenting nations. Some concrete controversies surrounding freedom of expression and the right to health will serve to exemplify the argument.

INTRODUÇÃO

■ Depois de se evoluir para um regime quase constitucional com amplo reconhecimento da vinculatividade de sua jurisdição e um respeitável registro de *compliance*², o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem passado por profunda crise. Vários países – principalmente a porção “bolivariana”³ da Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua⁴ – têm constantemente atacado os seus

2 *Ver de forma geral* Ángel R. Oquendo, *Latin American Law* 250-251 (2d Ed. 2011).

3 O termo “bolivariano” alude a Simón Bolívar (1783-1830), que teve papel fundamental nas guerras de independência da América Espanhola no século XIX e que se tornou símbolo da luta para a unificação da parte Sul do continente. *Ver* Simon Romero, *Building a New History by Exhuming Bolívar*, N.Y. Times (Aug. 4, 2010), at A7. A Aliança Bolivariana para as Américas (*Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América*), por exemplo, promove a cooperação e integração dessas nações bolivarianas a várias ilhas do Caribe, como Antígua e Barbuda, Cuba, Dominica e São Vicente e Granadina. *Ver* Simon Romero, *A Candidate in Peru Tacks Toward Brazil's Course*, N.Y. Times (01 de maio de 2011), à A10 (“A Aliança Bolivariana para as Américas, ou ALBA, é um bloco político liderado pela Venezuela e que inclui Bolívia, Cuba e Nicarágua.”).

4 A Nicarágua tem realizado um papel de menor importância. Venezuela, Equador e Bolívia, por sua parte, têm assumido, como este artigo destaca, algumas posições excêntricas na controvérsia. Por exemplo, enquanto a Venezuela decidiu abandonar o Sistema, o Equador tem feito propostas específicas para uma reforma e a Bolívia tem se ocupado em fazer afirmações gerais em suporte à posição do grupo. No entanto, todos os quatro países têm insistido em se apresentar como um bloco e, dentro do possível, coordenado suas ações.

dois principais órgãos, i.e., a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por supostamente ultrapassarem os seus limites. Não é surpresa que figuras de alto perfil tenham liderado esse ataque. Por exemplo, o Presidente do Equador, Rafael Correa, tem apontado a Organização dos Estados Americanos (OEA) de ser responsável pela alegada extrapolação de limites e tem insistido em que deve “se revolucionar ou desaparecer”⁵. O Presidente boliviano Evo Morales, por sua vez, tem afirmado que a entidade deve ou “morrer a serviço do império ou renascer com o objetivo de servir aos povos das Américas”⁶. Neste artigo, irei investigar esse desafador assunto transcontinental e, por fim, abordá-lo como um atraente, embora parcialmente problemático, chamado à politização dos direitos humanos. Em outras palavras, irei construí-lo e analisá-lo tendo como base a asserção de que os juízes internacionais devem se submeter aos governos, especialmente àqueles que estiverem adotando tais direitos como parte de um projeto mais amplo de emancipação social.

Os críticos das estruturas regionais de direitos humanos não limitam-se a uma firme retórica. Eles também condenam, com particular agressividade, certas determinações e decisões desfavoráveis⁷. A coalisão dos dissidentes tem proposto, além de privar a Comissão da competência de “adotar medidas preventivas para a proteção de potenciais vítimas” ou “receber petições individuais” de modo amplo⁸, impedir que Estados que não ratificaram os principais tratados de direitos humanos, como os Estados Unidos da América e o Canadá, nomeiem Comissários⁹.

Autoridades equatorianas têm desenvolvido suas próprias demandas, como o fim da chamada lista negra de regimes delinquentes, presente no Capítulo IV do Relatório Anual da Comissão e a realocação da sede da Comissão de Washington para Buenos Aires¹⁰. Ainda, submeteram uma proposta escrita, em 2011, solicitando que a Organização dos Estados Americanos (OEA) acolhesse “o quanto antes” a

5 Mabel Azcui, *El presidente Correa dice que la OEA debe “revolucionarse o desaparecer,”* El país (June 5, 2012) (citando o Presidente equatoriano Rafael Correa).

6 Mabel Azcui, *Evo Morales: “La OEA puede morir al servicio del imperio o renacer,”* El país (June 4, 2012).

7 *Ver infra* Section I(B).

8 *Ver* Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su órgano de derechos humanos,* El país (Dec. 7, 2012).

9 *Ver* César Gaviria Trujillo, *Mordaza a un líder de la libertad de expresión,* El país (Mar. 20, 2013).

10 *Ver* Eva Sáiz, *El ALBA afronta aislado la reforma del sistema de derechos humanos de la OEA,* El país (Mar. 21, 2013); *“La reforma del sistema de protección de derechos de la OEA no ha concluido,”* El país (Mar. 22, 2013); *La OEA cierra en falso la reforma del su sistema de derechos humanos,* El país (Mar. 23, 2013).

“política” de financiar o “Sistema Interamericano de Direitos Humanos” somente com “recursos” internos, (2) proibisse imediatamente o recebimento de doações de entidades alheias à Organização e com destinação pré-determinada e (3) equalizasse os fundos disponíveis bem como a exposição de que gozam vários “Relatorias” da Comissão¹¹. Na mesma proposta, o Equador enfatizou que os órgãos de decisão devem tratar “todos os Estados” igualmente e efetivar “não apenas direitos políticos e civis, mas também econômicos, sociais e culturais”¹².

Após reclamar formalmente do enviesamento da Comissão, da sua “politização”, e “parcialidade”¹³, a Venezuela exerceu o seu direito contido no Artigo 78 de denunciar a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴. Em 2012, o país introduziu uma Nota de Denúncia assinada por Nicolás Maduro, então Ministro das Relações Exteriores e atualmente Presidente, e que se tornou efetiva em 6 de setembro de 2013¹⁵. Equador e Bolívia têm ameaçado seguir a mesma linha¹⁶.

11 Propuestas de la Delegación del Ecuador sobre los Temas “Financiamiento”, “Universalidad”, “Asuntos de Procedimiento” e “Informe Anual de la CIDH”, *submitted to the Special Working Group on the Inter-Am. Commission for Human Rights and for the Strengthening of the Inter-American Human Rights System*, OEA/Ser. G, GT/SIDH/INF. 46/11 (Dec. 5, 2011) [daqui em diante, propostas do Equador (*Span.*)].

12 *Id.*

13 Propuestas de la Delegación de República Bolivariana de Venezuela Sobre el Tema “Criterios Para la Construcción del Capítulo IV del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH),” *submetidas* ao Grupo Especial de Trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e para o Fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, OEA/Ser. G/GT/SIDH/INF. 44/11 (2011).

14 *Ver* Convenção Americana de Derechos Humanos, art. 78, Nov. 22 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S 123 [hereinafter *American Convention (Span.)*].

15 Nicolás Maduro Moros, Ministro de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, *Carta a José Miguel Insulza, Secretario General de la Organización de Estados Americanos* (06 de setembro de 2012) [daqui em diante, *Nota de Denúncia da Venezuela (Span.)*], disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.PDF (visto pela última vez em 15 de maio de 2016).

No Memorando de Suporte, as autoridades venezuelanas também condenaram de forma geral a Comissão pela sua parcialidade e falta de detalhamento no processo de determinação dos países que devem estar sujeitos a monitoramento especial (*black list*); também pela sua consideração de fatos hipotéticos, e pela falta de critério na recepção de medidas preventivas e petições individuais. Nicolás Maduro Moros, Ministro de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, *Fundamentación que sustenta la denuncia de la República Bolivariana de Venezuela de la Convención Americana sobre Derechos Humanos presentada a la Secretaría General de la OEA* 1-3 (2012) [daqui em diante, *Memorando de Suporte da Venezuela (Span.)*], disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.PDF (última visita em 15 de maio de 2016).

16 Eva Sáiz, *La OEA cierra en falso la reforma del su sistema de derechos humanos*, El país (23 de março de 2013); Eva Sáiz, *El ALBA afronta aislado la reforma del sistema de derechos humanos de la OEA*, El país (21 de março de 2013); Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su*

“Outros países, como Colômbia e Costa Rica”, têm se distanciado e dado suporte à instituição sob ataque¹⁷. Eles têm “argumentado que a Comissão deve preservar a sua autonomia e caráter internacional”¹⁸. O Secretário de Estado Norte-americano, John Kerry, assinalou que os Estados Unidos têm uma posição semelhante:

Nós temos escutado muitas coisas sobre a Comissão ultimamente e eu acho isso bom, na verdade. Diálogo é uma parte essencial da democracia e nós queremos melhorar a Comissão. Mas nós precisamos ter em mente que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem feito uma diferença marcante. Ele tem promovido tanto a democracia representativa quanto as liberdades fundamentais, os princípios pelos quais os membros da OEA são conhecidos. Quando melhoramos a democracia na região, quando nos posicionamos contra restrições de direitos humanos, quando pressionamos por mais oportunidades, nós estamos agindo em solidariedade a todos os povos da região.¹⁹

Mais diretamente, César Gaviria, ex-Presidente da Colômbia e antigo Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, afirmou que as alterações institucionais requeridas pelos regimes descontentes “iria gravemente debilitar a Comissão e abrir caminho para que governos desrespeitem direitos básicos e restrinjam a liberdade de expressão”.²⁰

Em março de 2013, a Organização dos Estados Americanos, em sessão plenária, rejeitou em peso a reforma propugnada pelas autoridades equatorianas²¹. Entretanto, ela decidiu instruir o seu Conselho Permanente a “continuar o diálogo sobre assuntos fundamentais relacionados ao fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”²². De fato, a Argentina ofereceu e pres-

órgano de derechos humanos, El país (07 de dezembro de 2012); Mabel Azcui, *El eje bolivariano ataca la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, El país (06 de junho de 2012).

17 Mabel Azcui, *El eje bolivariano ataca la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, El país (06 de junho de 2012).

18 *Id.*

19 Press Release, John Kerry, Sec’y of State, U.S. State Department, Solo Press, Comments at the Organization of American States (06 de junho de 2013).

20 César Gaviria Trujillo, *Mordaza a un líder de la libertad de expresión*, El país (20 de março de 2013).

21 Eva Sáiz, *La OEA cierra en falso la reforma del su sistema de derechos humanos*, El país (23 de março de 2013).

22 *Id.* (retirado do “texto final” da resolução submetida pela Argentina e adotada pelo Conselho Permanente da OEA).

sionou pela aprovação dessa resolução como resposta à “ameaça do Equador... de abandonar o Sistema”²³.

Sem dúvida, o confronto mencionado estabeleceu um momento ímpar para o hemisfério ocidental. Ele poderá transformar ou até subverter o atual sistema de direitos humanos. A região pode quedar-se com uma multiplicidade de micro-sistemas ou, no pior caso, regredir a uma situação de efetivação meramente nacional de direitos.

Toda essa confrontação fornece uma oportunidade única à comunidade internacional para uma reflexão sobre a natureza dos direitos humanos. Este escrito aproveitará essa situação e tomará um passo nessa direção. Ele tratará de questões como as seguintes: Que papéis exercem princípios e políticas, respectivamente, na concretização de direitos humanos? Em qual extensão um grupo de nações com ideologias diversas pode trabalhar junto para a implementação de tais premissas? Qual lugar, se algum, os direitos humanos devem ocupar num projeto de emancipação política?

Este trabalho irá reformular esse conflito transcontinental como uma disputa cripto-filosófica sobre a natureza dos direitos humanos. Ele refutará os argumentos da aliança esquerdista de que tais direitos se remetem a uma política progressista. Sob essa perspectiva, o governo de cada país estabelece uma agenda política e os juízes, nacionais ou internacionais, deveriam reagir de forma a apoiar, ao invés de criticar, tais ações.

A Parte I irá identificar as nuances da reivindicação bolivariana. Ela analisará três formulações alternativas com o intuito de determinar se elas estão corretas e se são relevantes para o atual debate internacional sobre os direitos humanos. A Parte I irá contemplar inicialmente se o pedido se baseia principalmente em (A) noções de soberania e não-intervenção ou (B) repúdio a certas decisões da Comissão e da Corte. Ao descartar essas duas possibilidades, interpretará o citado posicionamento, ao contrário, como (C) um apelo pela politização dos direitos humanos. Inevitavelmente, a interpretação terá a forma de uma reconstrução.

A Parte II irá, por sua vez, fazer uma crítica à reivindicação. Irá (A) se recusar a associar direitos humanos unicamente a princípios e (B) reconhecer a essencial, mas não absoluta, dimensão política de tais direitos. Depois de destacar a importância dos dois âmbitos, a Parte II (C) argumentará que os representantes de Estado devem ter liberdade quanto à política, mas não na

23 *Id.*

intensidade desejada pelos Estados dissidentes. Em seguida, (D) exemplificará o posicionamento com a análise de casos que envolvam liberdade de expressão e direito à saúde.

Além de revisar toda discussão, o item Conclusão irá trazer algumas considerações finais. Primeiro, quando um governo aumenta seu engajamento em favor dos direitos humanos, ele passa a depender mais de políticas e, conseqüentemente, amplia sua margem de discricionariedade. Contudo, os tribunais não devem fugir do seu dever de controlar essa arbitrariedade. Tampouco devem negligenciar o controle de qualquer violação de princípios.

Segundo, a almejada busca pela justiça social, às vezes, colide com os direitos humanos. Entretanto, isso ocorre excepcionalmente. Por isso, um regime profundamente engajado com a criação de uma sociedade justa não precisa nem merecer *carta branca* em relação a esses direitos.

Terceiro, o auto proclamado Eixo Bolivariano²⁴ e seus oponentes parecem concordar que os direitos humanos envolvem ou princípios deontológicos ou política teleológica. Além disso, eles parecem ter convergido numa sorte de utopia de acordo com a qual o Executivo e o Judiciário devem lidar conjuntamente com esses direitos, com uma das duas instituições liderando o caminho e a outra apenas acompanhando. A divergência ocorre, aparentemente, apenas quando se discute se o juiz deve se curvar ao Estado, dado que este é um especialista em política, ou o contrário, já que a especialidade do Judiciário é a interpretação de normas. Como notado anteriormente, entretanto, os direitos humanos tocam tanto em princípios quanto em políticas. E mais, autoridades políticas e jurídicas participam igualmente na salvaguarda desses direitos. Eles inevitavelmente se envolvem numa luta de poder nessa frente e devem, como resultado, aceitar o conflito como algo que faz parte das suas essências.

24 O antigo Presidente venezuelano Hugo Chávez frequentemente usava a expressão “Eixo Bolivariano” (“*eje bolivariano*”) para se referir à sua aliança com regimes ideologicamente semelhantes na região. Ele ainda brincava com a conotação negativa da palavra “eixo”. De fato, ainda se declarava parte de um “eixo do mal”, gozando da oratória de George W. Bush. Ver, e.g., *Chávez se incluye en el eje del mal*, La Nación (28 de junho de 2010). A denominação “Eixo Bolivariano”, nesse sentido, data de 2005, pelo menos. Ver Mercedes Gallego, *Comienzo a llegar la primera ayuda federal a las zonas devastadas por el “Katrina,”* ABC (09 de abril de 2005) (“Fidel Castro se juntou... à iniciativa lançada pelo ‘Eixo Bolivariano’, cujo o amigo, Coronel Hugo Chávez, lidera.”). *También ver* Richard Lapper, *Venezuela and the Rise of Chavez: A Background Discussion Paper* § 3.3, Council on Foreign Relations (22 de novembro de 2005) (“Chávez fala sobre construir um Eixo Bolivariano na América Latina.”).

I. IDENTIFICAÇÃO DA REIVINDICAÇÃO

I.1 Soberania e Não-Intervenção

■ À primeira vista, os Estados dissidentes da Organização dos Estados Americanos parecem levantar a tradicional argumentação em torno da soberania e da não-intervenção. Em outras palavras, parecem estar negando a legitimidade dos direitos humanos internacionais. Dessa perspectiva, a comunidade de nações não devem se preocupar sobre como os governos tratam seus cidadãos²⁵.

Por vezes os críticos caracterizaram a campanha bolivariana em nestes exatos termos. Por exemplo, José Miguel Vivanco, Diretor da Divisão das Américas da *Human Rights Watch*²⁶, retratou o movimento como uma cruzada liderada por “governos nostálgicos da soberania e pelo princípio da não-intervenção”, “para desacreditar e enfraquecer a Comissão²⁷. De fato, Vivanco condenou todo o esforço como uma tentativa de minar e, se possível, abolir o Sistema Interamericano de Direitos Humanos²⁸.

Ocasionalmente, as manifestações das nações em questão parecem sustentar essa caracterização. A Nota de Denúncia da Venezuela, por exemplo, acusa a Comissão e a Corte de “ações intervencionistas”, com a violação de princípios básicos e essenciais – amplamente defendidos pelo direito internacional – como o princípio da soberania estatal²⁹. Nos dois últimos parágrafos, o instrumento invoca, de novo, conceitos de não-intervenção e “soberania”³⁰. Similarmente, o Memorando de Suporte rotula alguns dos últimos trabalhos da Comissão “como uma afronta à soberania do Estado venezuelano”³¹. Finalmente, refere-

25 O governo britânico aparentemente reclamou do Sistema Europeu de Direitos Humanos nos mesmos termos. Ver, e.g., Estelle Shirbon, *British Minister Floats Quitting European Rights Convention*, Reuters (09 de março de 2013) (Afirmação de que “O Partido Conservador tem criticado há bastante tempo a Corte Europeia de Direitos Humanos (ECHR), que aplica a convenção, como uma limitadora da soberania britânica.”).

26 Em 2008, o governo venezuelano “prende” e “expulsou” Vivanco depois que ele e seu Vice-Diretor, Daniel Wilkinson, “lançaram um longo relatório... documentando violações de direitos humanos na Venezuela.” Simon Romero, *Venezuela Expels 2 After Human Rights Report*, N.Y. Times (20 de setembro de 2008), à A8. Também ver Clodovaldo Hernández, *Venezuela expulsa al director del informe crítico con Hugo Chávez*, El país (20 de setembro de 2008).

27 José Miguel Vivanco, *Derechos Humanos, Insulza, Brasil y el ALBA*, El país (03 de junho de 2012).

28 *Id.*

29 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, à 2.

30 *Id.* à 9-10.

31 *Venezuelan Supporting Memorandum (Span.)*, nota *supra* 14, à 2.

se à “soberania legislativa da nação” e à “soberania” que “inalienavelmente reside no Povo”³².

Em realidade, os governos dissidentes não estão baseando suas objeções majoritariamente em noções de soberania estatal e não-intervenção. Até porque eles estão pleiteando uma reforma, não a erradicação do aparato de direitos humanos existente. É significativo que o debate tenha sido realizado, em parte, num “Grupo Especial de Trabalho” destinado expressamente, como o próprio nome indica, ao “Fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”³³. Se o clamor pela mudança não for atendido, o bloco de esquerda insiste que não irá abrir mão dos direitos em jogo, mas que criará um regime alternativo de direitos humanos.³⁴

Na verdade, a mencionada Nota de Denúncia da Venezuela descreve (1) a ratificação “da Convenção Americana de Direitos Humanos” e (2) a institucionalização de “mecanismos” para “a promoção e proteção dos direitos humanos” como “muito importantes” para “região”³⁵. No mesmo instrumento, a Venezuela se orgulha de ter ratificado o tratado antes de qualquer outro Estado, fazendo-o “por uma declaração unilateral”, e sendo o segundo país “a aceitar a jurisdição da Corte [Interamericana]”³⁶. Além disso, ela chama atenção para amplitude de direitos humanos abrigados pela sua própria Constituição de 1999³⁷.

Apesar de denunciar a Convenção Americana, as autoridades venezuelanas simultaneamente se comprometem, em sua proposta, a respeitar e colaborar “com outros mecanismos... pela promoção e proteção dos direitos humanos...”³⁸. Presumidamente falando para si mesmos e aos aliados na região, também “expressam a firme intenção... de contribuir para a construção do Nosso Próprio Sistema de Direitos Humanos e Populares...”³⁹. Com essas palavras, o documento reitera a intenção de construir um novo esquema de direitos humanos em razão do declarado repúdio às estruturas existentes. Coincidentemente, isso também parece

32 *Id.* à 2, 22.

33 *Ver, e.g., Ecuador Proposals (Span.)*, nota *supra* 10.

34 *Ver* Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su órgano de derechos humanos*, El país (Dec. 7, 2012) (Os “presidentes” de Bolívia e Equador, Evo Morales e Rafael Correa, alertaram que [seus países] podem se retirar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e que estavam considerando a criação de um corpo similar sob a União Sulamericana de Nações.”).

35 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, à 1.

36 *Id.*

37 *Id.*

38 *Id.* à 9.

39 *Id.* à 10.

revelar um certo ceticismo quanto à possibilidade de estados ideologicamente diversos trabalharem juntos na defesa de tais direitos.

Com certeza, Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua teriam se situado de forma diferente caso pretendessem rejeitar os direitos humanos em razão de uma suposta afronta à sua soberania. Estes teriam simplesmente anunciado sua iminente denúncia da Convenção e talvez uma eventual saída da Organização dos Estados Americanos. Nesse anúncio, entretanto, não constariam exigências de reforma, nem mesmo votos de lançar um novo sistema.

Assim sendo, esses países não estão questionando a exigibilidade internacional desses direitos pelos Estados nacionais. Claro, possivelmente estejam se apresentando falsamente, como reformistas, como devotos dos direitos humanos e como possíveis construtores de um corpo paralelo de direitos humanos. Contudo, essa Parte se ocupa de interpretar as argumentações do grupo, não em adivinhar seus potenciais objetivos.

De qualquer forma, alegações de soberania e não-intervenção pouco contribuiriam à discussão transnacional sobre direitos humanos. Na metade do século passado, tais asserções poderiam ter convencido muitas pessoas. Atualmente, entretanto, elas resultam bem menos atraentes.

Alguns dos principais tratados assinados depois da Segunda Guerra Mundial afirmam que os Estados não têm apenas a autoridade, mas também o dever de impedir que um Estado limite as liberdades dos seus cidadãos⁴⁰. Esses acordos refletem tanto uma mudança de consenso, como também uma interessante construção de interrelações entre o mundo, as nações e os indivíduos. Deste ponto de vista, uma violação de direitos fundamentais de uma pessoa em qualquer país constitui uma questão internacional ao invés de doméstica.

De forma mais ampla, o direito internacional como um todo se baseia atualmente na noção de direitos humanos universais. Tais direitos possuem um papel crítico na definição da esfera de ação legítima dos atores globais. Pressentindo essa mudança de paradigma, a Carta das Nações Unidas se inicia com um pedido para:

reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e . . . estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às

40 Ver, e.g., *International Covenant on Civil and Political Rights*, Mar. 23, 1976, 999 U.N.T.S. 171; *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e . . . promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.⁴¹

Essa afirmação evoca uma comunidade internacional que é direta e completamente preocupada com os direitos básicos das pessoas em qualquer lugar.

A respeito disso, o fato de várias nações tão incomodadas pelo trabalho da Corte e Comissão Interamericana se sentirem, no entanto, compelidas a proclamar sua ligação aos direitos humanos merece atenção. Isso demonstra que tais direitos alcançaram um alto grau de respeito e reconhecimento. De fato, percorreram um longo caminho na sua relativamente curta história.

Claro, os Estados geralmente têm o dever de respeito a um direito humano específico somente até onde, como soberanos, eles concordaram em fazê-lo pela ratificação de relevantes instrumentos, seja um tratado ou a Carta da ONU⁴². Pela mesma razão, podem se recusar a participar de qualquer sistema de direitos humanos potencial ou existente. Todavia, o o grupo bolivariano não parece estar buscando tal curso de ação. Nem iria atrair muita atenção internacional caso estivesse.

A propósito, uma nação iria pagar um preço muito alto para exercer a totalidade da sua soberania e abjurar todos os direitos humanos. Teria que se desligar das Nações Unidas assim como da maioria das instituições e arranjos globais. Certamente outras nações também iriam condená-la e talvez aplicar sanções.

Além disso, alguns direitos humanos continuam a ser aplicados como normas peremptórias (*jus cogens*)⁴³. Para ser mais exato, uma nação poderia tornar tais direitos inaplicáveis apenas caso se isolar e der as costas ao restante do mundo. Assim,

41 U.N. Charter pmbl.

42 *Ver, e.g., id.* art. 2, ¶ 1 (“A Organização se baseia no princípio da igual soberania de todos os seus Membros.”); *id.* art. 2, ¶ 2 (“Todos os membros, com o fim de garantir à totalidade os direitos e benefícios resultantes da membresia devem cumprir com boa vontade as obrigações assumidas por eles.”); *id.* art. 2, ¶ 7 (“Nada presente na presente Carta deve autorizar as Nações Unidas a intervir em matérias que estão essencialmente dentro da jurisdição doméstica de cada Estado.”).

43 *Ver, e.g.,* Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultativa OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 18 (Sept. 17, 2003), à 117 (¶ 101) (“Os princípios de igualdade perante a lei, igual perante a lei e não-discriminação constituem *jus cogens*. Sustentam toda a estrutura jurídica das ordens pública e internacional e permeiam, como princípios fundamentais, o sistema legal como um todo... No atual estágio de desenvolvimento do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e não-discriminação entrou no domínio do *jus cogens*.”).

atrairia para si não uma isenção, mas, no melhor dos casos, o *status* de quem os recusa intencionalmente ou, no pior, o de uma espécie de fora-da-lei global.

De forma geral, uma interessante concepção de Estado como uma entidade autodeterminada, implicada numa complexa e intrincada rede de relações e compromissos com indivíduos e coletividades, tem gradual, mas decisivamente, substituído aquela do Estado como um ente absolutamente soberano e voltado somente para si. Nesse sentido, as nações devem esperar ser questionadas quando tratarem seus cidadãos de forma arbitrária. E mais, devem honrar suas responsabilidades em relação a uma ampla gama de entidades públicas e privadas, tanto domésticas quanto internacionais, enquanto atuam de forma autônoma, resistindo à heteronomia ou dominação⁴⁴.

Nem é preciso dizer que os Estados contemporâneos frequentemente violam seus deveres transnacionais, sejam os assumidos voluntariamente ou os impostos internacionalmente. Às vezes, lidam com seus cidadãos de forma não menos bruta que os seus antecessores antes de 1945. Não é surpresa que o surgimento de um consenso de que os direitos humanos se aplicam a todas as nações ainda não tem produzido um cumprimento total.

Além do mais, regimes nacionais geralmente manipulam – por vezes com a bênção das Nações Unidas – o discurso dos direitos humanos com o fim de se alcançar objetivos escusos. Ainda, dedicam-se a sancionar, atacar ou invadir seus inimigos enquanto expulsam, exoneram e defendem tanto a si mesmos quanto aos seus semelhantes. No entanto, qualquer um, especialmente uma vítima, pode apelar aos mesmos direitos com o intuito de cessar essa manipulação e/ou violação e lutar para a concretização deles.

Em resumo, uma tentativa de ressuscitar o modelo de soberania e de reformular assim a reivindicação bolivariana dificilmente seria persuasiva ou interessante. Emfim, as nações não podem ignorar os direitos humanos de forma discri-

44 Ver, e.g., Iris Marion Young, *Two Concepts of Self-Determination, in Global Challenges: War, Self-Determination, and Responsibility for Justice* 50-51 (2007). Young escreve que “auto-determinação para os povos significa que eles têm direito a instituições de governo próprios por meio das quais eles decidem seus objetivos e definem um modo de vida.” *Id.* à 50 “Porque um povo permaneça em relações interdependentes com outros,” ela alerta, “um povo não pode ignorar os clamores e interesses de outros quando suas ações potencialmente os afetam.” *Id.* à 51 Além disso, Young afirma: “Um conceito relacional de auto-determinação para os povos não implica que os membros de um grupo podem fazer qualquer coisa que quiserem a outros membros sem sofrer interferência externa.” *Id.* à 57. Ela conclui dizendo que “Isso implica que enquanto houver regras globais definindo direitos individuais e agentes para aplicá-las, todos os povos devem ter o direito de serem representados como *povos* nos fóruns que definem e defendem esses direitos.” *Id.*

cionária. Tais direitos vinculam os Estados de forma crucial e compulsória. Os membros dissidentes da Organização dos Estados Americanos devem reconhecer tal fato. Enquanto eles geralmente invocam suas prerrogativas como soberanos, assim como a noção de não-intervenção, evidentemente não estão – e definitivamente não devem estar – negando o caráter compulsório dos direitos humanos.

1.2 Tomada de Decisão

■ Por outro lado, o Eixo Bolivariano poderia estar apenas expressando sua desaprovação em relação à tomada de decisão no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Poderia estar percebendo que os órgãos competentes erram de forma recorrente na solução de controvérsias. As nações descontentes poderiam estar questionando exatamente esses erros.

De fato, a aliança de esquerda tem objetado vigorosamente algumas omissões da Corte e da Comissão. O Presidente do Equador, Rafael Correa, por exemplo, tem declarado abertamente o seguinte:

Infelizmente, o Sistema Interamericano não tem estado à altura dos novos desafios da nossa época. Não tem sido capaz de oferecer soluções ou assumir uma posição firme e decisiva a respeito de problemas como as colônias ainda existentes nas Américas, i.e., as Ilhas Malvinas, ou o embargo criminoso por meio século a uma nação irmã, i.e., Cuba⁴⁵.

O Sistema, de acordo com Correa, não tem feito nem “coisas simples como julgar os indivíduos responsáveis pelo golpe de estado contra o Presidente [de Honduras] Manuel Zelaya.”⁴⁶

De forma semelhante, o governo da Venezuela reclamou, na sua Nota de Denúncia, do silêncio da Comissão em face de dois massacres ocorridos na Venezuela na década de 1980. Também condenou o desprovimento de medidas preventivas em favor do antigo Presidente Hugo Chávez durante o golpe de 2002. Além disso, censurou o alegado apoio implícito da Comissão ao regime insurgente⁴⁷.

45 Mabel Azcui, *El presidente Correa dice que la OEA debe “revolucionarse o desaparecer,”* El país (June 5, 2012) (citando o Presidente equatoriano Rafael Correa).

46 *Id.*

47 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, à 4-5.

A Comissão e a Corte podem ter falhado em alguma dessas instâncias. De todo modo, nunca receberam uma reclamação formal que as possibilitassem de se debruçar sobre essas questões. Enfim, dificilmente falar-se-ia de um posicionamento equivocado de ambos.

Certamente os Comissários deveriam ter concedido algum remédio preliminar requisitado contra a deposição de Chávez em 2002. Na verdade, eles não tiveram tempo hábil para fazê-lo, já que o líder deposto retomou o poder em apenas quarenta e oito horas⁴⁸. Como resultado, a matéria se tornou ultrapassada instantaneamente.

Além do mais, a Comissão marcou “para imediatamente após a ruptura institucional de abril de 2002,” uma visita à Venezuela em maio de 2002⁴⁹. Em último ato, em 13 de abril, dois dias depois da insurreição, liberou uma nota de imprensa “clamando por uma pronta restauração do Estado de Direito e do sistema democrático de governo.”⁵⁰ De forma conspícua, entretanto, os Comissários não demandaram a restauração do legítimo Chefe de Estado.⁵¹

A Organização dos Estados Americanos e alguns outros órgãos responderam rapidamente à rebelião. Por exemplo, a Comissão Permanente logo adotou uma inequívoca resolução condenatória. Condenou “a subversão da ordem constitucional na Venezuela” e pressionou pela “normalização das instituições democráticas... dentro dos termos da Carta Democrática Interamericana.”⁵² Presumivelmente, esse pedido implicava a restituição de Chávez e seu governo.

Mais uma vez, a Comissão Interamericana e a Corte não confrontaram um caso concreto que pudessem ter resolvido em tempo hábil ou que tivessem julgado de modo equivocado. De toda forma, a Comissão poderia ter agido, *sua sponte*, por meio da sua competência de investigação e acusação com o intuito de reprovar, *ex post facto*, a insurreição venezuelana de 2002. Também poderia ter agido de forma significativa em relação à ocupação britânica das Ilhas Malvinas, ao embargo estadunidense à Cuba, ao golpe contra o então Presidente

48 *Ver de forma geral* Larry Rohter, *Venezuela's 2 Fateful Days: Leader Is Out, and In Again*, N.Y. Times (20 de abril de 2002), at A1.

49 Inter-Am. Comm'n H.R., Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, OEA/Ser. L./V./II. (Doc. 54) (Dec. 30, 2009), à 1 (Intro.) (¶ 3).

50 Press Release, Inter-Am. Comm'n H.R., Sobre los Sucesos en Venezuela (13 de abril de 2002).

51 O documento meramente “lamenta a remoção... de mais altas autoridades jurídicas e de agentes independentes do Poder Executivo, assim como a suspensão das legislaturas de membros do Poder Legislativo.” *Id.* Ele adicionalmente clama pela “organização de eleições.” *Id.*

52 Permanent Council, Org. of Am. States (O.A.S.), Resolution: *Situación en Venezuela*, CP/RES. 8/11 (13/15/02) (13 de abril de 2002).

de Honduras [Manuel] Zelaya, e aos assassinatos na Venezuela na década de 1980. O grupo bolivariano deve estar lamentando a falha dos Comissários em fazê-lo.

De fato, o próprio Presidente da Venezuela, Hugo Chávez, se concentrou no Relatório da Comissão em 2010 quando orientou a sua administração a repudiar a Convenção Americana de Direitos Humanos. Ele focou no que os Comissários escreveram ao invés do que omitiram de mencionar. Destaca-se que eles “alertaram para a deterioração da democracia da Venezuela.”⁵³

Chávez contra-atacou o documento em fortes termos: “É puro lixo. Nós deveríamos nos preparar para denunciar o tratado por meio do qual a Venezuela aderiu (ou qualquer coisa) à nefasta Comissão Interamericana de Direitos Humanos e sair de lá [do sistema] porque não vale à pena.”⁵⁴

Sem dúvida, a Comissão poderia ter amenizado sua censura à Venezuela. Contudo, não utilizou palavras particularmente duras. Os comentários às violações imputadas à Venezuela são semelhantes aos atribuídos a outras nações listadas no Capítulo IV naquele ano: Colômbia, Cuba e Honduras.⁵⁵

Especificamente, os Comissários concluíram solicitando que a Venezuela não apenas se “abstenha de revidar ou usar o poder punitivo do Estado para intimidar ou sancionar pessoas em razão das suas opiniões políticas”, mas também “garantir espaço suficiente ao pluralismo dentro do processo democrático.”⁵⁶ Não obstante, o Relatório também focou no lado positivo. Por exemplo, ele “reconhece e aprecia o progresso alcançado nas áreas de direitos econômicos, sociais e culturais” e inclui uma subseção inteira no tópico destacando as conquistas do Estado na redução da pobreza, desigualdade e desemprego.⁵⁷

De fato, a reprimenda citada, como as relatadas condenações não realizadas, não constitui uma decisão judicial ou algo do tipo. Tais pronunciamentos gerais,

53 Maye Primera, *Chávez ordena la salida de Venezuela de la CIDH*, El país (26 de fevereiro de 2010). O relatório de 2010 incluiu a Venezuela, no seu controverso Capítulo IV, entre “os países que atraíram especial atenção da Comissão ao longo do... ano.” *Inter-Am. Comm’n H.R., Inf. Anual 2010 (Ch. IV), OEA/Ser. L/V/II., Doc. 5 corr. 1 (2011)* [daqui em diante, *Inter-Am. Comm’n H.R., Annual Rpt. 2010 (Ch. IV) (Span.)*], at à (Intro.) (§ 1).

54 Maye Primera, *Chávez ordena la salida de Venezuela de la CIDH*, El país (26 de fevereiro de 2010) (citando o presidente venezuelano Hugo Chávez).

55 *Ver de forma geral, Inter-Am. Comm’n H.R., Annual Rpt. 2010 (Ch. IV) (Span.)*, nota *supra* 52.

56 *Id.* à 600 (Recomendações).

57 *Id.* à 598 (Venezuela) (§ VI) (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (§ 835); *id.* à 598 (Venezuela) (§ VI) (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (§§ 831-832). *Vem em geral id.* à 536 (Venezuela) (§ 612)) (“Similantemente, o Relatório da Comissão em 2009 destacou as importantes conquistas com respeito a direitos econômicos, sociais e culturais...”).

pelo contrário, fazem parte da função de relatoria da Comissão. Portanto, não vinculam o Estado analisado, ou qualquer outra parte, e tipicamente o levam a protestar, não a subverter o sistema.

O bloco dissidente trata desse suposto equívoco nos relatórios dos Comissários como um sinal de uma profunda falha sistêmica, afirmando que deriva de uma concepção errada da política dos direitos humanos, no sentido exposto na próxima seção. Acredita que as instituições Interamericanas deveriam abraçar essa perspectiva sobre esses direitos. Desse modo, deveriam, ao menos, se abster de censurar e deixar de registrar em uma lista negra os governos progressistas.

De qualquer forma, o resto do mundo certamente não teria muito motivo para prestar atenção nos protestos nacionais contra os relatórios críticos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Se notássemos atendessem, provavelmente os trataria como tendo unicamente âmbito local. Um clamor dos regimes latino-americanos de esquerda contra os relatórios da Comissão indubitavelmente revelaria uma verdade universal, mas banal no seguinte sentido: os países não gostam de ser criticados.

De todo modo, o Estado venezuelano, na sua Nota de Denúncia e no seu Memorando de Suporte, não se concentra nos relatórios dos Comissários, mas em seis casos concretos. Ele acusa a Comissão e a Corte de admitirem petições em matérias que tribunais nacionais ou estavam examinando ou nunca tiveram a oportunidade de fazê-lo.⁵⁸ As autoridades venezuelanas lamentaram uma suposta falta de exaustão de instâncias nacionais.⁵⁹ Além disso, declararam que no caso *Usón Ramírez v. Venezuela*, uma gravação das deliberações judiciais revelou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos chegou ao seu julgamento “sem ouvir a defesa, as partes ou mesmo as respostas às suas próprias perguntas.”⁶⁰

Ao contrário das declarações dos Comissários como investigadores e acusadores, as decisões da Comissão e da Corte vinculam o Estado.⁶¹ Como consequência, são bastante importantes para os governos envolvidos. É pertinente notar que Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua – como virtualmente todos os outros países latino-americanos – originalmente não apenas ratificaram a

58 *Venezuelan Notice of Denunciation*, nota *supra* 14, à 4.

59 *Id.*

60 *Id.* at 7.

61 *Ver, e.g., American Convention (Span.)*, nota *supra* 13, art. 51(1) (“A Comissão deve fazer relevantes recomendações e estabelecer um prazo para o Estado adotar as medidas necessárias para solucionar a alegada violação.”); *id.* art. 68(1) (“Os Estados-parte da Convenção se comprometem a cumprir com a decisão da Corte em qualquer caso em que estiverem presentes.”).

Convenção Americana, mas também reconheceram a vinculatividade da jurisdição da Corte.⁶²

Contudo, as queixas em torno de algumas decisões não constituem o centro do problema entre o Eixo Bolivariano e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Normalmente justificariam uma moção de reconsideração, não um desafio à legitimidade do regime como um todo. Além do mais, participar de um esquema judicial implica, além de tentar dispor dos argumentos mais fortes disponíveis na esperança de vencer a disputa, aceitar a possibilidade de derrota e ter de cumprir apesar de talvez discordar do tribunal. Mesmo que as decisões discutidas indiquem um longo padrão de erro e injustiça, justificariam um pedido para mudança da constituição da Comissão e da Corte, mas não a reforma total do sistema dos direitos humanos.

Ademais, os casos contestados somam uma minoria em meio aos casos abertos contra a Venezuela entre 2000 e 2012.⁶³ Mais precisamente, formam um por cento (1%) do total. De toda forma, o requerente venceu em somente (3%) das ações abertas contra o Estado venezuelano durante esse período.⁶⁴ Tais números mostram que, sem ser novidade, as autoridades possuem circunstâncias mais favoráveis do que os peticionários nesses procedimentos.

Obviamente, todos os membros da Organização dos Estados Americanos têm esporadicamente confrontado determinações desfavoráveis.⁶⁵ Alguns têm subsequentemente demonstrado desapontamento ou até indignação. Por exemplo, “o Brasil... convocou seu embaixador na Organização em 2011 após receber um pedido oficial da Comissão para suspender a construção da hidroelétrica em Belo Monte” com o objetivo de proteger os direitos dos povos indígenas afetados.⁶⁶ O país se juntou à Argentina e Venezuela numa “crítica severa ao trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos” durante “a sessão inaugural da Assembleia Geral de 2012 da Organização dos Estados Americanos.”⁶⁷

62 *Ver nota supra* 1 e texto subsequente.

63 Para os propósitos deste artigo, Lauren Kinell conduziu, como pesquisadora assistente, uma rápida pesquisa nos sites da Comissão e da Corte e concluiu que ambos os órgãos decidiram favoravelmente no mérito nos pedidos dois (2) e quatorze (14), respectivamente, de um total de 573 petições protocoladas entre 2000 e 2012.

64 *Id.*

65 *Ver de forma geral Inter-Am. Comm'n H.R., Annual Rpt. 2010 (Ch. IV) (Span.)*, nota *supra* 52.

66 Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su órgano de derechos humanos*, El país (07 de dezembro de 2012).

67 *Id.*

Brasil, Argentina e Guatemala têm dado suporte ao pedido geral para renovação.⁶⁸ No entanto, essas e outras nações não bolivarianas têm mantido sua adesão ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Não têm realizado um ataque ostensivo baseados nas suas discordâncias com algumas poucas decisões.

De qualquer maneira, as postulações venezuelanas nos precedentes listados na sua Nota de Denúncia e Memorando de Suporte não são particularmente emocionantes ou convincentes. No contexto da sua principal reclamação, a Venezuela nunca se importou em reconhecer a existência de exceções ao requerimento de exaustão de instâncias nacionais,⁶⁹ deixando de explicar por que nenhuma delas se aplica. Na verdade, as instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos tomaram uma abordagem relativamente padrão para a questão.

Em *Usón Ramírez*, por exemplo, a Corte citou seus próprios precedentes, assim como os da Corte Europeia de Direitos Humanos, sustentando que as autoridades haviam renunciado à defesa do esgotamento de recursos ao não levantar a questão durante a fase de admissibilidade.⁷⁰ Além disso, o tribunal decidiu contra o governo venezuelano em termos idênticos no caso *Perozo*.⁷¹ Por fim, os juízes concluíram, a respeito de uma das reivindicações em *Díaz Peña*, que a lei interna da Venezuela não oferecia nenhum remédio que o peticionário pudesse ter exaurido.⁷² No entanto, concordaram com o Estado venezuelano a respeito de outras acusações presentes no mesmo processo.⁷³

A Comissão Interamericana, por sua vez, procedeu nos casos citados de forma análoga. Baseou-se na demora injustificada no iniciado processo doméstico com o objetivo de isentar o peticionário de exaurir as instâncias existentes para o caso *López Mendoza*.⁷⁴ Em *Brewer Carías*, os Comissários invocaram a mes-

68 *Id.*

69 Por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabeleceu que o requerimento não se aplica: quando (a) a legislação nacional do Estado requisitado não garantir o devido processo legal para a proteção dos direitos alegadamente violados; (b) a parte que alegar uma violação sobre seus direitos ter acesso negado – ou ser privada de exaurir – os remédios disponíveis nas leis nacionais; e (c) ter havido demora injustificada no proferimento de uma decisão final sobre a exaustão de tais remédios. *American Convention (Span.)*, nota *supra* 13, art. 46(2).

70 *Usón Ramírez vs. Venezuela*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 207 (20 de novembro de 2009), à 6-7 (¶¶ 19-23).

71 *Perozo vs. Venezuela*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 195 (28 de janeiro de 2009), à 14 (¶ 44).

72 *Díaz Peña vs. Venezuela*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 244 (26 de junho de 2012), à 49 (¶126).

73 *Id.* à 48 (¶¶ 122-125).

74 *López Mendoza vs. Venezuela*, Pet. 275-08, Inter-Am. Comm'n H.R., Rpt. No. 67/08, OEA/Ser. L/V/II.134, doc. 5 rev. 1 (25 de julho de 2008), à 7 (¶ 34).

ma razão para a exceção, assim como acesso precário do pleiteante aos remédios disponíveis.⁷⁵

Certamente, a alegação de prejulgamento em *Usón Ramírez* pode ter mais peso. No entanto, isso não requer nenhuma análise jurisprudencial profunda, pelo contrário, apenas uma análise cuidadosa da evidência disponível. O que os juízes disseram exatamente na gravação antes da argumentação oral? Eles simplesmente insinuaram uma inclinação para votar contra a Venezuela baseados nas submissões escritas? Ou eles realmente demonstraram que tinham definitivamente tomado uma posição e não tinham intenção em encarar a disputa entre as partes de forma séria?

Estranhamente, as autoridades venezuelanas parecem não ter abordado a matéria durante o litígio. Aparentemente, o fizeram apenas três anos depois quando da denúncia da Convenção Americana. Todavia, o governo não expôs sua acusação à contestação da parte adversa ou à análise do tribunal.

Além disso, a Venezuela não identificou nenhum erro substancial que os juízes pudessem ter cometido. O requerente e o tribunal poderiam ter argumentado de forma convincente a citada violação procedimental como algo de pouca relevância. Em qualquer caso, os documentos de denúncia da Venezuela nunca dispuseram sobre o problema do exaurimento de instâncias em *Usón Ramírez*.

Em suma, interpretar a reclamação bolivariana como baseada principalmente nessas decisões desfavoráveis resultaria numa distorção e na privação da questão de substancial interesse. A insatisfação manifestada pelas autoridades venezuelanas não se diferencia muito da realizada por outros países sob circunstâncias similares. Tipicamente motivaria apenas uma moção de reexame, uma nota oficial de protesto ou, em circunstâncias extremas, um pedido de renúncia dos membros dos órgãos competentes.

De forma significativa, a argumentação levantada não contribuiria muito para a atual discussão internacional sobre direitos humanos. Primeiro que o argumento em torno ao exaurimento de instâncias não parece persuasivo. E segundo que a posterior alegação de que os juízes nunca ouviram os argumentos das partes carece de desenvolvimento e se refere a uma única disputa.

75 Brewer Carías vs. Venezuela, Pet. 84-07, Inter.Am. Comm'n H.R., Rpt. No. 97/09, OEA/Ser. L/V/II, doc. 51 corr. 1 (08 de setembro de 2009), à 17 (¶¶ 87, 89), 17 (¶¶ 95-96).

1.3 Politização

■ Na verdade, o bloco bolivariano provavelmente está advogando pela politização dos direitos humanos. Deve estar argumentando, em outras palavras, que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos necessita reconhecer e focar nas políticas de tais direitos. Ainda, que os órgãos investigativos e acusatórios devem apoiar, ao invés de minar, a cruzada de países como Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua em favor dos valores políticos e das políticas implícitas na Convenção Americana.

É significativo que as nações dissidentes têm formulado seus protestos majoritariamente em espanhol, que, como o português, tem apenas uma palavra, “política”, para denominar tanto “politics” quanto “policy”.⁷⁶ De fato, outros idiomas também têm um único termo para ambos: *e.g.*, “politique” em francês, “Politik” em alemão.⁷⁷ Portanto, um falante de qualquer uma dessas línguas poderia rapidamente associar os dois conceitos. Além disso, provavelmente entenderia a politização dos direitos humanos como uma realização destes através de uma série de políticas concretas.

De qualquer forma, a reivindicação dos dissidentes incide em três pontos independentes, embora interligados. Primeiro, os Estados têm colocado tais direitos como uma parte do seu próprio engajamento político e, portanto, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos deve respeito a esses esforços. Segundo, direitos humanos geralmente envolvem política e, como resultado, o governo deve ter liberdade devido à sua legitimidade democrática e especialização nesse âmbito. E, terceiro, os juízes devem refletir antes de punir nações que têm se dedicado politicamente aos ideais emancipatórios que compõem tais direitos.

Dessa perspectiva, a Comissão e a Corte têm feito exatamente o oposto do que deveriam fazer, em todos os três pontos. Têm se negado a submeterem aos Estados, sejam como signatários de tratados relevantes, de forma estrita, ou como unidades governamentais, de forma ampla. Além disso, essas entidades internacionais têm se recusado a apreciar a extensão na qual regimes de esquerda têm

76 Ver verbete para “policy” (1(a & b)), English-Spanish The Oxford Spanish Dictionary 1438 (1994) (translating “policy” as “*política*.”); verbe para “policy,” English-Portuguese, Hippocrene Portuguese-English English-Portuguese Dictionary 275 (Rev. ed. 1991) (traduzindo “policy” como “*política*”).

77 Ver verbete para “policy” (1), English-French, Harrap’s French Dictionary 640 (1991) (traduzindo “policy” como “*politique*.”); verbe para “policy” (1(a & b)), English-German, Harper Collins German Dictionary 512 (2d ed. 1991) (traduzindo “policy” como “*Politik*.”).

tido excelência na difusão política de direitos como igualdade, dignidade, saúde, moradia e diversidade cultural.

De forma similar, a Comissão e a Corte têm, assertivamente, violado ou manipulado regras com o intuito de atacar um projeto político progressista e cooperado com forças imperialistas. Além disso, têm supostamente invertido a hierarquia dos direitos humanos em detrimento dos direitos programáticos carregados de política. Em particular, esses órgãos de efetivação têm colocado a liberdade de expressão em primeiro lugar e os direitos sociais, econômicos e culturais em último.

Como na formulação anterior, alguém pode se perguntar por que a solução não consiste simplesmente em sancionar ou substituir os membros da Comissão e da Corte. Em resposta, as nações descontentes identificariam um problema mais pervasivo. Alegariam que a Organização dos Estados Americanos, sob a influência perversa dos Estados Unidos, não tem nenhum interesse em direitos humanos, e muito menos no progressismo. Em razão disso, impõe uma agenda conservadora que desvirtua qualquer tentativa de renovar as entidades criticadas ou até mesmo substituir seu pessoal.

A Venezuela de forma inequívoca enuncia essa questão na sua Nota de Denúncia: “As tentativas dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos de promover a necessária reforma e modificação [da Comissão e da Corte] têm sido em vão porque essas entidades se encontram reféns de uma pequena cátedra de burocratas inescrupulosos que têm bloqueado, obstruído e impedido as transformações necessárias.”⁷⁸ No Memorando de Suporte, as autoridades venezuelanas reclamam, mais precisamente, que o governo dos Estados Unidos, mostrando “o o maior descaro”, que merece o “mais forte e categórico repúdio”, “impede a modificação ou correção do... Sistema.”⁷⁹

Desse ponto de vista, o “império” provavelmente não está apenas tentando se agarrar aos seus indicados para a burocracia dos órgãos e evitar qualquer tentativa de reduzir a incidência de erro e enviesamento nas suas investigações e decisões. Mais que isso, ele está procurando evitar uma derrota na sua batalha política transcontinental contra forças anticoloniais ao Sul da sua fronteira. Em razão disso, a Comissão e a Corte deveriam (mas provavelmente não irão) se submeter aos Estados revolucionários como partes do tratado e como governos e, por fim, abraçar uma política iluminada, uma visão anti-EUA dos direitos humanos. Como observado pela Venezuela, “os Estados Unidos não ratificaram a Convenção

78 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, à 2.

79 *Venezuelan Supporting Memo (Span.)*, nota *supra* 14, à 5-6.

Americana de Direitos Humanos”⁸⁰ e, conseqüentemente, devem ter menos influência nessa matéria, independentemente da sua alegada inclinação reacionária.

De fato, o grupo bolivariano nunca tem articulado explicitamente sua reivindicação de forma elaborada. No entanto, tem claramente condenado a Comissão e a Corte por não se subordinarem suficientemente aos Estados signatários ou aos governos em geral, principalmente àqueles mais comprometidos com a emancipação da sociedade. Também tem as depreciado como excessivamente centradas na liberdade de expressão, em detrimento dos direitos sociais.. Como um todo, as objeções realizadas buscam uma interpretação politicamente correta da Convenção Americana.

Por exemplo, o Embaixador da Venezuela à Organização dos Estados Americanos acusou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos de ser uma frente para uma “máfia” que opera como “uma inquisição especial contra governos de esquerda.”⁸¹ Ele estava reproduzindo uma declaração anterior do antigo Presidente Hugo Chávez: “Existe uma máfia ali. A última coisa que instituições como a nefasta Comissão Interamericana de Direitos Humanos faz é defender direitos humanos. É um órgão politizado, utilizado pelo império para atacar governos como o da Venezuela.”⁸²

Por sua vez, o Presidente boliviano, Evo Morales, tem afirmado que a enviesada Organização das Nações Unidas “tem dado cobertura a ditaduras e tem intervindo em nações” e “permitido a repressão e a punição de movimentos sociais”.⁸³ Morales tem feito campanha aberta para a “dissolução de vários órgãos”⁸⁴ de “dominação e subjugação”⁸⁵. Ameaçando retirar seu país do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ele comparou a Comissão a uma “base militar dos Estados Unidos.”⁸⁶

O jornal espanhol *El país* tem ostensivamente feito a cobertura do debate acerca da liberdade de expressão. “O Eixo Bolivariano” tem reiteradamente “acusado o Relatório para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de

80 *Id.* at 6.

81 Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su órgano de derechos humanos*, *El país* (07 de dezembro de 2012) (citando o Embaixador da Venezuela à Organização dos Estados Americanos).

82 Maye Primera, *Chávez ordena la salida de Venezuela de la CIDH*, *El país* (26 de fevereiro de 2010) (citando o Presidente venezuelano Hugo Chávez).

83 Mabel Azcui, *Evo Morales: “La OEA puede morir al servicio del imperio o renacer,”* *El país* (04 de janeiro de 2012) (citando o Presidente boliviano Evo Morales).

84 *Id.*

85 *Id.* (citando o Presidente boliviano Evo Morales).

86 Eva Sáiz, *El ALBA afronta aislado la reforma del sistema de derechos humanos de la OEA*, *El país* (21 de março de 2013) (citando o Presidente boliviano Evo Morales).

Direitos Humanos de sustentar uma hegemonia da mídia que não pratica ‘liberdade de expressão, mas de extorsão.’”⁸⁷ De acordo com a aliança, “esse exercício de poder... se reduz a uma ‘ditadura da mídia’ contra governos progressistas na região.”⁸⁸

Como mencionado na Introdução, uma das propostas de reforma do Equador consiste em impedir a “terceiros Estados” ou “outras instituições” fazer contribuições financeiras com um “objetivo específico”.⁸⁹ Isso comprometeria seriamente as finanças da Comissão e teria efetivamente “acabado com o Relatoria de Liberdade de Expressão.”⁹⁰ “Essa Relatoria, sendo Especial, é a única que não é financiada com fundos da Organização dos Estados Americanos e que depende inteiramente de programas de cooperação internacional.”⁹¹ De fato, “ela tem uma receita que, devido a diversas circunstâncias excede o triplo ao de outras relatorias.”⁹² Contra esse estado de coisas, as autoridades equatorianas propuseram corrigir, sem demora, “o desequilíbrio financeiro e de recursos humanos disponível às [diferentes] relatorias.”⁹³

Na sua Nota de Denúncia, o governo venezuelano similarmente expressou seu compromisso “à concretização de um equilíbrio de direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos.”⁹⁴ Ainda, apontou que ele daria igual peso a direitos positivos e suas contrapartidas negativas, incluindo a liberdade de expressão. Notavelmente, a primeira categoria de direitos obriga ao Estado a tomar e a segunda a abandonar um certo curso de ação.

As autoridades do Equador também defenderam essa posição na sua proposta. Urgiram para que o Capítulo IV do Relatório Annual da Comissão “concentrasse não somente dos direitos políticos e civis mas também nos econômicos, sociais e culturais.”⁹⁵ Desse ponto de vista, os juízes interamericanos deveriam se

87 Mabel Azcui, *El eje bolivariano ataca la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, El país (06 de junho de 2012) (citando o “Eixo Bolivariano”).

88 *Id.*

89 Eva Sáiz, *La OEA cierra en falso la reforma del su sistema de derechos humanos*, El país (23 de março de 2013). Ver *Ecuador Proposals*, *supra* note 10 (As “contribuições voluntárias não deveriam ser “condicionadas ou direcionadas.”) Ver também Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su órgano de derechos humanos*, El país (07 de dezembro de 2012).

90 Eva Sáiz, *La OEA cierra en falso la reforma del su sistema de derechos humanos*, El país (23 de março de 2013).

91 *Id.*

92 *Id.* Ver também Eva Sáiz, *El ALBA afronta aislado la reforma del sistema de derechos humanos de la OEA*, El país (21 de março de 2013).

93 *Ecuador Proposals* (Span.), nota *supra* 10.

94 *Venezuelan Notice of Denunciation* (Span.), nota *supra* 14, à 10.

95 *Ecuador Proposals* (Span.), nota *supra* 10.

abster de impor seu conservadorismo ideológico ao sopesamento desses direitos, alienando regimes que não façam o mesmo.

O Presidente boliviano, Evo Morales, tem frequentemente focado em direitos relacionados ao bem coletivo. Por exemplo, ele tem insistido que “os povos da América Latina devem ter acesso a todos os serviços básicos – como energia, água e telecomunicações – como um direito humano.”⁹⁶ Ele também tem falado sobre uma “obrigação de quebrar o monopólio em medicamentos.”⁹⁷

Curiosamente, a Nota de Denúncia da Venezuela acusa a Comissão e a Corte de agirem politicamente, reprovando-as por “terem se tornado uma arma de arremesso política.”⁹⁸ O documento refere aos “casos” analisados como “claramente politizados e enviesados contra o Estado venezuelano.”⁹⁹ Evoca, ainda, a citação anterior do Presidente Chávez descrevendo a Comissão Interamericana de Direito Humanos como “um órgão politizado utilizado pelo império para atacar governos como o da Venezuela.”¹⁰⁰

Obviamente, tal linguagem sugere que os representantes da Venezuela percebem a politização dos direitos humanos como um problema. No entanto, isso pode indicar que as autoridades da Venezuela são contrárias à politização destes de um modo específico. A Venezuela pode estar atacando a Comissão e a Corte em razão de estarem incentivando um modo equivocado de política – *viz.*, contra-revolucionário e não democrático – nas suas tomadas de decisão.

É bastante revelador que quase todos os governos em questão têm lidado com a aplicação de direitos internamente de maneira semelhante, o que joga uma luz sobre a sua intenção no exterior. Eles têm (1) no início atacado o Judiciário nacional por possuir um papel destrutivo ao invés de de suporte aos seus programas políticos; (2) em seguida, mudado a composição das suas principais cortes constitucionais; (3) conseqüentemente, instituído novas Constituições que reflitem suas convicções progressistas; e, (4) finalmente, lutado para manter os novos juízes investidos em linha politicamente.¹⁰¹ Na Venezuela, Equador e Bolívia,

96 Mabel Azcui, *El presidente Correa dice que la OEA debe “revolucionarse o desaparecer,”* El país (05 de junho de 2012) (citando o Presidente boliviano Evo Morales).

97 *Id.*

98 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, à 2.

99 *Id.* at 4.

100 Maye Primera, *Chávez ordena la salida de Venezuela de la CIDH*, El país (26 de fevereiro de 2010) (citando o Presidente venezuelano Hugo Chávez).

101 *Ver* Oquendo, nota *supra* 1, à 170-195 (Ch. III, § E) (“When Constitutionalism Breaks Down: Venezuela’s 1999 Constitutional Crisis”). Sobre a situação no Equador, *ver* EFE, *El Parlamento de Ecuador designa un nuevo Tribunal Constitucional tras el cese del anterior*, El país (01 de

as autoridades têm evidentemente atuado seguindo o mesmo roteiro em torno à politização de direitos e de instituições jurídicas.

Esses regimes têm certamente a intenção de continuar sua campanha política na arena internacional. Já deram o primeiro passo atacando os principais órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e mantendo um pedido geral de troca dos atuais juízes.¹⁰² Talvez o bloco bolivariano não sinta nenhuma necessidade, no momento, de começar uma complicada tarefa de alteração das normas convencionais da região porque os amplos direitos em questão se encaixam bem em suas próprias políticas. No entanto, provavelmente sonha em introduzir uma entidade investigativa e decisória que concorde com sua agenda ou, ao menos, que não interfira nela.

Certamente, o repúdio dos escrutínios judiciais nacionais e internacionais parece repousar, mais uma vez, no desejo de obter a supremacia da soberania absoluta. O antigo Embaixador do Panamá para a Organização dos Estados Americanos, Guillermo A. Cochez, se pronunciou sobre o assunto. Referindo-se inicialmente a Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua, ele escreve: “O sistema de justiça tem se tornado um calcanhar de Aquiles àqueles que desejam não ter nenhum controle sobre os [que estão no poder]; àqueles que entendem o poder como uma maneira de fazer praticamente o que quiserem.”¹⁰³

Independente dos méritos dessa acusação, as nações dissidentes parecem principalmente estar colocando em prática sua concepção política dos direitos humanos. Desse ponto de vista, as cortes devem sustentar a visão oficial do programa político. Naturalmente, não devem lealdade ao governo, como um membro de ministério. No entanto, o Judiciário deve se conformar pelo bem da congruência e integridade.

Nesse sentido, os tribunais agem incongruentemente quando assumem um vies político e avançam suas políticas preferenciais. Especificamente, expõem a sociedade à uma desordem política. A situação se assemelha de algum modo à de um país no qual o presidente e o primeiro-ministro pertencem a partidos diferentes, como ocasionalmente acontecia na França anteriormente ao referendo de 2000, que trouxe uma emenda à Constituição francesa para tornar esse cenário

junho de 2007); Daniela Creamer, *Correa celebra un referéndum que le permitirá controlar la justicia*, El país (07 de maio de 2011). For the situation in Bolivia, see Mabel Azcui, *Morales emprende la reforma del poder judicial con 18 nombramientos*, El país (19 de fevereiro de 2010).

102 *Ver de forma geral* Introdução, *supra*.

103 Guillermo A. Cochez, *La justicia y el poder*, El país (31 de agosto de 2013).

improvável.¹⁰⁴ Portanto, um Judiciário ativista pode provocar tanto dano quanto um segundo chefe de governo “trabalho contra a corrente”¹⁰⁵ do Poder Executivo.

Ainda, as cortes atropelam a integridade da ordem legal quando suplantam autoridades eleitas, além de violarem os princípios essenciais da sua profissão. Ao contrário do primeiro ministro, os juízes normalmente carregam um dever de restrição e devem se abster de envolvimento em política.

De qualquer forma, a demanda descrita soa provocativa exatamente porque encara os direitos humanos de forma política, assim como por limitar severamente os tribunais nacionais e internacionais. Ao mesmo tempo, isso parece contra-intuitivo. Pode-se tender a pensar em tais direitos como opostos ou pelo menos distintamente desassociados da política.

Essa asserção incita um otimismo revolucionário sobre a capacidade do Estado em honrar tanto os direitos humanos quanto política. Renova radicalmente a demanda, que grupos estadunidenses de esquerda e direita têm pronunciado no passado,¹⁰⁶ de conceder aos poderes políticos significativa margem de manobra nesse domínio. A novidade reside na ideia de que instituições judiciais devem se submeter porque lidam não com políticas (ao contrário de direitos), mas com direitos inevitavelmente políticos.

Como notado, o Eixo Bolivariano não apresentou suas postulações nesses termos. No entanto, ele fez afirmações que combinam com a formulação elaborada nesta seção. Além disso, a presente construção torna a reivindicação mais interessante para uma discussão internacional e acadêmica sobre direitos humanos. A Parte II reforçará ainda mais esta afirmação.

104 Ver Suzanne Daley, *In Underwhelming Turnout, French Voters Cut Presidential Term*, N.Y. Times (25 de setembro de 2000), à A3 (“Um referendo para diminuir o mandato do Presidente da França de sete para cinco anos foi amplamente aprovado hoje por meio de um número recorde de votantes que não se fez presente às urnas... Apoiadores têm argumentado que o mandato de sete anos irá diminuir ou eliminar estranhos períodos de ‘coabitação’ como o que a França tem experienciado agora com um presidente e primeiro-ministro de diferentes partidos e geralmente em desacordo sobre questões cruciais”).

105 *Id.*

106 Ver, e.g., Duncan M. Kennedy, *The Critique of Rights in Critical Legal Studies*, in *Left Legalism/Left Critique* 178, 199-200 (Janet Halley & Wendy Brown eds., 2002) (“Os realistas argumentavam [nas décadas de 20 e 30] que em razão de o tradicional caso dos direitos constitucionais contra a estatutos de reforma envolver meramente argumentos de política, as cortes tiveram especificamente nenhuma base legal para anular julgamentos legislativos... moderados e conservadores afirmaram [em 1950] que em razão de tudo o que uma corte poderia fazer seria balancear direitos contra poderes ou direitos entre si, eles tiveram nenhuma base legal para anular decisões legislativas.”).

2. ANÁLISE DA REIVINDICAÇÃO

2.1 Princípios

■ Encontrando inspiração nos escritos de Immanuel Kant, muitos filósofos contemporâneos têm concebido os direitos humanos como apolíticos. Em outras palavras, eles têm buscado demonstrar que tais direitos não formam parte do reino da política. A reivindicação bolivariana, como definida, colide diretamente com essa intrincada visão dos direitos humanos.

Jürgen Habermas, no entanto, decididamente divide as esferas da moral e da ética-política e coloca os direitos fundamentais na primeira dessas esferas. A moral interessa aos indivíduos em qualquer lugar e de forma semelhante: “Pela pergunta de questões morais, a humanidade – ou uma presumida república de cidadãos globais – constitui o sistema de referência para a justificação de regulações que são igualmente interessantes a todos. As conclusões devem, em princípio, ser capazes de serem aceitas por todo mundo.”¹⁰⁷ Matérias ético-políticas, contudo, referem-se somente a uma comunidade particular:

Ao abordar questões ético-políticas, a forma de vida das “nossas respectivas” coletividades políticas constitui o sistema de referência para a justificação de regulações que expressam um consciente e coletivo autoconhecimento. As conclusões devem, em princípio, ser capazes de ser aceitas por todos os membros que dividam “nossas” tradições e mais firmes valores.¹⁰⁸

Enquanto a moralidade é deontológica, a política ética é teleológica. Dessa forma, a primeira impõe obrigações independentemente dos propósitos do agente; a última é vinculante desde o momento em que o agente adota um fim específico ou *telos*.¹⁰⁹

Além disso, as razões morais possuem prioridade hierárquica e prevalecem sobre as suas contrapartidas políticas. Sustentam princípios ou normas como opostos a valores. É significativo que os princípios não devam chocar-se entre si, mas, ao invés disso, devam constituir um sistema coerente. Valores, por sua vez,

107 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats 139 (1992) [daqui em diante, Habermas, FG].

108 Habermas, FG, nota *supra* 106, à 139. Ver também Jürgen Habermas, Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur Politischen Theorie 252 & 254 (1996) [daqui em diante, Habermas, EA].

109 Habermas, FG, nota *supra* 106, à 127, 188.

geralmente competem entre si e permitem um ranqueamento de acordo com a medida em que os objetos se aderem a eles.¹¹⁰

Ronald Dworkin faz outra articulação dessa posição geral. Ele faz a diferenciação entre princípios e política nos seguintes termos:

Eu chamo política pública aquele tipo de conduta que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade (embora alguns objetivos sejam restritivos por estipularem que alguma característica presente deve ser protegida de uma mudança adversa). Chamo ‘princípio’ um padrão para ser observado não porque irá melhorar ou garantir uma situação econômica, política ou social considerada desejável. Mas porque ele é um requisito de justiça ou alguma outra dimensão de moralidade.¹¹¹

Dworkin por fim identifica direitos fundamentais com princípio e moralidade, não com política pública. Ele expressamente descreve a interpretação de “direitos individuais” como “morais que não... políticos” e principalmente de prerrogativa do Judiciário.¹¹²

Dworkin e Habermas concordam que os direitos humanos básicos se apoiam em princípios e pertencem ao reino da moralidade ao invés da política pública. Ambos acreditam que esse tipo de direito é vinculante e tem precedência sobre ideais políticos.

Como esperado, outros filósofos, especialmente aqueles operando sob influência de Kant, abraçam essa perspectiva. Tim Scanlon exemplifica esta tendência:

Isto quer dizer, primeiro, que afirmar um direito não é meramente estabelecer o valor de algum objetivo ou o grande prejuízo de um certo dano acontecer. Pelo contrário, é negar que governos ou indivíduos tenham a autoridade para agir de certa forma ou afirmar que eles têm um dever afirmativo de agir de certo modo, por exemplo, prestar assistência de maneira específica.¹¹³

110 *Ver de forma geral* Ángel R. Oquendo, *When Democracy and Human Rights Collide*, 7 *Symp.* 67 (2003).

111 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* 22 (1977) [daqui em diante, Dworkin, *Rights*]. *Ver também* Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* 72-103 (1985).

112 Ronald Dworkin, *Constitutionalism and Democracy*, 3 *Eur. J. Phil.* 2, 10-11 (1995); *ver de forma geral* Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, in *Theories of Rights* 153 (Jeremy Waldron ed., 1984).

113 Thomas M. Scanlon, *Human Rights as a Neutral Concern*, in *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy* 113, 115 (2003). *See also id.* at 117 (“Mesmo aqueles direitos humanos que envolvem o menor comprometimento a específicos remédios institucionais retêm um caráter político que os diferenciam de meros objetivos.”).

Nessa passagem, Scanlon da mesma forma opõe direitos a objetivos e valores e os associa com obrigações, assim como com limites ao poder político das autoridades.

Mesmo alguns dos atuais inimigos dessa bem elaborada concepção dos direitos humanos, se apoiando na filosofia de Aristóteles, Hegel, Marx ou Nietzsche, parecem concordar com essa definição. Por exemplo, Richard Rorty, invocando os escritos de Eduardo Rabossi, rejeita tais direitos justamente porque se baseiam em princípios que parecem derivar de uma razão universal aplicável a todos os seres racionais.¹¹⁴ O “problema com o discurso dos direitos”, ele diz, “é que ele torna a moralidade política não como um resultado do discurso político – ou reflexão, compromisso e escolha do mal menor – mas de um imperativo moral incondicional.¹¹⁵ Rorty segue a opinião de Annette Baier na sua distanciação dos direitos humanos em prol de um entendimento baseado na simpatia, confiança, sentimentos, cuidado e solidariedade.¹¹⁶

Bernard Williams, por sua vez, censura as tentativas de expandir a noção de direitos humanos além de uma estreita noção de “coerção não mediada”¹¹⁷, construída contextualmente, em “boas coisas” em geral, como “os chamados direitos positivos, como o direito ao trabalho.”¹¹⁸ Ele explica que “existem bens humanos cujos valores talvez não sejam melhor expressos em termos de direitos.”¹¹⁹ Ainda, ele diferencia direitos do que é bom e de valores, mais amplamente.

Além disso, Williams distingue direitos humanos de políticas públicas. Por exemplo, censura os liberais estadunidenses que advogam a proteção do discurso de ódio sob a Primeira Emenda da Constituição. Sugere que desse modo articulam uma “forte convicção pessoal”, que se refere a uma “questão de política pública”, ao invés de “[a um] assunto unicamente de direito”.¹²⁰

114 Ver Richard Rorty, *Human Rights, Rationality and Sentimentality*, em *The Politics of Human Rights* 67-83 (Belgrade Circle ed., 1999) Rorty afirma: “O argumento de Rabossi de que as fundações dos direitos humanos estão fora de época me parecem tanto verdadeiras quanto importantes; elas serão meu principal tópico nesse ensaio. Eu devo desenvolver e defender o argumento de Rabossi, de que não vale a pena discutir se os seres humanos têm os direitos presentes da Declaração de Helsinki. Em particular, estarei defendendo o argumento de que nada relevante à escolha moral separa seres humanos de animais a não ser os fatos históricos contingentes do mundo, fatos culturais.” *Id.* à 69-70.

115 Richard Rorty, *What’s Wrong with “Rights,”* Harper’s, June 1996, à 15.

116 *Id.* à 15-18.

117 Bernard Williams, *Human Rights: The Challenge of Relativism* 13, Sackler Distinguished Lecture: Univ. Conn. (23 de abril de 1997).

118 *Id.* à 2-3.

119 *Id.* à 3.

120 *Id.* à 5.

Em suma, os filósofos citados iriam repudiar qualquer tentativa de politização dos direitos humanos. Eles iriam fazê-lo por diferentes motivos, mas convergiriam numa visão de que a identificação de tais direitos com um projeto político particular seria problemática. Não importando se os direitos deveriam prevalecer ordinariamente sobre a política, o *establishment* filosófico parece franzir o cenho perante a união dos primeiros com a última.

Desse ponto de vista geral, uma reivindicação baseada em direitos humanos constitui uma questão de princípio. Analisar se uma violação ocorreu envolve descobrir se o alegado violador quebrou a norma moral em jogo. Isso não tem nada a ver com política, seja a dos autores do direito em questão, aquela das entidades politicamente legítimas e competentes ou aquelas das partes particularmente progressistas na disputa.

Por exemplo, um cidadão pode acusar o governo de estar violando a sua liberdade de expressão. A instituição adjudicante deve determinar deontologicamente se a violação do princípio subjacente ocorreu e, caso positivo, decidir a favor do requerente. Não deve ter em conta se as autoridades participaram na elaboração da norma que estabelece o direito em exame, se têm alguma experiência específica ou legitimidade política, ou se agiram inspiradas por um fim político maior.

No entanto, o regime pode reagir maneira defensiva usual e insistir que limitou as liberdades de expressão da requerente porque, por exemplo, ela estava trabalhando para enfraquecer um programa – eticamente impecável – para redistribuição de terras. O regime ainda poderia tentar demonstrar que permitir a manifestação de pessoas como ela poderia causar um dano inimaginável à população. Como resposta, contudo, o juiz poderia simplesmente citar John Rawls: “Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça, de que até mesmo o bem-estar da sociedade como um todo não pode se sobrepor... Assim, numa sociedade justa... os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos à barganha política ou a cálculo de interesse social.”¹²¹

Não é surpresa que Ronald Dworkin assumira uma posição similar: “Um direito contra o governo deve ser um direito a se fazer algo mesmo quando a maioria pensa que isso seria ruim e até mesmo quando realizá-lo ameaçasse a maioria.”¹²² “Se alguém tem direito a fazer algo,” Dworkin elucida, “então é errado que o governo o negue mesmo que faça baseado no interesse geral.”¹²³

121 John Rawls, *A Theory of Justice* 3-4 (1971).

122 Dworkin, *Rights*, nota *supra* 110, à 194.

123 *Id.* à 269.

Nem é preciso dizer que essa resposta geral é influenciada por uma clara diferenciação entre, de um lado, normas e princípios, que carregam direitos, e, do outro, valores, que servem como base para política e políticas públicas. Habermas tenta meticulosamente definir e distinguir essas duas noções primordiais:

Normas e valores diferem, primeiro, em que as primeiras se referem à ação obrigatória enquanto que os últimos se referem à ação teleológica; segundo, em que a validade da reivindicação das primeiras tem um sentido binário, enquanto a dos últimos tem um sentido gradual; terceiro, em que as primeiras vinculam absolutamente e os últimos relativamente; e, quarto, em que a interligação de um sistema de normas e um sistema de valores deve satisfazer critérios diferentes.¹²⁴

Na medida em que considera os direitos humanos essencialmente como normas, Habermas lhes atribui estas quatro propriedades.

Primeiro, tais direitos devem ser deontológicos – i.e., devem estabelecer um dever sem qualquer ligação a um fim particular. E mais, divergem da estrutura de políticas públicas teleológicas. Por exemplo, a possibilidade de votar regularmente em eleições não aumenta a felicidade ou utilidade, mas reforça uma obrigação específica do governo. Requerer-se-ia sufrágio universal mesmo que se fossem prejudicados alguns ou vários fins da cidadania.

Segundo, um direito humano, ao invés de uma política pública, rotula determinadas ações como certas ou erradas, não como recomendáveis até um ou outro ponto. Por exemplo, direitos de privacidade podem permitir ou condenar a escuta telefônica. Não a categorizam como muito, relativamente ou apenas louável. Em fim, se diferenciam de objetivos políticos particulares, como o da chamada zero tolerância ao crime.

Terceiro, Habermas acredita que a função dos direitos humanos básicos, como a dos princípios em geral, costumam “ter o sentido absoluto de uma incondicional e universal obrigação: duma reivindicação imperativa que é igualmente válidas para todos.”¹²⁵ Tais direitos, conseqüentemente, se aplicam a sociedades ao longo de todos os tempos. Esse caráter absoluto não preclui a possibilidade de implantação contextual: então os requisitos específicos podem variar de uma comunidade a outra. “A atratividade de valores,” em contraste, “tem um sentido relativo de uma avaliação de bens que está incorporada ou adotada dentro de

124 Habermas, FG, nota *supra* 106, à 311.

125 *Id.*

uma cultura ou forma de vida.”¹²⁶ De forma consistente, Habermas define valores como sendo “preferências compartilhadas intersubjetivamente”¹²⁷ e atribui às políticas públicas como uma subcategoria, a mesma denominação e uma pequena margem de aplicação.

Por fim, os vários direitos humanos devem formar um sistema coerente. Devem em último caso estar em harmonia entre si. Quando um deles prescreve um curso de ação, outro não deve direcionar em rumo contrário. Por exemplo, a liberdade religiosa, corretamente construída, deve sempre estar compatível com a igualdade sexual. No extremo oposto, objetivos políticos podem se chocar e competir entre si, necessitando de relativo ranqueamento. Por exemplo, encorajar a imigração de trabalhadores qualificados e atingir o pleno emprego entre a atual população podem, como políticas públicas, chocar e forçar um governo a e equilibrar elas.

Desse ponto de vista, o grupo bolivariano parece estar engajado num erro de categoria. Especificamente, equivocadamente assimila direitos humanos a políticas públicas. No entanto, os primeiros, como normas, necessariamente divergem das últimas, como valores.

2.2 Políticas

■ A resposta que acabamos de descrever soa muito fácil, no entanto. Os aliados bolivarianos poderiam recalcar que a política pública forma uma parte essencial da aplicação de um direito. Eles poderiam utilizar direitos econômicos, sociais e culturais como exemplos.

Claro, a seção precedente já alude ao ceticismo de Bernard Williams *vis-à-vis* “os chamados direitos positivos, como o direito ao trabalho.”¹²⁸ Williams elabora:

Declarações de direitos humanos costumam defender direitos desse tipo, mas existe um problema com eles. Ninguém duvida que ter uma oportunidade de trabalhar é uma coisa boa, ou que desemprego é algo ruim. Mas significa isso que as pessoas têm direito a trabalhar? O problema é: contra quem se tem esse direito? Quem o viola caso não seja observado?... Mesmo que governos aceitem alguma responsabilidade por níveis de desemprego pode não ser possível para eles prover ou gerar trabalho, e,

126 *Id.*

127 *Id.*

128 Williams, nota *supra* 116, à 2-3.

se eles falharem em fazê-lo, não fica claro que a melhor coisa a dizer é que o direito dos desempregados foi violado.¹²⁹

Williams expressa assim uma preocupação comum na filosofia e no direito. Filósofos geralmente consideram esses direitos positivos como meras aspirações.¹³⁰ Advogados frequentemente notam a falta de eficácia jurídica de tais direitos.¹³¹

Nessa conjuntura, os detratores do Sistema Interamericano de Direitos Humanos diriam, sem hesitação, que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem contém o direito ao trabalho, assim como outros direitos positivos,¹³² e o Protocolo de San Salvador também.¹³³ Destacariam ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos do mesmo modo contém um Capítulo sobre “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.”¹³⁴ Além disso, os juízes nacionais e internacionais da região têm consistentemente reconhecido tais direitos como aplicáveis.¹³⁵

Inspirados por esses e outros documentos e decisões internacionais, os filósofos dificilmente podem questionar o reconhecimento internacional desse tipo de direito. No entanto, poderiam se manter céticos e argumentar que a razoabilidade impede que se reconheça tais direitos como genuínos. Bernard Williams indubitavelmente argumentaria assim.

De fato, Williams considera “infeliz que declarações de direitos humanos têm, embora por motivos razoáveis, incluído supostos direitos desse tipo.”¹³⁶ Ele acredita que a comunidade internacional, assim, mina o conceito de um direito humano:

129 *Id.*

130 *Ver id.* à 3 (“Já que vários casos de governo não podem realmente entregar o que as pessoas supostamente têm direito, isso encoraja a ideia de que direitos humanos representam simples aspirações...”).

131 Com tais direitos em mente, Joseph Raz observa que “direitos legais [nem] sempre são cogentes.” Joseph Raz, *Rights and Politics*, 71 *Ind. L.J.* 27, 41 (1995). “Vários sistemas,” ele afirma, “reconhecem o que pode ser chamado de direitos declaratórios, que não capacitam seus detentores a iniciar procedimento judicial para seu cumprimento. Eles podem ser meramente declaratórios, ou eles devem ser aplicados por outras instituições de governo...” *Id.*

132 American Declaration of the Rights and Duties of Man, art. XIV (May 2, 1948); *Ver também id.*, arts. XI-XVI.

133 San Salvador Protocol (Nov. 17, 1988), art. 6; *Ver também id.*, arts. 9-18.

134 *American Convention (Span.)*, nota *supra* 13, ch. III (“Derechos Económicos, Sociales y Culturales”).

135 *Ver* Oquendo, nota *supra* 1, à 351-386 (Ch. VI; § B).

136 Williams, nota *supra* 116, à 3.

Já que em vários casos os governos não podem realmente entregar aquilo ao que suas populações *a priori* têm direito, isso encoraja a ideia de que direitos humanos representam simples aspirações, que eles assinalam bens e oportunidades que, sendo urgentes, deveriam ser providos se possível. Mas essa não é a essência de um direito. Se as pessoas têm direito a algo então alguém falha ao denegá-lo.¹³⁷

Williams, portanto, se concentra nas clássicas liberdades civis e políticas, ou num limitado, quase evidente,¹³⁸ subconjunto, que se apoia na noção universal “de que *poder* não é um direito *per se*” e que o Estado age ilegitimamente quando exerce “poder coercivo não mediado”.¹³⁹

Alguém ainda poderia replicar definindo direitos positivos de forma mais estrita. Os governos não têm uma vaga e ampla obrigação de criar empregos para os seus cidadãos. Pelo contrário, ele deve meramente demonstrar um sincero engajamento no direito ao trabalho. Por exemplo, as autoridades podem mostrar que têm implementado um programa confiável para alcançar o emprego pleno. Não precisam e não podem garantir sucesso nos seus empreendimentos.

Mesmo alguns filósofos influenciados por Immanuel Kant e, assim, apoiadores de uma concepção principiológica e apolítica dos direitos humanos, como Tim Scanlon, têm abraçado tais direitos programáticos. Scanlon explica que a diferença *vis-à-vis* os direitos negativos, estabelecidos há bastante tempo, se baseiam na medida em que o Estado tem o direito de desenvolver “estratégias específicas”¹⁴⁰ para o reforço do direito em questão: “O que são às vezes chamados direitos de bem-estar ou humanitários”, ele escreve, “diferem dos tradicionais direitos civis ou pessoais nesse aspecto”.¹⁴¹ Especificamente, o governo goza de maior liberdade ao escolher os meios de implementação em relação aos últimos do que aos primeiros. Apesar dessa distinção, Scanlon provavelmente manteria ambos os tipos de direitos dentro da categoria mais ampla de direitos humanos.

Scanlon fornece a seguinte explicação:

Por exemplo, quando pessoas falam de “direito a uma alimentação adequada”, elas não estão apenas dizendo que é uma coisa muito ruim ficar sem comida suficiente. Eles também estão, acredito, expressando um julgamento de que instituições po-

137 *Id.*

138 *Id.* à 4.

139 *Id.* à 10.

140 Scanlon, nota *supra* 112, à 116.

141 *Id.*

líticas devem ter responsabilidade nessa área: instituições que não tomam passos adequados para impedir a fome entre seus cidadãos (e, pode-se acrescentar, entre outros), não estão em condições mínimas de legitimidade. É essa conexão entre autoridade institucional e responsabilidade que faz apropriado falar aqui de um direito.¹⁴²

Sob pena de sanção por estar vinculado a este direito, o governo deve construir uma bem-elaborada política pública com o fim de fornecer nutrição adequada aos seus cidadãos. Obviamente, ele não tem a obrigação de tomar o melhor curso possível de ação, nem de proteger cada pessoa da desnutrição.

O movimento bolivariano ainda poderia adicionar que mesmo os chamados direitos negativos, que requerem que as autoridades se abstenham de certas ações, necessitam de uma análise equivalente. Por exemplo, o Estado deve adotar medidas sensíveis para reforçar o direito à igualdade com relação às oportunidades de educação primária. Deve prevenir que grupos desfavorecidos recebam uma educação deficiente, mas não precisa lhes dar acesso a uma aula ou a uma atividade extracurricular em particular, nem garantir que todos os seus membros irão prosperar academicamente, nem demonstrar que optou pelo melhor plano disponível.

As autoridades governamentais merecem ampla liberdade quanto à dimensão política de qualquer direito, seja civil, político, social, econômico ou cultural. Além do mais, eles têm a maior expertise e legitimidade em matéria de política pública. Consequentemente, um tribunal não deve reavaliar decisões governamentais nesse sentido.¹⁴³ Além disso, deve aceitar que alguns regimes lidam de modo diferente com relação ao mesmo problema.

Ronald Dworkin e Jürgen Habermas entenderiam da mesma forma. O primeiro reconhece que o mesmo conceito de um determinado princípio pode implicar uma multiplicidade de concepções alternativas.¹⁴⁴ O outro, por sua vez, reconhece que os direitos básicos permitem uma variedade de interpretações de

142 *Id.*

143 *Ver, e.g.,* West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379, 399 (1937) (“Mesmo que a sensatez da política seja tomada com discutível e seus efeitos incertos, ainda sim a legislatura está vinculada ao seu julgamento.”).

144 Dworkin, Rights, nota *supra* 110, à 134-136. *Ver também* Ronald Dworkin, Law’s Empire 71 (1986) (“Num primeiro nível o acordo gira em torno de discretas ideias que são sempre empregadas em todas as interpretações; num segundo, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e retomada.”)

uma sociedade à outra.¹⁴⁵ A amplitude interpretativa em cada uma dessas opiniões pode derivar da influência da política pública ou de fatores ético-políticos.

No entanto, Dworkin se distanciaria desta posição geral. Entende as várias concepções não como igualmente legítimas, mais como estando em competição entre si em relação à verdade ou à sua correção. Sugere que uma comunidade que constitucionalmente aplica um conceito específico e delega aos tomadores de decisão a definição de uma concepção correlata “assume que uma concepção é superior à outra.”¹⁴⁶ De qualquer forma, Dworkin certamente insistiria em separar com cuidado princípios de políticas públicas e negar que estas podem servir para elaborar aqueles.

Em contraste, Habermas embarcaria satisfeito no caminho delineado. Ele explicitamente admite que “o processo de realização legal [de direitos] se desdobra em contextos que também demandam discursos de autoconhecimento como componentes importantes da política: discussões sobre uma concepção comum de bem e sobre a forma de vida cujo reconhecimento autêntico é procurado.”¹⁴⁷ Ele elucida:

Certamente, as decisões e políticas dos legisladores devem ser interpretadas, respectivamente, como realizações e elaborações do sistema de direitos. No entanto, quanto mais concreto seja o tópico em consideração mais se expressa *também* o autoconhecimento da coletividade, junto à correspondente forma de vida, ... na resultante regulação legal....¹⁴⁸

Consequentemente, quando desenvolvidos numa constituição ou, acima de tudo, numa lei, os direitos humanos internalizam política, ações governamentais, valores e concepções do que é bom. Habermas fala no sentido da “impregnação ética de toda comunidade legal, assim como de todo processo democrático dedicado à realização de direitos fundamentais.”¹⁴⁹

Desse ponto de vista, a implementação de um direito em particular frequentemente implica transcender o reino do princípio e transitar na política. A liberdade religiosa exemplifica esta situação. De um lado, as autoridades podem

145 Habermas, FG, nota *supra* 106, à 1162 (“Consequentemente, as seções que enumeram direitos fundamentais em várias constituições históricas podem ser entendidas como interpretações contextuais do *mesmo sistema* de direitos.”). Ver *também*, *id.* à 163, 226, 238, 379, 527; Habermas, EA, nota *supra* 106, à 245, 263.

146 Dworkin, Rights, nota *supra* 110, à 135.

147 Habermas, EA, nota *supra* 106, à 254.

148 *Id.*

149 *Id.* à 255.

implementar esse direito de uma maneira principiológica inclusive se abstendo de suprimir qualquer fé. De outro, podem proceder politicamente e honrar um compromisso legal de dar suporte a grupos cívicos em geral pela distribuição de concessões a cada credo de forma igual. Quase inevitavelmente, um governo vai passar da primeira para a segunda abordagem e aumentar a sua margem de manobra uma vez que intensifica os seus esforços em nome do direito em questão. Isso resultará numa ação que, enquanto totalmente justificável politicamente, se diferirá daquela das autoridades menos engajadas. Desse modo, regimes dedicados ao progressismo em diferentes níveis poderão coexistir e ter seu lugar dentro do mesmo esquema de direitos humanos.

Não obstante sua recusa de direitos positivos, Bernard Williams também enfatiza “a importância de se pensar politicamente sobre a violação de direitos humanos.”¹⁵⁰ Assim, procura ressaltar “a realidade à custa de abstração filosófica.”¹⁵¹ Além de averiguar filosoficamente se tais infrações, *viz.*, “práticas envolvendo coerção sem legitimação,”¹⁵² têm ocorrido, se deve decidir como reagir, o que constitui, de acordo com Williams, “sempre uma questão política.”¹⁵³

Williams alerta “que o político não simplesmente exclui, senão inclui o princípio, além de outras coisas.”¹⁵⁴ Na opinião dele, a política se inicia com uma averiguação principiológica e filosófica da possibilidade de uma violação de direitos humanos na forma de “coerção não mediada”¹⁵⁵ ter ocorrido. Depois disso, deve-se considerar uma ampla gama de fatores antes de determinar o que, caso seja possível, fazer sobre a atual violação.

No final de tudo, Williams defere completamente aos governos. Ele conclui que eles devem honrar somente um número reduzido de direitos negativos, evidentes e universais, relacionados à “coerção injusta.”¹⁵⁶ Além disso, os Estados opressores não deveriam ser condenados caso pudessem “demonstrar que a coerção é legítima.”¹⁵⁷ Williams alerta, contudo, que a justificativa deve se basear num “sistema de crenças” que não pode “ser razoavelmente interpretado como (para colocar em improváveis termos simples) de sustentação da dominação.”¹⁵⁸

150 Williams, nota *supra* II6, à 3.

151 *Id.*

152 *Id.* à II.

153 *Id.* à 13.

154 *Id.*

155 Williams, nota *supra* II6, à 12.

156 *Id.*

157 *Id.* à II.

158 *Id.* à 12.

Em outras palavras, Williams parte de um extremamente amplo campo de operações irrestritas à política. Ele efetivamente confere *carte blanche* às autoridades desde que não coajam seus cidadãos. Notadamente, ele toleraria mesmo um regime coercivo se a liderança pudesse formular uma reivindicação razoável de legitimidade.

Coincidentemente, Habermas e Williams consideram que a ação política não apenas toca mas também permanece externa aos direitos humanos. Para ser mais exato, eles provavelmente reconheceriam a dificuldade de se desenhar uma linha clara que separe o interior principiológico de tais direitos do seu exterior político. Na verdade, contudo, se o elemento político impacta os direitos humanos de forma endógena ou exógena não interessa muito. Por exemplo, o governo se conduz de igual forma ao subsidiar todas as organizações religiosas através do exercício da sua discricção política, que em apoio à liberdade religiosa. Só parece se beneficiar mais de uma defesa mais sólida no último do que no primeiro cenário contra indivíduos que porventura reclamem de um ataque do governo sobre os seus direitos. Em qualquer caso, as autoridades devem afirmar de forma categórica que a alegada violação aconteceu no processo de defesa das liberdades religiosas.

De qualquer forma, o Eixo Bolivariano pretende, sob a interpretação elaborada na Seção I(C), ir além da asserção de que os direitos humanos possuem uma dimensão política. Estão, de fato, propondo que tais direitos sejam apenas políticos e nada mais. Ou seja, o componente principiológico desaparece completamente.

Tal posição traz à mente o que foi argumentado pelo realismo legal estadunidense e, mais tarde, pelo movimento de estudo jurídico crítico (*critical legal studies movement*). Essas escolas procuraram, em parte, abandonar noções como “formalismo e objetivismo” com o objetivo de postular um entendimento do direito como sendo um meio de alcançar objetivos políticos reformistas ou “de esquerda”.¹⁵⁹ As nações dissidentes dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos parecem estar fazendo uma campanha equivalente com respeito a direitos humanos ao invés do direito como um todo.

Isso lembra, no entanto, que a parcela dissidente dentro da Organização dos Estados Americanos tem assumido uma posição que diverge dos modelos instrumentalistas do direito previamente mencionados. Ela certamente *não* tem afirma-

159 *Ver, e.g.*, Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 3-4 (1983) (“Se a crítica do formalismo e do objetivismo é o primeiro tema característico de movimentos de esquerda no pensamento legal moderno, a utilização puramente instrumental tanto da prática quanto da doutrina legal para o avanço os propósitos de esquerda é apenas secundário.”).

do que as cortes deveriam impor sua própria agenda política contra aquela dos poderes Executivo e Legislativo do governo. Pelo contrário, os países em questão insistem, como previamente exposto, que os juízes devem sempre abraçar e apoiar as políticas públicas das autoridades eleitas.

Essa postura não se resume à ideia aparentemente conservadora de que os juízes devem sempre se submeter às autoridades políticas, sejam boas ou ruins. Pelo contrário, incorpora um pedido caloroso por políticas progressistas. Desse ponto de vista, se o governo se dedica à emancipação, os tribunais devem se mostrar favoráveis. Se é opressivo, contudo, falta-lhes capacidade de fazer a diferença e se tornam irrelevantes. Sob tais circunstâncias, cidadãos não deveriam levar suas reclamações aos tribunais, mas, ao invés disso, às ruas para tentar subverter a ordem existente.

A Venezuela e seus aliados afirmariam, especificamente, que qualquer direito humano deveria servir para alcançar justiça social. Demandariam a submissão do Judiciário porque, como Estados, participaram da promulgação da Convenção Americana; porque, como governos, possuem *expertise* e legitimidade em política; e acima de tudo, porque têm colocado em prática um formidável projeto de revolução política. Desse ponto de vista, a Comissão Interamericana e a Corte de Direitos Humanos estão impedindo esta nobre cruzada pela emancipação política e deveriam, portanto, ao menos não obstruir o caminho. O bloco de esquerda da região, por sua parte, deveria vigorosamente se concentrar na política e no direito com o intuito de manter esses organismos em xeque e, por último, forçá-los ou a mudar ou a desaparecer.

2.3 Entre Princípios e Política

■ Mesmo assim, talvez não devêssemos abandonar os princípios tão rapidamente. De fato, pode-se fazer um esforço para preservá-los, ao menos para transmitir a ideia de que um direito humano geralmente contém um elemento normativo e que o Estado merece apenas liberdade limitada nessa área. O Judiciário e a sociedade, como um todo, deveriam ampliar sua submissão às autoridades somente em relação a outras matérias, *e.g.*, aquelas que pertencem ao domínio político.

Assim, um direito essencialmente carrega um princípio ou uma norma. De forma paradigmática, postula uma obrigação e requer uma efetivação, principalmente, determinando se indivíduos ou entidades têm cumprido ou não. Quando autoridades públicas desprezam o princípio implícito num direito, devem indubitavelmente sofrer reprovação e sanção.

Se os direitos não forem mais que políticas públicas e se basearem em meros valores ou objetivos, os tribunais internacionais ou constitucionais dificilmente teriam um papel construtivo a exercer. No início, o governo simplesmente consideraria várias políticas públicas e agiria como julgasse apropriado. Depois disso, os juízes não poderiam minimamente concluir que a ação “violou” alguma política pública, nem mesmo uma desfavorecida ou descartada. Eles poderiam, no máximo, culpar o regime por desconsiderar algumas das políticas públicas enumeradas e exigir que sejam debatidas novamente. Se o Judiciário, ao invés disso, escolher confirmar as ações do Executivo, ele estaria se engajando num exercício aparentemente inútil e injustificado.

Como mencionado na seção anterior, os direitos possuem uma dimensão política. Assim como as normas que encarnam, podem requisitar concretização por meio de política pública. E nessa situação o governo caracteristicamente atua com considerável margem para erro.

O direito à privacidade pode ajudar a ilustrar o ponto. Da presente perspectiva ele expressa não uma particular política pública mas o princípio de que o Estado não deveria invadir a intimidade das pessoas. Quando as autoridades espionam cidadãos somente para manter um olho sobre uma potencial dissidência, atropelam essa norma e devem encarar um controle estrito. Contudo, quando lançam um programa para, por exemplo, o desenvolvimento e a distribuição de um *software* que a população pode manejar como um escudo contra a espionagem pública e privada, podem com certeza exigir um amplo (mas não infinito) espaço de atuação. Sem dúvida, diferenciar o primeiro tipo de cenário do último irá constantemente criar complicações e polêmicas.

Claro, um esquema conceitual diferente poderia servir igualmente para articular essa alternância, na realização dos direitos humanos, entre altos e baixos níveis de liberdade gozados pelo governo. Por exemplo, Bernard Williams se apoia na expressão “coerção não mediada”,¹⁶⁰ como um princípio superior, para descrever as raras situações nas quais ele toleraria uma interferência externa nos negócios de governo. Ele propõe conceder às autoridades *carta branca* em todos os outros casos.

Por fim, Williams desenha estreitamente o círculo das situações nas quais uma intervenção pode ocorrer legitimamente. No final, ele deixa ao governo extensa liberdade não somente com respeito a direitos políticos e civis cuja violação não constitui uma opressão crassa, mas também a todos os direitos econômicos,

160 Williams, nota *supra* 116, à 14.

sociais e culturais. Ele acredita que não se pode de forma persuasiva qualquer defender a imposição desses direitos desde fora da sociedade.¹⁶¹

Curiosamente, Williams nunca contempla se um tribunal transnacional poderia legitimamente intervir pela mera referência a um tratado ratificado por um Estado que está enfrentando acusações de abusos de direitos humanos. E não o faz, presumivelmente, por que ele foca nas situações nas quais os alegados opressores comandam uma comunidade que não reconhece as normas que os estrangeiros pretendem impor.¹⁶² Mais precisamente, ele está tentando descobrir a medida na qual a moralidade *per se*, independente do direito internacional, permite uma condenação em tal cenário.

O conceito de um princípio ou de um direito não tem que exibir todas as características comumente associadas a ele. Por exemplo, pode-se negar a universalidade e o caráter absoluto aparentemente atribuído por Ronald Dworkin e outros. O trabalho de Richard Rorty, referenciado no Seção II(A), serve como um lembrete dos problemas que tais atribuições criam.

Os direitos humanos principiologicos codificados não precisam refletir qualquer catálogo transcendental de direitos humanos morais. No entanto, têm conseguido espaço em muitas culturas, assim como no direito internacional, e obrigam quase categoricamente porque se baseiam em noções amplamente compartilhadas e cruciais, como as de razoabilidade, justificação e aceitação. Podem-se defender tais direitos com uma ampla gama de argumentos atraentes e contundentes.

Por exemplo, tal argumentação, em conjunto com uma campanha lançada para o fortalecimento das mulheres, tem levado a muitas nações a reconhecerem um direito quase incondicional contra a discriminação sexual. É incontestável que uma cultura atual ainda poderia rejeitar esse direito de forma forte e aberta, exigindo uma exceção ao amplo princípio da equidade. Destarte se exporia a críticas, seja por insensibilidade, crueldade, ignorância ou até mesmo sexismo, mas não necessariamente por falhar em entender a universalidade ou caráter absoluto

161 *Ver id.* à 12 “É uma marca do bom senso filosófico,” de acordo com Williams, “que a acusação” de que a prática [de determinado ato] viola direitos humanos fundamentais “não deve ser interpretada de qualquer forma; além do mais, as nossas teorias não devem nos levar a tratar como crimes manifestos toda prática que rejeitamos no princípio liberal e que não poderia ser aceita aqui – especialmente se na sua localidade ela puder ser tomada como legítima.” *Id.*

162 *Ver id.* à 10 (“Complicações conceituais multiplicam quando se está envolvido num caso diferente cujo argumento de legitimação que foi aceito numa época ainda é aceito em alguns lugares, mas recusado em outros.”) Na visão de Williams, “o mundo contemporâneo está certamente ao alcance do passado, e as influências do passado incluem, agora, concepções teocráticas de governo e ideias patriarcais dos direitos das mulheres.” *Id.*

do direito. Em relação a uma tão improvável coletividade nacional, talvez devêssemos nos abster de depreciá-la como irracional e de esperar trazê-la, com uma repreensão moral, aos caminhos adequados.

Tim Scanlon, por sua vez, se posiciona pela renúncia de um universalismo rígido: “Os julgamentos empíricos nos quais os direitos são baseados pressupõem certas condições de fundo... Essas condições não são universais, embora no caso de vários direitos comumente listados como ‘direitos humanos’ são suficientemente difundidas para serem consideradas gerais em todos propósitos práticos.”¹⁶³ Especificamente, Scanlon afirma que o objetivo que sustenta tais direitos, ou seja, “o de promover uma aceitável distribuição de controle sobre porções importantes das nossas vidas... seria importante às pessoas num grande número de sociedades, mas naturalmente não em todas.”¹⁶⁴ Finalmente, ele declara, ecoando Jürgen Habermas, que “os direitos particulares que [esse objetivo] demanda podem variar entre sociedades.”¹⁶⁵

Por fim, poderia-se até defender o “relativismo da distância de “Williams”, segundo o qual “ninguém é compelido a estender todas as suas opiniões morais, particularmente sobre direitos, ao passado.”¹⁶⁶ Tais direitos se aplicam unicamente às sociedades contemporâneas. “No que diz respeito a direitos humanos,” Williams elucida, “o que importa é o que se passa hoje no nosso mundo, agora. Nesse sentido, o passado não é outro país: se fosse apenas outro país nós deveríamos talvez nos perguntar o que fazer.”¹⁶⁷

Com relação aos Estados modernos, as cortes globais devem, ao efetivar a panaceia de direitos humanos, não apenas ceder às autoridades nas questões de políticas, mas também consistentemente mostrar considerável sensibilidade cultural. Por exemplo, podem se mostrar flexíveis caso uma nação como a Argentina, estando cientes da sua história, restringir os direitos de associação de grupos cívicos que advogam o retorno dos militares ao poder ou a condenável campanha de suprimir suspeitos considerados subversivos. Tal atitude judicial geral deve, *ceteris paribus*, reduzir o risco de intrusão exógena ilegítima.

Na elucidação do seu ponto de vista, Tim Scanlon afirma ainda que os direitos humanos não precisam ser absolutamente vinculantes. Embora lhes atribua

163 Scanlon, nota *supra* 112, à 116.

164 Thomas M. Scanlon, *Rights, Goals, and Fairness, in The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy* 26, 36 (2003).

165 *Id.*

166 Williams, nota *supra* 116, à 8.

167 *Id.* à 9.

um enorme peso, prudentemente evita lhes atribuir caráter absoluto: “Enquanto eu nunca tomaria a posição extrema de que os direitos humanos jamais devem ser violados – não importando as consequências –, eu diria que as situações nas quais as violações poderiam ser justificadas teriam que ser bastante extremas.”¹⁶⁸

Williams leva essa concessão global um passo adiante. Como discutido na seção anterior, ele descreve a pergunta de como responder a demonstráveis violações de direitos humanos como política e aberta. De fato, Williams aconselharia contra uma interferência, “se não se interpor outros fatores (o que é uma enorme restrição),” exceto “se a violação for desmedida.”¹⁶⁹ Ele aduz as seguintes bases para encorajar o envolvimento internacional contra e somente contra invasões exorbitantes:

Bom, (1) o que está acontecendo já é péssimo. (2) Em outros casos é mais provável que a intervenção pioraria as coisas. (3) [Num] caso que se assemelhe menos a um de coerção não mediada, as vítimas poderiam não pensar que são vítimas e então uma intervenção poderia resultar difícil de se distinguir do imperialismo ideológico. Mas, basicamente, (4) quanto mais próximo do paradigma estiverem as violações e quanto mais o Estado for parte do problema, mais a situação pode ser a do aparato estatal em guerra contra o seu próprio povo.¹⁷⁰

Mesmo assim, Williams recomendaria, como regra, intervir contra limitações da liberdade de expressão; porque “a liberdade de expressão é essencial para a efetividade de qualquer crítica às ações estatais, em relação à uma concepção razoável do interesse individual.”¹⁷¹

Se um Estado assina as principais convenções de direitos humanos, mesmo Williams e outros céticos deveriam endossar a sua responsabilização. Em outras palavras, deveriam aceitar poucas exceções à obrigatoriedade dos direitos acordados. De qualquer forma, um sistema de direitos humanos que ocasionalmente isentasse as autoridades não se tornaria por isso uma aberração nem seria disfuncional.

168 Scanlon, nota *supra* 112, à 121. “Mas dizer que uma regra ou direito não está, em geral, sujeito a exceções justificadas em bases não-utilitárias,” de acordo com Scanlon, “não é dizer que ele é absoluto. Pode-se questionar a importância de se preservar uma igual distribuição de controle do tipo em questão, e indubitavelmente haverá algumas coisas que superarão esse valor.” Scanlon, nota *supra* 163, à 34.

169 Williams, nota *supra* 116, à 13.

170 *Id.*

171 *Id.* à 14.

Naturalmente, deve-se ter um senso preciso de quando uma exceção será aceita, porque o governo vai tender a recorrer a ela com frequência. Um tratado de direitos humanos ou o Judiciário deveriam resolver a questão. Caso contrário, as autoridades irão certamente decidir elas mesmas e provavelmente negligenciar os direitos quando o julgarem adequado.

Por exemplo, um regime pode confrontar uma tentativa de golpe e banir programas televisivos opositoristas temporariamente. Também pode suspender seus programas de proteção ambiental e desviar a equipe responsável por eles a outras tarefas mais urgentes. Um tribunal supranacional poderia reconhecer uma violação de direitos básicos, mas se abster de sancionar o Estado durante a subversão em andamento.

Os juízes teriam que monitorar toda a questão de perto. Teriam que desconfiar das afirmações oficiais pertinentes à emergência e da adequação da reação posterior. Um governo tem todos os incentivos para exagerar ou criar uma crise com objetivo de colocar os direitos de cidadania de lado.

Já que a justiça social pode entrar em conflito com os direitos fundamentais, pode analogamente autorizar ou mesmo exigir a sua suspensão provisória deles. O então Presidente da Venezuela, Hugo Chávez, claramente pensou que havia chegado a tal situação quando “ordenou aos hotéis com vagas a abrigar milhares de pessoas que perderam suas casas por conta de uma inundação” em dezembro de 2010.¹⁷² Poderia ter somente afirmado que tratar os desabrigados corretamente demandava colocar de lado os direitos de propriedade dos hoteleiros. Mesmo assim, deve-se resistir à tentação de sustentar que a sua administração estava adequadamente restringindo esses direitos em favor do direito à moradia. Em outras palavras, esse último direito não obriga nem as autoridades nem ninguém a garantir que qualquer pessoa tenha hospedagem.

Em suma, os direitos humanos geralmente giram em torno de razões e geram obrigações, mas não precisam ter compatibilidade com uma série de direitos morais transcendentais. Além disso, não têm que operar universal ou absolutamente, mesmo quando fundados em princípios. Como consequência, um regime pode ignorar certos direitos em razão de serem inaplicáveis seja pelo contexto cultural ou devido a uma necessidade de curto prazo, urgente ou pendente. No entanto, pode agir assim só em situações excepcionais, suportando um considerável ônus de persuasão argumentativa.

172 Simon Romero, *21 Bodies Found in Colombia Mudslide; Dozens Feared Dead*, N.Y. Times (07 de dezembro de 2010), à A11.

Como notado, os direitos humanos se correlacionam intrinsecamente com a justiça social. Tendem a fomentá-la, mas não a garante, e podem, em circunstâncias extremas, limitá-la. E mais, o Eixo Bolivariano pode se comprometer com tais direitos como parte da sua luta por uma sociedade justa. Mas também pode ir além ou até mesmo contra direitos humanos em nome de uma justa causa maior. No entanto, os cidadãos devem *ordinariamente* poder reivindicar quaisquer direitos normativos contra seu governo e insistir em que sejam respeitados.

De qualquer modo, os princípios não exaurem a definição de direitos, nem mesmo dos direitos negativos. Similarmente, direitos positivos não têm a ver exclusivamente com a política pública. Pode-se afirmar que os direitos possuem tanto uma dimensão normativa quanto uma política e que as autoridades devem desfrutar de menos discricção quanto à primeira e mais quanto à última. Nesse sentido, os juízes devem ou escrutinizar estritamente ou olhar com deferência para o engajamento governamental, dependendo se se apoiar predominantemente sobre os princípios ou sobre a política dos direitos humanos.

Como concebidos na Seção III(B), os direitos políticos e civis não parecem descansar muito sobre princípios e, por isso, clamam por uma mais exata revisão judicial. Os direitos econômicos, sociais e culturais, por sua vez, parecem gravitar na zona da política pública e, assim, permitem que o Estado tenha mais espaço de manobra. A oposição entre uma clássica disputa sobre a liberdade de associação e uma sobre o direito à moradia serve para iluminar essa dicotomia. De um lado, o Judiciário pode responsabilizar severamente as autoridades quando proíbem, como repreensão à dissidência, a reunião de um determinado grupo. E de outro, elas merecem o benefício da dúvida quando se analisar as medidas para aumentar a oferta de residências em razão do direito à moradia.

De um ponto de vista geral, cada um desses direitos se baseia em uma das normas definidas a seguir: (1) “Os cidadãos devem ter direito a se associarem livremente entre si” e (2) “As pessoas devem ter direito à moradia.” Uma violação direta ocorre mais comumente contra o primeiro princípio do que contra o segundo. De fato, os governos vão mais frequentemente banir certas organizações, como o partido comunista, do que demolir moradias privadas. Claro, em qualquer cenário, o agredido deve poder procurar a intercessão de um tribunal.

De outro modo, a política pública parece ter um papel mais proeminente com respeito a direitos positivos do que com respeito a direitos negativos. Os primeiros parecem necessitar, mais claramente do que os segundos, da utilização da burocracia do estado de bem-estar e da adoção de um plano gradual e planejado de longo prazo. Consequentemente, o governo normalmente concretiza o direito

à moradia por meio da construção de complexos de apartamentos públicos utilizando a concessão de subsídios e a redução de tributos aos compradores, etc.

Em contraste, as autoridades honram a liberdade de associação, acima de tudo, simplesmente dando direito a grupos para se mobilizarem e também se reunirem. Apenas secundariamente procedem por meio de políticas públicas) mais elaboradas, como a concessão de subvenções associativas, de status de organização sem fins lucrativos para aquelas que se qualificam e assim em diante. De fato, um regime poderia, embora não devesse, escapar totalmente da sua responsabilidade limitando-se ao primeiro passo e recusando-se inteiramente a dar o segundo – ou seja, adotando uma abordagem baseada unicamente na não-ingerência.

Independentemente do direito em questão, os requerentes geralmente não terão sucesso numa reclamação contra uma política pública oficial a não ser que demonstrem que o governo tem agido arbitrariamente ou deixado de fazer algo. Significativamente, tal demonstração sugeriria que as autoridades têm violado, ao menos indiretamente, a norma implícita. Portanto, a fiscalização jurídica de medidas governamentais, em última instância, equivale a aplicar o princípio correspondente.

Pode-se reafirmar facilmente e distorcer um pouco esta postura da seguinte forma. De um lado, o Estado deve realizar uma série de ações sob pena de reprovação social ou judicial por violar a norma. De outro, deve optar por uma ou várias trabalhosas estratégias burocráticas e comete uma infração tanto se o fizer de forma arbitrária ou se se abster de fazer algo.

As autoridades manifestamente gozam de uma menor discricção quanto ao primeiro do que ao segundo tipo de responsabilidade. Além disso, podem mais facilmente violar o princípio subjacente quanto ao primeiro do que ao segundo, sobre o qual correm mais risco de erro de cálculo político. Finalmente, o governo geralmente enfrenta um controle maior quanto aos direitos políticos e civis, como direito à associação, do que aos direitos sociais, econômicos e culturais, como o direito à moradia.

Estranhamente, quase todas as controvérsias que têm causado comoção no Sistema Interamericano de Direitos Humanos têm versado sobre direitos negativos. Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua têm repetidamente reclamado de decisões sobre liberdade de expressão assim como da Relatoria da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a Liberdade de Expressão. Além disso, a Nota de Denúncia venezuelana e seu Memorando de Suporte miram seis decisões envolvendo direitos políticos e civis: duas em liberdade de expressão,

duas no devido processo legal, uma em perseguição política e uma em tratamento desumano.

Nessas presumíveis disputas principiológicas, a Comissão e a Corte deviam às autoridades pouca margem de manobra. No entanto, a Venezuela parece ter esperado uma ampla liberdade de ação. Observou, aparentemente tentando apresentar o seu posicionamento como legítimo, que todas as petições vieram de indivíduos moral e politicamente questionáveis: a saber, (1) de jornalistas “de grande beligerância contra o governo,”¹⁷³ (2) de um advogado acusado de “crime de conspiração,”¹⁷⁴ (3) de um político de oposição acusado de agir “em favor do golpe de 11 de abril de 2002,”¹⁷⁵ (4) de um general “insurrecionista”¹⁷⁶, (5) de um “terrorista... condenado”¹⁷⁷ por ataques a bomba “destinados a desestabilizar a democracia na Venezuela,”¹⁷⁸ e (6) de três juízes que “incorreram em ‘grave erro judicial de caráter inexcusável.’”¹⁷⁹ Contudo, o suposto desvalor dos requerentes deveria levar os tomadores de decisão transnacionais para uma maior, ao invés de menor, atenção. Até porque as autoridades tipicamente respeitam os direitos de indivíduos impopulares muito menos que o de outros.

Na outra ponta do espectro, os tribunais não deveriam oferecer *carta branca* aos governos no que concernir aos direitos positivos altamente políticos. Como pontuado, devem conceder-lhe liberdade substancial, mas não devem abdicar dos seus deveres. Tais direitos se qualificam como direitos precisamente porque impõem às autoridades obrigações passíveis de controle judicial. Caso contrário, se resumiriam a meras recomendações.

Como submetido na Seção II(B), os juízes devem interpretar tais direitos como programáticos. Por conseguinte, devem ordenar ao Estado que mostre o desenvolvimento de um sério programa a respeito do direito em questão. As autoridades eleitas, por outro lado, merecem deferência quanto aos detalhes, embora não à necessidade de se engajar. Devem sofrer admoestação caso negligenciarem tomar alguma decisão ou agirem de forma descompassada.

Não é preciso dizer que estabelecer se um determinado desafio gira em torno de princípio ou política (“politics”) criará recorrentemente discussões e discordâncias implacáveis. Isso irá invariavelmente colocar o Estado contra

173 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, à 5.

174 *Id.* à 6.

175 *Id.*

176 *Id.* à 7.

177 *Id.* at 7-8.

178 *Venezuelan Notice of Denunciation (Span.)*, nota *supra* 14, at 7-8.

179 *Venezuelan Supporting Memorandum (Span.)*, nota *supra* 14, à 13.

seus cidadãos e o Judiciário. No entanto, o debate sobre direitos humanos irá, de todo modo, se revelar mais inteligível se focar nesse esquema de dupla conceituação.

2.4 Adjucação dos Direitos Humanos

■ Refletir sobre direitos positivos e negativos no contexto da litigância da vida real irá com certeza contribuir para um melhor entendimento não apenas do jogo entre seus componentes principiológicos e políticos, mas também de até que ponto os juízes poderão ceder ao governo. Assim, a discussão irá atravessar oito casos e irá interpretar quatro deles como decididos em princípios, que demandam rigorosa aderência, e quatro deles voltados à política pública, a respeito do qual o governo possui uma razoável quantidade de liberdade. Cada um desses dois grupos irá culminar em duas decisões (uma nacional, uma internacional) envolvendo liberdade de expressão e mais duas paralelas que se referem ao direito à saúde.

Como questão de princípio, as autoridades geralmente não reprimem discurso com base na sua repulsa pelas maneiras ou mensagens de quem fala. Em *Cohen v. California*,¹⁸⁰ por exemplo, o Estado condenou o apelante por este ter se apresentado à corte “vestindo uma jaqueta com as palavras ‘*Fuck the Draft*’ que estavam plenamente visíveis.”¹⁸¹ A Suprema Corte dos Estados Unidos persuasivamente encontrou uma violação da “regra usual de que os órgãos governamentais não devem prescrever a forma ou o conteúdo da expressão individual.”¹⁸² Posicionou-se da seguinte forma:

O direito constitucional de liberdade de expressão é um forte remédio numa sociedade diversa e populosa como a nossa. É designado para a remoção das amarras governamentais da arena de discussão pública, colocando a decisão sobre quais visões devem ser ouvidas amplamente nas mãos de cada um de nós, na esperança de que a utilização de tal liberdade irá em último caso produzir uma cidadania mais capaz e uma política mais perfeita, na crença de que nenhuma outra abordagem irá comportar a premissa de dignidade e escolha individual sobre a qual o nosso sistema político está baseado.¹⁸³

180 403 U.S. 15 (1971).

181 *Id.* à 16.

182 *Id.* à 24.

183 *Id.*

Os juízes não ofereceram às autoridades da Califórnia muito espaço para descrever as palavras censuradas como uma perturbação da paz ou como inerentemente ofensivas.¹⁸⁴

De forma semelhante, em *Olmedo v. Chile*,¹⁸⁵ o Estado chileno banuiu o filme *A Última Tentação de Cristo*. Mais precisamente, a Corte de Apelação de Santiago decidiu, e a Suprema Corte chilena confirmou, um mandado de segurança em nome da Igreja Católica contra o filme.¹⁸⁶ “A proibição da exibição do filme se apoiou na sua suposta ofensividade à figura de Jesus Cristo.”¹⁸⁷ A Corte Interamericana de Direitos Humanos pronunciou a restrição “como uma censura prévia em violação da [liberdade de pensamento e expressão preservada] no Artigo 13 da Convenção [Americana].”¹⁸⁸ Depois disso, deduziu que “o Estado renegou as obrigações gerais de respeitar e assegurar os direitos marcados na Convenção e adaptar a ordem interna às disposições dela.”¹⁸⁹

Depois de verificar uma violação inequívoca sob a limitação normativa em prévias restrições à liberdade de expressão, a maioria gastou pouco tempo nas tentativas dos tribunais nacionais de caracterizar a situação como abominável ou nas tentativas do Poder Executivo de emendar a Constituição para banir toda censura. Os juízes expressaram estima e ressaltaram a importância da “iniciativa do governo de propor tal emenda constitucional.”¹⁹⁰ No entanto, observando que o descumprimento persistia,¹⁹¹ eles resolveram que “o Estado deve, dentro de um período razoável de tempo, modificar suas leis internas a fim de superar a restrição anterior e autorizar a exibição do filme... e deve, dentro de seis meses..., apresentar à Corte Interamericana de Direitos Humanos um relatório sobre as medidas adotadas a este respeito.”¹⁹²

184 *Ver id.* à 22-23 (negando à “Califórnia” a autoridade de “extirpar... um particular epíteto grosseiro do discurso público, tanto sobre a teoria da corte descrita abaixo de que o seu uso é inerentemente provável de causar reação violenta quanto se baseando numa asserção mais geral dos Estados atuando como guardiões da moralidade pública.”)

185 *Olmedo Bustos (“La Última Tentación de Cristo”) vs. Chile*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 73 (05 de fevereiro de 2001).

186 *Id.* à 22 (¶ 60(e)).

187 *Id.* à 24 (¶ 61(h)).

188 *Id.* à 29 (¶ 71).

189 *Id.* à 36 (¶ 90).

190 *Olmedo Bustos (“La Última Tentación de Cristo”) vs. Chile*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 73 (05 de fevereiro de 2001), à 35 (¶ 89).

191 *Olmedo Bustos (“La Última Tentación de Cristo”) vs. Chile*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 73 (05 de fevereiro de 2001), à 35 (¶ 89).

192 *Id.* à 39 (¶ 4).

Legalmente, o direito à saúde proíbe um regime de negar tratamento médico a uma pessoa. Em *Instituto Rural Psiquiátrico v. Ministério da Saúde e Bem-Estar Social*,¹⁹³ por exemplo, várias clínicas processaram o governo venezuelano em razão deste se recusar a renovar seus contratos e assim atropelar o direito à vida e à saúde dos seus pacientes indigentes.¹⁹⁴ A Câmara Política e Administrativa da Suprema Corte da Venezuela concordou com os postulantes.

A decisão não deveria surpreender. Além do mais, o Estado não se importou com esses doentes mentais crônicos e indivíduos carentes e nem com as suas mais simples necessidades sanitárias. Ele contribuiu para a deterioração ao invés do melhoramento das suas condições.

Os juízes venezuelanos também expressaram grande “desaprovação da conduta deplorável do ministro”¹⁹⁵ relatando suas responsabilidades contratuais. A equipe ministerial admitiu “nunca ter intencionado rescindir os contratos.”¹⁹⁶ Além disso, assegurou, durante a litigância, “os fundos necessários” para a renovação, mas recusou a agir antes do julgamento de mérito.¹⁹⁷

Como consequência, a mais alta corte da Venezuela julgou as ações oficiais como uma afronta ao direito em questão e à conseguinte obrigação:

Na opinião deste Supremo Tribunal de Justiça, tal conduta não apenas ameaça abertamente os direitos à vida e à saúde dos doentes mentais em questão, uma vez que sem os recursos necessários, o Estado claramente não pode garanti-los de forma eficiente, mas torna-se um descumprimento inescusável da sua obrigação de velar estes cidadãos venezuelanos infortunados e abandonados que nada podem fazer para melhorar sua situação.¹⁹⁸

Os juízes ordenaram, portanto, ao governo que contratasse novamente os requerentes e que pagasse pelos serviços prestados após a expiração dos contratos originais.¹⁹⁹

193 Rec. No. 14695 (Pol. & Adm. Ch.) (Sup. Ct.) (Venez.) (1998), *translated & reprinted in* Oquendo, nota *supra* 1, à 354-361.

194 *Id.* à 355 (§ I).

195 *Id.* à 358 (§ IV(4.2)).

196 *Id.*

197 *Id.*

198 Rural Psych. Inst. Virgen del Rosario v. Min. Health & Soc. Wel., Rec. No. 14695 (Pol. & Adm. Ch.) (Sup. Ct.) (Venez.) (1998), *translated & reprinted in* Oquendo, nota *supra* 1, à 358-359 (§ IV(4.2)).

199 *Id.* à 359 (§ IV(4.2)); *id.* à 360 (§ V(1-2)).

Mais uma vez, primeiro o tribunal constatou a contravenção de uma norma implícita. Depois, desprezou a “única” justificativa aduzida pelas autoridades: “falta de fundos.”²⁰⁰ Os juízes proclamaram que “a única opção moral e legal do Ministério, assim que os recursos se tornaram disponíveis, era ou estender os contratos existentes *sem demora ou desculpa* ou assinar novos contratos.”²⁰¹

Do mesmo modo, em *Vera Vera vs. Equador*,²⁰² o governo prendeu o requerente por roubo à mão armada e negou-lhe atenção médica pelo dano de uma bala que o atingiu antes da prisão e da qual ele finalmente morreu. A Corte Interamericana de Direitos Humanos verificou “que... o Estado não dispensou atendimento a tempo ao Sr. Pedro Miguel Vera Vera.”²⁰³ Concluiu, ainda, que “a série de omissões por parte das autoridades enquanto o levava em custódia constituiu negligência médica que resultou na sua morte e deve implicar responsabilidade internacional.”²⁰⁴

Os juízes unanimemente constataram uma clara violação “do direito a tratamento humano e do direito à vida,”²⁰⁵ os quais incorporam o direito à saúde. Em relação ao último desses direitos, a Comissão Interamericana denunciou especificamente o Princípio X dos Princípios e Boas Práticas na Proteção de Indivíduos Privados de Liberdade nas Américas: “Pessoas privadas de liberdade devem ter o direito à saúde, entendido como o gozo do mais possível nível de bem-estar físico, mental e social.”²⁰⁶ A decisão final do tribunal explica a interrelação entre todos os três direitos nos seguintes termos:

Os direitos à vida e à integridade pessoal são direta e imediatamente ligados com a atenção à saúde humana. A este respeito, o artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos sobre os Direitos Econômicos e Sociais y Culturais afirma que todos têm o direito à saúde, entendida como o mais alto nível de bem-estar físico, mental e social e indica que a saúde é um bem público. [O] Estado tem o dever, como garante da saúde das pessoas sob sua custódia, para

200 *Id.* à 359 (§ IV(4.2)); *id.* à 360 (§ V(1-2)).

201 *Id.*

202 *Id.* à 32 (§ 75).

203 Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 224 (19 de maio de 2011).

204 *Id.*

205 *Id.* à 33 (§ 79). *See also* *id.* at 56 (§ 2) (Resoluções).

206 Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Pedro Miguel Vera Vera y Otros Contra la República de Ecuador, Caso 11.535, Inter-Am. Comm'n H.R., OEA/Ser. L/V/II, doc. 5 rev. (24 de fevereiro de 2010), à 13 (§ 39).

fornecer presos com exame médico regular, assim como cuidado e tratamento médicos apropriados sempre que necessário.²⁰⁷

A Corte comentou que “a negação de atenção médica adequada vai contra os requisitos materiais mínimos para um tratamento digno de um ser humano...”²⁰⁸

O governo sem dúvida se esquivou dos seus compromissos relacionados ao direito à saúde. Ele ignorou as circunstâncias médicas urgentes da vítima e materialmente contribuiu para a sua morte. Portanto, os juízes foram apropriadamente rigorosos com as autoridades.

Em todas essas quatro circunstâncias de decisão principiológica, o Estado poderia, teoricamente, ter alegado que eles estavam agindo politicamente. Ele poderia ter ido além da pura alegação de argumentar que estava na persecução de uma política pública nas duas primeiras controvérsias, para proteger a moral da comunidade e, nas outras disputas, salvar recursos de cuidados médicos para os cidadãos que respeitam a lei. Naturalmente, as autoridades teriam que provar não apenas que a estratégia política levantada realmente existiu como também, muito improvavelmente, que ela não teve, em si mesma, conflito com o princípio pertinente. De fato, elas teriam que na realidade demonstrar que eles não estavam problemáticamente assumindo a prerrogativa de determinar, com base nas suas particulares preferências ou preconceitos, quem deveria falar ou quem deveria receber cuidados médicos.

Nos casos analisados nessa seção até aqui, a sociedade civil e o Judiciário não mostraram muita flexibilidade *vis-à-vis* o Estado, e com razão. Eles identificaram uma norma vital e insistiram numa retratação, recusando a justificação das autoridades. Obviamente, destacar o princípio em questão e descobrir se uma violação ocorreu frequentemente demandam uma intensa deliberação e geram uma considerável contestação.

Algumas vezes, contudo, os direitos humanos necessitam de implementação por política pública. Sinalizam, então, por um entendimento diferente. Os cidadãos, juntamente com o Judiciário, devem de forma geral ceder às autoridades. Aqueles podem normalmente processá-los somente por abandono ou inconsistência.

207 *Vera Vera v. Ecuador*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 224 (19 de maio de 2011), à 19-20 (¶ 43).

208 *Id.* à 20 (¶ 44).

Em *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*,²⁰⁹ por exemplo, um operador de “uma estação de rádio da Pensilvânia, WGCB,”²¹⁰ desafiou a “doutrina de justiça” da Comissão Federal de Comunicações (FCC) que “por vários anos impôs aos operadores de rádio e televisão o requerimento de discutir questões públicas apresentadas em estações de difusão, ... de cobrir cada lado daquelas questões igualmente cobertas e de destinar o mesmo tempo a todos os candidatos qualificados para cargos públicos,” especialmente quanto “a ataques pessoais no contexto de questões públicas controversas.”²¹¹ A Suprema Corte dos Estados Unidos isentou as autoridades do caso de terem limitado a “liberdade de expressão e de imprensa.”²¹²

O mais alto tribunal federal unanimemente sustentou “que o Congresso e a Comissão não violaram a Primeira Emenda ao requerer que uma rádio ou televisão dessem tempo de resposta a ataques pessoais e a editoriais políticos.”²¹³ Também afirmou que:

Não há nada na Primeira Emenda que impeça o governo de requerer que um licenciado compartilhe sua frequência com outros e se conduza como representante ou fiduciário com obrigações de apresentar essas visões e vozes que são representativas da sua comunidade, as quais iriam, de outro modo, ser silenciadas.²¹⁴

Em outras palavras:

Não viola a Primeira Emenda tratar os licenciados, dado o privilégio de usarem radiofrequências escassas, como representantes de toda a comunidade, como sendo obrigados a dar tempo e atenção adequados a assuntos de grande interesse público. Condicionar a concessão ou renovação de licenças na intenção de apresentar visões representativas da comunidade sobre questões controversas é consistente com os fins e propósitos das disposições constitucionais que proíbem a limitação da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.²¹⁵

De forma não surpreendente os juízes permitiram ao governo um amplo espaço de manobra:

209 395 U.S. 367 (1969).

210 *Id.* à 371.

211 *Id.* à 369-370.

212 *Id.* à 386.

213 *Id.* à 396.

214 *Red Lion*, 395 U.S. à 389.

215 *Id.* à 394.

Ao invés de entregar monopólios de frequência num relativamente pequeno número de licenças, numa nação de 200,000,000, o governo certamente deveria decretar que cada frequência poderia ser compartilhada entre todos ou alguns daqueles que desejarem usá-lo, sendo cada um responsável por uma porção diária ou semanal. A decisão e regulamentos em questão não vão muito longe. Eles determinam que sob circunstâncias específicas um licenciado deve tornar disponível uma razoável quantidade de tempo àqueles que têm uma visão diferente daquela que já foi expressa na estação. A expressão de um apoio político, ou de um ataque pessoal quando se tratar de uma questão pública controversa, simplesmente aciona esse compartilhamento de tempo.²¹⁶

A decisão vai ao ponto de afirmar que as autoridades, além de exercerem a sua prerrogativa de lançar uma política neste domínio, protegem direitos essenciais da sociedade. Afirma:

que o povo como um todo retém seu interesse na liberdade de expressão na rádio e seu direito coletivo a ter uma função de mídia consistente com os fins e propósitos da Primeira Emenda. É o direito de telespectadores e ouvintes, não o direito dos difusores, que é principal.²¹⁷

A decisão a seguir especifica a natureza desse direito coletivo: “É o direito do público a receber adequado acesso a ideias sociais, políticas, estéticas, morais e outras, além de experiências que é crucial aqui. Esse direito não pode ser constitucionalmente abreviado nem pelo Congresso, nem pela FCC.”²¹⁸

Nessa área, o governo federal goza de ampla, mas não ilimitada, liberdade. Como exemplo disso, a Suprema Corte enunciou a sua disposição em reanalisar este caso no futuro caso seja encontrada prova de “auto censura” ou de omissão de “questões públicas controversas”, como resultado de regulações oficiais.²¹⁹ Anunciou que, “se a experiência com a administração dessas doutrinas indica que estas têm o efeito líquido de reduzir em vez de aumentar o volume e a qualidade da cobertura, haverá tempo adequado para reconsiderar as implicações constitucionais.”²²⁰ Os juízes ainda indicaram, assim, que a política seria então contra-

216 *Id.* à 390-391.

217 *Id.* à 390.

218 *Id.*

219 *Red Lion*, 395 U.S. à 393.

220 *Id.*

producente e que mereceria repúdio. Além disso, eles teriam decidido contra o governo se tivessem descartado, como falsa, a premissa tecnológica da escassez de frequências.²²¹

Numa nota similar, o parecer consultivo da Corte Interamericana no Reforço do Direito à Resposta ou Correção detalha como o Estado deve implementar o direito à resposta em programas ou publicações que ou distorçam fatos ou que causem ofensa.²²² O Artigo 14 da Convenção Americana de Direitos Humanos diz que: “Qualquer sujeito afetado por afirmações imprecisas ou ofensivas além de ideias disseminadas ao público por uma mídia regulada de comunicação tem o direito de resposta ou de fazer uma correção usando o mesmo meio de comunicação, sob as condições que a lei estabelecer.”²²³ Consequentemente, o tratado implica a obrigatoriedade do direito de resposta. No entanto, concede flexibilidade às autoridades, desde que elas expressamente assegurem o direito “nas condições que a lei estabelecer.”²²⁴

Em 1985, a Costa Rica pediu que a Corte Interamericana expusesse os princípios e as políticas públicas, por assim dizer, relacionados ao direito de resposta. Em particular, levantou, *inter alia*, as seguintes indagações: (1) “O direito exposto no Artigo 14 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por força própria, garante o seu livre e total exercício dentro da jurisdição da Costa Rica?”²²⁵ e (2) “O Estado da Costa Rica tem uma obrigação internacional... de adotar, de acordo com o seu próprio procedimento constitucional, medidas legislativas ou outras necessárias para o efetivo exercício do direito de resposta ou correção sob o Artigo 14 da Convenção?”²²⁶

221 *Ver id.* à 396 (“É argumentado que na hipótese de o governo escolher aqueles que melhor serviriam ao interesse público aos que dão voz a opiniões diferentes, dado que as frequências disponíveis para todos que as querem utilizar são escassas; ou mesmo dando acesso direto aos estúdios de *broadcast*; essa condição não mais prevalece, o que não justifica um controle contínuo.”); *id.* à 400-401 (“Em vista da escassez de frequências de *broadcast*,... nós mantemos a regulação e a presente decisão está amparada tanto pelo estatuto quanto pela Constituição.”).

222 Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14(1), 1(1) y 2, Convención Americana de Derechos Humanos), Advisory Opinion OC-7/86, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A.) No.7, (29 de agosto de 1986).

223 *American Convention (Span.)*, nota *supra* 13, art. 14(1).

224 *Id.*

225 Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14(1), 1(1) y 2, Convención Americana de Derechos Humanos), Advisory Opinion OC-7/86, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A.) No.7, (29 de agosto de 1986), à 3 (¶ 13).

226 *Id.* à 4 (¶ 16).

O tribunal não hesitou em reforçar a natureza vinculativa do direito. Sublinhou que “o Artigo 14(1) da Convenção postula um apoio internacional ao direito de resposta ou correção. Os Estados-parte têm uma obrigação de respeitar esse direito e de garantir o seu livre e total exercício a todos dentro da sua jurisdição.”²²⁷ De forma mais geral, “a Convenção busca o reconhecimento dos direitos e liberdades das pessoas e não simplesmente autorizar os Estados a fazê-lo.”²²⁸ Os juízes repudiaram a visão de que o Artigo 14 “meramente autoriza os Estados-parte a introduzir o direito de resposta ou correção na lei, mas que não os ordena a realizá-lo”.²²⁹

No entanto, a maioria concedeu às autoridades uma liberdade significativa sobre os detalhes. Explicou que o Artigo 14 “demanda o estabelecimento de condições para o exercício do direito de resposta ou correção pelos meios da ‘lei’, cujo conteúdo pode variar de um Estado para o outro, dentro de certos limites razoáveis e dentro da essência dos princípios afirmados pela Corte.”²³⁰ Os juízes ainda esclareceram que o governo deve agir discretamente nesta estrutura que se baseia nos princípios desses direitos.

De qualquer modo, o tribunal insistiu na compatibilidade da sua construção contextual com a eficácia do reforço do direito: “O fato de que Estados podem definir as condições para o exercício do direito de resposta ou correção não impede a exigibilidade, sob o direito internacional, das obrigações contraidas.”²³¹ “Como consequência, se, por qualquer razão, o direito de resposta ou correção não puder ser exercido por ‘qualquer pessoa’ dentro da jurisdição de um Estado Parte, a violação da Convenção aconteceria; suscetível a ser denunciada perante os órgãos de proteção previstos.”²³²

Do mesmo modo, as autoridades devem implementar o direito à saúde através de política pública. Devem, assim, ter bastante liberdade de ação. Mais uma vez, pode-se condenar o governo somente se não aprovar quaisquer medidas ou se proceder arbitrariamente.

227 *Id.* à 9 (¶ 2A).

228 *Id.* à 6-7 (¶ 24).

229 *Id.* à 6 (¶ 23).

230 Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14(1), 1(1) y 2, Convención Americana de Derechos Humanos), Advisory Opinion OC-7/86, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A.) No.7, (29 de Agosto de 1986), à 7 (¶ 27).

231 *Id.* à 7 (¶ 28).

232 *Id.* à 7 (¶ 28).

Em *Del Valle Bermúdez v. Ministério da Saúde e Bem-Estar Social*,²³³ por exemplo, a Suprema Corte venezuelana analisou a política nacional oficial relacionada ao vírus da imunodeficiência humana (HIV) e a adquirida síndrome de imunodeficiência (AIDS). Nela, a Corte ofereceu às autoridades uma respeitável margem para erro. Como o Eixo Bolivariano diria, o Estado possui maior *expertise* e legitimidade para agir nesse domínio.

O tribunal mais alto da Venezuela primeiro verificou se a “recusa [do Ministério] em suprir pacientes com HIV/AIDS com medicações... necessárias ao tratamento da doença” colidiu com o direito à saúde.²³⁴ Curiosamente, essa questão parece tocar apenas no princípio. Parece não diferir muito da questão central à *Instituto Rural Psiquiátrico e Vera*. Em outras palavras, a recusa de atenção médica significou uma violação ao direito à saúde das vítimas?

De fato, os juízes venezuelanos em *Del Valle Bermúdez* inicialmente realizaram o inquérito de forma semelhante às decisões analisadas nos casos vistos. Raciocinaram que “o Estado falhou em cumprir seu dever” sobre “o direito à saúde” porque ele não “administrou correta e regularmente medicações para pacientes com HIV/AIDS.”²³⁵ Como resultado, o Ministério recebeu uma ordem judicial “para entregar regular e periodicamente,” todos os medicamentos prescritos,²³⁶ “realizar ou pagar por testes especializados [e outros]”²³⁷ e fornecer “todos os medicamentos para o tratamento de infecções oportunistas....”²³⁸

Não obstante, a Corte Suprema mudou de caminho rumo ao centro da arena política. Primeiro, tornou sua decisão aplicável não somente aos requerentes mas também a outros cidadãos venezuelanos indigentes sofrendo “de HIV/AIDS” e em “necessidade de tratamento.”²³⁹ Segundo, compeliu as autoridades a “desenvolverem uma política de informação, tratamento e razoável assistência médica a favor dos requerentes”²⁴⁰ e, presumivelmente, a todos os outros indivíduos em situação semelhante.

233 *Del Valle Bermúdez v. Min. of Health and Soc. Welfare*, Rec. No. 15789 (Pol. & Adm. Ch.) (Sup. Ct.) (Venez.) (1999), translated & reprinted in Oquendo, nota *supra* 1, à 363-374.

234 *Id.* à 364.

235 *Id.* à 367-368.

236 *Id.* à 372-373 (§ 1).

237 *Id.* à 373 (Decisão (2)).

238 *Del Valle Bermúdez v. Min. of Health and Soc. Welfare*, Rec. No. 15789 (Pol. & Adm. Ch.) (Sup. Ct.) (Venez.) (1999), translated & reprinted in Oquendo, nota *supra* 1, à 373 (§ 4).

239 *Id.* à 372. Ver também *id.* à 374 (§ 3).

240 *Id.* à 373 (§ 4).

Finalmente, o tribunal destacou que, em razão da falta de uma cura conhecida e dos “altos” custos do tratamento, “a batalha contra a doença deveria focar na prevenção.”²⁴¹ Nessa frente, as autoridades prepararam “5000 folhetos,” distribuíram “100,000 preservativos,” cooperou com diversas organizações cívicas contra a AIDS e lançou uma campanha pelo “sexo seguro”.²⁴² Os juízes polidamente louvaram “essas medidas” como “uma iniciativa positiva que deveria continuar e ser intensificada,”²⁴³ mas no fim as consideraram insuficientes.

A Suprema Corte, conseqüentemente, aconselhou “que para um programa nacional de prevenção, a política que o Estado assumira a este respeito deve desenvolver seguindo as seguintes linhas...”²⁴⁴

- Programas educacionais dirigidos a grupos vulneráveis como adolescentes, casais em conflito etc.
- Informação massiva à comunidade sobre a doença, suas causas, o modo de transmissão e prevenção.
- Elaboração de um plano nacional para facilitar o diagnóstico a preço acessível possível por meio das instituições médicas do Estado.²⁴⁵

Os juízes ainda observaram:

Cada um desses programas requer uma preparação e uma performance especial, tendo em conta vários aspectos, tais como: informações gerais sobre a doença, uso adequado de preservativos, uso de injeções e agulhas estéreis quando se utilizarem drogas, intervenção específica quanto aos grupos mais vulneráveis, trabalho contínuo a nível da comunidade, aconselhamento conjugal.²⁴⁶

A Suprema Corte terminou a sua delimitação das responsabilidades do réu nos seguintes termos:

241 *Id.* à 370 (Analysis (Right to Health, Life, and Access to Science and Technology)).

242 *Id.* à 370.

243 *Del Valle Bermúdez v. Min. of Health and Soc. Welfare*, Rec. No. 15789 (Pol. & Adm. Ch.) (Sup. Ct.) (Venez.) (1999), translated & reprinted in Oquendo, *supra* note 1, at 370.

244 *Id.*

245 *Id.* à 370-371.

246 *Id.* à 371.

Para este fim, o Ministério da Saúde e Bem-Estar Social deve fazer um estudo real do que são as necessidades mínimas prioritários exigidos por esses pacientes e dos programas para evitar as taxas de crescimento de infecção. . . . Além do mais, deve apresentá-lo ao Presidente da República, em Conselho de Ministros, para ser tomado em consideração na elaboração das orientações gerais para a formulação do Projeto de Lei do Orçamento para o próximo ano fiscal.²⁴⁷

Ao final foi expressamente ordenada a realização de tal pesquisa. Foi afirmado: “O objetivo deve ser o desenvolvimento de uma política preventiva de informação, conscientização, educação e assistência integral a favor das pessoas infectadas com HIV/AIDS.”²⁴⁸

Em tais questões políticas, os juízes obviamente devem submissão ao governo. Como resultado, estão vinculados a validar qualquer plano oficial não-arbitrário. No entanto, o tribunal finalmente condenou autoridades por causa da sua inabilidade ou relutância em formular qualquer estratégia. Ainda as instruiu a caminhar naquela direção e delineou amplos parâmetros.

Apesar de ordenar um plano a longo prazo para tratar vítimas de HIV/AIDS e conter o avanço da doença, a decisão deixa os detalhes para o governo. A orientação realizada permite as autoridades a trabalharem sozinhas, por exemplo, para cuidar de pacientes, educar indivíduos sobre o risco de infecção, informar a população em geral, oferecer diagnósticos baratos, capitalizar com os meios e informações disponíveis, elaborar o relatório requisitado e assim em diante.

Tendo exposto a ausência de uma estratégia oficial, os juízes demonstraram pouca paciência para a alegação estatal de que, devido a limitações orçamentárias, foi “impossível financiar o tratamento em questão para a totalidade das pessoas que sofrem de HIV/AIDS.”²⁴⁹ Eles obrigaram o governo a realizar os ajustes necessários no orçamento com o objetivo de manter os seus compromissos constitucionais.²⁵⁰ A Suprema Corte alertou que não tinha opção a não ser “salvaguardar os direitos dos requerentes à saúde e à vida” e “reforçar o dever do Estado de garantir cuidados médicos.”²⁵¹

247 *Id.*

248 *Del Valle Bermúdez v. Min. of Health and Soc. Welfare*, Rec. No. 15789 (Pol. & Adm. Ch.) (Sup. Ct.) (Venez.) (1999), translated & reprinted in Oquendo, nota *supra* 1, à 373-374 (Writ of Protection (3)).

249 *Id.* à 368 (Analysis (Right to Health, Life, and Access to Science and Technology)).

250 *Id.* à 369-370, 373.

251 *Id.* à 368.

De forma subsequente a *Del Valle Bermúdez*, o judiciário venezuelano tem fundamentalmente mantendo esse cuidado com a crise da AIDS.²⁵² Em toda América Latina, as cortes têm em regra lidado com tais pedidos de modo equivalente.²⁵³ No entanto, alguns tribunais da região têm se mostrado menos receptivos. Em contrapartida, os requerentes têm se direcionado e prevaecido em fóruns transnacionais.²⁵⁴ A discussão agora irá concentrar, no seu último caso, em cinco petições.

Incapaz de persuadir a Corte Suprema do Chile numa tentativa prévia, pacientes de HIV/AIDS trouxeram a sua questão para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e obtiveram uma liminar.

Na sua comunicação de 20 de Novembro de 2001, a Comissão chamou à atenção do Estado chileno que as pessoas listadas precisavam de cuidados de urgência básicos das instituições estatais para acessar o medicamento necessário para o tratamento. Portanto, solicitou que ele tomasse medidas urgentes para que o acesso aos medicamentos indispensáveis à sobrevivência dos indivíduos em questão, bem como os exames médicos para avaliar regularmente a sua saúde.²⁵⁵

A medida cautelar rapidamente produziu resultados concretos. “Em 5 de dezembro de 2001, o Estado descreveu as etapas preliminares tomadas pelo Ministério da Saúde. Ele reportou que Juan Pablo Améstica, Manuel Orlando Farías e Náyade Orieta Rojas Vera estavam recebendo medicação, além de exames correntes em hospitais públicos para monitorar suas condições físicas.”²⁵⁶

252 *Ver de forma geral* Oquendo, nota *supra* 1, à 375-380. A última instância da Venezuela decidiu o caso *Del Valle* em 1999, durante o primeiro ano de Hugo Chávez na presidência. A Constituição venezuelana fundou uma nova Corte Suprema (*Tribunal Supremo de Justicia*) cujos juízes logo confrontaram adicionais pedidos de pacientes de AIDS. Em *Glenda López v. Instituto Venezolano para a Seguridad Social translated & reprinted in id.* à 375-379, alguns beneficiários, representados pelo mesmo grupo de advogados de anteriormente, processou o Instituto para Seguridad Social por este ter falhado em pagar e distribuir remédios para AIDS. A Câmara Constitucional ressoou o tribunal anterior opinando que o réu haiva “violação do direito à saúde, ameaçado o direito à vida, e o direito ao benefício do progresso tecnológico e científico.” *Id.* à 376 (Considerations (II)). Em 2002, a Câmara Constitucional confrontou uma virtualmente idêntica ação em *Instituto Venezolano para a Seguridad Social*. Não surpreende que o tribunal endossou “o julgamento do caso Número 487 de 06 de abril de 2001 (o caso *Glenda López*).” *Id.* à 380.

253 *Ver de forma geral id.* à 380-386.

254 *Ver id.* à 384-385.

255 Inter. Am. Comm’n H.R., Inf. Anual 2001 (Ch. III, (C) Sistema Peticiones y Casos Individuales, (i) Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 2001, (b) Chile) OEA/Ser. L/V/II.114, doc. 5 rev. (2002), à 1 (¶ 12).

256 *Id.*

Vítimas de HIV/AIDS de El Salvador também recorreram à Comissão Interamericana.²⁵⁷ Elas obtiveram medidas preliminares em 29 de fevereiro de 2000.²⁵⁸ Em 26 de junho de 2000, o Corpo de Diretores do Instituto de Seguridade Social de El Salvador autorizou a administração de terapia tripla de antiretroviral para pacientes HIV-positivo e de AIDS.²⁵⁹ Os Comissários admitiram a petição em 2001.²⁶⁰ Eles elaboraram equivalentes injunções preliminares em favor de requerentes da Bolívia e Equador em 2002 e da Guatemala em 2005.²⁶¹

Pra ser mais exato, no caso *Cuscul Pivaral v. Guatemala*, que admitiu o pedido do requerente, reconheceu que “o direito à saúde,” como um direito à ação “curativa” e “preventiva”, meramente aponta “uma obrigação que exige um cumprimento progressivo.”²⁶² Todavia, a decisão alerta, do mesmo modo, que “existem ao menos duas situações de exigibilidade imediata.”²⁶³ “O primeiro suposto é o da não-discriminação, no sentido de que o Estado não pode garantir o direito à saúde de maneira discriminatória.”²⁶⁴ O segundo suposto se apresentar quando há um grave ou iminente risco de perda de vidas humanas, cujo dever de garantia corresponde ao Estado.”²⁶⁵ Os Comissários disseram que a disputa em questão recaía na última categoria e, conseqüentemente, concordaram em acolher o mérito do pedido.”²⁶⁶

Inquestionavelmente, a Comissão estava contemplando o Artigo 26 da Convenção Americana no qual os “Estados Partes comprometem-se a . . . conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos” econômicos, sociais e

257 *Miranda Cortez vs. El Sal.* (Caso 12.249), Inter. Am. Comm’n H.R., Rpt. No. 29/01, OEA/Ser. L/V/II.111, doc. 20 rev. (2001).

258 Inter. Am. Comm’n H.R., Inf. Anual 2001 (Ch. III, (C) Sistema Peticiones y Casos Individuales, (i) Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 2000, (j) El Salvador) OEA/Ser. L/V/II.111, doc. 20 rev. (2001) à 4 (¶ 30).

259 *Id.*

260 *Miranda Cortez vs. El Sal.*, Caso 12.249, Inter. Am. Comm’n H.R., Rpt. No. 29/01, OEA/Ser. L/V/II.111, doc. 20 rev. (2001), at 9 (Decision) (¶ 1).

261 Inter. Am. Comm’n H.R., Inf. Anual 2002 (Ch. III, (C) Sistema Peticiones y Casos Individuales, (i) Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 2002, (b) Bolivia & (h) Ecuador) OEA/Ser. L/V/II.117, doc. 1 rev. 1 (2003), à 2 (¶ 13), 9 (¶ 52); *Cuscul Pivaral vs. Guat.*, Pet. 642-03, Inter-Am. Comm’n H.R., Rpt. No. 32/05, OEA/Ser. L/V/II.124, doc. 5 (2005).

262 *Id.*, à 9 (¶ 42).

263 *Id.*, à 9 (¶ 43).

264 *Id.*

265 *Id.*, à 9 (¶ 44).

266 *Cuscul Pivaral vs. Guat.*, Pet. 642-03, Inter-Am. Comm’n H.R., Rpt. No. 32/05, OEA/Ser. L/V/II.124, doc. 5 (2005), à 9 (¶ 44).

culturais “na medida dos recursos disponíveis.”²⁶⁷ Isso concedeu, portanto, às autoridades ampla liberdade de ação em tais matérias de política pública. No entanto, os Comissários mantiveram o governo pressionado já que isso estava colocando seriamente em risco a sobrevivência dos requerentes.

Mesmo que as autoridades não tenham que concretizado instantaneamente o direito à saúde, elas têm que elaborar um respeitável programa para a sua realização gradual. As cortes podem corretamente responsabilizar o Estado pela sua obrigação. Além disso, devem adotar sanções na hipótese de inação ou arbitrariedade estatal.

Cuscul Pivaral parece presumir que as autoridades não desenvolveram nenhuma estratégia relacionada à doença. Assim, lembra *Del Valle Bermúdez* no que concerne à ordem preliminar de administrar a medicação prescrita como enquanto as autoridades colocam seus planos de longo prazo em ação. Sob esse ponto de vista, ambos casos fazem uma determinação de política de curto prazo na expectativa de que o governo irá eventualmente estabelecer o curso permanentemente.

Em contraste, os tomadores de decisão em cada uma dessas duas controvérsias provavelmente não teriam tido objeções se o Estado tivesse negado medicação como parte de uma bem pensada alocação de recursos. Por exemplo, caso as autoridades tivessem priorizado doenças mais difundidas, como câncer, ou com maiores chances de cura ou com tratamento mais barato, como malária, e aprovado apenas parte do financiamento da terapia para AIDS. Analogamente, elas poderiam ter alocado o dinheiro escasso do HIV/AIDS àqueles que, *ceteris paribus*, se beneficiariam mais, em outras palavras, os jovens. Mesmo que o órgão jurisdicional acreditasse que essas escolhas estavam equivocadas, provavelmente as teria confirmado.

No entanto, os juízes não devem conceder ao governo *carta branca* sobre qualquer plano que possa ser elaborado. Por exemplo, eles poderiam rejeitar, como insuficientes do ponto de vista do direito à saúde, qualquer programa de AIDS que atende ao tratamento da doença, mas não à prevenção. O tribunal de *Del Valle Bermúdez* teria certamente considerado esse tipo de estratégia irremediavelmente contraproducente e, como tal, inaceitável. Os Comissários Interamericanos teriam talvez reagido identicamente.

Obviamente, o Estado deve suportar um pesado *onus probandi* quando alega estar corretamente ocupando a esfera da política. As cortes devem corroborar isso afirmando que o regime tem honrado o princípio em jogo e que a política oficial

267 *American Convention (Span.)*, nota *supra* 13, art. 26.

geralmente cumpre com a norma correspondente. Isso pode muito bem gerar polêmica de qualquer das extremidades.

Quando cidadãos se direcionam a tribunais nacionais e internacionais para fazer valer os direitos humanos, eles podem parecer agir de forma não democrática. No entanto, eles essencialmente se engajam na democracia participativa na medida em que resolvem os assuntos por si mesmos ao invés de depender dos seus representantes. Claro, o objetivo não deveria ser começar um debate paralelo sobre política, mas unicamente garantir que o Estado permaneça dentro dos limites delineados pelos direitos das pessoas. Além disso, as cortes devem oferecer o benefício da dúvida ao governo, ao menos em relação às questões de políticas públicas.

Os juízes internacionais possuem um papel diferente daquele das suas contrapartes nacionais. Devido à distância geográfica e cultural eles devem se comportar de forma mais cautelosa em relação às autoridades. De qualquer modo, se aplicam no caso normas especiais tanto processuais quanto materiais que ordinariamente impõem, direta ou indiretamente, tal dever de prudência.²⁶⁸

Conseqüentemente, o bloco bolivariano pode legitimamente postular que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos deve dar liberdade a Estados e governos signatários, em geral, no que concernir à política, ao contrário do que for normativo. Segundo, a Comissão, assim como a Corte, deve dar crédito à corajosa cruzada em favor dos direitos à igualdade, dignidade, saúde, moradia e diversidade cultural. Finalmente, deve meticulosamente evitar sugerir que esses direitos importem menos que outros, como a liberdade de expressão.

Todavia, as nações descontentes não deveriam contar com apoio irrestrito dos judiciários nacionais ou supranacionais. Pelo contrário, s devem aceitar que estes as investiguem e confrontem. Nas palavras de Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do Centro para Justiça e Direito Internacional: “A Comissão Interamericana de Direitos Humanos,” assim como a Corte, “deve continuar a incomodar os governos; isso é um sinal de que está fazendo o seu trabalho.”²⁶⁹

Os tribunais não devem operar como um ministério e, muito menos, como um lacaio do governo. Além disso, não precisam seguir a linha oficial para o bem da consistência ou integridade da política de Estado. Enquanto o Judiciário não

268 Por exemplo, a Comissão e Corte Interamericana devem ordinariamente, como discutido na Seção I(B), *supra*, não admitir um pedido caso o requerente não tenha exaurido as instâncias nacionais.

269 Eva Sáiz, *La OEA, dividida ante la reforma de su órgano de derechos humanos*, El país (07 de dezembro de 2012) (citando Viviana Krsticevic).

tem de conter ou contrabalançar as autoridades eleitas, ele deve pontualmente efetivar os direitos a pedido dos seus detentores. Deve empreender uma sondagem mais exigente em princípios e mais relaxada em políticas públicas, mas não pode abdicar completamente de suas responsabilidades em qualquer frente.

Inevitavelmente, juízes e oficiais de Estado entrarão em conflito sobre direitos humanos. Sob o plano de fundo proposto, irão geralmente discordar se um caso particular se apoia em princípio ou política pública, no quê os princípios relevantes necessitam, assim como em quais programas de implementação se qualificam como *bona fide* ou sensíveis. O governo irá provavelmente acusar as cortes de sempre decidirem baseados em princípios, de uma ilegítima interpretação de princípio de forma muito ampla, e de classificar injustamente as estratégias políticas como mera vaidade. Embora o esquema conceitual desenvolvido aqui certamente não erradique tais conflitos institucionais, ele pode ajudar a compreendê-los.

CONCLUSÃO

■ Este trabalho tanto interpretou quanto avaliou as chamadas objeções “bolivarianas” ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em primeiro lugar, as interpretou como sendo primordialmente não uma reivindicação de soberania ou uma declaração de insatisfação com a tomada de decisão institucional, mas sim um apelo à politização dos direitos humanos. Essa interpretação encontra suporte geral nas evidências disponíveis e torna o desafio geral ainda mais interessante.

Segundo, este artigo avaliou e questionou a solidez filosófica de uma tentativa de politizar os direitos em jogo. Ele se recusou, no entanto, a responder com a afirmação de que os direitos humanos dependem essencialmente de princípios, e não de política pública. A discussão pelo contrário insistiu que os direitos humanos possuem tanto um componente político quanto normativo. Concluiu que os tribunais devem se submeter quando tratar do primeiro, mas não quando se referir ao último, e ilustrou essa conclusão por meio de uma série de casos nacionais e internacionais que tocam sobre princípios e políticas públicas em torno à liberdade de expressão e ao direito à saúde.

Consequentemente, o bloco dissidente tem afirmado corretamente que os Estados merecem uma quantidade considerável de margem de manobra não apenas por serem os signatários dos tratados pertinentes, mas também por serem entidades com maior experiência e legitimidade em questões políticas. Além disso, ele tem protestado corretamente que o Judiciário não deve desprezar, de forma

ideologicamente estreita, os fortemente politizados direitos de segunda geração; nem regimes que se concentram nesses direitos. Na verdade, à medida que as autoridades intensificam seu engajamento em nome de um direito humano de qualquer espécie, elas normalmente mergulham mais profundamente no campo da política e assim ampliam sua margem de discricção.

Todavia, os juízes globais e locais não devem dar *carta branca* ao governo. Eles devem responsabilizar o Estado caso este proceda de forma arbitrária bem como caso não consiga realizar algum programa básico e essencial. De qualquer forma, um tribunal deve examinar rigorosamente e sancionar severamente as autoridades se atropelarem o princípio subjacente a um direito específico.

Os juízes não devem se sentir compelidos a endossar a linha oficial. Ao contrário de um ministério de governo ou de uma agência administrativa, eles não têm nenhum dever de aliança com a administração no poder. Pelo contrário, um tribunal deve se ater tenazmente a normas de direitos humanos e investigar prudentemente qualquer política proposta. Não precisa se opor nem mesmo conter as autoridades, mas deve investigar de forma independente.

Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua podiam, por sua parte, estar arguindo que estão majoritariamente buscando justiça social, que presumivelmente prevalece sobre os direitos humanos. No entanto, o exercício de tais direitos geralmente contribui ou, ao menos, auxilia tal propósito. Sob extremas circunstâncias, estes apenas não se colocam no seu caminho.

Significativamente, nenhuma das determinações contestadas tem partido dum choque entre o esforço para construir uma sociedade justa e a obrigação de honrar os direitos humanos. De fato, outros países latino-americanos, como Brasil, Chile, El Salvador e Uruguai têm também progressivamente se comprometido com esta sem notar qualquer tensão com aquele. Como resultado, têm optado por sustentar, ao invés de desafiar, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, evidentemente vendo-o como capaz de acomodar substancial diversidade ideológica.

Por fim, alguém ainda pode resistir à tentação de conceber os direitos humanos como sendo exclusivamente principiológicos ou políticos. No entanto, inevitavelmente possuem as duas características. Mais uma vez, as autoridades devem ter considerável, embora não absoluta, liberdade de ação quanto à dimensão política e quase nenhuma à principiológica.

De fato, o Eixo Bolivariano e seus inimigos convergem não apenas em rejeitar essa posição, mas também em abraçar uma sorte de utopia em relação aos direitos humanos. Neste sentido, esperam uma harmonia permanente entre o juiz e o Estado. Somente discordam se aquele deve ceder a este – especialista em política

pública –, ou o contrário, na medida em que a competência do Judiciário reside na interpretação das normas. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos irá inevitavelmente estagnar a não ser que ambos os lados aprendam a viver em constante conflito na aplicação dos mencionados direitos e, em última instância, entre si.

ÁNGEL R. OQUENDO · Catedrático George J. e Helen M. England Professor de Direito, Universidade de Connecticut; Professor Visitante do Exterior da CAPES, Universidades Estadual e Federal do Rio de Janeiro; Professor Visitante da DAAD, Universidade Livre de Berlin. Ph.D., M.A. (Filosofia), A.B. (Economia e Filosofia), Harvard University; J.D., Yale Law School.

O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo

FABIANA LUCI DE OLIVEIRA

RESUMO

■ A discussão sobre o protagonismo político do Supremo Tribunal Federal (STF) e os impactos da atuação do tribunal na regulação da vida política, econômica e social do país vem ocupando espaço crescente na agenda de pesquisa sobre o Poder Judiciário, não só no Direito, como na Ciência Política e na Sociologia. E são muitos os conceitos mobilizados para tratar desse protagonismo – termos como “judicialização da política”, “ativismo judicial”, “juristocracia” e “supremocracia”. Há um vasto campo semântico e mesmo contestações sobre a utilidade analítica desses conceitos. Mas todos têm em comum referir-se ao fenômeno da expansão da influência do Judiciário na política, e as consequências e preocupações que isso traz à democracia. A proposta do artigo é entrar nesse debate discutindo duas questões: (1) qual é o papel de um tribunal como o Supremo numa democracia? E (2) o STF tem agido de acordo com o papel que se espera desse poder ou estaria extrapolando suas funções? A discussão se dá, portanto, em torno do problema da legitimidade dos tribunais e da sua capacidade instrumental em intervir em políticas públicas e nos conflitos políticos, e a forma como o Supremo vem fazendo isso no Brasil contemporâneo. Ao responder a essas perguntas, reunimos elementos que nos permitem problematizar a atuação do STF no nosso sistema político. Concluímos não haver evidências robustas de que o STF esteja extrapolando suas funções, embora haja indicativo do uso demasiado do poder individual de cada ministro no processo decisório. Esse fato, associado a uma cobertura midiática que exacerba a judicialização anticorrupção e a personalização

da instituição em seus ministros, leva o Judiciário a sobressair-se às instituições político-representativas, contribuindo para a despolitização da sociedade. Mas a ampliação do protagonismo político do Supremo não deve implicar sua substituição às instituições político-representativas, nem deveríamos esperar do STF a correção dos problemas do nosso sistema político, tampouco dos problemas de justiça distributiva do nosso regime, pois esse não é o papel de um tribunal como o Supremo numa democracia.

ABSTRACT

■ The debate about the Supreme Court's (STF) political leadership and its impact on regulating the country's political, economic and social life has been growing within the research scene that studies the Judiciary, Political Science and Sociology. Many concepts are mobilized to deal with this leadership - terms like "judicialization of politics", "judicial activism", "juristocracy" and "supremeocracy". There is a vast semantic field and disputes about the analytical usefulness of these concepts. But what they all have in common is that they refer to the expansion of the judiciary's influence in politics, and the consequences and concerns that this brings to democracy. The purpose of this article is to enter this debate by discussing two issues: (1) what is the Supreme Court's role in a democracy? And (2) has the STF been acting in accordance to the judiciary's expected role or has it exceeded its functions? Therefore, the discussion is about the problem regarding the legitimacy of the courts and their instrumental ability to intervene in public policies and political conflicts, and the way in which the Supreme Court has been doing so in contemporary Brazil. In answering these questions, we have gathered elements that allow us to problematize the Supreme Court's performance in our political system. We conclude that there is no strong evidence that the Supreme Court is overstepping its functions, although it is indicative of too much use of each justice's individual power in the decision-making process. This fact, coupled with a media coverage that exacerbates the anti-corruption judicialization and the personalization of the institution in its justices, leads the Judiciary to stand out from the political-representative institutions, contributing to the depoliticization of society. But the expansion of the Supreme Court's political leadership should not imply in its replacement to political-representative institutions, nor should we expect from the STF the correction of our political system's problems, nor of the distributive justice problems of our regime, since this is not the role of a court such as the Supreme Court in a democracy.

APRESENTAÇÃO

■ A discussão sobre os impactos da atuação do Supremo Tribunal Federal na regulação da vida política, econômica, social e moral do país ocupa espaço crescente na agenda de pesquisa sobre o Poder Judiciário, não só no Direito, como na Ciência Política e na Sociologia. É grande também a repercussão midiática das decisões do Tribunal, principalmente desde que os holofotes da grande imprensa se voltaram aos episódios de corrupção política. Primeiro com a cobertura do escândalo do Mensalão (AP 470), indo das acusações feitas em 2005, passando pela aceitação da denúncia pelo STF, em 2007, até o julgamento do caso, em 2012, e o julgamento dos recursos a partir de 2013 (embargos de declaração). Depois, com a operação Lava-Jato¹, a partir de 2014, acentuando-se em 2015, em especial após a autorização pelo STF da prisão do senador Delcídio do Amaral.

A atuação do STF continuou proeminente na política nacional em 2016, estando entre os episódios de maior destaque a anulação de nomeações de ministros de Estado², a decisão sobre o rito do impeachment da presidente Dilma Rousseff (ADI 5.498, MS 34.127, 34.128, 34.130 e 34.131), o afastamento de Eduardo Cunha da presidência da Câmara dos Deputados e do mandato de deputado federal (AC 4.070); a determinação, via liminar, do afastamento do presidente do Senado, Renan Calheiros, e a posterior revisão da decisão pelo colegiado, no julgamento sobre a possibilidade de réus em ação penal ocuparem cargos na linha de substituição presidencial (ADPF 402).

No início de 2017 a visibilidade do Supremo permaneceu elevada, com destaque para a atuação da sua presidente, a ministra Cármen Lúcia, à frente da busca por soluções para a crise carcerária no contexto dos massacres que eclodiram em diversos presídios no país, assim como para a crise fiscal dos Estados, sobretudo no caso do bloqueio de recursos e na negociação da dívida do Estado do Rio de Janeiro. A projeção nacional da ministra tem levado setores da mídia

1 Em 20 de dezembro de 2016 o site do STF publicou um balanço da movimentação dos processos ligados à operação Lava-Jato no tribunal, totalizando 58 inquéritos sem denúncia, 16 inquéritos com denúncia, 3 ações penais, 25 colaborações premiadas, 105 ações cautelares, 91 habeas corpus e 95 reclamações. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332651&caixaBusca=N>. Acesso em 16/01/2017.

2 ADPF 388, referente à nomeação do procurador de Justiça do Ministério Público da Bahia, Wellington César Lima e Silva, ao cargo de ministro da Justiça e MS 34.070 e 34.071, referentes à nomeação do ex-presidente Lula ao cargo de ministro chefe da Casa Civil – ambos nomeados no segundo mandato de Dilma Rousseff.

a considerá-la como forte candidata à sucessão presidencial³ – o que ocorreu durante outras presidências do Tribunal⁴. No início de 2017 foi destaque nos noticiários, ainda, o falecimento do ministro Teori Zavascki, vítima na queda de uma aeronave, e especulações sobre seu substituto, tanto na cadeira no STF, quanto na relatoria da Lava-Jato.

O protagonismo político do Supremo pode estar mais visível agora, mas certamente não teve início com o Mensalão, tampouco se deve somente ao ativismo judicial anticorrupção e a punições aplicadas a políticos. Desde a redemocratização do país, com a Constituição de 1988, o Supremo vem se tornando pouco a pouco mais conhecido da sociedade civil, passando a frequentar cada vez mais o nosso cotidiano, devido a importantes decisões no âmbito dos direitos fundamentais, na implementação de políticas sociais, em assuntos relativos a escolhas morais, em políticas econômicas e tributárias, na regulação da competição política e na mediação das relações entre os poderes da federação.

Nesse contexto, argumenta-se haver uma intensificação das relações entre STF e política no Brasil contemporâneo. O Supremo, uma instituição existente desde o nascimento da nossa República, que de outro desconhecido da grande maioria da população, nas palavras de Baleeiro (1967), passou a ter sua atuação mais visibilizada, tornando-se um “um protagonista de primeira grandeza” da nossa cena política, nos termos de Sadek (2011).

E esse protagonismo tem provocado tanto elogios quanto críticas. Os elogios vêm, em especial, devido à atuação do tribunal no âmbito da proteção dos direitos fundamentais, em decisões como a constitucionalidade da implementação do

3 Em pesquisa de intenção de voto realizada em dezembro de 2016 pelo Datafolha, apareceu o nome da ministra Cármen Lúcia com 1% da intenção de votos. Ver pesquisa em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/12/12/cd23e33607007a1b8a52e6f2b28266af2db3a4ac.pdf>. Acesso em 16/01/2017. Também têm sido noticiada a projeção da ministra no cenário nacional, e a força de seu nome como presidenciável. Ver, por exemplo, a notícia “*Cármen Lúcia ocupa vazão e desponta como possível candidata em 2018*”, publicada em 15/01/2017 no jornal Folha de S. Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/eliogaspatri/2017/01/1849965-carmen-lucia-ocupa-vazio-e-desponta-como-possivel-candidata-em-2018.shtml>. Acesso em: 16/01/2017.

4 Outros ministros que ganharam popularidade e suscitaram rumores de possíveis candidaturas às eleições presidenciais foram Nelson Jobim, às vésperas das eleições de 2006, e Joaquim Barbosa, às vésperas das eleições de 2014. Ver, por exemplo, a notícia “*Ministro nega candidatura, mas deve deixar STF em abril*”, publicada no jornal Folha de S. Paulo em 05/12/2005. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fco512200514.htm>. E a notícia “*Joaquim Barbosa diz que não será candidato à Presidência*”, publicada na Folha em 08/03/2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/03/1422658-joaquim-barbosa-diz-que-nao-sera-candidato-a-presidencia.shtml>. Acesso em: 16/01/2017.

sistema de cotas em universidades, a liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias, a descriminalização do aborto de fetos anencéfalos, o reconhecimento da união estável homoafetiva, a liberdade de expressão na imprensa, entre outras.

Já as críticas vêm principalmente no âmbito de decisões do tribunal que envolvem as atividades dos demais Poderes, mormente o controle judicial de atos tidos como *interna corporis*, decisões sobre o funcionamento de CPIs, anulação da nomeação de ministros de Estado, interferência na tramitação de leis, na definição do rito do processo de impeachment, no afastamento de congressistas, mas também na mediação de disputas entre Estados e União.

As críticas aparecem igualmente com relação ao chamado “voluntarismo monocrático”, numa série de decisões polêmicas tomadas individualmente por relatores de processos⁵, e ainda devido às constantes declarações de ministros do STF à imprensa. Tal constância midiática provoca questionamentos se a cúpula do Poder Judiciário deveria ter tamanha exposição pública, criticando-se a assiduidade das falas de alguns ministros fora dos autos, acerca de assuntos que poderão vir a julgar.

Entramos nesse debate discutindo duas questões: (1) qual é o papel de um tribunal como o STF em uma democracia? E (2) o STF tem agido de acordo com o papel que se espera desse poder ou estaria extrapolando suas funções? Ou seja, tratamos aqui do problema da legitimidade dos tribunais e de sua capacidade instrumental de intervir nos conflitos políticos e em políticas públicas, e a forma como o Supremo vem fazendo isso no Brasil. Não temos a ambição de dar respostas definitivas a essas perguntas, mais sim pontuar alguns aspectos, problematizando a atuação do STF no nosso sistema político, embasadas em resultados de pesquisas que vimos conduzindo ao longo dos últimos anos.

O artigo que segue está estruturado em duas seções. Na primeira, “Judiciário e Democracia”, discutimos o papel de um tribunal como o STF num Estado

5 Dados sobre a movimentação processual do STF publicados pelo jornal Folha de S. Paulo em 26/12/2016, na notícia “*Em ano de crises, Supremo tem 18% menos decisões coletivas*” indicam que 88% das decisões tomadas pelo STF em 2016 foram monocráticas (<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1844509-em-ano-de-crisis-supremo-tem-18-menos-decisoes-coletivas.shtml>), sendo que entre os temas mais polêmicos decididos monocraticamente estiveram o afastamento do presidente do Senado Renan Calheiros, em decisão do ministro Marco Aurélio, e a suspensão da tramitação do PL 4.850/16, referente às medidas de combate à corrupção, com o ministro Fux determinando monocraticamente sua devolução à Câmara dos Deputados para nova votação da matéria.

Democrático, destacando sua forma de inserção no sistema político, e a importância de se observar o desenho institucional desse poder e o perfil das pessoas que o compõe para melhor compreender seu desempenho. Na segunda, “O STF na democracia brasileira”, reunimos evidências da atuação do Supremo na política nacional desde 1988 até 2014, enfocando suas decisões em controle concentrado de constitucionalidade e a forma pela qual o tribunal foi representado na imprensa escrita e percebido pela opinião pública.

Fechamos o artigo tecendo considerações em torno do questionamento se deveríamos confiar na atuação do STF para corrigir os problemas do nosso sistema político, concluindo negativamente, a partir da argumentação de Hirschl (2013), de que os principais avanços em termos de justiça distributiva foram alcançados no Brasil por políticas governamentais direcionadas, e não por reformas constitucionais ou jurisprudência constitucional progressista.

I. JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA

■ O papel clássico do Judiciário em uma democracia é o de exercer a função de freio e contrapeso aos poderes Executivo e Legislativo, garantindo a incorporação das minorias ao processo político (função contramajoritária). Arantes e Kerche (1999: 32) pontuam que num sistema de separação de poderes o Judiciário tem o papel de cuidar da aplicação imparcial da lei, garantir o princípio da igualdade jurídica, e zelar pelo respeito aos direitos fundamentais inseridos na Constituição.

Numa democracia, as supremas cortes ou os tribunais constitucionais desempenham, portanto, o papel de guardar a Constituição e fazer cumprir os seus dispositivos, e o fazem a partir do exercício do controle de constitucionalidade das leis.

É o tipo de arranjo institucional democrático, e a extensão da constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivos, que configuram a forma de inserção do Poder Judiciário no sistema político. No Brasil, o nível de detalhamento e a abrangência do texto constitucional de 1988 ampliaram as situações passíveis de intervenção do Judiciário. Segundo Sadek (2004), a Constituição de 1988 alçou o Poder Judiciário ao centro da vida pública nacional, e conferiu ao STF um papel de primeira grandeza, possibilitando a ele protagonizar importantes decisões nas esferas da vida política, econômica e social no país, ao atribuir-lhe a prerrogativa de examinar a compatibilidade entre leis e atos normativos dos demais Poderes com a Constituição.

O modelo de presidencialismo consagrado pela Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário e aos seus integrantes capacidade de agirem politicamente, quer questionando, quer paralisando políticas e atos administrativos, aprovados pelos poderes Executivo e Legislativo, ou mesmo determinando medidas, independentemente da vontade expressa do Executivo e da maioria parlamentar. Por outro lado, a instituição possui atribuições de um serviço público encarregado da prestação jurisdicional, arbitrando conflitos, garantindo direitos. (Sadek, 2004: 79)

Portanto, é o nosso desenho institucional o que possibilita o protagonismo político do STF (Arantes, 1997), dando ensejo a que se fale também no Brasil dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Segundo definição de Domingo (2004: 110), a judicialização da política implica o aumento na incidência de decisões judiciais sobre processos e conflitos políticos, assim como o crescimento do uso dos tribunais como lócus de mobilização da sociedade civil organizada em torno de demandas e interesses sociais e econômicos.

A ocorrência de judicialização da política não implica necessariamente extrapolação de funções do Judiciário, sendo o exercício de previsões normativas.

Já o termo ativismo judicial carrega conteúdos muito distintos em seu uso. Na lógica da separação de poderes, pode significar (1) invasão ou usurpação de competências dos demais poderes, numa chave mais crítica à atuação do Judiciário, implicando extrapolação de suas funções, ou (2) ocupação de vácuo de poder, numa chave mais positiva, significando que ele atua apenas para suprir uma omissão dos demais poderes. Como afirma Hirschl, “quando os políticos eleitos se abstêm de lidar com um desafio agudo de política pública, a intervenção judicial pode certamente ser vista como contribuindo para abrir o discurso sobre a questão” (2013: 362).

Judicialização da política e ativismo judicial são próximos mas não são sinônimos. Segundo Barroso (2016: 12), a judicialização da política é factual, implicando que algumas questões de ampla repercussão política ou social passam a ser decididas pelo Judiciário, e não pelas instâncias representativas tradicionais. Já o ativismo judicial é uma atitude, que para Barroso implica numa atuação proativa do Judiciário, que passa a interpretar princípios e regras constitucionais de forma não prevista expressamente pelo legislador.

Outros conceitos mobilizados para tratar do protagonismo político do Judiciário são “juristocracia” (Hirschl, 2004), referindo-se à transferência de poder das instituições representativas para as judiciárias, e “supremocracia” (Vieira,

2008), expressão da juristocracia no caso brasileiro, tendo o STF a última palavra acerca de uma série de assuntos de natureza substantiva, ora validando, ora substituindo escolhas majoritárias (2008: 445).

Há um vasto campo semântico e mesmo contestações sobre a utilidade analítica desses conceitos⁶. Mas todos têm em comum referir-se à expansão do Poder Judiciário na política, e as consequências e preocupações que isso traz para a democracia.

A expansão do Poder Judiciário no campo da política majoritária não é uma singularidade brasileira, e sim parte de um processo global, decorrente de ondas de constitucionalização que se deram em uma série de países, desde a segunda Guerra Mundial, passando por países Europeus, como Portugal e Espanha, países africanos e latino-americanos. Hirschl (2013: 361) contabilizou 150 países nos quais os tribunais tornaram-se os “principais tradutores dos dispositivos constitucionais em orientações para a vida pública”, cobrindo cerca de três quartos da população do mundo.

A principal preocupação que a expansão do poder do Judiciário provoca é a da legitimidade decisória, ou a dificuldade contramajoritária, pois ao transferir-se poder decisório das instituições representativas para as judiciárias, permite-se que juízes não eleitos (não responsabilizáveis perante os cidadãos) modifiquem ou anulem políticas implementadas por agentes políticos eleitos.

Essa expansão pode também levar o Judiciário a sobrepor-se aos demais poderes, invadindo suas competências e degenerando a democracia em um governo de juízes (conforme o *slogan* criado por Edouard Lambert em 1921, *apud* Davis, 1987). É o dilema do equilíbrio de poder entre o Judiciário e a regra da maioria, levando à pergunta clássica “quem guarda o Guardião?”.

Segundo Cappelletti (1993:74-75), a ampliação do poder do Judiciário na interpretação e aplicação do direito não torna os juízes legisladores, não implicando invasão ou extrapolação de poderes, uma vez que existiriam diferenças no modo, na estrutura e nos procedimentos de formação do direito pela via judicial: os procedimentos judiciais são passivos, ou seja, não são deflagrados pela vontade dos tribunais. Cappelletti conclui, assim, que a atitude criativa por parte dos juízes pode trazer mais benefícios que prejuízos para o funcionamento efetivo da democracia.

Há ainda o risco da politização indevida do tribunal, ou seja, o perigo de juízes interpretarem e aplicarem a Constituição considerando o critério de go-

6 Sobre o debate e os diferentes significados de judicialização da política consultar Veronese, 2009. Sobre as contestações desse conceito e do conceito de ativismo judicial, consultar Koerner, Inatomi, e Baratto, 2011 e Koerner, 2013.

vernabilidade e os interesses partidarizados, sofrendo ingerência da classe política (Domingo, 2004: 112).

Por outro lado, um Judiciário forte e independente possibilita um maior balanceamento das forças políticas e sociais em disputa, pois atuando como um poder contramajoritário, o Judiciário freia as maiorias políticas contingentes.

Um aspecto importante nesse debate é que o desenho institucional que empodera as supremas cortes, como o STF, não é uma dádiva, e sim uma construção política, como nos lembra Hirschl (2004). É, nos termos desse autor, uma estratégia de preservação dos valores caros à democracia liberal-capitalista, que ficam, assim, resguardados das “ameaças” provenientes do governo da maioria.

Segundo Hirschl (2004: 98), a constitucionalização de direitos e o fortalecimento dos poderes de revisão judicial resultam de um pacto estratégico conduzido por elites políticas hegemônicas, em associação com as elites econômicas e jurídicas com as quais têm interesses compatíveis. Essas elites buscam o insulamento de suas preferências políticas, preservando-as frente às mudanças potencialmente advindas da política democrática. Esse empoderamento, para ele, é reflexo da combinação de preferências políticas e interesses profissionais e econômicos desses grupos⁷.

O empoderamento do Judiciário parte da lógica da alternância no poder, levando o governo de hoje a obedecer ao Judiciário para resguardar o controle judicial para quando estiver fora do poder. Whittington (2005) afirma que mesmo os incumbentes se beneficiam de um Judiciário independente, uma vez que se valem dele para alterar legislação aprovada em governos anteriores, melhorando as condições para a implementação das preferências do governo atual. Segundo o autor, a existência de um Judiciário que contraria o governo em algumas questões, contribui para legitimar outras decisões desse governo, nas ocasiões em que não se manifesta de forma contrária.

O que essas explicações têm em comum é a afirmação de que o Judiciário é parte do sistema de governo e os juízes integram a elite política. Dahl (1957) argumentou nesse mesmo sentido, afirmando que a Suprema Corte pertence, via de regra, à aliança nacional dominante. Isso implica que não se deve imaginar que a

7 No original em inglês: “Judicial power clearly does not fall from the sky. It is politically constructed. My account of judicial empowerment suggests that the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasingly threatened political elites seeking to insulate their policy preferences against the changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests. The changes that emerge reflect a combination of the policy preferences and professional interests of these groups.” (Hirschl, 2004: 98).

Suprema Corte possa usurpar competências decisórias de poderes políticos com os quais, em regra, ela está alinhada.

A consequência dessa constatação é que, dificilmente, ela atuaria em sentido contrário aquele defendido pelos poderes políticos governantes (responsáveis pela indicação e confirmação dos ministros, *justices* no caso norte-americano), a não ser durante breves períodos de desequilíbrio.

Para compreender esses breves períodos de desequilíbrio, é útil o conceito de “deserção estratégica”, desenvolvido por Helmke (2005). A deserção estratégica implica que toda vez que o governo vigente perde poder, a Suprema Corte tende a decidir mais desfavoravelmente a ele, numa estratégia mesmo de sobrevivência, de evitar retaliações do novo governo que virá.

Juízes e ministros de supremas cortes estão sujeitos a retaliações, apesar de uma série de garantias existentes. Como afirma Hirschl (2013: 369), quanto mais politicamente significativos os tribunais se tornam, maior é a probabilidade de sofrerem pressão dos atores políticos, que buscam influenciar tanto as nomeações quanto os resultados judiciais⁸. E não são raros exemplos de juízes não conformes às elites governantes que foram disciplinados ou removidos, havendo mesmo tribunais que tiveram sua composição renovada (no estilo “*court-packing*” de Roosevelt, nos Estados Unidos de 1937) ou suas competências alteradas. Nos casos mais extremos, tribunais foram dissolvidos e substituídos por um corpo de juízes mais compatível com os interesses governantes.

Helmke e Staton (2009) apontam que na América Latina a maioria das Supremas Cortes sofreu algum tipo de pressão ou retaliação desse tipo desde a década de 1990. Exemplificam mencionando o caso do “*court packing*” na Argentina em 1990, do impeachment de juízes no Peru em 1997, e a dissolução da Corte na Venezuela em 1999. No caso do Brasil, retaliações desse tipo não ocorreram desde a redemocratização.

8 Exemplo das pressões sobre as nomeações puderam ser vistas no Brasil recente, acerca da sucessão do ministro Teori Zavascki no STF, logo após a confirmação de sua morte. Diversos setores disputam o perfil e o nome do indicado, aparecendo nomes provenientes dos quadros da magistratura, assim como quadros políticos. Sobre o caso, ver entre outras notícias “*Nome para o STF não deve ser avesso à política, dizem aliados a Temer*”, publicada na Folha de S. Paulo em 27/02/2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/01/1853460-nome-para-o-stf-nao-deve-ser-avesso-a-politica-dizem-aliados-a-temer.shtml>. Acesso em: 29/01/2017. E “*Sucessor deve ter o perfil de Teori, sugere Veloso*”, publicada no Blog da Folha em 24/01/2017. Disponível em: <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2017/01/24/sucessor-deve-ter-o-perfil-de-teori-sugere-veloso/>. Acesso em 29/01/2017.

As Supremas Cortes não são simplesmente órgãos jurisdicionais, prestadores de um serviço público voltado à resolução de conflitos sociais, mas sim Poderes de Estado. Portanto, precisamos nos preocupar com a composição dessas instituições, conhecer o perfil de quem está decidindo. Importa para a qualidade das decisões quem são os juízes (*justices* ou ministros) e o quão diverso é esse corpo decisório em termos de origem social, perfil demográfico e trajetória profissional.

Já examinamos em outra oportunidade o efeito que a trajetória profissional progressista dos ministros do STF exerce em sua forma de decidir (Oliveira 2012), observando diferenças de posicionamento entre ministros com trajetória progressista na magistratura (magistrados), e ministros com trajetórias progressistas diversificadas (não magistrados), sendo que ministros magistrados tendem a interpretar a Constituição de modo menos expansivo e a interferir menos em leis e atos normativos produzidos em âmbito federal, comparados aos não magistrados. Observamos também que, no âmbito da discussão constitucional, apesar do Supremo ser bastante consensual, à medida em que a diversidade de trajetórias de carreiras é ampliada no colegiado, maior o dissenso se torna.

A Suprema Corte norte-americana é a que reúne uma maior quantidade de estudos sobre a influência do perfil dos seus ministros no processo decisório, sendo notável que os períodos em que mais colaborou para fazer avançar uma agenda de proteção aos direitos civis foram aqueles em que teve majoritariamente em sua composição *justices* progressistas (Segal e Spaeth, 2002).

Isso posto, falar de um papel adequado do Poder Judiciário e de uma Corte Suprema em um Estado Democrático, vai depender do tipo de democracia que se constrói, do desenho institucional desse poder e do perfil das pessoas sentadas à instituição.

2. O STF NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

■ A segunda questão proposta para discussão no artigo é se o Supremo Tribunal Federal têm agido de acordo com o papel que se espera desse poder ou se ele estaria extrapolando suas funções.

Como discutimos na seção anterior, o desenho institucional do STF dá a ele poder de revisar e invalidar atos dos poderes representativos, e mesmo substituir as decisões majoritárias, a partir do controle de constitucionalidade. Como afirma Vieira (2008), essa é uma atribuição comum a outras supremas cortes ao redor do mundo, sendo os aspectos que diferenciam o STF a escala, devido ao grande volume de temas com natureza constitucional, passíveis de judicialização, e a na-

tureza, uma vez que o STF pode apreciar atos do poder constituinte reformador (Vieira, 2008: 445). Portanto, como já afirmado, o exercício desse poder não constitui, em si, extrapolação de funções.

A percepção corrente na literatura sobre a atuação do STF é de que o tribunal transitou de certa cautela ou autocontenção no exercício dos seus poderes logo após a Constituição de 1988, e que com o passar dos anos, e principalmente, com a renovação da sua composição a partir de meados da década de 2000, tornou-se mais ativo ou mesmo “ativista”.

Para discutir a atuação do STF na democracia brasileira pós-1988, tomamos por base uma série de evidências de pesquisas que vimos conduzindo sobre o STF, enfocando as decisões do tribunal em controle concentrado de constitucionalidade via Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), e a percepção pública acerca do tribunal, tanto a partir do retrato que vem sendo feito do Supremo pela mídia impressa, quanto por pesquisas de opinião pública com a população.

Ao analisarmos a atuação do Supremo nas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade via ADI, entre os anos de 1988 e 2014, notamos que, dentre 2.712 ADIs com decisão final no período, 60% delas questionaram normas estaduais, 29% normas federais, 9% normas com origem no Judiciário e 2% com outra origem (municipal, Ministério Público, Conselhos, etc.). O Supremo respondeu de forma bastante positiva aos requerentes, ou seja, deferiu total ou parcialmente um terço das ADIs, declarando a inconstitucionalidade (total ou parcial) dos diplomas questionados nessas ações.

Quando estudamos as decisões pela origem das normas, vemos que em 46% das ações que questionaram diplomas estaduais, o STF deferiu o pedido (total ou parcialmente). Com relação às ações questionando diplomas com origem no Judiciário, cerca de 22% foram deferidas, e apenas 11% das ações questionando normas federais tiveram o mérito julgado procedente. Esses dados podem ser lidos como uma evidência de maior cautela no âmbito federal. Mas temos que considerar, também, com Kapiszewski e Taylor (2008: 749), que em geral os governos atuam constitucionalmente, e que o uso da via judicial para contestar políticas governamentais pode ser uma estratégia política da oposição para “mostrar serviço” e evidenciar sua posição contrária.

Examinando os requerentes, quem mais obteve sucesso no Supremo foram os governadores – 53% dos questionamentos que fizeram foram julgados procedentes. Na sequência, o Procurador Geral da República, com 47% das ações de sua autoria procedentes. E a OAB, com 35% de procedência. Os partidos políticos e as associações obtiveram sucesso menor, com 16% dos seus pedidos deferidos.

Um aspecto que chama atenção na atuação do STF no período é a agenda temática, com 40% das ADIs versando sobre temas afetos ao funcionalismo público, discutindo prerrogativas e organização de carreiras, sobretudo aspectos ligados à remuneração (Oliveira, 2016). Quase metade dessas ações sobre funcionalismo tratavam da estruturação das carreiras do próprio sistema de justiça. Ou seja, quando observamos a atuação do STF via um dos mais importantes instrumentos de controle de constitucionalidade, notamos que o tribunal dedicou boa parte do seu tempo atuando como uma espécie de setor de recursos humanos, decidindo sobre ampliação ou redução de benefícios aos servidores públicos. Conforme concluímos, “a agenda do Supremo em controle concentrado foi tomada por uma pauta ligada ao delineamento das carreiras públicas. No âmbito da ADI, o tribunal tem se tornado uma espécie de divisão de recursos humanos.” (Oliveira, 2016: 113). E considerando que ainda outros 7% de ações versam sobre a administração do sistema de justiça e suas instituições, temos que o tribunal dispense parte considerável de seu tempo decidindo sobre a regulação do próprio sistema estatal de justiça.

O segundo tema mais recorrente na pauta decisória, com 15% de incidência, trata do funcionamento da máquina estatal, cobrindo outros aspectos da administração pública que não o funcionalismo. E apenas em terceiro lugar, com 14% de incidência, estão as temáticas de direitos sociais e civis, individuais e supraindividuais, incluindo a regulação da relação entre particulares e questões ambientais.

Os dados sobre a agenda decisória do Supremo mostram que mais do que desempenhar os papéis clássicos às supremas cortes ao redor do mundo, como ser instrumento de defesa e incorporação de minorias ao processo decisório (sua função contramajoritária), ou atuar como mediador de conflitos entre os poderes Executivo e Legislativo, ou ainda recurso institucional estratégico de governo (conforme apontado por Taylor e Da Ros, 2008), o STF tem desempenhado o papel de eficaz órgão de deliberação corporativa.

Ou seja, o tribunal tem cuidado principalmente do funcionamento do próprio Estado e das prerrogativas de seus servidores, mais do que cuidar da garantia de direitos fundamentais ou influenciar em uma agenda de políticas públicas de alcance mais amplo. Com base nisso, questionamos: “uma corte suprema deveria dedicar quase metade de seu tempo no controle de constitucionalidade para decidir sobre questões relativas ao funcionalismo público? Parece-nos que não, e portanto temos um problema” (Oliveira, 2016: 117).

É evidente que a agenda decisória do tribunal depende das temáticas que são levadas até ele pelos atores legitimados a acioná-lo pela via do controle direto. Mas uma vez que o STF tem a prerrogativa de definir a pauta do dia, essa

responsabilidade também é do tribunal. Segundo o regimento interno, é o relator dos casos e depois o presidente do STF quem decide quando decidir, e cada ministro individualmente tem o poder de tirar um tema da agenda, a partir de pedidos de vista.

Outro dado relevante é que praticamente metade (48%) das ADIs no período tiveram decisões monocráticas, sendo esse dado um dos principais elementos acionados no debate para criticar a excessiva individualização do tribunal⁹. Chama atenção que 59% das ações questionando diplomas com origem federal tiveram decisão monocrática, comparativamente a 39% das ações questionando normas estaduais.

Em termos de temática, o Supremo decidiu monocraticamente mais sobre regulação econômica e competição política (59% e 58% das ações nessas temáticas, respectivamente). O tema em que menos decidiu monocraticamente foi funcionalismo público (44% das ações questionamento essa temática tiveram decisão monocrática).

Sabemos que não basta considerar tão-somente o quantitativo de decisões do tribunal, sendo evidente o impacto qualitativo de algumas decisões do STF em políticas públicas, sobretudo na esfera dos direitos fundamentais, e ainda suas influentes decisões na regulação da competição política, mas há muitas outras questões cruciais que esperam décadas até serem decididas. E aqui está um dos principais problemas apontados no desempenho do STF: não existe qualquer controle sobre quando o tribunal tem que decidir uma questão levada até ele. Falta transparência na formação de agenda, mesmo com a publicidade televisivada dos seus julgamentos, levando a que se fale em ilusão de transparência, ou “transparência de superfície”, nas palavras de Silva e Mendes (2009).

E temos que considerar, ainda, como o próprio ministro Barroso (2016) reconheceu, que as decisões de maior visibilidade na seara dos direitos fundamentais confirmaram políticas públicas deliberadas majoritariamente, não tendo sido arquitetadas pelo tribunal.

O Tribunal validou leis como a que disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias, a que instituiu cotas em universidades públicas e a que previu o regime diferenciado de licitação para obras da Copa do Mundo. Todas versavam temas polêmicos, mas foi respeitada a deliberação do Congresso e a sanção presidencial (Barroso, 2016: 12)

9 Para um detalhamento das críticas ao personalismo decisório do STF ver Silva e Mendes (2009), Silva (2013) e Arguelhes e Ribeiro (2015).

Essa afirmação do ministro Barroso remete à discussão realizada por Rosenberg (2008) no livro “The Hollow Hope”, acerca da dificuldade de se promover mudanças sociais pela via de decisões judiciais, quando estas ainda não estejam em andamento na sociedade e no mundo da política. O argumento do autor é de que enquanto decisões judiciais são relativamente pouco eficazes na promoção de mudança de valores e práticas sociais em áreas controversas, elas podem ter, sim, valor simbólico e contribuir para colocar o tema na agenda pública.

Voltando à leitura de Barroso (2016), ao avaliar o desempenho do STF no cenário político, o ministro afirma que o tribunal tem se movido pela autocontenção, citando como exemplos desse comportamento a negativa em julgar tanto o mérito do processo de impeachment quanto a interrupção da tramitação da PEC 55 (teto dos gastos). Mas é inegável que o tribunal tem sido palco para a discussão dos principais conflitos e impasses políticos do país. Mas mais do que substituir-se à política majoritária, o que tem sido visto na atuação do Supremo é o papel de mediação, uma vez que o tribunal tem sido buscado pelos diversos atores envolvidos nessas tensões.

Outro fator no desempenho do STF que tem sido criticado, é o tempo de decisão. Em média, uma decisão em controle de constitucionalidade levou 4,7 anos entre 1988-2014, sendo que algumas ações tiveram decisão em menos de um ano e outras levaram até 25 anos para serem concluídas.

Esses dados refletem parcela numericamente reduzida da atuação do STF, pois como destacaram Falcão et al (2011), o Supremo é múltiplo, constituído por três personas: a constitucional, a recursal e a ordinária¹⁰. As decisões em que o Supremo tem ganhado maior visibilidade recentemente tratam não de sua persona constitucional, mas sim ordinária, acerca da punição de políticos por crimes de corrupção. Há críticas recorrentes ao excessivo número de autoridades com foro privilegiado, o que dificultaria, inclusive, a capacidade do tribunal de julgar esses casos, e outros tidos como mais relevantes e de maior alcance para a sociedade brasileira¹¹.

10 Contabilizando o total de processos recebidos pelo STF entre 1988 e 2009, Falcão et al (2011) computam que 0,51% deles correspondem à persona constitucional (contabilizando 6.199 processos), 7,8% à persona ordinária (95.306 processos) e 91,7% à persona recursal (num total de 1.120.597 processos). Afirmam, com base nesses dados que “Quantitativamente, portanto, o Supremo não é uma “corte constitucional” no sentido original em que esse tipo de instituição foi pensada. Em números absolutos, está muito mais próximo de uma ‘corte recursal suprema.’” (2011: 21).

11 Sobre esse ponto, ver notícia “*Está virando tribunal do cada um por si, diz Barroso sobre excesso de competências do STF*” publicada em 03/08/2016, no jornal O Estado de S. Paulo. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,esta-virando-um-tribunal-do-cada-um-por-si-diz-barroso-sobre-excesso-de-competencias-do-stf,10000066625>. Acesso em 16/01/2017.

Isso fica explícito quando observamos o retrato que a mídia vem construindo do tribunal. Quando a opinião pública fala sobre a atuação do STF o principal assunto tem sido a judicialização anticorrupção. Em pesquisa recente¹², observamos a cobertura que o jornal Folha de S. Paulo fez do STF, analisando 6.271 notícias publicadas entre 1999 e 2014, em que o Supremo era o foco da notícia.

O assunto mais recorrente nesse período foi o julgamento de políticos e autoridades com foro privilegiado, correspondendo a 29% de todas as notícias.

Em segundo lugar, com 27% de incidência, esteve o tema da judicialização de políticas públicas, ou seja, sua persona constitucional. Mas a cobertura do jornal mostra um descompasso entre o interesse midiático e a agenda decisória do tribunal: decisões sobre direitos (sociais e civis, individuais e supraindividuais) e sobre a regulação da competição política apareceram com frequência maior do que sua proporção no volume de trabalho do STF, sendo que as decisões sobre funcionalismo público, que ocupam 40% da pauta do tribunal em controle concentrado de constitucionalidade, aparecem muito pouco na mídia.

Em terceiro lugar, correspondendo a 14% das notícias, apareceu a cobertura da atuação ordinária do STF, envolvendo casos de habeas corpus à personalidades, casos de extradição, e intervenção nos Estados. Em quarto lugar (11% das notícias), tivemos a cobertura do perfil dos ministros do STF, em notícias referentes a sua trajetória, em momentos de nomeação, aposentadoria ou posse na presidência do tribunal, ou sobre a o seu comportamento decisório, em casos de destaque.

Em quinto lugar (7% de incidência), esteve a crítica da politização do tribunal ou da atuação de seus ministros individualmente. Essa crítica veio, sobretudo, pela leitura de interferência indevida no Poder Legislativo, questionando-se decisões do tribunal, ou de ministros monocraticamente, como atitude de desrespeito ao princípio da separação de poderes, com o STF tornando-se uma espécie de “terceira Casa Legislativa”.

A análise do enquadramento temático da cobertura do jornal Folha de S. Paulo sobre o STF nesse período, apontou para a construção de uma imagem eminentemente política do tribunal: em 65% das notícias houve destaque para aspectos políticos da atuação do Supremo.

12 Pesquisa “O papel da trajetória de carreira na formação de grupos e redes de votação no Supremo Tribunal Federal”, concluída em 2016, tendo contado com suporte financeiro da FAPESP. Detalhes em: <http://www.bv.fapesp.br/pt/auxilios/82362/o-papel-da-trajetoria-de-carreira-na-formacao-de-grupos-e-redes-de-votacao-no-supremo-tribunal-feder/>.

Na cobertura midiática da atuação do STF os valores de isonomia e imparcialidade da justiça apareceram pouco, sendo baixo o reforço desses símbolos tradicionais de legitimidade: em apenas 1% das notícias do período apareceram referências à imparcialidade e ao perfil apolítico da instituição.

Assim, a ênfase excessiva na cobertura da judicialização anticorrupção, e o destaque ao perfil individual dos ministros (quem são e como votam), evidenciam uma construção midiática que alimenta a descrença nas instituições político partidárias e exacerba a personalização da instituição, construindo para a despolitização da sociedade, dando espaço para alegações de que os juízes estariam ocupando o espaço abandonado pelos políticos, no sentido da colocação do jurista e magistrado francês Antoine Garapon, de que a “demanda da justiça vem do desamparo da política”, ao argumentar que ampliação do poder do Judiciário estaria diretamente ligada às falhas do processo democrático majoritário.

o juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia a dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto (Garapon, 1999:48).

Essa descrença nas instituições político partidárias, como indícios da despolitização, pode ser verificada em pesquisas de opinião pública sobre confiança nas instituições brasileiras. Os resultados dessas pesquisas indicam que embora a confiança declarada no Judiciário seja baixa, ela é mais elevada do que a confiança declarada nos poderes Executivo e Legislativo, por exemplo.

Dados de 2016 da pesquisa ICJBrasil, da FGV Direito SP, mostram que enquanto 30% dos entrevistados declaravam confiar no Judiciário, apenas 11% declaravam confiar na Presidência da República e 10% no Congresso Nacional (Cunha et al, 2016).

Analisando os dados de confiança nas instituições ao longo dos anos na série do ICJBrasil, Oliveira e Ramos (2016) pontuam que a confiança no Judiciário permaneceu relativamente estável, enquanto a confiança nos poderes Executivo e Legislativo recuou significativamente. Em 2014, 28% dos respondentes declaravam confiar na Presidência da República e 19% confiavam no Congresso Nacional, enquanto 30% declaravam confiar no Judiciário – percentual equiva-

lente ao declarado na pesquisa de 2016. Diante desses números, é possível questionar se o Judiciário estaria sobressaindo-se às instituições político-representativas ou essas instituições é que estariam perdendo credibilidade.

O conjunto de dados discutidos aqui indicam não haver evidências robustas de que em sua atuação o STF estaria usurpando competências dos demais poderes, ou extrapolando suas funções ao decidir. O que observamos foram evidências de uma construção midiática que exacerba a personalização da instituição em seus ministros e enfatiza excessivamente em sua cobertura a judicialização anticorrupção.

Uma vez que a grande maioria da população brasileira não tem qualquer contato com o STF, a não ser pela cobertura da grande imprensa ou pela TV Justiça, os meios de comunicação são centrais para informar a população sobre as atividades, os problemas e as virtudes do Supremo, e mesmo para traduzir a linguagem técnico-jurídica ao grande público.

Como bem notou Slotnick (1992), a mídia é o principal elo entre a população norte-americana e sua Suprema Corte, afirmação que podemos emprestar ao caso brasileiro. Nesse contexto, se consideramos que a cobertura do jornal Folha de S. Paulo é uma boa amostra da forma como a mídia nacional retrata o Supremo, ou ao menos que não dista dela significativamente, o que temos é a construção de uma imagem eminentemente política do Tribunal – imagem essa cada vez mais atrelada à moralização da política e ao ativismo judicial anticorrupção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

■ Fechamos esse artigo trazendo ponderações sobre uma terceira questão ligada à atuação do STF: num cenário em que o Legislativo e o Executivo parecem desacreditados frente à opinião pública, em virtude do seu desempenho e dos diversos casos de corrupção envolvendo seus membros, deveríamos confiar na atuação do Supremo para corrigir os problemas do nosso sistema político? Afinal de contas, o Judiciário é um poder político como depositário da fé pública nas regras do jogo (Taylor, 2007: 248).

Nosso argumento, frente aos aspectos discutidos nas duas seções anteriores que compõem esse artigo, é de que a ampliação do protagonismo político do Supremo Tribunal Federal não deve implicar sua substituição às instituições político-representativas, nem deveríamos esperar do STF a correção dos problemas do nosso sistema político, tampouco dos problemas de justiça distributiva do nosso regime, pois esse não é o papel do Judiciário e de um tribunal como o Supremo

numa democracia. Como alertam estudos sobre a atuação de cortes supremas ao redor do mundo, as decisões judiciais raramente provocam mudanças significativas em políticas sociais e sobretudo nos níveis de desigualdade econômica e social (Rosenberg, 2008; Hirschl, 2013).

O STF faz parte do sistema de governo, mediando as tensões entre os poderes, mas não sobrepondo-se a eles. É preciso considerar que a efetividade das decisões judiciais depende da forma como os atores políticos e a opinião pública reagem a elas. Decisões judiciais podem ser cumpridas ou ignoradas. E quando ignoradas, enfraquecem o poder judicial¹³. Helmke e Staton (2009) sugerem que para evitar que suas decisões sejam derrubadas ou ignoradas, e seus postos ameaçados, os juízes agem de maneira estratégica, tendendo a ser prudentes para evitar retaliações dos demais poderes constituídos. Mas como o descrédito pode vir também da perda da confiança depositada pela sociedade na corte, ao deixar de responder aos seus anseios, o Judiciário precisa atender a esses chamados, para que os litigantes continuem a levar casos controversos a sua apreciação.

Nesse contexto, a tese de Kapiszewski (2011) parece bastante apropriada para entender o comportamento político das cortes supremas: a tese do equilíbrio tático, segundo a qual juízes dessas cortes equilibram um conjunto discreto de considerações (ideologias, interesses institucionais, potenciais consequências de suas decisões, opinião pública, interesses de líderes eleitos) ao decidirem casos importantes, alternando entre desafiar e favorecer o poder do governo em exercício, contestando sua política e ação em alguns casos, endossando-as em outros.

É preciso considerar, também, que a capacidade que um tribunal como o Supremo tem de garantir direitos positivos e coletivos (direitos ao trabalho, à educação, à saúde, à moradia, etc.) é pouco efetiva. Sua capacidade é maior em fazer avançar direitos negativos (impondo restrições à ação estatal e protegendo direitos e liberdades individuais, como a privacidade, o devido processo legal, a igualdade formal em matéria de preferência sexual, etc.).

13 Basta lembrar episódio recente de tensão entre os poderes Legislativo e Judiciário, deflagrada em dezembro de 2016, após a Mesa Diretora do Senado descumprir decisão liminar do STF que determinava o afastamento do presidente da casa, senador Renan Calheiros, alegando a necessidade de aguardar a deliberação final do Pleno do Supremo Tribunal Federal para que a decisão fosse cumprida. Sobre o episódio consultar a notícia “*Senado desafia Supremo e mantém Renan na presidência da Casa*”, publicada pelo jornal Folha de S. Paulo em 06/12/2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1838885-senado-desafia-supremo-e-mantem-renan-na-presidencia-da-casa.shtml>. Acesso em: 16/01/2017.

Nesse último sentido, é fundamental a reflexão feita por Hirschl (2013), acerca dos impactos concretos da atuação do Judiciário no avanço da democracia e no desenvolvimento humano. O autor argumenta que os países que registram uma longa tradição na defesa de direitos constitucionais e intenso ativismo judicial não são necessariamente os que obtêm os mais elevados níveis de desenvolvimento humano, nem os que apresentam, portanto, os menores níveis de desigualdade social e econômica. Ele cita como exemplo capital os Estados Unidos, um país conhecido por sua tradição de proteção judicial de direitos e liberdades, mas que apresenta uma das distribuições de renda mais desiguais entre os países de economia industrial avançada.

Outra evidência utilizada por Hirschl (2013), é o “Índice de Democracia”¹⁴, produzido pela *The Economist*, em 2012: nenhum dos países que figuravam no topo da lista como os mais democráticos (Noruega, Suécia, Islândia, Dinamarca e Nova Zelândia sendo os cinco primeiros) apresentavam longa tradição de revisão judicial, nem prática intensa de ativismo judicial. Os Estados Unidos apareciam em vigésimo primeiro lugar nessa lista.

O autor utiliza, também, dados do caso brasileiro para ilustrar o argumento de que esperar do Judiciário a correção dos defeitos do regime democrático implica em frustração. Observando a movimentação das estatísticas de desigualdade da sociedade brasileira no período de 2003 a 2009, observa que (i) o número de pessoas abaixo da linha de pobreza caiu de 58,2 para 41,5 milhões; (ii) o coeficiente de Gini passou de 0,581 para 0,544; (iii) a taxa de analfabetismo recuou de 13,6% para menos de 10% e (iv) a taxa de mortalidade infantil por mil nascidos vivos caiu de 35,8 para 22,6. E essas melhorias significativas na redução da pobreza no Brasil foram alcançadas por meio de políticas governamentais direcionadas, e não pela via de reformas constitucionais ou jurisprudência constitucional progressista.

Ainda que a atuação política do STF não seja o principal caminho para a promoção da redução de desigualdades sociais e econômicas, ela pode contribuir, uma vez que, como afirma Sadek (2016), a universalização da garantia de acesso à justiça é aspecto fundamental para o aprimoramento de uma democracia. Estudo recente coordenado pela autora (Sadek, 2016), demonstra que o acesso à via judicial para reclamar a proteção de direitos ou resolver conflitos continua restrito a poucos atores, havendo uma série de obstáculos à promoção desse acesso e à con-

14 Mais informações sobre o “Democracy Index” estão disponíveis em: http://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex12. Acesso em 16/01/2017.

cretização de direitos. Ainda temos justiça demais para poucos e justiça de menos para a grande maioria da população brasileira. Basta olhar a pauta temática do Supremo para ver os interesses que a dominam, destacando-se o grande tempo que o tribunal dispense decidindo sobre aumento ou contenção de privilégios de carreiras públicas do Estado, e sobre o destino de atores políticos que contam com foro privilegiado.

Portanto, o protagonismo político do Judiciário não substitui a via da política representativa na busca por fazer avançar direitos sociais e econômicos, e na concretização de uma sociedade mais democrática, justa e equitativa, mas a complementa, num jogo de equilíbrio delicado entre as instituições.

FABIANA LUCI DE OLIVEIRA · Professora do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar e bolsista produtividade do CNPq. Doutora em Ciências Sociais pela UFSCar, com pós-doutorado em Ciência Política, pela USP.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANTES, Rogério Bastos. (1997). *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp/Sumaré.
- ARANTES, Rogério Bastos e KERCHÉ, Fabio. (1999). “Judiciário e democracia no Brasil”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 54: 11-26.
- ARGUELHES, Diego W. e RIBEIRO, Leandro M. (2015). “O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.46: 121-155.
- BALEEIRO, Aliomar. (1967). *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense.
- BARROSO, Luís Roberto. (2016). “O Supremo Tribunal Federal em 2016: o ano que custou a acabar”. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2016-barroso-parte.pdf>. Acesso em: 16/01/2017.
- CAPPELLETTI, Mauro. (1993). *Júizes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris.
- CUNHA, Luciana Gross et al (2016). “Relatório ICJBrasil – 1º semestre 2016”. FGV Direito SP. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/17204>. Acesso em: 16/01/2017.
- DAHL, Robert. (1957). “Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker”. *Journal of Public Law*, N. 6: 279-295
- DAVIS, Michael H. (1987). “A Government of Judges – An Historical Review”. *The American Journal of Comparative Law*, 35(3): 559-580.
- DOMINGO, Pilar. (2004). “Judicialization of politics or politicization of the judiciary: Recent trends in Latin America”. *Democratization*, vol. 11(1): 104-126.
- FALCÃO, Joaquim. et al (2011). “I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo”. Rio de Janeiro, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>. Acesso em 16/01/2017.
- GARAPON, Antoine. (1999). *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan.
- HELMKE, Gretchen. (2005). *Courts under Constraints – Judges, Generals, and Presidents in Argentina*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HELMKE, Gretchen & STATON, Jeffrey K. (2009). “Courting Conflict: a logic of risky judicial decisions in Latin America”. Paper presented on colloquia of law economics and politics.
- HIRSCHL, Ran. (2004). “The Political Origins of the New Constitutionalism,” *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 11(1): 71-108.
- _____. (2013). “Epilogue: Courts and Democracy Between Ideals and Realities”. *Representation*, vol. 49(3): 361-373.
- KAPISZEWSKI, Diana e TAYLOR, Matthew M. (2008). “Doing courts justice? Studying judicial politics in Latin America”. *Perspectives on Politics*, 4 (6): 741-767.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. (2011), “Sobre o judiciário e a judicialização”. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. 4(2): 17-52.

KOERNER, Andrei. (2013). “Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88”. *Novos Estudos Cebrap*, vol. 96: 69-85.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. (2012). *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV.

_____. (2016). “Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil”. *Tempo Social*, vol. 28(1): 105-133.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RAMOS, Luciana Oliveira. (2016). “Judiciário, crise institucional e despolitização”. *Jota*, 30 de setembro de 2016. Disponível em: <http://jota.info/colunas/judiciario-e-sociedade/judiciario-crise-institucional-e-despolitizacao-30092016>. Acesso em 16/01/2017.

ROSENBERG, Gerald N. (2008). *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.

SADEK, Maria Tereza Aina. (2004). “Judiciário: mudanças e reformas”. *Estudos Avançados*, vol. 18(51): 79-101.

_____. (2011). “Supremo tem exercido ativamente o seu papel político”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-dez-15/supremo-exercido-ativamente-papel-politico>. Acesso em 16/01/2017.

_____. (2016) (Org). “Acesso à Justiça no Brasil: Índice de Fragilidade dos Municípios”. Relatório de Pesquisa disponível em: <http://www.cidadessustentaveis.org.br/arquivos/acesso-justicanobrasil.pdf>. Acesso em: 16/01/2017.

SEGAL, Jeffrey & SPAETH, Harold. (2002). *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press.

SILVA, Virgílio Afonso da. (2013). “Deciding without deliberating”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11 (3): 557-584.

SILVA, Virgílio Afonso da e MENDES, Conrado Hübner. (2009). “Entre a transparência e o populismo judicial”. *Folha de S. Paulo*, 11/05/2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1105200908.htm>. Acesso em: 16/01/2017.

SLOTNICK, Elliot. (1992). “Media coverage of Supreme Court decision making: problems and prospects”. *Judicature*, 75(3): 128-142.

TAYLOR, Matthew (2007). “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”; *Dados*, 50 (02): 229-257.

TAYLOR, Matthew M. e DA ROS, Luciano. (2008). “Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política”. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 51(4): 825-864.

WHITTINGTON, Keith E. (2005). *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton: Princeton University Press

VERONESE, Alexandre. (2009). “A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo”. *Escritos: revista da Casa de Rui Barbosa*, vol. 3: 215-265.

VIEIRA, Oscar Vilhena. (2008). “Supremocracia”. *Rev. direito GV [online]*. vol.4 (2): 441-463.

Produzindo elites jurídicas: prêmios, comendas e distinções dos ministros do STF (1988-2013)

FÁBIO FERRAZ DE ALMEIDA
FERNANDO DE CASTRO FONTAINHA
GABRIELA MACIEL

RESUMO

■ Este artigo tem por objetivo restituir os dados referentes ao que chamamos “notoriedade sociocultural” dos ministros do STF. De início, caberá a reflexão sobre como membros de um grupo dirigente (elite) da sociedade são capazes de circular em meios paralelos ao seu. Nos interessará em particular a restituição de símbolos acumulados pelos ministros do STF ao longo das suas trajetórias. Trataremos estes símbolos como expressões do progressivo envolvimento de elites setoriais – no caso, jurídicas – num contexto mais amplo, secular, produzindo socialmente a *notabilidade*. Para tanto, explicitaremos quais dados foram extraídos e como foi feito seu tratamento, com base nas mais diferentes sortes de condecorações, homenagens, títulos, prêmios e comendas recebidas por eles ao longo de sua trajetória. Procuraremos, dentre outras abordagens, organizar e categorizar cada uma delas a partir da sua proveniência (acadêmica, literária, política, militar, etc). Igualmente, buscaremos analisá-las, no seu conjunto, em relação à etapa em que se encontrava cada ministro no tocante à sua relação com o STF. Por fim, tentaremos recompor os conjuntos relacionais que, a partir da instância elitária do Direito, se espriam para outras dimensões da vida social, e se (e como) esta reconversão de capital simbólico pode fornecer subsídios para uma descrição mais fina deste grupo social.

ABSTRACT

■ This article aims to restore the information regarding what we call “sociocultural notoriety” of the Supreme Court Justices. At the outset, it will ponder on

how members of a ruling group (elite) of society are able to circulate in environments parallel to their own. We will be particularly interested in the restitution of symbols accumulated by the STF justices throughout their trajectories. We will treat these symbols as expressions of the progressive involvement of sectoral elites - in this case, judicial - in a broader, secular context, socially producing *notability*. In order to do so, we will explain what data were extracted and how they were processed, based on the different sorts of decorations, honors, titles, awards and commendations received by them throughout their trajectory. We will try, among other approaches, to organize and categorize each of them based on its origin (academic, literary, political, military, etc.). Likewise, we will try to analyze them, as a whole, in relation to the stage in which each Justice was in relation to his relationship with the Supreme Court. Finally, we will try to reconstruct the relational sets that, from the elitist instance of Law, spread to other dimensions of social life, and if (and how) this reconversion of symbolic capital can provide subsidies for a finer description of this social group.

I. A CONSTRUÇÃO SOCIAL DOS “NOTÁVEIS”

■ Interessa particularmente neste artigo a reflexão sobre processos sociais de produção da singularidade simbólica positivamente distintiva que cerca os membros de grupos dirigentes, aqui, uma importante parte da elite jurídica brasileira: os ministros do STF.

Tocqueville, ao descrever a sociedade política norte-americana do século XIX, espantou-se com a ausência de aristocracia, segundo ele força social ainda muito presente na Europa. No entanto, identificou um grupo social que na sua maneira de vestir, falar, se portar, se postar, bem como na sua visão de mundo, guardava características aristocráticas: os juristas. Segundo o autor:

Assim, encontramos oculta no fundo da alma dos legistas¹ uma parte dos gostos e dos hábitos da aristocracia. Eles têm como que uma inclinação instintiva para a ordem, um amor natural às formas; como a aristocracia, eles têm grande desdém pela ação da multidão e desprezam secretamente o governo do povo.

1 O termo “legistas”, não designa em absoluto os profissionais de medicina legal. Do original “*légistes*”, é o termo utilizado por Tocqueville para designar os homens de leis, como juristas e altos funcionários de Estado, conforme precisa Frioux (2002, p. 28).

Os chamava *aristocracia moderna*, e os considerava como o corpo social que exercia função análoga à da aristocracia nos regimes feudais².

Historiadores do Poder Judiciário na França apontam, além da universalização do ensino jurídico, uma institucionalização e racionalização do recrutamento (Suleiman; Mendras, 1995), da formação profissional e da carreira dos magistrados na primeira metade do século XX (Rousselet, 1957. Royer *et al.*, 1982. Royer, 1979 e 2001). Uma renovação no perfil social de alunos e professores de Direito, aliado a significativo aumento salarial, concurso de acesso, escola profissional e comissões de promoção, teriam produzido condições institucionais para um acesso mais democratizado às elites jurídicas.

Entretanto, Bourdieu, quando tratou especificamente das elites de Estado, se referiu ao processo de *consagração de consagrados* (1989, 142). A produção de uma moderna “nobreza de Estado”, portanto, é um trabalho coletivo de acreditação daqueles que são predispostos a acolher um destino excepcional, bem como se sentem e se veem “prometidos aos mais altos destinos”. O argumento central do autor possui em comum com o argumento de Tocqueville a inquietação sobre a reprodução dos modos de dominação aristocrática pós período aristocrático. Para ele, as “Grandes Escolas” francesas substituem a eficácia mágica do sangue no processo de acreditação pública de elites. A reprodução desta forma particular de dominação tira sua força justamente do caráter simbólico de seu exercício. O desconhecimento (*méconnaissance*) acerca do caráter arbitrário do fundamento mesmo deste poder, que se faz reconhecer portanto como legítimo, é o que permite seu exercício eficaz.

No entanto, não é apenas no sistema escolar ou universitário que encontramos a circulação de importantes fontes simbólicas de acreditação elitária. Garapon, ao tratar do ritual judiciário (1997), vai descrever minuciosamente todo um conjunto de símbolos que colonizam a totalidade da vida judiciária: o espaço, o tempo, a toga, o gesto e o discurso. Sua descrição sobre o cotidiano dos tribunais dá conta de um universo altamente ritualizado, colonizado por símbolos fundados em elementos estranhos à ordem democrática. É cerne do seu argumento o antagonismo entre esta forte carga simbólica e a vida democrática. Bancaud, ao escrever em particular sobre as elites judiciárias (1993), situando-as entre a política e o sacerdócio, deixará evidente a porosidade entre as diferentes instâncias elitárias pelas quais deve passar um alto magistrado, e de onde deve extrair o fundamento da sua pertença ao grupo dirigente. Assim, a “nobreza” (o caráter aristocrático)

2 Para uma crítica à lógica interna deste argumento v. (Magalhaes, 2000).

cultivada e reivindicada pelas elites jurídicas pode ser objetivada através da investigação dos diferentes símbolos mobilizados por seus membros, uma vez peças fundamentais na legitimação de seu poder.

No Brasil, Almeida restitui uma parte importante deste arsenal simbólico (2010). Ele trata de ornamentações bastante comuns nas faculdades de Direito, tais como placas comemorativas e de homenagens de várias naturezas, bustos e estátuas de “grandes nomes” do Direito, retratos pintados a óleo ou fotografias. O autor vai acordar à esta mobiliação simbólica em torno da reputação, da biografia e da imagem pública dos membros da elite jurídica brasileira o caráter de produção de mesma ideia de nobreza, mesmo quando as formas de veiculação destes símbolos não são mais as tradicionalmente utilizadas (como a internet, as mídias sociais, etc). Fontainha, ao tratar da *eficácia simbólica* destas mesmas ornamentações (2010), distingue juristas e médicos dos demais corpos profissionais também por serem suas as escolas que as cultivam e ostentam.

Desta forma, o que pretendemos fazer a seguir tem um duplo caráter. De um lado, pretendemos levantar, a partir de nossas fontes, outros veículos formais de mobilização e reivindicação de capital simbólico como medalhas, comendas, homenagens e títulos (conforme explicaremos a seguir). Tudo aquilo que se pode achar como elemento distintivo do indivíduo, como constitutivo de um traço de excepcionalidade, como elemento laureador e confirmatório de uma trajetória de elite. Por outro lado, o caráter reflexivo de nosso dado amplifica nosso poder explicativo do objeto: a imensa maioria do que aqui foi considerado como símbolo de notoriedade foi diretamente encontrado em fontes produzidas e divulgadas pelos próprios ministros. O processo de acreditação simbólica é confirmado e até reforçado na nossa pesquisa pelo fato de que não tratamos dos elementos de notoriedade de cada um dos ministros. Tratamos dos elementos de notoriedade explicitamente veiculados e reivindicados por cada um deles, dentro da sua própria capacidade de colaborar para a produção de sua biografia e de sua imagem pública. Dizemos isto porque a maioria dos dados utilizados neste capítulo foram extraídos (1) dos curriculum vitae que os ministros divulgam publicamente, ou (2) da subpasta “condecorações”, presente em quase todos os *links* para as “pastas dos ministros”, na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal.

2. AS CONDECORAÇÕES

■ Como já mencionado, para a análise das trajetórias dos ministros do STF, utilizamos a variável denominada “Notoriedade Cultural”. A composição desta

variável subdivide-se entre: (i) as condecorações recebidas pelos ministros antes e após nomeação para o STF; e o que chamamos de (ii) *realizações culturais*.

O critério utilizado para definir o que seriam estas condecorações foi o mesmo escolhido pelos próprios ministros para a organização da suas subpastas “condecorações”. Elas estão dispostas no interior da “Pasta dos Ministros” que contém a “autobiografia” de cada um deles, encontrada no site do STF³. Desta forma, foram analisados enquanto condecorações: prêmios, medalhas, placas, homenagens, títulos, comendas, dentre outros itens de igual natureza presentes na referida subpasta.

Por sua vez, as “realizações culturais” englobam, por exemplo, publicações de livros não-jurídicos, assim como participações em movimentos sociais e culturais. A catalogação de tais realizações busca demonstrar traços distintivos do sentimento de pertença dos ministros à esferas não jurídicas e conseqüentemente, sua circulação por diferentes campos sociais.

Assim, buscaremos exprimir os aspectos fundamentais para a compreensão do que seria a notoriedade cultural, através da exposição (i) das fontes utilizadas, incluindo a disposição dentro da qual as condecorações foram encontradas; (ii) das condecorações encontradas e como estas foram organizadas; (iii) da categorização utilizada para sua melhor compreensão; e por fim, (iv) da análise conjunta entre o recebimento de determinadas láureas e a trajetória dos ministros do STF.

2.1 A organização das fontes

■ As fontes utilizadas seriam apenas os roteiros produzidos para a realização das entrevistas do Projeto “*O Supremo por seus ministros: a história oral do STF nos 25 anos da Constituição (1988-2013)*”. Porém, em virtude da ausência de grande parte das informações referentes à notoriedade dos ministros, passamos a recorrer a outras fontes. São elas: a “Pasta dos Ministros” e sua subpasta denominada “Condecorações” e os verbetes referentes a cada ministro no Dicionário Histórico – Biográfico Brasileiro (DHBB) – CPDOC/FGV⁴. Em relação às publicações não jurídicas – como os livros de literatura – que compõem a subcategoria das “realizações culturais”, estas também foram retiradas da “Pasta do Ministros” porém, da subpasta “livros”.

3 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Data de acesso: 21/04/2014.

4 Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/acervo/dhbb>. Data de acesso: 23/04/2014.

Após a exposição das fontes utilizadas é fundamental destacar a disposição das condecorações quando encontradas. Na “Pasta dos Ministros” pudemos observar cinco disposições diferentes, sendo elas: (i) ausência da subpasta “condecorações” (ii) condecorações dispostas sem as datas em que foram concedidas (iii) condecorações dispostas em ordem cronológica (iv) condecorações dispostas em ordem cronológica, incluindo algumas sem data (v) desenvolvimento, pelo ministro, de sua categorização individual. Neste último caso, trata-se do Ministro Marco Aurélio, que divulga o maior número de condecorações, 231 no total⁵. Ele organiza suas láureas em sete subcategorias, a saber: Medalha, Paraninfo, Patrono, Professor Homenageado, Placa, Título de cidadão honorário e Outros. É interessante notar a existência de dois sistemas de interpretação concorrentes na categorização destes dados. O dele, focado na individualização de uma trajetória elitária. O nosso, guiado pela necessidade de descrever biograficamente um grupo elitário.

Em relação à primeira disposição, ou seja, a ausência da subpasta “condecorações”, apenas o ministro Celso de Mello adota tal organização. No interior de sua pasta individual, ele expõe somente uma condecoração⁶, dentro da subpasta “diversos”, onde também expõe, por exemplo, portarias presidenciais constituindo comissões permanentes do STF das quais fora membro, e notícias e fotos relacionadas às visitas de chefes de estado estrangeiros durante o período em que assumiu a presidência do Tribunal.

A segunda disposição é compartilhada por dez ministros⁷. Estes possuem a subpasta “condecorações” como o meio para a exposição de sua notoriedade. Porém, ao enumerar suas láureas não utilizam qualquer forma de organização perceptível, inclusive cronológica.⁸

Por fim, a disposição da sua notoriedade obedecendo uma cronologia, geralmente da mais antiga à mais recente, é a mais utilizada pelos Ministros do STF (treze ministros)⁹. Já a disposição das condecorações em ordem cronológica

5 Quase três vezes o total de condecorações divulgadas pelo 2º “colocado”.

6 Condecoração: ‘Placa – Associado benemérito da Associação dos Antigos Alunos da Faculdade de Direito da USP”.

7 Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Madeira, Octavio Gallotti, Oscar Corrêa, Djaci Falcão, Rafael Mayer, Sepúlveda Pertence, Célio Borja e Aldir Passarinho.

8 Esta categoria engloba ministros que possuem apenas uma ou duas condecorações datadas, sendo a grande maioria sem data.

9 Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Menezes Direito, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Sydney Sanches.

– incluindo, porém, a presença de algumas sem data – é menos utilizada (oito ministros)¹⁰.

2.2 As condecorações em espécie

■ Ao todo foram catalogados 760 itens, dentre condecorações (placas, medalhas, troféus, homenagens, entre outros) e realizações culturais. Com o objetivo de facilitar a visualização do leitor interessado em conhecer tais itens, nós os organizamos em subcategorias – divisão realizada dentro das sete categorias iniciais, expostas abaixo – unificando os dados idênticos ou diferentes “graus” da mesma condecoração como, por exemplo, “grã – cruz” ou comendador da mesma Ordem do Mérito Naval.

2.3 As categorias

■ Os 760 itens catalogados foram divididos em sete categorias: “Jurídico – profissional” (incluindo Judiciário, Ministério Público e Ordem dos Advogados do Brasil – OAB), “Legislativo”, “Executivo”, “Acadêmico”, “Militar”, “Internacional” e “Outros”. Esse processo de categorização baseou-se na natureza da instituição que concedeu cada uma das condecorações¹¹. Nesse caso, se uma medalha foi concedida pelo TST, por exemplo, ela será categorizada como jurídica-profissional. Se a concessão foi realizada pela Força Aérea Brasileira, ela será categorizada como Militar e assim por diante. Neste processo a maior dificuldade encontrada foi definir se algumas dessas condecorações eram acadêmicas ou jurídico-profissionais, já que muitas delas foram conferidas por instituições que guardam traços de ambas as dimensões, como por exemplo, uma homenagem concedida pela Academia Brasileira de Direito Criminal (ABDCRIM) ou um título concedido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).¹²

10 Teori Zavascki, Cezar Peluso, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Paulo Brosard, Néri da Silveira e Moreira Alves.

11 Com exceção da categoria “internacional”, na qual nosso fator predominante foi o fato de tal condecoração ter sido concedida fora do Brasil, independente de qual instituição tenha sido responsável por sua concessão. Ex: “Medalha Corte Costituzionale – Itália”, concedida à Ministra Ellen Gracie oito anos após sua nomeação ao STF. Independentemente do fato dessa condecoração ter sido concedida por um Tribunal, o fato que prevalece é ela ter sido concedida por uma instituição italiana.

12 Nesses dois casos, optamos por categorizar tais condecorações como “acadêmicas”.

A categoria “Outros” engloba condecorações concedidas por diversas instituições não jurídicas, basicamente pertencentes à sociedade civil tais como: troféus étnicos-identitários, prêmios concedidos por associações comerciais e sindicatos;¹³ homenagens prestadas por clubes de futebol¹⁴ e até mesmo benção concedida pelo Papa¹⁵. Além disso, ela abrange também todas as realizações culturais dos ministros. Publicações como livros de poema/prosas/contos e até mesmo programas da rádio justiça, como o “Aprendendo Direitinho” organizado pelo ministro Eros Grau, são alguns dos exemplos que refletem a heterogeneidade dessas realizações.

É fundamental ressaltar que preferimos organizar essas realizações nesta única categoria a criar outras mais específicas como desportivas ou literárias, pelo fato delas terem sido concedidas poucas vezes, o que poderia ensejar desmembramentos nas outras categorias que possuem um caráter mais abrangente.

Após tal exposição descritiva do processo de categorização da notoriedade cultural dos ministros do STF, é interessante enumerar alguns exemplos como forma de demonstrar o quão diversas são essas condecorações. A categoria acadêmica engloba desde títulos de “*Doutor Honoris Causa*” à paraninfo ou patrono de turmas de universidades. Já a legislativa é composta principalmente por títulos de “Cidadão Honorário” concedidos por Câmaras Municipais ou Assembleias Legislativas; porém, há também algumas bem diversificadas como o “Diploma da cidadania por ter participado da constituinte de 1986”¹⁶ e homenagens prestadas por deputados. Por fim, em relação ao executivo, esta abrange desde prêmios concedidos pela Polícia Federal,¹⁷ até condecorações dadas pelo Ministério das Relações exteriores¹⁸.

Com o intuito de fornecer uma melhor compreensão do que seria a “Notoriedade cultural”, desenvolvemos gráficos que expõem aspectos quantitativos desta variável. O primeiro deles demonstra todas as condecorações e realizações culturais repertoriadas pelos ministros, divididas entre as sete categorias – cada uma representada por uma cor – com sua respectiva porcentagem:

13 São exemplos: Diploma da Federação do Comércio de Brasília e Homenagem prestada pelo Sindicato dos Trabalhadores em Hotéis, Apart-Hoteis, Motéis Restaurantes, Bares, Lanchonetes e Similares de São Paulo e Região – SINTHORESP .

14 Homenagem prestada pelo América Futebol Clube, ao Ministro Marco Aurélio.

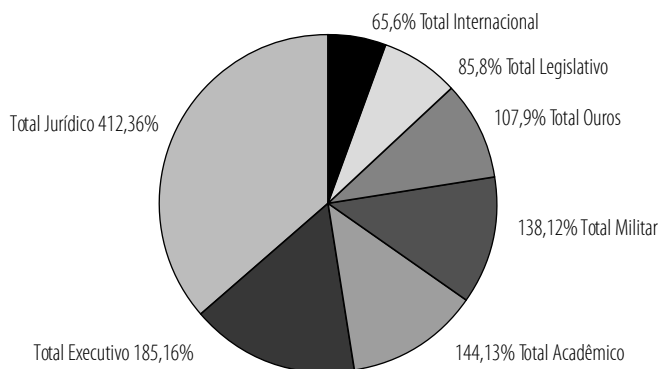
15 Benção concedida ao Ministro Marco Aurélio, quinze anos após nomeação ao STF.

16 Condecoração concedida ao Ministro Nelson Jobim, onde anos antes de sua nomeação ao STF.

17 Ex: Medalha do Mérito Presidente Castello Branco – Conselho Diretor da Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal

18 Ordem do Rio Branco.

GRÁFICO I. Condecorações por categoria



Por meio deste gráfico podemos notar uma concentração de condecorações jurídicas – profissionais e uma baixa internacionalização dos Ministros no STF¹⁹. Além disso, surpreende o fato de ser a executiva a segunda categoria mais concentradora de láureas, presente em praticamente todos os ministros condecorados e em sua maioria, concedidas por diferentes Estados ou Municípios que não necessariamente tenham uma relação direta com o ministro laureado. Curioso também é o fato de os ministros serem reconhecidos como figuras importantes pela esfera militar – bem como também a considerarem importante – dado o elevado número de méritos deste tipo.

Por fim, apesar de certas discrepâncias já ressaltadas (jurídico – profissional e internacional), podemos observar certo equilíbrio entre as categorias restantes, demonstrando que a maior parte dos ministros recebeu as mais variadas condecorações. Este equilíbrio nos leva a entender que um ministro do STF é um indivíduo com uma pluralidade de relações, ao menos do ponto de vista simbólico.

2.4 Condecorações na trajetória

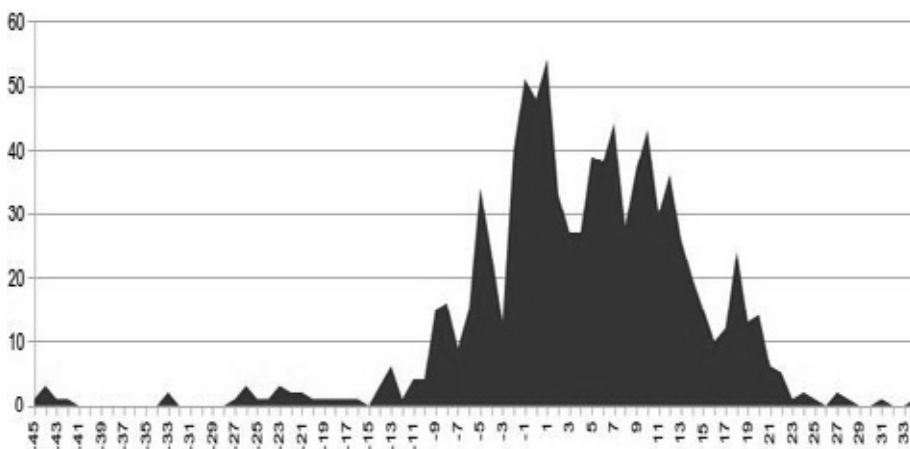
■ Para facilitar uma análise conjunta entre as condecorações e a trajetória profissional dos ministros, optamos por construir uma tabela, onde cada coluna representa um ministro e as linhas representam a respectiva condecoração ou realização cultural. As células, então, foram preenchidas com o respectivo ano em que o ministro recebeu cada condecoração. Em seguida, produzimos uma nova tabela

19 Interessante ressaltar que quase 30% do total de condecorações internacionais, foram concedidas ao Ministro Francisco Rezek.

desta vez preenchida a partir do que denominamos *marco zero*, o ano de entrada do ministro no STF. Assim, todas as condecorações recebidas em anos anteriores à entrada do respectivo ministro ganharam o sinal de tempo negativo, ao contrário daquelas recebidas em anos posteriores. Por fim, inserimos uma coluna para registrar as informações sem data.

A partir desta segunda tabela foi possível a construção do gráfico abaixo que demonstra o número *total* de láureas recebidas por *todos* os ministros juntos ao longo de suas trajetórias, expostas antes e após o marco zero²⁰, que como dito acima, representa o ano de entrada do ministro no STF:

GRÁFICO 2. Número de condecorações por ano da trajetória



Observando este gráfico, diferentes pontos se destacam. O primeiro é a percepção da declaração de condecorações recebidas em tempos de colégio – quando datadas entre -45 e -41 e até mesmo -33 – o que demonstra uma preocupação do próprio ministro em evidenciar um engajamento desde cedo nos estudos ou até mesmo em atividades extracurriculares relevantes.

20 Exemplo: Ministro Nelson Jobim foi empossado em 1997 – este ano, portanto, representa seu marco zero. Um ano antes de sua nomeação, o ministro recebeu a condecoração: “Agradecimento dos delegados da Polícia Federal ao Ministro da Justiça – São Paulo”. Desta forma, preenchemos a cédula da tabela com o “-1”. Já 3 anos após sua nomeação, ele recebeu o “Diploma de honra ao mérito pelos serviços prestados às populações negras/ Cedine – MS”. Assim, preenchemos a cédula correspondente com “+3”.

O segundo ponto que nos chama a atenção é a elevada concentração de condecorações após a nomeação ao STF (agregação elitária), ou seja, mais lúreas logo após o marco zero, mais especificamente nos anos seguintes à posse, com alguns picos significativos em seguida. Este fato levanta a hipótese de ocorrência de “condecorações automáticas”, ou seja, decorrentes diretamente da nomeação aos cargos de ministro do Supremo, de presidente do Supremo, do TSE e do CNJ, sem ter necessariamente qualquer relação com a posição ocupada por ele anteriormente. Além disso, poderíamos especular que a nomeação a este cargo geraria muita visibilidade; a consequência desta, por sua vez, seria o convite de instituições – e até mesmo de cidades ou estados – para condecorá-los, o que acabaria por gerar visibilidade também para a própria organização concedente.

Terceiro e último ponto, é a grande elevação no número de condecorações concedidas no período entre a nomeação para o STF e os dois anos anteriores. Tal observação nos ajudou a fundamentar algumas hipóteses, como por exemplo, a de que existiria uma “campanha” para essa nomeação e que ela duraria cerca de dois anos. Em outras palavras, pode-se cogitar de ao menos dois quadros cognitivos de um “supremável”. No primeiro, a nomeação ao STF seria consequência da gestão perene e contínua de uma trajetória que pouco a pouco vai se tornando elitária. No segundo, seria resultado de uma maior proatividade, cálculo estratégico e senso de oportunidade por parte do “supremável”. Argumento de difícil comprovação empírica em definitivo é aquele segundo o qual, num determinado momento da trajetória, a condição de “supremável” se apresenta como possibilidade concreta, desencadeando a observada “corrida pela acreditação pública”.

3. OS MINISTROS

■ Se na parte anterior deste capítulo, o objetivo era demonstrar como as condecorações e realizações culturais situam-se na trajetória dos Ministros do STF, aqui estamos fundamentalmente preocupados em fazer uma análise mais individualizada dos itens catalogados ao longo da pesquisa. Para tanto, faremos breves considerações sobre os itens que cada um dos Ministros insere em seus currículos e em suas pastas “Condecorações”.

O Gráfico 3 exibe a quantidade total de lúreas informadas pelos Ministros nas fontes utilizadas, recebidas ao longo de suas trajetórias, divididas nas sete categorias mencionadas anteriormente.

GRÁFICO 3. Total (ministros x categorias)

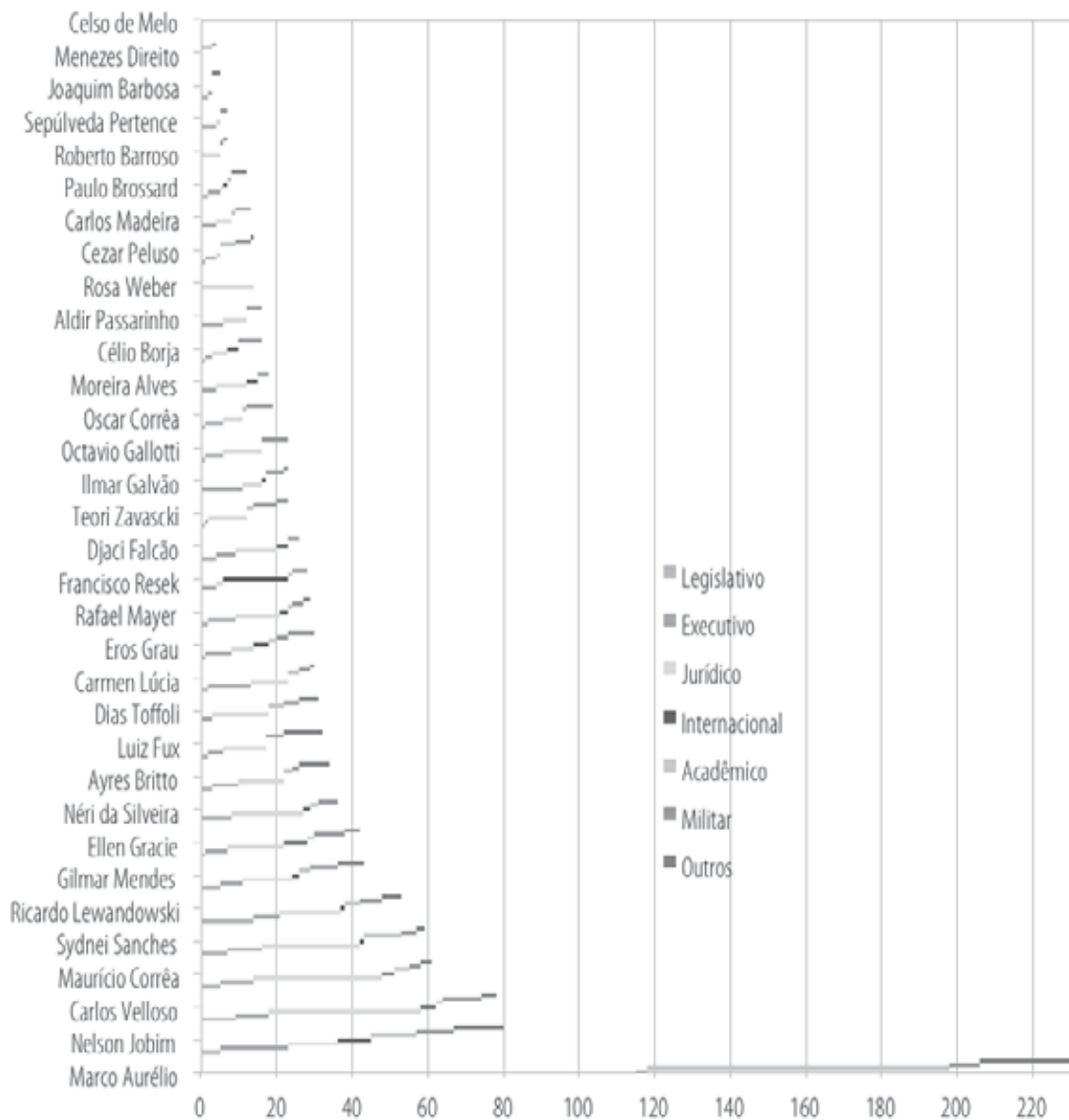


GRÁFICO 4. Porcentagem (ministros x categorias)



Os dois primeiros pontos perceptíveis a partir da análise do gráfico são: a ausência de condecorações e realizações no currículo e nas demais fontes relativas ao Min. Celso de Melo e a quantidade enorme de itens referentes ao Min. Marco Aurélio, com 231 condecorações, quase o triplo do segundo ministro que informa maior número de láureas.

Em razão do número elevado de itens referentes ao Min. Marco Aurélio, optamos por produzir um novo gráfico, que pudesse facilitar a visualização das informações quanto às condecorações e realizações culturais dos demais ministros. O Gráfico 4, portanto, exhibe a porcentagem que cada categoria representa na totalidade dos itens do respectivo ministro.

A partir daí, faremos uma análise individualizada dos dados por ministro, levando em consideração os gráficos acima e as demais informações coletadas ao longo da pesquisa. Optamos por dividi-los em três grupos, de acordo com o número de láureas.

3.1 Ministros marcados pela escassez de láureas (0 a 20 láureas)

■ A escassez de informações é a principal marca nos casos dos ministros Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Roberto Barroso, Paulo Brossard, Carlos Madeira, Cezar Peluso, Rosa Weber, Aldir Passarinho, Célio Borja, Moreira Alves e Oscar Corrêa.

MENEZES DIREITO: consta em seu currículo apenas um prêmio outorgado pela Aeronáutica, além de realizações datadas dos tempos de escola, como fundador de jornal escolar, de sociedade literária e orador da turma.

JOAQUIM BARBOSA: apesar de listar apenas cinco condecorações, elas são suficientes para evidenciar a tentativa do ministro em desenvolver uma identidade atrelada a questões raciais, porquanto duas condecorações são referentes ao “Troféu Raça Negra”, concedido pela Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural.

SEPÚLVEDA PERTENCE: ainda que apresente apenas sete condecorações, é notável a concentração de prêmios concedidos pelo executivo – quatro, no total –, dentre os quais dois concedidos em Brasília, local onde ele desenvolveu todas suas atividades profissionais, e outro em Minas Gerais, estado em que nasceu. Chama a

atenção ainda o fato de que apenas uma das condecorações listadas seja jurídica, concedida pelo TST – apesar de o Ministro não ter atuado na área Trabalhista.

ROBERTO BARROSO: percebemos que seu currículo é marcado por condecorações jurídicas, algumas ligadas à advocacia, como as concedidas pela OAB do Rio de Janeiro e do Pará, outras ao judiciário, como a conferida pelo TST. As exceções são o Prêmio Aliomar Baleeiro, dado pela Editora Forense, e o de professor emérito da Escola de Comando e Estado Maior do Exército. Isso sugere uma tentativa de construção de uma imagem pública conectada ao Direito, especialmente à advocacia, seja pública ou privada. Não há, entretanto, um esforço objetivamente observável para angariar capital das demais dimensões.

PAULO BROSSARD: fica clara a concentração de prêmios e participações em associações e sociedades, tais como a Associação Brasileira de Constitucionalistas, a Sociedade Henri Capitant, e as Academias de Letras dos Estados de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul. Apesar de ter exercido o cargo de deputado durante vários anos, as únicas condecorações concedidas pelo Legislativo foram as de cidadão honorário das cidades de São João Del Rey/MG e de Porto Alegre/RS.

CARLOS MADEIRA: um traço marcante em suas lãureas é a intensa regionalidade, já que boa parte dos itens catalogados foi oferecida por instituições maranhenses, como as medalhas Graça Aranha e do Mérito Timbira, do Governo do Estado do Maranhão, a Ordem do Mérito Judiciário, do Tribunal de Justiça do Maranhão, o título de Professor *Honoris Causa* da Universidade Federal do Maranhão e a cadeira na Academia Maranhense de Letras. Infelizmente, não há datas em nenhum dos itens, o que impossibilita qualquer análise temporal.

CEZAR PELUSO: caracterizado pela heterogeneidade, pois exceto pela dimensão internacional, possui itens de todas as categorias. Assim como Menezes Direito, informa que boa parte de suas condecorações acadêmicas são datadas dos tempos de colégio.

ROSA WEBER: a análise do gráfico acima sugere que sua imagem pública é totalmente construída com base em condecorações da dimensão jurídica, em especial da Justiça do Trabalho (TRT e TST), de onde vêm quase todos os itens catalogados, das mais diversas regiões do país.

ALDIR PASSARINHO: nota-se uma distribuição das l ureas pelas dimensões jurídica, executiva e militar. A forte liga o com o campo militar fica evidenciada pelas condecora es dadas pelo Exército, pela Marinha e pela Aeronáutica. Exce o feita ao Colar do Mérito Judiciário “Nelson Hungria”, conferido pelo TRF da 1  região, e pela Ordem do Ipiranga, concedida pelo Governo do Estado de São Paulo, todos os demais itens não possuem data.

CÉLIO BORJA: há uma concentra o relativamente grande de condecora es militares – 6 de um total de 16 – sendo estas bastante diversificadas, concedidas pela Marinha, Aeronáutica e Exército, incluindo a Escola Superior de Guerra. O ministro não informa nenhuma condecora o acadêmica ou da sociedade civil. Chama aten o ainda, as três condecora es internacionais, incluindo uma proveniente da Rom nia: Ordem do Mérito “23 de Agosto”. Por fim, entre as condecora es jurídicas, a maioria está relacionada   magistratura.

MOREIRA ALVES: exceto pelo Pr mio Astolfo Rezende, do Instituto dos Advogados Brasileiros do antigo Distrito Federal, todas as demais condecora es foram concedidas anteriormente a seu ingresso no STF, estando concentradas nos dois anos anteriores   sua nomea o. Destaca-se também pela heterogeneidade dos itens provenientes das dimensões: militar, executiva, internacional, chamando a aten o ainda, a ausência de itens outorgados por institui es acadêmicas – embora tenha sido professor universitário por muitos anos.

OSCAR CORRÊA: todas as condecora es são outorgadas por órgãos estatais, sejam militares, do Poder Executivo ou do Judiciário. A dimensão mais representativa   a militar, com sete itens, tais como a Medalha do Mérito Marechal Cordeiro de Farias, concedida pela Escola Superior de Guerra; o título de Membro Honorário da Força Aérea; a Ordem do Mérito Tamandaré, conferida pela Marinha; entre outros.

3.2 Ministros laureados (21 a 40 l ureas)

■ Diferentemente do grupo anterior, os ministros listados a seguir indicam um número significativo de l ureas e formam o grupo mais numeroso. São eles: Octávio Gallotti, Ilmar Galvão, Teori Zavascki, Djaci Falcão, Francisco Rezek, Rafael Mayer, Eros Grau, Carmen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ayres Britto, Néri da Silveira, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

OCTÁVIO GALLOTTI: apesar da ausência de datas nas informações, notamos uma concentração dos itens nas dimensões jurídica, executiva e militar. Os dados coletados apontam para a construção de imagem associada a setores militares, já que há diversas condecorações da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

ILMAR GALVÃO: não indica nenhuma condecoração acadêmica ou legislativa. Há um predomínio de condecorações concedidas pelo Executivo de diferentes Estados (Bahia, Acre, Rio de Janeiro, Tocantins, Piauí, Goiás e Distrito Federal, havendo uma predominância do Acre, estado em que morou por 15 anos).

TEORI ZAVASCKI: currículo marcado pela pluralidade de condecorações militares. Há condecorações jurídicas concedidas pelo judiciário de diferentes regiões, como TJAP, TJDFT e TRT/RS. A única dimensão não preenchida é a internacional. Na dimensão acadêmica, enumera participações em comissões de revistas ligadas à área de Direito Processual Civil.

DJACI FALCÃO: nenhuma de suas condecorações é datada, o que impossibilita qualquer análise temporal. Chama atenção a ausência de itens concedidos por instituições acadêmicas e da sociedade civil. A maior parte de suas condecorações vem do Judiciário, sobretudo das justiças estaduais de São Paulo, Goiás e Pernambuco.

FRANCISCO REZEK: sem dúvida alguma, há uma forte concentração de condecorações internacionais – 17 dos 28 itens foram concedidos por instituições estrangeiras – o que possibilita inferir que, apesar das passagens pelo STF e pela Procuradoria da República, sua trajetória profissional encontra-se intimamente conectada às atividades em Haia, na Holanda, atingindo seu ponto mais alto durante os dois anos que exerceu o cargo de Ministro das Relações Exteriores.

RAFAEL MAYER: dentre os ministros analisados, é um daqueles que possui condecorações e realizações provenientes de todas as dimensões categorizadas. Na análise desses itens fica evidente uma imagem ligada ao Judiciário, porquanto todas as 12 condecorações jurídicas catalogadas são provenientes de instituições que constituem ou estão intimamente ligadas a esse Poder, como é o caso da Associação dos Magistrados Brasileiros. Infelizmente, a ausência de data em 27 dos 29 itens impossibilita uma análise temporal.

EROS GRAU: possui condecorações de todas as categorias, com relativa predominância do Executivo. Em relação à sociedade civil, destacam-se: a publicação de revistas de poemas e de livros, além do programa de rádio, “Aprendendo Direitinho”. Em relação às condecorações concedidas pelo Executivo, apesar de o ministro ser oriundo do Rio Grande do Sul, metade delas é proveniente do governo de Minas Gerais. Chama atenção também um número relativamente alto de condecorações internacionais, provavelmente decorrentes de sua atuação como Árbitro junto à Corte Internacional de Arbitragem.

CARMEN LÚCIA: suas condecorações são marcadas pela heterogeneidade, já que angariou prêmios em todas as dimensões, exceto a internacional. Grande parcela dos itens vem de instituições de Minas Gerais, estado de origem da Ministra e onde ela construiu boa parte da carreira profissional. Destaque também para o prêmio de Profissional do Ano, concedido pela Associação de Mulheres da Carreira Jurídica, que denota uma tentativa de aproximação das questões relativas ao gênero.

DIAS TOFFOLI: suas condecorações são bastante heterogêneas, com alguma preponderância para as jurídicas, não possuindo nenhuma nas dimensões internacional e legislativa. Há uma relativa concentração dos itens nos dois anos anteriores à sua entrada no STF.

LUIZ FUX: chama a atenção com condecorações como o Troféu Theodor Herzi (religioso), o Troféu Raça Negra (étnico), Medalha do Clube Israelita Brasileiro – “B’nai B’rith” e Sócio Honorário da Associação Brasileira das Administradoras de Imóveis, o que denota uma tentativa de construir uma imagem associada aos mais variados setores da sociedade civil, sobretudo religiosos.

AYRES BRITO: todas as suas condecorações e realizações culturais são posteriores a sua nomeação para o STF, com exceção da publicação de livros de poemas, prosas e contos. Além disso, a dimensão com mais condecorações é a jurídica, advindos sobretudo de Tribunais de Justiça estaduais, TRT, TRE e MP. Não há, entretanto, condecorações internacionais, como também é o caso da maioria dos ministros analisados. Interessante ressaltar que, além das publicações literárias, foi condecorado também com a Medalha do Mérito Cívico Afro-Brasileiro, indicando uma tentativa de aproximação das questões referentes aos direitos civis.

NÉRI DA SILVEIRA: a imensa maioria de suas condecorações é posterior ao ingresso no STF. A construção de sua autoimagem sugere um perfil bastante heterogêneo, com alguma preponderância da dimensão jurídica. Sua ligação com o Poder Judiciário fica evidenciada por meio de condecorações concedidas pelos Tribunais de Justiça ao redor do país, como o do Mato Grosso, Pernambuco, Rio de Janeiro, Distrito Federal, Maranhão, Minas Gerais e São Paulo. Nota-se, por fim, a ausência de itens relativos às dimensões internacional e legislativa.

ELLEN GRACIE: a análise das informações sugere uma heterogeneidade quanto às condecorações, com sutil predominância das categorias Jurídica, Militar e Internacional. As condecorações jurídicas são bem diversificadas, concedidas por vários tribunais regionais, MP, TRE, TST, OAB, Judiciário Militar, Justiça Federal e AMB. Há ainda um Mérito concedido pela Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica do Rio Grande do Sul, que sugere uma tentativa de conexão entre a Ministra e as discussões sobre gênero. Notamos também uma grande diversidade de condecorações militares, sendo a maioria concedida pela Aeronáutica. Outra peculiaridade sobre a Ministra são as condecorações oriundas da maçonaria: Mérito “Maçom Ruy Barbosa”, concedido pela Grande Loja Maçônica do Rio de Janeiro, e Grande Reconhecimento Maçônico.

GILMAR MENDES: possui condecorações de todas as categorias, com predominância da categoria jurídica, na qual listamos itens conferidos, principalmente, pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho. Em seguida, temos as condecorações concedidas pela sociedade civil, bastante diversificadas, incluindo, Ordem do Mérito da Misericórdia das Santas Casas do Brasil; Prêmio Franz de Castro Holzwarth de Direitos Humanos; Medalha Visconde de Mauá, da Associação Comercial do Rio de Janeiro; Ordem do Mérito das Comunicações e Troféu Raça Negra, da Sociedade Afrobrasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural. Ressaltamos ainda a alta concentração de itens no período entre dois anos antes da nomeação e um ano depois, que representa quase 50% do total.

3.3 Ministros laureados em abundância (acima de 40 láureas)

■ Ao contrário do primeiro grupo, a abundância de láureas é a marca dos currículos dos seguintes ministros: Ricardo Lewandowski, Sydney Sanches, Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Nelson Jobim e Marco Aurélio.

RICARDO LEWANDOWSKI: das 55 condecorações indicadas, apenas cinco foram concedidas antes de seu ingresso no STF, havendo uma predominância de condecorações jurídicas e legislativas – dentre as quais a grande maioria é de medalhas de “Cidadão Honorário” – e uma minoria de condecorações acadêmicas e internacionais. O ministro possui algumas condecorações militares distintas, como: Diploma de Ex-Aluno Ilustre, do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de São Paulo; e Medalha da Ordem dos Cavaleiros do Esquadrão Tenente Vaz, do Exército Brasileiro. As condecorações jurídicas foram, em grande parte, concedidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais de diferentes Estados (PI, TO, RN, RO, SE, PE, SP e RJ).

SYDNEY SANCHES: a construção de sua imagem de notoriedade é marcada pela heterogeneidade, com itens das diferentes dimensões. No entanto, há uma leve preponderância de prêmios concedidos por instituições judiciárias, sobretudo pelos Tribunais de Justiça e pelo Tribunal Superior do Trabalho.

MAURÍCIO CORRÊA: possui condecorações de todas as categorias, havendo uma grande predominância da dimensão jurídica, na qual boa parte foi concedida pelo Ministério Público, Tribunais de Justiça Estaduais, Ordem dos Advogados do Brasil, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunal Superior do Trabalho. Da análise temporal, notamos que todas as condecorações anteriores à sua posse no STF datam de no máximo dois anos.

CARLOS VELLOSO: das 76 condecorações informadas, apenas seis foram concedidas antes de sua posse no STF. Destaca-se a concentração de itens jurídicos, que representam mais de 50% do total, vindos sobretudo de instituições como os Tribunais Regionais Eleitorais, os Tribunais de Justiça, o Ministério Público e as Associações de magistrados. Dentre as quatro condecorações internacionais, três foram concedidas pela Romênia, incluindo a “Medalha comemorativa da visita do Papa à Romênia”. Metade de suas condecorações legislativas são méritos de cidadão honorário de cidade de Minas Gerais e do Espírito Santo. Do ponto de vista geográfico, nota-se uma centralização de itens provenientes de instituições mineiras, em torno de 33% do total.

NELSON JOBIM: destaca-se por ter as condecorações e realizações mais heterogêneas, havendo um relativo equilíbrio entre todas as categorias. De um total de 80 itens, a dimensão menos representada é a Internacional, com oito itens, enquan-

to o Executivo lidera com 17. Analisando a trajetória, percebe-se que 52 itens são anteriores ao ingresso do ministro no STF, havendo uma concentração nos dois anos imediatamente precedentes – 29 itens. Na dimensão Executiva, a instituição mais presente é a Polícia Federal, com quatro condecorações. Dentre as demais, podemos ver diversas homenagens e agradecimentos, provenientes de diferentes Estados, como: Mato Grosso, Tocantins, São Paulo, Acre, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Goiás e Rio de Janeiro.

MARCO AURÉLIO: de acordo com as informações coletadas, apenas 21 das 231 laúreas foram recebidas antes de seu ingresso no STF. Nota-se também uma preponderância de itens das categorias “jurídica” e “acadêmica”, com 83 e 80 condecorações, respectivamente. Interessante ressaltar que, dentre as laúreas acadêmicas, a metade refere-se a títulos de patrono e de paraninfo, sobretudo de faculdades brasileiras.

DISCUSSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

■ Como vimos, três são as dimensões através das quais podemos produzir conclusões acerca da circulação de capital simbólico entre os ministros do STF: a reflexiva, a interacional e a relacional. Do ponto de vista reflexivo, é possível afirmar que homenagens em geral são tratadas pelos próprios ministros como importantes símbolos que veiculam informações mobilizáveis à título da construção da própria biografia. Seja pela hiperbolização, pela eufemização ou pela seletividade direcionada, este capítulo mostra claramente a proatividade dos ministros na construção de sua própria identidade pessoal e social, radicalizando o abismo entre a identidade virtual e a identidade real dos notáveis “homens públicos” (Goffman, 1963, p. 51-66).

Do ponto de vista interacional, nossos dados mostram igualmente um movimento de busca volitiva destas certificações simbólicas de pertença à esferas elitárias. Uma demonstração disto é o caráter regional de algumas delas. Localidades que marcaram algumas trajetórias (pessoal, acadêmica ou profissionalmente) encontram-se representadas por instituições de evidente impacto regional. Outra demonstração é o foco em símbolos de forte expressão setorial, como aqueles oriundos de instituições religiosas, maçônicas, e de defesa de direitos de minorias, como mulheres e negros. Por fim, este *padrão de circulação simbólica* é reforçado pela intensificação do aparecimento de itens datados em períodos cruciais das trajetórias que, analisados coletivamente e em perspectiva, confirmam a passagem

pelo STF como o ponto culminante das trajetórias, haja vista sobretudo o fato do aumento significativo em período pré-nomeação. Para além da expressão, da veiculação e da mobilização simbólica, estes padrões ajudam a construir a imensa rede interacional que se constrói ao se (ou “para se”) alçar a condição de membro de grupo dirigente, ou elite. Assim, a pertença a uma rede importante de dependência pessoal operaria como forte fator de distinção entre indivíduo e *pessoa* (DaMatta, 1997, p. 235-236).

Por fim, na dimensão relacional pudemos perceber a existência de uma estrutura de produção e circulação de elites, através da certificação simbólica. O caso mais marcante diz respeito às comendas oriundas de instituições militares. Salvo raras exceções, se tratam de comendas concedidas após o período ditatorial, sistematicamente a todos os ministros (levando-se em conta que poucos não as declaram, ou não declaram nenhuma). Assim como as forças armadas, o Poder Legislativo, as universidades, as representações profissionais do Direito, os Tribunais, as federações de indústria e comércio e algumas entidades religiosas e da sociedade civil, também exercem a função estruturante de garantir a certificação, reprodução e circulação de elites. Para além da sistematicidade com que agraciam todos os ministros e presidentes do STF – padrão que imaginamos deve ser seguido para outras “autoridades” – chama a atenção a padronização e sistematicidade desta atividade. São muito comuns prêmios, medalhas, comendas, troféus, homenagens, placas, cordões, com denominações perenes, e por vezes diferentes graus de hierarquia. Desta forma, organizações de diversas naturezas direcionam parte de sua energia para a atividade perene de certificar elites.

Os ministros do STF expressam, assim, em suas biografias, estas três dimensões compositivas da ambição deste artigo: descrever como o grupo social que investigamos compõe necessariamente uma importante instância elitária da sociedade brasileira (a jurídica), e também a demonstração da existência do *parentesco ideológico* (Bourdieu, 1986, p. 14) existente entre elites de diferentes campos sociais. Assim, a proximidade do *habitus* dos dominantes do campo jurídico com o de seus homólogos dos campos econômico, político, religioso, etc, reforçam não apenas a sua legitimação, mas a eficácia simbólica do exercício do seu poder.

FERNANDO FONTAINHA: Professor do IESP-UERJ.

FÁBIO ALMEIDA: Doutorando na Loughborough University (UK).

GABRIELA MACIEL: Bacharel pela FGV Direito Rio.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A Nobreza Togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. São Paulo: Tese de Doutorado em Ciência Política: USP, 2010.
- BANCAUD, Alain. *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*. Paris: LGDJ, 1993.
- BOURDIEU, Pierre. *La noblesse d'état. Grandes écoles et esprit de corps*. Paris: Minuit, 1989.
- _____. *La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique*. In: "Actes de la recherche en sciences sociales". Vol. 64, 1986, pp. 3-19.
- DAMATTA, Roberto da. *Carnavais, malandros e heróis. Uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- FONTAINHA, Fernando de Castro. Todos Eles Juizes: um monopólio baseado na eficácia simbólica. *Revista sociologia jurídica*, v. 8, p. 1-20, 2009.
- GOFFMAN, Erving. *Stigma. Notes on the management of spoiled identity*. New York: Simon & Schuster, 1963.
- FRIOUX, Dalibor. *De la démocratie en Amérique de Tocqueville*. Paris: Bréal, 2002.
- GARAPON, Antoine. *Bien Juger: essai sur le rituel judiciaire*. Paris: Odile Jacob, 1997.
- MAGALHAES, Fernando. *O passado ameaça o futuro. Tocqueville e a perspectiva da democracia individualista*. Tempo social, São Paulo, v. 12, n. 1, Maio de 2000.
- SULEIMAN, Ezra; MENDRAS, Henry (dir.). *Le recrutement des élites en Europe*. Paris: La Découverte, 1995.
- ROUSSELET, Marcel. *Histoire de la magistrature*. Paris: Plon, 1957.
- ROYER, Jean-Pierre; MARTINAGE, Renee; LECOCQ, Pierre. *Juges et notables au XIXe siècle*. Paris: PUF, 1982.
- ROYER, Jean-Pierre. *Histoire de la Justice en France*. Paris: PUF, 2001.
- _____. *La société judiciaire depuis le XVIIIe siècle*. Paris: PUF, 1979.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América. Livro I – Leis e Costumes*. São paulo: Martins Fontes, 2001.

O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo

RAFAEL ESTORILIO

JULIANO ZAIDEN BENVINDO

RESUMO

■ A ênfase no papel deliberativo das cortes constitucionais tem ensejado importantes discussões no direito constitucional comparado. No Brasil, a capacidade deliberativa do Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido, continuamente, objeto de crítica. Do mesmo modo, importantes defeitos no desenho institucional de suas principais práticas têm sido tema de interessantes debates. Este artigo examina os limites do argumento em favor da deliberação, indicando que não raramente o STF faz uso de uma pretensa deliberação para o cometimento do que se poderia denominar de *constitucionalismo abusivo*, isto é, o uso de ferramentas e argumentos do constitucionalismo contra o próprio constitucionalismo. Para tanto, este artigo concentra-se em duas estratégias – a *sincronicidade* e o *uso seletivo da subsunção* – que o STF emprega para ampliação de seu capital político e, por conseguinte, para fortalecimento de seu poder de barganha política com os demais poderes. Este artigo busca diagnosticar esse sintoma e indicar a urgência de se pensar desenhos institucionais para conter tais práticas na realidade brasileira. PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo abusivo; deliberação; Supremo Tribunal Federal; corte constitucional; barganha política.

ABSTRACT

■ The focus on the constitutional courts' deliberative role has raised relevant discussions in comparative constitutional law. In Brazil, the Brazilian Supreme Court's

deliberative capacity has continuously been a subject of criticism. Likewise, the institutional design of its main activities has also been a topic of interesting debates. This paper draws on the limits of the argument in favor of deliberation, showing that not rarely does the Brazilian Supreme Court make use of the so-called deliberation to pursue actions that could be deemed a form of *abusive constitutionalism*, that is, the use of constitutional tools and arguments against constitutionalism itself. For this purpose, this paper concentrates on two strategies – *synchronicity* and *selective use of subsumption* – the Brazilian Supreme Court employs to expand its political capital and thereby to strengthen its bargaining power vis-à-vis the other branches. This paper aims to diagnose this symptom and stress the urgency of thinking of institutional designs to halt such practices in the Brazilian reality.

KEYWORDS: abusive constitutionalism; deliberation; Brazilian Supreme Court; constitutional court; political bargaining.

I. INTRODUÇÃO

■ Quando David Landau usou a expressão *constitucionalismo abusivo*¹ para se referir ao uso regular e coordenado de mecanismos constitucionais para fragilizar a ordem democrática, a totalidade de uma expressão carregada de sentido atingia inédita precisão. Sobre a corte, aprendemos, ainda que idealmente, que a argumentação judicial é o pré-requisito que confere validade à decisão. Ela, por sua vez, carrega internamente raciocínios, conceitos e previsões que se desenvolvem a partir premissas teóricas e práticas que visam a expor a legitimidade e a coerência da corte para se definir como “guardiã da Constituição”. Ao mesmo tempo, a decisão transparece finalidades *externas*, muitas vezes obscuras para as quais se dirige um posicionamento.

A questão é que o Supremo Tribunal Federal (STF), em muitos casos assumindo papel de oráculo decisório e, ao mesmo tempo, adotando uma postura pragmática, pode se tornar agente central do constitucionalismo abusivo. Especialmente com o crescente aumento de pesquisas empíricas denunciando suas práticas e contrariando muito de seu discurso², passou-se a constatar que suas

1 De acordo com Landau, “constitucionalismo abusivo” é o “uso de mecanismos de mudança constitucional para fazer um estado significativamente menos democrático do que era anteriormente”. (LANDAU, 2013, p. 195)

2 Vide, por exemplo, os dados trazidos pela pesquisa Supremo em Números, realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FALCÃO, J.; HARTMANN, I. A.; CHAVES, V. P., 2014). Vide também COSTA, A. A.; BENVINDO, J. Z. 2014.

decisões, não raramente, buscam mitigar o crescente conflito político em casos de forte desacordo moral e, mais ainda, sua postura corporativa e agenciadora de interesses com os outros poderes. Nos últimos anos, o debate sobre os conflitos entre os poderes em matérias de desacordo moral ganhou relevo na academia. O segundo tema, todavia, relativo à sua prática fortalecedora de interesses corporativos e particulares, ainda tem sido trabalhado de forma muito esparsa. É aqui que aparece, com força, o tema do constitucionalismo abusivo. A partir desse conceito, consegue-se desvendar motivações e práticas normalmente implícitas e, ao mesmo tempo, desmistificar a tão-aclamada potência da jurisdição constitucional na defesa do constitucionalismo.

O constitucionalismo abusivo prevê que alternativas adotadas para se contornar crises, em estruturas projetadas para reforçar o constitucionalismo democrático, em verdade, podem prejudicá-lo. Ministros do STF são, naturalmente, pessoas dotadas de imenso poder na definição de temas centrais do constitucionalismo. Se, por um lado, esse poder pode lhes ser justificado para o exercício da jurisdição final em matéria constitucional, por outro, em ambientes de desenhos institucionais falhos e instituições informais que reiteram práticas de personalização do poder³, estratégias para contornar barreiras institucionais passam a ser adotadas com relativo sucesso. É o caso, por exemplo, do uso contínuo de técnicas e metodologias que encobrem comportamentos estratégicos contrários ao constitucionalismo, ao menos em sua feição liberal de respeito ao *rule of law* e aos *checks and balances*, embora aparentem estar em plena sintonia com seus princípios.

É preciso ressaltar, todavia, que tais práticas não se limitam a explicitar comportamentos individuais dos próprios Ministros, que se posicionam de modo conservador ou ousado, ativista ou reacionário. Na verdade, trata-se da constante luta do STF para definir seu espaço na tomada de decisões temporárias, afetando questões constitucionais decisivas. Há, portanto, uma clara correspondência, embora não confundível, entre o agir dos Ministros em nome da Corte e a própria configuração da Corte como instituição. Em um desenho institucional que confere excessivos poderes a cada Ministro em particular⁴, todavia, essa correspondência – o individual dos Ministros com o institucional do STF – aproxima-se de uma identidade. Nesse contexto, aliás, o próprio conceito de deliberação, que exigiria uma coletividade argumentativa no âmbito da Corte, assume as fei-

3 Vide LEVITSKY, S.; HELMKE, G. (org.) (2006).

4 Vide WERNECK; RIBEIRO (2015).

ções de decisão individual como se da Corte fosse⁵, facilitando, assim, o abuso constitucional.

Com base nessas premissas, este artigo visa a confirmar a hipótese de que a constituição pode ser estrategicamente trabalhada para favorecer agenciadores de interesses durante graves crises políticas e que o STF pode agir como um importante catalisador desse processo. Para esse fim, a primeira parte dedica-se a demonstrar que o problema principal não se encontra tanto na tomada de decisões discricionárias e pragmáticas, mas no uso de uma supervalorização do constitucionalismo, quando, na verdade, se arregimentam lesões ao próprio sistema constitucional. Esta pesquisa adota a premissa que esse diagnóstico pode ser visualizado – e, assim, indicada a ocorrência de constitucionalismo abusivo – dentro de dois grandes eixos: sincronicidade e uso deslocado da subsunção.

O artigo visa, sobretudo por meio de exemplos, a explicitar esse diagnóstico. Seu intuito está em mostrar como o raciocínio judicial deliberativo do STF, quando se revela em práticas do se que denomina constitucionalismo abusivo, em nada tem de efetivamente deliberativo, ao menos não como hoje muito tem se defendido na doutrina.⁶ Por conseguinte, a ideia de democracia deliberativa transportada ao STF deve ser vista com maior cautela. A deliberação interinstitucional, apontada como saudável ou necessária, na verdade, tem muito funcionado como uma estratégia qualificável como constitucionalismo abusivo. Percebe-se, então, que a interação entre poderes tem influenciado a aplicação da constituição conforme trabalhada nos bastidores, permitindo, por exemplo, que o STF possa barganhar seus interesses corporativos, enquanto busca legitimar decisões dos outros poderes por meio de técnicas argumentativas que ofuscam sua verdadeira motivação.

Para tanto, este artigo segue este itinerário: apresenta-se, inicialmente, o cenário geral dos trabalhos sobre constitucionalismo abusivo no contexto de abundância de análises sobre o possível “ativismo” do STF. Em seguida, alguns casos paradigmáticos serão desenvolvidos conforme duas estratégias normalmente adotadas pelo STF: *sincronicidade* e *uso seletivo da subsunção*. Apenas então serão relacionadas a exposição inicial com a pretensão de estimular a reflexão sobre o porquê de se adotar um critério para avaliar a ocorrência do “constitucionalismo abusivo”. Este artigo termina com uma rápida discussão sobre possíveis rearranjos institucionais que poderiam dificultar a ocorrência dessas práticas prejudiciais a nossa recente democracia constitucional.

5 Vide DA SILVA (2013)

6 Vide MENDES (2013).

2. O STF E A FERRAMENTA ARGUMENTATIVA

■ Uma das formas de preparação das instituições para o exercício do constitucionalismo abusivo, em que estruturas constitucionais são estrategicamente utilizadas para desvirtuar o próprio constitucionalismo, encontra-se no reforço de sua posição no jogo político em um ambiente em que deveria haver o saudável exercício dos *checks and balances*. Nos últimos anos, com a crescente presença do STF na política, tem se verificado que a corte, seja em suas decisões, seja nas falas de seus ministros, reforça sua posição de agente central no constitucionalismo. Este passo é importante para que qualquer atuação da jurisdição constitucional possa se valer de autoridade suficiente para, mais tarde, participar como agente de interesses no processo decisório.

Um dos autores a identificar essa sinuosidade é José González-Jácome em texto que traz o exemplo da Corte Suprema argentina (GONZÁLES-JÁCOME, 2015). Segundo o autor, o infame precedente da “Acordada” permitia uma atuação estratégica de adaptação de teorias do direito administrativo (a teoria de *facto*) para a corte argumentar que era incapaz de desafiar a legitimidade do governo militarmente estabelecido – mesmo quando o regime foi capaz de depor um Presidente civil eleito. Entretanto, com relevante margem de discricionariedade, a Suprema Corte poderia supervisionar se aquele novo regime seguia ou não disposições constitucionais de acordo com seu entendimento. A questão é que a prática remontava a uma solidificação crescente daquele Tribunal a partir de 1930 e foi capaz de sustentar repetidos golpes futuros, porém, sempre sob o pretexto de que os regimes estavam alinhavados pela Constituição, interpretada ativamente pela Corte.

Em *Authoritarian Constitutionalism* (TUSHNET, 2015), Mark Tushnet alcança conclusões semelhantes, também com foco em regimes autoritários: o constitucionalismo é o melhor arsenal de estratégias para um regime “jogar junto” com a Corte. A questão é que esta corte age estrategicamente dentro da argumentação judicial para justificar os futuros passos do regime. Do ponto de vista doutrinário, em sua conclusão, Tushnet pretende demonstrar que, no plano teórico, não podemos classificar estas modalidades de abuso pragmático da corte como “constitucionalismo”, já que nascem dos anseios “pragmáticos” da Suprema Corte para mais tarde sustentar interpretações abusivas.

Assim, é comum verificar os passos largos dados pelas cortes. Há o propósito de preparar o terreno para colocar-se como um agente seletivo do constitucionalismo abusivo, fortalecendo as capacidades de decisão, e ainda estabelecer um papel

mais definitivo a suas deliberações – a ênfase na “última palavra”, por exemplo -, muitas vezes decorrente de uma insatisfação com deliberações que exigiriam um maior diálogo institucional. Essa prática, que, no Brasil, é reforçada ainda pela excessiva individualização das decisões do STF, é claramente um dos dados mais alarmantes da prática cotidiana do STF. São vários os estudos que alertaram para este movimento.

Por exemplo: em trabalho elaborado por DURAN-FERREIRA (2009) sobre a jurisprudência do STF no controle de constitucionalidade em temas correlatos às autoridades reguladoras do sistema financeiro, verificou-se que, em quase sua totalidade, o STF se vale da argumentação econômica e mercadológica para decidir, dentro de verdadeira predileção econômica, em complexos argumentos oferecidos como definitivos para a decisão. Essa predileção pelo mercado ocorre em diversos outros contextos. No Recurso Extraordinário 407.688/AC, por exemplo, em que se discutia a legitimidade constitucional da penhora do único bem de família do fiador imobiliário, os Ministros adotaram o argumento consequencialista, atribuindo funções reguladoras ao Tribunal. O Ministro Cezar Peluzo chegou mesmo a salientar que a “técnica legislativa” da penhora em tais casos “romperia o equilíbrio do mercado” a que o Estado deveria atentar-se, despertando garantias mais custosas e, conseqüentemente, um desfalque no próprio direito à moradia pela população.

Do mesmo modo, na ADIN 3937/SP, que declarou improcedente demanda que versava sobre a inconstitucionalidade das leis proibitivas do uso de amianto na indústria, essa lógica argumentativa prevaleceu. Apesar de o Tribunal reforçar a proibição da legislação estadual, principalmente por expor os riscos à saúde no uso de tal substância, o voto do Ministro Marco Aurélio indicou o quanto a propensão do risco à saúde era menos relevante, salientando o quão rentável seria a exploração da substância. Para confirmar ambos os argumentos, positivos ou negativos ao uso do amianto, todavia, para além das Audiências Públicas realizadas pelo STF, não se verificou até hoje a ocorrência de melhoras na saúde pública ligada a aspectos de diagnósticos (cancerígenos, por exemplo) relacionados à aspiração do amianto em São Paulo e, ao mesmo tempo, qualquer decréscimo econômico resultante do não uso da substância.

Essa ênfase pragmática, que catalisa a posição do STF como um agente poderoso no exercício da barganha política, também se expressa no modo como ele se relaciona com os demais poderes. Uma das estratégias é esvaziar as atribuições típicas de outros poderes por meio de decisões que as condicionam a um olhar sempre permanente do STF. Por exemplo, no julgamento do MS 32033-DF, o

Ministro Gilmar Mendes apontou como inconstitucional o processo legislativo que tratava de novas regras partidárias (PL 4470/2012), simplesmente porque aquela apressada votação não fazia sentido, dentre outros fatos, por beneficiar os próprios parlamentares. Segundo ele, “essa interferência seria ofensiva à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos”. Para Gilmar Mendes, o fato de a Câmara dos Deputados ter deliberado de forma estranhamente célere seria já um motivo para suspender o projeto de lei, como se o STF tivesse o poder de determinar qual é o ritmo adequado da deliberação de outro poder. É visível que o argumento do Ministro não passava de uma discordância pessoal para rejeitar um processo legislativo que entendeu “indevido”, embora sem apontar qualquer irregularidade material ou de procedimento naquela decisão de inconstitucionalidade.

Esse crescimento do poder de barganha política por intermédio de um incremento de sua capacidade de decisão pragmática também se consolida em denominados “institutos” de direito constitucional, que aqui são aplicados como se fossem verdades inexoráveis do exercício da jurisdição constitucional. A própria modulação de efeitos, que talvez seja a expressão máxima desse jogo entre condicionalidades políticas e econômicas do momento e a expectativa de segurança jurídica, tem sido aplicada com a premissa de se evitar “hecatombes” econômicas nos julgados de inconstitucionalidade. O recente caso dos Precatórios (ADI 1098) é evidente exemplo em que o STF definiu politicamente até quando arrastaria a inconstitucionalidade de acordo com especulações econômicas e o interesse fazendário na demanda.

Temos então um tribunal propondo-se a melhorar o futuro em uma condição de oráculo em diversos precedentes, incrementando sua capacidade de barganha e sua potencialidade para o exercício do que se poderia denominar de constitucionalismo abusivo. É bem verdade que seleção de casos relevantes como estes poderiam sugerir apenas a função decisiva – ativista – da Corte, ou o papel interpretativo da Constituição, já que estamos sob um regime constitucional democrático. O jogo aqui, todavia, não é inocente e tampouco de mão única. Na medida em que o STF se consolida como corte capaz de manejar seus argumentos politicamente sob a aparência de uma estrita interpretação constitucional, não apenas o STF cresce em seu poder de barganha, como também os outros poderes passam a dele fazer uso para legitimar suas próprias atividades.

O exemplo do impeachment da então Presidente Dilma Rousseff é ilustrativo desse jogo de duas mãos. O STF, como instituição responsável pelo duro trabalho de interpretar a Constituição, foi chamado a cumprir seu dever naquela

profunda divisão política a que o Brasil assistia. Naquele episódio, embora, naturalmente, a interferência mais direta da corte constitucional pudesse ensejar questionamentos a respeito dos limites de sua atuação, o STF adotou uma postura bastante contida, buscando se resguardar diante de um propósito de preservação do princípio da separação dos poderes. Sua atuação estava, obviamente, bastante entrelaçada ao momento em que a política parecia atropelar o direito, tanto em razão de um procedimento de imputação da culpa que não se mostrava completo (as contas – motivo central do impeachment – não chegaram a ser reprovadas pelo Parlamento, mas apenas pelo Tribunal de Contas da União) e também em razão de uma perda do sentido de preservação do regime presidencialista (na medida em que a lei 1.079/50 condicionou a interpretação da Constituição e, não, o contrário, como deveria ser). Ao se isentar desse debate, dizendo garantir apenas a obediência às regras formais do jogo político, o STF causou o efeito colateral de legitimação constitucional do próprio procedimento. O tribunal que outrora era intenso partícipe e interventor da política ou da especulação econômica agora se contém para não ferir a tão aclamada independência entre os poderes.

Desse modo, verifica-se que o denominador comum para tais casos é o modo como a corte constitucional, ao atribuir elevados poderes a si própria e a se arvorar detentora da “última palavra”, pode alavancar práticas abusivas do constitucionalismo. Usa-se a constituição – ou a interpretação constitucional de uma dada realidade levada a efeito pelo STF – contra a própria constituição. A interação deliberativa, tão aclamada pela literatura constitucional, torna-se então muito mais uma barganha de posições do próprio jogo político, lançando a estratégia política como condicionante da interpretação constitucional e a interpretação constitucional, conforme essa estratégia política, como reforço de sua potência e legitimação de sua prática.

3. QUANDO A CORTE É PARTE NO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

■ O incremento da capacidade de justificação de sua interferência constitucional tem, como discutido no tópico anterior, aberto o leque de possibilidades do que se poderia denominar de constitucionalismo abusivo. O jogo de mão dupla, que perpassa tanto esse crescimento de poder como a expectativa de consonância com o jogo político, expressa-se de distintas formas. Embora haja diversas outras possíveis ocorrências, dois focos serão aprofundados neste artigo: a sincronicidade e o uso deslocado da subsunção.

3.1 Sincronicidade

■ De acordo com Carl Jung, *sincronicidade* é o conjunto irracional de eventos que podem envolver uma relação de causalidade oculta⁷. *Sincronicidade* trata da relação entre fatos determinados pelas memórias, pela natureza ou pelos arquétipos e que não podem ser compreendidos mediante o princípio da causalidade na física. Com isso, o elemento central da sincronicidade é visualizar uma relação distante, porém coordenada, entre dois eventos que não exija uma explicação de causa e efeito, ao contrário do tradicionalmente esperado de tais relações. O conceito, embora originário de estudos da psicanálise e voltados para situações diversas de um debate institucional, permite extrair lições relevantes para o possível encontro de relações de causa e efeito implícitos em circunstâncias típicas de constitucionalismo abusivo.

Um exemplo recente pode ilustrar essa *sincronicidade* no âmbito decisório do STF. No julgamento da medida cautelar na ADPF 402, o STF, em decisão monocrática, concedeu tutela liminar com base na premissa de que não poderiam permanecer na linha sucessória de possíveis Presidentes da República aqueles tornados réu em processo criminal perante o STF. A decisão gerou o imediato efeito de determinar o afastamento do Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado. De acordo com a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, uma vez o Senador tornado réu em um processo de peculato e, também, conforme maioria já alcançada (na mesma ADPF, que estava com julgamento interrompido, manifestaram 6 dos 11 ministros pelo afastamento – e, com extremo poder de agenda, a sessão foi interrompida por pedido de vista) a consequência não poderia ser diferente no caso ora em análise.

A decisão monocrática gerou forte conflito institucional, a ponto de a mesa do Senado afirmar – criando precedente temerário -, que se recusaria a cumprir a decisão judicial. Na ocasião, os Ministros aguardavam, sobre o tema, o retorno do julgamento após pedido de vista requerido pelo Ministro Dias Toffoli em

7 Oculta, já que “Os fenômenos sincronísticos são a prova da presença simultânea de equivalências significativas em processos heterogêneos sem ligação causal; em outros termos, eles provam que um conteúdo percebido pelo observador pode ser representado, ao mesmo tempo, por um acontecimento exterior, sem nenhuma conexão causal [...] Os fenômenos sincronísticos são a prova da presença simultânea de equivalências significativas em processos heterogêneos sem ligação causal; em outros termos, eles provam que um conteúdo percebido pelo observador pode ser representado, ao mesmo tempo, por um acontecimento exterior, sem nenhuma conexão causal.” Os exemplos dados pelo autor são interessantes relações confusas entre fatos e eventos. (JUNG, 2000, p. 985-986).

sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Em 7 de dezembro de 2016, em sessão cuja gravidade da situação exigia resposta urgente da Corte, julgou-se o recurso do Senado contrário à decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio de Mello. Dos nove ministros que participaram da deliberação, seis defenderam a solução “conciliatória”: o Presidente do Senado poderia permanecer no exercício dessa função, apenas sendo impedido de assumir, mesmo que temporariamente, a função de Presidente da República.

O que chamou, todavia, a atenção desse movimento não foi exatamente a argumentação jurídica altamente controversa de flexibilização da regra constitucional ou da aplicação da tese. Foi, ao contrário, o que acontecia do outro lado da Praça dos Três Poderes. Na mesma quarta-feira, 7 de dezembro de 2016, o Presidente do Senado desistiu de colocar em votação no plenário o projeto de lei que tratava do abuso de autoridade, texto legal que pressionava, de modo bastante contundente, agentes públicos, sobretudo do Judiciário.

Talvez não seja possível presumir alguma relação pura e simples de causa e efeito entre a decisão que manteve o Presidente do Senado e a opção dele de retirar da pauta de urgência projeto de lei em desfavor da categoria de magistrados. Do mesmo modo, não é totalmente incontroversa a afirmação de que o julgamento e a retirada do projeto de pauta foram negociados. Mas é possível observar *sincronicidade* visível entre os eventos, já que uma deliberação interinstitucional possibilita a arregimentação dos Poderes quanto à interpretação da Constituição para o fortalecimento pessoal de seus agentes.

A demonstração dessa premissa deu-se logo na sequência. Já na semana seguinte, uma ofensiva galopante do Senado contra Judiciário se instalou. O Senado passou a tratar com rigor o descumprimento do teto por membros do Judiciário, aprovando medidas que dificultam ao máximo a obtenção de remuneração acima do teto, isto é, indenizações que se sobrepõem à remuneração. Nesse contexto, qualificou como improbidade administrativa o ato de permitir pagamento acima do teto estabelecido, tornou mais rigorosa a publicação dos salários dos servidores na internet e englobou, em um único montante, todas as modalidades de pagamento.

Negar a existência de possíveis estratégias políticas nessa correlação de forças é assumir a ingenuidade na análise de comportamentos humanos e de movimentações institucionais. A *sincronicidade*, embora não prove que tenha havido, peremptoriamente, a prática do abuso constitucional, ao menos promove a suspeição sobre esses movimentos. São práticas que se repetem e que tem se mostrado cada vez mais em sintonia com uma nova configuração do STF como instituição

central do jogo político e cuja deliberação aproxima-se mais de formas típicas de barganha política, mesmo que em detrimento do constitucionalismo.

3.2 Uso Seletivo da Subsunção

■ Outra circunstância relevante é a falta de isonomia com casos que carregam profunda semelhança e relativa proximidade temporal. A quebra de coerência em casos centrais que engendram, sobretudo, forte impacto político acarreta, naturalmente, sério desconforto em relação às expectativas de segurança jurídica e, mais ainda, possível configuração de uso político da Corte.

No ano de 2016, por meio de tutela liminar proferida pelo STF (MS 34.070), o então ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi impossibilitado de assumir o cargo de Ministro da Casa Civil. Segundo as razões expressas na antecipação de tutela concedida pelo Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança, o caso era um típico exemplo de desvio de finalidade administrativa, o que ensejava a nulidade do ato: a posse servia meramente para obter foro por prerrogativa de função, quando o ex-Presidente estava ameaçado por investigações judiciais. Com a decisão monocrática, a posse não foi perfectibilizada. Porém, a decisão entrava em direto choque com a jurisprudência consolidada do STF. Havia, afinal, vício no ato em Mandado de Segurança coletivo proposto por partido político, o que impediria, de imediato, o julgamento do mérito. Todavia, novamente expondo profundo defeito no desenho institucional do STF, o caso jamais foi levado para deliberação coletiva. A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, embora provisória, tornou-se definitiva sem a menor chancela de seus pares por perda de objeto.

Um ano depois, por sua vez, a oposição arregimentada no poder com a troca de governo confirmada pelo impeachment praticou idêntico movimento após a homologação das delações da denominada “Operação Lava Jato” pela Presidente do STF, Ministra Carmen Lúcia. O Presidente Michel Temer *criou* uma nova pasta, em contradição ao discurso oficial de enxugamento de Ministérios, visando a nomear Moreira Franco, altamente implicado naquela operação, para a função de Ministro de Estado. Essa condição lhe traria, em situação similar à do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foro privilegiado por prerrogativa de função. Não demorou para que essa situação ensejasse a impetração de mandado de segurança por partidos políticos como o PSOL e REDE Sustentabilidade. Neste caso, entretanto, a tutela liminar foi negada. Os argumentos adotaram a lógica de outros precedentes da Corte (embora não o anterior da decisão monocrática do

Ministro Gilmar Mendes). Segundo a decisão, não havia razões para justificar a impossibilidade de o STF dar celeridade ao caso, era questionável a capacidade ativa dos partidos políticos para interesses difusos e, por fim, não havia evidências de que o ato percia de nulidade.

O curioso é que, se adotados os princípios de direito processual, o primeiro caso – referente ao ex-Presidente Lula – pode ser interpretado como gerador de precedente. É bem verdade que o caso perdeu o objeto, uma vez que não houve a apreciação de recurso mesmo após a saída de Presidente Dilma Rousseff. Porém, pelo menos pela leitura do Código de Processo Civil vigente, trata-se de típico caso de tutela satisfativa exaurida, tal como ocorre com a tutela de urgência em caráter antecedente. Desse modo, ao menos o STF deveria explicitar as diferenças entre ambos os casos para argumentar em prol de conclusão jurídica diversa no novo caso com gritante semelhança. Havia, afinal, profunda identidade entre eles, destacando-se inclusive maior gravidade do caso Moreira Franco, em que uma pasta administrativa foi *transformada* em Ministério sem a mínima justificativa de interesse público para tanto, com base em medida provisória redigida às pressas. E, novamente, a falta de análise pelo colegiado do recurso interposto pelos partidos, novamente em função do poder de agenda, pode fazer com que o Mandado de Segurança perca o objeto.

Não é de se estranhar que a reação do ex-Presidente Lula se expressaria logo na sequência, até por uma expectativa de coerência e justiça. Após o indeferimento da liminar no caso Moreira Franco, seus advogados protocolaram um novo pedido para que o STF revise, em plenário, a decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes. Certamente há, no pedido, o intuito de explicitar que os movimentos entre os poderes, em ambos os casos, não foram resultado de uma profunda análise jurídica dos fatos envolvidos, mas uma solução aparentemente arquitetada entre o STF e os atores externos conforme o arranjo político interessado do momento.

É crucial perceber que a prática seletiva da subsunção é grave, especialmente quando se está no meio de uma profunda crise política. Neste caso, não é, em si, a *sincronicidade* que possibilita a visualização do que se poderia denominar abuso constitucional. Enquanto na *sincronicidade* se tem visivelmente esse jogo entre os poderes, como uma relação de causalidade implícita, na *prática seletiva da subsunção*, o que se tem é o jogo trabalhado pelo mesmo poder tendo em vista um efeito relacional com outro poder (no exemplo apresentado, o Executivo). Ambas as situações, especialmente em um contexto de forte tensão entre os poderes, apontam para movimentações que indicam o papel do STF como peça central da

barganha política e uma instituição que, embora devesse defender a constituição, utiliza-se de sua posição – e do discurso de defensor da constituição e de detentor “última palavra” – estrategicamente para legitimar práticas entre os poderes que podem impactar negativamente o próprio constitucionalismo.

4. REPENSANDO A INTERAÇÃO DELIBERATIVA

■ É visível, a partir dos exemplos acima, que o constitucionalismo abusivo pode, sim, ser trabalhado como uma característica derivada de estratégias comportamentais dos agentes políticos e das instituições. A *sincronicidade* e a *prática seletiva da subsunção*, embora sejam apenas dois exemplos de como o abuso pode se estabelecer, são importantes fatores para o diagnóstico dessas situações. Entender o constitucionalismo abusivo, por outro lado, permite repensar a própria defesa da deliberação, hoje muito trabalhada na literatura constitucional. A pergunta, porém, é: como construir deliberação em um ambiente em que ela, se é que ela ocorre, parece apontar para estratégias de um contínuo rearranjo de forças entre os poderes e para a barganha política e, não, para a defesa do constitucionalismo propriamente?

Segundo autores que exploram o tema da deliberação entre os poderes, uma das condições de legitimidade democrática em um Tribunal Constitucional é o nível de seu “desempenho deliberativo”⁸, assumindo-se como necessário o diálogo institucional conflitivo entre membros da corte e interinstitucional entre a corte e o público externo para decisões constitucionais relevantes. A deliberação apareceria, assim, como exigência para a construção de um panorama de maior legitimação e como motor para o alcance de decisões coerentes.

Esta observação é resultado do fato de que a teoria da “última palavra sobre a Constituição”, embora muito discutida no âmbito jurídico, carece de maior sustentação teórica e prática. A ciência política ensina que, muitas vezes, o papel das cortes constitucionais é provisório, frágil e responsivo de acordo com o panorama político⁹. Portanto, na trilha do princípio da separação de poderes, a interação deliberativa seria um ganho, se utilizada adequadamente com um acréscimo ra-

8 Vide MENDES (2011). Em trabalho sobre ônus deliberativos de tribunais, Virgílio Afonso da Silva propõe desenhos institucionais complexos que permitam otimizar decisões de tribunais a fim de superar o problema das decisões com baixo nível deliberativo – prejudicando a legitimidade institucional do exercício de controle, fazendo menção direta às teses do “The Core of the Case on Judicial Review” na interação entre poderes (SILVA, 2013, p. 569-575).

9 Vide BICKEL (1975, p. 25); (1962, p. 244).

zoável de argumentos¹⁰. Mas, se esta interação se resume à mera adversariedade, a discussão enfraquece-se substancialmente e se promove o individualismo decisório, o que afeta diretamente o princípio de legitimidade da Corte.

A deliberação funcionaria, portanto, como um filtro legitimador do processo decisório. Decisões altamente contrárias a precedentes sem apontar fortes fundamentos para a alteração do entendimento da Corte tendem a ter maior dificuldade de manutenção. Nessas circunstâncias, afinal, haverá algum sujeito ou instituição que romperá com seu teor ou questionará seu procedimento até reformá-lo. Com isto, toda decisão é potencialmente democrática, na medida em que se sujeita ao foro de debates. Por mais ambíguo que isto possa parecer, levando em conta o cunho contramajoritário esperado do judiciário, ele autorreproduz o procedimento deliberativo circularmente. Há, por isso, de se enfatizar que o perfil deliberativo não significa vincular decisões judiciais ao majoritarismo político, pela obviedade de que assim se ofenderia o próprio constitucionalismo no seu papel de guardião da democracia – tensão, aliás, admitida pela democracia deliberativa. Trata-se apenas de *otimizar* o processo democrático com vistas ao valioso procedimento do debate, procurando o melhor acerto nas decisões finais. Tem-se, assim, uma proposta que amplia a complexidade sobre a velha problemática sobre qual é ou deve ser a resposta correta conforme a Constituição e a quem cabe proferi-la.

Entretanto, apesar dos aspectos altamente positivos do processo deliberativo, a realidade expõe que ele pode ser utilizado como mecanismo de barganha política. E a semente da barganha aponta para o conjunto de discussões no ambiente político com baixa integridade, transparência ou respeito ao devido processo legal. Otimizar o debate, naturalmente, atinge tanto as práticas intrainstitucionais (como as deliberações dentro da Corte) como interinstitucionais (entre os poderes). Assim, se, por um lado, pensar a deliberação encaixa-se diretamente no papel deliberativo dos tribunais, como é abordado, por exemplo, por Conrado Hübner Mendes (2011), não há como negar que, seja intrainstitucionalmente (por exemplo, por meio do expressivo poder individual dos Ministros), seja interinstitucionalmente (por exemplo, em situações de nítida *sincronicidade*), a barganha, como uma forma de deliberação desvirtuada, aparece como uma realidade.

Pensar a deliberação como característica fundamental de coerência e legitimidade decisória deve, portanto, ser reconhecido como uma característica neces-

10 Vide SILVA (2013, p. 569-575).

sária do constitucionalismo democrático. Todavia, é fundamental não perder de vista que a própria deliberação apresenta profundas fragilidades a depender do comportamento estratégico dos agentes e das instituições. É necessário, assim, reconhecer, para além de perspectivas normativas que apontam para as condições da deliberação, como as interações entre os agentes e as instituições, embora aparentemente resultado de deliberação, podem sinalizar, ao contrário, formas de subversão do constitucionalismo. A ênfase no constitucionalismo abusivo alerta, portanto, para maior compreensão desses movimentos implícitos, mas que impactam a realidade constitucional e enfraquecem a expectativa de legitimidade democrática das decisões.

E é neste contexto que ganha realce exatamente formas de justificação decisória que, embora marcadas pelas mais abrangentes teorias e metodologias, pouco ou nada justificam. Nesse contexto, em que há uma ampliação clara do uso dessas técnicas com ampla abertura argumentativa – por exemplo, o princípio da proporcionalidade como a fórmula racionalizadora da decisão¹¹-, essa situação torna-se facilitada. A abertura argumentativa, que poderia ser um positivo elemento de afirmação do constitucionalismo, acaba se tornando instrumento para a barganha política. E, nesse contexto, constrói-se a exigência de justificação maleável, que se reproduz como expressão do novo papel que a Corte Constitucional passa a assumir no contexto democrático. Se suas decisões têm de ser justificadas “racionalmente” como condição de legitimidade, é preciso, até para possibilitar esse novo papel político da corte, que sejam flexíveis o suficiente para não explicitar o que se deseja manter implícito.

A necessidade de justificação, pretensamente racional e imprescindível, acaba fazendo do intérprete um *player* que precisa encontrar a justificação para uma pretensão, seja ela qual for, conforme a palheta de opções que essas novas técnicas argumentativas favorecem – mesmo que o resultado possa parecer ilógico e inconsistente. Conrado Hübner Mendes, por exemplo, assevera que é acentuada esta tendência no direito comparado. A partir de observações Albie Sachs a respeito da corte constitucional sul-africana, afirma que: “we had moved from a culture of submission to the Law, to one of *justification and rights under the law*” (MENDES, 2012, p. 03). Com conclusão semelhante, autores como Ferejohn¹² argumentam que, dos raciocínios elaborados pelos tribunais, são esperados procedimentos deliberativos sustentáveis em termos de argumentação e que, por isso

11 Vide BENVINDO (2010, p. 329).

12 Vide FEREJOHN; PASQUINO (2002, p. 21-36).

mesmo, uma vez que as cortes constitucionais não podem ter pleno acesso ao poder político – e muito menos à discricionariedade política –, ela é *forçada* a invocar razões, mesmo que seu conteúdo não esteja adequado. Porém – e aqui está a possibilidade da visualização do constitucionalismo abusivo –, em função da necessidade de invocar razões em um contexto semântico de largas possibilidades e de crescente inconsistência decisória, está-se a um passo de se estabelecer a barganha política como prática pelo Tribunal.

Visualiza-se, assim, os riscos para a função deliberativa. Na medida em que a justificação perde em coerência e se volta para a afirmação de interesses implícitos, embora maquiada de uma pretensa racionalidade técnica, não há, efetivamente, deliberação, mas, sim, um modo de praticar o constitucionalismo abusivo. Por isso, simplesmente afirmar a importância da deliberação sem atentar para esses processos que a transformam em um argumento estratégico de barganhas diz pouco da complexidade das interações intra e interinstitucionais em sistemas complexos do constitucionalismo contemporâneo. Por isso, o papel deliberativo precisa ser destacado também em sua função perigosa, viciosa e subversiva. Se a deliberação facilita a intermediação e negociação entre poderes, também, por outro lado, acentua a capacidade de a corte ocultar interesses e fortalecer justificações insustentáveis (aqui, por exemplo, a reprodução dos dois critérios deste artigo: sincronicidade e uso seletivo da subsunção). Neste jogo, sobretudo em democracias frágeis, tem-se um evidente déficit democrático: a corte, outrora a última palavra, torna-se a primeira instituição a se desconfiar.

5. CONCLUSÃO

■ Neste trabalho, buscou-se mostrar que se faz necessário lançar o STF ao olhar vigilante e à crítica permanente. Afinal, especialmente no contexto de sua forte presença na definição de pautas nacionais fundamentais, exigir-lhe transparência argumentativa e coerência decisória é o mínimo que se espera de uma corte constitucional. Porém, como demonstrado neste artigo, o STF, exatamente nesse ambiente de maior poder e de capacidade de barganha política expandida, tem utilizado de estratégias – aqui destacadas a *sincronicidade* e a *uso seletivo da subsunção* – para fins que não condizem com o discurso que busca lhe conferir legitimidade. Neste contexto, em que o STF delibera sem, efetivamente, deliberar – ou delibera estrategicamente para um fim abusivo – tem-se, visivelmente, o seu deslocamento de “guardião da Constituição” para um *player* efetivo no jogo político, amplian-

do-se, por conseguinte, sua potencialidade para barganhas políticas por meio do uso da decisão judicial como instrumento de legitimação de tais práticas.

Como *player* da barganha política, o direito e o perfil deliberativo tornam-se secundários, embora sejam instrumentalizados para a justificação da prática política. Por isso, tem-se o abuso constitucional: usa-se o direito constitucional – e os próprios procedimentos que buscam efetivá-lo na prática – contra o próprio constitucionalismo. Ao diagnosticar essas formas de abuso, torna-se mais simples demonstrar como a corte se familiariza com os bastidores de outros poderes e reserva para si um privilégio político maior – ou, ainda, a corte sofre e negocia a violência do poder de barganha das outras casas.

É preciso, por isso, pensar um desenho institucional que restrinja, ao máximo, esta malícia institucional da corte na sua função deliberativa. Embora desenhos institucionais, por si só, não sejam condição para a mudança, eles, ao menos, impõem uma diretiva e dificultam essas práticas. Infelizmente, o desenho institucional hoje adotado no âmbito do STF tem se mostrado altamente ineficiente para, ao menos, dificultar este movimento. Um recurso constitucional processual específico para quando se vislumbrem tais casos de sincronicidade e uso deslocado da subsunção, direcionado ao Plenário, pode não ser a opção ideal, mas poderia ser um começo, por exemplo. É necessário também insistir no argumento de que devemos exigir transparência decisória de uma corte constitucional. Um mínimo de compatibilidade empírica, um mínimo de coerência dos argumentos e, sobretudo, uma efetiva deliberação devem ser os requisitos mais básicos a se exigir dos Ministros do STF, individualmente, e da Corte, como instituição.

Por fim, é preciso também repensar a deliberação. Este trabalho buscou, em alguma medida, mostrar que a teoria deliberativa precisa expandir seus horizontes e focar também no uso abusivo da própria deliberação (se assim pode ser denominada). Deliberar, afinal, pode ser também uma estratégia abusiva ao constitucionalismo. Embora este trabalho não tenha explorado mecanismos e desenhos que possam, em alguma medida, dificultar o constitucionalismo abusivo pelas cortes, sua mínima pretensão foi alertar que é preciso reconhecer e explorar, com a cautela e o rigor exigidos, os comportamentos dos Ministros, como indivíduos dotados de enorme poder, e a Corte, como instituição que ganhou espaço na definição de pautas nacionais de ampla repercussão política e desacordo moral – e, por conseguinte, como *player* político. Reconhecer a relevância desses comportamentos para a pesquisa constitucional e estabelecer, a partir de

sua leitura, a crítica é uma atividade que a doutrina constitucional brasileira precisa urgentemente avançar.

RAFAEL ESTORILIO · Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

JULIANO ZAIDEN Benvindo · Professor de Direito Constitucional da Universidade de Brasília. Bolsista de Produtividade 2 do CNPq. Coordenador do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade de Brasília. Doutor em Direito Público pela Universidade Humboldt de Berlim, Alemanha.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. O Supremo Individual: Mecanismos de Atuação Direta dos Ministros sobre o Processo Político. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 46, p. 121-155, 2015.

BENVINDO, Juliano Zaiden., *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlim: Springer, 2010.

BICKEL, Alexander. *The morality of Consent*. New Heaven: Yale University Press, 1975.

_____, *The least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merrill, 1962.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3937/SP*. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília: 06 jun 2008a.

_____. *Reclamação Constitucional n° 3014/SP*. Tribunal Pleno. Divulgação 20/05/2010. Publicação 21/05/2010. Relator Ministro Ayres Brito. Reclamante Município de Indaiatuba, reclamado Relator em Mandado de Segurança TRT 15. Diário de Justiça Eletrônico 091, v. 24, n. 202, Brasília, DF, , p. 240-372, 2010.

_____. *Reclamação Constitucional n° 4906/PA*. Tribunal Pleno. Divulgação 10/04/2008. Publicação 11/04/2008. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Reclamante José Sarmento, reclamado Juiz de Direito da 14 Vara Cível da Comarca de Belém. Diário de Justiça Eletrônico 065, v. 30, n. 353, Brasília, DF, p.171-194, 2008b.

COSTA, Alexandre Araújo.; BENVINDO, Juliano Zaiden. A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constsitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. *Social Science Research Network (SSRN)*, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2509541>

DURAN-FERREIRA, Camila. O STF e a Construção Institucional das Autoridades Reguladoras do Sistema Financeiro: Um estudo de Caso das ADINS. *Revista Direito GV*. São Paulo, p 67-94, 2009

FALCÃO, J.; HARTMANN, I. A.; CHAVES, V. P. III Relatório Supremo em Números – O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

FEREJOHN, John. Conclusion: The Citizens' Assembly Model. In WARREN, Mark, Pearse Hilary. *Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens Assembly*. New York: Cambridge University Press. 2008.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as deliberative institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional Justice, East and West*, p. 21-36. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

JUNG, Carl Gustav. *Sincronicidade*. São Paulo: Vozes, 2000.

LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *University of California, Davis Law Review*, v. 47, n. 189, p. 189-260, 2013.

LEVITSKY, S.; HELMKE, G. (EDS.). *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. Texto em prelo apresentado no Colóquio de Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. 2012.

_____. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. O Supremo Individual: Mecanismos de Atuação Direta dos Ministros sobre o Processo Político. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 46, p. 121-155, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988

Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF

GRAÇA MARIA BORGES DE FREITAS
THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE

RESUMO

■ O artigo sustenta que os mesmos fatores que têm provocado um fortalecimento ou expansão da jurisdição constitucional no Brasil constituem um risco para a autoridade do Supremo Tribunal Federal, diante da hiperjudicialização de questões politicamente sensíveis e da pouca blindagem institucional que o desenho e as práticas da Corte lhe conferem. O estudo de caso apresentado no artigo (ADPF 402-DF) permite ilustrar várias questões relevantes do debate atual, bem como discutir problemas que parecem surgir no horizonte da instituição após as mudanças recentes do contexto político. O artigo discute alternativas democráticas para o aprimoramento da deliberação da Corte e do diálogo com os demais poderes, especialmente em casos que possam colocar em jogo a separação, o controle recíproco e o equilíbrio de poderes.

ABSTRACT

■ The paper argues that the same factors that have caused an increase in the strength and expansion of judicial review in Brazil are the source of a risk for the authority of the Federal Supreme Court, in the light of the hyper judicialization of politically sensitive questions and of the weak institutional protection that current institutional design can offer for the court. The case study presented in the

paper (ADPF 402-DF) can clarify several relevant issues for the current debates on the topic, as well as discuss some problems that seem to rise in the horizon of the institution due to recent changes in the political setting. The paper discusses democratic alternatives for the enhancement of the deliberation of the court and of the dialogue with other branches, especially in cases that might put the separation of powers and the reciprocal control of the branches in risk.

INTRODUÇÃO

■ No constitucionalismo contemporâneo, segue vigente e ativo o debate sobre o controle de constitucionalidade das leis e atos ou omissões do poder público e sobre o papel das cortes constitucionais em tal controle, sendo este um tema “catalizador”¹ (Silva, 2009, p. 198) de vários debates relevantes, inclusive da questão da democracia. Os temas relativos aos diálogos institucionais, equilíbrio de poderes e separação de funções necessitam ser revisitados hoje em um contexto de decantação dos câmbios constitucionais ocorridos nas décadas mais recentes no Norte e Sul globais², ampliando a discussão para além dos problemas colocados pelos debates baseados nos modelos clássicos.

O sistema de jurisdição constitucional brasileiro, oriundo de um mosaico de várias ondas de migração de ideias, teorias e modelos institucionais, tanto de origem europeia, quanto estadunidense³, é um caso paradigmático para ilustrar o aumento da complexidade dos problemas do constitucionalismo contemporâneo.

1 “[O] tema ‘controle de constitucionalidade’ pode ser um catalisador de diversos temas centrais não só do direito constitucional contemporâneo — como a interpretação constitucional, a separação de poderes, a democracia, a organização do Judiciário, os direitos fundamentais e o federalismo — mas também da ciência política e da filosofia” (Silva, 2009, p. 198).

2 As expressões Norte e Sul globais têm sido utilizadas em relação ao conjunto de países dos dois hemisférios do globo que se organizam politicamente como democracias constitucionais. A referência aos dois hemisférios remete a questões geopolíticas relativas à diferença, mais ou menos comum, de desenvolvimento econômico dos países dos dois blocos. No plano dos estudos constitucionais, refere-se às ondas de mudanças constitucionais vinculadas à redemocratização de diversos países do hemisfério Norte (Espanha, Itália e Portugal, por exemplo), ademais das reformas constitucionais ocorridas no Leste Europeu após a queda do muro de Berlim. No hemisfério Sul, os câmbios constitucionais ocorreram, predominantemente, em face da redemocratização da América Latina (fim de ditaduras militares), da independência de ex-colônias africanas ou do fim de regimes políticos autoritários (África do Sul, por exemplo). Neste lado do globo, o constitucionalismo, além da redemocratização, pretendeu enfrentar as exclusões sociais e econômicas históricas de parte da população e vem se confrontando, desde então, com as tensões impostas pela globalização neoliberal, com seus reflexos nos planos jurídico e político.

3 Ver comparação das linhas gerais dos modelos continental europeu e estadunidense em Silva (2009, p. 207). Mais recentemente, nota-se a influência, ainda tímida, do constitucionalismo

Embora o Brasil seja considerado um modelo dito “forte” de controle de constitucionalidade,⁴ a análise de como o sistema efetivamente funciona – a qual necessita ser sempre “contextual” e atenta à cultura jurídica e política dominantes (Bayón, 2011) – revela um tipo de hipertrofia da Corte Constitucional decorrente de poderes pouco usuais na maioria dos sistemas jurídicos.

O poder da Corte Constitucional brasileira, cujos membros possuem mandato vitalício, torna-se ainda mais emblemático diante de algumas peculiaridades do seu desenho atual: (i) acúmulo de atribuições, que incluem não apenas a revisão judicial de toda a legislação, mas também, entre outros, o julgamento dos agentes políticos que possuem foro privilegiado; (ii) ampliação da competência a partir da constituição de 1988, que gerou um grande estoque de ações e de temas relevantes passíveis de apreciação; (iii) forma de deliberação, predominantemente individual e externa⁵; (iv) a ampla discricionariedade do magistrado relator na condução do processo; (v) o amplo estoque de casos a serem pautados, o que decorre do fato de que a corte não pode escolher os casos a serem julgados.⁶

latino-americano, como ocorreu em relação ao reconhecimento do conceito de “estado de coisas inconstitucional”, originário de construção jurisprudencial da Corte Constitucional colombiana, em decisão liminar proferida na ADPF 347.

- 4 No caso do Brasil, o modelo de controle de constitucionalidade é considerado “forte” (Bayón, 2000), pois corresponde àquele que possui uma Constituição abrangente, com um amplo catálogo de direitos fundamentais, cláusulas pétreas e cuja Corte Constitucional, ao menos formalmente, detém o predomínio da última palavra em matéria de controle de constitucionalidade. Independentemente do modelo adotado, a análise contextual permite examinar como reagem ou “dialogam” os demais poderes com o Poder Judiciário em face de decisões de controle de constitucionalidade. Na prática, como ressalta Mendes (2014), a relação ou a interação entre os poderes é inevitável, de modo que a última palavra é sempre algo provisório, o que se notará no caso a ser estudado.
- 5 Silva (2009, p. 217), a partir da classificação de Ferejohn e Pasquino (2002), compara a forma de deliberação do STF (votos individuais) à estadunidense no sentido de serem as razões dirigidas para um interlocutor externo (deliberação externa), tendo como características as seguintes: “quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros”; “inexistência de unidade institucional e decisória”; “carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal”.
- 6 A ausência de possibilidade de escolher os casos que serão julgados, aliada ao excesso de competências, gera uma enorme “agenda postergada” (Falcão e Arguelhes, 2017), que sofre influência de fatores conjunturais para ser pautada. Dois casos são exemplares: ADPF-165 de março de 2009, que requer a declaração de constitucionalidade dos planos econômicos dos anos 80 e 90, ainda sem decisão, e o Recurso Extraordinário 693.456, autuado em junho de 2012, que foi colocado em pauta em 2016 e decidido em 27.10.2016, autorizando o desconto dos salários de servidores em greve, em um contexto onde se prevê a possibilidade de greves e protestos contrários a possíveis reformas e medidas de austeridade contrárias a trabalhadores públicos e privados.

Os fatores mencionados, quando somados, vêm gerando a ampliação do número de decisões monocráticas e a possibilidade de controle estratégico da pauta⁷, aumentando as críticas relativas à opacidade do Tribunal⁸.

Sem embargo, pouco se tem discutido acerca de um possível efeito colateral dessa expansão dos poderes decorrentes do *judicial review* pelo STF, que se pretende tratar neste breve ensaio. Sustentar-se-á aqui que esses mesmos fatores que têm provocado um fortalecimento e uma expansão exagerada da jurisdição constitucional podem constituir um risco para a autoridade do Supremo Tribunal Federal. A aparentemente incontroversa força da Corte pode converter-se em sua fragilidade, especialmente no tratamento de questões políticas, diante da hiperjudicialização da política e da pouca blindagem que seu desenho institucional e suas práticas lhe conferem.

Para ilustrar essa possibilidade e para compreender os problemas que o controle de constitucionalidade enfrenta atualmente no Brasil, bem como os reflexos que isso vem gerando no próprio sistema, tomar-se-á um caso concreto para exame: o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402 – Distrito Federal, incluída a sua Medida Cautelar relativa ao pedido de afastamento do Senador Renan Calheiros.

Com a análise desse caso⁹ pretende-se demonstrar como os problemas identificados por vários estudiosos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do constitucionalismo brasileiro e internacional confluíram para aumentar a instabilidade institucional vigente no país e a incerteza jurídica referente ao efeito vinculante dos precedentes para a própria Corte em temas politicamente sensíveis. Ao invés de fator de segurança, previsibilidade e manutenção do Estado de Direito, o STF, em casos como esse, acaba por aguçar as crises políticas que ele tem por missão institucional evitar.

7 Diversos estudiosos do processo decisório do Supremo Tribunal Federal apontam como o controle estratégico da pauta de julgamentos pode ocorrer, desde o manejo dos tempos para pautar e decidir os casos, até os pedidos de vista prolongados, as decisões monocráticas e a antecipação de posições na imprensa (Arguelhes e Ribeiro, 2015).

8 Críticas à opacidade do órgão aparecem, também, em periódicos, como em recente matéria do Jornal “El País” (Alessi, 2016) que trata o STF como uma “caixa-preta” em termos da opacidade de critérios de julgamento dos seus casos.

9 O presente artigo ilustra os elementos do caso até o estado em que se encontrava em 01.02.17. Os seus desdobramentos merecem acompanhamento em face da riqueza de elementos jurídicos e institucionais que ele aporta ao debate do constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

I. O CASO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 – DISTRITO FEDERAL

■ A ADPF 402 questiona se parlamentares, réus perante o Supremo Tribunal Federal, podem ocupar cargo que implique em permanecer na linha de sucessão da Presidência da República. O tema diz respeito a uma alegada lacuna constitucional que, se comprovada, demonstraria um desequilíbrio nos meios de controle judicial da atuação dos chefes dos poderes Executivo e Legislativo.

No que concerne ao Poder Executivo, a Constituição possui regra explícita, estabelecendo o afastamento do Presidente do cargo uma vez instaurado processo tanto para punição de crimes de responsabilidade, quanto para punição de crimes comuns (art. 86, § 1º, I). A pretensão da ADPF 402, como veremos, é aplicar por analogia esta última regra aos dirigentes do Poder Legislativo, ao fundamento de que esta deveria valer para todos os eventuais sucessores do Presidente da República.

Analisemos os elementos do caso.

I.1. A ADPF 402-DF e o seu contexto

■ A ADPF 402-DF foi ajuizada em 03 de maio de 2016 para fins de questionar se um parlamentar que se torne réu em processo criminal no Supremo Tribunal Federal, decorrente de crime comum, poderia continuar a exercer cargo que o colocasse na linha direta de sucessão da Presidência da República.

O problema foi colocado em relação ao Presidente do Congresso e da Câmara dos Deputados, Deputado Eduardo Cunha, primeiro a figurar na linha de sucessão da Presidência da República, em um contexto de iminente afastamento da Presidenta eleita, diante da aprovação, em 17 de abril de 2016, da abertura de seu processo de *impeachment* por dois terços dos deputados federais.

Saliente-se que a competência para processar ou não o pedido de abertura do processo de *impeachment* em face da Presidente da República era exclusiva do Presidente da Câmara, o qual, no momento do ajuizamento da ação, já figurava como réu em ações penais no Supremo Tribunal Federal, oriundas dos Inquéritos 3.983 e 4.146.

Tais inquéritos, por sua vez, tinham pendente de julgamento incidental, desde dezembro de 2015, a Ação Cautelar 4070, proposta pelo Procurador Geral da República, que pedia o afastamento do Deputado Federal Eduardo Cunha do cargo de parlamentar e da função de Presidente da Câmara dos Deputados.

O fundamento da Ação Cautelar era o de que o mencionado Deputado se utilizava do cargo para obter vantagens ilícitas e obstruir a ação dos seus pares com a finalidade de impedir a regular tramitação de representação instaurada contra ele no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar. Foi apresentada farta documentação para comprovar essas obstruções.

A Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), por sua vez, foi prevista na Constituição de 1988, ampliando os poderes do STF quanto ao controle concentrado de constitucionalidade em relação às constituições anteriores. Os legitimados para propô-la são os mesmos para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja legitimidade foi ampliada em 1988 para incluir, entre outros atores, os partidos políticos com representação no congresso nacional. Como estabelece a Lei 9.882/1999, é cabível, de modo direto ou incidental, sempre que se indique a ocorrência de (a) lesão a preceito fundamental, entendido como aquele que regule conteúdo estruturante da constituição; causada por (b) ato emanado do Poder Público; (c) para o qual não haja outro meio eficaz de saná-la, sendo, portanto, uma ação subsidiária ou de competência residual em termos de controle concentrado de constitucionalidade.

Sua institucionalização marca duas características do controle de constitucionalidade vigente no Brasil a partir da Constituição de 1988: (a) o aumento da sua concentração, em um sistema onde vigora, também, o controle difuso; e (b) a ampliação da judicialização da política, diante da legitimidade dos partidos políticos para propor ações de controle concentrado, incluídos os partidos com representação minoritária no congresso, com o conseqüente uso “estratégico” (Arguelhes, 2014) do controle de constitucionalidade¹⁰.

Esse aumento de competência revela os riscos de desequilíbrio institucional, diante dos traços de autoritarismo da cultura política e jurídica brasileiras, presentes, entre outros fatores, em fatos como: rupturas institucionais frequentes; a reiterada ausência de respeito à formalidade dos procedimentos deliberativos no âmbito parlamentar; pouca penetração dos afetados mais vulneráveis nos espaços de representação e deliberação; insuficiente blindagem institucional para evitar a captura dos poderes constituídos pelas elites econômicas e políticas.

Em relação à cultura jurídica consolidada no STF, há doutrina que registra ora omissões importantes na fiscalização da observância do processo legislativo, ora excessivo ativismo em relação aos juízos políticos realizados pelo tribunal

10 Segundo Arguelhes (2014, p. 26), tal fenômeno corresponde ao “comportamento estratégico por parte de atores políticos que veem na intervenção judicial a chance de reverter decisões desfavoráveis em arenas decisórias majoritárias, como o Congresso Nacional”.

(Bustamante e Godoi Bustamante, 2016), o que fica cada vez mais explícito com o aumento da judicialização da política, evidenciando as margens interpretativas do direito utilizadas pelos integrantes da Corte como “mecanismo de expansão e restrição do poder judicial” (Arguelhes, 2014).

Paralelamente, verifica-se, nos últimos anos, uma notável expansão dos poderes individuais de cada Ministro na Corte, os quais se comportam como “onze ilhas” (Mendes, 2010), bem como, em relação ao plenário, um déficit de deliberação em temas sensíveis e o desrespeito aos autprecedentes para preservação da autoridade da Corte¹¹.

No caso específico em discussão, fatos novos no pano de fundo político evidenciam o retorno de comportamentos de setores do Executivo e Legislativo típicos de períodos de quebra democrática, agravados pelos efeitos políticos das pautas midiáticas sobre a opinião pública em um país com alta concentração da propriedade dos meios de comunicação. Tais fatores aumentam a fragilidade institucional dos tribunais quando a legitimidade destes depende, excessivamente, da imagem individual e da reputação dos seus magistrados, caso do Supremo Tribunal Federal.

1.2. Partes, problema jurídico e decisões proferidas na ADPF 402-DF e processos conexos

■ A parte autora da ação é a Rede Sustentabilidade, partido político que fundamenta o pedido de afastamento do Deputado Federal Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados na existência de lesão a preceitos fundamentais, apontando a violação ao princípio da separação dos poderes (CF/88, art. 2º) e ao princípio republicano (art. 1º, *caput*), que estão entre “os princípios e decisões políticas fundamentais do Estado brasileiro” ou que conferem “densidade normativa” ou, ainda, “significado específico”¹² a tais princípios, como, segundo o autor da ação, é o caso dos “preceitos que tratam da substituição do

11 Falcão e Arguelhes (2017) relatam como o funcionamento do STF deve ser observado em duas perspectivas: “sua agenda postergada, invisível, [...] tão importante quanto sua agenda formalizada e visível” e a “tensão entre sua ação institucional e o comportamento individual – quase sempre discricionário – de seus ministros”. Segundo os autores, os ministros podem atuar de forma positiva ou negativa em relação à deliberação do plenário e, ao agir “contra o colegiado”, seja “por ação ou omissão, assumem um poder de fazer política e políticas públicas que não lhes pertence”. Tal tensão foi evidenciada em vários momentos do caso em análise colocando em questão a autoridade da Corte e de seus membros.

12 O autor cita precedente referente à ADPF-33-MC, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Presidente da República e dos requisitos para o exercício da Presidência”. Na argumentação do autor, estes “conformam o arranjo institucional brasileiro, compondo o [...] sistema próprio de separação de poderes, em sua estrutura básica” (Rede Sustentabilidade, 2016, p. 4).

Afirma o autor que a permanência do Presidente da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal em “situação incompatível com a ordem constitucional caracteriza inequívoca violação aos referidos preceitos fundamentais” (Rede Sustentabilidade, 2016, p. 4). Na argumentação do autor, a omissão da Câmara dos Deputados em afastar o Presidente da Casa e cessar “o estado de inconstitucionalidade” (Rede Sustentabilidade, 2016a, p. 5), teria aberto a via da ADPF para o resguardo da Constituição.

Como argumento adicional para a admissibilidade da ADPF (Rede Sustentabilidade, 2016a, p. 7) também se afirma a necessidade de “fixar, de modo vinculante, a correta interpretação da Constituição quanto ao tema de fundo, de forma a pautar a ação futura da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”, pretendendo-se, em outras palavras, que o STF “firme a tese de que pessoas com denúncias admitidas pela Corte Suprema não podem exercer funções na linha constitucional de substituição do Presidente da República”, não havendo outro instrumento processual apto a atingir esse resultado.

Por fim, sustenta-se que a ADPF “é um canal especialmente vocacionado para a discussão de questões essenciais ao regime dos preceitos fundamentais, incluindo questões institucionais sensíveis”, como foi o caso da admissão das ações em que se discutiu o rito do processo de *impeachment* e a nomeação de Ministro da Justiça em situação de impedimento constitucional, questões com “transcendência de interesse público” e que revelam o “papel institucional do STF como guardião da Constituição”, a fim de esclarecer “os comandos básicos do desenho institucional brasileiro, garantindo que os poderes representativos da República operem em regime de plena normalidade” (Rede Sustentabilidade, 2016a, p. 7-8).

O tema, portanto, das relações e equilíbrio de poderes era pano de fundo da ação.

A ADPF 402-DF, ajuizada em 03.05.16, foi admitida em 05.05.16, sendo relator o Ministro Marco Aurélio de Mello. Na mesma data, pelo mesmo relator, foi admitida a presença, como terceiros interessados, de seis outros partidos políticos.

Não obstante, antes de ser proferida decisão liminar que poderia resultar no afastamento do Deputado Federal Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados, foi decidida, exatamente em 04.05.16, um dia após o ajuizamento da ADPF 402-DF, a liminar referente à Ação Cautelar 4070, proposta desde dezembro de 2015 pelo Procurador Geral da República, que postulava o afasta-

mento do mesmo Deputado do cargo e da Presidência da Câmara por um leque mais amplo de razões.

1.2.1 A decisão da ação cautelar N. 4070 e seus reflexos sobre a ADPF 402-DF

A decisão do Ministro Teori Zavascki acolheu o pedido a partir da acusação de onze fatos delitivos que teriam sido praticados pelo Deputado Federal Eduardo Cunha no exercício do mandato, admitindo o poder excepcional de cautela, com base no art. 319, VI, do Código de Processo Penal, que, segundo o Ministro (Brasil, 2016a, p. 13) “tutela igualmente – e a um só tempo – o risco de (prática da) delinquência no poder e o risco (de uso) do poder para delinquir”, realidades que não podem ser separadas, conforme consta da decisão.

Reconhece o relator que, embora ordinariamente a competência para afastar o Deputado do exercício de suas funções seja do Poder Legislativo,

[...] a partir de quando um parlamentar passa a ser alvo de investigação por crime comum, perante o foro apropriado, também esses agentes políticos haverão de se sujeitar a afastamentos temporários da função, desde que existam elementos concretos, de particular gravidade, que revelem a indispensabilidade da medida para a hígida sequência dos trabalhos judiciários (Brasil, 2016a, p. 16).

Citou-se o precedente relativo ao MS 24.458, que reconhece a legitimidade do STF para analisar os atos de abuso de poder no curso do mandato parlamentar, bem como a necessidade de dar tratamento isonômico aos altos agentes políticos vinculados aos diversos poderes, como ocorre com os magistrados¹³, com o Chefe do Executivo¹⁴ e com outras autoridades¹⁵.

Outro argumento utilizado pelo Relator (Brasil, 2016, p. 26) foi o de que o mandato obtido para a direção superior da Casa Parlamentar não poderia servir de anteparo para a frustração da jurisdição penal, diante das competências específicas do cargo. O relator indica que o deputado responde a cinco inquéritos penais em que é acusado dos crimes de corrupção passiva e/ou lavagem de dinheiro em face de contratos públicos ou sua atividade como parlamentar, tendo destacado trecho da petição inicial em que o Procurador Geral da República menciona que

13 Art. 29 da LOMAN e art. 15 da Resolução 135/2011 do CNJ.

14 Art. 86, § 1º, I, da CF.

15 Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 – Lei de Abuso de Autoridade.

[...] os fatos indicam que existe um grupo de parlamentares, liderados por Eduardo Cunha, que vem se valendo dos respectivos mandatos e prerrogativas, tais como poder de requisição e convocação, a fim de pressionar e intimidar terceiros, empresários ou qualquer pessoa que possa contrariar os interesses do grupo criminoso do qual Eduardo Cunha faz parte. (Brasil, 2016a, p. 30)

Também menciona a existência de desvio de finalidade da atividade parlamentar em diversas outras condutas descritas no processo, repetindo-se, segundo a decisão, o “*modus operandi*” na aprovação de diversas leis e medidas provisórias, bem como na liberação e aplicação de recursos do Fundo de Investimento do FGTS (FI-FGTS) para diversas obras.

Foi citada a atuação com desvio de finalidade em Comissões Parlamentares de Inquérito e na demissão de funcionário da Câmara, bem como a “interferência constante, direta e explícita no andamento dos trabalhos do Conselho de Ética, que visam a julgar o requerido por suposta quebra de decoro parlamentar acerca de fatos relacionados com os investigados nesta Corte e já aqui descritos” (Brasil, 2016a, p. 56).

Cita o art. 282 do Código de Processo Penal, que, ao oferecer regras gerais às cautelares no processo penal, se destina a (Brasil, 2016a, p. 66): (a) assegurar a aplicação da lei penal; (b) resguardar a conveniência das investigações e a instrução criminal; e (c) evitar a prática de infrações penais, nos casos expressamente previstos, sempre tomando em consideração a “gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado” (art. 282, I e II, do Código de Processo Penal).

O relator indica, com descrição fática e menção às provas existentes nos autos, a conduta excepcionalmente grave do Deputado, que, apesar disso, recebeu e conduziu, no mesmo período, o processo de *impeachment* da Presidenta da República¹⁶.

Argumenta-se, nesse ponto, que o Presidente da Câmara é a “primeira autoridade alheia ao Poder Executivo” a ser “convocada para Chefiar o Estado” na ausência do Presidente, “o que torna uma eventual convocação a exercer

16 O processo de *impeachment*, também foi objeto de Mandado de Segurança perante o Supremo Tribunal Federal argumentando o “desvio de poder ou finalidade” do mesmo Deputado em relação ao processamento da medida (Supremo Tribunal Federal, 2015). Na decisão da Ação Cautelar 4070, tal tipo de desvio é mencionado apenas como fator que justificaria o afastamento do Deputado da sua condição de sucessor presidencial, já que a decisão foi proferida quando já consumado o afastamento da Presidenta pelo Congresso.

esse papel, ao menos em afastamentos temporários do novo titular, quase certa” (Brasil, 2016a, p. 66-68). Desse modo, é necessário remédio judicial para evitar o exercício da Presidência por pessoa que figure na condição de réu em processo criminal.

A liminar foi referendada por unanimidade pela Corte em 05.05.2016 (Brasil, 2016b), em um raro acórdão consensual. Pelo peso político do processo de *impeachment*, é provável que tal unanimidade somente tenha sido alcançada por ter sido o caso julgado após a conclusão do julgamento do impedimento da Presidenta da República.

Isso ilustra o desequilíbrio de poderes entre a Presidência da República e o Poder Legislativo, o que se observou mesmo quando a Chefia do Poder Legislativo foi ocupada por Deputado acusado de crimes graves, como os relatados na decisão referendada pelo STF. Ou seja, o peso dos crimes atribuídos ao Deputado foi suficiente para afastá-lo da condição de substituto da Presidenta, mas não para impedi-lo de presidir o processo que levou à sua destituição.

Como pano de fundo do manejo dos tempos de tal decisão – permitido pela discricionariedade para estabelecer a pauta e agenda do tribunal – havia a manifestação dos meios de comunicação e de setores da sociedade favoráveis ao processo de *impeachment*. Tais fatores (pressões externas sobre as decisões políticas do STF) também necessitam ser analisados, a fim de se verificar a necessidade de aprimorar os mecanismos de relação institucional com atores da sociedade, especialmente, para lidar com a atuação dos “poderes selvagens”, hoje contrários à Democracia e à Constituição, nos termos do que vem alertando Ferrajoli, em relação ao contexto europeu (Ferrajoli, 2011).

1.2.2. A medida cautelar incidental de afastamento do Presidente do Senado na ADPF 402-DF

O impacto da ADPF 402-DF sobre a crise política e, de modo geral, a história constitucional do Brasil ainda não estava, no entanto, inteiramente determinado.

Meses depois do afastamento do Deputado Eduardo Cunha, o julgamento de mérito da ADPF 402-DF foi retomado, em 03.01.2016, tendo sido formada uma maioria favorável à sua procedência.¹⁷ Não obstante, na mesma

17 Ministros Marco Aurélio de Mello, Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello.

data, o julgamento da ação foi suspenso por pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.¹⁸

Em 05.12.16, o Partido Político autor da ação (ADPF 402-DF) ajuizou nova medida cautelar pleiteando o afastamento do Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado (Rede Sustentabilidade, 2016b), tendo em vista que o plenário do STF, no dia 01.12.2016, havia recebido parcialmente denúncia criminal contra o mesmo Senador, formulada no âmbito do Inquérito Policial 2593. Não havia, no caso, pedido de perda do mandato do Senador, mas, apenas, pedido de afastamento do cargo que o colocava na linha sucessória da Presidência da República.

Em decisão monocrática, proferida na mesma data em sede de Medida Cautelar incidental, o Ministro Marco Aurélio de Mello deferiu o pedido formulado declarando a incompatibilidade entre o exercício do cargo de Presidente do Senado e a condição de réu perante o Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2016c). Tal decisão fez referência aos precedentes das decisões proferidas em relação ao Deputado Eduardo Cunha, tanto na Ação Cautelar 4070, que tinha argumentos adicionais para afastá-lo do cargo, quanto na decisão de mérito da ADPF 402, cujo julgamento encontrava-se suspenso, com maioria de votos favorável.

O Relator argumenta, para fundamentar sua decisão, que embora o julgamento da ADPF 402 estivesse suspenso, já estava formada uma maioria suficiente para consolidar o entendimento de que o exercício de cargos que se situem na linha de sucessão da Presidência da República é incompatível com a condição de réu em qualquer processo criminal, de modo que o recebimento da denúncia no Inquérito n. 2.593 deveria levar à imediata suspensão do exercício do cargo de Presidente da Casa pelo Senador Renan Calheiros (Brasil, 2016c, p. 5-6).

Deferiu-se, nesse sentido, medida cautelar monocrática para afastar o Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado, mantendo apenas o seu mandato par-

18 O Ministro Dias Toffoli permaneceu com os autos até 01.02.2017, ou seja, após os fatos que serão narrados nesta seção. Devolveu os autos com voto contrário ao afastamento do Presidente do Senado do cargo, referendando o voto do relator “em menor extensão” para afastar o ocupante da Presidência da Câmara ou do Senado temporariamente da linha sucessória da Presidência da República (Brasil, 2017). Na mesma data, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do caso, suspendendo, por tempo ainda indeterminado, o julgamento. A situação do julgamento se encontra nesse mesmo estado até a data de conclusão deste artigo, em 14.02.17.

lamentar. Apesar de ser uma decisão menos severa do que aquela proferida na Ação Cautelar 4070, houve forte reação do Senado à decisão, além de críticas de Ministros da própria Corte, explicitando a crise relativa às regras de equilíbrio e separação dos três poderes da República.

A decisão gerou um acirramento da crise política, com tensões diretas entre o Legislativo e o Judiciário, na medida em que a Mesa do Senado Federal recusou-se a dar cumprimento à ordem de destituição do Presidente da Casa.

Em episódio emblemático de esvaziamento da autoridade do Supremo Tribunal Federal, a mesa diretiva do Senado Federal sustentou a sua competência exclusiva para suspender processo criminal contra Senador e para declarar a perda de Mandato dos seus membros (arts. 53, § 3º, e 55, § 3º, incisos I, II, VI, da Constituição) e, ignorando o comando estatuído na decisão monocrática, decidiu “aguardar a deliberação final do Supremo Tribunal Federal”, concedendo ao Senador Renan Calheiros prazo regimental para apresentação de defesa, “a fim de viabilizar a deliberação da Mesa sobre as providências necessárias ao cumprimento da decisão monocrática em referência” (Brasil, 2016d).

Vislumbra-se, nesse ponto, um pronunciamento inequívoco do Senado Federal contra o uso que se tem feito no STF dos poderes cautelares monocráticos do Relator, sinalizando que, no entendimento da Casa, apenas o Tribunal Pleno teria legitimidade para tal decisão.

A repercussão da notícia na imprensa revela a tensão política ocasionada pela decisão liminar que se antecipou à conclusão do julgamento colegiado, como ocorreu em matéria do Jornal “O Globo”, que afirma: “[p]ara juristas, decisão de Marco Aurélio coloca STF no centro da crise entre Poderes” (Cariello, 2016).

Como já mencionado por Arguelhes e Ribeiro (2015), também nesse caso houve manifestação individual de Ministro da Corte (Ministro Gilmar Mendes) expressando publicamente a sua opinião sobre o tema e, nesse caso, sugerindo o “*impeachment*” do Ministro Marco Aurélio (Moreno, 2016).

Diante do agravamento da tensão institucional e da ameaça de uma espécie de “choque de trens”¹⁹ entre os poderes, o Tribunal, em 07.12.16, contrariando os precedentes já citados, reviu sua posição e reformou parcialmente a decisão liminar para não referendá-la na parte que ordenava o afastamento imediato do

19 Expressão do espanhol que, em linguagem figurada, quer dizer “enfrentamento”. Usou-se na Colômbia para designar a tensão relativa ao choque de jurisprudência entre os Tribunais Superiores e a Corte Constitucional colombiana, especialmente, nos primeiros anos após a sua criação.

Senador Renan Calheiros do Cargo de Presidente do Senado Federal, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Rosa Weber. Com isso, ajustou-se o conteúdo da liminar anteriormente concedida para impedir apenas a possibilidade de o Senador realizar substituições eventuais do Presidente da República (Brasil, 2016e).

Em relação à decisão, cabe destacar que ela contrariou a pretensão do autor da ação, que formulou pedido distinto daquele deferido por considerar indivisível o exercício do cargo de chefia do poder da sua condição de substituto do Presidente da República. A decisão do Supremo Tribunal Federal, portanto, criou outra dificuldade: a alteração da regra constitucional de sucessão da Presidência da República.

É relevante destacar, como ressaltou o Ministro Teori Zavascki, que há diversos Deputados e Senadores passíveis de serem processados por crimes comuns, o que pode fazer com que estejam ocupando cargos de Presidência da Câmara dos Deputados e do Senado, concomitantemente, réus perante o STF que não sejam afastados do cargo pelas mesas das casas legislativas respectivas, nem sequer seja concedida licença ao STF para prosseguir com o processo.

Assim, em tese, a partir do novo precedente fixado na ADPF 402-DF, é possível que a Presidência da República possa ser ocupada diretamente pelo Ministro Presidente do STF em caso de afastamento do atual Vice-Presidente ou de futuros Vice e Presidente da República, matéria que pode suscitar conflito de interesses e nova crise relativa à separação e equilíbrio entre os poderes.

De qualquer modo, a reação da Mesa do Senado Federal questionou diretamente a força das decisões monocráticas do STF, o que pode induzir a Corte a ter mais cautela no uso dessa praxe e a mudar o comportamento institucional no particular.

Também é relevante registrar que no pano de fundo político da decisão estava a interrupção da aprovação, no Senado Federal, de medidas de austeridade de interesse do governo, que poderão causar intensa reação popular e o questionamento da sua constitucionalidade perante o STF, a exemplo da PEC 55, aprovada como emenda constitucional 95, além da reforma laboral e da reforma da previdência.

O excesso de competência em matéria política do STF, transferindo para aquela arena as tensões próprias do jogo político-partidário, pode prejudicar o seu papel em relação a outras atribuições fundamentais, como a de guardião dos direitos fundamentais previstos na Constituição, papel tradicional das cortes constitucionais, do qual o Brasil parece correr o risco de ficar órfão.

2. ALGUMAS QUESTÕES PARA REFLEXÃO A PARTIR DO CASO ESTUDADO – À GUIA DE CONCLUSÃO

■ De início, merece comentário a relativa fragilidade do argumento que embasou a pretensão contida na ADPF 402-DF. A própria afirmação da existência de lacuna jurídica sobre a possibilidade de um ocupante de cargo com poder de atuar como substituto eventual do Presidente da República figurar como réu em uma ação penal é controversa²⁰. Com efeito, pretende-se com a ação uma equiparação de situações diversas, pois as condições estabelecidas pela Constituição para recebimento de denúncia contra parlamentares – sejam ou não ocupantes de cargos na Mesa da respectiva Casa – são substancialmente diferentes daquelas estabelecidas para o Presidente, como se pode apreciar em três aspectos fundamentais.

Primeiramente, inexistente na normativa constitucional em vigor necessidade de prévia autorização da Casa Legislativa para recebimento de denúncia contra um de seus membros por crime comum, de modo que a ação penal contra parlamentar pode ser instaurada pelo Supremo Tribunal Federal sem qualquer controle político prévio do Poder Legislativo (art. 53, § 3º, da CF). Essa situação em si já expressa uma importante diferença entre o processamento de denúncias contra o Presidente da República (art. 86, *caput*, CF) e os parlamentares.

Mas não é só. Em segundo lugar, enquanto o Presidente da República só pode ser processado por crimes relacionados ao seu mandato, o membro do Poder Legislativo pode ser processado²¹, a qualquer tempo, por qualquer crime, seja ele ou não praticado no exercício do mandato e tenha ele ou não vinculação a atos praticados em função do cargo. No caso específico do Senador Renan Calheiros, aliás, a acusação que motivou o recebimento da Denúncia apresentada no Inquérito n.º 2593 refere-se a fato supostamente ocorrido há mais de 10 anos antes do recebimento da Denúncia, o qual por essa razão óbvia não guarda qualquer relação com o mandato atualmente ocupado, diversamente do que ocorria com o Deputado Eduardo Cunha.

Por derradeiro, o recebimento da denúncia contra o Presidente da República implica o afastamento do cargo para todos os seus efeitos, por expressa disposição constitucional, que deve ser interpretada restritivamente porque estamos diante

20 Ainda que se entendesse que houvesse silêncio constitucional no ponto examinado, o que se entende que não é o caso, nem todo silêncio deve ser interpretado como falta de normatividade.

21 Ainda que o processo possa vir a ser suspenso pelas casas legislativas, o recebimento de denúncia não depende de autorização prévia.

de uma medida excepcional e que contraria uma decisão democrática do povo. No caso dos parlamentares, por sua vez, é incontroverso que a condição de réu em processo penal é constitucionalmente compatível com o exercício do mandato, com todas as prerrogativas e poderes do cargo. Aliás, o que é excepcional é a substituição do Presidente da República, a qual por expressa disposição constitucional só pode ser temporária, já que em caso de vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente a constituição determina a realização de novas eleições.

Diante desses fatores, parece insuficientemente justificada a decisão do Supremo Tribunal de que a Presidência do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas possa estar submetida a condições “implícitas” e não expressamente previstas na Constituição, sob o simples argumento de que eventualmente essas autoridades podem substituir de maneira temporária o Presidente da República.

Não obstante, o que mais preocupa na decisão da ADPF 402-DF não é o erro ou o acerto de sua decisão de mérito, mas as circunstâncias em que a decisão foi tomada e o risco de instabilidade que uma atuação ativista da Suprema Corte em casos dessa natureza pode provocar.

A ADPF 402-DF condensa, na sua tramitação, exemplos de vários problemas do modelo de controle de constitucionalidade vigente no Brasil.

Podemos dividir esses problemas em 03 grandes grupos de questões: (i) problemas vinculados ao desenho institucional da corte; (ii) problemas vinculados à forma de atuação individual dos membros da corte; (iii) problemas vinculados à cultura jurídica e democrática da corte.

Para corrigir o primeiro grupo de problemas, que foram amplificados pelo aumento de competências da Corte sem alteração do desenho institucional relativo à forma de nomeação dos ministros e duração vitalícia dos seus mandatos, são necessárias mudanças constitucionais, cuja tramitação exige momento político adequado, formação de consensos e maiorias nem sempre fáceis de se obter.

Sem embargo, o tema é objeto de discussão nos meios acadêmicos e políticos, principalmente no que tange a três pontos: redução de competências, especialmente aquelas vinculadas à existência de foro político privilegiado; mudança dos critérios de indicação e nomeação dos Ministros; fixação de mandato para os integrantes da Corte. O tema ganha força nos dias atuais em face do falecimento de um dos Ministros da Corte, responsável por caso com grave repercussão política²².

22 Faleceu por acidente aéreo, em 19.01.17, o Ministro Teori Zavascki que, no caso analisado, foi responsável pela formação da maioria em todas as decisões e pela relatoria da decisão liminar que afastou do cargo o Deputado Federal Eduardo Cunha. O atual Presidente da República é um dos investigados em caso relevante (Operação Lava-Jato) relatado pelo Ministro falecido

Tais questões merecem ser discutidas por ocasião de eventual reforma política da Constituição, tendo em vista que o desenho institucional dos três poderes necessita ser pensado conjuntamente, a fim de que reformas isoladas não causem mais desequilíbrios, ora de excesso, ora de escassez de controles recíprocos, do que aqueles atualmente existentes.

A crise atual revela que o tema pendente da reforma político-institucional brasileira ainda é o aperfeiçoamento da sua democracia.

Assim como ocorreu na América Latina, conforme destaca Carlos Bernal Pulido (2015), as constituições proclamadas após o fim das ditaduras militares trouxeram restrição ao hiperpresidencialismo, especialmente pela ampliação das formas de controle parlamentar e judicial da atividade do Presidente da República, mas não serviram para aprimorar a democracia, seja a representativa, como destaca o autor, seja a participativa, como ressalta Roberto Gargarella.

Gargarella (2014) afirma que não houve mudanças significativas nas recentes constituições latino-americanas no que tange às estruturas de acesso ao poder.

Ainda que se considere a existência de avanços importantes em outros países da região, a conclusão do autor é válida para o caso brasileiro, especialmente no que tange à composição do parlamento, cujas regras eleitorais e de coalizão partidária favorecem a influência do poder econômico na sua composição final.

O momento político em que foi discutida a ADPF 402-DF coincide com a existência do parlamento menos democrático desde a Constituição de 1988 (Martins, 2014), seja pelo déficit de representação da pluralidade da sociedade brasileira (negros, mulheres e indígenas), seja pela sua composição econômica, seja, ainda, pelo número de parlamentares implicados em escândalos de corrupção.

Se os mecanismos políticos estão falhando na eleição de um parlamento mais representativo, os mecanismos de controle judicial podem contribuir para aprimorar o seu funcionamento, se também contribuem para que as casas legislativas observem o devido processo legislativo (Bustamante e Godoi Bustamante, 2016).

É importante ressaltar que autores do constitucionalismo estadunidense que criticam o controle judicial de constitucionalidade das leis e defendem a primazia do parlamento como *locus* de representação democrática, a exemplo de Ely (1997) e Waldron (1999), não deixam de considerar que não se trata de qualquer modelo de parlamento, mas aquele que permita a adequada representação de minorias e adote regras democráticas de controle sobre os procedimentos deliberativos.

e pode vir a indicar o seu sucessor. Diante disso, o debate acerca do tema relativo à forma de nomeação dos Ministros ganhou força nos meios acadêmicos, políticos e nos meios de comunicação no mês de janeiro de 2017.

Também autores do constitucionalismo latino-americano que se preocupam com o protagonismo dos espaços de representação democrática não deixam de ressaltar a importância do papel do Poder Judiciário no controle do processo inclusivo e deliberativo da criação legislativa (Gargarella, 2013), especialmente em matérias vinculadas a direitos sociais, o que indica que o fortalecimento da democracia é atribuição dos três poderes.

Por outro lado, a estrutura desigual da sociedade brasileira dificulta o acesso da voz dos mais vulneráveis às instâncias de deliberação e de representação política, inclusive o acesso ao ajuizamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o STF, cujos principais atores seguem sendo agentes estatais ou partidos políticos.

Assim, seja para garantir o acesso dos afetados às instâncias deliberativas do congresso nacional, seja para garantir a sua participação em processos judiciais relativos a seus interesses, a corte constitucional pode contribuir para o aprimoramento da democracia.

Sem embargo das dificuldades de desenho institucional mencionadas, nota-se que há uma ampla margem de possibilidades de atuação da Corte que pode contribuir para aprimorar a democracia no país e a blindagem institucional da própria instituição em relação à possibilidade de pressão excessiva ou captura dos seus membros pelas elites políticas e econômicas (Landau, 2015)²³ que são os cuidados relativos à manifestação individual em temas de interesse político, a abertura ao diálogo institucional e social e o aprimoramento dos seus processos de deliberação.

No que tange aos processos deliberativos, importa salientar um aspecto que com frequência é negligenciado no debate constitucional brasileiro e concerne às condições de legitimidade e de consolidação da autoridade da Constituição e das cortes constitucionais. Como explica Joseph Raz, as constituições podem ser legítimas não porque elas receberam sua autoridade de um poder constituinte ilimitado, mas porque elas estão “entranhadas nas práticas de seus países”. É dizer, “constituições não derivam sua autoridade da autoridade dos seus autores”. Para Raz, enquanto elas permaneçam dentro das fronteiras estabelecidas pelos princípios morais de suas comunidades políticas, as constituições são “auto-validantes” e (podemos adicionar) a legitimidade das cortes constitucionais deriva do fato de

23 Landau (2015, p. 272-280) menciona como a Corte Constitucional colombiana pauta sua relação com os atores sociais e políticos para alcançar o cumprimento dos objetivos da Constituição de 1991. O diálogo com atores sociais e institucionais plurais é um fator que lhe permite melhor proteção em relação a grupos e interesses políticos contingenciais.

que elas constituem uma prática aceita pelos membros da comunidade política (Raz, 2009, p. 173-174). A autoridade das constituições, nessa perspectiva, depende de quão bem elas sejam interpretadas pela corte constitucional.

Esse importante aspecto da legitimidade das constituições tem reflexos na atuação dos Tribunais. Ele é ecoado quando Conrado Hübner Mendes sustenta que “uma corte será mais ou menos legítima pelo que ela faz, e não pelo poder que ela tenha formalmente recebido” (Mendes, 2013, p. 225). Para sermos mais específicos, ela será mais ou menos legítima dependendo de quão bem ela seja capaz de desempenhar as suas tarefas deliberativas.

Nesse particular, a falta de clareza do mecanismo de controle dos prazos pessoais e institucionais e dos critérios de ordem do julgamento das causas diminuem a confiança social quanto à transparência do órgão, matéria já discutida por diversos autores que analisam o funcionamento do Supremo Tribunal Federal e que também estiveram presentes no caso mencionado, sendo um dos ingredientes do acirramento da crise institucional entre os três poderes, seja pelo prazo elástico de julgamento do afastamento do Deputado Eduardo Cunha, seja pelo pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, sem devolução do processo no prazo recomendado institucionalmente.

Por outro lado, o uso de decisões monocráticas em temas sensíveis, aliado ao processo decisório pouco deliberativo, pode enfraquecer a autoridade da corte, como no caso da decisão na ADPF 402-DF em que a revisão de voto do Ministro Celso de Mello é um exemplo claro da consequência da insuficiência de debates sobre os efeitos e a extensão das decisões individuais no resultado final da decisão da corte.

O uso excessivo de decisões monocráticas – com prejuízo para a harmonia dos poderes e risco de intromissão em questões políticas sensíveis – pode ser, como foi no caso concreto, um fator de enfraquecimento da autoridade da própria corte, que desgasta o seu capital político e incentiva atos como o da Mesa Diretora do Senado Federal de descumprir uma decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal.

Em sentido distinto, a manutenção da identificação de votos individuais em casos difíceis ou em que não haja possibilidade de consenso pode, diante das características da Corte, ser fator positivo para a democracia, pois denota o nível de desacordo em relação a pontos controvertidos, fato comum em uma sociedade complexa, cuja explicitação pode ser benéfica para os avanços do debate público.

Nesse mesmo sentido, um dos autores deste ensaio destaca a importância de dar publicidade às opiniões dissidentes e concordantes nos votos individuais

como demonstração de respeito da Corte pelas opiniões dos juízes vencidos, mas também pelo respeito à população e às partes, que podem se sentir ignoradas por defender opiniões minoritárias (Bustamante, 2015, p. 392).

O estilo de maior coesão ou não de um tribunal não é só questão de intercâmbio político, pois é necessário não subestimar a necessidade de justificação dos argumentos morais, como destaca Bustamante (2015, p. 392), mas, também, as pressões políticas existentes em sociedades com tradição democrática frágil sobre as instituições e seus membros. Assim, os votos individuais podem ser um importante mecanismo de proteção institucional.

Sem embargo, a força desse argumento em nada pode servir para fundamentar os atuais poderes cautelares do Relator no Supremo Tribunal Federal.

No que tange à votação das questões políticas, para aprimorar o processo democrático brasileiro, diante de tantos abusos de poder e desvios de finalidade objeto de ações penais no Supremo, além do aperfeiçoamento do processo deliberativo, a observância dos precedentes da própria Corte fortalece o seu papel institucional.

Cabe assinalar ainda, nesse aspecto, a importância do processo de *formação do precedente judicial*, que implica não apenas um dever de fidelidade ao passado, mas também, e em medida ainda maior, uma reflexão consequencialista, não no sentido pragmatista, mas sistêmico, sobre os efeitos do precedente em relação ao futuro, é dizer, às promessas que a Corte realiza ao tomar qualquer decisão passível de ser citada como precedente judicial (MacCormick, 1987). No caso da ADPF 402-DF, sente-se claramente os efeitos da carência desse tipo de reflexão.

Se a decisão de afastamento do Deputado Eduardo Cunha do seu cargo não tivesse a pretensão de firmar precedente quanto ao aspecto relativo à sua condição de sucessor da Presidência da República, tal argumento não deveria ter sido objeto de decisão unânime, mantendo-se, então, uma decisão baseada apenas no desvio de poder e finalidade no exercício do mandato, observados no caso concreto.

Nesse sentido, os argumentos utilizados em relação ao próprio deputado Eduardo Cunha na votação interrompida criaram a expectativa de que o precedente valeria para qualquer deputado ou senador que exercesse a Presidência das casas legislativas a partir do momento em que figurasse como réu no STF.

Tal expectativa não se confirmou, seja porque a própria Corte atentou-se para os riscos da jurisprudência que ela estava gestando, seja porque o excesso de interferência na intimidade do Poder Legislativo gerou uma perigosa reação de desobediência a ordem judicial que poderia colocar em risco o primado do Estado de Direito.

O caso ilustra, portanto, o quão delicada é a responsabilidade política que pesa sobre os ombros de uma Corte Constitucional, mormente em momentos de instabilidade política e conflitos sociais. A resposta encontrada para isso em diversas cortes do mundo é cuidar da democracia como valor essencial do constitucionalismo, seja na substância (garantia dos direitos fundamentais), seja na forma (cuidado com as formalidades institucionais de sua própria atuação e com o controle dos procedimentos de atuação dos demais poderes).

Assim, a análise detalhada do caso, vinculada à análise teórica que têm feito analistas do STF e constitucionalistas contemporâneos em publicações recentes, pode servir de inspiração para câmbios fundamentais da atuação da Corte que a preparem para os novos desafios de funcionar como árbitro de questões sensíveis em momentos de turbulência institucional após a constituição de 1988, como a que vive o Brasil desde o início do processo de *impeachment* da Presidenta da República.

GRAÇA MARIA BORGES DE FREITAS · Juíza do Trabalho em Minas Gerais – Brasil. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais – Brasil e em Argumentação Jurídica pela Universidad de Alicante – Espanha. Doutoranda em Direito pela Universidad Externado de Colombia, em cotutela com a Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação conjunta dos Professores Carlos Bernal Pulido e Thomas da Rosa de Bustamante.

THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE · Professor Adjunto IV da Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (PQ-2). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer? *El País*. São Paulo, 17 jul 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620_578341.html>. Acesso em 23 jan 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, jan/jun. 2015, p. 121 – 155. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigos_46.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas IUS*, v. 25, n.1, 2014, p. 25-45. Disponível em: <[doi:10.5102/unijus.v25i1.2885](https://doi.org/10.5102/unijus.v25i1.2885)>. Acesso em 28 jan. 2017.

BAYÓN, Juan Carlos. Constitucionalismo débil: su plasmación constitucional. *Conferência apresentada na Cátedra de Cultura Jurídica da Universidad de Girona*. Girona, 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Uay8sbH5-Jk&feature=youtu.be>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución. *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, v.1, 2000, p. 65-94. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-democracia-y-constitucion/>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Liminar Ministro Teori zavascki. Medida Cautelar 4.070 – DF. 04 mai. 2016a. p. 1-73. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ac-4070-teori-afasta-cunha.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar 4.070 – Distrito Federal. MC 4070-DF. 05 mai. 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899283>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Liminar Afastamento Renan Calheiros ADPF 402-DF. 05 dez. 2016c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisoADPF402.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Decisão da Mesa do Senado Federal sobre afastamento do Senador Renan Calheiros. 06 dez. 2016d. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/mesa-senado.pdf>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento Processual. Decisão de Julgamento. Referendo decisão liminar ADPF 402-DF. 07 dez. 2016e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto-vista. Ministro Dias Toffoli. ADPF 402-DF. 01 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF402DT.pdf>>. Acesso em: 14 fev. de 2017.

BUSTAMANTE, Thomas, e GODOI BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de. (2016). Jurisdição Constitucional na Era Cunha: Entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do Supremo Tribunal Federal. *Direito e Práxis*, vol. 7, n. 13, 2016, p. 346-388.

Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17530/15891>. Acesso em 28 jan. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas. *The Ongoing Search for Legitimacy: Can a 'Pragmatic yet Principled' Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts?*. *The Modern Law Review*, v. 78, n.2, 2015, p. 372-393.

CARIELLO, Gabriel. Para juristas, decisão de Marco Aurélio coloca STF no centro da crise entre Poderes. *O Globo*. Rio de Janeiro, 06 dez 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/para-juristas-decisao-de-marco-aurelio-coloca-stf-no-centro-da-crise-entre-poderes-20598513>>. Acesso em 29 jan. 2017.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 1997.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W. Onze Supremos: todos contra o plenário. *Jota*. DF. 01 fev. 2017. Disponível em: <<http://jota.info/especiais/onze-supremos-todos-contra-o-plenario-01022017>>. Acesso em 03 fev. 2017.

FEREJOHN, John, e PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards and institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*. The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 21-36.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011.

GARGARELLA, Roberto. Justicia Dialógica y derechos sociales. In: MONTEROS, Javier Espinoza de los. e ODOÑEZ, Jorge. (Eds.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2013, p. 109-141.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014.

LANDAU, David. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

MACCORMICK, Neil. *Why Cases Have Rationes and What These Are*. In: GOLDSTEIN, Laurence (Org.), *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 155-182.

MARTINS, Helena. Mais conservador, Congresso eleito pode limitar avanços em direitos humanos. Agência Brasil. 09 out. 2014. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-10/mais-conservador-congresso-eleito-pode-limitar-avancos-em-direitos-humanos>. Acesso em: 30 jan. de 2017.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 01 fev. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto. *Por una Justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 159-185.

MORENO, Jorge Bastos. Gilmar sugere inimizabilidade ou *impeachment* para Marco Aurélio. *O Globo*. Rio de Janeiro, 06 dez. de 2016. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/blog-do-moreno/post/gilmar-sugere-inimizabilidade-ou-impeachment-para-marco-aurelio.html>>. Acesso em 29 jan 2017.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiper-presidencialismo na América Latina. *Revista Jurídica da Presidência*, v.17, n. III, fev/mai 2015, p. 15-34. Tradução: Graça Maria Borges de Freitas. Disponível em : <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1105>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REDE SUSTENTABILIDADE. Petição Inicial ADPF 402-DF. 03 mai. 2016, p. 1-22. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-linha-sucessoria-rede.pdf>>, Acesso em: 19 jan 2017.

REDE SUSTENTABILIDADE. Petição Medida Cautelar afastamento Senador Renan Calheiros, ADPF-402-DF. 05 dez. de 2016b, p.1-8. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-402-pedido-afastamento-renan.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.250, 2009, p. 197-227. Disponível em: <[doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144](http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144)>. Acesso em 29 jan. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF* 03 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=305515>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

O direito à saúde e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: desafios à imaginação institucional

HUMBERTO MARTINS

RESUMO

■ O presente artigo descreve a evolução da doutrina e do direito constitucional positivo no sentido do reconhecimento da relevância do direito social à saúde como um desafio à imaginação institucional do Brasil na busca de soluções para sua concretização. Na primeira parte, é descrita a afirmação do direito constitucional e social à saúde, com atenção aos ensinamentos de José Afonso da Silva e José Joaquim Gomes Canotilho. Na segunda parte são descritos dois tipos de controvérsias atuais, havidas no Superior Tribunal de Justiça. A primeira trata do fornecimento de tratamentos e de medicamentos e a segunda versa sobre o bloqueio de recursos públicos para sua garantia. A última parte elabora considerações finais sobre a necessidade de haver imaginação institucional para solução desses problemas, bem como firma que o debate judiciário é apenas uma parte de um debate social mais amplo em prol do reconhecimento dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Direitos sociais. Direito Constitucional. Jurisprudência. Poder Judiciário.

ABSTRACT

■ This article describes the progress of doctrine and positive constitutional law in recognizing the relevance of the social right to health as a challenge to Brazil's institutional imagination in the search for solutions for its implementation. The

first part describes the affirmation of the constitutional and social right to health, with attention to the teachings of José Afonso da Silva and José Joaquim Gomes Canotilho. The second part describes two types of controversies that currently occur in the Superior Court of Justice. The first deals with the availability of treatments and medicines and the second deals with the limitation of public resources for its ensurance. The final part elaborates final remarks on the need for institutional imagination to solve these problems, as well as states that the judicial debate is only part of a broader social debate for the recognition of social rights and the dignity of people.

KEYWORDS: Right to health · Social rights · Constitutional right · Jurisprudence · Judicial power.

I. INTRODUÇÃO: A AFIRMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

■ A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, foi inovadora ao prever os direitos sociais, no *caput* do seu artigo 6º, em paralelo a diversos outros bens públicos que devem ser outorgados pelo Estado em atenção ao bem estar da sociedade brasileira. Esse quadro normativo é muito diferente daquele existente na Constituição Federal de 1967, no qual o tema jurídico da saúde estava adstrito às competências da União como ponto central do planejamento para esse setor e para a área educacional (artigo 8º, incisos XIV, XVII e sua alínea “c”). O quadro constitucional de 1988, inclusive, afirma a existência de um novo tipo de exercício da cidadania, entendido como um conceito amplo, o qual é formado pelos direitos individuais e pelos direito coletivos. Os direitos individuais – relacionados à cidadania – são conhecidos e afirmados no Brasil desde a Constituição de 1824, a qual os nomeou como direitos civis e políticos, listando-os nos incisos do artigo 179. Aliás, cabe anotar que esse era o último dispositivo daquela Constituição. A Carta Política de 1891, por meio da qual se construiu a estrutura normativa que deveria vigorar no sistema político republicano, manteve a mesma lógica da Constituição Imperial, listando os direitos civis e políticos nos parágrafos do seu artigo 72. O aparecimento constitucional dos direitos coletivos da cidadania somente ocorreu em nossa Constituição Federal de 1988. Ainda mais, o direito à saúde, como um direito fundamental é uma construção da nova ordem constitucional, como constata José Afonso da Silva:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só na atual Constituição de 1988 tenha sido elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno no acordo com o estado atual da Ciência Médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor dia consagração em normal constitucionais¹.

A literatura jurídica já identificava a existência de direitos coletivos, que deveriam possuir previsibilidade de concretização bem antes. Um exemplo sempre bem-vindo é aquele trazido por José Joaquim Gomes Canotilho que, em sua obra mais conhecida – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* – já afirmava a essencialidade do direito à saúde:

Ao contrário do que geralmente se afirma, um direito económico, social e cultural não se dissolve numa mera norma programática ou numa imposição constitucional. Exemplifique-se: o direito à saúde é um direito social, independentemente das imposições constitucionais destinadas a assegurar a sua eficácia (ex.: a criação de um serviço nacional de saúde, geral e tendencialmente gratuito (...) e das prestações fornecidas pelo Estado para assegurar o mesmo direito (por exemplo, cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação (...))².

O ponto de vista doutrinário do catedrático português é condizente com a Carta Republicana daquele país, de 1976, a qual – no seu artigo 64º – afirmou o direito à saúde como um direito social, por colocá-lo no âmago do Capítulo II (“direitos e deveres sociais”) do Título III (“direito e deveres económicos, sociais e culturais”). A Constituição Portuguesa figura como uma carta republicana de nova geração e, no mesmo sentido, foi construída a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ainda seguindo o magistério de José Joaquim Gomes Canotilho, é possível listar uma evolução do próprio conceito de direitos sociais. A sua doutrina sobre esse conceito pode ser sintetizada em uma evolu-

1 SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 185. No mesmo sentido, cf. VERONESE, Alexandre. Artigo 6º. In: BONAVIDES, Paulo (org.); MIRANDA, Jorge (org.); MOURA AGRA, Walber (org.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense / GEN, 2009, p. 353-369.

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 467.

ção de quatro tipos de “direitos sociais”, que evolui de normas constitucionais dependentes de ações ulteriores dos legisladores e dos gestores para um modelo contemporâneo no qual se identifica um direito subjetivo público dos cidadãos que é oponível ao Estado. Transcrevo o quadro:

Modelo de positivação	Descrição	Destinação
“Normas sociais” como normas programáticas	Normas jurídicas que fixam princípios de ação para as políticas públicas e que “servem apenas para pressão política sobre os órgãos competentes” (p. 464).	Dirigida primariamente aos poderes políticos na forma de “programas constitucionais” e como fundamento na concretização do direito social.
“Normas sociais” como normas de organização	Normas jurídicas que determinam a organização de sistemas normativos de caráter legal, porém cuja inobservância não enseja “sanções jurídicas, mas apenas efeitos políticos” (p. 465).	Dirigida aos legisladores ordinários como determinação para construção de sistemas legais e para administradores com a imposição de construção de estruturas para proteção de direitos sociais.
“Normas sociais” como “garantias institucionais”	Normas jurídicas que descrevem e fixam imposições ao legislador ordinário para que ele construa determinados tipos de sistemas normativos em prol de direitos.	Igualmente dirigida aos legisladores ordinários, porém com alguma substância em seu cerne. Assim, tais normas obrigam “a respeitar a essência da instituição” e “protegê-la, tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos” (p. 465).
“Normas sociais” como direitos subjetivos públicos	Normas jurídicas que fixam direitos sociais cuja fruição, na forma de direitos subjetivos, pode ser reivindicada coletivamente ou mesmo por indivíduos.	Este é o modelo mais atual dos direitos constitucionais sociais, os quais são vistos como “imposições constitucionais, donde derivariam direitos reflexos para os cidadãos” (p. 466).

O quadro acima indicado demonstra como o conceito de direitos sociais evolui de normas constitucionais dependentes de ações ulteriores dos legisladores e dos gestores para um modelo contemporâneo no qual se identifica um direito subjetivo público dos cidadãos que é oponível ao Estado. A sistematização de Canotilho permite a clara compreensão dos dilemas experimentados contemporaneamente em relação do Poder Judiciário brasileiro. Após se firmar que existênciam um direito social à saúde, que é oponível ao Estado, mesmo individualmente, foi aberta a possibilidade de que os cidadãos ajuízem ações em prol de sua fruição. Toda a evidência de que dispomos é que os cidadãos não ficaram inertes. Após a consolidação de sistema constitucional que lhes abriu a possibilidade de lutar judicialmente em prol do direito à saúde, a população acorreu ao Poder Judiciário e isto se traduziu em um elevado aumento do movimento processual sobre o referido tema.

O Superior Tribunal de Justiça é uma corte recente e possui a sua origem na Constituição Federal de 1988. Ele foi criado como uma solução para resolver a “crise do recurso extraordinário”, que era o nome pelo qual a comunidade jurídica diagnosticava o aumento do movimento recursal do Supremo Tribunal Federal. Dentre as vozes que examinaram o problema, figura como central a participação

de José Afonso da Silva, como relata o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso³. O texto deriva de uma palestra na qual o autor indica que José Afonso da Silva havia publicado um artigo na Revista dos Tribunais, em 1963, no qual aventava a possibilidade de ser erigido um novo tribunal, cuja missão seria examinar as alegações de violação ao direito federal, nos moldes do que foi definido na Constituição Federal de 1988. A mesma ideia de José Afonso da Silva foi examinada, com distintas formulações por outros grandes juristas, até que os debates da constituinte pudessem definir uma forma específica ao recurso especial e ao Superior Tribunal de Justiça. É certo que o debate era marcado pela quantidade de recursos. Porém, também é certo que a discussão envolvia a necessidade de melhorar substantivamente a análise dos processos.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário foi cindido em um meio recursal para apreciar uma potencial violação de normas constitucionais e em outro meio recursal, que seria utilizado para examinar a potencial violação à legislação federal, denominado de recurso especial. Assim, as questões referentes ao direito à saúde, tão evidentemente fixadas na Constituição Federal de 1988 começaram a ser avaliadas pela nova jurisdição, atribuída pela carta republicana ao Superior Tribunal de Justiça.

2. OS CONFLITOS EM PROL DA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM ESPÉCIE

■ É importante trazer exemplos de postulações positivas em relação ao direito à saúde. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça demonstra que o direito à saúde evoluiu para ser reconhecido como passível de ser exigido em prestações positivas. No tópico anterior, foi indicado que o ordenamento constitucional brasileiro, após o advento da Constituição Federal de 1988, houve por firmar o direito social à saúde como uma base para a postulação de uma prestação subjetiva dos cidadãos contra os Estados. A análise de dois tipos de casos judiciais elucidará essa análise. De plano, é possível indicar que essa construção jurídica acabou por fazer acorrer ao Poder Judiciário um número muito grande demandas de caráter complexo e que isso tem sido objeto de grande preocupação entre os gestores públicos e os magistrados. Na última parte desse artigo, será indicada a necessidade

3 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição. *Informação Jurídica Biblioteca Min. Oscar Saraiva*, v. 1, n. 2, p. 91-117, jul./dez. 1989.

de que haja imaginação institucional para que sejam criadas novas formas jurídicas e institucionais para lidar com tais desafios.

2.1. Fornecimento de tratamento e de medicamentos.

■ O primeiro tipo de ações judiciais está relacionado à postulação de cidadãos em prol do fornecimento de medicamentos por órgãos públicos para o tratamento de graves doenças. Uma das maiores polêmicas administrativas em questão diz respeito à possibilidade de que a rede pública forneça remédios que não constem da lista homologada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), existente em uma portaria do Ministério da Saúde. Trago para debate um precedente da Primeira Turma do STJ, no qual o Ministro Sérgio Kukina deu provimento do recurso especial para retornar a vigência de uma liminar que determinava a obrigação do Estado de São Paulo em prover medicamentos não existentes na lista do SUS para uma idosa que havia sido diagnosticada por médicos da rede municipal. O Tribunal de Justiça do Estado havia dado provimento ao recurso da Fazenda Pública Estadual e frisado que não seria possível obrigar a unidade da federação ao fornecimentos que estejam fora do padrão⁴. Todavia, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acolheu o ponto de vista do relator, Ministro Sérgio Kukina, para determinar que “o fato de os medicamentos não constarem da lista do SUS, que não exime a parte recorrida do dever constitucionalmente previsto”. Desta forma, foi mantida uma longa jurisprudência do STJ, na qual se frisa que a simples inexistência do medicamento na lista do SUS não serve para vedar a obrigação do Estado ao seu fornecimento. Esse ponto de vista já havia prevalecido do Tribunal da Cidadania há muito tempo, como se infere do estudo de sua jurisprudência. Em 2000, já havia sido publicado acórdão que tratava da temática do fornecimento de medicamentos. O caso foi relatado pelo Ministro José Delgado e a leitura da ementa do seu acórdão é elucidativa do argumento em debate:

(...) 1 – A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior

4 BRASIL: STJ (Primeira Turma). Agravo interno no recurso especial n. 1.111.581, São Paulo, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Diário da Justiça Eletrônico, 4 out. 2016.

de todos os bens, que é a própria vida. 2 – É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. 3 – Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (...). 4 – Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196). 5 – Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. 6 – Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. 7 – Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente⁵.

O ponto nodal para o tema é a afirmação que o direito constitucional à saúde não pode ser limitado por considerações formais de menor graduação jurídica. Essa questão tem enfeixado uma tensão muito grande no âmbito da interpretação desse direito. O Ministro Luís Roberto Barroso lista cinco críticas à judicialização excessiva no caso do fornecimento de medicamentos⁶. Na primeira crítica, o Ministro demonstra a existência de doutrinadores que alegam que o artigo 196 da Constituição Federal deveria ser entendido como norma programática e, assim, defendem que não deveria haver interveniência judicial nas políticas públicas de saúde. Ou, ainda, caso isso fosse impossível, que tal atuação judicial deveria ser excepcional. O Ministro Barroso menciona também que há críticas jurídicas

5 BRASIL: STJ (Primeira Turma). Recurso ordinário em mandado de segurança n. 11.183, Paraná, Relator: Ministro José Delgado, julgado em 22 ago. 2000, Diário da Justiça, 4 set. 2000, p. 121.

6 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009, p. 44-45.

mais refinadas do que a primeira. Para alguns autores, a Constituição Federal teria consolidado um desenho institucional no qual a entrega de medicamentos seria reservada à gestão administrativa e a intervenção judicial seria uma forma de alterar a Carta Política. A terceira crítica possui caráter político e, na exposição do Ministro, existem autores que alegam ser a atuação judicial uma subversão democrática, pois a alocação do orçamento seria opção do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não sendo razoável que o Poder Judiciário determine, de forma reiterada, a alocação de verbas para o fornecimento de medicamentos em detrimento de outros programas de saúde ou mesmo para outras áreas. A quarta crítica seria a limitação do orçamento para atender a todos os pedidos. Ela está relacionada com o argumento da reserva do possível que, inclusive, já foi rechaçado em votos do Ministro Herman Benjamin, no Superior Tribunal de Justiça. Por fim, a quinta crítica é relacionada com a gestão administrativa. O Ministro Barroso informa que existem autores cuja argumentação reside na organização administrativa da área de saúde e que a intervenção judicial acaba por determinar compras emergenciais que aumentos os gastos e esbarram na eficiência, a qual está firmada como um princípio da Administração Pública, no artigo 37 da Constituição Federal. Os argumentos trazidos pelo Ministro Luís Barroso – ao relatar o debate doutrinário – são muito importantes para que haja uma reflexão sobre o tema. Todavia, o grande drama dos julgadores está relacionado com pleitos de urgência por medicamentos e tratamentos. Nesses casos, o pedido jurídico vem instruído com informações relacionadas ao risco de agravamento da condição médica do cidadão ou, até mesmo, de possibilidade de óbito. O próximo caso é exemplar, pois se trata da possibilidade de que o Poder Judiciário determine o bloqueio de verbas públicas para a entrega do medicamento.

2.2 Bloqueio de verba pública para custear medicamentos

■ Como exposto no tópico anterior, a questão do fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos é de grande complexidade. Existe consenso na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação ao fornecimento de medicamentos, ou seja, de que não pode ser brandida uma limitação administrativa pelo Estado que acabe por negar o direito à saúde, tal como consagrado na Constituição Federal de 1988. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, ao longo dos anos, sempre se deparou com processos nos quais os magistrados determinavam o bloqueio de verbas públicas para efetivar a entrega dos medicamentos que haviam sido demandados judicialmente. A Fazenda Pública, de outro lado,

usualmente replicava que isso não seria possível, uma vez que esvaziaria o conteúdo da demanda. Por tal argumento, uma vez que o medicamento fosse entregue, não haveria mais porque continuar o debate judicial. De outra parte, os cidadãos treplicavam que o advento de um dano maior à saúde – talvez até a morte do paciente – poderia advir pelo retardo. O que seria razoável fazer em tais casos?

A questão acabou por ser pacificada no âmbito de um recurso especial, julgado sob o rito processual dos repetitivos. Esse sistema processual foi criado para que o Superior Tribunal de Justiça possa firmar teses que sejam aplicadas de forma genérica em relação à jurisprudência dos tribunais. O objetivo é estabilizar precedentes generalizáveis e claros que possam ser utilizados de forma a acelerar os processos judiciais em todas as instâncias. No caso concreto, o que se debate é se a impenhorabilidade dos bens públicos poderia, ou não, servir de óbice contra uma tutela judicial que determinasse o sequestro de recursos para o custeio de medicamentos. No acórdão acordado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o relator do feito, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, lavrou o entendimento de que:

(...) É lícito ao Julgador, diante das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Mormente no caso em apreço, no qual a desídia do ente estatal frente ao comando judicial emitido pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida da parte demandante. (...) Ressalte-se, por fim, que a medida necessária à efetivação da tutela específica ou à obtenção do resultado prático equivalente, deve ser concedida apenas em caráter excepcional, onde haja nos autos comprovação de que o Estado não esteja cumprindo a obrigação de fornecer os medicamentos pleiteados e a demora no recebimento acarrete risco à saúde e à vida do demandante⁷.

O ponto nodal do processo foi indicar que os magistrados de primeira instância podem utilizar o bloqueio de verbas públicas, a depender das condições fáticas do processo. Assim, seria lícito o bloqueio se houve a indicação de que a demora poderia trazer risco de vida à parte. Deve ser verificado que a questão não é mais a existência, ou não, de um direito à saúde. A questão central é aferir como deve se dar a sua efetivação. Vale conhecer um trecho da ementa do acórdão:

7 BRASIL: STJ (Primeira Seção). Recurso especial n. 1.069.810, Rio Grande do Sul, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23 out. 2013, Diário da Justiça Eletrônico 6 nov. 2013.

(...) Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação⁸.

A questão é complexa e exige bastante atenção. De um lado, existe o risco fático, informado pela parte, de potenciais danos ao cidadão. E, do outro, há uma medida muito forte contra o orçamento público. O bloqueio de verba pública, do ponto de vista constitucional, é medida excepcional, que chegou a ser admitido somente após o advento da Emenda Constitucional nº 62/2009 para o caso de precatórios nos quais havia o descumprimento do prazo de pagamento pelo Estado, cominado com a necessidade premente do credor. Um exemplo de finalidade humanitária era a comprovada necessidade de custeio de tratamento médicos ou, ainda, a idade avançada do credor, nos termos do § 2º do artigo 100 da Constituição Federal, com a redação criada pelo poder constituinte derivado. Cabe anotar que essa hipótese extrema, prevista na Emenda Constitucional nº 62/2009, acabou por ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O dito bloqueio de verbas para fins humanitários não mais poderia ser aplicado, como entendi em processo, julgado pela Segunda Turma do STJ:

(...) 1. No julgamento da ADI n. 4.357/DF, a Corte Excelsa, declarou “a inconstitucionalidade do § 15 do art. 100 da Constituição Federal e de todo o art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – especificamente o caput e os §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 9º, 14 e 15, sendo os demais por arrastamento ou reverberação normativa”. 2. Assim, ficou prejudicada qualquer discussão referente à aplicação imediata da Emenda Constitucional n. 62 de 2009, a qual inseriu no ADCT o art. 97, uma vez em que não há mais como determinar a aplicação de norma, em razão da inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte. (...)⁹

Tais casos demonstram questões jurídicas e sociais complexas, pois enfeixam situações nas quais não poderia ser negada efetividade à proteção jurídica do di-

8 BRASIL: STJ (Primeira Seção). Recurso especial n. 1.069.810, Rio Grande do Sul, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23 out. 2013, Diário da Justiça Eletrônico 6 nov. 2013.

9 BRASIL: STJ (Segunda Turma). Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança n. 39.932, São Paulo, Relator: Ministro Humberto Martins, julgado em 18 mar. 2014, Diário da Justiça Eletrônico, 24 mar. 2014.

reito fundamental à vida do cidadão. É certo que a situação do direito à saúde já motivou audiências públicas no Supremo Tribunal Federal e é assunto que continua a ensejar grande preocupação aos magistrados. A necessidade de propor soluções para o tema tem envolvido o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os tribunais estaduais e toda a comunidade jurídica brasileira.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

■ É um imperativo ao desenvolvimento do Brasil buscar a imaginação institucional em prol de soluções para temas tão complexos como a coordenação entre o elevado movimento judiciário e a garantia do direito à saúde, pela prestação jurisdicional. É certo que existem vários pesquisadores e instituições dedicados ao exame desse tema¹⁰. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e diversos órgãos do Poder Judiciário estão preocupados com a questão. No entanto, é importante frisar que a questão não possui uma solução simples e, assim, merece estudos aprofundados para que sejam buscadas decisões judiciais que auxiliem a formação de parâmetros. A boa construção desses parâmetros, derivados de bons julgamentos, deve ser atenta à doutrina e ao papel de juristas como José Afonso da Silva. Em obra magistral, ele bem diagnosticou a aplicabilidade direta das normas constitucionais, que vem a ser a estrutura institucional da interpretação do direito contemporâneo no Brasil. Como ele bem apontou em suas conclusões:

As normas constitucionais, sem distinção, são dotadas, enfim, de uma eficácia superior a todas as demais normas que compõem a ordem jurídica nacional. Trata-se de uma eficácia ab-rogativa das normas inferiores incompatíveis, e construtiva da ordem jurídica sucessiva¹¹.

10 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.

11 SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 261. No mesmo sentido, porém pugnando por uma mais aplicabilidade direta: BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais: porque não uma constituição para valer? In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 57-97; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 374.

A boa doutrina não traz respostas simples e modelos didáticos, de simples aplicação pelo Poder Judiciária. A doutrina desafia o pensamento dos juristas em prol de estimular o repensar das instituições. Em suma, ela fornece o suporte para que toda comunidade jurídica possa interpretar o direito em prol de construir soluções ajustadas aos tempos nos quais vivemos. Ela serve à produção de uma imaginação institucional a qual é dedicada ao desenvolvimento democrático e jurídico de nosso país. A imaginação institucional ultrapassa os limites da boa ciência do direito e converge para um debate social mais amplo, em prol da realização da dignidade da pessoa humana, bem definida por José Afonso da Silva:

A dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza¹².

Afinal, a partir da boa doutrina e do debate judicial, é que será possível compreender um papel evolutivo e progressista das disputas junto do Poder Judiciário. As soluções judiciais servem como elementos discursivos muito relevantes para que o Estado e a sociedade possam construir – de forma contínua – uma melhor aplicação das demandas sociais, em prol da concretização de direitos sociais tão relevantes, como aqueles referidos à saúde.

HUMBERTO MARTINS · Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

12 SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: SILVA, José Afonso. *Direito constitucional: estudos e pareceres*. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Editora Fórum, 2014, p. 52.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais: porque não uma constituição para valer? In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 57-97

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009, p. 44-45.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: SILVA, José Afonso. *Direito constitucional: estudos e pareceres*. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Editora Fórum, 2014, p. 45-52.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 185. VERONESE, Alexandre. Artigo 6º. In: BONAVIDES, Paulo (org.); MIRANDA, Jorge (org.); MOURA AGRA, Walber (org.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense / GEN, 2009, p. 353-369.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição. *Informação Jurídica Biblioteca Min. Oscar Saraiva*, v. 1, n. 2, p. 91-117, jul./dez. 1989.

Casos citados

BRASIL: STJ (Primeira Turma). Agravo interno no recurso especial n. 1.111.581, São Paulo, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Diário da Justiça Eletrônico, 4 out. 2016.

BRASIL: STJ (Primeira Turma). Recurso ordinário em mandado de segurança n. 11.183, Paraná, Relator: Ministro José Delgado, julgado em 22 ago. 2000, Diário da Justiça, 4 set. 2000, p. 121.

BRASIL: STJ (Segunda Turma). Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança n. 39.932, São Paulo, Relator: Ministro Humberto Martins, julgado em 18 mar. 2014, Diário da Justiça Eletrônico, 24 mar. 2014.

BRASIL: STJ (Primeira Seção). Recurso especial n. 1.069.810, Rio Grande do Sul, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23 out. 2013, Diário da Justiça Eletrônico 6 nov. 2013

Publicações anteriores dos *Cadernos Adenauer*

Repensando a política externa brasileira: em busca de novos consensos (n. 4, 2016)

Política local e Eleições 2016 (n. 3, 2016)

Mudanças climáticas: o desafio do século (n. 2, 2016)

Educação política no Brasil: reflexões, iniciativas e desafios (n. 1, 2016)

O global e o local (n. 4, 2015)

Internet e sociedade (n. 3, 2015)

Cidades resilientes (n. 2, 2015)

Juventudes no Brasil (n. 1, 2015)

Cibersegurança (n. 4, 2014)

Eficiência energética (n. 3, 2014)

Governança e sustentabilidade nas cidades (n. 2, 2014)

Justiça Eleitoral (n. 1, 2014)

Relações Brasil-Alemanha / Deutsch-Brasilianische Beziehungen (caderno especial, 2013)

Novas perspectivas de gênero no século XXI (n. 3, 2013)

Candidatos, Partidos e Coligações nas Eleições Municipais de 2012 (n. 2, 2013)

Perspectivas para o futuro da União Europeia (n. 1, 2013)

Democracia Virtual (n. 3, 2012)

Potências emergentes e desafios globais (n. 2, 2012)

Economia verde (n. 1, 2012)

Caminhos para a sustentabilidade (edição especial, 2012)

Municípios e Estados: experiências com arranjos cooperativos (n. 4, 2011)

Ética pública e controle da corrupção (n. 3, 2011)

O Congresso e o presidencialismo de coalizão (n. 2, 2011)

Infraestrutura e desenvolvimento (n. 1, 2011)

O Brasil no contexto político regional (n. 4, 2010)

Educação política: reflexões e práticas democráticas (n. 3, 2010)

Informalidade laboral na América Latina (n. 2, 2010)

Reforma do Estado brasileiro: perspectivas e desafios (n. 1, 2010)

Amazônia e desenvolvimento sustentável (n. 4, 2009)

Sair da crise: Economia Social de Mercado e justiça social (n. 3, 2009)

O mundo 20 anos após a queda do Muro (n. 2, 2009)

Migração e políticas sociais (n.1, 2009)

Segurança pública (n. 4, 2008)

Governança global (n. 3, 2008)

Política local e as eleições de 2008 (n. 2, 2008)

20 anos da Constituição Cidadã (n. 1, 2008)

A mídia entre regulamentação e concentração (n. 4, 2007)

Partidos políticos: quatro continentes (n. 3, 2007)

Geração futuro (n. 2, 2007)

União Europeia e Mercosul:
dois momentos especiais da integração
regional (n. 1, 2007)

Promessas e esperanças: Eleições na
América Latina 2006 (n. 4, 2006)

Brasil: o que resta fazer? (n. 3, 2006)

Educação e pobreza na
América Latina (n. 2, 2006)

China por toda parte (n. 1, 2006)

Energia: da crise aos conflitos?
(n. 4, 2005)

Desarmamento, segurança pública
e cultura da paz (n. 3, 2005)

Reforma política: agora vai? (n. 2, 2005)

Reformas na Onu (n. 1, 2005)

Liberdade Religiosa em questão
(n. 4, 2004)

Revolução no Campo (n. 3, 2004)

Neopopulismo na América Latina
(n. 2, 2004)

Avanços nas Prefeituras: novos
caminhos da democracia (n. 1, 2004)

Mundo virtual (n. 6, 2003)

Os intelectuais e a política na América
Latina (n. 5, 2003)

Experiências asiáticas:
modelo para o Brasil? (n. 4, 2003)

Segurança cidadã e polícia na
democracia (n. 3, 2003)

Reformas das políticas econômicas:
experiências e alternativas (n. 2, 2003)

Eleições e partidos (n. 1, 2003)

O Terceiro Poder em crise:
impasses e saídas (n. 6, 2002)

O Nordeste à procura da
sustentabilidade (n. 5, 2002)

Dilemas da Dívida (n. 4, 2002)

Ano eleitoral: tempo para balanço
(n. 3, 2002)

Sindicalismo e relações trabalhistas
(n. 2, 2002)

Bioética (n. 1, 2002)

As caras da juventude (n. 6, 2001)

Segurança e soberania (n. 5, 2001)

Amazônia: avança o Brasil? (n. 4, 2001)

Burocracia e Reforma do Estado
(n. 3, 2001)

União Europeia: transtornos e alcance
da integração regional (n. 2, 2001)

A violência do cotidiano (n. 1, 2001)

Os custos da corrupção (n. 10, 2000)

Fé, vida e participação (n. 9, 2000)

Biotecnologia em discussão (n. 8, 2000)

Política externa na América do Sul
(n. 7, 2000)

Universidade: panorama e perspectivas
(n. 6, 2000)

A Rússia no início da era Putin
(n. 5, 2000)

Os municípios e as eleições de 2000
(n. 4, 2000)

Acesso à justiça e cidadania (n. 3, 2000)

O Brasil no cenário internacional
(n. 2, 2000)

Pobreza e política social (n. 1, 2000)

Para assinar ou adquirir os Cadernos Adenauer, acesse: www.kas.de/brasil

Este livro foi composto por
Claudia Mendes em Adobe Garamond c.11/14 e
impresso pela Stamppa em papel pólen 80g/m²
para a Fundação Konrad Adenauer
em junho de 2017.