

REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA:
TRIBUNAIS CONTRA A DEMOCRACIA
David Landau
Rosalind Dixon

JOGO DURO CONSTITUCIONAL
Mark Tushnet

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: ENTRE EFETIVIDADE E SIMBOLISMO NORMATIVO
Moniky Mayara Costa Fonseca Dantas
Érica Vericia Canuto de Oliveira Veras

ESTUDO DE CASO DO "INFANTÍCIDIO INDÍGENA" DO POVO SURUWAHÁ: UMA ANÁLISE A PARTIR DA BIOÉTICA INTERVENCIONISTA E INTERCULTURAL
Andrei Domingos Fonseca
Fernando de Brito Alves

MATERIALIDADES DA EXCLUSÃO URBANA:
LEI Nº 14.489/2022 E DIREITO À CIDADE
Clara Adão

PRÉ-COMPROMISSO CONSTITUCIONAL E REFORMA:
CONFLITOS SOCIOECONÔMICOS E EXCEÇÃO SUBJETIVA
Djamiro Ferreira Acipreste Sobrinho

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA:
CONCEITO EM REVISÃO SISTEMÁTICA
Marcelo Lauar

REVISTA JURÍDICA

Jul./Dez. 2026 v. 10 n. 20 ISSN 2526-9488



REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

Editor-Chefe
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

Editor-Adjunto
Dr. Marcelo Lauar Leite
UFRN | Natal, RN, Brasil

Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores | UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil
Dra. Ana Cláudia Farranha Santana | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes | ITA | São José dos Campos, SP, Brasil
Dr. Cristiano Paixão | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dr. Fernando César Costa Xavier | UFRR | Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Gustavo César Machado Cabral | UFC | Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Gustavo Silveira Siqueira | UERJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Marcelo Lauar Leite | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Mário Sérgio Falcão Maia | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Samuel Rodrigues Barbosa | USP | São Paulo, SP, Brasil
Dr. Sérgio Said Staut Júnior | UFPR | Curitiba, PR, Brasil
Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu | FDUC | Coimbra, Portugal
Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia | FDUC | Coimbra, Portugal

---

Ficha catalográfica

R454
Revista Jurídica da UFERSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semi-Árido
v. 10, n. 20, (jul./dez. 2026) – Mossoró, 2026 –
Semestral
ISSN: 2526-9488
1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semi-Árido.

CDD: 340
CDU: 34

Bibliotecária Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120

REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

Pareceristas desta Edição

Dr. Alessandro Martins Prado | UEMS | Paranaiba, MS, Brasil
Dr. Brychtn Ribeiro de Vasconcelos | UEAM | Manaus, AM, Brasil
Dr. Claudino Carneiro Sales | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Djamiro Acipreste | URCA | Crato, CE, Brasil
Dr. Fernando de Brito Alves | UENP | Jacarezinho, PR, Brasil
Dra. Julianne Holder da Câmara Silva | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dra. Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dra. Maria Raquel da Cruz Duran | UFMS | Campo Grande, MS, Brasil
Dr. Pablo Leurquin | UFPB | Santa Rita, PB, Brasil
Dr. Pedro Accioly de Sá Peixoto Neto | UFAL | Maceió, AL, Brasil
Dra. Raquel Araújo Lima | UFRN | Natal, RN, Brasil

Assessoria Técnica

Acsa Cibely Carvalho Bezerra | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

NOTA EDITORIAL

Prezadas leitoras e prezados leitores,

A Revista Jurídica da UFERSA (REJUR) apresenta o Volume 10, n. 20, referente ao segundo semestre de 2026. Esta edição encerra o décimo volume do periódico e completa o ano em que a revista celebrou uma década de publicação contínua. O número reúne sete textos publicados em fluxo contínuo: duas traduções de trabalhos de referência do constitucionalismo comparado e cinco artigos inéditos de pesquisadoras e pesquisadores vinculados a instituições do Ceará, do Paraná e do Rio Grande do Norte.

Um fio atravessa parte significativa da edição: os modos pelos quais instituições e procedimentos constitucionalmente válidos podem ser mobilizados contra os próprios compromissos que deveriam proteger. O tema dá continuidade à agenda aberta no número anterior com a tradução do texto de Tom Ginsburg sobre liberdade acadêmica e retrocesso democrático, e agora se desdobra em duas direções: o papel dos tribunais e o uso estratégico das regras do jogo político.

A edição é aberta com a tradução de "Revisão judicial abusiva: tribunais contra a democracia", de David Landau (Florida State University) e Rosalind Dixon (University of New South Wales). Os autores contestam a imagem dos tribunais como última barreira de proteção da democracia constitucional liberal e sustentam que juízes podem, de forma deliberada, proferir decisões que corroem o núcleo da democracia eleitoral. A partir de casos de diferentes países, mostram cortes que validaram leis e práticas antidemocráticas, baniram partidos de oposição, afastaram limites à reeleição presidencial e restringiram parlamentos controlados pela oposição. O conceito de revisão judicial abusiva nomeia essa prática e destaca um problema específico: a legitimidade associada ao Judiciário torna tais manobras mais difíceis de identificar e de contestar, no plano interno e no internacional. O texto discute ainda respostas possíveis no desenho constitucional e no direito internacional. A tradução é de David Sobreira, da Universidade Christus.

Em seguida, publicamos a tradução de "Jogo duro constitucional", de Mark Tushnet (Harvard Law School), ensaio que deu circulação ao conceito de constitutional hardball. Tushnet o define como a prática política que permanece nos limites plausíveis da doutrina constitucional vigente, mas contraria entendimentos pré-constitucionais necessários ao funcionamento ordinário do governo. Os exemplos analisados vão da obstrução de indicações judiciais e do redesenho de distritos eleitorais ao impeachment presidencial, à legislação do New Deal e a Marbury v. Madison. A tese central é que o jogo duro tende a surgir em períodos de transformação constitucional, quando os atores percebem que está em disputa a instituição de uma nova ordem, e não apenas uma vitória política pontual. A tradução é de David Sobreira, da Universidade Christus.

Lidos em conjunto, os dois textos oferecem ao público brasileiro um vocabulário analítico para examinar a erosão democrática que se realiza por meio de

instituições e atos formalmente válidos, sem ruptura aberta da ordem constitucional.

O primeiro artigo inédito, “Controle de convencionalidade no Judiciário brasileiro: entre efetividade e simbolismo normativo”, de Moniky Mayara Costa Fonseca Dantas e Érica Vericia Canuto de Oliveira Veras (UFRN), propõe uma distinção conceitual com consequências práticas. As autoras sustentam que há controle de convencionalidade em sentido próprio apenas quando a decisão confronta de modo estruturado a norma interna com os tratados de direitos humanos, com possibilidade de afastá-la ou de redefinir seu sentido. A mera citação de fontes internacionais como reforço retórico não satisfaz esse critério. Com base em revisão bibliográfica e análise documental da Recomendação CNJ n. 123/2022, do Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos e de um precedente paradigmático, o trabalho oferece critérios para identificar o controle a partir do papel que tratados e jurisprudência internacional desempenham na ratio decidendi. A proposta interessa também à pesquisa empírica sobre decisões judiciais, pois permite separar menções ornamentais de usos efetivamente decisórios do direito internacional.

Andrei Domingos Fonseca e Fernando de Brito Alves (UENP) apresentam, em “Estudo de caso do ‘infanticídio indígena’ do povo Suruwahá: uma análise a partir da bioética intervencionista e intercultural”, um estudo de caso explanatório sobre um dos temas mais disputados da relação entre Estado, sociedade e povos indígenas no Brasil. A hipótese dos autores é que o debate tem dimensão política, atravessada pelo racismo e por problemas estruturais, e que atores externos têm interesse no enfraquecimento dos povos indígenas. As bioéticas intervencionista e intercultural são mobilizadas como abordagens complementares, situadas na realidade latino-americana e orientadas pelo respeito à cultura tradicional. O caso, segundo os autores, revela questões estruturais que ultrapassam a prática em si.

Em “Materialidades da exclusão urbana: Lei n. 14.489/2022 e direito à cidade”, Clara Adão (UFC) examina a alteração do Estatuto da Cidade que proibiu a arquitetura hostil e sua regulamentação pelo Decreto n. 11.819/2023. Com análise jurídico-dogmática, referencial teórico-crítico de perspectiva decolonial e análise documental, a autora reconhece avanços, como a definição jurídica de arquitetura hostil e a previsão de estratégias urbanísticas de controle. Aponta, por outro lado, ambiguidades regulatórias e lacunas de efetividade, em especial quanto à natureza dos incentivos para desfazer estruturas hostis e à ausência de medidas de acolhimento da população em situação de rua. A conclusão é que a arquitetura hostil expressa dinâmicas estruturais de exclusão e não se resolve sem políticas públicas integradas e articulação institucional mais ampla.

Djamiro Ferreira Acipreste Sobrinho (URCA), em “Pré-compromisso constitucional e reforma: conflitos socioeconômicos e exceção subjetiva”, retoma no contexto brasileiro questões próximas às das traduções que abrem o número. O autor investiga a dialética entre o pré-compromisso constitucional e o poder constituinte reformador, tendo como foco os conflitos entre a Constituição Econômica e a Constituição Social. Sua hipótese é que a interação entre

rigidez e reforma, mediada pelo Legislativo e pelo Judiciário, reproduz essas tensões e gera formas seletivas de relativização dos compromissos constitucionais. Com abordagem crítico-dialética, o trabalho conclui que a recorrência desses conflitos revela uma disputa interpretativa e institucional capaz de favorecer um estado de exceção subjetivo no interior da própria ordem constitucional.

Encerra a edição "Função social da empresa: conceito em revisão sistemática", de Marcelo Lauar (UFRN). O autor submete um conceito de uso corrente na doutrina e na jurisprudência a uma revisão sistemática da produção acadêmica brasileira. Das 206 pesquisas localizadas no Google Acadêmico e no Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES, 12 foram consideradas metodologicamente suficientes para a análise conceitual. As concepções encontradas foram agrupadas em quatro tipos: publicista, orientada aos stakeholders; privatista, orientada aos acionistas; legalista; e mista. Predomina a concepção mista, segundo a qual a função social consiste em conciliar interesses privados e deveres perante a coletividade. Além do resultado substantivo, o artigo adota um procedimento ainda pouco frequente na pesquisa jurídica nacional, com critérios explícitos de busca, inclusão e exclusão que permitem a replicação do estudo.

Os artigos inéditos desta edição provêm de instituições do Ceará (UFC e URCA), do Paraná (UENP) e do Rio Grande do Norte (UFRN), a que se somam as traduções de autores vinculados a universidades dos Estados Unidos e da Austrália. A presença de três instituições nordestinas entre os cinco trabalhos inéditos reafirma o compromisso da REJUR com a circulação da pesquisa jurídica produzida na região, sem prejuízo do diálogo com a literatura nacional e estrangeira.

Agradecemos às autoras, aos autores e aos tradutores pela confiança depositada no periódico; às avaliadoras e aos avaliadores *ad hoc*, cujo trabalho voluntário sustenta a qualidade do processo de avaliação; e à equipe técnica da REJUR, responsável pela regularidade das publicações ao longo do décimo volume.

Desejamos a todos uma boa leitura.

PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL
EDITOR-CHEFE | NOVEMBRO 2026

SUMÁRIO

| Fluxo contínuo |

* * * * *

REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA: TRIBUNAIS CONTRA A DEMOCRACIA | **1-85**
David Landau
Rosalind Dixon

JOGO DURO CONSTITUCIONAL | **86-115**
Mark Tushnet

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: ENTRE EFETIVIDADE E SIMBOLISMO NORMATIVO | **116-143**
Moniky Mayara Costa Fonseca Dantas
Érica Vericia Canuto de Oliveira Veras

ESTUDO DE CASO DO "INFANTÍCIDIO INDÍGENA" DO POVO SURUWAHÁ: UMA ANÁLISE A PARTIR DA BIOÉTICA INTERVENCIONISTA E INTERCULTURAL | **144-164**
Andrei Domingos Fonseca
Fernando de Brito Alves

MATERIALIDADES DA EXCLUSÃO URBANA: LEI Nº 14.489/2022 E DIREITO À CIDADE | **165-183**
Clara Adão

PRÉ-COMPROMISSO CONSTITUCIONAL E REFORMA: CONFLITOS SOCIOECONÔMICOS E EXCEÇÃO SUBJETIVA | **184-211**
Djamiro Ferreira Acipreste Sobrinho

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: CONCEITO EM REVISÃO SISTEMÁTICA | **212-222**
Marcelo Lauar

REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA: TRIBUNAIS CONTRA A DEMOCRACIA

ABUSIVE JUDICIAL REVIEW: COURTS AGAINST DEMOCRACY

DAVID LANDAU* | ROSALIND DIXON**

Tradução: DAVID SOBREIRA***

RESUMO

Tanto nos Estados Unidos quanto ao redor do mundo, os tribunais são geralmente concebidos como a última linha de defesa da ordem constitucional democrática liberal. Mas este artigo demonstra que não é incomum que juízes profiram decisões que atacam intencionalmente o núcleo da democracia eleitoral. Tribunais ao redor do mundo, por exemplo, legitimaram leis e práticas antidemocráticas, proscreveram partidos de oposição para restringir a esfera eleitoral, eliminaram limites aos mandatos presidenciais e reprimiram parlamentos controlados pela oposição. Denominamos essa prática revisão judicial abusiva*. Aspirantes a autoritários por vezes buscam capturar os tribunais e utilizá-los de maneiras abusivas como parte de um projeto mais amplo de erosão democrática, porque os tribunais frequentemente gozam de vantagens de legitimidade que tornam suas manobras antidemocráticas mais difíceis de detectar e de enfrentar, tanto no plano interno quanto no internacional. Este artigo apresenta exemplos de revisão judicial abusiva ao redor do mundo, explora respostas potenciais tanto no desenho constitucional nacional quanto no direito internacional e indaga se a revisão judicial abusiva é uma ameaça potencial nos Estados Unidos.

Palavras-chave: revisão judicial abusiva; retrocesso democrático; autoritarismo; captura de tribunais; independência judicial; tribunais; revisão judicial.

ABSTRACT[1]

both in the United States and around the world, courts are generally conceptualized as the last line of defense for the liberal democratic constitutional order. But this Article shows that it is not uncommon for judges to issue decisions that intentionally attack the core of electoral democracy. Courts around the world, for example, have legitimated antidemocratic laws and practices, banned opposition parties to constrict the electoral sphere, eliminated presidential term limits, and repressed opposition-held legislatures. We call this practice abusive judicial review. Would-be authoritarians at times seek to capture courts and deploy them in abusive ways as part of a broader project of democratic erosion, because courts often enjoy legitimacy advantages that make their antidemocratic moves harder to detect and respond to both domestically and internationally. This paper gives examples of abusive judicial review from around the world, explores potential responses both in domestic constitutional design and international law, and asks whether abusive judicial review is a potential threat in the United States.

Keywords: abusive judicial review; democratic backsliding; authoritarianism; court capture; judicial independence; courts; judicial review.

* Professor da cátedra Mason Ladd e Diretor Adjunto de Programas Internacionais, Florida State University College of Law.

**Professora de Direito, University of New South Wales (UNSW) (Austrália).

*** Master of Laws (LL.M.), Harvard Law School. Professor de Direito Constitucional, Universidade Christus.
david.sobreira@unichristus.edu.br

Recebido em: 18-10-2026 | Aprovado em: 21-10-2026[2]

[1] Nota do tradutor: Optou-se por verter judicial review como "revisão judicial", e não pela expressão "controle de constitucionalidade", consagrada na dogmática brasileira. Em sentido técnico, "controle de constitucionalidade" designa a fiscalização da compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição. A expressão inglesa, por sua vez, é mais ampla e alcança a atuação dos tribunais na interpretação e na aplicação da Constituição em geral, inclusive em decisões que não aferem a validade de normas – como a dissolução de partidos políticos, a destituição de chefes de governo ou a declaração de que um parlamento descumpriu ordem judicial (desacato), exemplos centrais deste artigo. Palavras-chave (keywords) não constam do artigo original. Foram acrescentadas pelo tradutor, com autorização dos autores, para fins de adequação às exigências editoriais de periódicos acadêmicos brasileiros.

[2] Artigo convidado. Publicado originalmente em inglês na *U.C. Davis Law Review*, vol. 53, n. 3, mar. 2020, p. 1313-1385. Copyright © 2020 David Landau e Rosalind Dixon..

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 DEFININDO E SITUANDO A REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA; 1.1 MUDANÇA ABUSIVA E EFEITO SOBRE O NÚCLEO MÍNIMO DEMOCRÁTICO; 1.2 INTENÇÃO E REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA; 2 A REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA COMO ESTRATÉGIA DE REGIME; 2.1 POR QUE ASPIRANTES A AUTORITÁRIOS RECORREM AOS TRIBUNAIS; 2.2 COMO OS REGIMES CAPTURAM OS TRIBUNAIS; 3 UMA TIPOLOGIA DA REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA: FORMAS FRACA E FORTE; 3.1 REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA FRACA; 3.2 REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA FORTE; 4 A REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA EM AÇÃO: DOIS EXEMPLOS; 4.1 LIMITES AOS MANDATOS PRESIDENCIAIS NA AMÉRICA LATINA E NA ÁFRICA; 4.2 A SUPRESSÃO DA ASSEMBLEIA NACIONAL NA VENEZUELA; 5 OS LIMITES DE UMA ESTRATÉGIA DE REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA; 6 PREVENINDO E DISSUADINDO A REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA; 6.1 RESPOSTAS NO DESENHO CONSTITUCIONAL NACIONAL; 6.2 RESPOSTAS DA COMUNIDADE INTERNACIONAL; CONCLUSÃO: PODERIA ACONTECER AQUI?

■ INTRODUÇÃO

Muitos nos Estados Unidos temem que o país esteja vivendo um momento precário e que esteja potencialmente em perigo de colapso democrática[3]. A democracia constitucional encontra-se, de fato, ameaçada em todo o mundo, com líderes de uma série de países à frente de esforços para erodir suas ordens democráticas liberais[4]. Como muitos observaram, uma marca distintiva dos ataques recentes à democracia é seu matiz legalista: em vez de recorrerem a mecanismos extralegais, como golpes militares, os novos autoritários apoiam-se forte-

Nota dos autores: Agradecemos a Mark Tushnet, Vicki Jackson, Sam Issacharoff, Gillian Metzger, David Pozen, Wojciech Sadurski, Martin Krygier, Sergio Verdugo e Theunis Roux, aos participantes da conferência anual da ICON-S, realizada em Santiago em julho de 2019, e aos participantes de seminários na UNSW *Faculty of Law*, no ANU *College of Law*, na *University of Texas School of Law* e na *Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, pelos comentários extremamente úteis feitos a versões anteriores do artigo. Agradecemos também a Melissa Vogt, Jeffrey Grosholz, Lachlan Peake e Isabel Chong pela excelente assistência à pesquisa.

[3] *Ver* SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Can It Happen Here?* Authoritarianism in America. New York: Dey Street Books, 2018 (coletânea de ensaios sobre se o autoritarismo é uma ameaça realista nos Estados Unidos). GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2018. p. 1-5. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018. p. 1. HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 1, p. 78-169, 2018. p. 80.

[4] *Ver, por exemplo*, CHAPMAN, Annabelle. *Pluralism Under Attack*: The Assault on Press Freedom in Poland. Washington, DC: Freedom House, jun. 2017. p. 2. BYRNE, Andrew. Hungarian PM's Media Clampdown Points to the Future for Poland. *Financial Times*, 19 jan. 2016. Disponível em: https://www.ft.com/content/15899580-b9eb-11e5-bf7e-8a339b6f2164. THE GUARDIAN view on Poland and Hungary: heading the wrong way. *The Guardian*, 18 jul. 2017. Editorial. Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/jul/18/the-guardian-view-on-poland-and-hungary-heading-the-wrong-way. WEISS, Stefani. Rule of Law in Poland and Hungary: "Our Fundamental Values are Under Attack". *Bertelsmann Stiftung*, 20 set. 2017. Disponível em: https://www.bertelsmann-stiftung.de/en/topics/aktuelle-meldungen/2017/september/poland-and-hungary-our-fundamental-values-are-under-attack/ (discute como a União Europeia deveria responder às violações, pela Polônia e pela Hungria, de princípios centrais do direito da UE).

mente na mudança constitucional formal e informal, bem como em mecanismos jurídicos ordinários, para refazer a ordem constitucional de maneiras que manipulam o jogo eleitoral a seu favor[5]. Vários livros recentes de destaque sustentaram que os Estados Unidos são, em muitos aspectos, tão vulneráveis quanto muitos outros países a essa onda de erosão democrática e, de fato, que sinais de alerta observados no exterior também estão presentes aqui[6].

Tanto dentro quanto fora dos Estados Unidos, os tribunais são frequentemente vistos como uma das principais defesas contra a ameaça representada pelos novos autoritários. Os juízes são, cada vez mais, chamados a intervir para proteger a democracia ou a praticar uma forma de cobertura democrática (*democratic hedging*)[7]. Nem toda tentativa de cobertura democrática pelos tribunais terá êxito. Mas as cortes constitucionais podem desempenhar, e de fato desempenham, um papel importante na proteção da democracia contra a ameaça do retrocesso democrático[8].

Nos Estados Unidos, o otimismo inicial de que a Suprema Corte, e os tribunais federais de modo mais amplo, desempenhariam tal papel esvaneceu-se com o tempo. Ao proferir decisões como *Trump v. Hawaii*,[9] em que a Suprema Corte manteve a proibição de viagem (*travel ban*) do presidente Trump, a Corte, segundo sustentam os críticos, abdicou de sua responsabilidade de conter um presidente que extrapola perigosamente seus poderes, bem como de afirmar valores constitucionais[10]. Há uma preocupação crescente entre esses mesmos críticos de que a Corte não intervirá para impedir outros atos de potencial engrandecimento do Executivo, como a recente[*] declaração de emergência de Trump para construir um muro na fronteira com o México[11].

---

[5] *Ver* LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, 2013. p. 191. SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, p. 545-583, 2018. p. 560-562. VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, 2015. p. 1676-1677.

[6] *Ver* GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2018. p. 1-5. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018. p. 1-10.

[7] A expressão "cobertura democrática" (*democratic hedging*) refere-se ao uso dos tribunais "como proteção contra a concentração excessiva de poder". ISSACHAROFF, Samuel. Constitutional Courts and Democratic Hedging. *Georgetown Law Journal*, v. 99, n. 4, p. 961-1012, 2011. p. 1002. *Ver também* CHOUDHRY, Sujit. "He Had a Mandate": The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy. *Constitutional Court Review*, v. 2, p. 1-86, 2009. p. 2-3. *Ver, em geral*, ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*: Contested Power in the Era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015 (discute o papel das instituições jurídicas na democracia constitucional).

[8] *Ver* ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*: Contested Power in the Era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015. p. 9-11. DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, p. 606-638, 2015. p. 612-613. LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, n. 4, p. 859-890, 2015. p. 860-862.

[9] ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. 667 (2018); 138 S. Ct. 2392. Washington, DC, 26 jun. 2018.

[10] *Ver, por exemplo*, EDELMAN, Adam. Democrats, Civil Rights Groups Slam Supreme Court Ruling on Travel Ban. *NBC News*, 26 jun. 2018. Disponível em: https://www.nbcnews.com/politics/supreme-court/democrats-civil-rights-groups-slam-supreme-court-ruling-travel-ban-n886626 (reúne críticas de diversos grupos políticos e sociais à decisão).

[*] [NT]: as referências temporais ("hoje", "recente", "atual") remetem à data de redação da versão original do artigo, publicado em 2020.

[11] *Ver, por exemplo*, STEWART, Emily. Why Trump Thinks a National Emergency Will Get Him His Border Wall. *Vox*, 15 fev. 2019. Disponível em: https://www.vox.com/policy-and-politics/2019/1/8/18172749/trump-national-

Com base em evidências comparadas, este artigo demonstra que o temor manifestado pelos críticos da Suprema Corte – de que ela possa assistir passivamente ao desmantelamento da democracia – é razoável. Mas a perspectiva de tribunais que permanecem de braços cruzados diante de uma ameaça antidemocrática não é, na verdade, o pior cenário.

De fato, em uma série de países, aspirantes a autoritários transformaram os tribunais em armas a favor da mudança constitucional abusiva, e não contra ela. Em alguns casos, os tribunais chancelaram e, assim, legitimaram ações do regime que ajudaram os atores a consolidar o poder, minar a oposição e desnivelar fortemente o campo de jogo eleitoral a seu favor[12]. Em outros casos, foram além e atacaram ativamente a democracia, por exemplo, proscrevendo partidos de oposição, eliminando limites aos mandatos presidenciais e reprimindo instituições controladas pela oposição[13]. Denominamos os ataques intencionais dos tribunais ao núcleo da democracia eleitoral "revisão judicial abusiva" e sustentamos que se trata de um aspecto importante, porém subteorizado, dos projetos de erosão democrática.

Os regimes recorrem aos tribunais para executar seu trabalho sujo porque, ao fazê-lo, beneficiam-se das associações que a revisão judicial tem com as tradições constitucionais democráticas e com o Estado de Direito[14]. Fazer com que um tribunal, e não um ator político, adote uma medida antidemocrática pode, por vezes, tornar mais difícil detectar o verdadeiro propósito da medida e, em todo caso, pode amortecer a oposição tanto interna quanto internacional. A natureza da prática da revisão judicial abusiva, que se disfarça de exercício legítimo de uma instituição hoje promovida de modo quase universal, torna difícil preveni-la e responder a ela. Nem todos os casos de revisão abusiva terão êxito, e nem todos os tribunais se prestarão (de bom grado) a ela. Mas, como sugerimos, é provável que a prática venha a ser uma parte significativa da caixa de ferramentas autoritária daqui em diante.

O restante do artigo divide-se em sete seções, após esta introdução. A Seção 1 desenvolve nossa definição de revisão judicial abusiva – interpretação constitucional feita por juízes que ataca intencionalmente o núcleo mínimo da democracia eleitoral – e a situa na literatura mais ampla sobre erosão democrática e mudança antidemocrática. A Seção 2 explica a lógica da revisão judicial abusiva como estratégia de regime; enfatiza por que e como os regimes, por vezes, apoiam-se nos tribunais para levar a cabo formas antidemocráticas de mudança constitucional. A Seção 3 desenvolve uma tipologia básica da revisão judicial abusiva, distinguindo duas formas-chave do fenômeno: uma forma "fraca", na qual os tribunais simplesmente chancelam e legitimam medidas autoritárias, e uma forma "forte", na qual atuam ativamente para desmantelar a democracia. A Seção 4 apresenta dois exemplos detalhados da revisão judicial abusiva em ação: primeiro, um estudo comparado de vários países sobre esforços judiciais recentes para afrouxar ou eliminar limites aos mandatos presidenciais na América Latina e na África; e, segundo, um estudo da Venezuela, onde a Suprema Corte venezuelana (*Tribunal Supremo de Justicia*, TSJ), em uma série de decisões, anulou o poder do parlamento nacional depois que a oposição conquistou um controle esmagador sobre ele em 2015.

A Seção 5 recorre a esses exemplos para explorar os limites da estratégia da revisão judicial abusiva e os contextos em que é provável que ela tenha ou não êxito, ao passo que a

emergency-government-shutdown-wall (cita diversos acadêmicos para os quais a declaração provavelmente seria mantida pela Suprema Corte).

[12] *Ver*, *infra*, Seção 3.1 (define e oferece exemplos de revisão judicial abusiva "fraca").

[13] *Ver*, *infra*, Seção 3.2 (define e oferece exemplos de revisão judicial abusiva "forte").

[14] *Ver*, *infra*, Seção 2.

Seção 6 explora respostas potenciais tanto no desenho constitucional nacional quanto na prática transnacional ou internacional. Quanto ao primeiro ponto, sustentamos que os tribunais deveriam ser mais bem desenhados para impedir a captura pelo regime em contextos nos quais a revisão judicial abusiva seja uma ameaça significativa. Quanto ao segundo, consideramos maneiras pelas quais a comunidade internacional pode adotar uma perspectiva mais cética, própria do realismo jurídico, em relação a algumas decisões de altas cortes.

Por fim, a Conclusão indaga se a revisão judicial abusiva é uma ameaça realista nos Estados Unidos. Sustentamos que há ao menos indícios da forma fraca na recusa reiterada da Corte em apreciar pretensões relativas a *gerrymandering*[*] partidário e questões correlatas,[15] bem como vias pelas quais a forma forte poderia, em algum momento, emergir, por exemplo, centrada na "*weaponization*"[*] da Primeira Emenda[16]. Os Estados Unidos seriam, em alguns aspectos, um terreno fértil para a revisão judicial abusiva: há uma história de legitimidade judicial à qual os autoritários poderiam recorrer, e as regras formais não tornam o Judiciário especialmente difícil de capturar em termos comparativos. Neste momento, o principal obstáculo a uma revisão judicial desse tipo nos Estados Unidos pareceria residir em normas[*] informais, incluindo normas de profissionalismo jurídico por parte dos juízes federais e normas políticas de respeito à independência do Judiciário federal. Mas também há sinais de que normas informais desse tipo podem estar se erodindo.

[*] [NT]: *gerrymandering* designa o redesenho dos limites de distritos eleitorais para favorecer um partido. Nos Estados Unidos, os distritos da Câmara dos Representantes (câmara baixa do Congresso) são, em regra, redesenhados pelas assembleias estaduais (alguns estados adotam comissões independentes), assim como os distritos das próprias assembleias, de modo que o partido que as controla domina o desenho. A prática não tem equivalente no sistema brasileiro, em que a eleição para a Câmara dos Deputados é proporcional e a circunscrição é o próprio estado.

[15] *Ver, por exemplo*, ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Gill v. Whitford*, 585 U.S. 48 (2018); 138 S. Ct. 1916. Washington, DC, 18 jun. 2018. p. 1922-1923 (138 S. Ct.) (extingue ação sobre *gerrymandering* partidário por falta de legitimidade ativa).

[*] [NT]: optou-se por manter o substantivo *weaponization* no original, por falta de equivalente português que preserve, ao mesmo tempo, sua força e sua concisão como rótulo. "Instrumentalização" perde a conotação hostil do original; "conversão em arma" é perífrase que não se presta a esse uso; e o neologismo "weaponização", embora já circule na imprensa, não se consolidou no registro acadêmico. O termo designa a transformação de uma garantia constitucional em instrumento de ataque, e não apenas seu uso para fins alheios à sua finalidade. Na passagem, os autores retomam a expressão da *Justice* Elena Kagan, que, em voto dissidente em *Janus v. AFSCME* (2018), acusou a maioria de converter a Primeira Emenda em arma para intervir na política econômica e regulatória. A dificuldade é própria do substantivo: nas formas verbais (*weaponized*), "converter em arma" é natural em português e foi adotado no texto, com o original entre parênteses quando os autores retomam o termo do debate norte-americano.

[16] *Ver, por exemplo*, ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31*, 585 U.S. 878 (2018); 138 S. Ct. 2448. Washington, DC, 27 jun. 2018. p. 2501 (138 S. Ct.) (Kagan, J., voto divergente) (acusa a maioria de "converter em arma" a Primeira Emenda).

[*] [NT]: "normas", aqui e adiante, designam – no sentido corrente na ciência política anglo-saxã – padrões de comportamento compartilhados pelos atores políticos, em regra não escritos, cuja observância se sustenta em expectativas recíprocas e na reprovação social e política, e não em sanção jurídica. O conceito aproxima-se do de convenções constitucionais da tradição britânica e não se confunde com a noção de norma jurídica da dogmática de matriz continental.

1 DEFININDO E SITUANDO A REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA

Já é bem sabido que muitos países ao redor do mundo experimentaram uma erosão de sua ordem constitucional democrática liberal[17]. De fato, o tema tornou-se uma preocupação central da produção acadêmica atual em direito constitucional comparado. Aspirantes a autocratas dispõem de uma série de ferramentas para levar a cabo projetos de erosão democrática. As ferramentas da mudança constitucional formal, tanto o emendamento quanto a substituição, têm sido importantes em muitos países tanto para consolidar o poder político quanto para enfraquecer os controles sobre ele.[18] Por exemplo, em diversos países latino-americanos, líderes com pretensões autoritárias promoveram emendas constitucionais para afrouxar ou abolir limites aos mandatos presidenciais, o que lhes permitiu permanecer no poder indefinidamente[19]. Na Turquia, o regime cada vez mais autoritário de Erdogan utilizou uma série de emendas constitucionais tanto para fortalecer o poder presidencial quanto para permitir que o regime aparelhasse o Tribunal Constitucional da Turquia[20]. Em países como Venezuela, Equador e Hungria, novos líderes substituíram integralmente as constituições existentes, em processos sobre os quais detinham controle quase total, como forma de perpetuar o poder

[17] *Ver, por exemplo*, ALBERTAZZI, Daniele; MUELLER, Sean. Populism and Liberal Democracy: Populists in Government in Austria, Italy, Poland and Switzerland. *Government and Opposition*, v. 48, n. 3, p. 343-371, 2013. p. 345. LANDAU, David. Populist Constitutions. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, p. 521-543, 2018. p. 521. WEISS, Stefani. Rule of Law in Poland and Hungary: "Our Fundamental Values are Under Attack". *Bertelsmann Stiftung*, 20 set. 2017. Disponível em: https://www.bertelsmann-stiftung.de/en/topics/aktuelle-meldungen/2017/september/poland-and-hungary-our-fundamental-values-are-under-attack/. GÖLE, Nilüfer. Turkey is Undergoing a Radical Shift, from Pluralism to Islamic Populism. *HuffPost*, 21 jul. 2017. Disponível em: https://www.huffingtonpost.com/entry/turkey-coup-erdogan_us_596fcfcfe4b062ea5f8efa0f. THE GUARDIAN view on Poland and Hungary: heading the wrong way. *The Guardian*, 18 jul. 2017. Editorial. Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/jul/18/the-guardian-view-on-poland-and-hungary-heading-the-wrong-way. KOLLIN, Michaela. The Rise of Stealth Authoritarianism in Cambodia. *Democratic Erosion*, 8 out. 2017. Disponível em: http://democratic-erosion.com/2017/10/08/the-rise-of-stealth-authoritarianism-in-cambodia/. SUROTCHAK, Jan; TWINING, Daniel. The Fight Against European Populism Is Far from Over. *Foreign Policy*, 1 fev. 2018. Disponível em: http://foreignpolicy.com/2018/02/01/the-fight-against-european-populism-is-far-from-over/.

[18] *Ver* LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, 2013. p. 191-192.

[19] *Ver* LANDAU, David. Presidential Term Limits in Latin America: A Critical Analysis of the Migration of the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 12, n. 2, p. 225-249, 2018. DOI: 10.1515/lehr-2018-0013. p. 226.

[20] *Ver* TAŞ, Hakkı. Turkey – From Tutelary to Delegative Democracy. *Third World Quarterly*, v. 36, n. 4, p. 776-791, 2015. p. 788. VAROL, Ozan O.; DALLA PELLEGRINA, Lucia; GAROUPA, Nuno. An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 1, p. 187-216, 2017. p. 187. COOK, Steven A. How Erdogan Made Turkey Authoritarian Again. *The Atlantic*, 21 jul. 2016. Disponível em: https://www.theatlantic.com/international/archive/2016/07/how-erdogan-made-turkey-authoritarian-again/492374/. HAIMERL, Maria. The Turkish Constitutional Court under the Amended Turkish Constitution. *Verfassungsblog*, 27 jan. 2017. DOI: 10.17176/20170130-094855. Disponível em: https://verfassungsblog.de/the-turkish-constitutional-court-under-the-amended-turkish-constitution/.

do regime e marginalizar a oposição[21]. Em trabalho anterior, um de nós denominou esse fenômeno "constitucionalismo abusivo", e, conjuntamente, buscamos soluções para o problema[22].

A mudança constitucional formal é também apenas um instrumento em uma caixa de ferramentas autoritária muito mais ampla. Líderes com pretensões autoritárias também podem promover mudanças por meio de mecanismos informais ou no plano infraconstitucional. Podem aprovar novas leis "cardinais" ou "orgânicas" que reorganizam instituições importantes, como tribunais e defensorias do povo (*ombudspersons*[*]), de maneira notavelmente menos democrática ou independente,[23] ou podem pressionar os tribunais a adotar formas de interpretação ao estilo do "*common law*" que reduzem a força das restrições constitucionais democráticas existentes[24]. Ou podem buscar alcançar a mudança por meios infraconstitucionais, por exemplo, alterando as leis que regem a regulação e a fiscalização dos meios de comunicação, ou utilizando ferramentas jurídicas existentes, como leis de difamação e regras de alistamento eleitoral, de forma seletiva para punir a oposição ao regime e minar elementos independentes da sociedade civil[25].

Essas ferramentas frequentemente operam de modo interdependente – os esforços para minar a democracia em países como Venezuela, Hungria e Turquia parecem apoiar-se em uma ampla combinação delas. Em outros lugares, como na Polônia, a via da mudança constitucional formal está fechada (porque o partido governante não dispõe dos votos necessários para levá-la a cabo), mas o regime consegue alcançar fins semelhantes utilizando outras ferramentas, como obter o controle do Judiciário e aprovar nova legislação infraconstitucional[26].

---

[21] *Ver, por exemplo*, NEGRETTO, Gabriel L. Authoritarian Constitution Making: The Role of the Military in Latin America. *In:* GINSBURG, Tom; SIMPSER, Alberto (ed.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 83-110. p. 83. PARTLETT, William. Hugo Chavez's Constitutional Legacy. *Brookings*, 14 mar. 2013. Opinião. Disponível em: https://www.brookings.edu/opinions/hugo-chavezs-constitutional-legacy/. NORWEGIAN HELSINKI COMMITTEE. *Democracy at Stake in Hungary*: The Orbán Government's Constitutional Revolution. Oslo: NHC, 2012. (Report, n. 1/2012). Disponível em: https://www.nhc.no/content/uploads/2018/09/Rapport_1_12_web.pdf. p. 5-9.

[22] *Ver* DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, p. 606-638, 2015. p. 606. LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, 2013. p. 189. LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, n. 4, p. 859-890, 2015. p. 859.

[*] [NT]: *ombudspersons* foi contextualmente vertido como "defensorias do povo", em decorrência da denominação do instituto em vários dos países examinados neste artigo (*Defensoría del Pueblo*). Trata-se de órgão independente, de matriz escandinava (*ombudsman*), encarregado de fiscalizar a administração pública e receber reclamações dos cidadãos contra ela.

[23] *Ver, por exemplo*, BÁNKUTI, Miklós *et al. Opinion on Hungary's New Constitutional Order*: Amicus Brief for the Venice Commission on the Transitional Provisions of the Fundamental Law and the Key Cardinal Laws. Editado por Gábor Halmai e Kim Lane Scheppele, 21 fev. 2012. p. 4-7. *Ver também* ESKRIDGE JR., William N.; FEREJOHN, John. Super-Statutes. *Duke Law Journal*, v. 50, n. 5, p. 1215-1276, 2001. p. 1215-1217.

[24] *Ver* GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2018. p. 126-127 (discussão sobre o aparelhamento – *packing* – de instituições).

[25] *Ver* VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, 2015. p. 1693-1707.

[26] *Ver, em geral*, SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491 (discute as mudanças políticas e jurídicas na política constitucional polonesa após a vitória do partido populista Lei e Justiça).

O que enfatizamos aqui é o papel-chave que os tribunais, por vezes, desempenham no avanço desses projetos antidemocráticos. Nossa perspectiva é muito diferente da visão predominante, na qual as altas cortes nacionais são comumente concebidas como uma das principais defesas contra manobras abusivas, e com boa razão. As cortes constitucionais podem, potencialmente, exercer a revisão judicial de modo a defender os direitos constitucionais de grupos minoritários e a assegurar que as instituições políticas não ultrapassem os limites de seu poder. E, como sustentamos em trabalhos anteriores, os tribunais também podem exercer controle sobre tentativas de alterar ou mesmo substituir a constituição existente, utilizando ferramentas como a doutrina[*] da emenda constitucional inconstitucional[27]. Ao menos em alguns casos, essas ferramentas podem ajudar a funcionar como uma lombada que retardará ou, de outro modo, dificultará os esforços de erosão democrática.

A literatura existente adota posições bastante diferentes quanto à facilidade com que os tribunais podem proteger a ordem democrática liberal. Issacharoff, por exemplo, embora reconheça as difíceis tarefas políticas e jurídicas enfrentadas pelos tribunais ao buscarem proteger a democracia, sustenta que eles podem, ainda assim, ter êxito em conter a monopolização do poder político, e apresenta exemplos de táticas bem-sucedidas[28]. Choudhry também sustenta que os tribunais podem utilizar diversas técnicas para ajudar a impedir a consolidação do governo de partido dominante[29].

Daly, em contraste, expressa mais ceticismo quanto à capacidade dos tribunais de defender a democracia liberal dessas maneiras[30]. Em trabalhos anteriores, enfatizamos que as respostas a essas questões são provavelmente contextuais[31]. É mais provável que os tribunais tenham êxito quando são relativamente fortes e independentes, e quando partidos políticos ou a sociedade civil são suficientemente fortes para apoiar a implementação das decisões judiciais. Em todo caso, o debate acadêmico concentrou-se até aqui principalmente nas maneiras pelas quais os tribunais poderiam ou não ser capazes de *proteger* o constitucionalismo democrático liberal.

Contudo, com algumas exceções notáveis, a literatura existente tem dado menos atenção ao que vemos como o fenômeno, também comum, de tribunais que atuam ativamente

[*] [NT]: no direito anglo-saxão, *doctrine* refere-se a um conjunto de princípios e critérios consolidados pela jurisprudência – algo próximo a uma "construção jurisprudencial" – e não à "doutrina" no sentido brasileiro, entendido como a literatura acadêmica especializada. Optou-se por manter a palavra "doutrina" para preservar a terminologia do original, ressalvando-se, contudo, essa diferença conceitual (exceto na Seção 4.2, em que os autores se referem à "doutrina regional latino-americana" sobre a omissão legislativa no sentido de literatura especializada).

[27] A doutrina da emenda constitucional inconstitucional "sustenta que uma emenda constitucional pode, ela própria, ser materialmente inconstitucional sob certas condições". LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, 2013. p. 231.

[28] *Ver* ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*: Contested Power in the Era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015.

[29] *Ver* CHOUDHRY, Sujit. "He Had a Mandate": The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy. *Constitutional Court Review*, v. 2, p. 1-86, 2009. p. 5-6.

[30] *Ver* DALY, Tom Gerald. *The Alchemists*: Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 1-2. DALY, Tom Gerald. The Alchemists: Courts as Democracy-Builders in Contemporary Thought. *Global Constitutionalism*, v. 6, n. 1, p. 101-130, 2017. p. 101. *Ver também* HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004 (critica a visão dos tribunais como protetores de direitos).

[31] *Ver* LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, n. 4, p. 859-890, 2015. p. 870.

para *minar* a ordem democrática liberal. Alguns trabalhos importantes, notadamente os de Moustafa e Ginsburg, examinam as funções desempenhadas pelos tribunais em regimes plenamente autoritários e demonstram que eles podem desempenhar um papel central no avanço de diversos objetivos de líderes autoritários[32]. Mas essa questão da manutenção de um regime já autoritário é distinta do processo pelo qual um regime autoritário é criado.

Varol apontou maneiras pelas quais os tribunais podem utilizar ferramentas jurídicas existentes (como leis de difamação e de lavagem de dinheiro) para levar a cabo as agendas de atores com pretensões autoritárias que tentam consolidar o poder e reprimir a oposição[33]. E alguns autores realizaram estudos de caso valiosíssimos sobre países individuais. Por exemplo, Sadurski destacou o papel do Tribunal Constitucional na Polônia tanto como um espaço inicial de resistência às mudanças constitucionais abusivas com "c" minúsculo[*] introduzidas pelo partido Lei e Justiça ("PiS") quanto, posteriormente, como uma ferramenta utilizada pelo PiS para promover tal mudança[34]; do mesmo modo, Sanchez Urribarri examinou detalhadamente a utilidade da Suprema Corte venezuelana para o regime daquele país[35].

O que oferecemos aqui é um tratamento mais geral e sistemático do fenômeno dos tribunais como agentes, e não como opositores, da mudança constitucional antidemocrática. Como observado acima, nossa definição de revisão judicial abusiva consiste na revisão judicial que mina intencionalmente o núcleo mínimo da democracia eleitoral. Primeiro, estabelecemos os dois elementos-chave de nossa definição – efeito e intenção. Em seguida, exploramos a lógica da revisão judicial abusiva como estratégia de regime.

1.1 Mudança abusiva e efeito sobre o núcleo mínimo democrático

Rotular de "abusivo" algum subconjunto de emendas e substituições constitucionais suscita a pergunta óbvia de como distinguir as formas "abusivas" de mudança constitucional das demais formas. Em outro trabalho, definimos a mudança constitucional "abusiva" como aquela que torna a ordem constitucional significativamente menos democrática do que era inicialmente[36]. Em outras palavras, ela se desloca em um espectro em direção ao autorita-

[32] *Ver* MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics. *In:* GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (ed.). *Rule by Law*: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 1-22. p. 1-2.

[33] *Ver* VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, 2015. p. 1687-1700, 1707-1710.

[*] [NT]: mudanças constitucionais com "c" minúsculo (*small "c" constitutional changes*) designam alterações na ordem constitucional em sentido material, realizadas fora do texto formal da constituição.

[34] *Ver* SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491. p. 18.

[35] *Ver* SANCHEZ URRIBARRI, Raul A. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 854-884, 2011. Com Yaniv Roznai, exploramos recentemente dinâmicas semelhantes em Honduras. *Ver* LANDAU, David; DIXON, Rosalind; ROZNAI, Yaniv. From an Unconstitutional Constitutional Amendment to an Unconstitutional Constitution? Lessons from Honduras. *Global Constitutionalism*, v. 8, n. 1, p. 40-70, 2019.

[36] *Ver* LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, n. 4, p. 859-890, 2015. p. 859.

rismo, ainda que o regime resultante seja, com frequência, "híbrido" ou "autoritário competitivo", e não completamente autoritário[37]. Nesses tipos de regime, as eleições continuam a ser realizadas, mas são injustas e os direitos da oposição não são respeitados. Por vezes, as eleições podem ser manipuladas por meio de fraude explícita, como a inserção fraudulenta de cédulas em urnas ou a manipulação informática, mas autoritários astutos costumam realizar sua manipulação muito antes de as eleições efetivamente ocorrerem, consolidando o poder, aparelhando instituições-chave, como tribunais e comissões eleitorais, e assediando partidos e líderes de oposição[38].

Também sustentamos que esses deslocamentos entre democracia e autoritarismo devem ser medidos por meio de uma definição relativamente minimalista de democracia constitucional, composta de eleições livres e justas, com um conjunto mínimo de freios e contrapesos independentes sobre o governo eleito, e não por definições mais maximalistas, que poderiam conter uma série de compromissos mais ricos, porém muito mais contestáveis, como a deliberação ou a igualdade substantiva[39]. Denominamos essa concepção "núcleo mínimo democrático"[40, p. 268].

Nossa definição mínima de democracia não é tão estreita quanto as concepções puramente procedimentais ou competitivas de democracia, como as desenvolvidas por Joseph Schumpeter[41]. Ela incorpora compromissos adicionais com o constitucionalismo e o Estado de Direito, incluindo compromissos com certo grau de proteção de determinados direitos individuais, como as liberdades de expressão, de associação e de reunião, e a igualdade ou universalidade no acesso ao direito de voto, porque esses direitos estão estreitamente ligados à equidade eleitoral, a instituições independentes capazes de supervisionar o processo eleitoral e ao controle do uso arbitrário do poder executivo[42].

Nesse sentido, ela se apoia em entendimentos amplamente compartilhados de democracia constitucional no plano transnacional, como aqueles consagrados nos critérios de Copenhague para a adesão à União Europeia – incluindo o compromisso com a democracia, o Estado de Direito, os direitos humanos e o respeito e a proteção das minorias[43]. A União Europeia também observou que, no mínimo, a democracia eleitoral exige: eleições livres com

[37] *Ver* LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. The Rise of Competitive Authoritarianism. *Journal of Democracy*, v. 13, n. 2, p. 51-65, 2002. p. 52-53. *Ver, em geral*, LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. *Competitive Authoritarianism*: Hybrid Regimes after the Cold War. New York: Cambridge University Press, 2010.

[38] *Ver* LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. *Competitive Authoritarianism*: Hybrid Regimes after the Cold War. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 3 (observa que o uso de tais mecanismos "inclinou o campo de jogo em favor dos incumbentes" e que a competição eleitoral era "real, mas injusta").

[39] *Ver* DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Tiered Constitutional Design. *The George Washington Law Review*, v. 86, n. 2, p. 438-512, 2018. p. 469-470.

[40] *Ver* DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core. *In:* GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz (ed.). *Assessing Constitutional Performance*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 268-288.

[41] *Ver* SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. London: Routledge, 2010. p. 241-269. *Ver também* POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003. p. 14-15.

[42] *Ver* DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core. *In:* GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz (ed.). *Assessing Constitutional Performance*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 268-288. p. 277.

[43] *Ver* CONSELHO EUROPEU. *Presidency Conclusions*: Copenhagen European Council, 21-22 June 1993. Copenhagen, 1993. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/enlargement/ec/pdf/cop_en.pdf.

voto secreto, o direito de fundar partidos políticos sem qualquer embaraço por parte do Estado, acesso justo e igualitário a uma imprensa livre, organizações sindicais livres, liberdade de opinião pessoal e poderes executivos restringidos por leis, permitindo o livre acesso a juízes independentes do Executivo[44]. O conceito de núcleo mínimo democrático também se apoia em um consenso sobreposto na prática efetiva da maioria das (verdadeiras) democracias constitucionais em todo o mundo[45]. E é, em geral, compatível com os trabalhos jurídicos e de ciências sociais recentes sobre erosão ou retrocesso democrático, nos quais os analistas adotaram critérios semelhantes, centrados nas eleições[46].

Mas a definição de núcleo mínimo é mais estreita do que muitas definições mais amplas de democracia, que enfatizam outros compromissos, como a deliberação ou a igualdade substantiva[47]. Ela tem, assim, a vantagem de evitar debates controversos na teoria política sobre quais compromissos adicionais a democracia poderia exigir. O fenômeno que buscamos evidenciar envolve a erosão da democracia segundo praticamente *qualquer definição* ou medida e é, portanto, um fenômeno que qualquer democracia deveria reconhecer como normativamente problemático[48].

Reconhecemos, contudo, que mesmo uma definição mínima será difícil de aplicar em algumas circunstâncias. Uma razão é que o efeito de uma dada mudança dependerá inevitavelmente de como ela interage com outras mudanças, com as instituições políticas e com os contextos político e social mais amplos. Ou seja, não se pode simplesmente elaborar uma lista de mudanças "abusivas" em abstrato[49]. Alterações nos procedimentos de nomeação para tribunais ou outros órgãos independentes, como comissões eleitorais, alterações nas regras eleitorais e ampliações de limites aos mandatos presidenciais são, todas, tipos de mudança que *poderiam* ter um impacto negativo significativo sobre o núcleo mínimo democrático, mas isso

[44] *Ver, em geral*, PRIDHAM, Geoffrey. The European Union's Democratic Conditionality and Domestic Politics in Slovakia: The Mečiar and Dzurinda Governments Compared. *Europe-Asia Studies*, v. 54, n. 2, p. 203-227, 2002 (explica que a condicionalidade democrática da UE depende dos países candidatos). RAIK, Kristi. EU Accession of Central and Eastern European Countries: Democracy and Integration as Conflicting Logics. *East European Politics and Societies*, v. 18, n. 4, p. 567-594, 2004. EMERSON, Michael *et al. The Reluctant Debutante*: The European Union as Promoter of Democracy in its Neighbourhood. Brussels: Centre for European Policy Studies, 2005. (CEPS Working Document, n. 223) (discute se a União Europeia é um ator coerente na busca de seu objetivo democrático).

[45] *Ver* DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, p. 606-638, 2015. p. 629-630 (sustenta que a prática constitucional transnacional é um controle útil para os tribunais que aplicam a doutrina da emenda constitucional inconstitucional).

[46] *Ver, por exemplo*, GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2018. p. 14 (desenvolve uma definição de democracia liberal que inclui "eleições livres, direitos de expressão e de associação e um Estado de direito burocrático", fundamentando os dois últimos elementos, em grande medida, em sua importância para a democracia eleitoral).

[47] *Ver* POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003. p. 130 (observa que teorias mais amplas da democracia, que incorporam conceitos como deliberação, são mais contestáveis).

[48] *Ver* SUNSTEIN, Cass R. Problems with Minimalism. *Stanford Law Review*, v. 58, n. 6, p. 1899-1918, 2006. p. 1899.

[49] *Ver* SCHEPPELE, Kim Lane. The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work. *Governance*, v. 26, n. 4, p. 559-562, 2013. p. 559-560 (sustenta que abordagens de lista de verificação (*checklist*) para as normas do Estado de direito podem ser contornadas pela manipulação do efeito de interação entre diferentes normas ou pelo transplante de normas para contextos diversos).

não significa que o terão em todos os contextos. Tal juízo só pode ser formulado mediante uma consideração atenta do contexto e, talvez, por vezes, apenas em retrospecto[50].

Aplicando nossa definição de abusividade, uma decisão judicial é um ato de revisão judicial abusiva se tiver um impacto negativo significativo sobre o núcleo mínimo da democracia eleitoral. Essa é uma questão mais estreita do que saber se uma decisão é partidária, no sentido de favorecer um partido em detrimento de outro, ou mesmo de refletir motivações judiciais partidárias. Padrões partidários de tomada de decisão podem reduzir a legitimidade do Judiciário ao longo do tempo ou refletir outros problemas, mas só são abusivos se tornarem as eleições sistematicamente injustas. Além disso, decisões que afetam compromissos democráticos mais maximalistas, como princípios de deliberação e ideias de igualdade substantiva, não serão automaticamente abusivas no sentido que aqui empregamos. Tais decisões devem ter um impacto negativo significativo sobre a democracia eleitoral para que constituam revisão judicial abusiva.

Evidentemente, determinar se uma dada decisão ou linha de decisões tem um efeito adverso significativo sobre o núcleo mínimo democrático pode ser uma questão difícil. O problema é que o efeito democrático de uma decisão dependerá, com frequência, de sua interação com o contexto político e social e com outras mudanças constitucionais e legais. Tome-se, por exemplo, uma interpretação judicial que afrouxa ou elimina limites aos mandatos presidenciais. Trata-se claramente do tipo de mudança que tem o *potencial* de minar o núcleo mínimo democrático e que, por isso, poderia ser vista com desconfiança[51]. Mas nem todas as decisões desse tipo *terão*, de fato, um efeito negativo significativo sobre a democracia eleitoral. Em alguns contextos, o aumento do poder presidencial pode ser uma mudança isolada, contida por outras dinâmicas institucionais ou por características do sistema partidário[52]. Em outros casos, a mudança pode ampliar enormemente a capacidade de um presidente de dominar o sistema eleitoral e vir acompanhada de uma série de outras mudanças constitucionais formais e informais que centralizam ainda mais o poder.

Assim, em alguns casos, só será possível verificar o impacto sobre o núcleo mínimo *a posteriori*. Mas, como ocorre com outras variantes de mudança constitucional abusiva, pode-se refletir sobre se tal mudança está em curso concentrando-se em elementos componentes-chave – por exemplo, se as mudanças que um líder ou movimento busca promover por meio dos tribunais tendem a minar aspectos centrais da democracia liberal, como a independência judicial e a equidade no campo de jogo eleitoral. Compreender o efeito provável de uma dada mudança exigirá, com frequência, atenção cuidadosa ao contexto e a outras mudanças formais e informais que estejam ocorrendo em determinado país.

[50] *Ver Ibid.*, p. 562. KRYGIER, Martin. The Rule of Law: Pasts, Presents, and Two Possible Futures. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 12, p. 199-229, 2016. p. 212-213 (defende uma abordagem do Estado de direito mais sensível ao contexto).

[51] *Ver* GINSBURG, Tom; MELTON, James; ELKINS, Zachary. On the Evasion of Executive Term Limits. *William & Mary Law Review*, v. 52, n. 6, p. 1807-1872, 2011. p. 1816-1817 (descreve os benefícios dos limites de mandato presidencial em um sistema democrático).

[52] *Ver Ibid.*, p. 1832.

1.2 Intenção e revisão judicial abusiva

Nossa definição de revisão judicial abusiva exige que os juízes mirem *intencionalmente* o núcleo mínimo democrático. Como explicaremos adiante, na Seção 2, os juízes geralmente o fazem após terem sido coagidos ou capturados por atores antidemocráticos, passando, assim, a integrar uma estratégia de regime para minar a democracia liberal. Está implícita nesse conceito de intenção alguma noção de má-fé, ao menos quando a revisão judicial abusiva opera no interior de ordens constitucionais cujo ponto de partida é democrático liberal[53]. Ao proferirem decisões de forte carga antidemocrática, os juízes distorcem o sentido constitucional e frequentemente recorrem, de maneira abusiva, a conceitos e doutrinas concebidos para proteger a democracia liberal, subvertendo seu sentido subjacente e transformando-os em ferramentas para atacar a democracia liberal.

Um requisito de intenção é útil para distinguir a revisão judicial abusiva de diversos outros fenômenos relacionados, mas distintos. Os tribunais podem, por vezes, proferir decisões que têm efeitos antidemocráticos sem ter uma motivação antidemocrática. Para alguns propósitos, como a análise empírica do dano causado à democracia, a motivação pode fazer pouca diferença, e as variantes expostas a seguir devem ser vistas como parentes próximas da revisão judicial abusiva. Mas a presença ou ausência de motivação antidemocrática será, por vezes, muito relevante para determinar a resposta adequada por parte de atores internacionais e outros. Sanções severas contra juízes ou outras medidas podem ser cabíveis quando os juízes destroem intencionalmente sua própria ordem democrática; medidas mais brandas podem fazer mais sentido quando os juízes proferem decisões antidemocráticas por erro ou por outras razões. Além disso, é muito mais provável que a revisão judicial abusiva constitua um programa coerente e de longo prazo para minar a democracia – e, portanto, um problema para aqueles interessados em preservar a democracia liberal – quando é intencional.

Primeiro, os juízes podem proferir decisões antidemocráticas porque genuinamente acreditam que os materiais interpretativos existentes – como o texto constitucional ou os precedentes – os obrigam a chegar a um resultado antidemocrático. Casos desse tipo deveriam ser relativamente raros em uma democracia constitucional, uma vez que os compromissos com a democracia geralmente se refletirão tanto no texto quanto na estrutura de uma constituição escrita. Em particular, deveria ser incomum que uma constituição democrática liberal *impusesse* um resultado antidemocrático. Mas as grandes questões constitucionais admitem uma gama de escolhas interpretativas possíveis, e ao menos algumas dessas escolhas podem afetar o núcleo mínimo democrático[54]. Em alguns casos, como apontou Pozen, crenças genui-

[53] Para uma exploração do uso da má-fé no direito e na teoria constitucionais, *ver, em geral*, POZEN, David E. Constitutional Bad Faith. *Harvard Law Review*, v. 129, n. 4, p. 885-955, 2016.

[54] Tome-se, por exemplo, o caso *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, que invalidou o veto por item (*line-item veto*) usado pelo Congresso para controlar a ação executiva. Alguns comentadores sustentaram que a decisão teve efeito antidemocrático, por enfraquecer o controle do Congresso sobre o presidente e centralizar ainda mais o poder nas mãos de uma presidência já poderosa. A decisão é mais bem compreendida como uma escolha feita pela Corte entre diversas possibilidades constitucionais, e não como uma decisão imposta pelo texto constitucional. *Ver* ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983). Washington, DC, 23 jun. 1983. ELLIOTT, E. Donald. INS v. Chadha: The Administrative Constitution, the Constitution, and the Legislative Veto. *The Supreme Court Review*, v. 1983, p. 125-176, 1983.

namente sustentadas podem resvalar para uma espécie de má-fé, na qual os atores se entregam a um raciocínio motivado e fecham-se a todas as evidências em sentido contrário[55]. Nesses casos, a linha entre ataques intencionais à democracia e a crença genuína no sentido constitucional pode tornar-se difícil de discernir.

Segundo, por vezes os juízes podem optar por chancelar uma ação antidemocrática por razões prudenciais. Os tribunais podem acreditar, por exemplo, que, no longo prazo, proferir tais decisões deixará mais espaço para que o tribunal enfrente ameaças mais graves à democracia. Nos Estados Unidos, há uma vasta literatura sobre as virtudes "prudenciais" da autocontenção judicial. De Bickel em diante, a literatura acadêmica tem sustentado que os juízes devem adotar formas contidas ou fracas de revisão judicial – ou diversas formas de "evitação" constitucional – sempre que formas mais fortes de revisão tenderem a provocar um confronto direto com os poderes políticos[56]. Gardbaum estendeu recentemente esse argumento a um contexto comparado[57]. Por vezes, sustenta ele, formas fortes de revisão judicial podem simplesmente provocar um confronto entre os tribunais e os poderes políticos, que leva estes últimos a desobedecer abertamente aos tribunais (isto é, a minar o Estado de Direito) ou a atacar sua independência e sua competência (minando, assim, a independência judicial)[58]. Em certos contextos, como o de governo de partido dominante, Gardbaum sugere, portanto, que os tribunais devem exercer uma forma de autocontenção prudencial concebida para proteger o Estado de Direito nos casos ordinários, ou a independência judicial no longo prazo[59]. De modo semelhante, um de nós sustentou (com Issacharoff) que os tribunais devem "diferir" certas decisões constitucionais de alta carga política, com vistas a construir a autoridade jurídica *e* política necessária para exercer formas eficazes de cobertura democrática[60]. É legítimo indagar, evidentemente, em que medida a deferência estratégica por razões institucionais é apropriada diante de uma ameaça significativa ao núcleo mínimo da ordem democrática. Mas é claramente possível que juízes façam, de boa-fé, um cálculo judicial segundo o qual proferir uma decisão antidemocrática pode, por vezes, ser um mal menor.

Terceiro, em alguns casos os juízes podem cometer erros quanto aos efeitos prováveis de uma dada decisão sobre a ordem democrática. Por exemplo, os tribunais por vezes adotam

[55] *Ver* POZEN, David E. Constitutional Bad Faith. *Harvard Law Review*, v. 129, n. 4, p. 885-955, 2016. p. 934-936 (denomina esse fenômeno "má-fé sartriana", em razão de sua ênfase no autoengano). O diálogo com materiais comparados pode ser útil como freio a vieses comportamentais de raciocínio motivado desse tipo. *Ver, por exemplo*, DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, p. 606-638, 2015. p. 629.

[56] *Ver, por exemplo*, BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 111-112 (refere-se às "virtudes passivas"). *Cf.* FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, p. 257-337, 2005. p. 257-259 (discute a necessidade de os teóricos do direito constitucional incorporarem a política às teorias da revisão judicial). Em perspectiva comparada, *ver* DELANEY, Erin F. Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective. *Duke Law Journal*, v. 66, n. 1, p. 1-67, 2016. p. 1-12.

[57] *Ver* GARDBAUM, Stephen. Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies? *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 53, n. 2, p. 285-320, 2015.

[58] *Ver Ibid.*, p. 294-297.

[59] *Ver Ibid.*, p. 303. Na ausência de autocontenção, Gardbaum defende um desenho institucional que crie formas mais fracas de revisão judicial, menos propensas a provocar reação (*backlash*). *Ver Ibid.*, p. 311.

[60] *Ver* DIXON, Rosalind; ISSACHAROFF, Samuel. Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy. *Wisconsin Law Review*, v. 2016, n. 4, p. 683-731, 2016. p. 699. *Ver também* DELANEY, Erin F. Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective. *Duke Law Journal*, v. 66, n. 1, p. 1-67, 2016. p. 41-42.

formas de revisão que impõem limites ao emendamento constitucional ou à legislação ordinária e que restringem de modo desarrazoado o espaço para que maiorias persigam seus objetivos legítimos. Mas os juízes podem fazê-lo de boa-fé, a partir de uma crença genuína (ainda que equivocada) de que os arranjos em questão ameaçam os compromissos com a democracia. Por exemplo, em muitos sistemas os juízes detêm o poder de proscrever partidos políticos "antidemocráticos"[61]. Muitos estudiosos defendem hoje que alguns partidos em ordens democráticas "frágeis" devem ser proscritos para proteger a própria democracia constitucional,[62] mas o exercício desse poder é repleto de perigos potenciais. Os tribunais podem proscrever partidos políticos que considerem uma ameaça à ordem democrática em razão de sua liderança, organização ou plataforma, mas, ao fazê-lo, podem também estreitar a ordem democrática, talvez permitindo que outros movimentos monopolizem o poder[63]. Um tribunal pode calcular incorretamente a dimensão da ameaça representada por determinado partido e, assim, proscrevê-lo, ainda que a proscrição possa representar uma ameaça maior à democracia eleitoral do que o próprio partido supostamente antidemocrático.

Como exemplo das complexidades que por vezes acompanham os esforços para discernir a intenção judicial nessa área, considere-se uma linha de casos da Corte Constitucional da Tailândia que mirou o líder populista Thaksin Shinawatra e seus aliados. Entre 2005 e 2015, a Corte Constitucional e o Tribunal Constitucional* proferiram decisões que invalidaram as eleições parlamentares de 2006, destituíram três primeiros-ministros e desqualificaram o maior partido político da Tailândia[64]. Esses eventos impediram a maior parte de sua liderança de concorrer a cargos políticos e de implementar uma série de políticas-chave, incluindo uma série de emendas constitucionais[65]. Essas decisões foram intercaladas com golpes militares, em 2006 e 2014, contra a ordem democrática eleita, tendo o golpe mais recente resultado em

[61] *Ver* GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary. Ancillary Powers of Constitutional Courts. *Texas Law Review*, v. 87, n. 7, p. 1431-1461, 2009. p. 1447 (constata que 28% das constituições modernas contêm dispositivos de proscrição de partidos). ISSACHAROFF, Samuel. Fragile Democracies. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 6, p. 1405-1467, 2007. p. 1430.

[62] *Ver, por exemplo*, ISSACHAROFF, Samuel. Fragile Democracies. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 6, p. 1405-1467, 2007. p. 1406.

[63] *Ver Ibid.*, p. 1411 (observa que "limitar o alcance da deliberação democrática necessariamente põe em questão a legitimidade do processo político").

* [NT]: o golpe militar de 19 de setembro de 2006 revogou a Constituição tailandesa de 1997 e, com ela, extinguiu a Corte Constitucional (*Constitutional Court*) que ela havia instituído. A Constituição provisória editada pela junta em outubro de 2006 criou em seu lugar o Tribunal Constitucional (*Constitutional Tribunal*). Foi esse órgão que, em 30 de maio de 2007, dissolveu o *Thai Rak Thai*, partido de Thaksin, e proibiu 111 de seus dirigentes de exercer atividade política por cinco anos, aplicando retroativamente um ato normativo da junta. A Constituição de 2007 restabeleceu a Corte Constitucional, que, já em 2008, destituiu o primeiro-ministro Samak Sundaravej e dissolveu o Partido do Poder Popular, sucessor do *Thai Rak Thai*, afastando também o primeiro-ministro Somchai Wongsawat. Daí a menção dos autores aos dois órgãos.

[64] *Ver, em geral*, TONSAKULRUNGRUANG, Khemthong. Thailand: An Abuse of Judicial Review. *In:* YAP, Po Jen (ed.). *Judicial Review of Elections in Asia*. London: Routledge, 2016.

[65] *Ver Ibid.*, p. 1. DRESSEL, Björn. Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Considerations from Recent Events in Thailand. *The Pacific Review*, v. 23, n. 5, p. 671-691, 2010. p. 671. BISHOP, Sarah. *Balancing the Judicial Coup Myth*: The Constitutional Court and the 2014 Coup. 2017. Manuscrito não publicado (em arquivo com a autora). BISHOP, Sarah. *The Thai Administrative Courts and Environmental Conflicts*: A Case Study of Map Ta Phut, Rayong. 2011. Monografia (Honours) – College of Asia and the Pacific, Australian National University, Canberra, 28 out. 2011. *Ver também* HARDING, Andrew; LEYLAND, Peter. *The Constitutional System of Thailand*: A Contextual Analysis. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 185-186.

um regime militar duradouro[66]. Sem grande margem para dúvida, portanto, o efeito de longo prazo dessa linha jurisprudencial foi de natureza antidemocrática: as decisões do tribunal ajudaram a criar o clima que justificou o governo militar.

Determinar a intenção antidemocrática é mais difícil. O populismo de Thaksin representava sua própria espécie de ameaça à ordem democrática, como muitos episódios comparados demonstraram – líderes populistas frequentemente chegam ao poder por meio de eleições livres e justas, mas depois o utilizam para forjar novas regras que podem resultar em erosão democrática significativa[67]. Embora aqueles que ajuizaram ações contra Thaksin possam ter tido motivações abusivas desde o início,[68] alguns sugeriram que as decisões que proscreveram os apoiadores de Thaksin podem ter se baseado em uma ideia de boa-fé (ainda que, ao fim, equivocada) sobre qual lado representava a maior ameaça ao constitucionalismo democrático[69]. O tribunal, segundo essa leitura, pode ter contribuído para a suspensão da Constituição tailandesa e para o governo militar, mas isso foi uma consequência não intencional de um esforço de boa-fé, ainda que desajeitado, para conter Thaksin e a ameaça que sua vertente de populismo eleitoral representava para o constitucionalismo e o Estado de Direito[70]. Outros qualificaram as decisões do tribunal como uma forma de "golpe judicial" antidemocrático[71]. É também possível, evidentemente, que a natureza da intenção judicial tenha mudado

[66] *Ver* LILJEBLAD, Jonathan. The Efficacy of National Human Rights Institutions Seen in Context: Lessons from the Myanmar National Human Rights Commission. *Yale Human Rights and Development Law Journal*, v. 19, n. 1, p. 95-132, 2017. p. 130.

[67] *Ver* MÜLLER, Jan-Werner. *What Is Populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016. p. 102 (afirma que os populistas tendem a redigir constituições "partidárias" ou "excludentes"). LANDAU, David. Populist Constitutions. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, p. 521-543, 2018. p. 532.

[68] Os que levaram casos à Corte integravam, em geral, aquilo que Duncan McCargo denomina a "monarquia em rede" (*network monarchy*) tailandesa – a combinação de elites militares, político-burocráticas e empresariais leais ao Rei. *Ver* McCARGO, Duncan. Thailand: State of Anxiety. *Southeast Asian Affairs*, v. 2008, p. 333-356, 2008. p. 334. Alguns comentadores sustentam que, após 2006, esses atores passaram a ver a judicialização como forma de compensar sua fraqueza eleitoral em relação à coalizão de Thaksin. *Ver* McCARGO, Duncan. Competing Notions of Judicialization in Thailand. *Contemporary Southeast Asia*, v. 36, n. 3, p. 417-441, 2014. p. 419-422.

[69] *Ver* BISHOP, Sarah. *Balancing the Judicial Coup Myth*: The Constitutional Court and the 2014 Coup. 2017. Manuscrito não publicado (em arquivo com a autora). p. 4-6. BISHOP, Sarah. *The Thai Administrative Courts and Environmental Conflicts*: A Case Study of Map Ta Phut, Rayong. 2011. Monografia (Honours) – College of Asia and the Pacific, Australian National University, Canberra, 28 out. 2011. p. 1-2.

[70] Sobre as ameaças representadas por Thaksin nesse contexto, *ver* CONNORS, Michael K. Article of Faith: The Failure of Royal Liberalism in Thailand. *Journal of Contemporary Asia*, v. 38, n. 1, p. 143-165, 2008. p. 143-144. CONNORS, Michael K. Liberalism, Authoritarianism and the Politics of Decisionism in Thailand. *The Pacific Review*, v. 22, n. 3, p. 355-373, 2009. p. 365-366. PONGSUDHIRAK, Thitinan. Thailand Since the Coup. *Journal of Democracy*, v. 19, n. 4, p. 140-153, 2008. p. 141-142.

[71] *Ver* MÉRIEAU, Eugénie. Thailand's Deep State, Royal Power and the Constitutional Court (1997–2015). *Journal of Contemporary Asia*, v. 46, n. 3, p. 445-466, 2016. p. 449. BISHOP, Sarah. *Balancing the Judicial Coup Myth*: The Constitutional Court and the 2014 Coup. 2017. Manuscrito não publicado (em arquivo com a autora). p. 1. A COUP by Another Name in Thailand. *The New York Times*, 8 maio 2014. Editorial. Disponível em: https://www.nytimes.com/2014/05/09/opinion/a-coup-by-another-name-in-thailand.html. THAILAND'S Aristocratic Dead-Enders. *The Wall Street Journal*, 7 maio 2014. Disponível em: https://www.wsj.com/articles/thailands-aristocratic-dead-enders-1399481518. *Cf.* DRESSEL, Björn. Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Considerations from Recent Events in Thailand. *The Pacific Review*, v. 23, n. 5, p. 671-691, 2010. p. 687 (formula uma sugestão mais cautelosa no mesmo sentido).

ao longo do tempo e se aproximado da revisão judicial abusiva à medida que os objetivos finais dos militares se tornaram mais claros[72].

Independentemente de tais complexidades, os analistas dispõem de uma série de ferramentas para determinar quando os tribunais provavelmente estão subvertendo intencionalmente a ordem democrática. Um tipo de indício concentra-se em intromissões significativas na independência dos tribunais como instituições[73]. Como a revisão judicial abusiva está geralmente associada a judiciários capturados (ou, ao menos, intimidados), deve-se buscar indícios de que a independência de tribunais e juízes foi minada. Examinamos esses pontos em maior detalhe na Seção 2, adiante, mas indícios de manobras formais e informais para assumir o controle dos tribunais estão frequentemente disponíveis: tentativas infundadas de *impeachment* ou outras destituições irregulares, alterações nas regras de seleção e de regulação dos juízes e medidas semelhantes[74]. Evidentemente, nem todas as formas de captura ou coerção constitucional serão prontamente visíveis para observadores externos. Em alguns casos, aspirantes a autoritários podem simplesmente ameaçar utilizar essas ferramentas como meio de capturar ou controlar um tribunal – e fazê-lo a portas fechadas[75].

Outros indicadores importantes são irregularidades procedimentais significativas na forma como um caso individual é conduzido. Nos Estados Unidos, por exemplo, os tribunais federais geralmente se recusam a apreciar pedidos de revisão com base no direito federal se houver fundamentos estaduais "adequados e independentes" para uma decisão[76]. A Suprema Corte dos Estados Unidos, contudo, decidiu que os fundamentos estaduais não serão "adequados" para impedir a revisão federal em certas circunstâncias – inclusive quando houver indícios de má-fé, de irregularidade procedimental ou de uma abordagem inédita ou bizarra do direito estadual por parte de um tribunal estadual[77]. Um ponto semelhante aplica-se em perspectiva comparada. Embora a irregularidade procedimental possa não equivaler à má-fé, ela pode ser um indicador importante desta. Assim, juízes misteriosamente substituídos, procedimentos normais desrespeitados ou decisões tomadas em circunstâncias estranhas podem, todos, ser potenciais sinais de alarme.

Tome-se o caso nicaraguense de 2009, examinado em maior detalhe na Seção 4.1, adiante, no qual a Corte Suprema de Justiça da Nicarágua extirpou da Constituição nicaraguense os limites aos mandatos presidenciais. A decisão foi proferida em condições procedimentais extraordinárias. O presidente do tribunal notificou formalmente os demais juízes sobre a votação do caso apenas depois de encerrado o horário normal de expediente, quando, portanto,

[72] *Ver, em geral*, TONSAKULRUNGRUANG, Khemthong. Thailand: An Abuse of Judicial Review. *In:* YAP, Po Jen (ed.). *Judicial Review of Elections in Asia*. London: Routledge, 2016 (descreve a expansão da revisão judicial na Tailândia e sua contribuição para a crise constitucional).

[73] *Ver*, *infra*, Seção 2.2.

[74] *Ver*, *infra*, Seção 2.2.

[75] No Burundi, por exemplo, as alegações de coação só vieram à tona depois de proferida, em 2015, a decisão do Tribunal Constitucional que permitiu ao presidente concorrer a mais um mandato. *Ver* SENIOR Burundi Judge Flees Rather Than Approve President's Candidacy. *The Guardian*, 4 maio 2015. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2015/may/05/senior-burundi-judge-flees-rather-than-approve-presidents-candidacy (afirma que os juízes enfrentaram "enorme pressão e até ameaças de morte" depois de concluírem inicialmente que a reeleição presidencial seria inconstitucional).

[76] POLLOCK, Stewart G. Adequate and Independent State Grounds as a Means of Balancing the Relationship Between State and Federal Courts. *Texas Law Review*, v. 63, n. 6, p. 977-993, 1985. p. 977.

[77] *Ver* ROOSEVELT III, Kermit. Light from Dead Stars: The Procedural Adequate and Independent State Ground Reconsidered. *Columbia Law Review*, v. 103, n. 8, p. 1888-1918, 2003. p. 1890 (observa que o controle procedimental com base na doutrina é "muito mais rigoroso" do que o controle dos fundamentos substantivos).

juízes e servidores do tribunal já haviam ido para casa[78]. Informalmente, apenas os juízes filiados ao partido do presidente foram notificados; naturalmente, os juízes de oposição no tribunal não compareceram e foram substituídos por suplentes favoráveis ao regime[79]. Irregularidades procedimentais tão extraordinárias são indícios úteis de má-fé[80].

Na mesma linha, a natureza do raciocínio jurídico pode, por vezes, ser útil para discernir se está ocorrendo revisão judicial abusiva. Tribunais em diferentes sistemas constitucionais têm normas distintas quanto ao grau em que fundamentam suas decisões ou buscam unanimidade ou decisões conjuntas[81]. Dada essa variedade de abordagens, será frequentemente difícil determinar a natureza abusiva da revisão judicial com base apenas no alcance e na natureza da fundamentação de um tribunal. É preciso examinar o contexto e os efeitos de uma decisão judicial. Mas o afastamento, por parte de um tribunal, de suas *próprias* práticas e precedentes consolidados pode ser um sinal importante de que o tribunal está, de fato, praticando deliberadamente a revisão judicial abusiva: se um tribunal deixa de corresponder a seus próprios padrões ordinários de raciocínio jurídico, esse pode ser um sinal relativamente claro de que incorre em formas abusivas de revisão judicial.

Quando os tribunais praticam deliberadamente formas antidemocráticas de revisão judicial, pode haver igualmente indícios de formas abusivas de raciocínio ou de "empréstimo" por parte dos juízes na aplicação de precedentes existentes. Em outro trabalho, definimos o empréstimo abusivo como o empréstimo de ideias democráticas liberais de uma das seguintes maneiras: (i) altamente superficial, ou que envolve a forma, mas não a substância, das normas constitucionais democráticas; (ii) altamente seletiva, que escolhe a dedo certos elementos do constitucionalismo democrático liberal; (iii) altamente acontextual, que ignora diferenças de contexto político ou social; ou (iv) que inverte o propósito das normas e ideias democráticas, de modo que produzam o efeito oposto ao anterior[82]. Tribunais que se valem conscientemente de formas abusivas de revisão podem empregar todas essas técnicas como meio de conciliar as exigências de respeito ao precedente e de raciocínio jurídico ortodoxo com efeitos antidemocráticos. Em vez de simplesmente ignorar as doutrinas existentes, tenderão a citá-las de maneira acontextual – reutilizando, assim, doutrinas encontradas em outros lugares em contextos nos quais a ausência de certas condições jurídicas, sociais ou políticas de sustentação tornaria esse uso problemático. Ou podem fazer uso da doutrina de maneira patentemente seletiva, por exemplo, brandindo doutrinas contra adversários políticos, mas procu-

[78] *Ver* NICARAGUA'S Chief Justice Denounces Pro-Ortega Ruling. *Latin American Herald Tribune*. Disponível em: http://www.laht.com/article.asp?CategoryId=23558&ArticleId=345896. *Ver também* DIXON, Rosalind; JACKSON, Vicki C. Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests. *Wake Forest Law Review*, v. 48, n. 1, p. 149-209, 2013. p. 164 (observa que o colegiado que julgou o caso era composto apenas por juízes pró-Ortega).

[79] *Ver* NICARAGUA'S Chief Justice Denounces Pro-Ortega Ruling. *Latin American Herald Tribune*. Disponível em: http://www.laht.com/article.asp?CategoryId=23558&ArticleId=345896.

[80] *Ver* DIXON, Rosalind; JACKSON, Vicki C. Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests. *Wake Forest Law Review*, v. 48, n. 1, p. 149-209, 2013. p. 203 (fundamenta a legitimidade de intervenções externas em controvérsias constitucionais internas em preocupações relativas à má-fé).

[81] *Ver, em geral*, LASSER, Mitchel de S.-O.-l'E. *Judicial Deliberations*: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy. Oxford: Oxford University Press, 2004 (compara estilos decisórios entre países).

[82] *Ver* DIXON, Rosalind; LANDAU, David. 1989–2019: From Democratic to Abusive Constitutional Borrowing. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 2, p. 489-496, 2019. p. 489.

rando proteger os aliados. Como enfatiza Pozen, o uso altamente inconsistente de metodologias ou interpretações extremamente desarrazoadas do direito são frequentemente tomados como indícios de má-fé[83].

É de esperar que esses sinais sejam, em geral, sutis. Tribunais que recorrem a formas intencionalmente antidemocráticas de revisão têm fortes incentivos para ocultar suas motivações. Isso porque, para terem êxito, as formas antidemocráticas de revisão judicial devem, em última análise, ser vistas pelo público mais amplo como ao menos relativamente independentes dos poderes políticos. Os próprios tribunais devem, portanto, raciocinar de maneira que respeite processos relativamente ortodoxos de raciocínio jurídico: as formas mais flagrantes de revisão judicial abusiva serão aquelas que envolvem pouca ou nenhuma tentativa, por parte dos juízes, de justificar suas conclusões por referência a processos ortodoxos de raciocínio jurídico, ou pouca ou nenhuma citação de modalidades constitucionais consolidadas ou reconhecidas. Mas uma revisão judicial desse tipo terá também valor limitado para os aspirantes a autoritários – pode ser tão ostensivamente abusiva que contribua menos para aumentar a legitimidade percebida das tentativas subjacentes de mudança constitucional abusiva. Formas mais eficazes de revisão judicial abusiva tenderão, portanto, a ser mais bem fundamentadas e mais ortodoxas em sua abordagem do processo de raciocínio jurídico, de maneiras que as tornam mais difíceis de identificar como portadoras de motivações abusivas. Isso espelha constatações mais amplas de cientistas políticos de que os tribunais tendem a *intensificar* os esforços de justificação jurídica quando antecipam oposição política[84].

2 A REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA COMO ESTRATÉGIA DE REGIME

A maioria dos casos de revisão judicial abusiva envolve tribunais que atuam como parte de uma estratégia de regime mais ampla, conduzida por aspirantes a autoritários, para minar a ordem democrática liberal de um país. Nesse sentido, a revisão judicial abusiva pode ser concebida como uma ferramenta nas mãos de atores políticos antidemocráticos, ao lado de outras, como o emendamento formal, as mudanças jurídicas infraconstitucionais e as alterações em normas informais.

A ideia dos tribunais como agentes de um regime não é, evidentemente, uma percepção exclusiva dos contextos de erosão democrática. De fato, uma literatura considerável vê os tribunais como parte do regime político subjacente e examina as funções que eles podem desempenhar para esse regime[85]. Dois aspectos distinguem a revisão judicial abusiva. Primeiro, as funções específicas desempenhadas pelos tribunais nesse contexto minam a ordem

[83] *Ver* POZEN, David E. Constitutional Bad Faith. *Harvard Law Review*, v. 129, n. 4, p. 885-955, 2016. p. 925, 933 (menciona "argumentos interpretativos tão desarrazoados que denunciam um desígnio oculto ou um estado de espírito malicioso" como indício de má-fé, embora observe "as dificuldades de determinar o que é objetivamente desarrazoado no direito constitucional") (grifo omitido).

[84] *Ver* LARSSON, Olof *et al.* Speaking Law to Power: The Strategic Use of Precedent of the Court of Justice of the European Union. *Comparative Political Studies*, v. 50, n. 7, p. 879-907, 2017. p. 896.

[85] *Ver, por exemplo*, GRABER, Mark A. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. *Studies in American Political Development*, v. 7, n. 1, p. 35-73, 1993. p. 44 (sustenta que os políticos norte-americanos recorrem aos tribunais quando cisões intrapartidárias impedem o sistema de lidar com uma questão). HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008. p. 107 (examina os incentivos dos atores políticos para atribuir aos juízes a decisão de questões

democrática liberal, em vez de simplesmente redistribuir o poder em seu interior (por exemplo, entre os governos subnacionais e o governo nacional)[86]. Segundo, os juízes que exercem a revisão judicial abusiva frequentemente não estão apenas ideologicamente alinhados com o regime político; foram capturados ou intimidados por ele, como explicaremos a seguir. As medidas que os aspirantes a autoritários utilizam para assumir o controle dos tribunais nesse contexto podem ser especialmente agressivas porque as recompensas desse controle são também potencialmente elevadas[87]. Esta seção enfrenta duas questões-chave a respeito de uma estratégia de regime de revisão judicial abusiva: por que os regimes poderiam apoiar-se nos tribunais para levar a cabo mudanças constitucionais antidemocráticas, e como o fazem?

2.1 Por que aspirantes a autoritários recorrem aos tribunais

Estudos estatísticos demonstraram uma acentuada tendência de crescimento na porcentagem de constituições que preveem a revisão judicial – a vasta maioria dos textos ao redor do mundo hoje o prevê[88]. A tendência comporta exceções, evidentemente,[89] mas atravessa todas as regiões. Além disso, a inclusão de um tribunal dotado de poderes de revisão judicial é hoje frequentemente vista como uma das características canônicas do constitucionalismo democrático liberal, e é frequentemente incluída nas receitas para novas democracias[90].

Ao exercerem poderes de revisão judicial, a maioria dos tribunais goza também de certo grau de legitimidade presumida, como instituições que agem "juridicamente", e não politicamente. A maioria dos constitucionalistas concorda que há algum grau de escolha e, portanto, de juízo político, inerente ao processo de construção constitucional[91]. Mas a maioria também

políticas centrais). WHITTINGTON, Keith E. "Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p. 583-596, 2005. p. 584-585 (examina as funções políticas que a revisão judicial desempenhou ao longo do tempo nos Estados Unidos).

[86] *Ver* GILLMAN, Howard. How Political Parties Can Use the Courts to Advance Their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875–1891. *American Political Science Review*, v. 96, n. 3, p. 511-524, 2002. p. 516 (sustenta que o Partido Republicano utilizou o Judiciário federal para implementar uma política de nacionalismo econômico). WHITTINGTON, Keith E. "Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p. 583-596, 2005. p. 584.

[87] *Ver* POPOVA, Maria. Political Competition as an Obstacle to Judicial Independence: Evidence from Russia and Ukraine. *Comparative Political Studies*, v. 43, n. 10, p. 1202-1229, 2010. p. 1205.

[88] *Ver* GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 30, n. 3, p. 587-622, 2014. p. 587 (constata que apenas 38% das constituições previam controle de constitucionalidade em 1951, contra 83% em 2011).

[89] *Ver, por exemplo*, RYTTER, Jens Elo; WIND, Marlene. In Need of Juristocracy? The Silence of Denmark in the Development of European Legal Norms. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 2, p. 470-504, 2011. p. 470 (afirma que os países nórdicos não têm essa tradição de revisão judicial).

[90] *Ver* STONE SWEET, Alec. Constitutional Courts. *In:* ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 816-830. p. 816 (observa que, na década de 1990, uma "fórmula básica" que incluía a revisão judicial "havia se difundido globalmente").

[91] *Ver, por exemplo*, SOLUM, Lawrence B. Originalism and Constitutional Construction. *Fordham Law Review*, v. 82, n. 2, p. 453-537, 2013. p. 527-528 (reconhece a impossibilidade de restringir a revisão judicial moderna aos entendimentos dos que viviam à época da elaboração e da ratificação do dispositivo constitucional pertinente).

sustenta que ainda há algo distintivamente jurídico no processo de construção constitucional, ou que ele envolve uma combinação de juízo jurídico e político[92]. Essa compreensão da autonomia relativa do direito em relação à política significa que as decisões judiciais gozam de uma forma presumida de respeito na maioria dos sistemas constitucionais. Legisladores de oposição e atores da sociedade civil frequentemente aceitam respeitar as decisões dos tribunais, mesmo quando se opõem fortemente ao resultado alcançado por um tribunal ou ao efeito de suas decisões. E os atores internacionais frequentemente aceitam respeitar o resultado de uma decisão constitucional, mesmo quando discordam dele, e poderiam estar inclinados a criticar o governo por adotar formas equivalentes de mudança legislativa ou constitucional.

Quando os regimes adotam uma estratégia de revisão judicial abusiva, também estão tentando tirar proveito da legitimidade presumida conferida à revisão judicial no constitucionalismo democrático liberal para atenuar a oposição tanto interna quanto [internacional][*] às ações autoritárias. As culturas constitucionais nacionais, assim como as normas internacionais, podem tornar difícil para autoridades do Executivo ou do Legislativo desconsiderar ou violar flagrantemente normas constitucionais. Por exemplo, e para tomar vários exemplos extraídos da experiência comparada recente, autoridades políticas que desconsideram limites textuais claros a seus mandatos, que proscrevem partidos de oposição e que fecham ou limitam instituições controladas pela oposição, como legislaturas, podem enfrentar uma recepção interna hostil e sanções rápidas por parte de instituições internacionais ou regionais[93]. Os tribunais podem contornar algumas das restrições aparentemente impostas pelos textos constitucionais, de uma maneira que pode provocar menos protestos das instituições internacionais, se forem eles a levar a cabo essas ações.

No mínimo, eles podem oferecer às elites dominantes um meio de alcançar fins que seriam muito mais custosos se fossem perseguidos por vias políticas. No contexto dos Estados Unidos, essa é uma das percepções-chave das teorias da revisão judicial baseadas no "regime" ("*regime*"*-based*). Estudiosos como Whittington e Gillman sugerem que os tribunais federais nos Estados Unidos desempenharam, por vezes, funções cruciais, desde "auxili[ar] autoridades poderosas do governo em exercício a superar diversas barreiras estruturais à realização de seus objetivos ideológicos por meio da ação política direta", de maneiras que explicam por que os líderes políticos frequentemente se dispõem a apoiar, ou ao menos a tolerar, formas

SOLUM, Lawrence B. The Interpretation-Construction Distinction. *Constitutional Commentary*, v. 27, n. 1, p. 95-118, 2010. p. 104 (afirma que a construção não pode ser "neutra em relação a valores").

[92] *Compare-se* ROUX, Theunis. *The Politico-Legal Dynamics of Judicial Review*: A Comparative Analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 6 (expõe o entendimento convencional segundo o qual as decisões constitucionais têm dimensão política, mas permanecem distintamente jurídicas) *com* KENNEDY, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 8, p. 1685-1778, 1976. p. 1731-1732 (contesta essa visão).

[*] [NT]: o original traz "*domestic and internal opposition*", provável lapso por "*domestic and international*", forma que os autores empregam em passagens paralelas e que o restante do parágrafo, dedicado a normas e sanções internacionais, confirma.

[93] As potenciais sanções internacionais contra ações flagrantemente inconstitucionais foram reforçadas, nos últimos anos, em muitas regiões do mundo, inclusive na América Latina, na Europa e na África, por meio de "cláusulas democráticas" que preveem consequências para regimes que promovam interrupções inconstitucionais da ordem democrática ou outras ameaças ao Estado de direito. *Ver* LANDAU, David. Democratic Erosion and Constitution-Making Moments: The Role of International Law. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, p. 87-112, 2017. p. 100.

fortes de revisão judicial[94]. A principal diferença é que, nos contextos aqui estudados, as funções desempenhadas pelos tribunais envolvem ataques aos valores básicos da ordem democrática.

Há também custos crescentes, provenientes da esfera internacional, para a adoção de formas abertamente autoritárias de mudança. Em alguns contextos regionais, os regimes enfrentam hoje um conjunto de sanções potenciais por agirem de modo flagrantemente inconstitucional ou antidemocrático. Isso é mais evidente na Europa, onde tanto a União Europeia quanto o Conselho da Europa contam com mecanismos de monitoramento e sanções potenciais para manobras antidemocráticas[95]. Outras regiões do mundo, incluindo a América Latina e a África, dispõem de tribunais de direitos humanos com ao menos algum interesse em apreciar casos relativos a questões de democratização, e de "cláusulas democráticas" que preveem sanções para rupturas "inconstitucionais" da ordem democrática[96]. Essas cláusulas têm sido acionadas principalmente contra golpes, mas uma literatura e um debate em franca expansão também as concebem como respostas a formas mais sutis de solapamento democrático[97]. Ao assegurar que as mudanças relevantes sejam levadas a cabo, no todo ou em parte, por meio de atos de tribunais "independentes", contudo, atores com pretensões autoritárias podem conseguir atenuar a força das críticas internas e internacionais a suas ações. Assim, os atores internacionais podem, por vezes, estar menos dispostos a atacar decisões judiciais, ou ser menos rápidos em perceber que um regime está, na verdade, excedendo seus limites constitucionais. Isso pode ajudar a afastar sanções ou outras consequências que, de outro modo, decorreriam da ação antidemocrática. Em suma, a revisão judicial pode ser uma forma de tornar a erosão democrática ao mesmo tempo menos visível e mais legítima, com benefícios potenciais para o regime.

A revisão judicial abusiva é geralmente parte de uma estratégia de regime mais ampla de mudança constitucional antidemocrática, que inclui uma série de ferramentas formais e informais[98]. Nesse sentido, pode ser tanto um substituto quanto um complemento de outras formas de mudança. Em algumas situações, os atores podem recorrer aos tribunais precisamente porque outras vias de mudança, especialmente as ferramentas de mudança constitucional formal, estão bloqueadas ou imporiam custos mais elevados ao regime. Por exemplo, na Polônia, analistas observaram que o partido governante se apoiou muito fortemente na captura do Tribunal Constitucional, que posteriormente proferiu uma série de decisões favoráveis que permitiram ao regime consolidar o poder, em parte porque o partido não dispunha

[94] *Ver* GILLMAN, Howard. How Political Parties Can Use the Courts to Advance Their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875–1891. *American Political Science Review*, v. 96, n. 3, p. 511-524, 2002. p. 515. WHITTINGTON, Keith E. "Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p. 583-596, 2005. p. 584.

[95] *Ver* MÜLLER, Jan-Werner. Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law Inside Member States? *European Law Journal*, v. 21, n. 2, p. 141-160, 2015. p. 144 (discute uma série de mecanismos do direito da UE).

[96] *Ver* LANDAU, David. Democratic Erosion and Constitution-Making Moments: The Role of International Law. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, p. 87-112, 2017. p. 100. WOBIG, Jacob. Defending Democracy with International Law: Preventing Coup Attempts with Democracy Clauses. *Democratization*, v. 22, n. 4, p. 631-654, 2015. p. 633-634.

[97] *Ver* PICCONE, Theodore J. International Mechanisms for Protecting Democracy. *In:* HALPERIN, Morton H.; GALIC, Mirna (ed.). *Protecting Democracy*: International Responses. Lanham: Lexington Books, 2005. p. 102.

[98] *Ver*, *supra*, Seção 1 (descreve outros instrumentos de mudança, constitucionais e infraconstitucionais).

dos votos necessários para o emendamento constitucional formal[99]. De modo semelhante, em diversos países da América Latina, incluindo Nicarágua, Bolívia e Honduras, os tribunais utilizaram a doutrina da emenda constitucional inconstitucional para abolir limites aos mandatos presidenciais, precisamente porque os presidentes ou não dispunham dos meios para levar a cabo mudanças constitucionais formais ou temiam as consequências de seguir essa via[100].

Em outros aspectos, a revisão judicial abusiva pode ser complementar a outras ferramentas. Na Polônia, o partido governante também levou a cabo uma série de mudanças infraconstitucionais. Aprovou uma série de leis importantes, por exemplo, para alterar a organização do Judiciário e limitar a liberdade de expressão da oposição[101]. Essas leis, contudo, são de constitucionalidade duvidosa, e, por isso, o controle governamental sobre o Tribunal Constitucional polonês revelou-se crucial para permitir que o regime as promulgasse. Por razões relacionadas, esperaríamos que a revisão judicial abusiva desempenhasse um papel importante mesmo em muitos contextos nos quais outras ferramentas *estão* disponíveis. Muitos dos exemplos de mudança constitucional abusiva mais estudados, como Hungria, Venezuela e Turquia, apoiam-se em uma combinação de ferramentas, incluindo a mudança constitucional formal, a mudança legislativa, mudanças constitucionais informais e a revisão judicial[102]. Cada uma delas parece desempenhar um papel importante (e ainda não plenamente compreendido) na erosão da democracia em diferentes contextos nacionais.

2.2 Como os regimes capturam os tribunais

Como podem os aspirantes a autoritários aumentar as chances de que as cortes constitucionais exerçam formas abusivas de revisão judicial? Eles dispõem de muitas ferramentas. Algumas são informais; outras, formais. Além disso, algumas são óbvias, enquanto outras são formas mais sutis de pressão, que dependem da disposição dos tribunais de "entrar no jogo".

Informalmente, os regimes por vezes recorrem a subornos e outros incentivos para obter decisões favoráveis ou aposentadorias oportunas de magistrados[103]. Os regimes podem ameaçar o prestígio ou a reputação de um tribunal ou de seus juízes por meio de campanhas públicas. Talvez a ferramenta informal mais óbvia seja a ameaça de coerção, que ainda é claramente uma tática empregada por alguns governos não democráticos hoje.

No Burundi, por exemplo, houve diversos relatos de interferência direta do presidente e de seus apoiadores na independência do Tribunal Constitucional em 2015, no contexto de

[99] *Ver* SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491. p. 31.

[100] *Ver*, *infra*, Seção 4.1.

[101] *Ver* SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491. p. 51-52.

[102] *Ver* LANDAU, David. Populist Constitutions. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, p. 521-543, 2018. p. 532-533.

[103] *Ver* HELMKE, Gretchen. *Institutions on the Edge*: The Origins and Consequences of Inter-Branch Crises in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 126-150 (discute a "manipulação judicial" na América Latina).

suas deliberações sobre a aplicação dos limites aos mandatos presidenciais[104]. Do mesmo modo, no Equador, Craig M. Kauffman e Pamela M. Martin encontraram indícios de ameaças do presidente Rafael Correa contra diversos juízes. Eles citam, por exemplo, um memorando de 2010 supostamente enviado a todos os juízes pela Secretaria Judicial Nacional, no qual Correa afirmava que qualquer juiz que declarasse inconstitucional um projeto de obras públicas seria *pessoalmente* responsável perante o Estado pelo "dano e prejuízo" causados pela oportunidade perdida de levar adiante o projeto[105]. Táticas semelhantes também foram relatadas em Fiji após um golpe militar do hoje primeiro-ministro Josaia Voreqe Bainimarama, em 2006 – juízes relataram que suas casas foram incendiadas e seus bens, vandalizados[106].

Para além da coerção, os regimes dispõem de uma série de ferramentas *jurídicas* formais para influenciar a composição e os poderes do Judiciário. A maior parte dessas mudanças enquadra-se em uma de duas categorias: tentativas de "aparelhar" um tribunal, influenciando sua composição, e tentativas de "cercear" um tribunal, ameaçando seus poderes ou recursos institucionais.

A maneira mais ortodoxa de influenciar a composição de um tribunal, ou de "aparelhá-lo", é nomear um novo conjunto de juízes para uma ou mais vagas abertas. Mas, quando isso não é possível, os aspirantes a autoritários podem tentar alterar o tamanho de um tribunal, ou o número de juízes que compõem um tribunal ou um órgão julgador específico. Por exemplo, podem optar por não nomear um quórum completo de juízes para um tribunal ou, inversamente, por aumentar o tamanho de um tribunal, com vistas a nomear um novo conjunto de juízes ideologicamente simpáticos.

Assim, na Venezuela, por exemplo, a Assembleia Nacional da Venezuela aprovou, em 2004, a nova Lei Orgânica da Suprema Corte, que ampliou o tamanho da Suprema Corte venezuelana de vinte para trinta e dois magistrados e tornou muito mais fácil para a Assembleia destituir magistrados, seja anulando suas nomeações, seja submetendo-os a *impeachment*[107]. Esses novos poderes de destituição foram utilizados para forçar diversas mudanças-chave, incluindo a remoção do vice-presidente do tribunal, de modo que, após 2004, o regime passou a exercer, na prática, controle completo sobre o tribunal[108]. De modo semelhante, na Hungria, o parlamento controlado pelo Fidesz ampliou o tamanho do Tribunal Constitucional da Hungria de onze para quinze juízes, como parte de um esforço mais amplo para capturar o tribunal[109].

---

[104] *Ver* VANDEGINSTE, Stef. Legal Loopholes and the Politics of Executive Term Limits: Insights from Burundi. *Africa Spectrum*, v. 51, n. 2, p. 39-63, 2016. p. 56. KABUMBA, Busingye. A Legal Expert's View on Burundi Term Limits Saga. *The Observer*, 13 maio 2015. Disponível em: http://observer.ug/viewpoint/37809-a-legal-expert-s-view-on-burundi-term-limits-saga.

[105] DIXON, Rosalind. Constitutional Rights as Bribes. *Connecticut Law Review*, v. 50, n. 3, p. 767-818, 2018. p. 800.

[106] *Ver* INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Dire Straits*: A Report on the Rule of Law in Fiji. London: IBA, 2009. p. 44.

[107] *Ver* SANCHEZ URRIBARRI, Raul A. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 854-884, 2011. p. 871-872.

[108] *Ver Ibid.*, p. 872-873.

[109] *Ver* SZENTE, Zoltán. The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014. *Constitutional Studies*, v. 1, n. 1, p. 123-149, 2016. p. 131.

Outro mecanismo para influenciar a composição de um tribunal envolve tentativas de [explorar][*] alegações existentes de má conduta contra certos juízes, incluindo alegações de corrupção, e de seguir os procedimentos estabelecidos de destituição, como o *impeachment* fundado em má conduta ou corrupção. Quando os regimes dispõem de apoio suficiente no Legislativo, tais destituições podem ser bastante fáceis. Na Bolívia, por exemplo, o regime de Evo Morales foi agressivo ao buscar o *impeachment* de juízes hostis por motivos frágeis. Em 2014, por exemplo, foram instaurados processos de *impeachment* contra três magistrados do Tribunal Constitucional Plurinacional, a corte constitucional do país, depois que decidiram contra o governo, e os três acabaram sendo destituídos do tribunal[110].

Uma forma relacionada de remover juízes hostis é alterar a idade de aposentadoria, forçando, na prática, os juízes mais velhos a deixar o tribunal e criando, assim, novas vagas que podem ser preenchidas por leais ao regime. Essa tática foi empregada tanto na Polônia quanto na Hungria, embora o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tenha, em ambos os casos, declarado que a redução da idade de aposentadoria violava o direito da UE[111].

Uma versão "mais branda" de técnica semelhante consiste em manipular o processo de promoção judicial, seja para tribunais superiores, seja para a presidência de um tribunal. Na Índia, por exemplo, depois que a Suprema Corte indiana proferiu sua famosa decisão em *Kesavananda*, que considerou uma emenda constitucional de Indira Gandhi destinada a subtrair certas matérias à revisão judicial uma emenda constitucional inconstitucional,[112] Gandhi reagiu já no dia seguinte, desrespeitando uma norma há muito aceita segundo a qual a promoção à presidência da Corte se basearia exclusivamente na antiguidade. Ela preteriu três magistrados mais antigos que integravam a maioria em *Kesavananda* e promoveu um magistrado menos antigo, que havia sido vencido em *Kesavananda*[113].

Na Polônia, em 2015, o PiS também deu início a seus esforços para minar a independência judicial, recusando-se a dar posse a juízes nomeados pela legislatura anterior do *Sejm*, a câmara baixa do parlamento polonês, e elegendo cinco novos juízes[114]. Quando o Tribunal

[*] [NT]: o original traz "*attempts to remove existing allegations of misconduct*", o que, literalmente, inverteria o sentido do parágrafo, voltado aos meios de afastar juízes, e não de livrá-los de acusações. O restante do período ("e de seguir os procedimentos estabelecidos de destituição") e o exemplo boliviano que se segue indicam lapso de redação; daí a reconstrução "[explorar]".

[110] *Ver* EL SENADO reactiva juicio en contra del magistrado Gualberto Cusi. *La Razón*, 24 nov. 2016. Disponível em: http://www.la-razon.com/nacional/Senado-reactiva-magistrado-Gualberto-Cusi_0_2606739313.html.

[111] *Ver* UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Processo C-286/12, Comissão Europeia contra Hungria*. Acórdão de 6 nov. 2012. Common Market Law Reports, v. 1, p. 1243. GYULAVÁRI, Tamás; HŐS, Nikolett. Retirement of Hungarian Judges, Age Discrimination and Judicial Independence: A Tale of Two Courts. *Industrial Law Journal*, v. 42, n. 3, p. 289-297, 2013. p. 291-292 (observa que a tentativa de reduzir a idade de aposentadoria dos juízes húngaros de setenta para sessenta e dois anos foi invalidada tanto pelo Tribunal Constitucional quanto pelo TJUE). EU COURT Orders Poland to Halt Court Retirements Law. *BBC News*, 19 out. 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-europe-45917830. RANKIN, Jennifer. EU Court Rules Poland's Lowering of Judges' Retirement Age is Unlawful. *The Guardian*, 24 jun. 2019. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2019/jun/24/eu-court-rules-polands-lowering-of-judges-retirement-age-unlawful.

[112] *Ver* ÍNDIA. Supreme Court. *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, (1973) Supp. SCR 1. Nova Délhi, 24 abr. 1973.

[113] *Ver* NEUBORNE, Burt. The Supreme Court of India. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 3, p. 476-510, 2003. p. 481-482.

[114] *Ver* SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em:

Constitucional ordenou ao governo que desse posse a três dos juízes originais (cuja nomeação considerou regular), o governo levou novamente a questão ao tribunal, agora integrado por dois juízes do PiS irregularmente nomeados, e o tribunal "reinterpretou" sua decisão anterior para reconhecer todos os juízes nomeados pelo antigo e pelo novo *Sejm*[115]. O governo então também afastou, na prática, os juízes não alinhados ao PiS, contestando sua capacidade de participar dos julgamentos e exigindo que gozassem férias anuais compulsórias[116].

As tentativas de alterar a composição de um tribunal podem também concentrar-se, de modo mais restrito, em um caso específico. Aspirantes a autoritários podem manipular a composição do órgão julgador designado para apreciar um caso particularmente importante. Já nos referimos acima ao exemplo da Nicarágua – no caso da reeleição de 2009, aliados do regime recorreram a artifícios para evitar notificar os juízes de oposição na Corte Suprema de Justiça e, em seguida, substituíram esses juízes por suplentes favoráveis ao regime, o que resultou em uma decisão unânime a favor do presidente em exercício, Daniel Ortega[117].

Em vez de buscar aparelhar um tribunal, ou além disso, os regimes podem também mirar o tribunal como instituição. Por exemplo, podem cortar o orçamento de um tribunal ou suprimir seu acesso a recursos necessários, suprimir sua competência para apreciar algumas ou todas as causas que envolvam controvérsias constitucionais centrais, recusar-se a publicar suas decisões ou recusar-se a cumpri-las quando o Poder Executivo for parte no caso[118]. Ao cortar o orçamento de um tribunal, ou seu acesso a recursos básicos, os aspirantes a autoritários podem minar os tribunais de várias maneiras. Podem tornar mais difícil para os juízes proferir decisões em tempo hábil. Podem também reduzir o poder e o prestígio percebidos do tribunal de maneiras que afetam o apoio ao tribunal na cultura constitucional mais ampla. E podem reduzir a atratividade do cargo judicial, ou o calibre dos juízes propensos a assumi-lo no futuro.

Do mesmo modo, recusar-se a publicar uma decisão judicial ou a reconhecer-lhe qualquer autoridade (ou eficácia) reduz o efeito prático das decisões judiciais como potencial controle sobre a mudança constitucional abusiva e diminui o poder e o prestígio percebidos dos tribunais como atores sociais importantes, de maneiras que minam sua eficácia como instituições.

Atacar a competência de um tribunal pode ter efeitos semelhantes: pode reduzir a estatura e o prestígio do tribunal, bem como a eficácia do cargo judicial. No plano prático, pode

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491. p. 19. TWORZECKI, Hubert; MARKOWSKI, Radoslaw. Why Is Poland's Law and Justice Party Trying to Rein in the Judiciary? *The Washington Post*, 26 jul. 2017. Monkey Cage. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2017/07/26/why-is-polands-law-and-justice-party-trying-to-rein-in-the-judiciary/.

[115] *Ver* SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491. p. 19-20.

[116] *Ver Ibid.*, p. 22.

[117] *Ver*, *supra*, o texto correspondente às notas 76–77.

[118] Sobre o uso dessa tática como resposta a tribunais internacionais, *ver, por exemplo*, ALTER, Karen J.; GATHII, James T.; HELFER, Laurence R. Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 2, p. 293-328, 2016. p. 293-294.

também privar os tribunais da capacidade de invalidar algumas mudanças constitucionais iliberais que efetivamente erodem a democracia constitucional[119]. Os tribunais, evidentemente, podem encontrar, e em alguns casos encontraram, formas de invalidar ou contornar essas restrições à sua competência[120]. Mas essa manobra, em si, coloca os tribunais em uma situação potencialmente difícil, exigindo uma escolha entre respeitar as restrições jurídicas formais e seu papel mais amplo de guardiões do processo político. Ao forçar os tribunais a sacrificar seu compromisso com a forma jurídica para preservar esse papel mais amplo, os aspirantes a autoritários podem desacreditar os tribunais aos olhos de seus grupos de apoio fundamentais.

Em alguns casos, os aspirantes a autoritários podem também conseguir obter um Judiciário complacente ou intimidado simplesmente *ameaçando* utilizar ferramentas informais e formais desse tipo. Os juízes podem tentar antecipar-se a ameaças à sua segurança ou reputação individual, ou ao papel constitucional do tribunal, proferindo "de bom grado" decisões que promovem os objetivos dos regimes. Ameaças desse tipo podem ser especialmente poderosas se estiverem direcionadas ao uso de ferramentas jurídicas contra juízes individualmente, e não contra o tribunal em si – por exemplo, o uso de leis anticorrupção ou de outras leis penais para ameaçar juízes não colaborativos com processos criminais politicamente motivados. Contudo, o efeito de tais ameaças será, com frequência, difícil de demonstrar na prática: muitas vezes, há poucos indícios públicos de quando e como são feitas e, caso venham a público, de como repercutem no raciocínio e nas reações dos juízes individualmente.

Tabela 1. Técnicas de controle de um tribunal

Composição do tribunal: aparelhamento do tribunal	**O tribunal como instituição: cerceamento do tribunal**
- Alteração do tamanho do tribunal (por meio do não provimento de vagas ou do aparelhamento do tribunal) - Remoção de juízes (por meio de alegações de má conduta ou de novas normas de aposentadoria)	- Cortes orçamentários - Não publicação de decisões - Descumprimento de decisões - Supressão de competência - Alteração da regra de maioria para a invalidação de leis - Alteração da ordem de julgamento das decisões do tribunal

[119] Por exemplo, depois que o Tribunal Constitucional da Hungria invalidou uma lei que instituía tributo retroativo de 98% sobre verbas rescisórias, o regime do Fidesz reagiu retirando do tribunal a competência para examinar a legislação fiscal. *Ver* SZENTE, Zoltán. The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014. *Constitutional Studies*, v. 1, n. 1, p. 123-149, 2016. p. 132.

[120] O caso *Kesavananda*, na Índia, por exemplo, envolveu o uso pela corte da doutrina da emenda constitucional inconstitucional para invalidar pretensas restrições à sua competência. *Ver* ÍNDIA. Supreme Court. *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, (1973) Supp. SCR 1. Nova Délhi, 24 abr. 1973. Na Hungria, o Tribunal recusou-se a declarar a emenda inconstitucional, mas decidiu que ainda poderia examinar a legislação fiscal ou orçamentária com base em outros fundamentos. *Ver* HALMAI, Gábor. Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution? *Constellations*, v. 19, n. 2, p. 182-203, 2012. p. 192. SZENTE, Zoltán. The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014. *Constitutional Studies*, v. 1, n. 1, p. 123-149, 2016. p. 133.

A Tabela 1 apresenta um resumo de algumas das principais técnicas de aparelhamento e de cerceamento de tribunais. As diversas técnicas de ataque aos tribunais não são necessariamente equivalentes em propósito ou efeito, e algumas estão mais estreitamente ligadas do que outras a uma estratégia de regime de revisão judicial abusiva. Dos dois conjuntos de técnicas, o aparelhamento tende a produzir um Judiciário útil para a execução das tarefas do regime, uma vez que mantém intactos os poderes de um tribunal e procura preenchê-lo com leais ao regime. O cerceamento, em contraste, pode ser mais eficaz para anular inteiramente o poder judicial, para restringir a competência do tribunal sobre certas matérias sensíveis ou, talvez, para produzir uma forma de revisão judicial abusiva mais fraca, voltada meramente a chancelar (e, assim, legitimar) as ações do regime, e não a auxiliá-lo ativamente. Ironicamente, um tribunal cerceado pode, na verdade, ser menos valioso para um regime na execução da revisão judicial abusiva, uma vez que terá menos poder e prestígio.

Há alguns indícios de que os regimes por vezes empregam essas duas técnicas em sequência, como uma espécie de golpe duplo. O primeiro passo consiste em incapacitar ou paralisar um tribunal hostil por meio do cerceamento; o segundo, em tornar o tribunal um aliado do regime por meio do aparelhamento. Na Hungria, depois que o partido Fidesz chegou ao poder, em [2010], começou atacando as competências do Tribunal Constitucional do país, até então independente e prestigiado[121]. Uma das primeiras medidas foi aprovar uma emenda constitucional que limitava a competência do tribunal, impedindo-o de apreciar categorias de casos relativos a questões fiscais[122]. O regime também desferiu um duro ataque retórico contra o tribunal e, após promulgar uma nova constituição, privou a antiga jurisprudência do tribunal de qualquer força e efeito[123] e restringiu o acesso ao tribunal, eliminando o antigo mecanismo da *actio popularis*, que permitia a qualquer cidadão impugnar leis[124]. Inicialmente, enquanto o Judiciário ainda estava nas mãos da oposição, essas medidas de cerceamento reduziram sua capacidade de conter o Fidesz.

[121] Sobre o poder e o prestígio históricos do tribunal, *ver* ROUX, Theunis. *The Politics of Principle*: The First South African Constitutional Court, 1995–2005. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 68. BOND, Jonathan. Concerning Constitutional Courts in Central and Eastern Europe. *International Public Policy Review*, v. 2, n. 2, 2006. p. 8-9. DIXON, Rosalind. Constitutional Design Two Ways: Constitutional Drafters as Judges. *Virginia Journal of International Law*, v. 57, n. 1, p. 1-45, 2017. p. 27-28. SCHEPPELE, Kim Lane. Guardians of the Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 6, p. 1757-1851, 2006. p. 1775-1786. SCHIEMANN, John W. Explaining Hungary's Powerful Constitutional Court: A Bargaining Approach. *European Journal of Sociology*, v. 42, n. 2, p. 357-390, 2001. p. 357-358. SCHWARTZ, Herman. Eastern Europe's Constitutional Courts. *Journal of Democracy*, v. 9, n. 4, p. 100-114, 1998. p. 106.

[122] *Ver* SÓLYOM, László. The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary. *In:* BOGDANDY, Armin von; SONNEVEND, Pál (ed.). *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 5-32. p. 21 (discute a Lei CXIX de 2010, que emendou a Lei XX de 1949 sobre a Constituição da República da Hungria). HUNGRIA. Lei CXIX de 2010, que emenda a Lei XX de 1949 (Constituição da República da Hungria). *Magyar Közlöny*, n. 177, 2010. BÁNKUTI, Miklós; HALMAI, Gábor; SCHEPPELE, Kim Lane. Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution. *In:* KRASZTEV, Péter; VAN TIL, Jon (ed.). *The Hungarian Patient*: Social Opposition to an Illiberal Democracy. Budapest: Central European University Press, 2015. p. 37-46. p. 38.

[123] Essa emenda foi invalidada pelo Tribunal Constitucional da Hungria em 2016, mas o governo do Fidesz recusou-se a publicar a decisão.

[124] *Ver* BÁNKUTI, Miklós; HALMAI, Gábor; SCHEPPELE, Kim Lane. Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution. *In:* KRASZTEV, Péter; VAN TIL, Jon (ed.). *The Hungarian Patient*: Social Opposition to an Illiberal Democracy. Budapest: Central European University Press, 2015. p. 37-46. p. 42.

Ao mesmo tempo, o regime adotava medidas para aparelhar o Judiciário. Alterou, por exemplo, o método de nomeação para o Tribunal Constitucional, ampliou seu tamanho, modificou os requisitos para ser magistrado, reorganizou o Judiciário de modo a permitir maior ingerência política nas nomeações e promoções e reduziu a idade de aposentadoria da magistratura ordinária[125]. Por volta de 2013, o regime detinha, assim, firme controle sobre o tribunal.

Na Polônia, o PiS seguiu uma estratégia semelhante após chegar ao poder, em 2015[126]. O PiS adotou uma série de medidas de cerceamento voltadas a paralisar o Tribunal Constitucional polonês antes que o partido conseguisse assumir seu controle. Introduziu dezenas de novas leis que limitavam a competência do Tribunal, elevavam a maioria qualificada exigida para invalidar uma lei, restringiam o espaço para a divergência judicial, facilitavam a remoção de juízes em exercício e conferiam ao primeiro-ministro aparente discricionariedade para publicar ou não as decisões do Tribunal. Quando o próprio Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais algumas dessas leis, o primeiro-ministro reagiu recusando-se a publicar essas decisões[127]. Com o tempo, contudo, como apontou Sadurski, o regime valeu-se de irregularidades no processo de nomeação e da passagem do tempo para obter uma sólida maioria de juízes favoráveis ao regime[128]. Desde então, o tribunal tornou-se um parceiro do regime, ajudando-o a consolidar o poder.

3 UMA TIPOLOGIA DA REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA: FORMAS FRACA E FORTE

A seção anterior demonstrou que os atores antidemocráticos dispõem de uma série de ferramentas para cooptar os tribunais e que, uma vez capturados, os juízes podem ser transformados em aliados extremamente valiosos para minar a democracia. As tarefas que os juízes desempenham para os regimes assumem duas formas principais. A revisão judicial abusiva "fraca" ocorre quando os tribunais chancelam legislação ou ação executiva que mina signifi-

[125] *Ver Ibid.*, p. 42-43.

[126] *Ver* BUGARIČ, Bojan; GINSBURG, Tom. The Assault on Postcommunist Courts. *Journal of Democracy*, v. 27, n. 3, p. 69-82, 2016. p. 73. CASTILLO-ORTIZ, Pablo. The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe. *European Constitutional Law Review*, v. 15, n. 1, p. 48-72, 2019. p. 57. SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491. p. 2. SADURSKI, Wojciech. Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 11, n. 1, p. 63-84, 2019. p. 82.

[127] *Ver* DAVIES, Christian. *Hostile Takeover*: How Law and Justice Captured Poland's Courts. Washington, DC: Freedom House, 2018. Disponível em: https://freedomhouse.org/report/special-reports/hostile-takeover-how-law-and-justice-captured-poland-s-courts. MATCZAK, Marcin. *Poland's Constitutional Crisis*: Facts and Interpretations. Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2018. (Policy brief). p. 2-3. KONCEWICZ, Tomasz Tadeusz; ZUBIK, Marek; KONOPACKA, Magdalena; STAŚKIEWICZ, Karol. Developments in Polish Constitutional Law: The Year 2016 in Review. *I-CONnect*: Blog of the International Journal of Constitutional Law, 12 nov. 2017. Disponível em: http://www.iconnectblog.com/2017/11/developments-in-polish-constitutional-law-the-year-2016-in-review/. DAVIES, Christian. Poland Is 'On Road to Autocracy', Says Constitutional Court President. *The Guardian*, 18 dez. 2016. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2016/dec/18/poland-is-on-road-to-autocracy-says-high-court-president.

[128] *Ver* SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491. p. 31.

cativamente o núcleo mínimo democrático, legitimando, assim, manobras danosas empreendidas por atores políticos. A revisão judicial abusiva "forte" ocorre quando os próprios tribunais atuam para remover ou minar proteções democráticas[129]. A versão mais fraca, de "mero carimbo", da revisão judicial abusiva é muito mais amplamente conceituada do que a forma forte, que remove obstáculos, mas ambas parecem ser razoavelmente comuns em projetos de erosão democrática. No restante desta seção, delineamos a distinção e apresentamos exemplos de ambas as formas.

3.1 Revisão judicial abusiva fraca

A forma fraca de revisão judicial abusiva ocorre paradigmaticamente quando os tribunais são chamados a examinar nova legislação ou ação executiva que plausivelmente colide com o texto constitucional e mina o núcleo mínimo democrático. Ao rejeitarem uma impugnação constitucional a essa legislação ou ação executiva, os tribunais costumam ser vistos pelo público em geral como se estivessem afirmando a legitimidade dessas leis[130]. Isso é, em grande parte, um subproduto do respeito conferido aos tribunais em muitas democracias constitucionais. Esse tipo de "efeito de legitimação"[131] pode ser especialmente valioso para atores com pretensões autoritárias que buscam praticar formas "furtivas" de autoritarismo, ou alcançar a mudança antidemocrática mantendo a aparência de compromisso com a democracia constitucional. Se um ator com pretensões autoritárias puder apontar uma decisão judicial que chancela essas ações como plausivelmente constitucionais, isso pode acrescentar um argumento de que as ações se conformam às normas generalizadas do constitucionalismo democrático.

Essa variante fraca da revisão judicial abusiva tem sido uma característica proeminente de muitos dos casos de erosão democrática bem estudados dos últimos anos. Na Venezuela, por exemplo, a Suprema Corte inicialmente manteve alguma independência em relação ao

[129] A distinção entre revisão judicial fraca e forte é hoje familiar no direito constitucional comparado. *Ver, por exemplo*, TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 33-36 (contrapõe a revisão judicial de forma fraca à de forma forte). Interpretações ou remédios fracos são deferentes e deixam espaço para uma gama de respostas políticas. Interpretações ou remédios fortes impõem com mais intensidade a decisão judicial ao processo político. *Ver* DIXON, Rosalind. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007. p. 402. DIXON, Rosalind. The Forms, Functions, and Varieties of Weak(ened) Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 3, p. 904-930, 2019. p. 904. *Cf.* KAVANAGH, Aileen. What's So Weak About "Weak-Form Review"? The Case of the UK Human Rights Act 1998. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 4, p. 1008-1039, 2015. p. 1034 (aponta a complexidade da questão, mas em tom mais crítico).

[130] *Ver, por exemplo*, MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics. *In:* GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (ed.). *Rule by Law*: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 1-22. p. 6 (refere-se ao "verniz de legitimação jurídica" que os tribunais podem oferecer aos autoritários).

[131] *Ver Ibid.* SHAMIR, Ronen. "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice. *Law & Society Review*, v. 24, n. 3, p. 781-805, 1990. p. 783.

regime de Hugo Chávez, mas foi completamente aparelhada após a aprovação de nova legislação em 2004, depois de uma tentativa fracassada de golpe contra Chávez[132]. A partir de então, o tribunal decidiu a favor do governo em praticamente todos os casos relevantes[133]. Nesse processo, chancelou uma série de leis e ações que eram, ao mesmo tempo, constitucionalmente problemáticas e úteis para que Chávez consolidasse o poder. Por exemplo, chancelou mudanças eleitorais que favoreciam enormemente o regime em exercício e também legitimou a decisão do governo de cassar a concessão de uma emissora de televisão ligada à oposição[134]. Também abriu ainda mais caminho para sucessivas tentativas de reforma constitucional que ampliaram o poder de Chávez, entre outras coisas, eliminando os limites aos mandatos presidenciais, como explicaremos em maior detalhe adiante[135].

Observam-se dinâmicas semelhantes no Equador durante o governo de Rafael Correa, que muitos observadores também viram como empenhado em um projeto de erosão democrática. Após vencer as eleições em 2006, Correa rapidamente substituiu a constituição[136]. Embora a nova ordem constitucional contivesse uma série de proteções formais à independência judicial, Correa valeu-se de seu controle sobre as instituições políticas e sobre órgãos supostamente independentes para obter firme controle sobre a Corte Constitucional do Equador[137]. A instituição, por sua vez, ajudou a legitimar atos relevantes do governo que contribuíram para conduzi-lo em direções autoritárias. Os casos mais importantes envolveram propostas de emendas constitucionais que, pode-se sustentar, colidiam com uma regra de emendamento escalonada prevista na nova constituição equatoriana. Segundo essa regra, emendas sensíveis, como as que afetam a "estrutura fundamental" ou reduzem "direitos e garantias fundamentais", exigem procedimentos de mudança mais rigorosos[138]. Em um caso-chave, o tribunal permitiu que Correa convocasse, em 2011, um referendo sobre propostas de mudança que, *inter alia*, enfraqueciam substancialmente a independência judicial ao conferir ao regime muito mais poder sobre a nomeação de juízes[139]. A consulta previu um novo Conselho Judicial, controlado pelo regime de Correa, que então nomeou e destituiu centenas de juízes, incluindo toda a Corte Constitucional[140]. Em um segundo caso, de 2015, analisado em maior detalhe adiante, a Corte permitiu que Correa utilizasse o procedimento de mudança constitucional menos rigoroso (que exige apenas aprovação legislativa) para promover mudanças que eliminaram completamente os limites aos mandatos presidenciais[141]. A Assembleia Nacional

[132] *Ver* SANCHEZ URRIBARRI, Raul A. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 854-884, 2011. p. 871-872.
[133] *Ver Ibid.*, p. 878.
[134] *Ver Ibid.*, p. 876.
[135] *Ver*, *infra*, Seção 4.1.
[136] *Ver* CONAGHAN, Catherine M. Ecuador: Correa's Plebiscitary Presidency. *Journal of Democracy*, v. 19, n. 2, p. 46-60, 2008. p. 46.
[137] *Ver* CASTRO-MONTERO, José Luis; VAN DIJCK, Gijs. Judicial Politics in Unconsolidated Democracies: An Empirical Analysis of the Ecuadorian Constitutional Court (2008–2016). *The Justice System Journal*, v. 38, n. 4, p. 380-398, 2017. p. 383-385.
[138] *Ver* EQUADOR. [Constituição (2008)]. *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Constituyente, 2008. arts. 441-444.
[139] *Ver* EQUADOR. Corte Constitucional. *Dictamen n. 008-11-DEE-CC*. Quito, 29 set. 2011.
[140] *Ver* CASTRO-MONTERO, José Luis; VAN DIJCK, Gijs. Judicial Politics in Unconsolidated Democracies: An Empirical Analysis of the Ecuadorian Constitutional Court (2008–2016). *The Justice System Journal*, v. 38, n. 4, p. 380-398, 2017. p. 384.
[141] *Ver*, *infra*, Seção 4.1.

posteriormente aprovou as mudanças e extirpou da constituição equatoriana os limites aos mandatos presidenciais[142].

A Polônia também oferece um exemplo de forma fraca de revisão judicial abusiva que desempenhou papel significativo na erosão democrática. Pouco depois de o partido Lei e Justiça conquistar a maioria das cadeiras no Parlamento com uma minoria dos votos, deu início a um projeto para assumir o controle do Tribunal Constitucional, que até então era visto como um forte protetor da ordem democrática[143]. O novo tribunal "capturado" tornou-se, agora, um parceiro importante no projeto geral do regime de consolidar o poder e enfraquecer a oposição. Por exemplo, proferiu uma decisão que chancelou uma lei que, na prática, priorizava manifestações pró-governo em detrimento de outras reuniões, a despeito de uma colisão evidente com as liberdades de expressão e de associação[144]. O Tribunal Constitucional polonês foi chamado a desempenhar esse papel de forma particularmente agressiva precisamente porque o partido Lei e Justiça não dispunha da maioria parlamentar qualificada necessária para aprovar emendas formais à constituição[145]. Assim, o partido adotou uma série de leis – de constitucionalidade duvidosa – para, na prática, emendar a Constituição polonesa de todo modo, por exemplo, reorganizando o Tribunal Constitucional, a magistratura ordinária e outras instituições sensíveis de "controle", como os órgãos reguladores dos meios de comunicação[146]. O Tribunal desempenhou um papel na legitimação dessas mudanças ao chancelá-las de modo geral[147].

A variante "fraca" da revisão judicial abusiva é, à primeira vista, um fenômeno simples, aparentemente captado pela metáfora do tribunal como mero carimbo, ou como o proverbial *sim-senhor* ou *sim-senhora*. Mas, sob a superfície, há mais variação quanto às razões pelas quais os regimes adotam essa estratégia e ao que buscam alcançar. No nível mais básico, a revisão judicial de mudanças importantes pode ser uma exigência automática ou, ao menos, uma consequência esperada de ações ajuizadas pela oposição. Quando essas impugnações inevitáveis ocorrem, evidentemente, um voto favorável geralmente permitirá que a mudança prossiga, ao passo que um voto contrário a interromperá ou, ao menos, a alterará ou retardará, a menos que o regime queira colocar-se na posição de desconsiderar abertamente seu próprio Judiciário. Fazer com que um tribunal pratique uma forma fraca de revisão judicial abusiva reduz, assim, os custos e os riscos de embarcar em projetos de mudança constitucional que miram o núcleo mínimo democrático.

Mas os regimes podem também buscar os benefícios mais amplos de legitimidade de uma decisão favorável. Ou seja, diante de uma situação jurídica ambígua ou duvidosa, uma

---

[142] *Ver*, *infra*, Seção 4.1.

[143] *Ver* SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491. p. 17-18.

[144] *Ver* POLÔNIA. Trybunał Konstytucyjny. *Wyrok Kp 1/17*. Varsóvia, 16 mar. 2017.

[145] *Ver* SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491. p. 11.

[146] *Ver, em geral*, *Ibid.* (discute essas transformações em detalhe).

[147] *Ver, por exemplo*, TAMKIN, Emily. Polish Ruling Party Passed Unconstitutional Laws, Now Controls Constitutional Tribunal. *Foreign Policy*, 19 dez. 2016. Disponível em: https://foreignpolicy.com/2016/12/19/polish-ruling-party-passed-unconstitutional-laws-now-controls-constitutional-tribunal-trump-law-justice/.

decisão judicial favorável pode ampliar a aceitação interna e internacional de que determinada mudança é compatível com a ordem constitucional existente, e não uma ruptura dela. Essa função, porém, é mais contextual do que a anterior: nem toda decisão judicial favorável tende a proporcionar benefícios substanciais de legitimidade a um regime. Antes, a extensão desses benefícios depende potencialmente da medida em que o tribunal possa ser plausivelmente apresentado como algo mais do que um mero carimbo ou um voto automático do regime. Isso pode depender do histórico prévio de independência judicial no país: a Polônia e (em medida muito menor) a Venezuela tinham tal histórico, ao passo que o Equador não tinha[148]. Pode também depender da medida em que o regime continua a perder casos relevantes, ao menos por vezes. Um exemplo interessante é a Hungria, onde o Tribunal também tem sido um parceiro bastante leal do regime do Fidesz, mas também proferiu diversas decisões que romperam com o partido em alguns casos importantes[149]. Retornaremos a esses problemas, que, a nosso ver, marcam um limite importante à revisão judicial abusiva como estratégia de regime, na Seção 5.

3.2 Revisão judicial abusiva forte

Mais interessantes do que a mera legitimação de decisões políticas antidemocráticas são os casos em que os próprios tribunais promovem ativamente mudanças antidemocráticas. Os tribunais podem, em alguns casos, optar por adotar formas robustas de revisão, que envolvem pouca ou nenhuma deferência aos juízos constitucionais de legisladores ou de atores do Executivo. Uma revisão judicial desse tipo é também frequentemente entendida como uma forma de revisão judicial "forte" ou "ativa"[150]. Os tribunais podem, da mesma forma, recorrer a certos remédios, como a invalidação imediata de uma lei ou decisão executiva existente, ou uma ordem mandamental dirigida a uma autoridade governamental específica que exija uma ação específica e imediata, os quais tendem a conferir à revisão judicial um caráter forte[151].

A cooptação de formas mais fortes ou mais ativas de revisão judicial pode ser especialmente valiosa para atores com pretensões autoritárias. As constituições democráticas frequentemente limitam, de diversas maneiras, o espaço para que atores com pretensões autoritárias persigam seus objetivos: estruturas federativas podem significar que o Legislativo nacional não tem poder para promulgar a legislação desejada,[152] limites ao poder executivo podem restringir o poder do presidente de implementar diversas políticas, e limites de mandato

[148] Para uma discussão mais aprofundada desse ponto, *ver*, *infra*, Seção 5.

[149] *Ver, por exemplo*, SZENTE, Zoltán. The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014. *Constitutional Studies*, v. 1, n. 1, p. 123-149, 2016. p. 138, tab. 3 (constata que a ideologia política é forte determinante do voto, mas que mesmo alguns juízes ligados ao Fidesz e a seus aliados votam, por vezes, contra o governo).

[150] *Ver* as fontes citadas, *supra*, na nota 127. Outras definições, úteis em outros contextos, mas menos neste, concentram-se na definitividade das decisões judiciais. *Ver* TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

[151] *Ver* DIXON, Rosalind. The Forms, Functions, and Varieties of Weak(ened) Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 3, p. 904-930, 2019. ROACH, Kent. Polycentricity and Queue Jumping in Public Law Remedies: A Two-Track Response. *University of Toronto Law Journal*, v. 66, n. 1, p. 3-52, 2016.

[152] *Ver* WHITTINGTON, Keith E. "Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p. 583-596, 2005. p. 585 ("[A] Corte é capaz de fazer aquilo que os líderes políticos nacionais são constitucionalmente incapazes ou politicamente relutantes em fazer eles mesmos.").

entrincheirados* podem impedir que um presidente eleito permaneça no cargo[153]. Encontrar maneiras de alterar ou de contornar essas restrições é uma parte-chave da agenda de qualquer aspirante a autoritário.

Além disso, os aspirantes a autoritários deparam-se cada vez mais com regras de emendamento que tornam bastante difícil a mudança formal de tais dispositivos. Cada vez mais, dispositivos desse tipo gozam de proteção reforçada por meio de abordagens "escalonadas" de desenho constitucional, que impõem requisitos mais rigorosos para a emenda desses dispositivos[154]. Em alguns casos, os limites constitucionais são até mesmo tornados formalmente inemendáveis por força de uma "cláusula pétrea" (*eternity clause*)[155]. A vantagem da revisão judicial nesse contexto é que ela tem o potencial de contornar essas limitações. Formas fortes de revisão judicial podem oferecer aos aspirantes a autoritários os meios de alcançar seus objetivos sem estarem vinculados às restrições de uma divisão federativa do poder, da separação entre os poderes legislativo e executivo ou mesmo dos limites formais ao emendamento constitucional[156].

Adiante, discutimos em detalhe diversos exemplos de revisão judicial abusiva forte nos quais os juízes eliminaram limites aos mandatos presidenciais e anularam o poder de legislaturas controladas pela oposição[157]. Aqui, apresentamos também, brevemente, alguns outros exemplos desse tipo de revisão judicial abusiva "ativa" ou forte.

O primeiro envolve o abuso das doutrinas da democracia militante. A Alemanha do pós-guerra foi pioneira no conceito de que as ordens democráticas liberais podem proscrever partidos, movimentos e políticos antidemocráticos que buscariam desfazer essa ordem caso conseguissem chegar ao poder[158]. Como observamos acima, as constituições de muitos países ao redor do mundo conferem hoje a suas altas cortes o poder de proscrever partidos, frequentemente com fundamentos semelhantes, a saber, que são "antidemocráticos" ou, de outro modo, anticonstitucionais[159].

---

* [NT]: o termo "entrincheiramento" (*entrenchment*), corrente na literatura constitucional comparada, designa a proteção reforçada conferida a determinadas normas, direitos, princípios ou instituições contra alteração, revogação ou supressão. Essa proteção pode decorrer da inclusão da matéria no texto constitucional, subtraindo-a à legislação ordinária; da exigência de procedimentos agravados de reforma; ou, no limite, da imposição de restrições materiais absolutas ao poder de reforma, como as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da Constituição brasileira.

[153] *Ver* GINSBURG, Tom; MELTON, James; ELKINS, Zachary. On the Evasion of Executive Term Limits. *William & Mary Law Review*, v. 52, n. 6, p. 1807-1872, 2011. p. 1816-1818.

[154] *Ver* DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Tiered Constitutional Design. *The George Washington Law Review*, v. 86, n. 2, p. 438-512, 2018. p. 444 (oferece numerosos exemplos).

[155] *Ver* ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments*: The Limits of Amendment Powers. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 5-6. ALBERT, Richard. Constitutional Handcuffs. *Arizona State Law Journal*, v. 42, n. 3, p. 663-715, 2010. p. 665, nota 6.

[156] *Ver*, *infra*, Seção 4.1.

[157] *Ver*, *infra*, Seção 4.

[158] *Ver* MACKLEM, Patrick. Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 3, p. 488-516, 2006. p. 491.

[159] GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary. Ancillary Powers of Constitutional Courts. *Texas Law Review*, v. 87, n. 7, p. 1431-1461, 2009. p. 1447.

Considere-se uma decisão de 2017 da Suprema Corte do Camboja, que proscreveu o Partido do Resgate Nacional, de oposição[160]. A decisão foi proferida por uma Corte universalmente considerada controlada pelo Partido Popular Cambojano ("CPP"), no poder,[161] e fundamentou-se, com base em argumentos extremamente frágeis, na alegação de que o partido estava aliado a interesses estrangeiros (incluindo os Estados Unidos) e representava uma ameaça de desintegração nacional[162]. Os critérios relevantes aplicados pela Corte, que se encontravam na Lei dos Partidos Políticos, e não na própria constituição, eram eles mesmos altamente ambíguos e abertos a abusos[163]. E o caso foi proposto pelo próprio governo (isto é, pelo Ministério do Interior) e decidido pela Corte após apenas cinco horas de audiência e duas horas de deliberação[164].

O efeito da decisão foi dramático: dizimou o principal partido de oposição do país, que havia obtido ganhos extraordinários nas eleições anteriores, de 2013, quase conquistando o controle do parlamento nacional[165]. O Partido do Resgate foi dissolvido, perdeu todas as suas 55 cadeiras (de um total de 125) no parlamento, e mais de 100 de seus líderes foram banidos da política por 5 anos[166]. Em uma eleição subsequente, em julho de 2018, sem oposição efetiva, o CPP conquistou todas as 125 cadeiras do parlamento; o primeiro-ministro em exercício, Hun Sen, governa o país desde 1985[*167]. A decisão da Suprema Corte que proscreveu o Partido do Resgate desempenhou, assim, um papel decisivo na proteção de um regime autoritário de longa duração no Camboja e na interrupção de um provável processo de redemocratização.

Um segundo exemplo de revisão judicial abusiva de forma forte provém, mais uma vez, do caso polonês. O Tribunal, ali, não apenas legitimou ações-chave do regime, mas também atuou ativamente para desestabilizar a ordem democrática. Uma de suas decisões-chave, por exemplo, invalidou a lei que regulava o Conselho Nacional da Magistratura (KRS) do país, sob o duvidoso fundamento de que ela discriminava diferentes níveis da magistratura ao prescre-

[160] *Ver* CAMBOJA. Supreme Court (Plenary of Trial Chamber). *Ministry of Interior v. National Rescue Party*. Verdict n. 340. Phnom Penh, 16 nov. 2017. Tradução em arquivo com os autores. p. 50.

[161] *Ver* WEST, Lucy. The Limits to Judicial Independence: Cambodia's Political Culture and the Civil Law. *Democratization*, v. 26, n. 3, p. 537-553, 2019. p. 537-538 (registra a "falta de independência judicial" no país e sustenta que ela decorre tanto do contexto político quanto do desenho do Judiciário).

[162] *Ver* CAMBOJA. Supreme Court (Plenary of Trial Chamber). *Ministry of Interior v. National Rescue Party*. Verdict n. 340. Phnom Penh, 16 nov. 2017. Tradução em arquivo com os autores. p. 41-47.

[163] *Ver Ibid.* Na verdade, a lei havia sido emendada no início de 2017 para acrescentar fundamentos mais amplos de dissolução partidária e, em um ato de revisão judicial abusiva fraca, o Conselho Constitucional manteve as alterações. *Ver* ZELDIN, Wendy. Cambodia: Supreme Court Dissolves Main Opposition Party. *Global Legal Monitor*, Library of Congress, 6 dez. 2017. Disponível em: http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/cambodia-supreme-court-dissolves-main-opposition-party/.

[164] PATH, Kosal. A Cambodian Fusion of Personality, Party, and the State. *Current History*, v. 117, n. 800, p. 215-221, 2018. p. 215.

[165] *Ver* CAMBODIA Top Court Dissolves Main Opposition CNRP Party. *BBC News*, 16 nov. 2017. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-asia-42006828.

[166] *Ibid.*

[*] [NT]: Hun Sen deixou o cargo de primeiro-ministro em agosto de 2023, sucedido pelo filho, Hun Manet.

[167] *Ver* BEECH, Hannah. Cambodia Re-elects its Leader, a Result Predetermined by One. *The New York Times*, 29 jul. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/07/29/world/asia/cambodia-election-hun-sen.html. WALLACE, Julia. 'Fireflies' and 'Ghosts' in Cambodia Prop up Facade of Real Election. *The New York Times*, 11 jul. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/07/11/world/asia/cambodia-election-hun-sen.html.

ver métodos distintos para sua nomeação ao Conselho, e de que também previa prazos inadequados para seus mandatos[168]. Como relata Sadurski, a decisão foi essencialmente "pretextual", mas cumpriu uma importante função política ao criar um vácuo no qual o partido Lei e Justiça pôde então propor e aprovar uma nova lei sobre a matéria[169]. A nova lei transformou o processo de nomeação, até então judicial, em político, conferindo ao partido governante um monopólio efetivo sobre as nomeações. Também afastou os membros existentes do Conselho antes do término de seus mandatos, o que o partido justificou apontando o "defeito" nas nomeações que o Tribunal havia identificado na lei anterior[170]. Na prática, o Tribunal deu ao partido as ferramentas de que precisava para capturar a instituição que regula a magistratura ordinária.

O conceito de revisão judicial abusiva forte articula-se bem com outros trabalhos que apontam diversas maneiras pelas quais os tribunais desempenham funções para regimes autoritários ou para regimes cujos líderes buscam tornar-se autoritários. Grande parte desses trabalhos identifica as maneiras pelas quais os líderes utilizam uma série de técnicas jurídicas ordinárias, como ações por difamação e investigações anticorrupção, para assediar, dividir e enfraquecer movimentos políticos de oposição[171]. A diferença é que as funções desempenhadas nesses casos, que se poderiam denominar abuso do Estado de Direito, ocorrem no plano jurídico rotineiro, e não no plano extraordinário da mudança constitucional. Regimes que adotam tais estratégias procuram reduzir a visibilidade de suas ações e apresentá-las como aplicações neutras, e não seletivas ou distorcidas, dos princípios do Estado de Direito. Em contraste, a forma forte de revisão judicial abusiva envolve casos geralmente muito mais salientes para observadores internos e internacionais. Ao utilizar os tribunais para levar a cabo mudanças constitucionais visíveis, abrangentes e problemáticas, os regimes podem ajudar a atenuar respostas ou medidas hostis que, de outro modo, poderiam seguir-se a passos voltados a erodir ou limitar a democracia liberal.

4 A REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA EM AÇÃO: DOIS EXEMPLOS

Nesta seção, buscamos obter uma compreensão adicional do fenômeno da revisão judicial abusiva explorando dois exemplos recentes importantes. O primeiro é comparativo, abrangendo vários países, e examina decisões judiciais que legitimaram a eliminação de limites aos mandatos presidenciais, ou que os eliminaram ativamente, em diversos países da América Latina e da África. O segundo é um estudo de caso de um único país: examinamos uma série de decisões da alta corte da Venezuela destinadas a anular o poder da Assembleia Nacional eleita depois que a oposição conquistou seu controle, em 2015.

---

[168] *Ver* POLÔNIA. Trybunał Konstytucyjny. *Wyrok K 5/17*. Varsóvia, 20 jun. 2017.

[169] SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491. p. 31-32.

[170] *Ver* SADURSKI, Wojciech. Bad Response to a Tragic Choice: The Case of Polish Council of the Judiciary. *Verfassungsblog*, 16 abr. 2018. Disponível em: https://verfassungsblog.de/bad-response-to-a-tragic-choice-the-case-of-polish-council-of-the-judiciary/.

[171] *Ver* VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, 2015. p. 1679. CHEUNG, Alvin Y. H. *An Introduction to Abusive Legalism*. 22 fev. 2018. Manuscrito não publicado. Disponível em: https://osf.io/preprints/lawarxiv/w9a6r/. p. 1-2.

4.1 Limites aos mandatos presidenciais na América Latina e na África

Diversas decisões judiciais recentes sobre limites aos mandatos presidenciais, tanto na América Latina quanto na África, oferecem exemplos importantes das formas fraca e forte de revisão judicial abusiva. Há alguns exemplos proeminentes e bem estudados de tribunais que defenderam a ordem constitucional contra tentativas de aspirantes a autoritários de eliminar ou flexibilizar os limites aos mandatos presidenciais. Talvez o mais famoso seja uma decisão colombiana de 2010 que utilizou a doutrina da emenda constitucional inconstitucional para impedir que o presidente Álvaro Uribe emendasse a Constituição colombiana a fim de buscar um terceiro mandato consecutivo[172]. A Corte, nesse caso, decidiu que permitir três mandatos presidenciais (consecutivos ou não) transformaria, na prática, o sistema de separação de poderes, ao permitir que um presidente em exercício acumulasse poder em excesso[173]. Mas há muitos outros exemplos de tribunais que brandiram doutrinas semelhantes como forma de viabilizar, ou de levar a cabo diretamente, a eliminação de limites aos mandatos presidenciais.

Não sustentamos, evidentemente, que todas as decisões que permitem uma flexibilização dos limites aos mandatos presidenciais sejam de caráter abusivo; algumas são, de modo bastante claro, democraticamente legítimas. Primeiro, há uma margem bastante ampla e razoável de desacordo quanto ao alcance dos limites de mandato em um sistema presidencialista.[174] Por exemplo, há bons argumentos de que alguns limites, como os que proíbem qualquer reeleição, consecutiva ou não, são estritos demais, e os movimentos políticos certamente deveriam poder flexibilizá-los[175]. Segundo, e em conexão com isso, muito depende do contexto político em que as mudanças são feitas e do impacto da alteração dos limites de mandato à luz de outras mudanças formais e informais.

Tome-se como exemplo a Costa Rica, onde a Suprema Corte, em 2003, proferiu uma decisão que extirpou da constituição um limite de mandato anterior, que proibia qualquer reeleição, consecutiva ou não[176]. A decisão da Corte apoiou-se em um raciocínio problemático, semelhante ao de muitos dos casos examinados adiante. Mas o efeito da decisão foi bastante diferente. A decisão eliminou a emenda, mas manteve em vigor um limite de mandato

[172] *Ver* CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David. *Colombian Constitutional Law*: Leading Cases. New York: Oxford University Press, 2017. p. 351-359 (discute a *Sentencia C-141 de 2010* e oferece tradução da decisão). COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-141/2010*. Bogotá, 26 fev. 2010.

[173] *Ver Ibid.*

[174] *Ver* LANDAU, David; ROZNAI, Yaniv; DIXON, Rosalind. Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America. *In:* BATURO, Alexander; ELGIE, Robert (ed.). *The Politics of Presidential Term Limits*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 53-74.

[175] *Ver Ibid.*, p. 11. BEERMANN, Jack M. A Skeptical View of a Skeptical View of Presidential Term Limits. *Connecticut Law Review*, v. 43, n. 4, p. 1105-1123, 2011. p. 1107. CAREY, John M. The Reelection Debate in Latin America. *Latin American Politics and Society*, v. 45, n. 1, p. 119-133, 2003. p. 130-131. GINSBURG, Tom; MELTON, James; ELKINS, Zachary. On the Evasion of Executive Term Limits. *William & Mary Law Review*, v. 52, n. 6, p. 1807-1872, 2011. p. 1813.

[176] *Ver* COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 2003-02771*. San José, 4 abr. 2003.

ainda significativo, previsto na constituição original, que continuou a proibir a reeleição *consecutiva*[177]. Além disso, o contexto em que a decisão foi tomada claramente serviu aos interesses políticos de um partido político e de um ex-presidente que buscava retornar ao cargo, mas não representou uma ameaça séria ao constitucionalismo democrático liberal, porque a decisão não veio acompanhada de outras mudanças formais e informais voltadas a erodir a democracia[178].

Nosso argumento, portanto, é contextual – nos casos e contextos que aqui examinamos, as decisões constituíram exercícios abusivos da revisão judicial. Em todos esses casos, as mudanças fizeram mais do que permitir uma única reeleição presidencial; em sua maioria, eliminaram inteiramente os limites aos mandatos presidenciais ou, ao menos, permitiram três ou mais mandatos consecutivos. Além disso, as alterações nos limites de mandato vieram acompanhadas de outras medidas formais e informais, como ataques à independência judicial e aos meios de comunicação ou alterações nas regras eleitorais, que também constituíram ataques ao núcleo mínimo democrático. As diferentes formas de mudança atuaram em conjunto: as alterações nos limites de mandato permitiram aos presidentes ampliar seu controle sobre outras instituições do Estado, como os tribunais, supostamente encarregadas de contê-los, e a maior permanência no cargo permitiu ao presidente desnivelar cada vez mais o campo de jogo eleitoral em detrimento das figuras de oposição.

Há um conjunto de casos de revisão judicial abusiva "fraca" em que os tribunais decidiram que tentativas políticas de afrouxar ou eliminar limites de mandato eram legítimas, mesmo quando representavam um risco de erosão democrática substancial[179]. Tome-se um trio de casos dos Andes: Venezuela (2009), Equador (2014) e Bolívia (2015)[180]. Nos três países, os presidentes primeiro substituíram suas constituições e, depois, à medida que seus últimos mandatos se aproximavam do fim, buscaram eliminar ou ampliar os limites aos mandatos presidenciais nas constituições que eles próprios haviam desempenhado papel central em elaborar[181]. Os três casos são especialmente interessantes porque todas as três constituições continham um desenho constitucional "escalonado", no qual certas mudanças, como as relativas

[177] *Ver* COSTA RICA. [Constituição (1949)]. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. San José, 1949. art. 132.

[178] *Ver* MARTÍNEZ-BARAHONA, Elena. Constitutional Courts and Constitutional Change: Analysing the Cases of Presidential Reelection in Latin America. *In:* NOLTE, Detlef; SCHILLING-VACAFLOR, Almut (ed.). *New Constitutionalism in Latin America*: Promises and Practices. Farnham: Ashgate, 2012. p. 289-310. p. 297.

[179] Sobre a revisão judicial abusiva "fraca", *ver*, *supra*, Seção 3.1.

[180] *Ver* VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia. *Decisión 1974/2007*. Caracas, 2007. VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 53* (expediente n. 08-1610). Caracas, 3 fev. 2009. EQUADOR. Corte Constitucional. *Dictamen n. 001-14-DRC-CC*. Quito, 31 out. 2014. BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Declaración Constitucional Plurinacional n. 0194/2015*. Sucre, 29 out. 2015. BOLÍVIA. Tribunal Supremo Electoral. *Resolución R.A. L.P. 017/2015-2016*. La Paz.

[181] Para uma visão geral das três decisões e de seus contextos, *ver* LANDAU, David. Presidential Term Limits in Latin America: A Critical Analysis of the Migration of the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 12, n. 2, p. 225-249, 2018. DOI: 10.1515/lehr-2018-0013. p. 234-238. Sobre o Equador, *ver* SILVA-PORTERO, Carolina. Chronicle of an Amendment Foretold: Eliminating Presidential Term Limits in Ecuador. *ConstitutionNet*, International IDEA, 20 jan. 2016. Disponível em: http://www.constitutionnet.org/news/chronicle-amendment-foretold-eliminating-presidential-term-limits-ecuador.

à estrutura "fundamental" ou "básica", ou que violassem direitos e garantias básicos, exigiriam um procedimento mais rigoroso de mudança constitucional formal[182]. Há argumentos convincentes de que a eliminação dos limites aos mandatos presidenciais é, de fato, o tipo de mudança que viola a estrutura básica ou os direitos fundamentais da oposição[183]. Assim, uma flexibilização ou eliminação significativa dos limites de mandato pareceria ser o tipo de mudança que acionaria as defesas inscritas no texto constitucional. Ainda assim, nos três casos, os presidentes Chávez, Correa e Morales, respectivamente, buscaram utilizar o nível mais baixo de mudança constitucional (o nível da emenda ordinária) para erradicar completamente os limites de mandato (na Venezuela e no Equador) ou para ampliá-los de modo a permitir, na prática, quatro mandatos consecutivos (na Bolívia)[184].

Os tribunais dos três países ratificaram essas manobras[185]. Em cada caso, a mudança foi uma entre muitas empreendidas por governantes em exercício que buscavam consolidar o poder e desnivelar acentuadamente o campo de jogo eleitoral a seu favor, de tal modo que os observadores dos três países já se preocupavam com a existência de um risco significativo de erosão democrática[186]. E cada decisão foi tomada por um tribunal claramente controlado pelo regime[187]. A fundamentação de cada decisão sustentou que a flexibilização ou eliminação dos limites de mandato promovia, em vez de contrariar, a estrutura fundamental ou os direitos fundamentais previstos na constituição existente, porque essa flexibilização ou eliminação realizava os direitos fundamentais dos eleitores e dos agentes eleitos.

Ao deixarem de acionar os mecanismos de defesa previstos no texto constitucional existente e ao enquadrarem a mudança como concordante, e não conflitante, com os valores constitucionais básicos, esses três tribunais legitimaram projetos políticos que permitiram aos governantes em exercício permanecer no poder por meio de vias relativamente pouco exigentes de mudança constitucional. No Equador, por exemplo, a oposição ao presidente Correa

[182] *Ver* VENEZUELA. [Constituição (1999)]. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas: Asamblea Nacional Constituyente, 1999. arts. 340-349. EQUADOR. [Constituição (2008)]. *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Constituyente, 2008. arts. 441-444. BOLÍVIA. [Constituição (2009)]. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. La Paz, 2009. art. 411. *Ver também* DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Tiered Constitutional Design. *The George Washington Law Review*, v. 86, n. 2, p. 438-512, 2018. p. 440-450.

[183] *Ver* BERNAL PULIDO, Carlos. There are Still Judges in Berlin: On the Proposal to Amend the Ecuadorian Constitution to Allow Indefinite Presidential Reelection. *I-CONnect*: Blog of the International Journal of Constitutional Law, 10 set. 2014. Disponível em: http://www.iconnectblog.com/2014/09/there-are-still-judges-in-berlin-on-the-proposal-to-amend-the-ecuadorian-constitution-to-allow-indefinite-presidential-reelection/.

[184] Na Bolívia, o efeito literal da proposta era permitir três mandatos consecutivos, mas a corte já havia decidido que o mandato exercido por Morales antes da entrada em vigor da Constituição boliviana de 2009 não contava para o limite. *Ver* BOLIVIA: New Law Backs President Evo Morales Third Term. *BBC News*, 21 maio 2013. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-latin-america-22605030.

[185] *Ver*, *supra*, nota 178.

[186] *Ver* LEVITSKY, Steven; LOXTON, James. Populism and Competitive Authoritarianism in the Andes. *Democratization*, v. 20, n. 1, p. 107-136, 2013. p. 108.

[187] *Ver* LANDAU, David. Presidential Term Limits in Latin America: A Critical Analysis of the Migration of the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 12, n. 2, p. 225-249, 2018. DOI: 10.1515/lehr-2018-0013. p. 245 (observa que os tribunais superiores de cada país eram "amplamente vistos como controlados pelo partido governante no momento em que as decisões-chave foram tomadas").

exigiu que ele ao menos submetesse a mudança a um referendo, que, na avaliação da oposição, ele poderia perder[188]. Um referendo popular era exigido para os níveis superiores de mudança constitucional, mas não para uma emenda ordinária[189]. A Corte facilitou a consecução dos objetivos de Correa ao permitir-lhe evitar a necessidade de um referendo. De modo semelhante, na Bolívia, a única via alternativa de mudança teria exigido uma assembleia constituinte custosa (e potencialmente imprevisível), que a decisão permitiu a Morales evitar[190]. Por fim, na Venezuela, a decisão da Corte de que o nível mais baixo de mudança era o adequado ajudou Chávez a esquivar-se da acusação de que seu bem-sucedido referendo de 2009 para eliminar os limites aos mandatos presidenciais era uma repetição ilícita de um referendo de 2007, derrotado por estreita margem, que teria eliminado os limites de mandato, mas também promovido muitas outras mudanças, e que havia utilizado o nível intermediário ("reforma") de mudança[191].

Nem todas essas mudanças levaram, ao fim, a uma erosão de longo prazo do núcleo mínimo democrático de cada país: no Equador, em particular, a resistência *popular* aos esforços de mudança antidemocrática de Correa – e ao papel da Corte em acompanhá-los – gerou forte pressão para que Correa se afastasse e não disputasse a eleição presidencial de [2017][192]. O novo presidente, Lenín Moreno, adotou uma série de medidas para afirmar sua independência, incluindo a reintrodução dos limites de mandato após um referendo bem-sucedido sobre a questão[193]. Na Bolívia, contudo, persistem preocupações com a erosão da democracia,[194] e a Venezuela deslizou ainda mais, rumo a um autoritarismo pleno[195].

Outros exemplos podem ser encontrados na África, embora muitas constituições africanas confiram reconhecimento textual mais limitado à ideia de limites judicialmente exigíveis ao processo de emendamento constitucional. Em Ruanda, por exemplo, quando o Parlamento controlado pela Frente Patriótica Ruandesa propôs, em 2015, mudanças à Constituição ruandesa que, na prática, permitiam ao presidente Kagame permanecer outros 17 anos no

[188] *Ver Ibid.*, p. 236-237.

[189] *Ver* EQUADOR. [Constituição (2008)]. *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Constituyente, 2008. arts. 441-442.

[190] A assembleia constituinte anterior na Bolívia, entre 2006 e 2009, foi uma caótica disputa de poder entre forças políticas rivais. *Ver, por exemplo*, LEHOUCQ, Fabrice. Bolivia's Constitutional Breakdown. *Journal of Democracy*, v. 19, n. 4, p. 110-124, 2008.

[191] *Ver* VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 53* (expediente n. 08-1610). Caracas, 3 fev. 2009 (rejeita essa impugnação).

[192] *Ver* COLLYNS, Dan. Protests in Ecuador as Lawmakers Approve Unlimited Presidential Terms. *The Guardian*, 3 dez. 2015. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2015/dec/04/protests-in-ecuador-as-lawmakers-approve-unlimited-presidential-terms.

[193] *Ver* AYALA, Maggy; ROCHABRÚN, Marcelo. Ecuador Votes to Bring Back Presidential Term Limits. *The New York Times*, 4 fev. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/02/04/world/americas/ecuador-presidential-term-limits.html.

[194] STUENKEL, Oliver Della Costa. Bolivia's Democracy at Risk: What Role for External Actors? *Carnegie Endowment for International Peace*, 20 jun. 2017. Disponível em: https://carnegieendowment.org/2017/06/20/bolivia-s-democracy-at-risk-what-role-for-external-actors-pub-71301.

[195] *Ver* FISHER, Max; TAUB, Amanda. How Does Populism Turn Authoritarian? Venezuela Is a Case in Point. *The New York Times*, 1 abr. 2017. Disponível em: https://www.nytimes.com/2017/04/01/world/americas/venezuela-populism-authoritarianism.html.

cargo,[196] a Suprema Corte ruandesa recusou-se a acolher uma impugnação a essa proposta[197]. A corte rejeitou a tese, apresentada pelo Partido Verde, de que o poder de emenda previsto no artigo 193 da constituição estava sujeito a restrições implícitas necessárias à proteção da democracia[198]. Em vez disso, confirmou a validade da emenda em questão.

Para além desses exemplos de revisão judicial abusiva de forma fraca, há uma série de casos em que os tribunais exerceram formas mais ativas de revisão judicial abusiva para permitir que líderes com pretensões autoritárias permanecessem no poder. Nesses casos, os tribunais foram além da mera legitimação de projetos políticos de mudança constitucional antidemocrática e, de fato, levaram a cabo diretamente essas mudanças, de maneiras que beneficiaram os governantes em exercício.

Uma forma disso ocorre quando os tribunais reinterpretam os limites existentes aos mandatos presidenciais de maneiras que permitem aos governantes em exercício permanecer no cargo por mais tempo do que o texto constitucional pareceria permitir[199]. Alguns tribunais decidiram, por exemplo, que emendas que acrescentam limites de mandato não alcançam os governantes em exercício, aplicando-se apenas prospectivamente; outros, que os limites constitucionais de mandato não computam mandatos iniciados antes da adoção de um novo texto constitucional[200]. Tome-se o Senegal: em 2012, diante das tentativas do presidente Abdoulaye Wade de concorrer a um terceiro mandato, o [Conselho Constitucional][*] decidiu que alterações anteriormente introduzidas na Constituição senegalesa para instituir um mandato presidencial (único) de sete anos aplicavam-se apenas a futuros presidentes – e não ao presidente então em exercício, nem mesmo prospectivamente. O Conselho era composto de cinco juízes, todos nomeados pelo próprio Wade,[201] e fundamentou sua decisão de uma maneira

[196] *Ver* RWANDANS Vote on Allowing Third Kagame Presidential Term. *BBC News*, 18 dez. 2015. Disponível em: http://www.bbc.com/news/world-africa-35125690.

[197] UWIRINGIYIMANA, Clement. Rwanda's Top Court Clears Way for Kagame Third Term. *Reuters*, 8 out. 2015. Disponível em: http://www.reuters.com/article/us-rwanda-president-idUSKCN0S21AI20151008.

[198] *Ver Ibid.*

[199] Por vezes, essas isenções em favor dos incumbentes são feitas por emenda formal, e não por interpretação judicial. Em Ruanda, em 2015, por exemplo, emendas encurtaram os mandatos presidenciais e criaram um limite de dois mandatos, mas também estabeleceram um conjunto explícito de disposições transitórias pelo qual o vencedor da eleição presidencial de 2017 cumpriria um mandato transitório inicial de sete anos e, em seguida, poderia exercer mais dois mandatos de cinco anos. Em conjunto, essas mudanças criaram a possibilidade de o próprio Kagame permanecer no cargo até 2034, num total de trinta e um anos. *Ver* RWANDANS Vote on Allowing Third Kagame Presidential Term. *BBC News*, 18 dez. 2015. Disponível em: http://www.bbc.com/news/world-africa-35125690. De modo semelhante, na Namíbia, em 1999, o parlamento resolveu não aplicar os limites de mandato ao presidente Sam Nujoma, sob o fundamento de que ele não havia sido eleito diretamente em 1989. *Ver* MAINA, Wachira. Drunk with Power: African Presidents Fight Term Limits. *Daily Monitor*, 5 mar. 2018. Disponível em: http://www.monitor.co.ug/SpecialReports/African-presidents-fight-term-limits/688342-4329366-11vd18j/index.html.

[200] A Bolívia é exemplo desta última dinâmica. *Ver* BOLIVIA: New Law Backs President Evo Morales Third Term. *BBC News*, 21 maio 2013. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-latin-america-22605030.

[*] [NT]: o original refere-se à *Supreme Court*. No Senegal, o contencioso das eleições presidenciais e a jurisdição constitucional cabem ao *Conseil constitutionnel*, que validou a candidatura de Wade em janeiro de 2012; a *Cour suprême* é órgão distinto, de cúpula da jurisdição ordinária e administrativa.

[201] KELLY, Catherine Lena. Senegal: What Will Turnover Bring? *Journal of Democracy*, v. 23, n. 3, p. 121-131, 2012. p. 122. SENEGAL'S President Can Run for Third Term, Court Rules. *The Guardian*, 30 jan. 2012. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2012/jan/30/senegal-president-run-third-term. *Ver* JAHATEH, Lamin. Controversy of Abdoulaye Wade's Presidential Bid. *Al Jazeera*, 28 jan. 2012. Opinião. Disponível em: https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/01/201212712295177724.html.

que um comentador qualificou de "tortuosa"[202]. O efeito imediato da decisão foi habilitar Wade a concorrer a um terceiro mandato, a despeito da aparente proibição constitucional formal de que buscasse a reeleição e de suas próprias promessas públicas de não buscar tal prorrogação. Ainda assim, a oposição a essa manobra foi suficientemente forte para que Wade acabasse derrotado nas eleições em questão[203]. Figuras de destaque da oposição, na verdade, qualificaram publicamente a decisão do Conselho como um "golpe constitucional" e estimularam amplos protestos públicos – primeiro contra a decisão e, depois, nas urnas[204].

De modo semelhante, em 2015, o partido do presidente do Burundi pediu ao Tribunal Constitucional que reconhecesse que os limites de mandato existentes não impediam o presidente de buscar a reeleição, porque havia sido eleito pela primeira vez sob disposições transitórias que previam eleição indireta, parlamentar, e não eleições diretas. O Tribunal acolheu o argumento, entendendo que as disposições transitórias operavam de forma completamente separada das disposições que impunham limites de mandato[205]. Isso abriu caminho para que o presidente Pierre Nkurunziza fosse reeleito para um terceiro mandato;[206] e mudanças subsequentes levaram a uma consolidação ainda maior do poder presidencial. Em 2018, com vistas às eleições presidenciais de 2020, o presidente Nkurunziza conseguiu introduzir mudanças na Constituição do Burundi que lhe permitiam buscar a reeleição para um quarto e um quinto mandatos consecutivos[207]. O contexto burundiano incluiu amplos indícios de coerção contra membros do Tribunal Constitucional. O vice-presidente do Tribunal recusou-se a assinar a decisão de 2015 e fugiu imediatamente para Ruanda,[208] alegando que o Tribunal havia sido submetido a intensa pressão política no período que antecedeu a decisão e que vários juízes haviam recebido ameaças de morte antes de mudarem seu voto para confirmar a constitucionalidade do terceiro mandato do presidente[209].

---

[202] GINSBURG, Tom. Senegal: Court Clears Wade for Third Term. *I-CONnect*: Blog of the International Journal of Constitutional Law, 28 jan. 2012. Disponível em: http://www.iconnectblog.com/2012/01/senegal-court-clears-wade-for-third-term/.

[203] *Ver* SENEGAL Court Confirms Third Term Bid for President Wade. *BBC News*, 30 jan. 2012. Disponível em: http://www.bbc.com/news/world-africa-16784055. GBERIE, Lansana. Is Democracy Under Threat in West Africa? *Africa Renewal*, United Nations, ago. 2012. Disponível em: https://www.un.org/africarenewal/magazine/august-2012/democracy-under-threat-west-africa.

[204] *Ver* SENEGAL'S President Can Run for Third Term, Court Rules. *The Guardian*, 30 jan. 2012. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2012/jan/30/senegal-president-run-third-term.

[205] *Ver* VANDEGINSTE, Stef. Legal Loopholes and the Politics of Executive Term Limits: Insights from Burundi. *Africa Spectrum*, v. 51, n. 2, p. 39-63, 2016. p. 52.

[206] *Ver Ibid.* MANIRABARUSHA, Clement. Burundi President's Commission Says People Want Term Limits Removed. *Reuters*, 25 ago. 2016. Disponível em: https://www.reuters.com/article/us-burundi-politics/burundi-presidents-commission-says-people-want-term-limits-removed-idUSKCN1100O1.

[207] *Ver* MOORE, Jina. Burundi's Leader Can Extend His Term. His African Peers Take Notes. *The New York Times*, 17 maio 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/05/17/world/africa/burundi-president-nkurunziza-referendum.html.

[208] *Ver* VANDEGINSTE, Stef. Legal Loopholes and the Politics of Executive Term Limits: Insights from Burundi. *Africa Spectrum*, v. 51, n. 2, p. 39-63, 2016. p. 52. KABUMBA, Busingye. A Legal Expert's View on Burundi Term Limits Saga. *The Observer*, 13 maio 2015. Disponível em: http://observer.ug/viewpoint/37809-a-legal-expert-s-view-on-burundi-term-limits-saga.

[209] *Ver* VANDEGINSTE, Stef. Legal Loopholes and the Politics of Executive Term Limits: Insights from Burundi. *Africa Spectrum*, v. 51, n. 2, p. 39-63, 2016. p. 52. KABUMBA, Busingye. A Legal Expert's View on Burundi Term Limits Saga. *The Observer*, 13 maio 2015. Disponível em: http://observer.ug/viewpoint/37809-a-legal-expert-s-view-on-burundi-term-limits-saga.

Uma versão ainda mais forte da mesma abordagem consolidou-se recentemente na América Latina, onde tribunais de diversos países utilizaram a doutrina da emenda constitucional inconstitucional para extirpar, e não para proteger, os limites aos mandatos presidenciais[210]. Concentramo-nos aqui em dois países – Nicarágua e Bolívia. Os dois casos compartilham algumas semelhanças-chave de contexto. Em ambos, observadores manifestaram preocupações com a erosão da ordem democrática liberal conduzida pelos mesmos governantes que buscavam alterar os limites de mandato. Além disso, os tribunais de ambos os países já estavam sob o controle do regime quando essas decisões foram proferidas.

Na Nicarágua, o presidente em exercício, Daniel Ortega, buscou uma possível reeleição em 2011, após conquistar a presidência em 2007. Contudo, um artigo da constituição vigente proibia a reeleição consecutiva e limitava os presidentes a exercer apenas dois mandatos ao longo da vida[211]. Esse dispositivo havia sido acrescentado à constituição de 1987 como parte de um amplo pacote de emendas, em 1995, que ajudou a negociar o fim do conflito interno[212]. Como Ortega já havia exercido a presidência na década de 1980, esbarrava não apenas no limite à reeleição consecutiva, mas também no limite vitalício para o exercício da presidência. Ortega não dispunha, à época, da maioria qualificada necessária na Assembleia Nacional nicaraguense para buscar uma emenda constitucional que eliminasse o limite de mandato, e sua tentativa de fazer aprovar uma mudança pela Assembleia fracassou.

Nesse contexto, aliados de Ortega propuseram uma ação perante a Sala Constitucional da Corte Suprema, sustentando que o próprio limite de mandato era uma emenda constitucional inconstitucional[213]. A corte deu razão aos requerentes e anulou o limite de mandato, decidindo que a emenda que o havia acrescentado violava direitos fundamentais e era, portanto, uma emenda constitucional inconstitucional. Como observado acima, a decisão foi proferida em condições procedimentais extraordinárias, que afastaram todos os membros da oposição na corte[214]. Por meio de subterfúgios, três membros de oposição da Sala Constitucional, composta de seis membros, foram substituídos por juízes favoráveis ao governo, o que resultou em uma decisão unânime a favor do regime[215]. Em todo caso, o resultado foi que Ortega pôde concorrer a um novo mandato (e vencê-lo). Após vencer esse mandato e obter a

[210] Não discutimos uma decisão hondurenha semelhante que também aboliu os limites de mandato e que compartilha semelhanças de fundamentação. O caso hondurenho é um tanto menos claramente "abusivo", no sentido de afetar o núcleo mínimo democrático. Para uma discussão dessa decisão, *ver* LANDAU, David; DIXON, Rosalind; ROZNAI, Yaniv. From an Unconstitutional Constitutional Amendment to an Unconstitutional Constitution? Lessons from Honduras. *Global Constitutionalism*, v. 8, n. 1, p. 40-70, 2019. p. 67, 69.

[211] NICARÁGUA. [Constituição (1987)]. *Constitución Política de la República de Nicaragua*. Texto com a reforma de 1995. La Gaceta, Diario Oficial, Managua, 1995. art. 147.

[212] *Ver* WALKER, Lee Demetrius; WILLIAMS, Philip J. The Nicaraguan Constitutional Experience: Process, Conflict, Contradictions, and Change. *In:* MILLER, Laurel E. (ed.). *Framing the State in Times of Transition*: Case Studies in Constitution Making. Washington, DC: United States Institute of Peace Press, 2010. p. 496.

[213] *Ver* NICARÁGUA. Corte Suprema de Justicia (Sala de lo Constitucional). *Sentencia n. 504*. Managua, 19 out. 2009.

[214] *Ver Ibid.*

[215] *Ver*, *supra*, o texto correspondente às notas 76–77. *Ver também* DIXON, Rosalind; JACKSON, Vicki C. Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests. *Wake Forest Law Review*, v. 48, n. 1, p. 149-209, 2013. p. 203. PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu, de 26 de novembro de 2009, sobre a Nicarágua*. P7_TA(2009)0103. Estrasburgo, 26 nov. 2009. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2009-0103+0+DOC+XML+V0//EN ("[E]m 19 de outubro de 2009, a [Sala Constitucional] da Nicarágua [...] juízes membros, que não foram convidados e foram substituídos por três juízes pró-governo [...]").

maioria qualificada necessária na Assembleia, aprovou uma emenda formal que eliminou o limite de mandato, concorreu novamente, foi reeleito e permanece no poder até hoje[216].

Na Bolívia, o presidente Morales perdeu por pequena margem um referendo constitucional de 2016 que lhe teria permitido concorrer a um quarto mandato consecutivo,[217] e que havia sido legitimado pela decisão de 2015 do Tribunal Constitucional Plurinacional, a corte constitucional da Bolívia, mencionada acima[218]. O resultado do referendo sugeriu que, embora o próprio Morales fosse popular, seus planos de ampliar os limites de mandato não o eram. Em vez de arriscar outro referendo popular que mobilizaria a oposição (e que teria legalidade duvidosa), os aliados de Morales passaram de uma estratégia de revisão judicial abusiva fraca para uma de revisão judicial abusiva forte. Assim, recorreram ao Tribunal Constitucional com um novo argumento: o de que os limites aos mandatos presidenciais previstos na constituição original de 2009, redigida e promulgada durante a própria presidência de Morales, deveriam ser afastados por colidirem com o direito internacional dos direitos humanos.

O Tribunal Constitucional acolheu o argumento no fim de 2017, decidindo que a própria constituição nacional devia conformar-se ao direito internacional dos direitos humanos, tal como previsto no Sistema Interamericano e em outros lugares, e, além disso, que os limites de mandato colidiam com o direito internacional e deviam, portanto, ser desconsiderados[219]. Embora os magistrados do tribunal sejam escolhidos em eleições populares, as listas de candidatos são compostas pelo Legislativo, dominado pelo Movimento ao Socialismo de Morales (*Movimiento al Socialismo*, ou "MAS")[220]. A oposição também convocou com frequência boicotes às eleições judiciais, por considerá-las injustas, deixando que apenas apoiadores do MAS participassem[221]. Quatro dos sete magistrados eleitos para a corte em 2011, a composição que decidiu os casos aqui discutidos, haviam ocupado anteriormente cargos no governo Morales[222]. O resultado prático da decisão é erradicar todos os limites aos mandatos presidenciais da Bolívia, permitindo que Morales concorresse a um quarto mandato de cinco anos em 2019.

Além das irregularidades procedimentais e dos sinais de controle do regime sobre os judiciários para alcançar objetivos políticos-chave, essas duas decisões exibem sinais de raciocínio problemático, em particular o uso indevido de princípios constitucionais transnacionais e do direito internacional dos direitos humanos. Um fio condutor nos casos latino-americanos sobre limites de mandato é o argumento de que os limites aos mandatos presidenciais violam direitos fundamentais tanto dos eleitores quanto dos agentes eleitos, frequentemente baseado em jurisprudência e princípios supostamente encontrados no direito internacional dos

---

[216] *Ver* CHERRY, Nicolas. The Abolition of Presidential Term Limits in Nicaragua: The Rise of Nicaragua's Next Dictator? *Cornell International Law Journal Online*, 13 mar. 2014. Disponível em: http://cornellilj.org/the-abolition-of-presidential-term-limits-in-nicaragua-the-rise-of-nicaraguas-next-dictator/.

[217] CASEY, Nicholas. Bolivian President Concedes Defeat in Term-Limit Referendum. *The New York Times*, 24 fev. 2016. Disponível em: https://www.nytimes.com/2016/02/25/world/americas/bolivian-president-evo-morales-concedes-defeat-in-term-limit-referendum.html.

[218] *Ver*, *supra*, o texto correspondente às notas 178–182.

[219] *Ver* BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia Constitucional Plurinacional n. 0084/2017*. Sucre, 28 nov. 2017.

[220] *Ver* DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. The 2011 Judicial Elections in Bolivia. *Electoral Studies*, v. 31, n. 3, p. 628-632, 2012. p. 2.

[221] *Ver Ibid.*

[222] *Ver Ibid.*, p. 3-4. O governo também recorreu amplamente ao *impeachment*, por exemplo suspendendo e, por fim, destituindo três ministros depois que proferiram decisão contra o governo em um caso envolvendo a Lei do Notariado, com base em acusações amplamente vistas como forjadas. *Ver*, *supra*, o texto correspondente à nota 108.

direitos humanos do Sistema Interamericano. Mas o argumento de que um limite constitucional de mandato viola o direito internacional ou regional dos direitos humanos (ou outros princípios de direitos fundamentais) é flagrantemente infundado. A Organização dos Estados Americanos solicitou recentemente à Comissão de Veneza (a "Comissão") que elaborasse um relatório sobre a questão, e a Comissão concluiu que não havia respaldo para a posição de que os limites aos mandatos presidenciais violavam o direito internacional[223]. A Comissão observou ampla variação na prática estatal quanto aos limites aos mandatos presidenciais, o que impede qualquer alegação de que exista uma norma de direito internacional consuetudinário sobre a matéria.[224] E concluiu que qualquer restrição imposta pelos limites aos mandatos presidenciais aos direitos de participação política de eleitores e agentes eleitos muito provavelmente se justificaria pelos riscos conhecidos que a permanência indefinida no cargo representa[225]. O raciocínio problemático de todos esses tribunais sugere a imensa pressão política a que estavam submetidos para erradicar os limites de mandato, ou para permitir que os governantes em exercício o fizessem.

4.2 A supressão da Assembleia Nacional na Venezuela

A Suprema Corte venezuelana tem sido, há muito tempo, um exemplo interessante do papel do Judiciário sob um regime cada vez mais autoritário. Como documentou em detalhe Sanchez Urribarri, a Corte inicialmente preservou um espaço significativo de independência depois que Hugo Chávez chegou ao poder e substituiu a constituição venezuelana, em 1999, especialmente à medida que a coalizão chavista original se fragmentava[226]. Contudo, após uma tentativa fracassada de golpe contra Chávez, a Assembleia Nacional da Venezuela aprovou uma lei que permitiu ao regime chavista assumir o controle total da Corte[227]. A lei manteve, em linhas gerais, os poderes da Corte sobre outras instituições, ao mesmo tempo que permitiu ao regime exercer controle quase completo sobre ela. A nova Lei Orgânica da Suprema Corte, de 2004, ampliou o tamanho da Suprema Corte venezuelana de vinte para trinta e dois magistrados e tornou muito mais fácil para a Assembleia Nacional destituir magistrados, anulando suas nomeações ou submetendo-os a *impeachment*[228]. Esses poderes de destituição foram utilizados para forçar diversas mudanças-chave, incluindo a remoção do vice-presidente da Corte. Assim, após 2004, o regime passou a exercer, na prática, controle completo sobre a Corte[229]. De fato, um estudo constatou que, depois da aprovação da lei, nenhuma

[223] *Ver* COMISSÃO EUROPEIA PARA A DEMOCRACIA ATRAVÉS DO DIREITO (COMISSÃO DE VENEZA). *Report on Term-Limits*: Part I – Presidents. CDL-AD(2018)010. Strasbourg: Council of Europe, 2018. Disponível em: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2018)010-e. p. 24-25.
[224] *Ver Ibid.*, p. 3-10.
[225] *Ver Ibid.*, p. 19 ("Os limites de mandato que a maioria das democracias representativas impõe ao direito do presidente em exercício são um limite razoável ao direito de ser eleito, porque impedem o exercício ilimitado do poder nas mãos do Presidente e protegem outros princípios constitucionais, como os freios e contrapesos e a separação de poderes.").
[226] *Ver* SANCHEZ URRIBARRI, Raul A. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 854-884, 2011. p. 867-871.
[227] *Ver Ibid.*, p. 871-872.
[228] *Ver Ibid.*
[229] *Ver Ibid.*, p. 872-873.

decisão da Suprema Corte venezuelana foi contrária ao governo nacional entre 2005 e 2014[230].

Em vez disso, a Corte tem sido uma parceira sistematicamente confiável e valiosa de um governo cada vez mais autoritário. Grande parte do que fez correspondeu à forma "fraca" de revisão judicial abusiva, na qual legitimou uma série de ações do regime de constitucionalidade questionável. Por exemplo, chancelou uma série de leis aprovadas pelo regime que eram duvidosas em razão de seus efeitos sobre a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e outros valores constitucionais, e que foram depois utilizadas como instrumentos de repressão[231]. Chancelou mudanças eleitorais que favoreciam enormemente o regime em exercício e também legitimou a decisão do governo de cassar a concessão de uma emissora de televisão ligada à oposição[232]. Como observado acima, chancelou os esforços de Chávez para alterar a constituição a fim de eliminar todos os limites de mandato[233]. Além disso, quando uma série de reformas constitucionais abrangentes foi derrotada por estreita margem em um referendo de 2007, o governo Chávez e o Legislativo reembalaram muitas das mudanças como leis orgânicas, apesar de a constituição não ter sido alterada[234]. A Suprema Corte chancelou essas mudanças contra as impugnações, permitindo, na prática, que o regime de Chávez contornasse o procedimento de aprovação de emendas constitucionais[235].

A forma forte de revisão judicial abusiva ganhou proeminência depois que a oposição conquistou o controle da Assembleia Nacional, em dezembro de 2015. Chávez morreu em 2013; seu sucessor escolhido a dedo (e vice-presidente), Nicolás Maduro, venceu uma eleição pouco depois. Maduro governou em um ambiente econômico em acentuada deterioração e sem o carisma ou a habilidade política de Chávez[236]. Diante disso, uma oposição bem-organizada obteve uma vitória eleitoral esmagadora em 2015, conquistando cerca de dois terços das cadeiras da Assembleia Nacional[237]. A vitória esmagadora da oposição parecia sinalizar que o regime do sucessor menos carismático de Chávez, Nicolás Maduro, transitaria de volta rumo a um ponto de chegada mais democrático. Mas o papel da Suprema Corte venezuelana mudou nesse período – ela deixou de ser apenas uma legitimadora passiva de ações duvidosas do regime e passou a desempenhar um papel ativo na anulação do poder eleitoral da oposição, permitindo ao presidente Maduro governar unilateralmente. Logo após a eleição de 2015, a Assembleia Nacional em fim de legislatura voltou a aparelhar a Corte em uma sessão de emergência, nomeando doze novos magistrados depois que diversos magistrados renunciaram ou

[230] *Ver* CORRALES, Javier. Autocratic Legalism in Venezuela. *Journal of Democracy*, v. 26, n. 2, p. 37-51, 2015. p. 44.
[231] *Ver* SANCHEZ URRIBARRI, Raul A. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 854-884, 2011. p. 876.
[232] *Ver Ibid.*
[233] *Ver*, *supra*, Seção 4.1.
[234] *Ver* SANCHEZ URRIBARRI, Raul A. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 854-884, 2011. p. 876-877.
[235] *Ver Ibid.*
[236] *Ver* LANDAU, David. Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela: The First Time as Tragedy, the Second as Farce. *In:* GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018. p. 168.
[237] *Ver Ibid.*, p. 169.

se aposentaram em massa, o que impediu a Assembleia Nacional de obter qualquer capacidade de nomear novos magistrados e manteve a Corte firmemente nas mãos do regime[238].

A Suprema Corte venezuelana, recém-aparelhada, empenhou-se em impedir que a nova Assembleia controlada pela oposição exercesse qualquer poder ou fosse capaz de conter [Maduro]. Por exemplo, a Suprema Corte e outras instituições bloquearam, na prática, os planos da oposição de remover legalmente Maduro do poder. Quando a oposição sugeriu uma emenda constitucional que reduziria a duração dos mandatos presidenciais, a Suprema Corte decidiu que tal iniciativa constituiria uma emenda constitucional inconstitucional[239]. E quando os opositores tentaram submeter Maduro a um referendo revogatório (mecanismo expressamente previsto na constituição venezuelana, ao qual Chávez já se havia submetido e no qual saiu vitorioso), os órgãos eleitorais impuseram, na prática, condições impossíveis para o referendo, antes de suspendê-lo por completo em razão de supostas suspeitas de fraude identificadas por tribunais regionais em etapas anteriores do processo[240]. A Suprema Corte também proferiu decisões juridicamente duvidosas que ampliaram o alcance dos poderes de emergência do presidente, permitindo, na prática, que Maduro contornasse a Assembleia Nacional. Por exemplo, em fevereiro de 2016, a Suprema Corte decidiu que, embora a Assembleia tenha poderes constitucionais expressos para rejeitar decretos de emergência econômica editados pelo presidente e, assim, exercer controle constitucional sobre eles, esses atos da Assembleia não afetavam a "legitimidade, validade, vigência ou eficácia jurídica" dos decretos[241]. A decisão anulou, na prática, o poder parlamentar de controle político sobre os poderes presidenciais de emergência e abriu caminho para que o presidente simplesmente contornasse o Legislativo.

A Suprema Corte, de modo semelhante, invalidou a importante lei de anistia aprovada pela nova Assembleia Nacional em março de 2016[242]. A lei buscava conceder anistia a opositores políticos do regime – aqueles condenados tanto por crimes políticos quanto por crimes comuns estreitamente relacionados, como a difamação criminal – e que haviam sido encarcerados ou ameaçados com acusações pelo regime[243]. A Suprema Corte decidiu que a lei era inconstitucional por transgredir os limites admissíveis à anistia política segundo o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário[244]. Esses limites desempenharam um papel importante no direito e na política latino-americanos contemporâneos, mas seu principal uso tem sido impedir que governos militares em fim de mandato instituam autoanistias que impeçam a persecução penal das mais graves violações do direito internacional, como a tortura, os crimes de guerra graves e os crimes contra a humanidade,

[238] *Ver* CERVANTES VALAREZO, Andrés. Constitucionalismo abusivo y amnistía en Venezuela. *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 17 (Segunda Época), 2017. p. 5-6.
[239] *Ver* VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 274*. Caracas, 21 abr. 2016.
[240] *Ver* LINARES, Albinson. Autoridades electorales de Venezuela paralizan el proceso revocatorio contra Maduro. *The New York Times en Español*, 21 out. 2016. Disponível em: https://www.nytimes.com/es/2016/10/21/autoridades-electorales-de-venezuela-paralizan-el-proceso-revocatorio-contra-maduro/.
[241] *Ver* VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 7*. Caracas, 11 fev. 2016.
[242] *Ver* CERVANTES VALAREZO, Andrés. Constitucionalismo abusivo y amnistía en Venezuela. *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 17 (Segunda Época), 2017.
[243] *Ver Ibid.*
[244] *Ver* VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 264* (expediente n. 16-0343). Caracas, 11 abr. 2016.

frequentemente cometidos por esses regimes[245]. Os limites à anistia, nesses casos, dizem respeito a evitar a impunidade pelas piores atrocidades e, pode-se sustentar, integram o processo mais longo de democratização, ao assegurar a responsabilização pelos abusos mais graves cometidos por agentes do regime autoritário[246].

A Suprema Corte venezuelana apoiou-se fortemente nessa jurisprudência. Mas a retirou de contexto e, de fato, inverteu, na prática, seu propósito, utilizando-a para derrubar uma lei de anistia destinada a ajudar os opositores de um regime autoritário a evitar a persecução por crimes políticos (frequentemente forjados). O direito internacional, evidentemente, não limita as anistias por crimes políticos; na verdade, tende a estimular as anistias mais amplas possíveis para atos políticos, a fim de incentivar a reconciliação e a democratização[247]. A decisão foi marcada por irregularidades procedimentais: foi proferida apenas quatro dias após a apresentação do pedido, um prazo extraordinário para uma decisão tão relevante[248]. A forte dependência da jurisprudência interamericana era peculiar, porque o governo venezuelano havia denunciado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 2013, a pedido da própria Suprema Corte venezuelana, depois de perder uma decisão-chave relativa à destituição de três juízes[249]. A Suprema Corte também ignorou um relatório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, emitido mais ou menos na mesma época e a pedido do próprio governo venezuelano, que considerou a lei de anistia compatível com o direito internacional[250].

A decisão sobre a anistia integra uma tentativa mais ampla de impedir completamente que a Assembleia controlada pela oposição legislasse e de transferir seus poderes ao presidente. Imediatamente após as eleições de dezembro de 2015, aliados do regime ajuizaram diversas ações perante tribunais eleitorais impugnando resultados eleitorais individuais sob alegação de fraude. A maior parte delas foi rejeitada, mas a Sala Eleitoral (*Sala Electoral*) da Suprema Corte acolheu três impugnações oriundas de áreas remotas do país[251]. Esses três casos eram relevantes porque determinariam se a oposição teria a maioria de dois terços na Assembleia necessária para emendar a constituição, alterar leis orgânicas e praticar certos outros atos-chave. A Assembleia recusou-se a cumprir a decisão e empossou os três deputados contestados de todo modo.

---

[245] *Ver, por exemplo*, HUNEEUS, Alexandra. Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn. *Law & Social Inquiry*, v. 35, n. 1, p. 99-135, 2010. p. 104-105 (descreve a decisão de um juiz chileno segundo a qual um decreto de anistia não se aplicava aos atos criminosos de Augusto Pinochet).

[246] *Ver* BINDER, Christina. The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, v. 12, n. 5, p. 1203-1230, 2011. p. 1227 (sustenta que a jurisprudência da Corte Interamericana sobre leis de anistia contribuiu para a democratização dos Estados latino-americanos).

[247] *Ver Ibid.*, p. 1225.

[248] *Ver* CERVANTES VALAREZO, Andrés. Constitucionalismo abusivo y amnistía en Venezuela. *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 17 (Segunda Época), 2017. p. 10.

[249] *Ver* HUNEEUS, Alexandra; URUEÑA, René. Treaty Exit and Latin America's Constitutional Courts. *AJIL Unbound*, v. 111, p. 456-460, 2017. p. 456-457.

[250] *Ver* ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUDH). *ACNUDH*: sobre declaración de inconstitucionalidad de ley de amnistía en Venezuela. Comunicado de imprensa. 12 abr. 2016. Disponível em: http://acnudh.org/acnudh-sobre-declaracion-de-inconstitucionalidad-de-ley-de-amnistia-en-venezuela.

[251] *Ver* VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Electoral). *Sentencia n. 260*. Caracas, 30 dez. 2015.

A essa altura, a Suprema Corte passou a declarar a Assembleia em desacato[*]. Decidiu que as leis aprovadas pela Assembleia eram inconstitucionais enquanto persistisse a situação de desacato, impedindo-a de exercer seus poderes. A Corte, assim, invalidou as principais leis aprovadas pela Assembleia Nacional nesse período. E decidiu que, em consequência, o presidente podia exercer poderes unilateralmente. Por exemplo, no fim de 2016, a Corte decidiu que o presidente tinha o poder de aprovar o orçamento nacional por meio de poderes de emergência, embora a constituição confira à Assembleia poderes expressos para discutir e aprovar o orçamento[252]. Justificou essa decisão com base na situação de desacato em curso em que mantinha todo o Legislativo, a qual, por sua vez, segundo seu entendimento, o privava de qualquer poder de legislar. Isso criou, segundo a Corte, uma "omissão legislativa" que precisava ser suprida, dado o dever constitucional de aprovar um orçamento. A corte decidiu, assim, que o presidente devia ter o poder de promulgar um orçamento unilateralmente, o qual foi então apresentado à Corte e aprovado[253].

A decisão mais extraordinária dessa linha ocorreu em março de 2017, quando a Sala Constitucional da Suprema Corte proferiu uma decisão que anulou todos os poderes da Assembleia Nacional e permitiu que fossem transferidos a qualquer outro órgão[254]. Em particular, a Corte decidiu que "enquanto persistir a situação de desacato e de invalidade das atuações da Assembleia Nacional, esta Sala Constitucional garantirá que as competências parlamentares sejam exercidas diretamente por esta Sala ou pelo órgão que ela designar, para velar pelo Estado de Direito"[255]. A Suprema Corte estendeu, assim, o raciocínio de sua decisão orçamentária anterior, decidindo que a situação de desacato criava uma "omissão legislativa" que abrangia todos os poderes da Assembleia, a qual poderia ser suprida pela transferência desses poderes à Corte ou ao presidente[256].

A Suprema Corte sofreu consequências internas e internacionais bastante incomuns por proferir uma decisão tão descarada. A procuradora-geral (*Fiscal General de la República*), até então leal ao regime, condenou publicamente a decisão[257]. Os Estados Unidos impuseram sanções diretas aos magistrados da Suprema Corte por "interferirem reiteradamente na autoridade do Poder Legislativo"[258]. A Corte acabou recuando de sua posição extraordinária – um pouco. Diante da condenação interna e internacional, a Corte emitiu um "esclarecimento"

[*] [NT]: "desacato" traduz contempt, no sentido de contempt of court (descumprimento de ordem judicial), e não o crime de desacato do art. 331 do Código Penal brasileiro. Refere-se à declaração, pela Suprema Corte venezuelana, de que a Assembleia Nacional inteira estava em descumprimento da ordem da Sala Eleitoral que havia suspendido a proclamação dos quatro deputados eleitos pelo estado do Amazonas (três deles da oposição), empossados pela Assembleia à revelia da decisão (Sentencia n. 260, de 30 dez. 2015). Com base nisso, a Corte passou a tratar como nulos todos os atos do Legislativo.

[252] *Ver* VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 810*. Caracas, 21 set. 2016.

[253] *Ver Ibid.*

[254] *Ver* VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 156*. Caracas, 29 mar. 2017.

[255] *Ver Ibid.*, item 4.4.

[256] *Ver Ibid.*

[257] ROMO, Rafael. Venezuelan Attorney General Breaks with Maduro, Slams Court Ruling. *CNN*, 31 mar. 2017. Disponível em: https://www.cnn.com/2017/03/31/americas/venezuela-attorney-general-supreme-court/index.html.

[258] GOODMAN, Joshua; ARMARIO, Christine. US Imposes Sanctions on Venezuela Supreme Court. *AP News*, 18 maio 2017. Disponível em: https://apnews.com/ed1a50389be74af799f4613caf1e4b1a. *Ver também* BACZYNSKA, Gabriela; GUPTA, Girish. EU Confirms New Sanctions on Seven Senior Venezuela Officials. *Reuters*, 22 jan. 2018. Disponível em: https://www.reuters.com/article/us-venezuela-politics-eu/eu-confirms-new-sanctions-on-seven-senior-venezuela-officials-idUSKBN1FB1L0 (registra sanções da UE contra o presidente do Tribunal Supremo).

que retirou a parte da decisão que lhe permitia transferir os poderes legislativos para si mesma ou para qualquer outra instituição de sua escolha[259]. Mas esse esclarecimento deixou intactas as partes da decisão (e de decisões anteriores) que declararam a Assembleia em desacato e, assim, a impediram de aprovar quaisquer leis.

A fundamentação da Suprema Corte é notável por estar ancorada no conceito de "omissão legislativa". Na doutrina regional latino-americana, esta ocorre quando o Legislativo viola um dever constitucional por inação, e não por ação. A doutrina sustenta que, em alguns casos limitados (frequentemente quando as omissões são meramente "relativas"), os tribunais podem supri-las diretamente, acrescentando texto a uma lei – por exemplo, quando existe uma lei que confere proteções a certos grupos, mas omite outros[260]. Em outros casos, quando a omissão é "absoluta" porque não existe regulação alguma, a Suprema Corte não pode corrigir ela própria a omissão, limitando-se a exortar ou a exigir que o Legislativo atue dentro de determinado prazo[261]. A doutrina da omissão legislativa diz respeito, portanto, à realização de um projeto constitucional no interior de uma democracia liberal: permite ao tribunal flexibilizar um pouco a separação de poderes, ou ao menos exortar o Legislativo a cumprir seu dever constitucional, nos casos em que esta última instituição deixou de proteger direitos constitucionais.

Mas a doutrina da "omissão legislativa" não permite que a Suprema Corte se arrogue todo o poder legislativo, nem que transfira esse poder a outro órgão. De fato, o texto constitucional em que a Corte se apoiou conferia-lhe o poder de "[d]eclarar a inconstitucionalidade das omissões do Poder Legislativo municipal, estadual ou nacional, quando deixar de editar normas ou medidas indispensáveis para garantir o cumprimento da constituição, ou editá-las de forma incompleta; e estabelecer o prazo e, se necessário, as diretrizes para sua correção"[262]. O texto constitucional inseria-se, assim, na tradição regional existente sobre a omissão, mas a decisão da Corte distorceu esse conceito. De fato, a decisão inverteu, na prática, o propósito da doutrina, transformando-a de uma doutrina voltada a canalizar a deliberação legislativa em uma que incapacitou o Legislativo como órgão democrático.

Na Venezuela, os governos Chávez e Maduro apoiaram-se fortemente no instrumento da revisão judicial para levar a cabo tarefas centrais de solapamento da democracia liberal. No caso do regime de Chávez, isso envolveu sobretudo a chancela, e consequente legitimação, pelo Judiciário de leis e atos executivos constitucionalmente duvidosos – o que denominamos revisão judicial abusiva fraca. Durante o regime de Maduro (e especialmente após as eleições de 2015), a Corte passou a formas mais fortes de revisão judicial abusiva, utilizando uma série de doutrinas diferentes para impedir que a oposição desfrutasse do poder eleitoral que havia conquistado. Ao fazê-lo, a Suprema Corte venezuelana transformou doutrinas concebidas

[259] *Ver* VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 158*. Caracas, 1 abr. 2017 (esclarecimento da *Sentencia n. 156*).

[260] *Ver, por exemplo*, CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David. *Colombian Constitutional Law*: Leading Cases. New York: Oxford University Press, 2017. p. 139, 143-144 (discute a distinção na *Sentencia C-728 de 2009*, caso sobre objeção de consciência ao serviço militar). COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-728/2009*. Bogotá, 14 out. 2009.

[261] *Ver Ibid.*

[262] VENEZUELA. [Constituição (1999)]. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas: Asamblea Nacional Constituyente, 1999. art. 336, inciso 7. Tradução para o inglês em: CONSTITUTE PROJECT. *Venezuela (Bolivarian Republic of)'s Constitution of 1999 with Amendments through 2009*. Austin: Comparative Constitutions Project. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Venezuela_2009?lang=en.

para promover a democratização e o constitucionalismo, como os limites à anistia e a doutrina da omissão legislativa, em ferramentas do autoritarismo.

5 OS LIMITES DE UMA ESTRATÉGIA DE REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA

Se o controle de uma corte constitucional oferece benefícios potenciais tão grandes a um regime com pretensões autoritárias, pode-se indagar sobre os limites de tal estratégia: quando os aspirantes a autoritários poderiam optar por não empregá-la, e quando ela poderia fracassar? A revisão judicial abusiva parece ser uma estratégia bastante comum, mas não universal, e, como sugerem os exemplos acima, nem sempre é bem-sucedida.

Para delinear brevemente três estratégias alternativas (e não mutuamente excludentes): os atores autoritários podem (a) manter intactos tribunais relativamente independentes; (b) preservar considerável independência judicial, mas adotar medidas para impedir que os tribunais decidam matérias politicamente sensíveis; e (c) tentar marginalizar inteiramente os judiciários. Se o controle de uma corte constitucional oferece benefícios potenciais tão grandes a um regime com pretensões autoritárias, quando os aspirantes a autoritários poderiam optar por não empregá-lo?

Tanto os benefícios quanto os custos da revisão judicial abusiva variam conforme o caso. Do lado dos benefícios, alguns regimes precisam apoiar-se mais do que outros na revisão judicial para alcançar seus objetivos. Isso depende, evidentemente, de outras vias, como o emendamento formal e a mudança constitucional informal, disponíveis em determinado contexto. A Polônia, por exemplo, oferece um caso em que o regime atribuiu valor substancial à captura do tribunal porque lhe faltavam os votos para exercer o poder de emendamento formal[263]. É de esperar que se observem mais exercícios de revisão judicial abusiva (especialmente da forma forte) nos casos em que os líderes políticos não dispõem de outras vias atraentes para alcançar seus objetivos.

Por razões semelhantes, é mais provável que observemos a revisão judicial abusiva em contextos de transição, nos quais os atores estão tentando ativamente desmantelar a democracia liberal, do que em regimes autoritários estáveis. Tribunais que operam em tipos de regime transicionais ou "híbridos" podem ser ferramentas muito valiosas para líderes que atacam a democracia liberal, mas que ainda não detêm controle total sobre seus países, como mostram os exemplos acima. Em regimes plenamente autoritários, em contraste, os líderes políticos podem dispor de mais alavancas a acionar precisamente porque controlam todo o Estado. Alguns indícios disso são fornecidos pelo trabalho de Popova, que constata que, na Europa Oriental da década de 1990, a relação normal entre competição política e independência judicial se inverteu[264]. Nesses contextos de transição com elevados riscos autoritários,

[263] *Ver, em geral*, SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491.

[264] *Ver* POPOVA, Maria. *Politicized Justice in Emerging Democracies*: A Study of Courts in Russia and Ukraine. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 3-4. *Ver também* TROCHEV, Alexei. Less Democracy, More Courts: A Puzzle of Judicial Review in Russia. *Law & Society Review*, v. 38, n. 3, p. 513-548, 2004. p. 513 (constata que tribunais mais fortes estavam associados a menor competição política nos Estados russos pós-soviéticos).

ela constata que maior competição política estava associada a menor, e não a maior, independência judicial, porque a pressão política exercida pelos rivais aumentava a necessidade de os aspirantes a autoritários capturarem o tribunal. Em contraste, trabalhos sobre tribunais em regimes plenamente autoritários identificaram uma série de relações entre tribunais e regimes: por vezes, os tribunais são amplamente convertidos em armas do regime, mas, em outros casos, podem ser completamente irrelevantes ou dotados de um grau surpreendente de independência judicial, desde que evitem questões e casos políticos[265].

A eficácia da revisão judicial abusiva pode depender, em parte, de percepções internas e internacionais de que os juízes têm algum grau de independência em relação aos poderes políticos e de que a atividade que desempenham tem natureza "jurídica", e não inteiramente política. Se a falta de independência ou a natureza política de um tribunal for inteiramente evidente, o tribunal pode perder sua capacidade de contribuir para a legitimidade percebida da mudança "informal" conduzida ou chancelada pelos tribunais. As percepções de independência, nesse contexto, podem ser influenciadas, em última análise, por três fatores amplos: (a) sinais explícitos e implícitos de influência ou controle político sobre um tribunal; (b) a maneira como os próprios juízes abordam a tarefa do raciocínio constitucional; e (c) o histórico prévio da revisão judicial em um país.

Alguns países não têm histórico de tribunais independentes. Cooptar a revisão judicial nesse contexto pode ser relativamente fácil, uma vez que o Judiciário gozará de pouco apoio externo, mas pode também oferecer benefícios relativamente modestos a um regime, uma vez que outros atores verão as ações como meramente políticas, e não jurídicas. Outros tribunais podem ter um histórico mais sólido de revisão judicial independente. Esses tribunais deveriam ser mais difíceis de capturar, uma vez que podem ter uma cultura interna que estimula a resistência à pressão política externa, e um apoio mais amplo na sociedade civil e no público. Mas os benefícios de capturar tal tribunal podem também ser maiores, uma vez que tanto atores locais quanto internacionais tendem a conceder a tribunais desse tipo o benefício da dúvida, ajudando a legitimar ações abusivas. Uma reputação de independência judicial pode levar algum tempo para se deteriorar.

Uma tentativa de cooptar um tribunal com histórico de independência judicial pode também trazer riscos potenciais para os aspirantes a autoritários. Ao tentar influenciar tal tribunal, eles podem procurar manter a aparência de respeito à independência judicial para maximizar o benefício de legitimidade da revisão judicial. Isso pode significar nomear juízes com alguma reputação prévia de independência judicial ou de competência jurídica – atributos que podem, efetivamente, ser convertidos em armas ou voltados contra um regime, caso um juiz se revele, de fato, politicamente independente do regime. Ao preservar um tribunal forte, mas pouco simpático, os aspirantes a autoritários podem, assim, criar as condições para minar seus esforços mais amplos de mudança constitucional abusiva[266].

---

[265] *Ver* MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics. *In:* GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (ed.). *Rule by Law*: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 1-22. p. 4. MOUSTAFA, Tamir. *The Struggle for Constitutional Power*: Law, Politics, and Economic Development in Egypt. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 6 (sustenta que o tribunal constitucional egípcio recebeu poderes consideráveis durante o regime autoritário do Egito para atrair investimento estrangeiro).

[266] *Cf.* MOUSTAFA, Tamir. *The Struggle for Constitutional Power*: Law, Politics, and Economic Development in Egypt. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 1-2 (constata que o tribunal constitucional egípcio era composto por juízes altamente capacitados, que por vezes decidiam contra o governo em casos importantes).

Em resposta a esse risco, como observamos acima, na Seção 2, alguns regimes optaram por adotar uma estratégia em duas etapas, que envolve, primeiro, uma tentativa de minar a credibilidade dos tribunais e, segundo, uma tentativa de reconstruir seu poder somente se e quando as elites dominantes estiverem confiantes de que controlam o tribunal[267]. Mas tal estratégia traz seus próprios riscos. Se a primeira etapa do processo for bem-sucedida, pode ser bastante difícil para os atores políticos reabilitar a confiança pública na estatura de um tribunal recém-nomeado. A confiança pública no tribunal pode ficar danificada demais para que um novo tribunal exerça eficazmente a revisão judicial abusiva, especialmente em sua forma forte. Mas, se a primeira etapa não for plenamente bem-sucedida e um regime avançar rápido demais para a segunda etapa, buscando empregar a revisão judicial para seus próprios fins, pode deparar-se com um tribunal bastante hostil, que conserva ao menos alguma capacidade de praticar formas eficazes de revisão forte pró-democrática.

Atacar os tribunais de maneira mais transparente ou aberta pode também acarretar custos significativos. Por exemplo, uma linha da literatura sugere que mesmo atores autoritários por vezes fortalecem tribunais independentes como forma de atrair ou reter investimento estrangeiro[268]. Mas, para que essa estratégia funcione, os regimes devem assumir ao menos um compromisso crível com a independência judicial. Aparelhar abertamente um tribunal pode ter valor em casos políticos, mas pode minar a utilidade do tribunal como sinal para investidores externos. De modo semelhante, Ginsburg postulou que os tribunais podem ter valor como mecanismo de seguro para forças políticas fora do poder[269]. Também aqui os regimes devem considerar que uma tentativa malsucedida de tomar o poder por meio do Judiciário pode sair pela culatra: pode tornar o Judiciário menos útil como forma confiável de seguro caso o regime venha, mais tarde, a perder o poder.

Além disso, mesmo quando um regime está disposto a correr esses riscos e a tentar capturar (ou coagir ou intimidar) um tribunal, pode, ao fim, deixar de produzir o benefício de legitimação desejado. Ou seja, os observadores do tribunal podem concluir que os tribunais já não são independentes, mas foram capturados por atores com pretensões autoritárias, de tal modo que suas ações já não são vistas como atuação "jurídica" do regime. A natureza abusiva da revisão judicial pode, assim, tornar-se tão óbvia ou escancarada que perca sua capacidade de contribuir para a legitimidade percebida da mudança constitucional abusiva.

As seções anteriores oferecem algumas ilustrações de tentativas de revisão judicial abusiva em circunstâncias nas quais os tribunais são amplamente desacreditados e vistos como meras extensões do poder político. As decisões sobre limites de mandato no Senegal e no Equador, por exemplo, enfrentaram resistência significativa, em parte devido à percepção de

[267] *Ver*, *supra*, o texto correspondente às notas 119–125.

[268] *Ver* MOUSTAFA, Tamir. *The Struggle for Constitutional Power*: Law, Politics, and Economic Development in Egypt. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 6.

[269] *Ver* GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*: Constitutional Courts in Asian Cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 18. DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as Political Insurance: Variants and Limits. *In:* DELANEY, Erin F.; DIXON, Rosalind (ed.). *Comparative Judicial Review*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018. p. 36-59. p. 36 (desenvolve o argumento do seguro).

que os tribunais estavam claramente manipulados [em favor]* dos presidentes em exercício[270]. Nenhum dos dois países tinha qualquer histórico de independência judicial. A desconfiança em relação aos tribunais pode ter contribuído para o fracasso final de ambas as tentativas de permanecer no poder. No Senegal, o presidente Wade perdeu a eleição subsequente. No Equador, a oposição continuou a ganhar força exigindo um referendo popular, e Correa acabou sendo forçado a aceitar uma disposição transitória que eliminou todos os limites aos mandatos presidenciais, mas que, ainda assim, o impediu de concorrer à reeleição em 2017. Seu candidato escolhido a dedo venceu essa eleição, mas desde então se voltou contra Correa e restabeleceu os limites de mandato[271].

Na Venezuela, a decisão da Suprema Corte segundo a qual todo o poder legislativo poderia ser transferido à Corte ou a outra instituição de sua escolha em razão de uma "omissão legislativa" enfrentou resistência interna e internacional maciça, a tal ponto que alguns aliados importantes do regime romperam com Maduro e a Corte foi forçada a emitir um esclarecimento[272]. Já em 2017, é possível sustentar que a falta de independência da Corte era tão grave e tão evidente que lhe rendeu consequências internas e internacionais incomuns. Atores internacionais, como os Estados Unidos, sancionaram diretamente seus magistrados[273].

A despeito de tudo isso, a linha de decisões da Corte teve êxito no sentido mais básico de impedir que o Legislativo controlado pela oposição legislasse. Assim, embora a revisão judicial abusiva seja provavelmente mais eficaz em circunstâncias nas quais se percebe que os tribunais conservam traços "jurídicos", uma questão importante para trabalhos futuros pode ser examinar sua função e seu grau de êxito mesmo quando essa condição não está presente e o tribunal é percebido pela maioria dos atores como plenamente politizado.

6 PREVENINDO E DISSUADINDO A REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA

Embora a revisão judicial abusiva não seja inevitavelmente bem-sucedida, ela representa um grande desafio para o direito e a teoria constitucionais comparados, ao menos para o amplo subconjunto de atores interessados em preservar a democracia liberal. O espectro de tribunais que destroem a democracia liberal, em vez de protegê-la, coloca um desafio formidável. Nesta seção, exploramos primeiro as implicações da prática para o direito e o desenho constitucionais nacionais e, em seguida, voltamo-nos para as respostas possíveis no plano internacional.

* [NT]: o original traz "*rigged against incumbents*". Optou-se por traduzir pelo sentido, que é o inverso da literalidade: tanto a narrativa dos próprios autores (Seção 4.1) quanto o contexto fático indicam que as cortes senegalesa e equatoriana decidiram em favor de Wade e Correa, respectivamente, o que sugere lapso de redação no original.

[270] *Ver*, *supra*, Seção 4.1.

[271] *Ver*, *supra*, o texto correspondente à nota 191.

[272] *Ver*, *supra*, o texto correspondente às notas 255–257.

[273] *Ver*, *supra*, o texto correspondente às notas 255–257.

6.1 Respostas no desenho constitucional nacional

A prática da revisão judicial abusiva leva naturalmente a atenção para o desenho dos judiciários, especialmente das altas cortes. Isso, por si só, não é novo: os estudiosos reconhecem há muito tempo que os tribunais desempenham um papel importante na proteção das democracias e que são frequentemente vulneráveis a ataques ou a reações adversas (*backklash*).[274] Mas nossa análise aqui altera a natureza da ameaça. Em vez de simplesmente enfrentarem a possibilidade de se tornar uma instituição mais fraca ou mesmo irrelevante, os tribunais podem, sob certas condições, ser transformados em bolas de demolição voltadas contra a ordem democrática. Isso, pensamos, evidencia a importância não apenas de proteger os tribunais, mas de fazê-lo de maneiras específicas, sensíveis a esse risco.

Como observado acima, na Seção 2.2, os trabalhos existentes distinguem duas vias amplas de ataque a um Judiciário[275]. A primeira consiste em "cercear" o tribunal, atacando suas competências e seus poderes; a segunda, em "aparelhá-lo", acrescentando um grande número de aliados do regime[276]. Qualquer das vias pode conseguir enfraquecer ou anular um tribunal, tornando-o um obstáculo menor aos objetivos dos atores antidemocráticos. Mas elas não têm a mesma probabilidade de conduzir a exercícios abusivos da revisão judicial. Os regimes que se apoiaram em formas abusivas de revisão judicial parecem depender muito fortemente de estratégias de aparelhamento[277]. A revisão judicial abusiva, especialmente em sua forma forte, exige tribunais vigorosos, porém controlados. Assim, a estratégia usual parece ser o aparelhamento do tribunal, combinado com a manutenção intacta de sua capacidade, com o fortalecimento dessa capacidade ou com um cerceamento inicial, seguido de tentativas posteriores de fortalecer o poder judicial uma vez obtido o controle. A forma forte de revisão judicial abusiva pode, por sua vez, ser especialmente danosa à democracia. Como demonstramos acima, os tribunais podem utilizar "reinterpretações" constitucionais para atropelar as proteções constitucionais da democracia, fechando legislaturas, proscrevendo partidos de oposição e eliminando limites aos mandatos presidenciais, entre outras medidas.

Esse ponto evidencia não apenas a importância de proteger a independência judicial em contextos nos quais a democracia liberal é instável, mas também a maneira pela qual isso poderia ser feito da melhor forma. Proteger contra o aparelhamento dos tribunais é bastante difícil. Em algumas circunstâncias, os aspirantes a autoritários podem conseguir utilizar a renovação natural de um tribunal para assumir seu controle. Com tempo suficiente no poder, praticamente qualquer ator ou movimento pode conseguir obter o controle do Judiciário. Além disso, uma série de fatores informais, como ameaças e subornos, pode influenciar as

[274] *Ver, por exemplo*, GARDBAUM, Stephen. Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies? *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 53, n. 2, p. 285-320, 2015. p. 285-286. ISSACHAROFF, Samuel. Constitutional Courts and Democratic Hedging. *Georgetown Law Journal*, v. 99, n. 4, p. 961-1012, 2011. p. 969-975.

[275] *Ver*, *supra*, Seção 2.2.

[276] *Cf.* BRINKS, Daniel M.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 296-331, 2017. p. 297 (distingue poder de independência).

[277] *Ver, por exemplo*, SANCHEZ URRIBARRI, Raul A. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 854-884, 2011. p. 878-879 (oferece um relato desse tipo sobre a Venezuela).

nomeações judiciais, e pode ser relativamente difícil para o desenho constitucional lidar com essas questões.

Ainda assim, alguns desenhos provavelmente funcionarão muito melhor do que outros durante períodos de ameaça antidemocrática. E um bom desenho pode funcionar como uma lombada, retardando os esforços de consolidação do poder ao menos por prolongar o tempo necessário para que os aspirantes a autoritários assumam o controle de um tribunal[278]. Ao menos três técnicas parecem importantes para tanto. A primeira é a fragmentação do processo de nomeação, de modo que nenhum ator ou movimento isolado possa controlá-lo com facilidade. Evidentemente, provavelmente não basta dividir o poder entre algumas poucas instituições políticas diferentes: como os exemplos mostram, um movimento antidemocrático em ascensão pode facilmente conquistar a presidência e uma maioria parlamentar esmagadora[279].

Uma segunda técnica útil será, assim, conferir alguns poderes de nomeação a outras instituições independentes, como os tribunais ordinários, comissões de mérito, defensorias do povo e atores semelhantes. Essas instituições também podem, ao fim, ser capturadas por um regime autoritário,[280] mas o processo de captura tende a ser mais demorado, retardando, por sua vez, o processo de aparelhamento de uma alta corte. Instituições desse tipo podem selecionar uma lista a partir da qual outras instituições escolhem, ou podem fazer as nomeações diretamente. Como exemplo, considere-se a Corte Constitucional da Colômbia, na qual três instituições diferentes – o presidente, o Conselho de Estado, ou alta corte administrativa, e a Corte Suprema de Justiça – elaboram listas tríplices para um terço das vagas da corte constitucional[281]. O Senado da Colômbia faz então a seleção final, por maioria relativa, a partir de cada lista[282]. O sistema não apenas fragmenta o poder de nomeação, mas também confere a instituições independentes (no caso, tribunais) elevado grau de poder sobre o processo, ao lhes dar o controle de dois terços das listas. O resultado é uma corte bastante difícil de aparelhar, segundo padrões comparados[283].

A terceira técnica é a não coincidência dos mandatos em um tribunal. Poucos sistemas fora dos Estados Unidos preveem investidura vitalícia [sem limite de idade ou de mandato] para os magistrados de uma corte constitucional de cúpula; a solução majoritária consiste, em vez disso, em prever mandatos mais longos do que os dos atores políticos, frequentemente

---

[278] *Ver* DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, p. 606-638, 2015. p. 613-614.

[279] A maioria dos casos estudados acima, na Seção 4, envolveu movimentos que controlavam tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo.

[280] *Ver, por exemplo*, KOSAŘ, David. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*: Holding the Least Accountable Branch to Account. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 2-3.

[281] *Ver* COLÔMBIA. [Constituição (1991)]. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, 4 jul. 1991. art. 239. Tradução para o inglês em: CONSTITUTE PROJECT. *Colombia's Constitution of 1991 with Amendments through 2015*. Austin: Comparative Constitutions Project. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015?lang=en.

[282] *Ver Ibid.*

[283] *Ver* LANDAU, David. *Beyond Judicial Independence*: The Construction of Judicial Power in Colombia. 2015. Tese (Doutorado em Government) – Harvard University, Cambridge, MA, 2015. Disponível em: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/14226088/LANDAU-DISSERTATION-2015.pdf?sequence=10. p. 316.

de cerca de oito a dez anos, e que costumam ser não renováveis[284]. O mais importante, dessa perspectiva, é que todas ou a maioria das vagas no tribunal não se abram de uma só vez. Idealmente, algumas poucas vagas surgiriam a cada poucos anos. Mais uma vez, com tempo suficiente, os governantes em exercício provavelmente conseguirão capturar um tribunal de qualquer modo, mas a abertura intercalada das vagas deveria, ao menos, retardar o processo, e, nesse ínterim, o poder político pode mudar de mãos.

Os exemplos explorados neste artigo mostram, contudo, que os regimes raramente deixam a captura de um tribunal entregue à mera passagem do tempo e à renovação natural de seus membros. Além disso, eles *alteram* as regras existentes, por exemplo, ampliando os tribunais, modificando os processos de nomeação ou de destituição ou encurtando os mandatos dos magistrados em exercício. Isso tem implicações relevantes para as maneiras pelas quais as proteções dos procedimentos de nomeação devem ser entrincheiradas. Primeiro, os dispositivos sensíveis relativos à nomeação, à destituição e ao mandato dos membros das altas cortes devem ser incluídos na constituição, em vez de deixados à legislação ordinária. Em uma série de países (incluindo os Estados Unidos), detalhes-chave, como o tamanho de um tribunal, são deixados à legislação ordinária[285]. Isso reduz o custo de realizar mudanças que podem tornar um tribunal mais fácil de aparelhar, ao permitir que tais mudanças sejam feitas por lei, e não por emenda constitucional.

Na Venezuela, por exemplo, uma lei de 2004 promoveu, por essa via, grandes alterações no tamanho da Suprema Corte e nos procedimentos de destituição, e essas alterações consolidaram rapidamente o domínio do regime sobre a Corte[286]. Na Polônia, o governo do PiS também atacou a independência da corte constitucional por uma série de meios formais e informais – por exemplo, restrições à competência, às regras de votação e ao espaço para divergência no tribunal, bem como à publicação de suas decisões –, mas todas as mudanças formais relevantes ocorreram por via legislativa, e não por emenda constitucional[287]. O mesmo vale para os ataques do governo polonês aos tribunais ordinários, que envolveram a redução da idade de aposentadoria compulsória dos juízes (inclusive dos juízes em exercício), a ampliação do tamanho da Suprema Corte da Polônia e a criação de uma nova câmara no tribunal com competência especial para "controle extraordinário e assuntos públicos", incluindo as controvérsias eleitorais[288].

Em alguns casos, a mera inclusão dessas proteções na constituição pode não ser suficiente, porque movimentos poderosos podem obter poder legislativo suficiente para aprovar emendas à constituição sem dificuldade. Na Hungria, por exemplo, o partido Fidesz chegou ao poder em 2010 com mais de dois terços das cadeiras, depois de obter apenas uma maioria apertada dos votos[289]. A maioria qualificada de dois terços era suficiente para que o partido

[284] *Ver, por exemplo*, STONE SWEET, Alec. *Governing with Judges*: Constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 49 (oferece exemplos de tribunais europeus).
[285] *Ver*, *infra*, Conclusão.
[286] *Ver* SANCHEZ URRIBARRI, Raul A. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 854-884, 2011. p. 871-872.
[287] *Ver*, *supra*, o texto correspondente às notas 124–126.
[288] *Ver* SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491. p. 146.
[289] *Ver* BÁNKUTI, Miklós; HALMAI, Gábor; SCHEPPELE, Kim Lane. Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution. *Journal of Democracy*, v. 23, n. 3, p. 138-146, 2012. p. 138.

emendasse ou substituísse a constituição unilateralmente – e ele fez ambas as coisas, ampliando, nesse processo, o tamanho do tribunal e alterando o procedimento de nomeação tanto dos juízes quanto do presidente do tribunal[290]. Essas mudanças permitiram ao Fidesz obter o controle do tribunal mais rapidamente do que teria conseguido de outro modo.

Uma resposta adicional a esse problema, portanto, é adotar o que, em outro trabalho, denominamos desenho constitucional "escalonado", ou um sistema de emendamento que torna especialmente difíceis as mudanças em certos dispositivos ou princípios, acrescentando requisitos como uma maioria qualificada reforçada ou um referendo[291]. Pode ser tanto impraticável quanto imprudente situar em um nível superior todos os dispositivos relativos ao Judiciário (ou mesmo à alta corte), mas pode ser sensato proteger ao menos aqueles dispositivos que tratam de modo central da composição de uma corte constitucional, como seu tamanho, a regra de nomeação e a destituição.

Essas sugestões de desenho, evidentemente, valem de modo contextual. Fazem sentido, por exemplo, apenas a partir de um ponto de partida democrático liberal. Em um regime autoritário ou autoritário competitivo, em contraste, as proteções relativas à nomeação e à destituição podem, ao contrário, ser utilizadas para blindar juízes antidemocráticos e, assim, impedir a democratização. Pela mesma razão, não estamos afirmando aqui que todas as tentativas de aparelhar um tribunal tendem a desencadear a revisão judicial abusiva. Algumas dessas tentativas serão neutras do ponto de vista do núcleo mínimo democrático, embora possam envolver disputas cruciais sobre valores substantivos mais amplos. Essa é provavelmente a melhor leitura, por exemplo, do notório plano de Franklin Delano Roosevelt de ampliação da Suprema Corte (*court-packing plan*), após sua vitória nas eleições de 1936[292]. Outras podem, na verdade, ser benéficas para o núcleo mínimo democrático, especialmente quando, repetimos, um tribunal tenha sido previamente capturado por aspirantes a autoritários.

A relação entre o cerceamento de tribunais e a revisão judicial abusiva é, como vimos, ainda mais complexa. Aspirantes a autoritários praticantes da estratégia de revisão judicial abusiva podem preferir manter o poder de um tribunal inalterado, ou mesmo fortalecê-lo, porque um tribunal mais poderoso pode ser mais útil na execução de tarefas para o regime. Ou, como vimos, os atores podem buscar uma estratégia sequencial de, primeiro, enfraquecer um tribunal e, depois, capturá-lo e reconstruir seus poderes. Do ponto de vista dos interessados em proteger a democracia liberal, a conclusão geral é que uma "reação adversa" contra um tribunal que o enfraquece, embora seja um resultado problemático, pode, na verdade, ser menos ruim do que um ataque que preserva ou fortalece o poder judicial *e* captura o tribunal.

As implicações desse ponto para o desenho constitucional são, contudo, nebulosas e altamente sensíveis ao contexto. Em alguns contextos, pode ser que os arquitetos constitucionais devam preocupar-se menos com a proteção contra o cerceamento do que contra o aparelhamento dos tribunais e, assim, por exemplo, possam sentir-se à vontade para deixar os dispositivos relativos ao poder ou ao orçamento judicial menos entrincheirados do que aqueles relativos à nomeação e a questões semelhantes. Tal abordagem poderia permitir a participação democrática contra juízes que extrapolam seus limites ou que estão desconectados

[290] *Ver Ibid.*, p. 139-140.
[291] *Ver* DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Tiered Constitutional Design. *The George Washington Law Review*, v. 86, n. 2, p. 438-512, 2018. p. 474-476.
[292] *Ver*, *infra*, Conclusão.

da realidade, ao mesmo tempo que protegeria contra a ameaça potente representada pela revisão judicial abusiva.

De modo mais contraintuitivo, em alguns contextos especialmente precários, os arquitetos constitucionais podem optar por construir tribunais mais fracos do que construiriam de outro modo, como forma de reduzir os riscos potenciais representados pela revisão judicial abusiva. Gardbaum sustentou recentemente que, em novas democracias, tribunais mais fracos podem ser uma boa ideia, porque isso reduz o atrito com os atores políticos e, portanto, o risco de reação adversa contra um novo tribunal[293]. Nosso ponto aqui é diferente: em alguns contextos, criar um tribunal muito forte pode significar o risco de entregar aos adversários uma arma carregada que, se capturada, pode ser transformada em uma ferramenta devastadora de ataque à ordem democrática. É verdade, evidentemente, que atores antidemocráticos podem tentar fortalecer um tribunal antes fraco *depois* de capturá-lo, mas, dado que a revisão judicial abusiva parece tirar proveito de uma reputação prévia de legitimidade judicial, tal estratégia pode ser mais difícil de levar a cabo com êxito[294]. É cedo demais para extrair conclusões firmes sobre o cerceamento de tribunais para os arquitetos constitucionais com base no fenômeno da revisão judicial abusiva, mas apontamos questões que exigem maior atenção.

Por fim, observamos brevemente que, embora este artigo se concentre nos tribunais, grande parte do que dizemos aqui tem também implicações para as instituições independentes não judiciais que vêm surgindo em muitos sistemas constitucionais, incluindo comissões anticorrupção, defensorias do povo, comissões de direitos humanos, órgãos de fiscalização dos meios de comunicação e tribunais e comissões eleitorais[295]. Essas instituições também são concebidas como proteções centrais da ordem democrática liberal, e elas também são, não raro, capturadas por regimes antidemocráticos e transformadas em instrumentos que minam a democracia liberal. Comissões anticorrupção podem ser levadas a mirar adversários políticos; comissões eleitorais, a fraudar eleições ou a enfraquecer movimentos de oposição; órgãos de fiscalização dos meios de comunicação, a fechar ou assediar veículos de oposição; e comissões de direitos humanos, a limitar, em vez de proteger, direitos políticos centrais, como os de expressão e de associação. Assim, muito do que dissemos aqui sobre o desenho dos tribunais pode aplicar-se também às instituições não judiciais, especialmente quanto à importância de elaborar e entrincheirar regras que elevem os custos da captura.

6.2 Respostas da comunidade internacional

Um segundo conjunto de implicações concentra-se no papel de observadores "externos", como instituições internacionais e países estrangeiros, diante de tribunais que proferem decisões que minam compromissos democráticos centrais[296]. A revisão judicial abusiva fre-

[293] *Ver* GARDBAUM, Stephen. Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies? *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 53, n. 2, p. 285-320, 2015. p. 311-312.
[294] *Ver*, *supra*, Seção 5.
[295] *Ver* TUSHNET, Mark. Institutions Protecting Democracy: A Preliminary Inquiry. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 12, n. 2, p. 181-202, 2018. p. 181.
[296] *Ver* DIXON, Rosalind; JACKSON, Vicki C. Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests. *Wake Forest Law Review*, v. 48, n. 1, p. 149-209, 2013. p. 149-150.

quentemente parece tirar proveito da relutância desses observadores em questionar a adequação ou a legitimidade das decisões judiciais[297]. O Estado de Direito tem sido um compromisso central da comunidade internacional na era pós-Guerra Fria[298]. A construção do respeito às decisões judiciais também tem sido parte integrante de muitos programas internacionais de promoção do Estado de Direito, e isso levou muitos atores internacionais a relutar em criticar ou atacar as decisões dos tribunais.

Em muitos casos, evidentemente, essa reverência internacional aos tribunais tem sido muito útil, por exemplo, ao permitir que os tribunais resistam a atores internacionais e insistam no cumprimento de compromissos democráticos ou constitucionais centrais. Scheppele observou como os tribunais por vezes dão aos atores democráticos espaço para resistir a imposições de atores e organizações internacionais, como duras medidas de austeridade, às quais se opõe a vasta maioria da população do país[299]. Mas essa assimetria na abordagem dos atores externos em relação às ações políticas e às jurídicas também contribui para a revisão judicial abusiva. Se os tribunais têm a capacidade de fazer coisas que os poderes políticos não conseguem fazer com a mesma facilidade, então a instituição da revisão judicial terá valor adicional para os aspirantes a autoritários. Os tribunais tornar-se-ão, assim, alvos mais frequentes de cooptação antidemocrática.

Uma resposta ao fenômeno da revisão judicial abusiva, portanto, é que a comunidade internacional adote uma abordagem mais matizada e contextual de seu compromisso com o Estado de Direito. De um lado, ataques recentes ao papel e à independência das cortes constitucionais em muitas democracias sugerem a necessidade de a comunidade internacional redobrar seus esforços de apoio ao Estado de Direito e ao constitucionalismo democrático no plano interno[300]. De outro, a ascensão de formas abusivas de revisão judicial sugere a necessidade de enfraquecer a presunção atual de que as cortes constitucionais estão sempre agindo de maneiras que promovem ou encarnam esses compromissos. Na prática, sugerimos, para combater o perigo da revisão judicial abusiva, os atores externos devem adotar uma forma mais profunda e mais crítica de análise das decisões de uma "corte" constitucional, antes de determinar se a instituição de fato apresenta as marcas de independência que a tornariam digna da forma geral de deferência que, nas democracias liberais, se atribui às decisões judiciais.

Essa abordagem mais matizada das decisões judiciais apoiar-se-ia em práticas que talvez já estejam emergindo. Considere-se, por exemplo, a recusa, por parte de muitos observadores externos, em reconhecer que a decisão venezuelana sobre a "omissão legislativa" (ou suas antecessoras) merecesse respeito como decisão de "natureza judicial" ou como interpretação

[297] *Ver Ibid.*

[298] *Ver, por exemplo*, CRAIG, Paul. Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, p. 57-86, 2017. p. 61. VISSER, Maartje de. A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform. *The American Journal of Comparative Law*, v. 63, n. 4, p. 963-1008, 2015. p. 966-967.

[299] *Ver* SCHEPPELE, Kim Lane. A Realpolitik Defense of Social Rights. *Texas Law Review*, v. 82, n. 7, p. 1921-1961, 2004. p. 1941-1946 (explica como o tribunal constitucional húngaro deu às instituições internas espaço para resistir à austeridade imposta internacionalmente).

[300] *Ver, por exemplo*, HUQ, Aziz Z. Democratic Erosion and the Courts: Comparative Perspectives. *New York University Law Review Online*, v. 93, p. 21-31, 2018. p. 21-22.

da Constituição venezuelana[301]. Os observadores externos tenderam, em vez disso, a denunciar a decisão pelo que ela era: uma extensão do regime de Maduro, voltada a reprimir uma instituição controlada pela oposição, conquistada em eleições democráticas recentes, e dotada de propósito e efeito claramente autoritários. Os Estados Unidos e a União Europeia chegaram a impor sanções diretas aos juízes envolvidos no caso[302]. A distorção da doutrina, os indícios de aparelhamento da Corte e o efeito antidemocrático das decisões venezuelanas eram particularmente claros e flagrantes. Mas tal abordagem, ou ao menos formas mais brandas de crítica, provavelmente será apropriada também em outros casos.

Não sugerimos que os atores internacionais devam adotar um princípio de "unidade do Estado", que não faz distinção alguma entre os tribunais e os poderes políticos na avaliação de processos abusivos de mudança constitucional[303]. Essa abordagem iria longe demais. Ameaçaria minar os apoios transnacionais à instituição da revisão judicial, que tem tido impacto benéfico sobre a democracia liberal e outros valores em muitos países ao redor do mundo. Além disso, uma abordagem tão extrema deixaria de respeitar as dificuldades inerentes aos atos de interpretação constitucional por observadores externos. Nossa recomendação é, portanto, mais modesta, embora ainda significativa: nos casos em que o efeito antidemocrático de uma decisão é bastante claro, e em que o contexto, o raciocínio jurídico e as irregularidades procedimentais oferecem fortes indícios de que esse efeito é intencional, os observadores transnacionais deveriam estar mais dispostos a adotar uma postura crítica em relação à decisão, semelhante à que adotariam caso ela fosse empreendida por atores não judiciais.

Ademais, observamos que há considerações estratégicas envolvidas em intervenções externas desse tipo. Há contextos em que intervenções ou críticas externas agressivas podem sair pela culatra, permitindo que líderes autoritários invoquem acusações de "imperialismo" ocidental[304]. Esse problema exige atenção cuidadosa ao contexto, a fim de determinar quando e como tais intervenções devem ocorrer. Em alguns contextos, as melhores respostas podem ser mais brandas ou de natureza consultiva. Um exemplo recente é o relatório encomendado pela Organização dos Estados Americanos à Comissão de Veneza sobre os limites aos mandatos presidenciais na América Latina[305]. O relatório concluiu que não havia respaldo plausível para um direito à reeleição no direito internacional, desmontando, assim, um argumento que havia sido enfatizado por muitas das decisões de altas cortes examinadas na seção anterior[306]. Em outros casos, uma resposta mais robusta (como na Venezuela) pode justificar-se.

---

[301] *Ver*, *supra*, o texto correspondente às notas 250–260.

[302] *Ver* ROMO, Rafael. Venezuelan Attorney General Breaks with Maduro, Slams Court Ruling. *CNN*, 31 mar. 2017. Disponível em: https://www.cnn.com/2017/03/31/americas/venezuela-attorney-general-supreme-court/index.html.

[303] *Ver* ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. *Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Third Session*. UN Doc. A/56/10. New York: United Nations, 2001. cap. II, art. 4. *Ver também* HOOGH, André J. J. de. Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadić Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia. *British Year Book of International Law*, v. 72, n. 1, p. 255-292, 2002. p. 257.

[304] *Ver, por exemplo*, BENDIX, Aria. U.S. Sanctions Venezuela's Supreme Court. *The Atlantic*, 19 maio 2017. Disponível em: https://www.theatlantic.com/news/archive/2017/05/us-sanctions-venezuelas-supreme-court-judges/527358/ (cita a chanceler venezuelana Delcy Rodríguez: "[é] ultrajante e inaceitável que os Estados Unidos imponham sanções a uma nação soberana e independente, em violação das leis venezuelanas e internacionais").

[305] *Ver, em geral*, COMISSÃO EUROPEIA PARA A DEMOCRACIA ATRAVÉS DO DIREITO (COMISSÃO DE VENEZA). *Report on Term-Limits*: Part I – Presidents. CDL-AD(2018)010. Strasbourg: Council of Europe, 2018. Disponível em: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2018)010-e.

[306] *Ver Ibid.*, p. 17.

No plano mais geral, os observadores externos fariam bem em adotar uma resposta mais cética, "realista", às ações das cortes constitucionais em condições de erosão democrática. Nos Estados Unidos, o movimento do realismo jurídico ensinou-nos que a linha entre o direito constitucional e a política é, na verdade, bastante tênue[307]. A adoção de uma forma de realismo jurídico global em relação às ações das cortes constitucionais pode ser igualmente útil para combater a disseminação da revisão judicial abusiva.

■ CONCLUSÃO: PODERIA ACONTECER AQUI?

Este artigo define e analisa o fenômeno da revisão judicial abusiva: juízes que proferem decisões que atacam intencionalmente o núcleo mínimo da democracia eleitoral. Os exemplos acima buscaram mostrar que o fenômeno é um aspecto importante, e subteorizado, da erosão ou do retrocesso democrático ao redor do mundo. O artigo também procurou dizer algo sobre as circunstâncias em que a revisão judicial abusiva tende a ser bem-sucedida e sobre como os atores internos e internacionais podem formular uma resposta.

Um volume recente organizado por Cass Sunstein, com o título provocativo "*Can it Happen Here?*" ("Poderia acontecer aqui?"), indaga se o autoritarismo poderia ocorrer nos Estados Unidos[308]. Poder-se-ia formular a questão correlata a respeito da revisão judicial abusiva: há elementos da prática já presentes nos Estados Unidos? Poderia ela emergir?

Tal estratégia de regime parece estar, em grande medida, ausente da história dos Estados Unidos. Um momento frequentemente discutido nesses termos é o chamado plano de "aparelhamento" da Corte (*court-packing plan*) de Roosevelt, que visava ampliar enormemente o tamanho da Suprema Corte dos Estados Unidos[309]. Mas, embora a tática do aparelhamento seja comumente utilizada por aspirantes a autoritários que adotam uma estratégia de revisão judicial abusiva, os objetivos de Roosevelt eram resolver uma disputa mais ampla sobre a constitucionalidade de políticas socioeconômicas intervencionistas, e não atacar o núcleo mínimo democrático[310]. Assim, ainda que o plano de Roosevelt tivesse sido bem-sucedido, provavelmente não teria conduzido à revisão judicial abusiva.

Mas o episódio do plano de Roosevelt evidencia um ponto-chave: as defesas formais da Constituição dos Estados Unidos contra o tipo de captura judicial que geralmente integra uma estratégia de regime de revisão judicial abusiva não são especialmente fortes. A Constituição é muito difícil de emendar em termos comparados, e a substituição da Constituição vigente

[307] *Ver, por exemplo*, POST, Robert C.; SIEGEL, Neil S. Theorizing the Law/Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin. *California Law Review*, v. 95, n. 5, p. 1473-1513, 2007. p. 1474 (observa que a distinção, no direito norte-americano moderno, é "irregular e difusa").

[308] *Ver* SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Can It Happen Here?* Authoritarianism in America. New York: Dey Street Books, 2018.

[309] *Ver, por exemplo*, CISNEROS, Laura A. Transformative Properties of FDR's Court-Packing Plan and the Significance of Symbol. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 1, p. 61-90, 2012. p. 67-77 (examina como o plano de aparelhamento da Corte se tornou, posteriormente, um poderoso símbolo de ataque inaceitável à independência judicial).

[310] *Ver* ROOSEVELT, Franklin D. *Fireside Chat 9*: On "Court-Packing". Washington, DC, 9 mar. 1937. Pronunciamento radiofônico. Disponível em: Miller Center, University of Virginia: https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/march-9-1937-fireside-chat-9-court-packing (discute essas divergências como motivação).

no curto prazo é improvável[311]. O texto prevê certas proteções-chave, como a investidura vitalícia, a irredutibilidade dos vencimentos e a exigência de *impeachment* para a destituição[312]. Mas outras vias de captura do Judiciário, incluindo a alteração do tamanho da Suprema Corte, são deixadas à legislação ordinária[313].

Na medida em que os Estados Unidos dispõem de proteções especiais contra a ameaça de captura, estas provavelmente se encontram não no texto constitucional, mas nas normas informais que o cercam[314]. E comentadores sustentaram que essas normas podem estar se erodindo por uma série de razões, incluindo a politização do Judiciário como um todo e dos processos de nomeação[315]. De fato, como sugerimos acima, em alguns aspectos a história de independência judicial nos Estados Unidos pode, na verdade, criar um incentivo à prática da revisão judicial abusiva, uma vez que os tribunais poderiam valer-se de uma fonte substancial de legitimidade ao proferir decisões antidemocráticas[316].

Muitas decisões modernas fortemente criticadas não são exercícios plausíveis de revisão judicial abusiva. A decisão *Bush v. Gore*,[317] por exemplo, pode plausivelmente ter sido motivada por razões prudenciais de boa-fé (o desejo de resolver uma crise política confusa) ou, de modo mais sombrio, por razões partidárias (o desejo de entregar a eleição a Bush)[318]. Ainda que motivado por valores partidários, o caso não teve impacto negativo significativo sobre o núcleo mínimo democrático: pode ter resolvido uma eleição extraordinariamente apertada com base em fundamentos duvidosos, mas não desnivelou permanentemente o

[311] *Ver* HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 1, p. 78-169, 2018. p. 144 (sustenta que a dificuldade de emendamento nos Estados Unidos, em grande medida, "retira da mesa" os caminhos de retrocesso constitucional que exigem mudança constitucional formal). *Ver também* LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *American Political Science Review*, v. 88, n. 2, p. 355-370, 1994. p. 362.

[312] *Ver* ESTADOS UNIDOS. [Constituição (1787)]. *The Constitution of the United States of America*. Philadelphia, 1787. art. III, seção 1 ("Os juízes, tanto da Suprema Corte quanto dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem e receberão, em épocas fixadas, pelos seus serviços, uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.").

[313] *Ver* WHITTINGTON, Keith E. Yet Another Constitutional Crisis? *William & Mary Law Review*, v. 43, n. 5, p. 2093-2147, 2002. p. 2134 (sustenta que o aparelhamento da Corte não é inconstitucional).

[314] *Ver* BRADLEY, Curtis A.; SIEGEL, Neil S. Historical Gloss, Constitutional Conventions, and the Judicial Separation of Powers. *Georgetown Law Journal*, v. 105, n. 2, p. 255-322, 2017. p. 269-284 (sustenta que o aparelhamento da Corte era compreendido como questão de convenção constitucional). GROVE, Tara Leigh. The Origins (and Fragility) of Judicial Independence. *Vanderbilt Law Review*, v. 71, n. 2, p. 465-545, 2018. p. 467-468 (sustenta que as proteções à independência judicial nos Estados Unidos são primordialmente uma questão de normas informais, e não de direito).

[315] *Ver* GROVE, Tara Leigh. The Origins (and Fragility) of Judicial Independence. *Vanderbilt Law Review*, v. 71, n. 2, p. 465-545, 2018. p. 543 (observa que há "razões, hoje, para temer uma mudança nas proteções à independência judicial").

[316] *Ver*, *supra*, Seção 5 (sustenta que a revisão judicial abusiva tende a ser mais bem-sucedida em contextos nos quais os tribunais têm um histórico de legitimidade no país).

[317] ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). Washington, DC, 12 dez. 2000.

[318] Para uma destacada defesa pragmática da decisão como forma de evitar o caos político, *ver* POSNER, Richard A. *Breaking the Deadlock*: The 2000 Election, the Constitution, and the Courts. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 4.

campo de jogo eleitoral nem marginalizou a oposição. A decisão recente em *Trump v. Hawaii*,[319] do mesmo modo, foi criticada como uma abdicação diante de um presidente com inclinações autoritárias[320]. Mas, embora o caso certamente tenha tratado de questões, como inclusão e igualdade, relevantes para concepções mais amplas de democracia, não minou o núcleo mínimo.

Talvez o que mais se aproxime da concepção "fraca" de revisão judicial abusiva seja a linha de casos que culminou em *Rucho v. Common Cause*,[321] na qual a Suprema Corte se recusou a julgar quaisquer pretensões relativas a *gerrymandering* partidário, por mais flagrantes que fossem. Esses casos podem, evidentemente, ser plausivelmente defendidos com base em razões pragmáticas ou em concepções do papel judicial, e não como ataques *intencionais* ao núcleo mínimo democrático[322]. Mas o *gerrymandering* partidário estado por estado certamente pode tornar-se uma ameaça significativa de desnivelamento do campo de jogo eleitoral em âmbito nacional, especialmente se (como se tem sustentado nos últimos anos) um partido estiver jogando o jogo de forma muito mais eficaz ou com muito mais frequência do que o outro[323].

Indícios da forma mais forte do fenômeno são mais difíceis de encontrar nos Estados Unidos. Alguns estudiosos, e até mesmo juízes, sustentaram que a Primeira Emenda está sendo "convertida em arma" ("*weaponized*") para intervir na política econômica e social em favor de interesses privilegiados[324]. Na prática, esses trabalhos sustentam que a Primeira

[319] ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. 667 (2018); 138 S. Ct. 2392. Washington, DC, 26 jun. 2018.

[320] *Ver* SINNAR, Shirin. Trump v. Hawaii: A Roadmap for New Racial Origin Quotas. *Stanford Law School – SLS Blogs*, 26 jun. 2018. Disponível em: https://law.stanford.edu/2018/06/26/trump-v-hawaii-a-roadmap-for-new-racial-origin-quotas/. *Ver também* LITHWICK, Dahlia; STERN, Mark Joseph. Anthony Kennedy Stands Down. *Slate*, 26 jun. 2018. Disponível em: https://slate.com/news-and-politics/2018/06/anthony-kennedys-travel-ban-vote-shows-hes-done-playing-the-wise-centrist.html.

[321] ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. 684 (2019); 139 S. Ct. 2484. Washington, DC, 27 jun. 2019 (considera as ações sobre *gerrymandering* partidário questões políticas). *Ver também* ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Gill v. Whitford*, 585 U.S. 48 (2018); 138 S. Ct. 1916. Washington, DC, 18 jun. 2018. p. 1933-1934 (138 S. Ct.) (extingue ação sobre *gerrymandering* partidário por falta de legitimidade ativa). ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004). Washington, DC, 28 abr. 2004. p. 305 (considera um caso de *gerrymandering* partidário questão política não justiciável).

[322] *Ver, por exemplo*, ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004). Washington, DC, 28 abr. 2004. p. 306 (Kennedy, J., voto concorrente) (sustenta que tornar justiciáveis as ações sobre *gerrymandering* partidário comprometeria os tribunais com uma "intervenção sem precedentes no processo político americano").

[323] *Ver* HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 1, p. 78-169, 2018. p. 158-159. A Corte também derrubou o regime de autorização prévia (*pre-clearance*) da Lei dos Direitos de Voto de 1965 (*Voting Rights Act*), o que facilitou aos estados a adoção de mudanças nas regras de votação que podem ser motivadas por intenção racialmente discriminatória ou ter efeitos discriminatórios. *Ver* ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013). Washington, DC, 25 jun. 2013. p. 556-557.

[324] *Ver* ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31*, 585 U.S. 878 (2018); 138 S. Ct. 2448. Washington, DC, 27 jun. 2018. p. 2501 (138 S. Ct.) (Kagan, J., voto divergente) (sustenta que o voto da maioria "converte em arma a Primeira Emenda, de um modo que libera os juízes, agora e no futuro, para intervir na política econômica e regulatória"). LIPTAK, Adam. How Conservatives Weaponized the First Amendment. *The New York Times*, 30 jun. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/06/30/us/politics/first-amendment-conservatives-supreme-court.html. *Ver também* SEIDMAN, Louis Michael. Can Free Speech Be Progressive? *Columbia Law Review*, v. 118, n. 7, p. 2219-2250, 2018. p. 2230 (sustenta que, após a Corte Warren, "o direito da liberdade de expressão deu uma guinada

Emenda está deixando de ser uma ferramenta utilizada por indivíduos vulneráveis para resistir ao poder governamental e tornou-se, em vez disso, um instrumento de interesses econômicos poderosos que buscam levar adiante uma agenda desregulatória. No recente caso *Janus*, por exemplo, a Corte superou seu próprio precedente e utilizou a Primeira Emenda para vedar a cobrança obrigatória de contribuições sindicais de não filiados a sindicatos do setor público[325]. Em *Citizens United v. Federal Election Commission*,[326] evidentemente, a Corte utilizou a mesma ferramenta para invalidar legislação de financiamento de campanhas. Mais recentemente, após os apelos do presidente Trump para flexibilizar ("*open up*") as leis sobre difamação [de modo a facilitar processos contra a imprensa], o *Justice* Thomas proferiu um voto concorrente na denegação de um *certiorari* para sustentar que *New York Times Co. v. Sullivan*,[327] que protege jornalistas contra ações de difamação propostas por figuras públicas sem prova de "malícia real" (*actual malice*), deveria ser reexaminado, e sugeriu que o precedente carecia de fundamento constitucional sólido[328].

Há escassos indícios de que esses casos representem um ataque intencional ao núcleo mínimo democrático. Na medida em que representam uma estratégia política, são mais facilmente explicados por uma agenda econômica desregulatória do que por um desejo de entrincheirar um partido no poder. Do mesmo modo, nem todos os casos de "*weaponization*" teriam plausivelmente um efeito negativo significativo sobre o núcleo mínimo da democracia eleitoral; alguns deles representam, antes, disputas sobre valores econômicos e sociais mais amplos.

Ainda assim, examinar esses casos em conjunto, e a partir de uma perspectiva comparada, ajuda a oferecer alguma compreensão de como tal estratégia poderia emergir nos Estados Unidos: regras constitucionais poderiam ser utilizadas para fortalecer seletivamente um partido enquanto se enfraquece o outro, e uma maior abertura às ações de difamação poderia, do mesmo modo, permitir que os governantes em exercício assediassem e minassem líderes, veículos de comunicação e interesses de oposição. Decisões judiciais semelhantes minaram significativamente a democracia liberal em outros lugares.

Um Judiciário passivo diante de ações iliberais ou antidemocráticas seria um desfecho perigoso para o constitucionalismo norte-americano. Mas há, na verdade, uma possibilidade ainda mais preocupante, iluminada pelos casos explorados neste artigo: os tribunais podem chegar ao ponto de se tornar participantes ativos na destruição da ordem democrática liberal. Felizmente, a prática constitucional atual dos Estados Unidos permanece a alguma distância

brusca à direita" e "a Primeira Emenda tornou-se uma espada usada por pessoas no ápice da hierarquia de poder americana").

[325] *Ver* ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31*, 585 U.S. 878 (2018); 138 S. Ct. 2448. Washington, DC, 27 jun. 2018. p. 2485-2486 (138 S. Ct.).

[326] *Ver* ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). Washington, DC, 21 jan. 2010. p. 329.

[327] ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Washington, DC, 9 mar. 1964.

[328] *Ver* ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the First Circuit. *McKee v. Cosby*, 874 F.3d 54 (1st Cir. 2017). Boston, 18 out. 2017. *Certiorari* negado: ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *McKee v. Cosby*, 139 S. Ct. 675 (2019). Washington, DC, 19 fev. 2019. p. 678, 682 (139 S. Ct.) (Thomas, J., voto concorrente) (sustenta que "[a]s regras constitucionais sobre difamação adotadas por esta Corte em *New York Times* e em sua descendência romperam abruptamente com o *common law* da difamação, e há boas razões para questionar se a Primeira e a Décima Quarta Emendas afastaram esse corpo de *common law*", que "[o]s Estados são perfeitamente capazes de alcançar um equilíbrio aceitável", e defende que *New York Times* seja "reconsiderado").

de tal desfecho. Mas não devemos dar como certo que isso sempre será verdade. A experiência comparada ensina-nos que, nas condições propícias, tribunais antes independentes podem, de modo bastante rápido e eficaz, tornar-se inimigos, e não aliados, da democracia.

REFERÊNCIAS

A COUP by Another Name in Thailand. *The New York Times*, 8 maio 2014. Editorial. Disponível em: https://www.nytimes.com/2014/05/09/opinion/a-coup-by-another-name-in-thailand.html.

ALBERT, Richard. Constitutional Handcuffs. *Arizona State Law Journal*, v. 42, n. 3, p. 663-715, 2010.

ALBERTAZZI, Daniele; MUELLER, Sean. Populism and Liberal Democracy: Populists in Government in Austria, Italy, Poland and Switzerland. *Government and Opposition*, v. 48, n. 3, p. 343-371, 2013.

ALTER, Karen J.; GATHII, James T.; HELFER, Laurence R. Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 2, p. 293-328, 2016.

AYALA, Maggy; ROCHABRÚN, Marcelo. Ecuador Votes to Bring Back Presidential Term Limits. *The New York Times*, 4 fev. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/02/04/world/americas/ecuador-presidential-term-limits.html.

BACZYNSKA, Gabriela; GUPTA, Girish. EU Confirms New Sanctions on Seven Senior Venezuela Officials. *Reuters*, 22 jan. 2018. Disponível em: https://www.reuters.com/article/us-venezuela-politics-eu/eu-confirms-new-sanctions-on-seven-senior-venezuela-officials-idUSKBN1FB1L0.

BÁNKUTI, Miklós *et al. Opinion on Hungary's New Constitutional Order*: Amicus Brief for the Venice Commission on the Transitional Provisions of the Fundamental Law and the Key Cardinal Laws. Editado por Gábor Halmai e Kim Lane Scheppele, 21 fev. 2012.

BÁNKUTI, Miklós; HALMAI, Gábor; SCHEPPELE, Kim Lane. Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution. *Journal of Democracy*, v. 23, n. 3, p. 138-146, 2012.

BÁNKUTI, Miklós; HALMAI, Gábor; SCHEPPELE, Kim Lane. Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution. *In:* KRASZTEV, Péter; VAN TIL, Jon (ed.). *The Hungarian Patient*: Social Opposition to an Illiberal Democracy. Budapest: Central European University Press, 2015. p. 37-46.

BEECH, Hannah. Cambodia Re-elects its Leader, a Result Predetermined by One. *The New York Times*, 29 jul. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/07/29/world/asia/cambodia-election-hun-sen.html.

BEERMANN, Jack M. A Skeptical View of a Skeptical View of Presidential Term Limits. *Connecticut Law Review*, v. 43, n. 4, p. 1105-1123, 2011.

BENDIX, Aria. U.S. Sanctions Venezuela's Supreme Court. *The Atlantic*, 19 maio 2017. Disponível em: https://www.theatlantic.com/news/archive/2017/05/us-sanctions-venezuelas-supreme-court-judges/527358/.

BERNAL PULIDO, Carlos. There are Still Judges in Berlin: On the Proposal to Amend the Ecuadorian Constitution to Allow Indefinite Presidential Reelection. *I-CONnect*: Blog of the International Journal of Constitutional Law, 10 set. 2014. Disponível em: http://www.iconnectblog.com/2014/09/there-are-still-judges-in-berlin-on-the-proposal-to-amend-the-ecuadorian-constitution-to-allow-indefinite-presidential-reelection/.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINDER, Christina. The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, v. 12, n. 5, p. 1203-1230, 2011.

BISHOP, Sarah. *Balancing the Judicial Coup Myth*: The Constitutional Court and the 2014 Coup. 2017. Manuscrito não publicado (em arquivo com a autora).

BISHOP, Sarah. *The Thai Administrative Courts and Environmental Conflicts*: A Case Study of Map Ta Phut, Rayong. 2011. Monografia (Honours) – College of Asia and the Pacific, Australian National University, Canberra, 28 out. 2011.

BOLIVIA: New Law Backs President Evo Morales Third Term. *BBC News*, 21 maio 2013. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-latin-america-22605030.

BOLÍVIA. [Constituição (2009)]. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. La Paz, 2009.

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Declaración Constitucional Plurinacional n. 0194/2015*. Sucre, 29 out. 2015.

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia Constitucional Plurinacional n. 0084/2017*. Sucre, 28 nov. 2017.

BOLÍVIA. Tribunal Supremo Electoral. *Resolución R.A. L.P. 017/2015-2016*. La Paz.

BOND, Jonathan. Concerning Constitutional Courts in Central and Eastern Europe. *International Public Policy Review*, v. 2, n. 2, 2006.

BRADLEY, Curtis A.; SIEGEL, Neil S. Historical Gloss, Constitutional Conventions, and the Judicial Separation of Powers. *Georgetown Law Journal*, v. 105, n. 2, p. 255-322, 2017.

BRINKS, Daniel M.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 296-331, 2017.

BUGARIČ, Bojan; GINSBURG, Tom. The Assault on Postcommunist Courts. *Journal of Democracy*, v. 27, n. 3, p. 69-82, 2016.

BYRNE, Andrew. Hungarian PM's Media Clampdown Points to the Future for Poland. *Financial Times*, 19 jan. 2016. Disponível em: https://www.ft.com/content/15899580-b9eb-11e5-bf7e-8a339b6f2164.

CAMBODIA Top Court Dissolves Main Opposition CNRP Party. *BBC News*, 16 nov. 2017. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-asia-42006828.

CAMBOJA. Supreme Court (Plenary of Trial Chamber). *Ministry of Interior v. National Rescue Party*. Verdict n. 340. Phnom Penh, 16 nov. 2017. Tradução em arquivo com os autores.

CAREY, John M. The Reelection Debate in Latin America. *Latin American Politics and Society*, v. 45, n. 1, p. 119-133, 2003.

CASEY, Nicholas. Bolivian President Concedes Defeat in Term-Limit Referendum. *The New York Times*, 24 fev. 2016. Disponível em: https://www.nytimes.com/2016/02/25/world/americas/bolivian-president-evo-morales-concedes-defeat-in-term-limit-referendum.html.

CASTILLO-ORTIZ, Pablo. The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe. *European Constitutional Law Review*, v. 15, n. 1, p. 48-72, 2019.

CASTRO-MONTERO, José Luis; VAN DIJCK, Gijs. Judicial Politics in Unconsolidated Democracies: An Empirical Analysis of the Ecuadorian Constitutional Court (2008–2016). *The Justice System Journal*, v. 38, n. 4, p. 380-398, 2017.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David. *Colombian Constitutional Law*: Leading Cases. New York: Oxford University Press, 2017.

CERVANTES VALAREZO, Andrés. Constitucionalismo abusivo y amnistía en Venezuela. *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 17 (Segunda Época), 2017.

CHAPMAN, Annabelle. *Pluralism Under Attack*: The Assault on Press Freedom in Poland. Washington, DC: Freedom House, jun. 2017.

CHERRY, Nicolas. The Abolition of Presidential Term Limits in Nicaragua: The Rise of Nicaragua's Next Dictator? *Cornell International Law Journal Online*, 13 mar. 2014. Disponível em: http://cornellilj.org/the-abolition-of-presidential-term-limits-in-nicaragua-the-rise-of-nicaraguas-next-dictator/.

CHEUNG, Alvin Y. H. *An Introduction to Abusive Legalism*. 22 fev. 2018. Manuscrito não publicado. Disponível em: https://osf.io/preprints/lawarxiv/w9a6r/.

CHOUDHRY, Sujit. "He Had a Mandate": The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy. *Constitutional Court Review*, v. 2, p. 1-86, 2009.

CISNEROS, Laura A. Transformative Properties of FDR's Court-Packing Plan and the Significance of Symbol. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 1, p. 61-90, 2012.

COLLYNS, Dan. Protests in Ecuador as Lawmakers Approve Unlimited Presidential Terms. *The Guardian*, 3 dez. 2015. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2015/dec/04/protests-in-ecuador-as-lawmakers-approve-unlimited-presidential-terms.

COLÔMBIA. [Constituição (1991)]. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, 4 jul. 1991.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-728/2009*. Bogotá, 14 out. 2009.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-141/2010*. Bogotá, 26 fev. 2010.

COMISSÃO EUROPEIA PARA A DEMOCRACIA ATRAVÉS DO DIREITO (COMISSÃO DE VENEZA). *Report on Term-Limits*: Part I – Presidents. CDL-AD(2018)010. Strasbourg: Council of Europe, 2018. Disponível em: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2018)010-e.

CONAGHAN, Catherine M. Ecuador: Correa's Plebiscitary Presidency. *Journal of Democracy*, v. 19, n. 2, p. 46-60, 2008.

CONNORS, Michael K. Article of Faith: The Failure of Royal Liberalism in Thailand. *Journal of Contemporary Asia*, v. 38, n. 1, p. 143-165, 2008.

CONNORS, Michael K. Liberalism, Authoritarianism and the Politics of Decisionism in Thailand. *The Pacific Review*, v. 22, n. 3, p. 355-373, 2009.

CONSELHO EUROPEU. *Presidency Conclusions*: Copenhagen European Council, 21-22 June 1993. Copenhagen, 1993. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/enlargement/ec/pdf/cop_en.pdf.

CONSTITUTE PROJECT. *Colombia's Constitution of 1991 with Amendments through 2015*. Austin: Comparative Constitutions Project. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015?lang=en.

CONSTITUTE PROJECT. *Venezuela (Bolivarian Republic of)'s Constitution of 1999 with Amendments through 2009*. Austin: Comparative Constitutions Project. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Venezuela_2009?lang=en.

COOK, Steven A. How Erdogan Made Turkey Authoritarian Again. *The Atlantic*, 21 jul. 2016. Disponível em: https://www.theatlantic.com/international/archive/2016/07/how-erdogan-made-turkey-authoritarian-again/492374/.

CORRALES, Javier. Autocratic Legalism in Venezuela. *Journal of Democracy*, v. 26, n. 2, p. 37-51, 2015.

COSTA RICA. [Constituição (1949)]. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. San José, 1949.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 2003-02771*. San José, 4 abr. 2003.

CRAIG, Paul. Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, p. 57-86, 2017.

DALY, Tom Gerald. The Alchemists: Courts as Democracy-Builders in Contemporary Thought. *Global Constitutionalism*, v. 6, n. 1, p. 101-130, 2017.

DALY, Tom Gerald. *The Alchemists*: Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

DAVIES, Christian. *Hostile Takeover*: How Law and Justice Captured Poland's Courts. Washington, DC: Freedom House, 2018. Disponível em: https://freedomhouse.org/report/special-reports/hostile-takeover-how-law-and-justice-captured-poland-s-courts.

DAVIES, Christian. Poland Is 'On Road to Autocracy', Says Constitutional Court President. *The Guardian*, 18 dez. 2016. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2016/dec/18/poland-is-on-road-to-autocracy-says-high-court-president.

DELANEY, Erin F. Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective. *Duke Law Journal*, v. 66, n. 1, p. 1-67, 2016.

DIXON, Rosalind. Constitutional Design Two Ways: Constitutional Drafters as Judges. *Virginia Journal of International Law*, v. 57, n. 1, p. 1-45, 2017.

DIXON, Rosalind. Constitutional Rights as Bribes. *Connecticut Law Review*, v. 50, n. 3, p. 767-818, 2018.

DIXON, Rosalind. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.

DIXON, Rosalind. The Forms, Functions, and Varieties of Weak(ened) Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 3, p. 904-930, 2019.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as Political Insurance: Variants and Limits. *In:* DELANEY, Erin F.; DIXON, Rosalind (ed.). *Comparative Judicial Review*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018. p. 36-59.

DIXON, Rosalind; ISSACHAROFF, Samuel. Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy. *Wisconsin Law Review*, v. 2016, n. 4, p. 683-731, 2016.

DIXON, Rosalind; JACKSON, Vicki C. Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests. *Wake Forest Law Review*, v. 48, n. 1, p. 149-209, 2013.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. 1989–2019: From Democratic to Abusive Constitutional Borrowing. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, n. 2, p. 489-496, 2019.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core. *In:* GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz (ed.). *Assessing Constitutional Performance*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 268-288.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Tiered Constitutional Design. *The George Washington Law Review*, v. 86, n. 2, p. 438-512, 2018.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, p. 606-638, 2015.

DRESSEL, Björn. Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Considerations from Recent Events in Thailand. *The Pacific Review*, v. 23, n. 5, p. 671-691, 2010.

DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. The 2011 Judicial Elections in Bolivia. *Electoral Studies*, v. 31, n. 3, p. 628-632, 2012.

EDELMAN, Adam. Democrats, Civil Rights Groups Slam Supreme Court Ruling on Travel Ban. *NBC News*, 26 jun. 2018. Disponível em: https://www.nbcnews.com/politics/supreme-court/democrats-civil-rights-groups-slam-supreme-court-ruling-travel-ban-n886626.

EL SENADO reactiva juicio en contra del magistrado Gualberto Cusi. *La Razón*, 24 nov. 2016. Disponível em: http://www.la-razon.com/nacional/Senado-reactiva-magistrado-Gualberto-Cusi_0_2606739313.html.

ELLIOTT, E. Donald. INS v. Chadha: The Administrative Constitution, the Constitution, and the Legislative Veto. *The Supreme Court Review*, v. 1983, p. 125-176, 1983.

EMERSON, Michael *et al. The Reluctant Debutante*: The European Union as Promoter of Democracy in its Neighbourhood. Brussels: Centre for European Policy Studies, 2005. (CEPS Working Document, n. 223).

EQUADOR. [Constituição (2008)]. *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Constituyente, 2008.

EQUADOR. Corte Constitucional. *Dictamen n. 008-11-DEE-CC*. Quito, 29 set. 2011.

EQUADOR. Corte Constitucional. *Dictamen n. 001-14-DRC-CC*. Quito, 31 out. 2014.

ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUDH). *ACNUDH*: sobre declaración de inconstitucionalidad de ley de amnistía en Venezuela. Comunicado de imprensa. 12 abr. 2016. Disponível em: http://acnudh.org/acnudh-sobre-declaracion-de-inconstitucionalidad-de-ley-de-amnistia-en-venezuela.

ESKRIDGE JR., William N.; FEREJOHN, John. Super-Statutes. *Duke Law Journal*, v. 50, n. 5, p. 1215-1276, 2001.

ESTADOS UNIDOS. [Constituição (1787)]. *The Constitution of the United States of America*. Philadelphia, 1787.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the First Circuit. *McKee v. Cosby*, 874 F.3d 54 (1st Cir. 2017). Boston, 18 out. 2017. *Certiorari* negado: ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *McKee v. Cosby*, 139 S. Ct. 675 (2019). Washington, DC, 19 fev. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). Washington, DC, 12 dez. 2000.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). Washington, DC, 21 jan. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Gill v. Whitford*, 585 U.S. 48 (2018); 138 S. Ct. 1916. Washington, DC, 18 jun. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983). Washington, DC, 23 jun. 1983.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31*, 585 U.S. 878 (2018); 138 S. Ct. 2448. Washington, DC, 27 jun. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Washington, DC, 9 mar. 1964.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. 684 (2019); 139 S. Ct. 2484. Washington, DC, 27 jun. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013). Washington, DC, 25 jun. 2013.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. 667 (2018); 138 S. Ct. 2392. Washington, DC, 26 jun. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004). Washington, DC, 28 abr. 2004.

EU COURT Orders Poland to Halt Court Retirements Law. *BBC News*, 19 out. 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-europe-45917830.

FISHER, Max; TAUB, Amanda. How Does Populism Turn Authoritarian? Venezuela Is a Case in Point. *The New York Times*, 1 abr. 2017. Disponível em: https://www.nytimes.com/2017/04/01/world/americas/venezuela-populism-authoritarianism.html.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, p. 257-337, 2005.

GARDBAUM, Stephen. Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies? *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 53, n. 2, p. 285-320, 2015.

GBERIE, Lansana. Is Democracy Under Threat in West Africa? *Africa Renewal*, United Nations, ago. 2012. Disponível em: https://www.un.org/africarenewal/magazine/august-2012/democracy-under-threat-west-africa.

GILLMAN, Howard. How Political Parties Can Use the Courts to Advance Their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875–1891. *American Political Science Review*, v. 96, n. 3, p. 511-524, 2002.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*: Constitutional Courts in Asian Cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom. Senegal: Court Clears Wade for Third Term. *I-CONnect*: Blog of the International Journal of Constitutional Law, 28 jan. 2012. Disponível em: http://www.iconnectblog.com/2012/01/senegal-court-clears-wade-for-third-term/.

GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary. Ancillary Powers of Constitutional Courts. *Texas Law Review*, v. 87, n. 7, p. 1431-1461, 2009.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2018.

GINSBURG, Tom; MELTON, James; ELKINS, Zachary. On the Evasion of Executive Term Limits. *William & Mary Law Review*, v. 52, n. 6, p. 1807-1872, 2011.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 30, n. 3, p. 587-622, 2014.

GÖLE, Nilüfer. Turkey is Undergoing a Radical Shift, from Pluralism to Islamic Populism. *HuffPost*, 21 jul. 2017. Disponível em: https://www.huffingtonpost.com/entry/turkey-coup-erdogan_us_596fcfcfe4b062ea5f8efa0f.

GOODMAN, Joshua; ARMARIO, Christine. US Imposes Sanctions on Venezuela Supreme Court. *AP News*, 18 maio 2017. Disponível em: https://ap-news.com/ed1a50389be74af799f4613caf1e4b1a.

GRABER, Mark A. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. *Studies in American Political Development*, v. 7, n. 1, p. 35-73, 1993.

GROVE, Tara Leigh. The Origins (and Fragility) of Judicial Independence. *Vanderbilt Law Review*, v. 71, n. 2, p. 465-545, 2018.

GYULAVÁRI, Tamás; HŐS, Nikolett. Retirement of Hungarian Judges, Age Discrimination and Judicial Independence: A Tale of Two Courts. *Industrial Law Journal*, v. 42, n. 3, p. 289-297, 2013.

HAIMERL, Maria. The Turkish Constitutional Court under the Amended Turkish Constitution. *Verfassungsblog*, 27 jan. 2017. DOI: 10.17176/20170130-094855. Disponível em: https://verfassungsblog.de/the-turkish-constitutional-court-under-the-amended-turkish-constitution/.

HALMAI, Gábor. Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution? *Constellations*, v. 19, n. 2, p. 182-203, 2012.

HARDING, Andrew; LEYLAND, Peter. *The Constitutional System of Thailand*: A Contextual Analysis. Oxford: Hart Publishing, 2011.

HELMKE, Gretchen. *Institutions on the Edge*: The Origins and Consequences of Inter-Branch Crises in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

HOOGH, André J. J. de. Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadić Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia. *British Year Book of International Law*, v. 72, n. 1, p. 255-292, 2002.

HUNEEUS, Alexandra. Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn. *Law & Social Inquiry*, v. 35, n. 1, p. 99-135, 2010.

HUNEEUS, Alexandra; URUEÑA, René. Treaty Exit and Latin America's Constitutional Courts. *AJIL Unbound*, v. 111, p. 456-460, 2017.

HUNGRIA. Lei CXIX de 2010, que emenda a Lei XX de 1949 (Constituição da República da Hungria). *Magyar Közlöny*, n. 177, 2010.

HUQ, Aziz Z. Democratic Erosion and the Courts: Comparative Perspectives. *New York University Law Review Online*, v. 93, p. 21-31, 2018.

HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 1, p. 78-169, 2018.

ÍNDIA. Supreme Court. *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, (1973) Supp. SCR 1. Nova Délhi, 24 abr. 1973.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Dire Straits*: A Report on the Rule of Law in Fiji. London: IBA, 2009.

ISSACHAROFF, Samuel. Constitutional Courts and Democratic Hedging. *Georgetown Law Journal*, v. 99, n. 4, p. 961-1012, 2011.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*: Contested Power in the Era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015.

ISSACHAROFF, Samuel. Fragile Democracies. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 6, p. 1405-1467, 2007.

JAHATEH, Lamin. Controversy of Abdoulaye Wade's Presidential Bid. *Al Jazeera*, 28 jan. 2012. Opinião. Disponível em: https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/01/201212712295177724.html.

KABUMBA, Busingye. A Legal Expert's View on Burundi Term Limits Saga. *The Observer*, 13 maio 2015. Disponível em: http://observer.ug/viewpoint/37809-a-legal-expert-s-view-on-burundi-term-limits-saga.

KAVANAGH, Aileen. What's So Weak About "Weak-Form Review"? The Case of the UK Human Rights Act 1998. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 4, p. 1008-1039, 2015.

KELLY, Catherine Lena. Senegal: What Will Turnover Bring? *Journal of Democracy*, v. 23, n. 3, p. 121-131, 2012.

KENNEDY, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 8, p. 1685-1778, 1976.

KOLLIN, Michaela. The Rise of Stealth Authoritarianism in Cambodia. *Democratic Erosion*, 8 out. 2017. Disponível em: http://democratic-erosion.com/2017/10/08/the-rise-of-stealth-authoritarianism-in-cambodia/.

KONCEWICZ, Tomasz Tadeusz; ZUBIK, Marek; KONOPACKA, Magdalena; STAŚKIEWICZ, Karol. Developments in Polish Constitutional Law: The Year 2016 in Review. *I-CONnect*: Blog of the International Journal of Constitutional Law, 12 nov. 2017. Disponível em: http://www.iconnectblog.com/2017/11/developments-in-polish-constitutional-law-the-year-2016-in-review/.

KOSAŘ, David. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*: Holding the Least Accountable Branch to Account. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

KRYGIER, Martin. The Rule of Law: Pasts, Presents, and Two Possible Futures. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 12, p. 199-229, 2016.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, 2013.

LANDAU, David. *Beyond Judicial Independence*: The Construction of Judicial Power in Colombia. 2015. Tese (Doutorado em Government) – Harvard University, Cambridge, MA, 2015. Disponível em: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/14226088/LANDAU-DISSERTATION-2015.pdf?sequence=10.

LANDAU, David. Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela: The First Time as Tragedy, the Second as Farce. *In:* GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018.

LANDAU, David. Democratic Erosion and Constitution-Making Moments: The Role of International Law. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, p. 87-112, 2017.

LANDAU, David. Populist Constitutions. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, p. 521-543, 2018.

LANDAU, David. Presidential Term Limits in Latin America: A Critical Analysis of the Migration of the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 12, n. 2, p. 225-249, 2018. DOI: 10.1515/lehr-2018-0013.

LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, n. 4, p. 859-890, 2015.

LANDAU, David; DIXON, Rosalind; ROZNAI, Yaniv. From an Unconstitutional Constitutional Amendment to an Unconstitutional Constitution? Lessons from Honduras. *Global Constitutionalism*, v. 8, n. 1, p. 40-70, 2019.

LANDAU, David; ROZNAI, Yaniv; DIXON, Rosalind. Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America. *In:* BATURO, Alexander; ELGIE, Robert (ed.). *The Politics of Presidential Term Limits*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 53-74.

LARSSON, Olof *et al.* Speaking Law to Power: The Strategic Use of Precedent of the Court of Justice of the European Union. *Comparative Political Studies*, v. 50, n. 7, p. 879-907, 2017.

LASSER, Mitchel de S.-O.-l'E. *Judicial Deliberations*: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LEHOUCQ, Fabrice. Bolivia's Constitutional Breakdown. *Journal of Democracy*, v. 19, n. 4, p. 110-124, 2008.

LEVITSKY, Steven; LOXTON, James. Populism and Competitive Authoritarianism in the Andes. *Democratization*, v. 20, n. 1, p. 107-136, 2013.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. *Competitive Authoritarianism*: Hybrid Regimes after the Cold War. New York: Cambridge University Press, 2010.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. The Rise of Competitive Authoritarianism. *Journal of Democracy*, v. 13, n. 2, p. 51-65, 2002.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018.

LILJEBLAD, Jonathan. The Efficacy of National Human Rights Institutions Seen in Context: Lessons from the Myanmar National Human Rights Commission. *Yale Human Rights and Development Law Journal*, v. 19, n. 1, p. 95-132, 2017.

LINARES, Albinson. Autoridades electorales de Venezuela paralizan el proceso revocatorio contra Maduro. *The New York Times en Español*, 21 out. 2016. Disponível em: https://www.nytimes.com/es/2016/10/21/autoridades-electorales-de-venezuela-paralizan-el-proceso-revocatorio-contra-maduro/.

LIPTAK, Adam. How Conservatives Weaponized the First Amendment. *The New York Times*, 30 jun. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/06/30/us/politics/first-amendment-conservatives-supreme-court.html.

LITHWICK, Dahlia; STERN, Mark Joseph. Anthony Kennedy Stands Down. *Slate*, 26 jun. 2018. Disponível em: https://slate.com/news-and-politics/2018/06/anthony-kennedys-travel-ban-vote-shows-hes-done-playing-the-wise-centrist.html.

LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *American Political Science Review*, v. 88, n. 2, p. 355-370, 1994.

MACKLEM, Patrick. Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 3, p. 488-516, 2006.

MAINA, Wachira. Drunk with Power: African Presidents Fight Term Limits. *Daily Monitor*, 5 mar. 2018. Disponível em: http://www.monitor.co.ug/SpecialReports/African-presidents-fight-term-limits/688342-4329366-11vd18j/index.html.

MANIRABARUSHA, Clement. Burundi President's Commission Says People Want Term Limits Removed. *Reuters*, 25 ago. 2016. Disponível em: https://www.reuters.com/article/us-burundi-politics/burundi-presidents-commission-says-people-want-term-limits-removed-idUSKCN1100O1.

MARTÍNEZ-BARAHONA, Elena. Constitutional Courts and Constitutional Change: Analysing the Cases of Presidential Reelection in Latin America. *In:* NOLTE, Detlef; SCHILLING-VACAFLOR, Almut (ed.). *New Constitutionalism in Latin America*: Promises and Practices. Farnham: Ashgate, 2012. p. 289-310.

MATCZAK, Marcin. *Poland's Constitutional Crisis*: Facts and Interpretations. Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2018. (Policy brief).

McCARGO, Duncan. Competing Notions of Judicialization in Thailand. *Contemporary Southeast Asia*, v. 36, n. 3, p. 417-441, 2014.

McCARGO, Duncan. Thailand: State of Anxiety. *Southeast Asian Affairs*, v. 2008, p. 333-356, 2008.

MÉRIEAU, Eugénie. Thailand's Deep State, Royal Power and the Constitutional Court (1997–2015). *Journal of Contemporary Asia*, v. 46, n. 3, p. 445-466, 2016.

MOORE, Jina. Burundi's Leader Can Extend His Term. His African Peers Take Notes. *The New York Times*, 17 maio 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/05/17/world/africa/burundi-president-nkurunziza-referendum.html.

MOUSTAFA, Tamir. *The Struggle for Constitutional Power*: Law, Politics, and Economic Development in Egypt. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics. *In:* GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (ed.). *Rule by Law*: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 1-22.

MÜLLER, Jan-Werner. Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law Inside Member States? *European Law Journal*, v. 21, n. 2, p. 141-160, 2015.

MÜLLER, Jan-Werner. *What Is Populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

NEGRETTO, Gabriel L. Authoritarian Constitution Making: The Role of the Military in Latin America. *In:* GINSBURG, Tom; SIMPSER, Alberto (ed.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 83-110.

NEUBORNE, Burt. The Supreme Court of India. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 3, p. 476-510, 2003.

NICARÁGUA. [Constituição (1987)]. *Constitución Política de la República de Nicaragua*. Texto com a reforma de 1995. La Gaceta, Diario Oficial, Managua, 1995.

NICARÁGUA. Corte Suprema de Justicia (Sala de lo Constitucional). *Sentencia n. 504*. Managua, 19 out. 2009.

NICARAGUA'S Chief Justice Denounces Pro-Ortega Ruling. *Latin American Herald Tribune*. Disponível em: http://www.laht.com/article.asp?CategoryId=23558&ArticleId=345896.

NORWEGIAN HELSINKI COMMITTEE. *Democracy at Stake in Hungary*: The Orbán Government's Constitutional Revolution. Oslo: NHC, 2012. (Report, n. 1/2012). Disponível em: https://www.nhc.no/content/uploads/2018/09/Rapport_1_12_web.pdf.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. *Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Third Session*. UN Doc. A/56/10. New York: United Nations, 2001.

PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu, de 26 de novembro de 2009, sobre a Nicarágua*. P7_TA(2009)0103. Estrasburgo, 26 nov. 2009. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2009-0103+0+DOC+XML+V0//EN.

PARTLETT, William. Hugo Chavez's Constitutional Legacy. *Brookings*, 14 mar. 2013. Opinião. Disponível em: https://www.brookings.edu/opinions/hugo-chavezs-constitutional-legacy/.

PATH, Kosal. A Cambodian Fusion of Personality, Party, and the State. *Current History*, v. 117, n. 800, p. 215-221, 2018.

PICCONE, Theodore J. International Mechanisms for Protecting Democracy. *In:* HALPERIN, Morton

H.; GALIC, Mirna (ed.). *Protecting Democracy*: International Responses. Lanham: Lexington Books, 2005.

POLLOCK, Stewart G. Adequate and Independent State Grounds as a Means of Balancing the Relationship Between State and Federal Courts. *Texas Law Review*, v. 63, n. 6, p. 977-993, 1985.

POLÔNIA. Trybunał Konstytucyjny. *Wyrok Kp 1/17*. Varsóvia, 16 mar. 2017.

POLÔNIA. Trybunał Konstytucyjny. *Wyrok K 5/17*. Varsóvia, 20 jun. 2017.

PONGSUDHIRAK, Thitinan. Thailand Since the Coup. *Journal of Democracy*, v. 19, n. 4, p. 140-153, 2008.

POPOVA, Maria. Political Competition as an Obstacle to Judicial Independence: Evidence from Russia and Ukraine. *Comparative Political Studies*, v. 43, n. 10, p. 1202-1229, 2010.

POPOVA, Maria. *Politicized Justice in Emerging Democracies*: A Study of Courts in Russia and Ukraine. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

POSNER, Richard A. *Breaking the Deadlock*: The 2000 Election, the Constitution, and the Courts. Princeton: Princeton University Press, 2001.

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

POST, Robert C.; SIEGEL, Neil S. Theorizing the Law/Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin. *California Law Review*, v. 95, n. 5, p. 1473-1513, 2007.

POZEN, David E. Constitutional Bad Faith. *Harvard Law Review*, v. 129, n. 4, p. 885-955, 2016.

PRIDHAM, Geoffrey. The European Union's Democratic Conditionality and Domestic Politics in Slovakia: The Mečiar and Dzurinda Governments Compared. *Europe-Asia Studies*, v. 54, n. 2, p. 203-227, 2002.

RAIK, Kristi. EU Accession of Central and Eastern European Countries: Democracy and Integration as Conflicting Logics. *East European Politics and Societies*, v. 18, n. 4, p. 567-594, 2004.

RANKIN, Jennifer. EU Court Rules Poland's Lowering of Judges' Retirement Age is Unlawful. *The Guardian*, 24 jun. 2019. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2019/jun/24/eu-court-rules-polands-lowering-of-judges-retirement-age-unlawful.

ROACH, Kent. Polycentricity and Queue Jumping in Public Law Remedies: A Two-Track Response. *University of Toronto Law Journal*, v. 66, n. 1, p. 3-52, 2016.

ROMO, Rafael. Venezuelan Attorney General Breaks with Maduro, Slams Court Ruling. *CNN*, 31 mar. 2017. Disponível em: https://www.cnn.com/2017/03/31/americas/venezuela-attorney-general-supreme-court/index.html.

ROOSEVELT, Franklin D. *Fireside Chat 9*: On "Court-Packing". Washington, DC, 9 mar. 1937. Pronunciamento radiofônico. Disponível em: Miller Center, University of Virginia: https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/march-9-1937-fireside-chat-9-court-packing.

ROOSEVELT III, Kermit. Light from Dead Stars: The Procedural Adequate and Independent State Ground Reconsidered. *Columbia Law Review*, v. 103, n. 8, p. 1888-1918, 2003.

ROUX, Theunis. *The Politico-Legal Dynamics of Judicial Review*: A Comparative Analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

ROUX, Theunis. *The Politics of Principle*: The First South African Constitutional Court, 1995–2005. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments*: The Limits of Amendment Powers. Oxford: Oxford University Press, 2017.

RWANDANS Vote on Allowing Third Kagame Presidential Term. *BBC News*, 18 dez. 2015. Disponível em: http://www.bbc.com/news/world-africa-35125690.

RYTTER, Jens Elo; WIND, Marlene. In Need of Juristocracy? The Silence of Denmark in the Development of European Legal Norms. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 2, p. 470-504, 2011.

SADURSKI, Wojciech. Bad Response to a Tragic Choice: The Case of Polish Council of the Judiciary. *Verfassungsblog*, 16 abr. 2018. Disponível em: https://verfassungsblog.de/bad-response-to-a-tragic-choice-the-case-of-polish-council-of-the-judiciary/.

SADURSKI, Wojciech. *How Democracy Dies (in Poland)*: A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. Sydney: Sydney Law School, 2018. (Sydney Law School Research Paper, n. 18/01). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491.

SADURSKI, Wojciech. Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 11, n. 1, p. 63-84, 2019.

SANCHEZ URRIBARRI, Raul A. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 854-884, 2011.

SCHEPPELE, Kim Lane. A Realpolitik Defense of Social Rights. *Texas Law Review*, v. 82, n. 7, p. 1921-1961, 2004.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, p. 545-583, 2018.

SCHEPPELE, Kim Lane. Guardians of the Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 6, p. 1757-1851, 2006.

SCHEPPELE, Kim Lane. The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work. *Governance*, v. 26, n. 4, p. 559-562, 2013.

SCHIEMANN, John W. Explaining Hungary's Powerful Constitutional Court: A Bargaining Approach. *European Journal of Sociology*, v. 42, n. 2, p. 357-390, 2001.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. London: Routledge, 2010.

SCHWARTZ, Herman. Eastern Europe's Constitutional Courts. *Journal of Democracy*, v. 9, n. 4, p. 100-114, 1998.

SEIDMAN, Louis Michael. Can Free Speech Be Progressive? *Columbia Law Review*, v. 118, n. 7, p. 2219-2250, 2018.

SENEGAL Court Confirms Third Term Bid for President Wade. *BBC News*, 30 jan. 2012. Disponível em: http://www.bbc.com/news/world-africa-16784055.

SENEGAL'S President Can Run for Third Term, Court Rules. *The Guardian*, 30 jan. 2012. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2012/jan/30/senegal-president-run-third-term.

SENIOR Burundi Judge Flees Rather Than Approve President's Candidacy. *The Guardian*, 4 maio 2015. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2015/may/05/senior-burundi-judge-flees-rather-than-approve-presidents-candidacy.

SHAMIR, Ronen. "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice. *Law & Society Review*, v. 24, n. 3, p. 781-805, 1990.

SILVA-PORTERO, Carolina. Chronicle of an Amendment Foretold: Eliminating Presidential Term Limits in Ecuador. *ConstitutionNet*, International IDEA, 20 jan. 2016. Disponível em: http://www.constitutionnet.org/news/chronicle-amendment-foretold-eliminating-presidential-term-limits-ecuador.

SINNAR, Shirin. Trump v. Hawaii: A Roadmap for New Racial Origin Quotas. *Stanford Law School – SLS Blogs*, 26 jun. 2018. Disponível em: https://law.stanford.edu/2018/06/26/trump-v-hawaii-a-roadmap-for-new-racial-origin-quotas/.

SOLUM, Lawrence B. Originalism and Constitutional Construction. *Fordham Law Review*, v. 82, n. 2, p. 453-537, 2013.

SOLUM, Lawrence B. The Interpretation-Construction Distinction. *Constitutional Commentary*, v. 27, n. 1, p. 95-118, 2010.

SÓLYOM, László. The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary. *In:* BOGDANDY, Armin von; SONNEVEND, Pál (ed.). *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 5-32.

STEWART, Emily. Why Trump Thinks a National Emergency Will Get Him His Border Wall. *Vox*, 15 fev. 2019. Disponível em: https://www.vox.com/policy-and-politics/2019/1/8/18172749/trump-national-emergency-government-shutdown-wall.

STONE SWEET, Alec. Constitutional Courts. *In:* ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 816-830.

STONE SWEET, Alec. *Governing with Judges*: Constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

STUENKEL, Oliver Della Costa. Bolivia's Democracy at Risk: What Role for External Actors? *Carnegie Endowment for International Peace*, 20 jun. 2017. Disponível em: https://carnegieendowment.org/2017/06/20/bolivia-s-democracy-at-risk-what-role-for-external-actors-pub-71301.

SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Can It Happen Here?* Authoritarianism in America. New York: Dey Street Books, 2018.

SUNSTEIN, Cass R. Problems with Minimalism. *Stanford Law Review*, v. 58, n. 6, p. 1899-1918, 2006.

SUROTCHAK, Jan; TWINING, Daniel. The Fight Against European Populism Is Far from Over. *Foreign Policy*, 1 fev. 2018. Disponível em: http://foreignpolicy.com/2018/02/01/the-fight-against-european-populism-is-far-from-over/.

SZENTE, Zoltán. The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014. *Constitutional Studies*, v. 1, n. 1, p. 123-149, 2016.

TAMKIN, Emily. Polish Ruling Party Passed Unconstitutional Laws, Now Controls Constitutional Tribunal. *Foreign Policy*, 19 dez. 2016. Disponível em: https://foreignpolicy.com/2016/12/19/polish-ruling-party-passed-unconstitutional-laws-now-controls-constitutional-tribunal-trump-law-justice/.

TAŞ, Hakkı. Turkey – From Tutelary to Delegative Democracy. *Third World Quarterly*, v. 36, n. 4, p. 776-791, 2015.

THAILAND'S Aristocratic Dead-Enders. *The Wall Street Journal*, 7 maio 2014. Disponível em: https://www.wsj.com/articles/thailands-aristocratic-dead-enders-1399481518.

THE GUARDIAN view on Poland and Hungary: heading the wrong way. *The Guardian*, 18 jul. 2017. Editorial. Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/jul/18/the-guardian-view-on-poland-and-hungary-heading-the-wrong-way.

TONSAKULRUNGRUANG, Khemthong. Thailand: An Abuse of Judicial Review. *In:* YAP, Po Jen (ed.). *Judicial Review of Elections in Asia*. London: Routledge, 2016.

TROCHEV, Alexei. Less Democracy, More Courts: A Puzzle of Judicial Review in Russia. *Law & Society Review*, v. 38, n. 3, p. 513-548, 2004.

TUSHNET, Mark. Institutions Protecting Democracy: A Preliminary Inquiry. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 12, n. 2, p. 181-202, 2018.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

TWORZECKI, Hubert; MARKOWSKI, Radoslaw. Why Is Poland's Law and Justice Party Trying to Rein in the Judiciary? *The Washington Post*, 26 jul. 2017. Monkey Cage. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2017/07/26/why-is-polands-law-and-justice-party-trying-to-rein-in-the-judiciary/.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Processo C-286/12, Comissão Europeia contra Hungria*. Acórdão de 6 nov. 2012. Common Market Law Reports, v. 1, p. 1243.

UWIRINGIYIMANA, Clement. Rwanda's Top Court Clears Way for Kagame Third Term. *Reuters*, 8 out. 2015. Disponível em: http://www.reuters.com/article/us-rwanda-president-idUSKCN0S21AI20151008.

VANDEGINSTE, Stef. Legal Loopholes and the Politics of Executive Term Limits: Insights from Burundi. *Africa Spectrum*, v. 51, n. 2, p. 39-63, 2016.

VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, 2015.

VAROL, Ozan O.; DALLA PELLEGRINA, Lucia; GAROUPA, Nuno. An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 1, p. 187-216, 2017.

VENEZUELA. [Constituição (1999)]. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas: Asamblea Nacional Constituyente, 1999.

VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 53* (expediente n. 08-1610). Caracas, 3 fev. 2009.

VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 7*. Caracas, 11 fev. 2016.

VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 264* (expediente n. 16-0343). Caracas, 11 abr. 2016.

VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 274*. Caracas, 21 abr. 2016.

VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 810*. Caracas, 21 set. 2016.

VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 156*. Caracas, 29 mar. 2017.

VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). *Sentencia n. 158*. Caracas, 1 abr. 2017.

VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Electoral). *Sentencia n. 260*. Caracas, 30 dez. 2015.

VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia. *Decisión 1974/2007*. Caracas, 2007.

VISSER, Maartje de. A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform. *The American Journal of Comparative Law*, v. 63, n. 4, p. 963-1008, 2015.

WALKER, Lee Demetrius; WILLIAMS, Philip J. The Nicaraguan Constitutional Experience: Process, Conflict, Contradictions, and Change. *In:* MILLER, Laurel E. (ed.). *Framing the State in Times of Transition*: Case Studies in Constitution Making. Washington, DC: United States Institute of Peace Press, 2010.

WALLACE, Julia. 'Fireflies' and 'Ghosts' in Cambodia Prop up Facade of Real Election. *The New York Times*, 11 jul. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/07/11/world/asia/cambodia-election-hun-sen.html.

WEISS, Stefani. Rule of Law in Poland and Hungary: "Our Fundamental Values are Under Attack". *Bertelsmann Stiftung*, 20 set. 2017. Disponível em: https://www.bertelsmann-stiftung.de/en/topics/aktuelle-meldungen/2017/september/poland-and-hungary-our-fundamental-values-are-under-attack/.

WEST, Lucy. The Limits to Judicial Independence: Cambodia's Political Culture and the Civil Law. *Democratization*, v. 26, n. 3, p. 537-553, 2019.

WHITTINGTON, Keith E. "Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p. 583-596, 2005.

WHITTINGTON, Keith E. Yet Another Constitutional Crisis? *William & Mary Law Review*, v. 43, n. 5, p. 2093-2147, 2002.

WOBIG, Jacob. Defending Democracy with International Law: Preventing Coup Attempts with Democracy Clauses. *Democratization*, v. 22, n. 4, p. 631-654, 2015.

ZELDIN, Wendy. Cambodia: Supreme Court Dissolves Main Opposition Party. *Global Legal Monitor*, Library of Congress, 6 dez. 2017. Disponível em: http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/cambodia-supreme-court-dissolves-main-opposition-party/.

JOGO DURO CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL HARDBALL

MARK TUSHNET*

Tradução: DAVID SOBREIRA**

RESUMO

Este ensaio desenvolve a ideia de que o jogo duro constitucional designa uma prática política distintiva: o emprego de iniciativas situadas dentro dos limites plausíveis da doutrina constitucional vigente, mas incompatíveis com entendimentos pré-constitucionais que tornam possível o funcionamento ordinário do governo constitucional. A partir de exemplos como filibusters em indicações judiciais, redesenho dos distritos eleitorais, impeachment presidencial, legislação do New Deal e Marbury v. Madison, defendo que o jogo duro tende a surgir em períodos de transformação constitucional, quando atores políticos percebem que está em disputa não apenas uma vitória política episódica, mas a instituição de uma nova ordem constitucional. O argumento conecta essas práticas ao entrincheiramento partidário, à reconfiguração de arranjos institucionais e ao papel dos tribunais em momentos de transição.

Palavras-chave: entendimentos pré-constitucionais; jogo duro constitucional; ordem constitucional; transformação constitucional; entrincheiramento partidário.

ABSTRACT

This essay develops the idea that constitutional hardball designates a distinctive political practice: the use of initiatives that fall within the plausible boundaries of existing constitutional doctrine, but that are incompatible with the pre-constitutional understandings that make the ordinary operation of constitutional government possible. Drawing on examples such as filibusters of judicial nominations, electoral redistricting, presidential impeachment, New Deal legislation, and Marbury v. Madison, I argue that constitutional hardball tends to emerge in periods of constitutional transformation, when political actors perceive that what is at stake is not merely an episodic political victory, but the establishment of a new constitutional order. The argument connects these practices to partisan entrenchment, the reconfiguration of institutional arrangements, and the role of courts in moments of transition.

Keywords: pre-constitutional understandings; constitutional hardball; constitutional order; constitutional transformation; partisan entrenchment.

* Carmack Waterhouse Professor of Constitutional Law, Georgetown University Law Center.
Nota do Tradutor: atualmente, William Nelson Cromwell Professor of Law, Emeritus, Harvard Law School.

** Master of Laws (LL.M.), Harvard Law School. Professor de Direito Constitucional, Universidade Christus.
david.sobreira@unichristus.edu.br

Recebido em: 5-8-2026 | Aprovado em: 18-8-2026[1]

[1] Artigo convidado. Publicado originalmente em inglês por Mark Tushnet na J. Marshall L. Review, vol. 37, n. 2, 2004, p. 523-553.
Nota do Tradutor: o resumo, o abstract, as palavras-chave e as keywords não constam do artigo original. Foram acrescentados pelo tradutor, com autorização do autor, para fins de adequação às exigências editoriais de periódicos acadêmicos brasileiros.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: O CONCEITO DE JOGO DURO CONSTITUCIONAL, COM ALGUNS EXEMPLOS; 1.1 ALGUNS EXEMPLOS DE JOGO DURO CONSTITUCIONAL; 1.2 O JOGO DURO CONSTITUCIONAL E O ENTRINCHEIRAMENTO PARTIDÁRIO; 2 EXPLICANDO O JOGO DURO CONSTITUCIONAL; 2.1 O JOGO DURO CONSTITUCIONAL E OS ARRANJOS INSTITUCIONAIS; 2.2 O JOGO DURO CONSTITUCIONAL E OS PRINCÍPIOS SUBSTANTIVOS; 2.3 OS TRIBUNAIS NO JOGO DURO CONSTITUCIONAL; 3 MARBURY V. MADISON COMO JOGO DURO CONSTITUCIONAL; 4 ELABORAÇÕES: BRUSHBACKS* E FRACASSOS; 4.1 A PRIMEIRA VARIANTE: OS BRUSHBACKS; 4.2 UMA SEGUNDA VARIANTE: OS FRACASSOS; 4.3. OS FRACASSOS MOSTRAM QUE O JOGO DURO CONSTITUCIONAL NÃO É EXTRAORDINÁRIO?; ALGUMAS POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES NORMATIVAS; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO: o conceito de jogo duro constitucional, com alguns exemplos.

Nos últimos anos, venho notando um fenômeno que me parece novo ao longo de minha trajetória como estudioso do direito constitucional. Chamo esse fenômeno de jogo duro constitucional. Este ensaio desenvolve a ideia de que tal prática existe, de que há um sentido em que ela é nova e de que seu surgimento (ou ressurgimento) é interessante porque sinaliza que os atores políticos compreendem estar em posição de instituir um novo conjunto de arranjos institucionais profundos, de um tipo que chamo de ordem constitucional[2]. Um esboço sintético do jogo duro constitucional é o seguinte: ele consiste em reivindicações e práticas políticas – iniciativas legislativas e executivas – que se situam, de modo praticamente incontroverso, nos limites da doutrina e da prática constitucionais vigentes, mas que, ainda assim, guardam certa tensão com entendimentos *pré*-constitucionais estabelecidos[3]. É *jogo duro* porque seus praticantes se veem jogando para valer[*], de um modo bem particular; acreditam que o que está em jogo na controvérsia política provocada por suas ações é bastante importante e que sua derrota, com a vitória de seus adversários, representaria um revés sério, talvez permanente, para as posições políticas que sustentam[4].

[2] Sobre minha discussão a respeito da ideia de ordem constitucional, na qual se apoia a análise deste trabalho, *ver* TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

[3] Refiro-me àqueles pressupostos "que dispensam menção" que sustentam os sistemas em funcionamento de um governo constitucional. São difíceis de identificar fora de tempos de crise precisamente porque dispensam menção (um termo alternativo seria *convenções*). Esses pressupostos são *conceitualmente* anteriores à Constituição (portanto, "pré"-constitucionais), não necessariamente anteriores em um sentido temporal.

[*] [NT]: A expressão *playing for keeps*, traduzida aqui como "jogar para valer", designa uma disputa em que os participantes não tratam o resultado como reversível ou meramente episódico; jogam como se a vitória pudesse consolidar vantagens institucionais duradouras.

[4] Para uma investigação paralela, tratando, contudo, de situações em que o que está em jogo é substancialmente mais elevado do que tem sido nos Estados Unidos, *ver* MARAVALL, José María. The Rule of Law as a Political Weapon. *In*: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (ed.). *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 261.

Este ensaio começa, aqui, com alguns exemplos de jogo duro constitucional, seguidos de uma descrição da prática em termos mais gerais. A Seção 2 desenvolve a conexão, afirmada nesta seção, entre o jogo duro constitucional e mudanças em arranjos constitucionais fundamentais ou, em meus próprios termos, ordens constitucionais. A Seção 3 descreve, então, os acontecimentos em torno de *Marbury v. Madison* como um episódio de jogo duro constitucional. A Seção 4 oferece elaborações adicionais do conceito, enfatizando em particular as maneiras pelas quais o jogo duro constitucional pode fracassar, além de defender o conceito contra a objeção de que ele não singulariza, de fato, uma prática distinta da política constitucional ordinária. Por fim, a Seção 5 apresenta algumas modestas reflexões normativas sobre o jogo duro constitucional.

1.1 Alguns exemplos de jogo duro constitucional

Exemplos de jogo duro constitucional podem dar aos leitores uma noção melhor das práticas que tenho em mente[5]. Talvez o melhor exemplo seja o *filibuster*[*] conduzido pelos Democratas do Senado contra diversas indicações judiciais feitas pelo presidente George W. Bush em 2002-03[6]. As ações dos Democratas situavam-se claramente dentro dos limites estabelecidos pelas regras do Senado, e a Constituição autoriza expressamente o Senado a adotar regras para reger seu funcionamento[7]. Os Republicanos responderam ao *filibuster* elaborando um argumento segundo o qual ele seria inconstitucional por interferir na capacidade do Senado de decidir, por voto majoritário, se daria seu consentimento a uma nomeação. Considero esse argumento forçado,[8] pois exige que se distinga entre *filibusters* de indicações judiciais e

[5] Registro, desde o início, que abordo o material a partir de uma posição política de esquerda. Acredito que minha posição política me torna mais atento aos exemplos de práticas de jogo duro que vejo à direita. A estrutura de meu argumento, porém, sugere fortemente que, quando um lado começa a jogar o jogo duro constitucional, o outro lado entrará no jogo. Assim, estou confiante de que alguém que observasse a política contemporânea a partir da direita seria capaz de localizar exemplos de jogo duro constitucional praticado por liberais e progressistas. Há um sentido em que meu argumento sugere que os conservadores devem ter iniciado a dinâmica contemporânea de jogo duro constitucional, embora eu suspeite que seria bastante difícil identificar a *primeira* instância de jogo duro constitucional, e me abstenho de tentar. Pela mesma razão, evitei outra abordagem possível para identificar o jogo duro constitucional, sugerida a mim por Vicki Jackson. Seu raciocínio é o de que o jogo duro constitucional tem origem em um sentimento de injustiça: pessoas que julgavam estar jogando conforme as regras descobrem que seus adversários mudaram de táticas de maneiras que as colocam em desvantagem. Elas então adotam uma estratégia de retaliação olho por olho. A dificuldade dessa abordagem é que ela depende crucialmente de identificar o *primeiro* afastamento dos entendimentos anteriores. Uma vez iniciado o jogo duro constitucional, os participantes – e os observadores, que terão suas próprias predisposições partidárias – divergirão sobre essa identificação exatamente pelas mesmas razões pelas quais se engajam no jogo duro constitucional.

[*] [NT]: *filibuster*, mantido em inglês, é a tática de obstrução parlamentar pela qual uma minoria prolonga indefinidamente o debate para retardar ou inviabilizar a deliberação sobre uma matéria – aqui, a confirmação de indicações judiciais. No Senado dos Estados Unidos, o encerramento forçado do debate (*cloture*) exige supermaioria qualificada (desde 1975, três quintos – 60 dos 100 senadores), de modo que o *filibuster* confere a uma minoria de 41 votos poder de bloqueio.

[6] O exemplo é melhor do que outros precisamente porque tem caráter bipartidário: as ações de ambos os lados do plenário do Senado têm os atributos-chave do jogo duro constitucional.

[7] CONSTITUIÇÃO DOS EUA, art. I, § 5, cl. 2. "Cada Casa pode determinar as regras de seus trabalhos".

[8] Desenvolvido em *Judicial Nominations, Filibusters, and the Constitution: When a Majority is Denied its Right to Consent: Before the Senate Judiciary Subcommittee on the Constitution*, 2003 [doravante Depoimento de Eastman]

filibusters de legislação ordinária recomendada pelo presidente ao Congresso no cumprimento de seu dever de assim proceder[9]. Ainda assim, *há* distinções plausíveis que poderiam ser invocadas,[10] e algumas versões dos argumentos contra a constitucionalidade de uma regra do Senado que autorize *filibusters* de modo geral são bastante substanciais[11]. Os argumentos dos Republicanos, portanto, também se encontravam dentro dos limites constitucionais.

Ao mesmo tempo, alguns aspectos do comportamento tanto dos Democratas quanto dos Republicanos foram incomuns. Os *filibusters* Democratas foram, se não únicos,[12] bastante incomuns. Poderíamos comparar o *filibuster* às nomeações para os tribunais federais durante o recesso legislativo.[*] A Constituição claramente autoriza tais nomeações,[13] e o uso desse poder pelos presidentes não era incomum[14]. Contudo, os presidentes passaram a abster-se de usar seu poder – inequivocamente constitucional – de fazer nomeações durante o recesso legislativo, em parte por preocupação com possíveis intromissões na independência judicial decorrentes da possibilidade de que um indicado em recesso não venha a receber um cargo permanente a menos que caia nas graças do presidente[15]. Essa contenção no uso de um poder reconhecido poderia até equivaler a uma frágil convenção pré-constitucional contra as nomeações em recesso para os tribunais. De modo semelhante, poder-se-ia dizer que o Senado

(manifestação de John C. Eastman, Professor de Direito Constitucional, Chapman University School of Law, e Diretor do The Claremont Institute Center for Constitutional Jurisprudence. Disponível em: http://www.claremont.org/static/pdf/eastmantestimony.pdf. Acesso em: 3 set. 2003).

[9] CONSTITUIÇÃO DOS EUA, art. II, § 3. "Ele *deverá*, de tempos em tempos, ... recomendar à consideração [do Congresso] as medidas que julgar necessárias e convenientes". (grifo acrescentado).

[10] Por exemplo, como sugere o depoimento do Professor Eastman, o poder do presidente de indicar juízes envolve um conjunto de preocupações de separação de poderes distinto – e talvez mais importante – do que o poder de recomendar legislação. *Judicial Nominations, Filibusters, and the Constitution: When a Majority is Denied its Right to Consent: Before the Senate Judiciary Subcommittee on the Constitution*, 2003

[11] Para uma visão geral, *ver* CHEMERINSKY, Erwin; FISK, Catherine. The Filibuster. *Stanford Law Review*, v. 49, p. 181-254, 1997. Os argumentos mais fortes são contrários ao uso de uma regra que autorize *filibusters* para blindar essa própria regra de alteração por maioria do Senado.

[12] Os Republicanos haviam promovido um *filibuster* quando Lyndon Johnson indicou o *Justice* Abe Fortas para suceder Earl Warren como *Chief Justice*. Para uma descrição, *ver* KALMAN, Laura. *Abe Fortas*: a biography. New Haven: Yale University Press, 1990. p. 355. O depoimento do Professor Eastman afirma que os *filibusters* Democratas são "ainda mais problemáticos do que o que se travou com êxito contra Fortas, porque Fortas nunca obteve apoio majoritário em uma votação de encerramento forçado do debate" (*cloture*). *Judicial Nominations, Filibusters, and the Constitution: When a Majority is Denied its Right to Consent: Before the Senate Judiciary Subcommittee on the Constitution*, 2003. p. 23, n. 36. Segundo Kalman, "Quando [o líder da maioria do Senado] Mansfield convocou uma votação em 1º de outubro, apenas quarenta e cinco dos oitenta e oito senadores presentes votaram pelo encerramento forçado do debate". KALMAN, *op. cit.*, p. 355.

[*] [NT]: nas "nomeações de recesso" (*recess appointments*), o Presidente pode preencher temporariamente determinadas vagas durante o recesso do Senado, permitindo que o nomeado entre imediatamente em exercício, sem confirmação senatorial prévia. A nomeação permanece válida até o final da sessão seguinte do Senado – podendo, conforme o momento em que for realizada, durar mais de um ano –, salvo se o nomeado for anteriormente confirmado pelo Senado.

[13] CONSTITUIÇÃO DOS EUA, art. II, § 2, cl. 3. "O presidente terá o poder de prover todas as vagas que ocorram durante o recesso do Senado".

[14] Para uma discussão, *ver* FISHER, Louis. *Recess Appointments of Federal Judges*. Congressional Research Service, 5 set. 2001. Disponível em: http://www.senate.gov/reference/resources/pdf/RL31112.pdf. Acesso em: 14 nov. 2003.

[15] A prática de nomeações para tribunais durante o recesso legislativo, prevista no Artigo III, ficou suspensa por cerca de vinte anos, sendo então retomada pelo presidente Jimmy Carter em 1980 (uma nomeação em recesso de um juiz distrital, cujo nome não foi reapresentado quando a nomeação expirou) e, após outro período de vinte anos, pelo presidente William Clinton em 2000 (uma nomeação em recesso de Roger Gregory, que foi posteriormente reindicado pelo presidente George W. Bush e confirmado pelo Senado). *Ibid.*, p. 19-24.

havia adotado uma convenção pré-constitucional contra o uso do *filibuster* em indicações judiciais desde a indicação de Abe Fortas. O *filibuster* dos Democratas é, então, um repúdio a um entendimento pré-constitucional consolidado.

A resposta Republicana é semelhante, embora em menor grau. Alguns Republicanos sugeriram que, caso os *filibusters* persistissem, apoiariam litígios voltados a estabelecer a inconstitucionalidade da prática[16]. O que havia de incomum nessa ameaça é que os senadores costumam ser bastante zelosos em abster-se de submeter disputas internas da Casa à supervisão judicial. A liderança do Senado, por exemplo, muitas vezes protocolou petições sustentando que senadores individuais carecem de legitimidade processual ativa (*standing*) para impugnar procedimentos do Senado. O caminho preferido – equivalendo, talvez, mais uma vez, a uma convenção pré-constitucional – é que o Senado resolva essas controvérsias no âmbito da própria Casa[17].

Acredito que o jogo duro constitucional é mais disseminado do que um único exemplo indica. O esforço bem-sucedido no Colorado, e o esforço paralelo no Texas, de rever decisões de redesenho dos distritos eleitorais (*redistricting*) tomadas após o censo de 2000 é semelhante em estrutura. Os Legislativos estaduais têm um direito inquestionável de alterar as linhas dos distritos tantas vezes quantas quiserem. A justificativa para fazê-lo no Colorado e no Texas não era frívola; em cada estado, o primeiro conjunto de distritos foi concebido não por um Poder Legislativo eleito, mas por um tribunal que atuou depois de o Legislativo estadual haver deixado de agir[18]. Ainda assim, em cada rodada de redesenho dos distritos eleitorais desde a década de 1970 os legisladores geralmente consideraram o primeiro conjunto de distritos como fixo até o próximo censo ou até que um tribunal lhes ordenasse traçar um novo conjunto de distritos. As ações Republicanas no Colorado e no Texas constituem jogo duro constitucional porque são incompatíveis com o que parecia ser um entendimento pré-constitucional consolidado[19]. A resposta dos Democratas no Texas – ao abandonarem os trabalhos

[16] Para uma cópia da petição inicial protocolada pela Judicial Watch, *ver* http://www.judicialwatch.org/complaint_051403.shtml. Acesso em: 12 nov. 2003.

[17] A ameaça dos Republicanos de apoiar litígios era um "repúdio" mais brando ao entendimento pré-constitucional do que o *filibuster* dos Democratas, porque era – ao menos até o presente – apenas uma ameaça. A nomeação em recesso, pelo presidente Bush, do indicado obstruído Charles Pickering parece ser um repúdio mais forte ao possível (e frágil) entendimento pré-constitucional que limita o uso da nomeação em recesso.

[18] Para o Colorado, *ver* REID, T.R. Texans Back Colorado Democrats in Redistricting Case. *The Washington Post*, 9 set. 2003. p. A2. "O Legislativo estadual, dividido entre os dois partidos, não conseguiu chegar a um novo plano distrital a tempo para a eleição de 2002, de modo que um tribunal estadual traçou o mapa." REID, *op. cit*. Para o Texas, *ver* CILIZZA, Chris. *Redistricting Two-Step to Resume Monday*. Roll Call, 11 set. 2003. "Depois que os legisladores do Texas ficaram em impasse em suas tentativas de redesenhar as linhas em 2001, um tribunal federal adotou um plano que manteve o status quo nas eleições de 2002." CILIZZA, *op. cit*.

[19] A complementar o jogo duro dos próprios esforços de redesenho dos distritos eleitorais está a sugestão do deputado Tom DeLay de que a *falta* de promulgação de novas linhas distritais é, ela própria, uma violação constitucional, da alegada exigência constitucional de que as linhas distritais sejam traçadas pelos Poderes Legislativos sempre que possível. Para a declaração de DeLay, *ver Fox News Sunday* (transmissão da rede Fox, 17 ago. 2003), afirmando: "Devemos, pela Constituição, redistribuir a representação ou redesenhar os distritos a cada 10 anos".

legislativos e deixarem o Estado – foi uma forma defensiva de jogo duro constitucional, incompatível com o que a maioria das pessoas consideraria serem as obrigações de representantes eleitos[20].

Um último exemplo é o impeachment do presidente Clinton[21]. Também aqui havia, ao menos, substancial respaldo constitucional para a proposição de que a Câmara dos Representantes tinha o poder de submeter Clinton a impeachment por aquilo que seus membros concluíram que ele havia feito[22]. Naturalmente, o impeachment, sobretudo de um presidente, é assunto sério. Antes do impeachment de Clinton, membros da Câmara protocolaram petições voltadas a instaurar processos de impeachment de outros presidentes[23] Essas tentativas nunca foram levadas adiante com qualquer seriedade. É possível combinar esse fato com as evidências provenientes de impeachments de juízes federais para identificar ainda outro entendimento pré-constitucional: a Câmara dos Representantes não deveria conduzir agressivamente uma investigação de impeachment a menos que, desde o início, haja probabilidade razoável de que a investigação resulte na destituição do alvo de seu cargo. O impeachment de Clinton foi incompatível com esse entendimento.

O jogo duro constitucional tem outra característica. Quando os políticos recorrem a ele, o que está em jogo é de grande importância. Os *filibusters* dos Democratas têm por objetivo, em primeira instância, impedir que o presidente transforme os tribunais federais de apelação ao nomear um grande número de juízes que os Democratas consideram conservadores em excesso para o bem da nação[24]. Os esforços de redesenho dos distritos eleitorais dos Republicanos são concebidos para aumentar o número de cadeiras que os candidatos Republicanos têm probabilidade de conquistar, ampliando assim a probabilidade de que os Republicanos mantenham o controle da Câmara dos Representantes até o próximo censo e o redesenho

[20] Embora eu qualificasse isso um pouco, observando que as obrigações dos representantes decorrem de um dever para com os eleitores de considerar o conjunto de questões de que os Legislativos se ocupam, ao passo que os Democratas deixaram o estado para evitar participar de uma sessão legislativa extraordinária que tratava apenas da questão do redesenho dos distritos eleitorais.

[21] Robert Reich vale-se dos exemplos do impeachment, de alguns aspectos da controvérsia eleitoral de 2000 na Flórida e da eleição revogatória (*recall*) na Califórnia para sustentar seu argumento de que os Estados Unidos passaram a vivenciar o que ele chama de eleição permanente (por oposição a campanha eleitoral permanente), na qual os resultados alcançados no dia da eleição não são tidos por definitivos da própria eleição. REICH, Robert B. The Permanent Election. *The American Prospect*, 1º set. 2003. Disponível em: http://www.prospect.org/print/V14/8/reich-r.html. Acesso em: 14 nov. 2003. A ideia de Reich é semelhante à minha, mas provavelmente tem alcance mais amplo do que a ideia de jogo duro constitucional.

[22] Poderiam, de maneira razoável, ter acreditado que suas declarações falsas constituíam um crime grave ou má conduta (*high crime or misdemeanor*) passível de impeachment segundo as interpretações aceitas desses termos (referindo-se a conduta criminosa grave ou a conduta, equivalente ou não a crime grave, que lançasse dúvida sobre a aptidão do presidente para permanecer no cargo), ou que a Câmara tinha o poder de submeter um presidente a impeachment sempre que julgasse, segundo os padrões que escolhesse, que ele havia cometido um crime grave ou má conduta (posição associada ao então deputado Gerald Ford, em observações feitas em 1970, citadas em STONE, Geoffrey et al. *Constitutional Law*. 4. ed. Aspen Publishers Inc., 2001. p. 362 (“uma infração passível de impeachment é aquilo que a maioria da Câmara dos Representantes considera que ela seja em um dado momento da história”).

[23] Por exemplo, tais petições foram protocoladas em conexão com o caso Irã-contras. *Ver* TURLEY, Jonathan. Senate Trials and Factional Disputes: Impeachment as a Madisonian Device. *Duke Law Journal*, v. 49, p. 1-146, 1999. p. 77, n. 366. (descrevendo uma resolução sobre impeachment que foi protocolada e encaminhada à Comissão de Justiça, que não lhe deu seguimento).

[24] Embora eu não tenha evidência direta disso, acredito que os *filibusters* visam – talvez mais importante – a dissuadir o presidente de indicar uma pessoa igualmente conservadora para uma vaga na Suprema Corte, caso alguma surgisse antes das eleições de 2004.

dos distritos eleitorais subsequente. O caso do impeachment de Clinton é um pouco mais complicado. O então vice-presidente Al Gore teria substituído Clinton na presidência, caso o impeachment fosse seguido de uma condenação. Não haveria mudança no controle partidário do Poder Executivo. Ainda assim, a liderança Republicana na Câmara dos Representantes poderia razoavelmente ter acreditado que o impeachment de Clinton enfraqueceria substancialmente a posição política do ocupante da Casa Branca, fosse essa pessoa Clinton ou Gore[25].

Descrevi o jogo duro constitucional como uma estratégia que políticos racionais adotam[26]. Ele se apresenta em uma forma *ofensiva*, quando políticos de um partido minoritário veem aberta a oportunidade para uma (possível) transformação permanente de seu status. Tais políticos praticam o jogo duro constitucional para mudar seu status. Ele também se apresenta em uma forma *defensiva*, quando políticos de um partido dominante veem a possibilidade de serem permanentemente deslocados do poder. Esses políticos praticam o jogo duro constitucional para preservar seu status.

1.2 O jogo duro constitucional e o entrincheiramento partidário

A característica de altas apostas do jogo duro constitucional mostra que o jogo duro é um elemento do fenômeno mais geral que Jack Balkin e Sanford Levinson identificaram como entrincheiramento partidário[*27]. Segundo Balkin e Levinson, mudanças em larga escala em arranjos institucionais estruturantes ocorrem por meio de um processo de entrincheiramento partidário.

Balkin e Levinson concentram-se no entrincheiramento partidário nos tribunais. "Quando um partido conquista a Casa Branca, ele pode preencher o Judiciário federal com membros de seu próprio partido, presumindo um Senado relativamente aquiescente."[28, p. 1067] Ao fazê-lo, o presidente estende as posições programáticas de seu partido, e suas posições sobre o significado da Constituição, por um período muito mais longo do que sua própria presidência. E, uma vez empossados os juízes, "eles começam a mudar os entendimentos da Constituição que aparecem no direito positivo"[29]. Para Balkin e Levinson, o entrincheiramento

[25] Para discussão adicional sobre o impeachment de Clinton, *ver* nota 72.

[26] Louis Michael Seidman sugeriu-me que há outra forma de jogo duro constitucional, que ele considera mais importante. Na versão alternativa, os políticos jogam o jogo duro constitucional a partir de uma crença essencialmente *irracional* de que seus adversários políticos estão tão profundamente errados que sua permanência no cargo, ou a possibilidade de se tornarem dominantes, é uma ameaça a tudo aquilo que a nação representa. Seidman aponta o exemplo do impeachment, em que os Republicanos na Câmara dos Representantes devem ter sabido que não tinham nenhuma chance de destituir Clinton do cargo (e que, se o destituíssem, teriam Al Gore em seu lugar). Meu argumento, de que os Republicanos da Câmara tinham em vista as eleições presidenciais de 2000, parece-lhe forçado. Seidman e eu concordamos que ambas as formas de jogo duro constitucional bem poderiam ocorrer.

[*] [NT]: *partisan entrenchment*, aqui traduzido como entrincheiramento partidário, designa o processo pelo qual um partido consolida suas preferências em instituições que perduram para além de sua vitória eleitoral imediata.

[27] BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, p. 1045-1109, 2001.

[28] *Ibid.*

[29] *Ibid.*

partidário significa que "[o]s partidos que controlam a presidência nomeiam juristas de sua preferência – dado qualquer contrapeso que o Senado venha a exercer"[30], p. 1076.

O processo de entrincheiramento partidário deveria, a meu ver, ser compreendido de modo mais amplo do que na apresentação inicial de Balkin e Levinson[31]. O processo completo de entrincheiramento partidário tem várias etapas, nas quais o controle dos tribunais é apenas uma fase[32]. Primeiro, os defensores de um determinado conjunto de arranjos obtêm o controle sobre um componente do governo[33]. Em seguida, valem-se desse controle para conceber mecanismos que assegurem seu controle continuado daquele componente. Por exemplo, podem desenvolver formas de implementar a regulamentação do serviço público (funcionalismo), voltadas a eliminar a influência partidária nos escalões inferiores da burocracia executiva, de modo que os burocratas de nível inferior estejam, de fato, comprometidos com um determinado programa partidário[34]. Ou, talvez mais importante, definem sua agenda substantiva, legislativa ou executiva, de maneira a atrair forte apoio de alguns e a desmobilizar seus adversários[35]. Além disso, aqueles que controlam um componente do governo tentam alavancar esse controle para assumir o controle de outros componentes. Balkin e Levinson concentram-se em particular na capacidade de uma coalizão partidária que assume o controle

[30] *Ibid*.

[31] Concordando, como concordo, com boa parte da abordagem de Balkin e Levinson, posso parecer um tanto grosseiro ao observar que, não obstante seu reconhecimento de que os entendimentos constitucionais se desenvolvem fora dos tribunais, sua análise concentra-se quase exclusivamente nos tribunais como locais de transformação constitucional. Talvez tenha esse foco porque Balkin e Levinson veem *Bush v. Gore* como parte muito mais importante da história do entrincheiramento partidário do que eu vejo, minimizando assim a importância dos episódios de jogo duro constitucional que estavam sendo praticados em outros lugares. Para outra obra que reconhece o valor do trabalho de Balkin e Levinson ao mesmo tempo em que o critica por algumas omissões, *ver* GILLMAN, Howard. Constitutional Law as Partisan Entrenchment: The Political Origins of Liberal Judicial Activism (artigo não publicado, em poder do autor). Disponível em: http://www.yale.edu/law/ltw/papers/Hw-gillman.pdf. Acesso em: 14 nov. 2003.

[32] Um sinal da necessidade de uma visão mais ampla do processo é a expressão *presumindo um Senado relativamente aquiescente* no relato de Balkin e Levinson sobre o entrincheiramento partidário nos tribunais. BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, p. 1045-1109, 2001. p. 1067. O *filibuster* Democrata mostra que não precisamos fazer tal pressuposição, mesmo quando o mesmo partido da presidência controla formalmente o Senado. *Cf*. BALKIN; LEVINSON, *op*. *cit*., p. 1083 (descrevendo *Bush v. Gore* como um caso em que "cinco membros da Corte us[aram] seus poderes de revisão judicial de constitucionalidade para entrincheirar seu partido na Presidência e, desse modo, na prática, também no Judiciário, por causa do poder de nomeação do presidente") (grifo acrescentado).

[33] Minha exposição contrasta com a de Balkin e Levinson em parte porque trato os tribunais como simplesmente um de vários componentes do sistema político, todos os quais podem desempenhar o papel principal no entrincheiramento partidário.

É perfeitamente normal que os Presidentes entrincheirem membros de seu partido no Judiciário como meio de moldar a interpretação constitucional. É assim que ocorre a maior parte da mudança constitucional. É coisa bem diversa que membros do Judiciário federal selecionem um presidente que entrincheirará colegas de mentalidade afim no Judiciário. BALKIN; LEVINSON, *op*. *cit*., p. 1083. Observo também que Balkin e Levinson enfatizam corretamente a extensão temporal do entrincheiramento. O sentido em que *Bush v. Gore* "entrincheirou" um presidente Republicano é bastante diferente do sentido em que um presidente entrincheira os apoiadores de seu partido nos tribunais.

[34] As técnicas são conhecidas: exílio para postos indesejáveis, atribuição de tarefas ingratas e triagem política não reconhecida de candidatos a nomeação e promoção.

[35] Um exemplo poderia ser o desenvolvimento de restrições legislativas aos tipos de causas que os advogados apoiados pela Legal Services Corporation podem propor, por vezes descritas como um de vários meios de "cortar o financiamento da esquerda". Para a apreciação, pela Suprema Corte, de uma parcela muito pequena dessas restrições, *ver Legal Services Corp. v. Velazquez*, 531 U.S. 533 (2001).

exíguo do Senado e da presidência de obter um controle muito mais extenso sobre o Judiciário, por um longo prazo[36].

As apostas são altas quando os políticos recorrem ao jogo duro político porque, segundo acreditam, os vencedores podem acabar obtendo controle permanente (significando controle por todo o horizonte temporal relevante para os políticos de hoje) sobre o governo como um todo. O vencedor do jogo duro constitucional leva tudo, e o perdedor perde tudo. A próxima seção deste ensaio examina a possibilidade de que essa característica do jogo duro constitucional possa explicar seu surgimento em determinadas conjunturas políticas (e sua ausência em outras).

2 EXPLICANDO O JOGO DURO CONSTITUCIONAL

Esta seção descreve vários aspectos do jogo duro constitucional em maior detalhe. Começo ampliando o argumento de que o jogo duro constitucional está associado a mudanças de uma ordem constitucional para outra. Faço-o examinando a maneira pela qual o jogo duro constitucional pode ser jogado no que diz respeito aos arranjos institucionais e no que diz respeito a princípios substantivos. A seção conclui descrevendo como os tribunais podem jogar o jogo duro constitucional.

2.1 O jogo duro constitucional e os arranjos institucionais

As características do jogo duro constitucional ajudam a explicar seu surgimento. Considere-se, primeiro, o fato de que os argumentos do jogo duro não são frívolos. O ponto importante aqui é que essa característica, em si mesma, não pode de modo algum identificar um fenômeno interessante. O Congresso promulga o tempo todo legislação constitucionalmente questionável, em favor de cuja constitucionalidade existem, ainda assim, argumentos não frívolos[37]. Quando o Congresso assim procede, está agindo de uma forma constitucionalmente *ordinária*: promulgando leis inconstitucionais que seus apoiadores acreditam ser constitucionais.

[36] E, evidentemente, o processo de entrincheiramento partidário poderia prosseguir caso o Judiciário passasse então a interpretar a Constituição de maneiras que entrincheirassem ainda mais os partidários na presidência e no Senado que ali colocaram os juízes.

[37] Um exemplo recente óbvio é a lei federal sobre queima de bandeira, promulgada na esteira de *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), e declarada inconstitucional em *United States v. Eichmann*, 486 U.S. 310 (1990). Acredito que as decisões da Corte eram impostas por todas as teorias coerentes da Primeira Emenda e que a lei federal era, em princípio, indistinguível da lei estadual anteriormente declarada inconstitucional. Ainda assim, quatro membros da Suprema Corte teriam confirmado a lei federal contra a impugnação constitucional. Ou, para tomar outro exemplo, a Lei de Decência nas Comunicações (*Communications Decency Act*), declarada inconstitucional por uma Corte que foi unânime quanto às questões centrais em *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997), parece-me, novamente, inconstitucional sob qualquer teoria geral razoável da Primeira Emenda, mas posso conceber o desenvolvimento de uma exceção estritamente definida à teoria padrão para as comunicações abrangidas pela lei.

A palavra *ordinária* indica o critério necessário para distinguir o jogo duro constitucional, pois evoca a distinção de Bruce Ackerman entre política ordinária e momentos constitucionais[38]. Para os presentes fins, o que importa no relato de Ackerman é sua descrição da história constitucional dos Estados Unidos como consistindo de longos períodos de política ordinária, separados por períodos mais curtos, que Ackerman denomina momentos constitucionais. No plano descritivo, os arranjos institucionais fundamentais da nação – as relações entre o presidente e o Congresso, os mecanismos pelos quais os políticos organizam apoio junto ao público e os princípios que os políticos adotam para orientar o desenvolvimento das políticas públicas – diferem depois que um momento constitucional passou. Assim, por exemplo, os grupos de interesse desempenharam um papel na política nacional antes do *New Deal*, e um papel diferente depois de completada a transformação constitucional do *New Deal*[39, p. 12].

Minha sugestão é que o jogo duro constitucional é a forma pela qual o direito constitucional é praticado de modo distintivo durante períodos de transformação constitucional[40, p. 3]. Não pretendo dar a entender que seja a *única* forma pela qual o direito constitucional é praticado durante tais períodos. Precisamente porque tais períodos podem ser prolongados, uma grande quantidade de legislação ordinária será promulgada em cada um deles, e parte dessa legislação estará sujeita a impugnação constitucional ordinária. Sugiro, em vez disso, que o jogo duro constitucional singulariza práticas constitucionais associadas à transformação constitucional. Uma implicação importante decorre dessa sugestão: não deveríamos observar episódios de jogo duro constitucional durante períodos de política ordinária[41].

Aqui se torna aparente a relevância da segunda característica do jogo duro constitucional. Uma forma de distinguir períodos de política ordinária de períodos de transformação é que, durante os primeiros, os entendimentos pré-constitucionais são tidos como pressupostos, ao passo que, durante os segundos, tais entendimentos são postos em questão. A ideia é que os arranjos institucionais característicos de uma determinada ordem constitucional – característicos, isto é, de cada período específico de política ordinária – são os pressupostos aceitos por todos os atores politicamente significativos daquele período, ao passo que todo o propósito da transformação constitucional é alterar os arranjos institucionais previamente tomados como certos. Naturalmente, os defensores da transformação irão pôr em questão os entendimentos pré-constitucionais, porque desejam substituir esses entendimentos por outros. Um exemplo tosco, muito mais tosco do que seria uma análise completa, seria: antes do *New Deal*, o Congresso iniciava a legislação sujeita a modesta revisão pelo presidente, ao passo que, depois do *New Deal*, o presidente iniciava a legislação sujeita a modesta revisão pelo Congresso. E, *durante* o período transformador em que Franklin D. Roosevelt tentava

[38] Não é preciso aceitar a análise de Ackerman em todo o seu esplendor (eu não a aceito) para reconhecer que ele identificou algo importante em nossas práticas constitucionais ao distinguir entre o ordinário e o extraordinário.

[39] Para meu relato das diferenças, *ver* TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

[40] Minha principal divergência com Ackerman é que ele acredita (por boas razões dentro de seu próprio projeto) que os momentos constitucionais devem ocorrer em períodos relativamente comprimidos (como sugere o termo *momentos*), ao passo que eu acredito que as transformações constitucionais podem ocorrer ao longo de períodos substancialmente prolongados. Para uma discussão dessa divergência, *ver* TUSHNET, *op*. *cit*.

[41] Para uma discussão, *ver* o texto que acompanha as notas 82-85. Para adotar uma terminologia científica que considero inadequada para este tema, poder-se-ia dizer que encontrar jogo duro constitucional durante períodos de política ordinária refutaria a hipótese que proponho.

construir uma nova ordem constitucional, seus esforços para tomar para si a iniciativa legislativa foram entendidos como desafios a entendimentos pré-constitucionais consolidados acerca da relação entre o presidente e o Congresso – e, como tais, revolucionários.

A associação entre o jogo duro constitucional e a transformação constitucional explica, por fim, o fato de que as apostas são altas quando um episódio de jogo duro constitucional está em curso. As apostas são altas porque aqueles que se beneficiam dos arranjos institucionais vigentes, e são desafiados por defensores de arranjos institucionais dramaticamente distintos, temem, com razão, que irão perder *permanentemente* o poder político caso novos arranjos institucionais sejam instituídos. Afinal, os defensores dos novos arranjos são *políticos* em busca de poder, que oferecem ao eleitorado sua visão do bem público, para que seja considerada e eventualmente adotada. Naturalmente, os políticos que detêm o poder durante um período de política ordinária temem que irão perder o poder caso novos arranjos institucionais sejam instituídos, porque as pessoas que buscam construir esses novos arranjos são seus adversários na política ordinária, que se viram incapazes de prevalecer sob os arranjos existentes.

Até aqui, minha exposição do jogo duro constitucional enfatizou propostas de afastamento de entendimentos pré-constitucionais consolidados acerca dos próprios arranjos institucionais. A relação entre o jogo duro constitucional e a transformação constitucional deve estar clara nesse contexto. Apenas ligeiramente diferentes são os exemplos que utilizei para ilustrar a ideia de jogo duro constitucional. Ali o jogo duro constitucional dirige-se a *processos* consolidados de adoção de políticas públicas. Os defensores da transformação constitucional jogam o jogo duro constitucional quando tentam substituir processos consolidados por outros que lhes tornariam mais fácil instituir os novos arranjos institucionais que preferem.

Considerem-se alguns exemplos utilizados anteriormente neste ensaio. Revisitando o desenho de distritos congressuais, a fim de ampliar a probabilidade de que um partido obtenha uma maioria mais estável na Câmara dos Representantes, é esse tipo de jogo duro constitucional. Também o é o próprio termo *entrincheiramento* utilizado por Balkin e Levinson. Ele mostra que o objetivo buscado pelos partidários é o controle sobre a política substantiva durante o prolongado período de política ordinária que esperam que se siga, uma vez entrincheirado seu controle.

O exemplo que Balkin e Levinson utilizam – usar maiorias apertadas para obter o controle sobre o Judiciário – é um pouco mais complexo. Acredito que sua estrutura seja dupla. Primeiro, um Judiciário entrincheirado tem condições de proteger contra impugnações constitucionais as vitórias partidárias obtidas por pequena margem na aprovação de legislação substantiva. Como veremos, tal legislação substantiva pode, ela mesma, constituir a plataforma para estender o controle partidário na legislatura. Segundo, um Judiciário entrincheirado pode estar em posição de assegurar vitórias que uma coalizão partidária é incapaz de alcançar na legislatura[42]. O exemplo clássico desse fenômeno é o papel mutuamente reforçador do Congresso e da Suprema Corte durante a Segunda Reconstrução da década de 1960.

[42] Evidentemente, sua capacidade de fazê-lo depende de modo importante da teoria constitucional do poder judicial associada aos entendimentos constitucionais sustentados pelos defensores da transformação constitucional. Mais especificamente, esse mecanismo de entrincheiramento partidário será indisponível para aqueles que se propõem a entrincheirar arranjos institucionais que minimizem o papel dos tribunais na formulação de políticas (a menos que, como pode ser possível, seus princípios distingam entre o papel judicial durante o período de transição e esse papel durante o período subsequente de política ordinária).

Os tribunais atuaram para auxiliar o movimento pelos direitos civis em pontos em que, por razões que os adeptos da maioria Democrata acreditavam ser inteiramente contingentes,[43] o Congresso era incapaz de agir.

2.2 O jogo duro constitucional e os princípios substantivos

O exemplo da Segunda Reconstrução introduz um aspecto importante do jogo duro constitucional que minha exposição, até aqui, deixou de discutir. Esse aspecto é o uso do jogo duro constitucional em matérias substantivas, e não em matérias de arranjos institucionais ou em matérias do processo de formulação de políticas.

As ordens constitucionais combinam arranjos institucionais duradouros com princípios de política pública que orientam os tomadores de decisão à medida que atuam no interior dessas instituições. Assim, por exemplo, um presidente proporá novas leis que implementem os princípios da ordem constitucional,[44] os membros do Congresso farão o mesmo,[45] e os tribunais confirmarão a validade das leis que sejam compatíveis com os princípios da ordem e invalidarão aquelas que não o sejam[46].

Os atores políticos podem jogar o jogo duro constitucional com princípios substantivos. Os defensores de uma transformação constitucional proporão legislação que force os limites da doutrina constitucional existente. As leis propostas não serão obviamente inconstitucionais,[47] porque o jogo duro constitucional consiste em ações plausivelmente defensáveis sob a doutrina constitucional existente. Mas elas sinalizarão que seus defensores têm uma compreensão substancialmente diversa do papel do governo daquela que parecia consolidada. E, o que é importante, as propostas, se promulgadas, poderiam ter o efeito de fortalecer politicamente a coalizão que busca mudar a ordem constitucional.

O *New Deal* fornece bons exemplos de como os atores políticos podem jogar o jogo duro constitucional em matérias substantivas; a *Great Society*[*], outros exemplos um pouco menos eficazes. A legislação trabalhista do *New Deal* era questionável sob a doutrina existente. A Suprema Corte invalidou as disposições sobre salários e jornada da Lei de Conservação do Carvão Betuminoso de 1935 (*Bituminous Coal Conservation Act*) em *Carter v. Carter Coal Co.*,[48] sustentando que o Congresso carecia de poder, sob a Cláusula de Comércio, para regular tais atividades econômicas "locais". Essa decisão claramente ameaçava a Lei Nacional de Relações

[43] Isto é, a dificuldade de superar um *filibuster* conduzido por uma minoria no Senado.

[44] Isto é, quando um dos arranjos institucionais da ordem constitucional confere ao presidente um grande papel na iniciativa das políticas públicas.

[45] E podem rejeitar propostas presidenciais que considerem incompatíveis com os princípios orientadores da ordem.

[46] Isso explica o fenômeno amplamente notado de que a maior parte do que a Suprema Corte faz é invalidar leis "antigas" – aquelas promulgadas antes de surgir a ordem constitucional atual – ou leis que são "atípicas", em vigor apenas em estados ou localidades que (ainda) não foram tocados pela transformação constitucional que levou outros estados a revogar leis semelhantes.

[47] Ainda que possam ser bastante questionáveis.

[*] [NT]: *Great Society* ("Grande Sociedade") é o conjunto de programas domésticos promovidos pelo presidente Lyndon B. Johnson em meados da década de 1960, voltados à superação da pobreza e da desigualdade racial – entre eles o *Civil Rights Act* (1964), o *Voting Rights Act* (1965), o *Medicare* e o *Medicaid*. No ensaio, integra, ao lado do *New Deal*, a ordem constitucional que o autor denomina "*New Deal–Great Society*".

[48] *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

do Trabalho (*National Labor Relations Act* – NLRA), peça central da legislação trabalhista do *New Deal*, que estabeleceu uma estrutura para regular as relações de trabalho que os progressistas e os sindicatos vinham buscando havia anos. Como Peter Irons e Barry Cushman demonstraram, a NLRA não era patentemente inconstitucional sob a doutrina existente[49]. Ainda assim, os advogados que trabalhavam na lei e nos casos que surgiram após sua promulgação sabiam que tinham um árduo trabalho pela frente, pois sabiam que a lei avançava agressivamente contra os limites constitucionais que a Suprema Corte havia estabelecido.

Ademais, a NLRA repousava sobre pressupostos acerca do papel do governo nas relações de trabalho que diferiam substancialmente dos pressupostos anteriormente sustentados. A NLRA substituiu a supervisão governamental da negociação entre empregadores e empregados, conforme procedimentos especificados em lei e sujeita a certas restrições táticas também especificadas em lei, pela barganha – individual ou coletiva – regulada exclusivamente pelo poder dos participantes no mercado, sujeita às regras padrão do *common law* relativas à coação e à fraude. E, por fim, a NLRA tinha probabilidade de estender o domínio político do Partido Democrata de duas maneiras. Podia-se esperar que os sindicatos, cuja tarefa de organização era facilitada pela NLRA, recompensassem o Partido Democrata concedendo-lhe apoio político[50]. E podia-se esperar que os progressistas, favoráveis à gestão profissional da sociedade, fizessem o mesmo, considerando os princípios regulatórios da NLRA consonantes com seus pressupostos tecnocrático-profissionais.

A Lei dos Direitos de Voto de 1965 (*Voting Rights Act*) fornece um exemplo paralelo, embora menos nítido[51]. Os efeitos políticos da Lei, acreditavam seus defensores, beneficiariam o Partido Democrata ao compensar as perdas do partido no Sul, decorrentes de seu apoio ao movimento pelos direitos civis. A Lei deslocou o controle estadual sobre os procedimentos de votação, substituindo-o pela regulação por burocratas federais no Departamento de Justiça, por meio do mecanismo de "pré-aprovação federal" (*preclearance*) da Lei. A Lei desafiava entendimentos pré-constitucionais acerca dos "direitos dos estados". O entendimento pré-constitucional de que os estados *eram titulares* desses direitos havia, para todos os fins práticos, desaparecido quando o Congresso passou a regular a economia nacional, mas eles permaneciam arraigados em relação a muitas outras áreas de atuação estadual[52]. Esses entendimentos pré-constitucionais refletiam-se em doutrina constitucional que sugeria a impropriedade de ação do Congresso que deslocasse os *mecanismos* do governo estadual, ainda que o poder do Congresso de deslocar a substância daquilo que esses governos faziam estivesse claramente estabelecido[53].

---

[49] CUSHMAN, Barry. *Rethinking the New Deal Court*: The Structure of a Constitutional Revolution. Oxford University Press, 1998; IRONS, Peter H. *The New Deal Lawyers*. Princeton: Princeton University Press, 1982.

[50] Vale ressaltar que, antes do *New Deal*, os membros dos ofícios especializados organizados em sindicatos prestavam apoio significativo aos candidatos Republicanos. *Ver* RAYBACK, Joseph G. *A History of American Labor*. Macmillan Publishing Co., Inc., 1966. p. 298-299.

[51] O exemplo é menos nítido porque a *Great Society* foi uma extensão, e não um repúdio, do *New Deal*.

[52] Ainda em 1961, Herbert Wechsler continuava a defender a proposição de que a regulação estadual era a norma em nosso sistema constitucional, e a regulação federal, a exceção. *Ver* WECHSLER, Herbert. *Principles, Politics, and Fundamental Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1961. p. 52 ("A ação nacional ... sempre foi considerada excepcional em nossa organização política ... [A]queles que defendessem seu exercício devem ... responder à questão preliminar de por que a matéria não deveria ser deixada aos estados") (reproduzindo artigo originalmente publicado em 1954).

[53] Para uma descrição das doutrinas que poderiam ser invocadas para impugnar aspectos do *Voting Rights Act*, *ver South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301, 358-62 (1966) (Black, J., voto concorrente e dissidente em parte).

A Suprema Corte, evidentemente, confirmou a constitucionalidade da NLRA[54] e da Lei dos Direitos de Voto.[55] Ao fazê-lo, agiu em conformidade com ainda outro princípio que orientava a ordem constitucional do *New Deal* e da *Great Society*, um princípio que mesclava arranjos institucionais com matérias de substância. Esse princípio era o de que os tribunais e os Poderes políticos deveriam ser colaboradores no desenvolvimento das políticas públicas[56]. Esse princípio simplesmente enuncia o que acontece uma vez instituída uma ordem constitucional: todas as instituições do governo operam harmoniosamente, implementando os princípios substantivos característicos da ordem e dividindo o trabalho conforme os arranjos institucionais característicos da ordem[57].

2.3 Os tribunais no jogo duro constitucional

O reverso da colaboração durante as ordens constitucionais é o conflito durante a transição de uma ordem constitucional para outra. Essa possibilidade esteve implícita em meu relato até aqui. O próprio fato de que as propostas oferecidas pelos defensores da transformação constitucional são constitucionalmente questionáveis implica que há uma chance considerável de que os tribunais as considerem inconstitucionais, caso promulgadas. Mas uma escalada de conflito sugere algo mais do que discordância substantiva. Ela pode ser a forma distintiva pela qual os tribunais jogam o jogo duro constitucional. Novamente, temos de encontrar alguma maneira de distinguir entre invalidações constitucionais ordinárias, do tipo que ocorrerá durante períodos em que uma ordem constitucional é estável, e invalidações que indicam conflitos mais profundos, potencialmente transformadores.

Ofereço uma sugestão para tal método de distinção, ressalvada pela observação de que ela pode refletir tanto uma preocupação com acontecimentos recentes quanto minha opinião de que temos estado em um período prolongado de transformação constitucional. A sugestão é que podemos identificar o jogo duro constitucional judicial observando os tribunais negarem expressamente que a Constituição lhes imponha uma obrigação de colaboração. Essa negativa pode ocorrer na retórica judicial ou na doutrina constitucional. A primeira possibilidade é sugerida pelo argumento condensado nos títulos de dois artigos recentes de Ruth Colker e seus coautores: “Dissing Congress” e “Dissing States”[58]. A segunda é sugerida pelas decisões recentes da Suprema Corte acerca do alcance do poder do Congresso de fazer cumprir a Primeira Seção da Décima Quarta Emenda. Particularmente reveladora é a tensão entre a observação

[54] *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937).
[55] *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966).
[56] Para uma discussão mais ampla, *ver* TUSHNET, Mark. The Supreme Court and the National Political Order: Collaboration and Confrontation. *In*: KAHN, Ronald; KERSCH, Ken (ed.). *The Supreme Court and American Political Development*. (no prelo).
[57] A meu ver, um sistema de governo mais ou menos permanentemente dividido pode ser uma ordem constitucional em funcionamento harmonioso, quando os partidos que controlam os diferentes Poderes concordam em manter suas divergências dentro de limites compreendidos e aceitam que cada um obterá apenas pequenas vitórias.
[58] COLKER, Ruth; BRUDNEY, James. Dissing Congress. *Michigan Law Review*, v. 100, p. 80-144, 2001; COLKER, Ruth; SCOTT, Kevin M. Dissing States: Invalidation of State Action During the Rehnquist Era. *Virginia Law Review*, v. 88, p. 1301-1386, 2002.

do *Justice*[*] Anthony Kennedy de que o Congresso tem "o dever de formar seu próprio juízo informado sobre o significado e a força da Constituição", ainda que esse dever surja apenas quando "o Congresso age dentro de sua esfera de poder e responsabilidades",[59] e a decisão do caso em que ele fez essa observação, que foi a de que a Suprema Corte decidiria se o Congresso havia desincumbido dessa responsabilidade de uma maneira conforme à Constituição. Como Reva Siegel e Robert Post argumentaram com veemência, as decisões da Corte são mais bem compreendidas precisamente como a articulação de uma doutrina que nega ser a colaboração entre os tribunais e os Poderes políticos um mecanismo constitucionalmente imposto para elaborar o significado da Constituição[60].

3 *MARBURY V. MADISON* COMO JOGO DURO CONSTITUCIONAL

Marbury v. Madison pode ser compreendido como um acontecimento dentro de um episódio mais amplo de jogo duro constitucional, com uma ressalva importante que menciono desde o início. O jogo duro constitucional envolve práticas e argumentos incompatíveis com entendimentos pré-constitucionais consolidados. Mas a Constituição dos Estados Unidos ainda era jovem em 1801. Os entendimentos pré-constitucionais *não* estavam nem um pouco consolidados e, de fato, o episódio mais longo do qual *Marbury* fez parte poderia ser compreendido como um conflito acerca de quais viriam a ser os primeiros entendimentos pré-constitucionais da nação – em particular, se nossos arranjos constitucionais deveriam assentar-se no pressuposto de que o conflito político no plano nacional seria conduzido por meio de partidos políticos que unissem facções de diversos estados em torno de um programa comum. Não é incompatível com a ideia geral de jogo duro constitucional ajustar minha caracterização de suas propriedades para admitir a possibilidade de que o conflito não envolva uma incompatibilidade com entendimentos pré-constitucionais, mas uma disputa sobre o próprio conteúdo desses entendimentos. Ainda assim, a modificação parece-me *ad hoc*, e prefiro simplesmente assinalar a diferença entre o contexto de *Marbury* e os demais exemplos de jogo duro constitucional que forneci[61].

Como Sanford Levinson lamentou, os cursos básicos de direito constitucional nas faculdades de direito frequentemente deixam de situar *Marbury* em seu contexto mais amplo[62]. Esse contexto começa com o surgimento de partidos políticos nacionais na década de 1790,

[*] [NT]: no sistema norte-americano, os membros da Suprema Corte são tradicionalmente denominados *Justices*, ao passo que os demais magistrados federais são denominados *judges*.

[59] *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 535 (1997).

[60] POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Equal Protection by Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel. *Yale Law Journal*, v. 110, p. 441-526, 2000; POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power. *Indiana Law Journal*, v. 78, p. 1-45, 2003; POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. *Yale Law Journal*, v. 112, p. 1943-2059, 2003.

[61] De fato, caso outros identifiquem exemplos adicionais de conflitos sobre entendimentos pré-constitucionais, eu de bom grado modificaria minha descrição das características definidoras do jogo duro constitucional.

[62] LEVINSON, Sanford. Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either. *Wake Forest Law Review*, v. 38, p. 553-578, 2003.

bastante contrário às expectativas dos *framers*[*] sobre como a política nacional seria organizada. O Partido Federalista, centrado no ambicioso programa de Alexander Hamilton de criar uma república comercial centralizada, com fortes laços com a Grã-Bretanha, confrontava o Partido Democrata-Republicano, centrado na visão de Thomas Jefferson de uma república de agricultores-proprietários independentes (*yeomen*), simpáticos à difusão do sentimento Republicano que viam ocorrer na França.

A eleição presidencial de 1796 assistiu às primeiras campanhas organizadas nacionalmente. John Adams obteve uma vitória apertada no colégio eleitoral sobre Jefferson, com o apoio dos candidatos bastante concentrado regionalmente (o de Adams no Norte, o de Jefferson no Sul). O Artigo II refletia a incapacidade dos constituintes de antecipar o surgimento de partidos políticos organizados nacionalmente, dispondo que o presidente seria a pessoa que recebesse o maior número de votos no colégio eleitoral e o vice-presidente a pessoa que recebesse o segundo maior número de votos[63]. O Artigo II fez com que Adams se tornasse presidente e Jefferson vice-presidente em 1796.

O conflito partidário prosseguiu, exemplificado pela promulgação, pelos federalistas, da Lei de Sedição de 1798 (*Sedition Act*), que tipificou como delito publicar críticas "falsas, escandalosas e maliciosas" ao governo nacional, ao Congresso ou ao presidente – mas não ao vice-presidente – e que teve sua vigência limitada por cláusula de caducidade, de modo a expirar em 4 de março de 1801, o dia em que o presidente a ser eleito em 1800 tomaria posse. Os candidatos na eleição de 1800 eram Adams e Jefferson e, como afirma o historiador Paul Finkelman, "[s]e Adams fosse reeleito, não precisaria da lei; e se Jefferson vencesse, não poderia direcionar a lei contra os apoiadores de Adams"[64, p. 421].

Os defeitos do Artigo II em um mundo de partidos políticos organizados nacionalmente vieram à tona na eleição. Os Democrata-Republicanos obtiveram mais votos no colégio eleitoral do que os federalistas. O problema era que os membros do colégio eleitoral não podiam depositar seus votos separadamente para presidente e para vice-presidente. Um partido bem-organizado combinaria que todos os seus apoiadores no colégio eleitoral depositariam seus votos no candidato do partido à presidência, e todos, exceto um, votariam no candidato do partido à vice-presidência. E, de fato, foi isso que os federalistas fizeram. Os jeffersonianos, porém, não eram assim tão bem-organizados, e Jefferson e o candidato à vice-presidência de seu partido, Aaron Burr, receberam o mesmo número de votos. O ambicioso Burr viu nisso uma oportunidade de tornar-se presidente e recusou-se a ceder à pressão para que permitisse a Jefferson assumir a presidência. Isso transferiu a eleição à Câmara dos Representantes, onde ocorreu o primeiro episódio de jogo duro constitucional. O partido de Adams viu sua oportunidade na ambição de Burr, e seis estados com maiorias federalistas em suas delegações na Câmara depositaram seus votos em Burr. Como dois estados estavam divididos entre federalistas e Democrata-Republicanos, Jefferson recebeu apenas oito votos na Câmara, um a menos

[*] [NT]: o termo *framers* é mantido no original por não possuir equivalente exato em português. Embora possa, em certos contextos, aproximar-se de "constituintes", seu sentido é mais amplo: designa os agentes que concebem, estruturam ou dão forma a uma Constituição, emenda ou arranjo constitucional, não apenas os membros formais de uma Assembleia Constituinte.

[63] As disposições do Artigo II são ainda mais complexas, porque também refletiam o pressuposto dos constituintes de que seria raro a pessoa com o maior número de votos ter também a maioria dos votos eleitorais (porque, pensavam eles, muitos candidatos seriam "filhos favoritos", com apoio apenas em seus estados de origem).

[64] FINKELMAN, Paul. *Election, Presidential, 1800*. *In*: LEVY, Leonard W.; FISHER, Louis (ed.). *Encyclopedia of the American Presidency*. v. 2. Macmillan Library Reference, 1994.

do que a maioria exigida. Após cerca de uma semana de manobras malsucedidas, os federalistas recuaram. Os representantes federalistas nos dois estados divididos abstiveram-se de votar, entregando os votos de seus estados a Jefferson, e os federalistas em dois estados com maiorias federalistas depositaram cédulas em branco. Jefferson recebeu, assim, dez votos e tornou-se presidente. O partido de Jefferson também se tornou o partido majoritário na Câmara e no Senado.

Os federalistas podem ter agido como estadistas em relação à presidência, ainda não haviam encerrado sua atuação. A Constituição previa um período bastante longo entre a eleição do novo presidente e o momento em que ele tomaria posse, neste caso de novembro de 1800 a 4 de março de 1801. O Congresso anterior, dominado pelos federalistas, e Adams permaneciam no cargo, com poder para promulgar quaisquer leis que conseguissem. Dando prosseguimento um programa de reforma judicial ao qual haviam se comprometido antes da eleição, os federalistas promulgaram a Lei do Judiciário de 1801 (*Judiciary Act of 1801*), que o presidente Adams sancionou em 13 de fevereiro. A Lei extinguiu os tribunais de circuito então existentes, compostos por um juiz distrital e dois *Justices* da Suprema Corte, e criou seis novos tribunais de circuito em seu lugar, com novos cargos para dezesseis juízes de circuito. A Lei também reduziu o número de *Justices* da Suprema Corte de seis para cinco, com efeito a partir do momento em que um *Justice* em exercício deixasse o cargo. Ela também ampliou substancialmente o alcance da jurisdição federal, em consonância com o programa centralizador dos federalistas. Alguns aspectos da Lei do Judiciário de 1801, em particular a abolição do dever imposto pela Lei do Judiciário original de 1789 aos *Justices* da Suprema Corte de atuar nos tribunais de circuito, eram reformas sensatas. Mas o contexto político fez com que a maioria das disposições da Lei fosse vista pelos jeffersonianos como uma tentativa dos federalistas de se entrincheirar nos tribunais à medida que eram forçados a deixar a presidência e o controle do Congresso. Para os jeffersonianos, isto é, a Lei de 1801 era jogo duro constitucional.

Os jeffersonianos responderam na mesma moeda. Uma vez que controlaram o Congresso e a presidência, revogaram a Lei de 1801. A Lei do Judiciário de 1802 extinguiu os novos tribunais de circuito. Os jeffersonianos sabiam que a revogação era constitucionalmente questionável. É verdade que o Artigo III atribuiu o poder judicial da nação na Suprema Corte "e aos tribunais inferiores que o Congresso vier a instituir e estabelecer de tempos em tempos"[65]. Mas extinguir os tribunais de circuito significava eliminar os novos juízes de circuito, o que poderia ser entendido como violação da garantia constitucional de que os juízes federais ocupam seus cargos "enquanto tiverem bom comportamento"[66]. Preocupados com a possibilidade de que a Suprema Corte concordasse que eliminar os novos tribunais era inconstitucional, os jeffersonianos promulgaram outra lei que adiou o próximo período de sessões da Suprema Corte, na esperança de que, tendo os juízes de circuito permanecido fora do cargo (ou ao menos sem remuneração) por um ano ou mais, a questão já houvesse se dissipado quando a Corte examinasse a constitucionalidade da Lei de 1802[67].

[65] CONSTITUIÇÃO DOS EUA, art. III, § 1.

[66] *Ibid.*

[67] Mesmo o adiamento do período de sessões da Corte foi, evidentemente, jogo duro constitucional, porque havia argumentos substanciais de que o Congresso carece do poder de controlar os detalhes da administração dentro do Poder Judiciário. A Suprema Corte anuiu à orientação do Congresso e adiou seu período de sessões. Em si mesma, essa ação não confirmou o poder do Congresso, porque a ação da Corte poderia ser interpretada como uma decisão tomada pela própria Corte, informada pelas concepções do Congresso e consonante com elas, mas não – do ponto de vista da Corte – uma ação imposta pelo Congresso.

As grandes disputas de 1801 e 1802 foram, portanto, sobre leis que reorganizaram substancialmente o Judiciário federal. *Marbury* envolvia uma lei inteiramente distinta, promulgada duas semanas após a Lei do Judiciário de 1801, que criou quarenta e dois cargos de juízes de paz no Distrito de Columbia. O presidente Adams e o Senado apressaram indicações e confirmações, e Adams assinou os diplomas de nomeação de todos os novos magistrados. Como assinalei, o governo da nação ainda era jovem e, o que é importante, pequeno. Ao Secretário de Estado, além de suas atribuições em assuntos externos, foi conferido o dever de transmitir os diplomas aos funcionários federais; fazia sentido que ele o fizesse para os embaixadores, afinal, e por que duplicar burocracias para as nomeações judiciais? John Marshall tornou-se Secretário de Estado de Adams em maio de 1800. Foi indicado para presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) em 20 de janeiro de 1801 – após a eleição de Jefferson, evidentemente – e confirmado pelo Senado em 27 de janeiro. Restavam cerca de seis semanas antes de Jefferson tomar posse, e Marshall continuou a atuar como Secretário de Estado por um breve período, mesmo depois de prestar o juramento do cargo de *Chief Justice*[68]. Ele apôs o selo dos Estados Unidos nas nomeações e começou a expedi-las. Quatro permaneciam sem entrega na manhã de 4 de março de 1801, quando Marshall deixou o gabinete para empossar Jefferson como presidente. James Madison, o novo Secretário de Estado, encontrou as nomeações sobre a escrivaninha quando chegou, em 5 de março. Jefferson determinou que os documentos fossem retidos. Sobreveio *Marbury v. Madison*.

As apostas são altas no jogo duro constitucional. As Leis do Judiciário de 1801 e 1802 foram episódios de jogo duro constitucional porque o que ali estava em jogo era o controle do governo nacional como um todo. Se os jeffersonianos prevalecessem, teriam o controle sobre os três Poderes do governo nacional, ao passo que, se os federalistas prevalecessem, teriam uma base de apoio no Judiciário, que poderiam usar para restringir o que o Congresso e, especialmente, o presidente fizessem. *Marbury* também era jogo duro constitucional, não porque a lei que criava os juízes de paz no Distrito de Columbia tivesse qualquer importância real, mas porque suscitava a questão de saber se os federalistas seriam capazes de usar seu controle do Judiciário para disciplinar o Congresso e o presidente.

Na verdade, a questão em *Marbury* era ainda mais refinada. O poder dos tribunais federais de assegurar a observância dos limites constitucionais ao poder do Congresso era essencialmente inquestionado quando *Marbury* foi decidido. Duas coisas, contudo, *eram* contestadas, e *Marbury* reuniu ambas. Os tribunais podiam invalidar a legislação do Congresso quando uma questão constitucional lhes fosse apresentada em um caso adequado. Assim, por exemplo, os tribunais podiam recusar-se a fazer cumprir uma lei penal que fosse, em sua visão, inconstitucional, porque, ao implicar os tribunais na aplicação, o Congresso necessariamente consentia em dar aos tribunais a última palavra sobre a constitucionalidade. A primeira questão contestada era: quando o Congresso agia por conta própria, isto é, não convocava os tribunais para auxiliar na implementação de políticas públicas, poderiam os tribunais, de algum modo, considerar inconstitucionais as ações do Congresso? A segunda questão contestada distinguia o Congresso da presidência. Admitindo-se que os tribunais pudessem declarar inconstitucionais as leis federais, poderiam eles considerar contrários ao direito – e, portanto,

[68] Não creio que o acúmulo de cargos por Marshall seja um exemplo de jogo duro constitucional. Jefferson pediu que Marshall permanecesse como Secretário de Estado. *Ver* NEWMYER, R. Kent. *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2001. p. 141 (referindo-se ao pedido de Jefferson). De todo modo, a estrutura rudimentar do governo nacional exigia mais flexibilidade no provimento de cargos nacionais do que passamos a julgar apropriado.

sujeitos a controle judicial – atos do Executivo praticados com fundamento em lei, que não excedessem os limites da autorização legal, mas tampouco fossem exigidos por ela?

A recusa de Jefferson em entregar a nomeação de Marbury suscitou ambas as questões contestadas. No curso ordinário, os tribunais não se envolviam na entrega ou na retenção de nomeações. E, obviamente, nenhuma lei impunha a decisão de Jefferson. Marshall praticou jogo duro em *Marbury* ao resolver ambas as questões contestadas de uma maneira que permitia aos tribunais (dominados pelos federalistas) serem supervisores contínuos das ações praticadas pelo Congresso e pela presidência (dominados pelos jeffersonianos). Fê-lo interpretando as leis federais que definiam a jurisdição dos tribunais federais de modo a autorizá-los a expedir *writs of mandamus* a altos funcionários do Executivo, quando os tribunais concluíssem que as leis reguladoras das ações desses funcionários limitavam sua discricionariedade.

A jogada de Marshall tem certa genialidade. À primeira vista, um processo de *mandamus* difere de uma persecução penal porque, nesta, o governo – o Executivo, autorizado pelo Congresso – recorre aos tribunais e lhes pede auxílio, ao passo que, naquele, um particular pede ao tribunal que o ajude contra um funcionário do Executivo. A jogada de Marshall foi assimilar os dois casos ao dizer que, em ambos, o Congresso autorizou alguém a pedir auxílio aos tribunais e, tendo-o feito, permite que os tribunais supervisionem o que o Congresso e os funcionários do Executivo fizeram. A revisão judicial (*judicial review*) de constitucionalidade em casos apropriados não era controverso no início do século XIX, mas a supremacia judicial na interpretação constitucional o era. Ao criar um regime jurisdicional no qual particulares podiam levar funcionários federais a juízo, Marshall avançou muito na direção de estabelecer a supremacia judicial[69].

Marbury foi um episódio de jogo duro constitucional por muitas razões. A lógica da decisão de Marshall está, como todo estudante do caso sabe, longe de ser inatacável. Ainda assim, como em todos os exemplos de jogo duro constitucional, os argumentos que Marshall apresentou, embora talvez forçados, não eram, em ponto algum, frívolos. Marshall elevou as apostas ao tratar o caso como um caso que envolvia o poder dos tribunais – o último bastião do controle federalista – de supervisionar os demais Poderes, controlados pelos jeffersonianos. E, evidentemente, Marshall conseguiu estabelecer o poder dos tribunais de controlar os demais Poderes numa decisão que tornava impossível a Jefferson revidar diretamente. Marshall acabou por dizer que os tribunais tinham o poder de impor ao presidente as disciplinas da Constituição sem, de fato, fazê-lo em favor de Marbury.

Ainda assim, permanece em aberto a questão de saber se Marshall de fato obteve êxito no curto e no médio prazo. Naturalmente, considera-se que *Marbury* estabeleceu o poder de revisão judicial de constitucionalidade, mas ninguém realmente contestava isso. O que Marshall queria, como praticante de jogo duro constitucional, era conter os jeffersonianos. Contudo, os jeffersonianos e seus sucessores, os Democratas jacksonianos, controlaram a formulação de políticas nacionais por décadas depois de 1803. Marshall permaneceu na Corte até

[69] Muito, mas não todo o caminho. Mesmo segundo a análise de Marshall, o Congresso poderia blindar seus programas da supervisão constitucional pelos tribunais se descobrisse alguma maneira de eliminar a possibilidade de uma ação ofensiva de um particular contra o governo – eliminando o *writ of mandamus* em uma classe de casos, por exemplo (embora fazê-lo pudesse ser bastante difícil, à luz da capacidade de um Judiciário recalcitrante de interpretar criativamente as leis de jurisdição).

1835 e, durante seu mandato, a Corte jamais declarou inconstitucional qualquer lei federal importante para o programa jeffersoniano-jacksoniano[70].

4 ELABORAÇÕES: *BRUSHBACKS*[*] E FRACASSOS

Descrevi o jogo duro constitucional como um sintoma da possibilidade de uma mudança nos pressupostos estruturantes de uma ordem constitucional. Os líderes políticos jogam o jogo duro quando acreditam estar em posição de passar de uma ordem para outra, ou quando acreditam estar ameaçados pela possibilidade de tal mudança. Mas poderíamos observar o jogo duro constitucional em diversas variantes, porque a iniciativa do jogo duro depende de *percepções*, por parte dos líderes políticos, de possibilidades, e não de quaisquer condições objetivamente verificáveis.

4.1 A primeira variante: os *brushbacks*

O plano de *court-packing*[*] de Franklin D. Roosevelt, de 1937, é um exemplo do que poderíamos chamar de *brushback*. Roosevelt propôs ampliar o tamanho da Suprema Corte, nominalmente para oferecer auxílio aos *Justices* idosos no desempenho do trabalho da Corte, permitindo-lhes distribuir a carga de trabalho por uma Corte maior, com membros mais jovens. Todos sabiam, porém, que essa justificativa para ampliar a Suprema Corte não era a verdadeira. Roosevelt queria ampliar a Corte para poder nomear novos membros em número suficiente para garantir que os programas do *New Deal*, sujeitos a impugnações constitucionais nada triviais sob a doutrina então existente, fossem confirmados como constitucionais.

O plano de *court-packing* satisfaz as condições que estabeleci para o jogo duro constitucional. Nada na Constituição limita expressamente a autoridade dos Poderes políticos de fixar o tamanho da Suprema Corte. Talvez pudéssemos elaborar um argumento de que alterações no tamanho da Corte só são constitucionalmente admissíveis quando motivadas por preocupações de política pública com o funcionamento eficiente da Corte,[71] mas, ainda que o

[70] Não me é sequer claro que as invalidações, pela Corte Marshall, de leis estaduais, algumas das quais faziam parte de iniciativas Democratas, tenham sido assim tão importantes. Para uma análise, *ver* KLARMAN, Michael. How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions? *Virginia Law Review*, v. 87, p. 1111-1184, 2001.

[*] [NT]: *court-packing* designa, em sentido estrito, a estratégia de alterar a composição numérica de um tribunal – especialmente de uma suprema corte ou de uma corte constitucional – com o objetivo de modificar sua orientação decisória. A expressão é mantida em inglês por seu uso consolidado no debate jurídico e político. Em português, aproxima-se de "empacotamento da Corte", embora também dialogue, em sentido mais amplo, com debates sobre aparelhamento ou captura judicial.

[71] Haveria dificuldade tanto em fazê-lo de modo geral quanto em aplicar qualquer critério do gênero ao próprio plano de *court-packing*. Antes do *New Deal*, os Poderes políticos *haviam* ajustado o tamanho da Corte por considerações puramente políticas, reduzindo-o à medida que surgiam vagas durante a presidência de Andrew Johnson e ampliando-o depois que Johnson deixou o cargo. Além disso, a justificativa declarada por Roosevelt para o plano satisfaria *qualquer* exigência de que as ampliações fossem justificadas por preocupações de política pública. Ela só poderia ser atacada se tivéssemos uma doutrina robusta que admitisse impugnações a leis cujas justificativas declaradas, embora aceitáveis em si mesmas, sejam pretextos para fins inadmissíveis. Contudo, embora a Corte tenha enunciado tal doutrina, a doutrina não é nada robusta. *Ver*, *e.g.*, *McCulloch v. Maryland*, 17

fizéssemos, permaneceria verdadeiro que o plano de *court-packing* era constitucionalmente defensável dentro da doutrina existente. Mas, evidentemente, o plano era incompatível com um entendimento pré-constitucional de que o tamanho da Corte não deveria ser manipulado para fins meramente políticos e, em particular, simplesmente para garantir que uma Corte reconstituída chegasse a resultados politicamente desejáveis. E, por fim, Roosevelt propôs o plano porque acreditava estar em posição de promover uma transformação constitucional.

O que há de interessante no plano de *court-packing* é que, embora a crença de Roosevelt acerca da perspectiva de transformação constitucional fosse (ou viesse a se revelar) correta, o próprio plano fracassou. A narrativa convencional, contudo, é que o plano de *court-packing* desencadeou a transformação, à medida que a maioria da Corte – ou, mais precisamente, o *Justice* Owen Roberts – mudou de posição em reação à ameaça que o plano representava. A literatura recente contestou persuasivamente essa narrativa em sua forma mais pura,[72] mas essa contestação é irrelevante aqui. O plano de *court-packing* ilustra a possibilidade de que um episódio de jogo duro constitucional possa produzir transformação constitucional ao intimidar a oposição política. É por isso que denomino essa possibilidade de *brushback*, que, no beisebol, é um arremesso destinado a intimidar o rebatedor.

4.2 Uma segunda variante: os fracassos

O *brushback* mostra que instâncias particulares de jogo duro constitucional podem fracassar no imediato, mas ter êxito no quadro mais amplo[73]. Há outra categoria interessante, na qual um ator político joga o jogo duro constitucional e simplesmente fracassa.

Alguns exemplos de jogo duro constitucional fracassado são os seguintes. (1) No final da década de 1960, Richard Nixon tentou reter verbas (*impoundment*[*]) que o Congresso havia destinado a fins específicos, argumentando que, como presidente, tinha uma obrigação constitucional de administrar os gastos a serviço do objetivo macroeconômico de controlar a inflação. Novamente, existiam as condições para o jogo duro constitucional. As pretensões constitucionais de Nixon eram algo forçadas sob a doutrina existente,[74] mas não eram frívolas. O entendimento pré-constitucional prevalecente, contudo, era o de que o presidente tinha de

U.S. (4 Wheat.) 316, 423 (1819) (afirmando que "caso o Congresso, sob o pretexto de executar seus poderes, promulgue leis para a consecução de objetos não confiados ao governo[,] tornar-se-ia o penoso dever deste tribunal ... declarar que tal ato não é lei da terra"); *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922) (apoiando-se na doutrina do "pretexto" para invalidar a lei federal do imposto sobre o trabalho infantil [*Child Labor Tax Act*]).

[72] *Ver* CUSHMAN, Barry. *Rethinking the New Deal Court*: The Structure of a Constitutional Revolution. Oxford University Press, 1998. p. 33.

[73] Considero plausível tratar o impeachment de Bill Clinton como um *brushback*, que alcançou seu efeito não na destituição de Clinton do cargo, mas no enfraquecimento da posição política do Partido Democrata presidencial nas eleições presidenciais de 2000.

[*] [NT]: *impoundment* designa a recusa presidencial de gastar verbas orçamentárias já autorizadas pelo Congresso. Aproxima-se, na legislação financeira brasileira, do contingenciamento, mas não se confunde integralmente com ele, pois envolve a recusa presidencial de executar dotações já aprovadas pelo Congresso.

[74] Acredito que o consenso acadêmico é o de que a pretensão de Nixon de autoridade presidencial não era bem fundamentada. *Ver* KURLAND, Philip B. Impoundment of Funds. *In*: LEVY, Leonard W. (ed.). *Encyclopedia of the American Constitution*. v. 2. Macmillan Publishing Co., Inc., 1986. p. 967 (observando que "onde o Congresso determinou o dispêndio de verbas em apoio a um programa legislativo, o presidente não tem escolha senão efetivar a vontade do Congresso").

gastar as verbas que o Congresso havia autorizado, porque havia algo de repulsivo em um presidente sancionar legislação com os dedos cruzados, isto é, com o pensamento de que, dissesse o que dissesse a legislação, ele poderia depois decidir não a cumprir. Por fim, o esforço de Nixon integrava uma estratégia mais ampla entre os Republicanos de arrebatar o controle sobre a política nacional dos Democratas que dominavam o Congresso. A estratégia, para os fins presentes, tinha dois componentes. A estratégia eleitoral do Partido Republicano era ampliar sua representação no Sul, obtendo ali cadeiras em número suficiente para assumir o controle do Congresso. Sua estratégia constitucional era deslocar o poder, no governo nacional, do Congresso – enquanto este permanecesse sob controle Democrata – para a presidência e os estados, que os Republicanos podiam ao menos ocasionalmente controlar. O único problema, evidentemente, era que Nixon fracassou em transformar a ordem constitucional[75]. Ele *acreditava* estar em posição de fazê-lo, mas sua análise estava errada.

(2) Uma década e meia depois, diante de um Judiciário que ele e seu governo acreditavam estar controlado por seus adversários políticos em questões substantivas cruciais para a agenda transformadora do governo, o Procurador-Geral Edwin Meese defendeu o direito do presidente, sob a Constituição, de promover suas próprias interpretações constitucionais mesmo diante de declarações em contrário da Suprema Corte[76]. A posição de Meese não era constitucionalmente frívola[77]. Ela gerou, contudo, enorme controvérsia,[78] porque era incompatível com entendimentos consolidados acerca da supremacia das interpretações constitucionais da Corte. E, mais uma vez, o governo Reagan pode ter iniciado uma transformação constitucional, como acredito,[79, p. 9] ou pode meramente ter tentado fazê-lo, como acreditam seus apoiadores, mas não completou a transformação ou, segundo outras opiniões, sequer teve êxito em iniciá-la.

(3) Na década de 1830, os adversários políticos de Andrew Jackson acreditavam ter uma oportunidade de expulsar os jacksonianos do poder. O Partido Federalista havia se desintegrado na década de 1810, e os jeffersonianos haviam sido transformados pela presidência de Jackson. Henry Clay, entre outros, achava que poderia ser possível reviver algo como o Partido Federalista. Os jacksonianos opunham-se firmemente ao Banco dos Estados Unidos (*Bank of the United States*), acreditando que ele era um instrumento pelo qual as elites abastadas oprimiam as pessoas comuns. Clay impulsionou a aprovação, no Congresso, de um projeto de lei que renovava a autorização de funcionamento do Banco vários anos antes do necessário, a fim de criar uma questão com a qual ele e seus aliados políticos pudessem recorrer ao eleitorado na eleição presidencial de 1832. Jackson, então, vetou a renovação. O veto de Jackson apoiou-se numa combinação de objeções ao Banco baseadas em política pública e num argumento contra sua constitucionalidade, não obstante a decisão em contrário da Suprema Corte

[75] Minha opinião é que foram necessários Ronald Reagan e Newt Gingrich, auxiliados por Bill Clinton, para realizar isso. *Ver* TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003. p. 9-11. Mas, ainda que eu esteja errado em minha afirmação de que uma nova ordem constitucional passou a existir, a observação sobre o fracasso de Nixon permanece exata.

[76] MEESE, Edwin. The Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 979-990, 1987.

[77] De fato, acredito que ela esteja correta. *Ver* TUSHNET, Mark. The Supreme Court, the Supreme Law of the Land, and Attorney General Meese: A Comment. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 1017-1026, 1987.

[78] SYMPOSIUM. Perspectives on the Authoritativeness of Supreme Court Decisions. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 977-978, 1987.

[79] *Ver* TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

em *McCulloch v. Maryland*[80, p. 576]. Jackson venceu com folga a eleição de 1832, e o partido de Clay, que viria a ser conhecido como os Whigs, só assumiu o controle do governo mais de uma década depois.

O episódio da renovação da autorização de funcionamento do Banco enquadra-se em minha definição de jogo duro constitucional. Evidentemente, o momento da renovação do Banco estava inteiramente dentro do poder constitucional do Congresso, e, ainda assim, promulgar legislação vários anos antes de ela produzir qualquer efeito está em tensão com as práticas ordinárias. Pode-se sustentar que o presidente dispõe da autoridade constitucional formal de vetar legislação por qualquer fundamento que seja, e, ainda assim, a mensagem de veto de Jackson era incompatível com os entendimentos habituais acerca do poder de veto de duas maneiras. Ela invocava razões de mérito político, ao passo que os presidentes anteriores tinham um histórico forte, embora não uniforme, de vetar legislação apenas com fundamentos constitucionais[81]. Além disso, as razões constitucionais fornecidas por Jackson haviam sido rejeitadas pela Suprema Corte, e sustentar um fundamento constitucional diante de uma decisão em contrário da Suprema Corte era, novamente, incomum à época.

Os exemplos da retenção de verbas por Nixon, da posição de Meese sobre a autoridade do presidente de interpretar a Constituição e da controvérsia da renovação da autorização de funcionamento do Banco mostram que o jogo duro constitucional pode fracassar. Os atores políticos praticam o jogo duro constitucional quando *acreditam* que uma mudança de ordens constitucionais é possível. Fracassam quando essa crença se revela equivocada.

4.3 Os fracassos mostram que o jogo duro constitucional não é extraordinário?

A possibilidade de fracasso, contudo, poderia sugerir que o próprio conceito de jogo duro constitucional não é assim tão útil. A dificuldade é que a possibilidade de fracasso significa que os atores políticos poderiam recorrer ao jogo duro constitucional o tempo todo. Se o fazem, o conceito não consegue diferenciar entre formas ordinárias de política e formas extraordinárias, e, no entanto, fazer isso é precisamente aquilo para que o conceito foi concebido.

Aqui, o papel da percepção e da crença, e da disposição de agir com base em percepções e crenças, importa enormemente. O caso decisivo seria saber se poderíamos identificar períodos durante os quais os líderes políticos do partido fora do poder não acreditavam estar em posição de transformar a ordem constitucional e reconquistar permanentemente o poder numa ordem transformada. Nesses períodos, os líderes políticos acreditam que a ordem existente é bastante estável[82]. Durante eles, esperaríamos ver os líderes políticos da oposição

[80] JACKSON, Andrew. Veto Message. *In*: RICHARDSON, James D. (ed.). *Messages and Papers of the Presidents*. v. 2. 1900.

[81] Sobre as práticas de veto, *ver* FISHER, Louis. *Constitutional Conflicts Between Congress and the President*. Lawrence: University Press of Kansas, 1985. p. 141-147.

[82] Considerei se deveria acrescentar outro critério, o de que a ordem existente efetivamente *fosse* estável durante esses períodos, e ao final concluí que não deveria. Não estou certo de que poderíamos identificar critérios, independentes do juízo dos líderes políticos, para identificar a estabilidade "verdadeira". E, de todo modo, os líderes políticos fora do poder têm forte incentivo para agir com base em crenças de que uma transformação é possível, caso as sustentem. Assim, as crenças que os líderes políticos sustentam serão, quase com certeza, um bom indicador da verdadeira estabilidade de qualquer modo.

aceitando as instituições e os princípios organizadores da ordem existente, e alegando apenas que seriam melhores em conduzir essas instituições e em implementar esses princípios do que os atuais ocupantes dos cargos. E não esperaríamos ver os líderes da oposição tentando jogar o jogo duro constitucional.

Felizmente para mim, penso que existem tais períodos e que o conceito de jogo duro constitucional, portanto, conserva alguma utilidade. As campanhas presidenciais de 1952 e 1960 são os exemplos mais fáceis que posso oferecer. Em ambas, os candidatos Republicanos à presidência aceitaram os princípios da ordem constitucional do *New Deal*. O contraste entre as campanhas de Richard Nixon em 1960 e em 1968 é particularmente instrutivo aqui. Em 1960, Nixon apresentou seu programa como mais do mesmo – mais da administração competente dos programas do *New Deal* que a presidência de Dwight Eisenhower proporcionara. A campanha de 1968 foi diferente. Nixon foi influenciado pela tese de Barry Goldwater de que o povo americano merecia uma escolha, e não um eco,[83] e por sua própria compreensão de que teria, ao menos, de cooptar os apoiadores de Goldwater se quisesse conquistar a indicação do partido. Nixon também concluiu que a decadência da coalizão do *New Deal*, sob a pressão do movimento pelos direitos civis e da Guerra do Vietnã, oferecia uma oportunidade para uma mudança real na ordem constitucional. Sua bem-sucedida campanha de 1968 pôs a possibilidade de mudança dramática sobre a mesa política[84].

Pondo essa análise nos termos que desenvolvi, Nixon acreditava, em 1968, que havia uma possibilidade de transformação constitucional e, portanto, começou a jogar o jogo duro constitucional. Aconteceu de Nixon ter avaliado mal a situação ou sua própria capacidade de vencer no jogo duro constitucional. Mas a diferença entre suas campanhas de 1960 e 1968 mostra que o jogo duro constitucional não precisa ser a condição ordinária da política.

Ainda assim, o conceito de jogo duro constitucional parece, de fato, descrever boa parte das práticas políticas recentes, isto é, posteriores a 1980. A razão, creio, é que temos vivido um período bastante prolongado de transformação constitucional. Considere-se como as coisas se apresentariam se combinássemos minha ideia de jogo duro constitucional com a porção descritiva do relato de Bruce Ackerman acerca dos momentos constitucionais. Em meus termos, os momentos constitucionais de Ackerman são períodos concentrados durante os quais nossa ordem constitucional passa rapidamente de uma forma a outra. Esperaríamos, então, observar o jogo duro constitucional no breve período em torno de um momento constitucional – logo antes dele, à medida que os pressupostos pré-constitucionais são postos em questão, e logo depois dele, à medida que novos pressupostos pré-constitucionais são instituídos. E, então, durante os períodos prolongados daquilo que Ackerman denomina política ordinária, observaríamos política constitucional ordinária, isto é, iniciativas de políticas públicas que poderiam suscitar questões constitucionais ordinárias sem desafiar pressupostos pré-constitucionais consolidados.

[83] O slogan que a apoiadora de Goldwater, Phyllis Schlafly, usou para descrever a candidatura dele em uma publicação de campanha de 1964. SCHLAFLY, Phyllis. *A Choice Not an Echo*. Washington, D.C.: Regnery, 1964.

[84] Não pretendo sugerir que Nixon tenha feito campanha abertamente sobre a possibilidade de transformação constitucional (exceto, talvez, no que diz respeito aos papéis do Congresso e do presidente na determinação da política doméstica nacional), mas apenas que sua vitória abriu possibilidades que Nixon compreendeu, porque tivera de acomodar-se aos cada vez mais poderosos conservadores de Goldwater no Partido Republicano. Após sua eleição, ele reconheceu essa acomodação, e suas implicações para entendimentos constitucionais básicos, ao ceder grandes partes do Departamento de Justiça aos conservadores de Goldwater.

O quadro é diferente se a transformação constitucional puder ocorrer ao longo de um período prolongado, como creio que possa ter sido o caso desde cerca de 1980[85]. Observaríamos, então, um período igualmente prolongado no qual os líderes políticos jogariam o jogo duro constitucional. De fato, poderia acabar parecendo que o jogo duro constitucional era o estado *normal* das coisas, e não um sintoma da possibilidade de transformação constitucional. A transformação poderia parecer uma luz sempre a recuar no fim do túnel, e o jogo duro constitucional, a maneira pela qual os políticos praticam a política cotidiana.

■ ALGUMAS POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES NORMATIVAS

Até aqui, procurei manter minha análise tão descritiva quanto possível. Ainda assim, suspeito que a maioria dos leitores tenderá a achar que há algo de desagradável no jogo duro constitucional como processo[86]. Afinal, jogar para valer na política é, poder-se-ia pensar, uma receita para o desastre social, conduzindo, no extremo, ao genocídio e à aniquilação do inimigo[87]. Mesmo aquém disso, o jogo duro constitucional poderia conduzir a deterioração das relações pessoais entre agentes politicamente ativos. E, como L. Michael Seidman enfatizou, jogar para valer poderia ser errado justamente por não reconhecer a possibilidade de que os adversários político-constitucionais de alguém possam, de fato, estar certos acerca da Constituição – uma possibilidade que, segundo Seidman, está sempre presente[88].

Note-se, contudo, que algumas dessas questões normativas não dizem respeito ao jogo duro constitucional em si mesmo, mas ao que acontece quando alguém vence o jogo. Considere-se, por exemplo, o mero caráter desagradável do jogo duro constitucional. Esse problema poderia ser eliminado depois que a transformação constitucional ocorre – isto é, depois que emergimos do túnel para a nova ordem constitucional. Então, os políticos que detêm o controle do governo podem retornar à política constitucional ordinária, e seus adversários podem, como Eisenhower e Nixon em 1960, atuar segundo as regras estabelecidas pelos vencedores, na esperança de obter, eles próprios, uma vitória ou duas. Se nossas apreensões normativas estiverem fundadas em simples desagrado pelo jogo duro constitucional, agravado pelo fato de que os políticos vêm jogando-o há mais de vinte anos, podemos nos consolar com a possibilidade de que, algum dia, os Republicanos vençam[89].

[85] *Ver*, de modo geral, TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003, onde argumento que nosso atual conjunto de arranjos fundamentais merece ser descrito como uma ordem constitucional, mas reconheço a força dos argumentos de que o que estamos vivenciando é um período transicional prolongado.

[86] Se não sobre quaisquer exemplos específicos que utilizei. Novamente, intervém o problema da perspectiva. Suspeito que as pessoas tenderão a ver o que descrevo como instâncias de jogo duro constitucional como estratégias jurídico-políticas inteiramente sensatas quando conduzidas pelo lado que favorecem, e como jogo duro desagradável apenas quando conduzidas pelo outro lado.

[87] Essa é, certamente, a implicação prática que o jurista alemão (e nazista) Carl Schmitt extraiu de sua análise da política como combate entre inimigos.

[88] SEIDMAN, Louis Michael. *Our Unsettled Constitution*. New Haven: Yale University Press, 2001.

[89] Ou, menos provavelmente, que os Republicanos venham a aceitar o fato – se é que é um fato – de que suas perspectivas de vitória completa são escassas, passando assim a aceitar as pequenas vitórias e as pequenas derrotas que, como argumento em outro lugar, são características da atual ordem constitucional (que não deveria ser compreendida como um período prolongado de transição).

Os problemas normativos associados a jogar para valer são distintos. As soluções para esses problemas normativos são, em geral, evidentes. Em sua forma mais geral, a solução é que os atores político-constitucionais se comportem como adultos. Assim, por exemplo, a solução para o problema criado pelo empate na eleição presidencial de 2000 – uma solução que seria óbvia em outros sistemas constitucionais democráticos – teria sido a negociação de um governo de coalizão, com algum acordo, talvez consignado em um documento de coalizão, acerca de quais pastas ministeriais cada partido controlaria, com garantias de que, consideradas em conjunto, as pastas dos Democratas e dos Republicanos teriam importância social e política aproximadamente equivalente. De modo semelhante, a solução madura para o problema das indicações judiciais polarizadoras seguidas de *filibusters* é um acordo pelo qual o presidente não submeteria indicações acerca das quais um número substancial de senadores tivesse profundas reservas, combinado com um acordo pelo qual os senadores confirmariam todos os indicados que passassem por esse escrutínio[90].

O problema, então, não está em identificar resultados que evitem os perigos do jogo duro constitucional. Ele está, antes, em alcançar esses resultados pelos meios ordinários da política. Várias possibilidades insuficientes merecem menção.

Primeiro, poderíamos simplesmente esperar que, uma vez identificado e nomeado o fenômeno sistêmico do jogo duro constitucional, os atores políticos decidam não jogar o jogo. Eles abririam mão da aspiração de obter a vitória total sobre seus adversários. Trata-se de uma possibilidade que, em outro trabalho, denominei tagarelice dos teóricos constitucionais – identificar soluções normativamente atraentes para problemas reais e esperar que sua mera atratividade normativa induza os atores políticos a adotá-las[91]. Como sugere o rótulo que dei a essa esperança, ela não me parece uma estratégia promissora.

Segundo, poderíamos esperar que os atores políticos sejam, de fato, suficientemente maduros para adotar as soluções óbvias. Nos termos de Madison, poderíamos esperar que nossos líderes políticos fossem "estadistas esclarecidos"[92]. Mas, como Madison observou em seguida, "estadistas esclarecidos nem sempre estarão ao leme"[93]. E nossas circunstâncias contemporâneas sugerem que estadistas esclarecidos poderiam *nunca* estar ao leme. A razão está na estrutura de nosso atual sistema partidário[94]. Por razões estruturais, esse sistema produz líderes políticos altamente partidários e ideologicamente polarizados. Simplificando uma realidade complexa: cada partido seleciona seus candidatos em uma primária partidária na qual

[90] Alcançar tal acordo exigiria que cada lado renunciasse a formular pretensões fortes acerca das prerrogativas constitucionais do presidente (de indicar quem quer que julgue apto ao cargo) e do Senado (de recusar-se a confirmar indicados por quaisquer fundamentos que um número suficiente de senadores considere apropriados). Para um exemplo interessante de um compromisso fracassado sobre a composição do Judiciário federal, *ver* GILLMAN, Howard. Constitutional Law as Partisan Entrenchment: The Political Origins of Liberal Judicial Activism (artigo não publicado, em poder do autor). Disponível em: http://www.yale.edu/law/ltw/papers/Hw-gillman.pdf. Acesso em: 14 nov. 2003. p. 8-9 (descrevendo as tentativas do Procurador-Geral Republicano, Herbert Brownell, de obter um compromisso com os Democratas do Senado sobre o aumento do número de juízes federais e a distribuição das nomeações por partido).

[91] TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 155. "Boa parte da produção acadêmica sobre a Suprema Corte ... parece pressupor que, se acadêmicos e jornalistas tagarelarem com os *Justices* por tempo suficiente, eles despertarão e verão a luz que lhes estamos oferecendo."

[92] THE FEDERALIST No. 10 (James Madison).

[93] THE FEDERALIST No. 10 (James Madison).

[94] Madison, evidentemente, não antecipou o surgimento de partidos organizados nacionalmente, muito menos o particular sistema partidário que temos hoje.

os eleitores provêm da ala ideologicamente mais extrema do partido. As eleições, então, opõem um Republicano bastante conservador a um Democrata bastante liberal. No agregado, acabamos com uma Câmara dos Representantes e um Senado nos quais não há, para todos os fins práticos, centro. Os partidários que elegemos ficam, então, inclinados a jogar o jogo duro constitucional – ou, ao menos, dificilmente serão estadistas esclarecidos no sentido exigido.

Terceiro, poderíamos esperar que os atores políticos percebam que a maré um dia vai virar. Isto é, poderiam acreditar corretamente que, ao jogar o jogo duro constitucional hoje, talvez consigam assumir o controle de todas as alavancas do poder de governar, mas poderiam perceber que, um dia, seus adversários aproveitarão a oportunidade para jogar o jogo duro constitucional em retribuição, conquistar o poder e alijá-*los* do poder. O problema, aqui, está no horizonte temporal dos atores políticos. Eles não se importarão se a maré virar depois que sua vida politicamente ativa houver terminado – depois que morrerem, aposentarem-se ou assumirem o papel de estadista veterano. E, se a história serve de guia, o tempo de vida de uma ordem constitucional é mais longo do que o horizonte temporal da maioria dos atores políticos ativos. Eu não gostaria de ser cobrado pelos juízos a seguir, mas considere-se a possibilidade de que a ordem jeffersoniana-jacksoniana tenha durado de cerca de 1801 até algum ponto no final da década de 1840 ou início da de 1850, de que a ordem pós-Reconstrução tenha durado de cerca de 1876 até algum ponto na década de 1930, e de que a ordem do *New Deal-Great Society* tenha durado de meados da década de 1930 a meados da de 1970. Em cada ponto, o tempo de vida restante de cada ordem constitucional é mais longo do que o horizonte temporal de quase todo ator político – com a exceção do período em que uma ordem constitucional está visivelmente em declínio, que é precisamente quando a oposição política verá as vantagens de começar a jogar o jogo duro e o partido dominante jogará o jogo duro para escorar seus alicerces em ruína.

Há alguma maneira pela qual a política poderia produzir políticos que se recusem a jogar o jogo duro constitucional? A resposta, suspeito, está em romper os limites da política convencional. As dinâmicas que descrevi ocorrem porque os dois grandes partidos são ideologicamente polarizados. Uma solução institucional seria a criação de um terceiro partido, um centro politicamente mobilizado[95]. Como o surgimento de tal partido parece extremamente improvável,[96] suspeito que iremos vivenciar o jogo duro constitucional até que o Partido Republicano estabeleça seu domínio em todos os Poderes, ou até que seus líderes percebam que dificilmente o farão no futuro previsível.

[95] Por um momento, pareceu que o *Reform Party* poderia desempenhar tal papel. A decisão de Jesse Ventura de não concorrer à reeleição (com a possibilidade de uma campanha posterior à presidência) parece ter eliminado essa possibilidade.

[96] A decisão da Suprema Corte em *Timmons v. Twin Cities Area New Party*, 520 U.S. 351 (1997), eliminou um método promissor pelo qual tal terceiro partido poderia ter surgido. E, de modo mais geral, as decisões da Corte sobre partidos políticos têm endossado cada vez mais o sistema bipartidário, justificando leis estaduais que protegem o duopólio. Para uma discussão, *ver* ISSACHAROFF, Samuel; PILDES, Richard H. Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 643-717, 1998.

REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, p. 1045-1109, 2001.

CHEMERINSKY, Erwin; FISK, Catherine. The Filibuster. *Stanford Law Review*, v. 49, p. 181-254, 1997.

CILIZZA, Chris. Redistricting Two-Step to Resume Monday. *Roll Call*, 11 set. 2003.

COLKER, Ruth; BRUDNEY, James. Dissing Congress. *Michigan Law Review*, v. 100, p. 80-144, 2001.

COLKER, Ruth; SCOTT, Kevin M. Dissing States: Invalidation of State Action During the Rehnquist Era. *Virginia Law Review*, v. 88, p. 1301-1386, 2002.

CUSHMAN, Barry. *Rethinking the New Deal Court*: the structure of a constitutional revolution. Oxford University Press, 1998.

EASTMAN, John C. *Judicial Nominations, Filibusters, and the Constitution: When a Majority is Denied its Right to Consent*: testimony before the Senate Judiciary Subcommittee on the Constitution. U.S. Senate, 2003. Disponível em: http://www.claremont.org/static/pdf/eastmantestimony.pdf. Acesso em: 3 set. 2003.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Legal Services Corp. v. Velazquez*, 531 U.S. 533 (2001).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Timmons v. Twin Cities Area New Party*, 520 U.S. 351 (1997).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *United States v. Eichmann*, 486 U.S. 310 (1990).

FINKELMAN, Paul. Election, Presidential, 1800. *In*: LEVY, Leonard W.; FISHER, Louis (ed.).*Encyclopedia of the American Presidency*. Macmillan Library Reference, 1994. v. 2, p. 421.

FISHER, Louis. *Constitutional Conflicts Between Congress and the President*. Lawrence: University Press of Kansas, 1985.

FISHER, Louis. *Recess Appointments of Federal Judges*. Congressional Research Service, 5 set. 2001. Disponível em: http://www.senate.gov/reference/resources/pdf/RL31112.pdf. Acesso em: 14 nov. 2003.

FOX NEWS SUNDAY. [Declaração de Tom DeLay]. Fox, 17 ago. 2003. Programa de TV.

GILLMAN, Howard. *Constitutional Law as Partisan Entrenchment*: the political origins of liberal judicial activism. 2003. Artigo não publicado. Disponível em: http://www.yale.edu/law/ltw/papers/Hw-gillman.pdf. Acesso em: 14 nov. 2003.

IRONS, Peter H. *The New Deal Lawyers*. Princeton: Princeton University Press, 1982.

ISSACHAROFF, Samuel; PILDES, Richard H. Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 643-717, 1998.

JACKSON, Andrew. Veto Message. *In*: RICHARDSON, James D. (ed.). *Messages and Papers of the Presidents*. 1900. v. 2, p. 576.

JUDICIAL WATCH. *Complaint* [petição inicial]. 2003. Disponível em: http://www.judicialwatch.org/complaint_051403.shtml. Acesso em: 12 nov. 2003.

KALMAN, Laura. *Abe Fortas*: a biography. New Haven: Yale University Press, 1990.

KLARMAN, Michael. How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions? *Virginia Law Review*, v. 87, p. 1111-1184, 2001.

KURLAND, Philip B. Impoundment of Funds. *In*: LEVY, Leonard W. (ed.). *Encyclopedia of the American Constitution*. Macmillan Publishing Co., Inc., 1986. v. 2, p. 967.

LEVINSON, Sanford. Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either. *Wake Forest Law Review*, v. 38, p. 553-578, 2003.

MADISON, James. The Federalist n. 10. *In*: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. 1787.

MARAVALL, José María. The Rule of Law as a Political Weapon. *In*: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (ed.). *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 261.

MEESE, Edwin. The Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 979-990, 1987.

NEWMYER, R. Kent. *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2001.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Equal Protection by Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel. *Yale Law Journal*, v. 110, p. 441-526, 2000.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. *Yale Law Journal*, v. 112, p. 1943-2059, 2003.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power. *Indiana Law Journal*, v. 78, p. 1-45, 2003.

RAYBACK, Joseph G. *A History of American Labor*. Macmillan Publishing Co., Inc., 1966.

REICH, Robert B. The Permanent Election. *The American Prospect*, 1º set. 2003. Disponível em: http://www.prospect.org/print/V14/8/reich-r.html. Acesso em: 14 nov. 2003.

REID, T. R. Texans Back Colorado Democrats in Redistricting Case. *The Washington Post*, 9 set. 2003. p. A2.

SCHLAFLY, Phyllis. *A Choice Not an Echo*. Washington, D.C.: Regnery, 1964.

SEIDMAN, Louis Michael. *Our Unsettled Constitution*. New Haven: Yale University Press, 2001.

STONE, Geoffrey *et al*. *Constitutional Law*. 4. ed. Aspen Publishers Inc., 2001.

SYMPOSIUM. Perspectives on the Authoritativeness of Supreme Court Decisions. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 977-978, 1987.

TURLEY, Jonathan. Senate Trials and Factional Disputes: Impeachment as a Madisonian Device. *Duke Law Journal*, v. 49, p. 1-146, 1999.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, v. 37, p. 523-553, 2004.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

TUSHNET, Mark. The Supreme Court and the National Political Order: Collaboration and Confrontation. *In*: KAHN, Ronald; KERSCH, Ken (ed.). *The Supreme Court and American Political Development*. [no prelo].

TUSHNET, Mark. The Supreme Court, the Supreme Law of the Land, and Attorney General Meese: A Comment. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 1017-1026, 1987.

WECHSLER, Herbert. *Principles, Politics, and Fundamental Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1961.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: ENTRE EFETIVIDADE E SIMBOLISMO NORMATIVO

CONVENTIONALITY CONTROL IN THE BRAZILIAN JUDICIARY: BETWEEN EFFECTIVENESS AND NORMATIVE SYMBOLISM

MONIKY MAYARA COSTA FONSECA DANTAS* | ÉRICA VERICIA CANUTO DE OLIVEIRA VERAS**

RESUMO

O controle de convencionalidade insere-se no sistema multinível de proteção dos direitos humanos, com fundamento no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, que permite a incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro. O estudo examina sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, especialmente quanto à internalização dos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos nas decisões judiciais. Busca-se delimitar o controle de convencionalidade em sentido próprio, distinguindo-o do uso meramente retórico do direito internacional como reforço argumentativo. Sustenta-se que sua configuração exige o efetivo cotejo entre normas internas e tratados de direitos humanos, com potencial afastamento ou redefinição da norma doméstica. A simples menção a fontes internacionais, desacompanhada desse exame estruturado, não caracteriza o instituto. A pesquisa adota abordagem qualitativa, com revisão bibliográfica e análise documental, destacando a Recomendação n.º 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça, o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos e precedente paradigmático. Propõem-se critérios teórico-jurídicos para identificação do controle, evidenciando que sua caracterização depende do papel dos tratados e da jurisprudência internacional na ratio decidendi. Conclui-se que a distinção conceitual é essencial ao aprimoramento da prática jurisdicional.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade; Direitos humanos; Sistema Interamericano; Fundamentação judicial.

ABSTRACT

The control of conventionality is part of the multilevel system for the protection of human rights, grounded in Article 5, §2, of the Brazilian Constitution, which allows for the incorporation of international treaties into the domestic legal order. This study examines its application within the Judiciary, particularly regarding the integration of Inter-American Human Rights System standards into judicial decisions. It seeks to delineate conventionality control in its proper sense, distinguishing it from the merely rhetorical use of international law as argumentative reinforcement. The central claim is that such control requires an effective comparison between domestic norms and human rights treaties, potentially leading to the setting aside or reinterpretation of national provisions. Mere reference to international sources, without this structured analysis, does not characterize the institute. The research adopts a qualitative approach, combining bibliographic review and documentary analysis, with emphasis on CNJ Recommendation No. 123/2022, the National Pact for Human Rights within the Judiciary, and a selected leading case. The study proposes theoretical and legal criteria for identifying conventionality control, demonstrating that its characterization depends on the role played by international treaties and jurisprudence in the ratio decidendi. It concludes that this conceptual distinction is essential for improving judicial practice.

Keywords: Conventionality control; Human rights; Inter-American System; Judicial reasoning.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestranda em Direito Constitucional pela mesma Universidade – UFRN, PPGD/CCSA. Juíza Federal/SJRN.
monikycosta@yahoo.com.br

** Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Graduação e Mestrado). Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo IGC/CDH da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutora em Ciências Sociais pela UFRN. Mestre em Direito pela UFBA. Promotora de Justiça/MPRN.
ericanutoveras@gmail.com

Recebido em: 23-07-2026 | Aprovado em: 21-10-2026

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE; 1.1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO SISTEMA INTERAMERICANO; 1.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOMÉSTICO; 2 O PAPEL DO CNJ NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS; 2.1 A RECOMENDAÇÃO CNJ 123/2022 E A CENTRALIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE; 2.2 O PACTO NACIONAL DO JUDICIÁRIO PELOS DIREITOS HUMANOS E O EIXO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE; 3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE OU ARGUMENTO DE REFORÇO?; 4 ANÁLISE DO RESP N.º 2133602/RJ; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira garante proteção não apenas aos direitos fundamentais expressos em seu texto, mas também àqueles decorrentes de seus princípios e dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte (artigo 5º, §2). Assim, ao aderir voluntariamente a esses instrumentos, o Estado brasileiro não pode invocar a soberania nacional para justificar o descumprimento de obrigações assumidas no plano internacional (artigo 5º, §2).

A realidade brasileira revela, contudo, que o Poder Judiciário ainda tende a privilegiar as normas de direito interno, relegando a segundo plano a aplicação dos tratados de direitos humanos, a observância das decisões das Cortes internacionais, dos pareceres consultivos e dos demais atos emanados dos órgãos internacionais de proteção. Nesse cenário, o controle de convencionalidade permanece como prática incipiente e pouco incorporada à rotina decisória dos magistrados brasileiros.

Com o propósito de fomentar uma cultura institucional voltada à efetivação dos direitos humanos, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Recomendação n.º 123/2022, orientando os juízes a observarem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de exercerem o devido controle de convencionalidade sobre leis e atos normativos internos.

Ainda em 2022, o mesmo Conselho Nacional de Justiça lançou o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos. Em sua terceira etapa, atualmente em desenvolvimento, a iniciativa busca ampliar o conhecimento e a aplicação dos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sob o lema: “Todo(a) juiz(a) nacional é um(a) juiz(a) interamericano(a)”.

Nesse contexto, o presente estudo propõe examinar o controle de convencionalidade no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, a fim de distinguir o exercício do controle de convencionalidade em sentido próprio do mero emprego do direito internacional como argumento de reforço na fundamentação decisória.

Embora se observe uma incorporação progressiva dos parâmetros do direito internacional no plano interno, as decisões judiciais ainda se apoiam predominantemente na legislação nacional como fundamento principal de validade e de justificação[1].

Diante desse cenário, a questão central que orienta a pesquisa é a seguinte: Quais critérios permitem identificar o controle de convencionalidade em decisões judiciais e em que medida é possível distingui-lo do mero uso do direito internacional como argumento de reforço, a partir da análise de um caso concreto?

Parte-se da hipótese de que o controle de convencionalidade, em sentido próprio, demanda a verificação expressa e devidamente fundamentada da compatibilidade material entre a norma ou prática interna e os tratados internacionais de direitos humanos, considerados à luz da interpretação conferida pelos órgãos internacionais competentes, podendo resultar no afastamento da norma doméstica ou na redefinição de seu alcance. Em contraste, o argumento de reforço limita-se a complementar decisões embasadas no direito interno, sem submeter a norma nacional a um efetivo escrutínio de validade convencional.

Diante disso, o artigo objetiva propor, a partir do exame de um precedente judicial paradigmático, critérios de identificação do controle de convencionalidade nas decisões judiciais brasileiras, distinguindo-o do argumento de reforço.

O trabalho traça os seguintes objetivos específicos: examinar os fundamentos teóricos do controle de convencionalidade e sua inserção no sistema constitucional brasileiro; analisar o conteúdo e os objetivos da Recomendação n.º 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça e do Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, enquanto instrumentos de promoção da cultura de convencionalidade; estabelecer, a partir da análise comparativa de um precedente judicial paradigmático e de decisão correlata proferida em instância inferior, critérios distintivos entre controle de convencionalidade em sentido próprio e argumento de reforço como técnica de fundamentação, a fim de verificar se houve efetivo controle de convencionalidade ou mera utilização retórica do direito internacional.

A pesquisa adota abordagem qualitativa com objetivos descritivos. No plano metodológico, utiliza-se pesquisa bibliográfica, mediante revisão da literatura nacional e estrangeira especializada sobre controle de convencionalidade, diálogo entre jurisdições e sistema multinível de proteção dos direitos humanos; pesquisa documental, consistente na análise da Recomendação n.º 123/2022 e do Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos; análise jurisprudencial, centrada em um precedente judicial selecionado como estudo de caso, examinado à luz dos critérios teóricos previamente estabelecidos.

O estudo justifica-se pela importância do controle de convencionalidade como mecanismo de harmonização entre o direito interno e as obrigações internacionais do Estado, funcionando também como instrumento de prevenção da responsabilidade internacional perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa relevância institucional encontra respaldo em iniciativas do Conselho Nacional de Justiça, a exemplo das Unidades de Monitoramento e Fiscalização, voltadas ao cumprimento das decisões do Sistema Interamericano. A

[1] A cultura da baixa difusão das normas de direito internacional e a falta de exigência do conteúdo programático de direito internacional em alguns concursos públicos são fatores que também refletem no grau de (des) conhecimento do sistema pulverizado de normas convencionais e das decisões jurisprudenciais e consultivas na matéria, impedindo que o grau de aproveitamento de proteção dos direitos humanos seja maximizado e que dele seja retirado todo o seu potencial.

isso se soma a persistente imprecisão conceitual que cerca o instituto na doutrina e na práxis judicial brasileiras, no âmbito das quais o controle de convencionalidade é frequentemente empregado como sinônimo de mera referência a tratados internacionais, sem o cotejo normativo que lhe é próprio.

O trabalho busca oferecer contribuição teórica e metodológica ao debate sobre o controle de convencionalidade no Brasil, ao propor instrumentos analíticos aptos a subsidiar investigações empíricas mais amplas. Ao final, pretende-se demonstrar que o controle de convencionalidade possui estrutura argumentativa própria, distinta do uso meramente retórico do direito internacional.

1 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Nas últimas décadas, a Constituição dos Estados deixou de ser a exclusiva norma-parâmetro de controle de validade das normas estatais. Observa-se crescente valorização da jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos, fenômeno que tem impulsionado tribunais e juízes nacionais a incorporarem, de maneira sistemática, os parâmetros internacionais em suas decisões e a controlarem a compatibilidade da ordem jurídica doméstica com os tratados de direitos humanos[2, p. 39].

Além da conformidade com a Constituição, os instrumentos internacionais de direitos humanos têm se tornado, portanto, condição indispensável de validade normativa[3, p. 469]. Uma norma pode ser formalmente constitucional, mas materialmente inválida se incompatível com tratados de direitos humanos ratificados e vigentes no ordenamento interno. Configura-se, assim, um duplo controle de verticalidade: constitucional e convencional[4].

Dessa forma, tornou-se exigível aos agentes estatais o exercício do duplo controle de verticalidade. Atos internos, comissivos ou omissivos, devem ser confrontados não somente com a Constituição, mas também com o corpus juris internacional, que abrange tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, jurisprudência das Cortes internacionais e demais fontes do direito internacional. Assegura-se, assim, que o direito doméstico seja submetido a um duplo filtro de validade material.

A expressão 'controle de convencionalidade' foi mencionada pela primeira vez em janeiro de 1975, quando o Conselho Constitucional francês, na Decisão n.º 74-54 DC[5], declarou-se incompetente para examinar a compatibilidade de lei nacional com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Registra-se, contudo, que a atribuição da cunhagem do termo a essa

[2] PERILLO DE FARIAS, F; BORGES DE SOUSA FILHO, A. A jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos na recente experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal: a jurisdição constitucional e a fraca integração normativa supranacional brasileira. *Revista da AGU*, [*S. l.*], v. 21, n. 02, 2022.

[3] MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. *Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano*, Montevideo, v. 17, 2011.

[4] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

[5] FRANÇA. Conseil Constitutionnel. *Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975*: Interruption volontaire de grossesse. *Journal Officiel de la République Française*, Paris, p. 739, 16 janv. 1975.

decisão é objeto de controvérsia doutrinária, havendo corrente que a associa aos votos concorrentes do juiz Sergio García Ramírez na Corte Interamericana de Direitos Humanos, anteriores ao ano de 2006[6, p. 7]. Foi apenas no julgamento do caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile[7], em setembro daquele ano, contudo, que a Corte Interamericana consolidou e sistematizou expressamente o instituto.

Naquele julgamento, a Corte estabeleceu que, a partir da ratificação de um tratado internacional, os juízes nacionais, como integrantes da estrutura do Estado, têm o dever de garantir que os efeitos da Convenção Americana e de sua interpretação pela Corte IDH não sejam neutralizados pela aplicação de leis internas contrárias ao seu objeto e finalidade, mediante o exercício do controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção, incluída a interpretação conferida pela própria Corte.

Mesmo sem menção expressa ao termo "controle de convencionalidade", a Corte IDH já exercia um controle implícito da compatibilidade entre o direito estatal e o interamericano desde a entrada em vigor da Convenção Americana em 1978[8]. Se há duas décadas pouco se sabia sobre o controle de convencionalidade, hoje a produção acadêmica é vasta e a sua aplicação tem sido disseminada em todos os continentes.

Assim, com o novo parâmetro estabelecido, todo o corpus normativo formal (tratados e costumes) e jurisprudencial (sentenças e opiniões consultivas[9]) passou a integrar o "bloco de convencionalidade", servindo de parâmetro para compatibilização do direito interno com o direito internacional[10, p. 52]. A Constituição e a sua interpretação pelo Poder Judiciário nacional deixaram de ser a única fonte de validade e legitimidade do direito interno, tornando-se igualmente exigível a observância da norma convencional à luz da interpretação conferida pela Corte IDH.

À luz desses aspectos gerais, cumpre examinar a sua conformação no sistema interamericano. Passa-se, assim, da construção teórica do instituto para o exame dos seus fundamentos normativos e suas implicações estruturais para os Estados-partes no sistema interamericano, no contexto da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

---

[6] O juiz Sergio García Ramírez, em ocasiões anteriores ao caso Almonacid Arellano, como no julgamento do caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, em novembro de 2003, já citava de forma expressa a existência do controle de convencionalidade das leis frente às Convenções de Direitos Humanos a ser aplicado pela Corte. NETO, Joel Vidal de Negreiros; MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação do Controle de Convencionalidade pelos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais Brasileira em matéria de direito climático . *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, [*S. l.*], v. 14, n. 2, p. 1–32, 2025. DOI: 10.18226/22370021.v14.n2.07.

[7] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso Almonacid Arellano e outros vs*. Chile: Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n. 154.

[8] MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas. *In*: MENEZES, Wagner (Org.). Direito Internacional em Expansão. *Anais do XV CBDI*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 251 – 271.

[9] A Corte IDH, por meio da Opinião Consultiva nº 21/2014 prevê expressamente a necessidade de os órgãos dos Estados, na realização do controle de convencionalidade, observarem as manifestações de caráter consultivo da Corte como parâmetro de confronto.

[10] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional de convencionalidade das leis.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

1.1 Controle de Convencionalidade do Sistema Interamericano

As bases do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos assentam-se em um constitucionalismo em rede, marcado pela interação e pelo diálogo permanente entre os Estados e os organismos internacionais, com vistas a assegurar a prevalência da norma mais protetiva aos direitos humanos.

O "diálogo entre as Cortes" e o constitucionalismo multinível[11, p. 38] impulsionam convergências entre as decisões nacionais e internacionais[12], reduzindo o risco de violações de direitos humanos decorrentes de interpretações isoladas dos tratados[13]. Nesse contexto, a concepção de Estado aberto permite compreender a construção convergente do constitucionalismo garantista sob uma concepção multinível[14], na qual o direito internacional assume não apenas valor informacional, mas também relevante força argumentativa na conformação das decisões internas.

Embora não haja obrigação jurídica de convergir com a *ratio decidendi* das soluções produzidas por Cortes internacionais, impõe-se um dever de consideração dos precedentes quando as jurisdições atuam em rede, o que torna imperativo o exame e a incorporação de seus argumentos nos processos decisórios nacionais[15, p. 261]. Distinta é a situação da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, por força da aceitação de sua competência contenciosa pelo Brasil, tem suas decisões revestidas de caráter vinculante, como se examinará no item

[11] O constitucionalismo multinível examina as interfaces e os diálogos instaurados pelos direitos humanos na conformação de compromissos multilaterais que vinculam os Estados-partes à implementação efetiva de tratados e convenções internacionais, operando sob a ideia de uma Constituição interamericana. Nesse sentido, ver: COSTA, M; CANUTO, Érica. Perspectiva de Gênero como Elemento do Constitucionalismo Multinível: uma análise a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *Diké – Revista Jurídica*, v. 22, n. 24, p. 33-58, 2023.

[12] RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, n. ja/dez. 2009, p. 241-286, 2009.

[13] Segundo o mesmo autor, para evitar que o "diálogo das Cortes" seja mera peça de retórica judicial, "há que se levar em consideração os seguintes parâmetros na análise de uma decisão judicial nacional, para que se determine a existência de um "diálogo" efetivo: 1) menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais vinculantes ao Brasil sobre o tema; 2) menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências reconhecidas pelo Tribunal nacional; 3) menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; 4) peso dado aos dispositivos e à jurisprudência internacionais. Caso a decisão nacional tenha preenchido os quatro parâmetros, houve efetivamente um "diálogo das Cortes".

[14] BOSA, Anderson Carlos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O Conselho Nacional de Justiça como mecanismo de concretização do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: Um estudo acerca da aplicação da Recomendação n. 123/2022 pelos Tribunais Federais no Brasil. *THEMIS*: *Revista da Esmec,* v.22, n. 1, p. 157-196, 2024.

[15] MELLO, Patrícia Perrone Campos, Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática No Brasil: O Ius Constitucionale Commune Na América Latina Tem Uma Contribuição a Oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* Brasília, n. 9, p. 252-284, 2019.

2.1. Com efeito, para que as jurisdições não sejam tidas como anacrônicas ou isoladas no cenário contemporâneo, é crucial os juízes conheçam, fundamentem e apliquem o direito internacional de forma consistente e refletida[16, p. 163].

Tal postura revela-se especialmente relevante na medida em que o diálogo jurisprudencial contribui para prevenir retrocessos e mitigar conflitos decorrentes da ausência de cooperação entre ordens jurídicas soberanas.

Entretanto, o sistema multinível de proteção não funcionaria em plena harmonia sem ferramentas que assegurassem a fiscalização e cumprimento dessas obrigações convencionais. Como desdobramento, as Constituições latino-americanas previram mecanismos de implementação das decisões internacionais de direitos humanos no âmbito doméstico[17, p. 259-260], em conformidade com os artigos 1.1 e 2 da CADH, que estabelecem a obrigação de adequação das normativas internas com o direito internacional dos direitos humanos, através do controle de convencionalidade.

Nessa perspectiva, no âmbito interamericano, o controle de convencionalidade constitui mecanismo essencial por meio do qual o órgão jurisdicional, normalmente a Corte IDH, garante que o direito interno seja compatível com todos os tratados do SIDH e com as próprias decisões da Corte IDH[18].

O controle de convencionalidade, no âmbito interamericano, configura-se como uma das competências exercidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Embora não esteja expressamente previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, encontra fundamento em normas estruturantes do Direito Internacional Público. Da própria Convenção é possível extrair, de forma implícita, a obrigatoriedade do controle de convencionalidade como instrumento destinado a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados Partes, à luz de princípios como a boa-fé e o *pacta sunt servanda*.

Quanto ao parâmetro normativo utilizado pela Corte, a jurisprudência e a doutrina consolidaram a noção de um *corpus iuris* interamericano, integrado pela própria Convenção e seus protocolos adicionais, por outros tratados interamericanos de direitos humanos, pelos princípios gerais do direito internacional dos direitos humanos e pela própria jurisprudência da Corte, que passa a compor o conteúdo normativo da Convenção.[19]

O fundamento jurídico do controle de convencionalidade reside, sobretudo, nos artigos 1.1 e 2 da Convenção, que impõem aos Estados o dever de respeitar e garantir os direitos nela

[16] MAGALHÃES, Daniel Cavalcanti; MOREIRA, Thiago Oliveira. A (Possível) Relação Interconstitucional entre o Direito Interamericano dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro a Partir da Teoria da Interconstitucionalidade. *In:* ALVES, Fabrício Germano; MENEZES, Renata Oliveira Almeida; MOREIRA, Thiago Oliveira; ALVES, Victor Rafael Fernandes. *Direito Aplicado: inovação e sociedade*. Natal: Polimatia, v. 2, 2023.

[17] MELLO, Patrícia Perrone Campos, Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática No Brasil: O Ius Constitucionale Commune Na América Latina Tem Uma Contribuição a Oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* Brasília, n. 9, p. 252-284, 2019.

[18] Para parcela da doutrina, as decisões da Corte IDH devem ser encaradas como fonte do Direito Internacional e não somente como meio auxiliar de interpretação, conforme previu o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Confira: CHAVES, Luciano Athayde. As decisões das cortes internacionais como fonte do direito internacional: a contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção da regra-garantia do controle de convencionalidade. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 20, n. 2, p. 201-225, maio/ago. 2018.

[19] Sobre a noção de corpus iuris interamericano e o denominado bloco de convencionalidade, ver: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 52-53.

reconhecidos, bem como de adotar disposições de direito interno aptas a torná-los efetivos. Soma-se a isso o disposto nos artigos 62 a 69, que tratam das competências e funções da Corte no tocante à aplicação e interpretação da Convenção.[20]

O controle realizado pela Corte IDH possui natureza jurisdicional internacional e resulta em decisões vinculantes para o Estado demandado (art. 68.1 da CADH)[21]. A Corte atua, portanto, como intérprete última da Convenção no âmbito do Sistema Interamericano, conferindo-lhe interpretação autêntica e evolutiva. No exercício desse controle, a Corte pode: i) declarar a incompatibilidade de normas internas com a Convenção; ii) determinar a revogação, modificação ou adequação legislativa; iii) estabelecer medidas de não repetição e fixar parâmetros interpretativos obrigatórios.

Nesse sentido, embora a sentença seja formalmente obrigatória apenas para o Estado condenado, nos termos do artigo 68.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e produza efeitos diretos no caso concreto, a interpretação nela firmada também orienta os demais Estados signatários quanto ao sentido e ao alcance da Convenção, contribuindo para a consolidação de padrões regionais que irradiam efeitos para todos aqueles que reconheceram a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Contudo, um dos aspectos mais delicados do controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos diz respeito à sua interface com a soberania dos Estados e com o princípio da separação de poderes. Ao impor a alteração de diplomas legislativos, a reanálise de processos ou a desconstituição de decisões judiciais internas, a Corte projeta efeitos diretos sobre a organização e o funcionamento das instituições nacionais.

Contudo, tal atuação decorre da aceitação voluntária da jurisdição da Corte pelo Estado e da incorporação da CADH ao ordenamento interno. A soberania, nessa perspectiva, é juridicamente limitada pelas obrigações internacionais assumidas.

Por fim, o controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos possui caráter subsidiário, decorrente da própria arquitetura do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e da lógica cooperativa que o informa. A Corte não atua como instância revisora ordinária das decisões nacionais, mas como mecanismo complementar de proteção quando o Estado falha no cumprimento de suas obrigações convencionais. Trata-se, pois, de controle secundário e complementar, cujo fundamento se encontra no próprio preâmbulo da CADH[22], que qualifica a proteção internacional como de natureza convencional, coadjuvante ou complementar à oferecida pelo direito interno dos Estados americanos. Essa lógica subsidiária encontra expressão processual na exigência de prévio esgotamento dos recursos internos como condição de admissibilidade das petições perante a Comissão Interamericana, nos termos do artigo 46 da CADH[23].

O caráter subsidiário do controle internacional encontra-se intrinsecamente vinculado ao dever de exercício do controle de convencionalidade interno pelos próprios órgãos estatais.

[20] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, arts. 62 a 69.
[21] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, art. 68.1.
[22] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, Preâmbulo.
[23] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, art. 46.

Juízes e autoridades nacionais, como longa manus do Estado, devem verificar, no âmbito de suas competências, a compatibilidade do ordenamento doméstico com os tratados de direitos humanos vigentes, inclusive de ofício.

Cuida-se de um desdobramento funcional de competências que mantém o magistrado na posição de juiz interno, mas simultaneamente lhe atribui responsabilidades típicas de um juiz internacional, na medida em que deve assegurar a conformidade do direito nacional com os compromissos convencionais assumidos pelo Estado[24, p. 39]. Consequentemente, quanto mais efetivo e consistente for o controle realizado internamente, menor será a necessidade de atuação do sistema internacional de proteção.

Esse desenho institucional revela uma lógica de cooperação e diálogo entre ordens jurídicas, na qual a proteção dos direitos humanos é tarefa primária dos Estados e responsabilidade supletiva da jurisdição internacional. A subsidiariedade dialoga com a soberania dos Estados e com a priorização das soluções domésticas, estimulando o fortalecimento das instituições nacionais, evitando a internacionalização dos conflitos.

1.2 Controle de Convencionalidade Doméstico

Quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, assume o dever de assegurar que suas disposições não sejam anuladas ou mitigadas por normas internas incompatíveis. Cabe ao Poder Público, portanto, exercer controle de convencionalidade sobre leis e atos domésticos, semelhante ao exercido pela própria Corte IDH, que atua de forma supletiva[25].

O Estado brasileiro, ao reconhecer, no exercício de sua soberania, a competência contenciosa da Corte e ao se comprometer a observar sua jurisprudência, assumiu a obrigação de conferir plena eficácia às normas do sistema convencional, prevenindo sua desconsideração no plano interno[26, p. 87].

Nesse contexto, o controle de convencionalidade doméstico constitui instrumento por meio do qual os órgãos estatais dão cumprimento aos compromissos internacionais assumidos em matéria de direitos humanos. A harmonização do ordenamento interno com os parâmetros convencionais configura dever que encontra fundamento tanto no texto constitucional quanto na jurisprudência da Corte Interamericana.

No caso brasileiro, tal mecanismo decorre, especialmente, dos artigos 1º, III, 4º, II, e 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição de 1988, que consagram a abertura do sistema jurídico ao direito internacional dos direitos humanos e estruturam um modelo de proteção multinível.

[24] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

[25] CHAVES, Luciano Athayde. As decisões das cortes internacionais como fonte do direito internacional: a contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção da regra-garantia do controle de convencionalidade. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 20, n. 2, p. 201-225, maio/ago. 2018.

[26] PERUZZO, Pedro Pulzatto; FERREIRA, Gabriela Gabaldi. As Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 39, n. 1, p. 69-89, jan./jun., 2023.

No plano doméstico, o controle de convencionalidade pode assumir feição difusa ou concentrada, a depender do instrumento processual mobilizado. A partir da Constituição de 1988, admite-se que juízes e tribunais exerçam o controle difuso de convencionalidade no julgamento de casos concretos e, após a Emenda Constitucional n.º 45/2004, também se viabilizou o exercício de controle concentrado, tomando como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro.

Assim, incumbe ao Estado Brasileiro, por meio dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ou de quem lhe faça as vezes[27], exercer o controle de convencionalidade sobre quaisquer atos normativos ou omissões internas[28, p. 237], sempre que pertinente, seja na modalidade forma difusa, seja na via abstrata.

O controle difuso de convencionalidade pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, incidentalmente, no âmbito de um caso concreto, produzindo efeitos *inter partes*. Ao analisar a controvérsia, o magistrado deve verificar se a norma interna aplicada é compatível com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil, podendo afastar a aplicação da norma interna ou interpretá-la em conformidade com os tratados de direitos humanos, evitando a declaração de invalidade, ou ainda aplicar diretamente a norma convencional autoexecutável.

Por sua vez, parte da doutrina defende a possibilidade de um controle concentrado de convencionalidade, a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, consistente na aferição abstrata da compatibilidade de normas internas com tratados internacionais de direitos humanos, independentemente de caso concreto.

Embora não exista, no ordenamento brasileiro, denominação processual autônoma específica para esse controle, essa construção doutrinária recorre, por analogia às ações do controle abstrato de constitucionalidade, a instrumentos funcionalmente equivalentes a uma ação direta de inconvencionalidade, a uma arguição de descumprimento de preceito fundamental de natureza convencional, a uma ação por omissão e a uma ação declaratória de convencionalidade[29].

Convém registrar, contudo, que essa proposta encontra limite na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 466.343-1/SP[30], a Corte reconheceu aos tratados de direitos humanos não incorporados pelo rito qualificado do artigo 5º, § 3º, da Constituição apenas o status de supralegalidade, preservando a Constituição como parâmetro exclusivo do controle abstrato de constitucionalidade exercido por meio de ADI,

[27] GUSSOLI, Felipe Klein. Espécies de controle de convencionalidade: uma proposta de classificação. *Revista de Investigações Constitucionais,* Curitiba, v. 12, n. 2, p. 5, maio/ago. 2025. DOI: 10.5380/rinc.v12i2.96356.

[28] SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou suas faces da mesma moeda? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017.

[29] A ação direta de inconvencionalidade consistiria em instrumento de controle concentrado, a ser submetido ao Supremo Tribunal Federal, destinado a declarar, em abstrato, a incompatibilidade de norma interna com tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil, funcionando como equivalente, no plano convencional, à ação direta de inconstitucionalidade. Já a ação declaratória de convencionalidade, de lógica inversa, destinar-se-ia à afirmação, também em abstrato, da compatibilidade de determinada norma interna com os tratados de direitos humanos incorporados pelo Estado brasileiro, desempenhando papel análogo ao da ação declaratória de constitucionalidade no controle de constitucionalidade.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 3 dez. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 5 jun. 2009.

ADC e ADPF. Os efeitos *erga omnes* e vinculantes atribuídos a essas ações decorrem de disposição constitucional expressa (art. 102, § 2º, da CF/1988) e da Lei n.º 9.868/1999, não havendo, até o momento, previsão normativa equivalente para um controle concentrado de convencionalidade nos moldes propostos pela doutrina.

Essa jurisprudência completa-se, contudo, com uma terceira categoria: apenas os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito qualificado do § 3º alcançam equivalência a emenda constitucional, compondo o parâmetro do controle abstrato de constitucionalidade ao qual o RE 466.343-1/SP reservou exclusividade à Constituição.

Valerio Mazzuoli diverge desse critério essencialmente formal. Para o autor, o artigo 5º, § 2º, da Constituição já confere aos tratados de direitos humanos, independentemente do rito de sua incorporação, natureza materialmente constitucional, por integrarem o bloco de constitucionalidade desde a ratificação. Nessa leitura, o rito qualificado do § 3º apenas acrescentaria hierarquia formal a tratados que já gozariam de status constitucional material, de modo que o critério estritamente procedimental adotado pelo Supremo Tribunal Federal fragmentaria artificialmente a proteção normativa devida aos direitos humanos, hierarquizando tratados que deveriam receber tutela constitucional unitária[31, p. 98-102].

Essa divergência entre a jurisprudência do STF e a doutrina de Mazzuoli não se resolve, contudo, no plano puramente hierárquico. O controle difuso de convencionalidade, exercido em caso concreto, está disponível para qualquer tratado de direitos humanos em vigor no Brasil, independentemente de seu status; apenas o controle concentrado depende dessa hierarquia, restrito aos tratados equivalentes a emenda constitucional.

A pergunta decisiva para os fins deste estudo é outra: houve, de fato, controle de convencionalidade, ou apenas menção ao tratado? Essa pergunta não depende da hierarquia: um tratado equivalente a emenda pode ser citado sem controle algum, assim como um tratado meramente supralegal pode ser objeto de controle genuíno, desde que o cotejo normativo produza consequência concreta sobre a norma doméstica. A própria divergência entre o STF e Mazzuoli ilustra esse risco: ao privilegiar a dimensão formal e hierárquica da incorporação dos tratados, a jurisprudência nem sempre garante o efetivo cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de direitos humanos. É esse critério qualitativo, e não hierárquico, que o presente estudo elege como decisivo para distinguir o controle de convencionalidade em sentido próprio do mero argumento de reforço.

Trata-se, portanto, de proposta de lege ferenda que dialoga com a teoria do duplo controle ou dupla garantia[32], segundo a qual todo ato ou norma deveria ser submetido a dois juízos de validade, o constitucional e o convencional, como condição de permanência no ordenamento jurídico[33], mas que ainda não corresponde a mecanismo processual autônomo positivado no direito brasileiro.

[31] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

[32] A exigibilidade do duplo controle foi reconhecida expressamente pelo STJ, no julgamento HC n.º 379.269, de 25 de maio de 2017.

[33] RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, n. ja/dez. 2009, p. 241-286, 2009.

2 O PAPEL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Conselho Nacional de Justiça foi criado pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. Embora integrante do Poder Judiciário, não possui competência jurisdicional, mas apenas de controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados (artigo 103-B, § 4º da Constituição Federal de 1988). Para tanto, podendo emitir resoluções regulamentares de determinadas matérias e expedir recomendações (artigo 103-B, § 4º, I)[34].

Segundo o seu Regimento Interno, aprovado pela Resolução CNJ n.º 67/2009, o Plenário pode, por maioria absoluta, "editar atos normativos, mediante Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações" (artigo 102). As Resoluções e Enunciados Administrativos possuem força vinculante após sua publicação no Diário da Justiça e no sítio eletrônico do CNJ (artigo 102, §5º).

A literalidade da norma confere força vinculante somente às Resoluções e Enunciados Administrativos, silenciando sobre as Instruções e Recomendações. Mesmo assim, pelo seu uso reiterado, as Recomendações tornaram-se, no mínimo, uma praxe institucional do CNJ, alcançando-se o status de costume administrativo com densidade normativa[35].

Além disso, o poder de recomendar do CNJ tem fundamento constitucional respaldado pelo STF, o que afasta qualquer tese de ausência de efeitos normativos[36, p. 227]. Independentemente do grau de vinculação formal, é intuitivo que os atos de um órgão fiscalizador como o CNJ possuem força normativa de comando voltada à perfectibilização daquilo que regulam. Assim, a necessidade de cumprimento decorre mais do conteúdo do que da forma assumida pelo ato[37, p. 344].

2.1 A Recomendação CNJ 123/2022 e a Centralidade do Controle de Convencionalidade

No exercício do poder normativo e regulamentar, o CNJ tem desenvolvido importantes políticas públicas judiciárias de promoção dos direitos humanos. Nesse sentido, aprovou a Recomendação n.º 123/2022[38, p. 74], recomendando aos órgãos do Poder Judiciário:

[34] A constitucionalidade do seu poder normativo já foi reconhecida, inclusive, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, pelo Supremo Tribunal Federal.

[35] MOREIRA, Thiago Oliveira. A promoção da devida relevância do direito interamericano dos direitos humanos pelo Conselho Nacional de Justiça. *In: Congreso Peruano de Derecho Internacional,* 1., 2024, Lima, Perú. Libro de Actas [...]. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Internacional, 2024. p. 197-223.

[36] FONSECA, Vitor. A Recomendação CNJ n. 123/2022 e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 52, p. 217–238, 2023. DOI: 10.22456/0104-6594.124701.

[37] BEZERRA, Laís Ribeiro de Sousa; GURGEL, Yara; MOREIRA, Thiago Oliveira. A Tutela Normativa do Trabalhador Migrante e a Recomendação n. 123/2022 do CNJ: a atuação da magistratura trabalhista sob a perspectiva dos direitos humanos. *In:* CARVALHO, Augusto César Leite de; DELGADO, Maurício Godinho; SILVA, Jane Granzoto Torres da (coords.). *Justiça do Trabalho e a erradicação do trabalho forçado, da escravidão de qualquer natureza e do tráfico de pessoas*. v. 4. Brasília, DF: ENAMAT, 2023.

[38] Registre-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, no ano de 2017, mediante a Recomendação n. 1/2017/CGJUS/ CHGABCGJUS e o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, mediante o Provimento n.

> I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e o exercício do controle de convencionalidade, conforme a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)[39, p. 80]; II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em casos envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral[40]; e III – a adoção do Estatuto da Magistratura Brasileira Interamericana, anexo a esta Recomendação, que estabelece diretrizes à Magistratura nacional sobre a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e o exercício do controle de convencionalidade, conforme a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A recomendação de utilização da jurisprudência da Corte representa a concretização de um novo paradigma estruturante e o reconhecimento institucional de que o Poder Judiciário brasileiro deve aprimorar a prestação jurisdicional, ampliando a concretização das normas internacionais de direito humanos[41, p. 346]. Embora, em tese, a Recomendação pudesse ser considerada desnecessária do ponto de vista hermenêutico, já que é dever do magistrado (a) incorporar as normas internacionais nas decisões judiciais, a medida é importante sob a ótica

20/2020 da Corregedoria-Geral de Justiça, já haviam editado provimentos semelhantes. Nesse sentido, confira: FONSECA, Vitor. Por que os juízes devem se preocupar com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Recomendação CNJ n. 123/2022. *Revista CNJ*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 73–84, 2023. https://doi.org/10.54829/revistacnj.v7i1.438.

[39] Ao recomendar a "utilização" da jurisprudência da Corte Interamericana, a Recomendação CNJ n. 123/2022 deve ser compreendida de modo a abranger também as opiniões consultivas emitidas pelo tribunal, as quais, segundo a própria Corte, constituem parâmetros interpretativos qualificados para o exercício do controle de convencionalidade em matéria de direitos humanos. FONSECA, Vitor. Por que os juízes devem se preocupar com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Recomendação CNJ n. 123/2022. *Revista CNJ*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 73–84, 2023. DOI: 10.54829/revistacnj.v7i1.438.

[40] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022*. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Brasília, DF: CNJ, 2022. Os incisos I e II tiveram sua redação alterada, e o inciso III foi incluído, pela *Recomendação nº 168, de 23 de março de 2026*, que também instituiu o Estatuto da Magistratura Brasileira Interamericana. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 168, de 23 de março de 2026. Altera a Recomendação CNJ nº 123/2022 e institui o Estatuto da Magistratura Brasileira Interamericana. Brasília, DF: CNJ, 2026.

[41] BEZERRA, Laís Ribeiro de Sousa; GURGEL, Yara; MOREIRA, Thiago Oliveira. A Tutela Normativa do Trabalhador Migrante e a Recomendação n. 123/2022 do CNJ: a atuação da magistratura trabalhista sob a perspectiva dos direitos humanos. *In:* CARVALHO, Augusto César Leite de; DELGADO, Maurício Godinho; Silva, Jane Granzoto Torres da (coords.). *Justiça do Trabalho e a erradicação do trabalho forçado, da escravidão de qualquer natureza e do tráfico de pessoas.* v. 4. Brasília-DF: ENAMAT, 2023.

institucional, diante da resistência[42, p. 213] de setores do Judiciário em proceder adequadamente ao exame de convencionalidade[43, p. 159].

O reconhecimento do caráter vinculante das decisões da Corte Interamericana decorre de obrigação jurídica internacional assumida pelo Brasil ao aceitar a competência contenciosa da Corte a partir de 1998, por meio do Decreto Federal n.º 4.463/2002. Assim, mais do que um simples conselho ou diretriz, a Recomendação do CNJ reconhece a necessidade de os magistrados brasileiros conhecerem e aplicarem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em suas decisões[44, p. 78-81].

Assim, o juiz nacional converte-se em um juiz interamericano, atuando como um autêntico guardião da CADH, de seus protocolos, demais tratados interamericanos e da jurisprudência da Corte IDH, estruturando-se uma proteção multinível de direitos[45, p. 172]. Na mesma medida, deve-se fomentar uma profunda mudança cultural para que todos os agentes públicos nacionais - e não somente os magistrados - sejam também *agentes públicos interamericanos* nas esferas dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo[46, p. 210].

2.2 O Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos e o Eixo do Controle de Convencionalidade

A preocupação do CNJ no fortalecimento de uma cultura jurídica de direitos humanos não nasceu com o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, mas se intensificou a partir de sua instituição, acompanhando uma nova fase da evolução do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, iniciada no século XXI e voltada ao seu aperfeiçoamento e fortalecimento. O Pacto constitui política judiciária inspirada na Recomendação CNJ n.º 123/2022, que busca fortalecer a efetividade da justiça interamericana[47, p. 201] e valorizar as ações do ecossistema de justiça na concretização dos direitos humanos[48], com enfoque no controle de convencionalidade.

[42] Dentre os principais fatores de reduzido engajamento, pode-se destacar o déficit de formação em matéria de direito internacional ou mesmo a não exigência de conhecimentos específicos sobre o tema nos concursos de ingresso na carreira. Nesse sentido: MOREIRA, Thiago Oliveira. A promoção da devida relevância do direito interamericano dos direitos humanos pelo Conselho Nacional de Justiça. *In: Congreso Peruano de Derecho Internacional,* 1., 2024, Lima, Perú. Libro de Actas [...]. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Internacional, 2024.

[43] LIMA, Francisco Gérson Marques de. Exame de convencionalidade dos direitos humanos no Brasil: a recomendação nº 123/2022 do CNJ e sua aplicação no plano trabalhista. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*, Fortaleza - CE, Brasil, v. 42, n. 42, 2023.

[44] FONSECA, Vitor. Por que os juízes devem se preocupar com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Recomendação CNJ n. 123/2022. *Revista CNJ*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 73–84, 2023. DOI: 10.54829/revistacnj.v7i1.438.

[45] BOSA, Anderson Carlos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O Conselho Nacional de Justiça como mecanismo de concretização do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: Um estudo acerca da aplicação da Recomendação n. 123/2022 pelos Tribunais Federais no Brasil. *THEMIS*: *Revista da Esmec,* v.22, n. 1, p. 157-196, 2024.

[46] BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. Mecanismos Nacionais de Implementação das Decisões do Sistema Interamericano. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG,* Belo Horizonte, n. 81, p. 191-212, jul./dez. 2022.

[47] *Ibid*.

[48] CARVALHO FILHO, J.; CARVALHO, L. A. de M.; SILVA, R. de M. O Pacto do Judiciário pelos Direitos Humanos: Desafios e possibilidades. *Crítica & Controle*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 146–165, dez, 2022. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/criticaecontrole/article/view/128771. Acesso em: 09 dez. 2025.

O Pacto é resultado de uma construção histórico-social e política-institucional, permeada por uma gestão participativa e democrática[49, p. 150-152]. Estruturado em cinco eixos principais[50], está em consonância com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU, em especial ODS 4[51] (Educação de Qualidade) e ODS 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes)[52]**.** Logo, o Pacto tem servido como importante instrumento de aperfeiçoamento da magistratura e da própria sociedade brasileira[53, p. 220-221], contribuindo para a concretização de um modelo de jurisdição multinível que prioriza a máxima proteção dos direitos humanos.

Com o Pacto Nacional, inaugura-se uma oportunidade de superar os obstáculos à concretização universal dos direitos humanos, frequentemente decorrentes de interpretações excessivamente nacionalizadas dos instrumentos internacionais[54, p. 295-296].

Ao aderir, no exercício de sua soberania, a mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos[55, p. 288], o Brasil passou a se vincular a uma perspectiva interpretativa internacionalista, que não pode ser mais afastada no plano interno Impõe-se, portanto, promover maior efetividade ao Sistema Interamericano por meio do fortalecimento dos diálogos institucionais entre as jurisdições nacional e internacional[56, p. 208].

Não obstante os avanços institucionais promovidos pelo Pacto Nacional, a distinção entre controle propriamente dito e simples argumento de reforço revela-se essencial para evitar banalizações teóricas e assegurar rigor metodológico na aplicação do direito internacional dos direitos humanos, razão pela qual se passa, na seção seguinte, à delimitação precisa desses institutos e de seus respectivos requisitos.

[49] *Ibid*.

[50] Realização "Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos", com ênfase no controle de convencionalidade e na jurisprudência interamericana; a inclusão da disciplina de Direitos Humanos nos concursos para a magistratura; o fomento a programas de capacitação em Direitos Humanos e controle de convencionalidade; a publicação dos "Cadernos de Jurisprudência do STF: Concretizando Direitos Humanos", dedicados a relevantes temas dessa área; e a realização de um Seminário internacional sobre "Direitos Humanos e Diálogos Jurisdicionais: Controle de Convencionalidade.

[51] ODS 4: Assegurar a educação inclusiva e equitativa e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos, o que inclui a capacitação em direitos humanos no Judiciário e ODS 16: Promover sociedades pacíficas, justas e inclusivas, e construir instituições eficazes e responsáveis. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf. Acesso em: 09 dez. 2025.

[52] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf. Acesso em: 09 dez. 2025.

[53] MOREIRA, Thiago Oliveira. A promoção da devida relevância do direito interamericano dos direitos humanos pelo Conselho Nacional de Justiça. *In: Congreso Peruano de Derecho Internacional,* 1., 2024, Lima, Perú. Libro de Actas [...]. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Internacional, 2024.

[54] RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Controle de convencionalidade, teoria do duplo controle e o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos: avanços e desafios. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 17, n. 41, jan./abr. 2022.

[55] *Ibid*.

[56] BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. Mecanismos Nacionais de Implementação das Decisões do Sistema Interamericano. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG,* Belo Horizonte, n. 81, p. 191-212, jul./dez. 2022.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE OU ARGUMENTO DE REFORÇO?

A crescente incorporação de normas internacionais de direitos humanos na fundamentação das decisões judiciais brasileiras tem suscitado um questionamento relevante no plano teórico e prático: estaria o Poder Judiciário, ao invocar tratados e precedentes internacionais, efetivamente exercendo controle de convencionalidade, ou estaria apenas lançando mão de argumento de reforço interpretativo?

Nesse cenário, cumpre analisar de que modo o Poder Judiciário tem dialogado com a exigência cada vez mais presente de exercer o controle de convencionalidade, compreendido como elemento de legitimação das decisões judiciais em matéria de direitos humanos.

Impõe-se, inicialmente, desmistificar a ideia de que toda referência a normas de direito internacional traduza, por si só, exercício do controle de convencionalidade. Enquanto o controle de convencionalidade implica na confrontação[57, p. 38] de uma determinada norma ou conduta à luz dos tratados de direitos humanos e de seus princípios hermenêuticos, a simples menção a dispositivo convencional, desacompanhada desse juízo crítico de compatibilidade, não se qualifica como controle de convencionalidade, mas constitui, quando muito, técnica argumentativa de reforço.

Não há controle de convencionalidade quando se reconhece o descumprimento de norma de tratado internacional de direitos humanos sem que disso decorra consequência normativa concreta: alteração de normas, interpretação conforme ou declaração de invalidade[58, p. 9]. Portanto, inexistindo atividade de compatibilização normativa, não se fala em controle de convencionalidade em sentido próprio[59, p. 40-45].

Nessa linha de argumentação, a fundamentação de decisões com base em normas convencionais não implica, necessariamente, em controle de convencionalidade, podendo configurar apenas técnica de reforço argumentativo[60, p. 54-55]. Essa imprecisão conceitual decorre, em grande medida, do baixo nível de conhecimento sobre o mecanismo do controle de convencionalidade tanto na Corte IDH quanto nos órgãos judiciais brasileiros. O exercício adequado do controle de convencionalidade exige operações complexas como o exame da norma interna, a localização da norma internacional aplicável, o conhecimento de seu conteúdo e alcance normativo e, finalmente, a interpretação conferida pela Corte Interamericana[61, p. 31-38].

A reduzida adesão ao instituto, contudo, não pode ser atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário. De um lado, a advocacia ainda raramente formula suas pretensões com funda-

[57] GOMES, Jesus Tupã Silveira. *Controle de convencionalidade no Poder Judiciário*: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018.

[58] GUSSOLI, Felipe Klein. Espécies de controle de convencionalidade: uma proposta de classificação. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 12, maio/ago. 2025. DOI: 10.5380/rinc.v12i2.96356.

[59] GOMES, Jesus Tupã Silveira. *Controle de convencionalidade no Poder Judiciário*: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018.

[60] PERILLO DE FARIAS, F.; BORGES DE SOUSA FILHO, A. A. A jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos na recente experiência jurisprudencial do supremo tribunal federal: a jurisdição constitucional e a fraca integração normativa supranacional brasileira. *Revista da AGU,* [*S. l.*], v. 21, n. 02, 2022.

[61] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional de convencionalidade das leis.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

mento no direito internacional dos direitos humanos; de outro, os magistrados, em geral, deixam de aplicá-lo de ofício. Como consequência, o controle de convencionalidade permanece como mecanismo ainda pouco assimilado e familiar no sistema de justiça brasileiro[62, p. 259-260].

Como desdobramento, a referência a normas e precedentes de direito internacional frequentemente não é acompanhada da explicitação do peso normativo que tais fontes assumem na solução do caso concreto[63, p. 55], configurando-se um pseudocontrole de convencionalidade, marcado pela aparência de aplicação do instituto sem a realização efetiva de seu conteúdo técnico.

Nesse cenário, marcado pela coexistência de múltiplos centros de interpretação dos direitos humanos, a legitimidade das decisões judiciais passa a depender não apenas da autoridade institucional do órgão julgador, mas também da capacidade de suas fundamentações dialogarem com outros intérpretes[64, p. 14], perdendo sentido a lógica da "última palavra". Marcelo Neves, ao afastar tanto um modelo de convergência quanto um modelo de resistência entre ordens jurídicas, propõe um modelo de articulação (*engagement model*), no qual as diferentes ordens envolvidas contribuem para a construção da resposta constitucional[65, p. 207]. É essa dinâmica que possibilita a fertilização constitucional cruzada (*cross-fertilization*), na qual tribunais passam a utilizar decisões de outras jurisdições não como precedentes vinculantes, mas como autoridade persuasiva[66, p. 115-119].

A mera existência desse diálogo, contudo, não equivale ao controle de convencionalidade em sentido próprio. Trata-se de fenômeno mais amplo e mais difuso, que abrange também manifestações puramente retóricas de interação entre ordens jurídicas, sem o rigor do cotejo normativo que define o controle de convencionalidade. Como adverte Alexandre Douglas Zaidan Carvalho, a circulação de precedentes entre diferentes ordens exige metodologia de diálogo capaz de evitar a importação acrítica de decisões estrangeiras ou internacionais, sob pena de as referências externas se converterem em mero expediente argumentativo, destinado a reforçar posições previamente adotadas ou a demonstrar erudição[67, p. 30], o que corresponde, precisamente, ao pseudocontrole de convencionalidade já delineado.

Impõe-se, assim, verificar se a incorporação de parâmetros internacionais exerce função meramente confirmatória, reforçando conclusão já alcançada com fundamento exclusivo no direito interno, ou se efetivamente interfere na construção da *ratio decidendi*, contribuindo para redefinir o conteúdo, o alcance ou a aplicabilidade da norma doméstica. É essa segunda

---

[62] MELLO, Patrícia Perrone Campos, Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática No Brasil: O Ius Constitucionale Commune Na América Latina Tem Uma Contribuição a Oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* Brasília, n. 9, p. 252-284, 2019.

[63] PERILLO DE FARIAS, F.; BORGES DE SOUSA FILHO, A. A jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos na recente experiência jurisprudencial do supremo tribunal federal: a jurisdição constitucional e a fraca integração normativa supranacional brasileira. *Revista da AGU*, [*S. l.*], v. 21, n. 02, 2022.

[64] BOGDANDY, Armin von. Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual. *In:* BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

[65] NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, 2014.

[66] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[67] CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, 2016.

hipótese que caracteriza a passagem de uma *cross-fertilization* meramente retórica para uma efetiva prática de controle de convencionalidade.

Atento a essa realidade, André de Carvalho Ramos destaca que o controle de convencionalidade deveria acontecer de forma efetiva, a partir da interpretação conferida pelos órgãos internacionais de direitos humanos, e não por meio da simples citação de textos convencionais[68]. A prática jurisdicional, contudo, demonstra que as fontes internacionais comumente são utilizadas como reforço de normas nacionais ou como argumento de autoridade destinado a legitimar conclusões previamente adotadas.

Nesse cenário, a doutrina critica a utilização assistemática da jurisprudência da Corte IDH[69], assim como o "controle de convencionalidade" resultante de uma mera comparação precária de normas, dissonante das orientações da Corte Interamericana. Pesquisa empírica sobre o comportamento do Poder Judiciário brasileiro"[70] em relação à Convenção Americana revelou que: a) existe um déficit na aplicação da CADH, da jurisprudência da Corte IDH, assim como da técnica do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário brasileiro[71]; b) existe uma baixa familiaridade dos(as) magistrados(as) brasileiros(as) com o Sistema Interamericano e com as formas de aplicação do Direito Interamericano dos Direitos Humanos"[72]

Em outro estudo conduzido por Thiago Moreira e Hermínia Boracini[73, p. 116-118], no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a conclusão foi similar: os julgadores somente citam termos do sistema interamericano de forma mecânica, sem que o Direito Internacional dos Direitos Humanos seja efetivamente utilizado como fundamento para a resolução dos casos. Dos 191 jul-

[68] RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* v. 104, n. ja/dez. 2009, p. 241-286, 2009.

[69] PERUZZO, Pedro Pulzatto; FERREIRA, Gabriela Gabaldi. As Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 39, n. 1, p. 69-89, jan./jun., 2023.

[70] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ. *Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/05/5ajp-sumario-executivo-comportamento-judicial-11-05-23.pdf. Acesso em: 09 dez. 2025.

[71] "Em relação à utilização da CADH, a maioria dos(as) participantes(as) declarou não conhecer, não ter estudado a fundo ou nunca ter aplicado o tratado em suas decisões. Foi inferior a 10% o percentual de participantes que afirmou aplicá-lo com regular frequência (...)Sobre as decisões da Corte IDH, a vasta maioria dos(as) participantes declarou não conhecer, não ter estudado a fundo ou nunca ter aplicado a jurisprudência internacional em suas decisões. A ampla maioria também afirmou considerar que a jurisprudência da Corte IDH não é vinculante ou obrigatória para os(as) magistrados(as) brasileiros(as) (...)No que tange ao controle de convencionalidade, a amplíssima maioria respondeu não conhecer, nunca ter estudado a fundo ou nunca ter aplicado a técnica em suas decisões".

[72] "Do conjunto de decisões analisadas – acórdãos nos quais a aplicação da CADH (ou outras convenções de direitos humanos) foi invocada – observou-se que, na maioria delas (53,92%), não ocorreu o controle de convencionalidade – assim considerada a verificação de compatibilidade de normas nacionais com o tratado internacional. Na maior parte dos acórdãos, houve somente aplicação da convenção ao caso, por meio de alusão a direito nela inserido como razão de decidir (25,59% das decisões), ou recusa pelo tribunal de que o direito humano invocado teria sido ofendido, mas sem exame de compatibilidade de norma nacional com o tratado internacional (28,32% dos acórdãos). Os dados revelam, portanto, que, em mais da metade dos acórdãos em que a CADH ou a Corte IDH são citadas na ementa, a decisão não realiza controle de convencionalidade"(*ibid*, p. 38).

[73] MOREIRA, Thiago Oliveira; SILVA, Hermínia Boracini Bichinim Costa. A aplicação do direito interamericano dos direitos humanos pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região: uma análise quanti-qualitativa de suas decisões e acórdãos, Natal*: Insigne Acadêmica*, 2024.

gados selecionados, o Direito Interamericano dos Direitos Humanos foi utilizado como fundamentação em 62 (32,5%) enquanto em 129 (67,5%) figurou como mera citação, sem aprofundamento hermenêutico.

No que concerne ao controle de convencionalidade propriamente dito, a pesquisa mencionada constatou que houve menção ao termo "convencionalidade" e "inconvencionalidade" em 15 e 08 decisões, respectivamente. No entanto, o mecanismo somente foi empregado em 3 delas, ou seja, em meros 13% dos casos. Esses dados evidenciam que a incorporação prática dos fundamentos e decisões do sistema interamericano de direitos humanos ainda carece de amadurecimento metodológico e epistemológico.

Torna-se imperativo, portanto, repensar criticamente a produção de decisões judiciais para que se alinhem às diretrizes e parâmetros internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil[74, p. 87]. O Poder Judiciário não pode eximir-se de seu dever convencional por meio de referências esparsas e descompromissadas com o real alcance normativo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com a interpretação consolidada pela Corte Interamericana.

Como ensina Antônio Augusto Cançado Trindade, o futuro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos depende, em grande parte, dos mecanismos nacionais de implementação e de garantia[75, p. 91]. Exige-se que não somente magistrados, mas todos os agentes públicos e privados sejam proativos e aprofundem o conhecimento dos tratados internacionais de direitos humanos e da interpretação conferida pelos Tribunais e Cortes Internacionais, assegurando-lhes máxima efetividade[76, p. 472].

Delimitadas as distinções conceituais entre controle de convencionalidade e argumento de reforço, impõe-se avançar da construção teórica para a verificação empírica na prática jurisdicional. Assim, a seção seguinte dedicará exame detido a um precedente específico, a fim de identificar, na fundamentação adotada, se houve efetivo exercício do controle de convencionalidade ou mera utilização do direito internacional como técnica de reforço argumentativo.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE OU TÉCNICA DE ARGUMENTAÇÃO: ANÁLISE PRÁTICA A PARTIR DO PRECEDENTE FIRMADO NO RESP Nº 2133602/RJ.

A escolha do REsp n.º 2.133.602/RJ como precedente central deste estudo justifica-se por tratar-se de caso recente, já submetido a julgamento em duas instâncias sucessivas, TRF2 e STJ, com fundamentação amplamente contrastante quanto ao uso do direito internacional,

[74] PERUZZO, Pedro Pulzatto; FERREIRA, Gabriela Gabaldi. As Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 39, n. 1, p. 69-89, jan./jun., 2023.

[75] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* 2. ed. rev. e atual., San José/Costa Rica: Corte Interamericana de Direitos Humanos e UNHCR, 2004.

[76] MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. *Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano,* Montevideo, v. 17, 2011.

permitindo isolar, dentro de um mesmo conjunto fático, a diferença entre o controle de convencionalidade em sentido próprio e o argumento de reforço. A comparação com o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região configura, nesse sentido, comparação intracaso: mantêm-se constantes os fatos, as partes e a questão jurídica de fundo, variando-se apenas a instância julgadora e o tratamento conferido ao direito internacional na fundamentação. A unidade de análise adotada para ambas as decisões é o conjunto da fundamentação exposta no voto condutor e na ementa, e não a mera frequência de menções ao termo "controle de convencionalidade".

Esse desenho controla, portanto, o risco de que diferenças de resultado decorram de variações fáticas entre casos distintos. Não controla, contudo, diferenças de composição, o reexame processual próprio da via recursal, nem eventuais peculiaridades de cada grau de jurisdição, tampouco permite, isoladamente, extrair conclusões sobre a prática do STJ ou dos tribunais brasileiros de modo geral.

Passa-se, a seguir, à exposição dos fatos e das razões de decidir de ambas as instâncias. No caso em exame[77], a Defensoria Pública ajuizou uma ação judicial contra a União, distribuída para a 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro, com o objetivo de assegurar às pessoas militares transgênero o direito ao uso do nome social no âmbito das Forças Armadas. Buscava-se, ainda, que a Administração Militar se abstivesse de promover aposentadorias ou reformas fundadas exclusivamente na condição de transgeneridade. O juízo de primeira instância julgou o pedido parcialmente procedente, ressalvando apenas a hipótese de a alteração do sexo implicar violação a regra editalícia restritiva de gênero.

Em grau de apelação, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu provimento ao recurso da Defensoria Pública da União, excluindo a ressalva contida na sentença. O Tribunal reconheceu que a conduta da Administração Pública destoa da tese firmada pelo STF na ADI 4275 e no Tema 761 de Repercussão Geral, bem como do posicionamento da Corte IDH no Parecer Consultivo OC-24/2017.

O Tribunal fundamentou que o Decreto n.º 8.727, de 28 de abril de 2016, está em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos tanto na Constituição Federal quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em harmonia com precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Concluiu, ainda, que a manutenção da ressalva estabelecida na sentença agravaria a situação de discriminação enfrentada por militares transgêneros, perpetuando um cenário de exclusão decorrente de aplicação desproporcional do princípio da igualdade.

Irresignada, a União interpôs Recurso Especial contra acórdão do TRF da 2ª Região, o qual foi admitido pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça sob o rito do Incidente de Assunção de Competência. No julgamento, o STJ examinou inicialmente o contexto de discriminação estrutural e vulnerabilidade das pessoas trans no Brasil, analisando o direito à identidade de gênero à luz do paradigma constitucional e convencional, especialmente com base no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.275 e no RE 670.422

[77] Processo nº 0002781-93.2018.4.02.5101, com consulta disponível em: https://eproc-consulta.trf2.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_consulta_publica.

(Tema 761), bem como na Opinião Consultiva n.º 24/17 da Corte Interamericana, que reconhecem o direito à alteração de prenome e gênero independentemente de cirurgia ou tratamento médico.

O Tribunal afirmou que a transgeneridade não configura incapacidade para o serviço militar, destacando o processo de despatologização reconhecido pela CID-11 e reputando ilegítimas medidas de reforma ou desligamento fundadas exclusivamente na identidade de gênero. Assentou, ainda, que a atuação jurisdicional destinada a coibir tais práticas não viola os princípios da legalidade ou da separação dos poderes, constituindo exercício legítimo da função jurisdicional de efetivar normas constitucionais e convencionais de direitos humanos vinculantes para a Administração Pública.

Por fim, ressaltou que a proteção às pessoas transgênero encontra respaldo tanto no direito interno quanto no direito internacional dos direitos humanos, com referência à Opinião Consultiva n.º 24/2017 da Corte Interamericana, que reconhece a identidade de gênero como direito protegido pela Convenção Americana, bem como aos Princípios de Yogyakarta e Yogyakarta+10, que reforçam os deveres estatais de proteção e não discriminação em matéria de orientação sexual e identidade de gênero.

No núcleo da controvérsia, o STJ reconheceu a força normativa dos Princípios de Yogyakarta como parâmetro de controle de convencionalidade, destacando especialmente os Princípios n.º 2 (Yogyakarta+10) e n.º 12, e afirmou ser inconvencional e ilegal o afastamento, licenciamento ou reforma de militar motivados exclusivamente pela identidade de gênero[78].

Cumpre qualificar tecnicamente essa afirmação do STJ: os Princípios de Yogyakarta não são tratado internacional, mas documento elaborado por especialistas independentes, sem força vinculante própria. Trata-se de *soft law*. Sua força normativa, portanto, não decorre de eficácia própria, mas do fato de sistematizarem o conteúdo interpretativo já reconhecido pela Corte IDH na Opinião Consultiva n.º 24/17, isto é, que a identidade de gênero integra a proteção da CADH. Os Princípios funcionam, assim, como apoio interpretativo a uma norma vinculante, não como parâmetro autônomo.

O relator ressaltou ainda que, como integrante do sistema interamericano e signatário de tratados de direitos humanos, o Brasil deve interpretar o direito interno em consonância com os standards internacionais de proteção, impondo-se, diante de dúvidas interpretativas ou lacunas normativas, a adoção da solução hermenêutica mais favorável à efetivação dos direitos humanos reconhecidos nos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Ao final do julgamento, foram fixadas teses vinculantes, no âmbito do Tema 20 de Incidente de Assunção de Competência (IAC) do STJ, assegurando, no âmbito das Forças Armadas, o direito ao uso do nome social e à atualização dos registros funcionais dos militares, bem como vedando qualquer forma de reforma compulsória ou desligamento fundamentados exclusivamente na identidade de gênero. Reafirmou-se, assim, a improcedência do Recurso Especial interposto pela União.

Ao negar provimento ao recurso, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que todas as teses sustentadas pela União colidiam com: (a) a Constituição Federal, conforme interpretada pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADI 4.275 e do Tema 761 da repercussão

[78] Confira a página 34 do acórdão prolatado pelo STJ.

geral; (b) a Opinião Consultiva n.º 24/17 da Corte Interamericana e os parâmetros do controle de convencionalidade; (c) os Princípios de Yogyakarta; e (d) o reconhecimento da incompatibilidade jurídica de medidas de reforma ou desligamento baseadas exclusivamente na identidade de gênero da pessoa militar[79].

A análise dos fundamentos do acórdão revela que o Superior Tribunal de Justiça exerceu efetivamente o controle de convencionalidade no caso concreto. Ainda que o dispositivo não contenha declaração expressa de inconvencionalidade, a decisão, considerada em sua integralidade, evidencia atuação consciente e consistente do julgador como juiz interamericano. Ao examinar a compatibilidade do ato estatal com o direito interno e internacional, o Tribunal demonstrou que o conteúdo discriminatório da norma não supera o duplo controle de legitimidade constitucional e convencional.

O exame do acórdão evidencia que o STJ não se limitou a citar precedentes e normas do sistema interamericano como reforço de argumento teórico. Diversamente, o voto aprofundou-se no exame da inconvencionalidade do ato estatal, realizando análise complementar ao controle de constitucionalidade, com mesmo grau de relevância e densidade normativa.

O bloco de convencionalidade funcionou, portanto, como fundamento direto e autônomo da decisão firmada pelo STJ, não como elemento acessório de argumentação. Essa distinção é crucial: o STJ não invocou a Convenção Americana e a jurisprudência da Corte IDH para corroborar conclusão já alcançada com base no direito interno, mas as utilizou como parâmetro normativo autônomo de invalidação do ato administrativo.

Cabe questionar se o resultado alcançado pelo STJ se sustentaria apenas com base na ADI 4.275 e no Tema 761 da repercussão geral, prescindindo do bloco de convencionalidade. A resposta é negativa: esses precedentes do STF consolidaram o direito à retificação de registro civil e à alteração de prenome e gênero independentemente de cirurgia, mas no âmbito do direito civil geral, sem endereçar especificamente a legalidade de atos administrativos de reforma ou desligamento de militares fundados na identidade de gênero, hipótese normativa distinta, regida por estatutos e regulamentos próprios das Forças Armadas.

Foi exatamente essa lacuna que a incorporação do parâmetro convencional supriu: a interpretação da CADH pela Corte IDH na Opinião Consultiva n.º 24/17, somada aos Princípios de Yogyakarta, forneceu o critério substantivo específico para qualificar como discriminatória a reforma compulsória de militares transgênero, tarefa que a jurisprudência constitucional doméstica, por si só, não realizava de modo direto. Confirma-se, assim, que o bloco de convencionalidade não operou como mero reforço redundante, mas como fundamento autônomo e necessário ao resultado alcançado.

Embora o dispositivo não contenha declaração expressa de inconvencionalidade, houve manifestação inequívoca e reiterada ao longo do acórdão e na ementa: “É ilegal e inconvencional a reforma compulsória de militares com fundamento exclusivo em sua condição de transgênero”; “tal decisão representa a concretização direta de normas constitucionais e convencionais de direitos humanos”; “Assim, mostra-se legítima a atuação do Poder Judiciário para coibir práticas estatais inconstitucionais e inconvencionais”; “obrigação estatal de har-

[79] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 2133602/RJ. Relator: Min. Teodoro Silva Santos, 1ª Seção, julgado em 12/11/2025, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 17 nov. 2025. O caso corresponde ao Tema 20 de Incidente de Assunção de Competência (IAC) do STJ.

monizar a atuação administrativa e judicial com os parâmetros fixados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pela jurisprudência da Corte Interamericana"; "é incompatível com a Convenção Americana (e, portanto, inconvencional e ilegal) qualquer medida governamental que estigmatize o militar exclusivamente (...)".

Em contraste, a análise do acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 2ª Região (Apelação Cível n.º 0002781-93.2018.4.02.5101/RJ, Relator Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro)[80], conduz a conclusão diversa. Embora o voto contenha profícua contextualização da demanda no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, não se verifica exercício efetivo do controle de convencionalidade.

No acórdão, o relator rejeitou inicialmente o argumento da União de que o Decreto n.º 8.727, de 28 de abril de 2016, não se aplicaria às Forças Armadas, justificando que o direito à autodeterminação de gênero está garantido pelo Tema 761 de Repercussão Geral e pela ADI n.º 4.275. Destacou que a Corte IDH, no Parecer Consultivo OC-24/2017, reafirmou a essencialidade do direito à identidade de gênero. Referiu que a jurisprudência da Corte I.D.H tem precedência sobre a legislação nacional nos países que se sujeitam à sua jurisdição e que o controle de convencionalidade é abrangente, envolvendo todas as autoridades estatais. Afirmou que a implementação de leis nacionais deve conformar-se com a interpretação conferida pela Corte IDH ao bloco de convencionalidade.

Concluiu que a conduta da União de não reconhecer o nome social dos seus militares transgêneros e de reformá-los, exclusivamente por esta condição, nega a plena efetivação do direito à identidade de gênero e contraria a decisão vinculante do STF e o entendimento da Corte IDH. Ao final, negou provimento à apelação da União e deu parcial provimento ao recurso da Defensoria Pública da União para excluir da sentença a ressalva quanto à hipótese de a retificação de gênero violar regra editalícia.

Comparando as análises do STJ e do TRF2, constata-se diferença fundamental quanto ao exercício do controle de convencionalidade. Enquanto o STJ utilizou o bloco de convencionalidade como parâmetro normativo autônomo de invalidação, o TRF2 limitou-se a referências genéricas ao direito internacional como técnica de reforço argumentativo.

Ao afirmar abstratamente que a jurisprudência da Corte IDH tem precedência sobre a legislação nacional nos países que se sujeitam à sua jurisdição e que a implementação de leis nacionais deve observar a interpretação da própria Corte IDH, o TRF2 não realizou confrontação concreta entre o ato impugnado e as normas convencionais. Trata-se de menção ao controle de convencionalidade como conceito teórico, não de seu exercício prático.

O termo "controle de convencionalidade" foi mencionado de forma isolada e não reiterada ao longo da fundamentação do voto, o que evidencia o conhecimento quanto à existência do mecanismo, mas não a sua aplicação como parâmetro autônomo de invalidação. Com efeito, não houve confronto normativo, mas apenas referência ao controle de convencionalidade e ao Parecer Consultivo OC-24/2017 como argumento de autoridade. A consequência prática dessa distinção é relevante: enquanto o STJ declarou a inconvencionalidade do ato,

[80] BRASIL, Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF2), Apelação Cível (AC), Relatora: Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro, 5ª Turma Especializada. Data de julgamento: 28/09/2021.

invalidando-o, o TRF2 não produziu efeito invalidatório autônomo fundado nas normas convencionais[81].

Constata-se, portanto, que o controle de convencionalidade em sentido próprio exige a presença de alguns elementos cumulativos: (i) identificação da norma ou prática interna objeto de exame; (ii) determinação expressa do tratado internacional aplicável, especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; (iii) consideração do conteúdo normativo do tratado à luz da interpretação conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; (iv) realização de juízo de compatibilidade material entre a norma interna e o parâmetro convencional; e (v) possibilidade de afastamento, invalidação ou redefinição do alcance da norma doméstica caso constatada a incompatibilidade.

A distinção não é meramente terminológica, mas metodológica e prática. Quando o tratado internacional integra a razão decisória como parâmetro de validade, há controle de convencionalidade; quando ele apenas corrobora conclusão já alcançada por fundamentos domésticos, está-se diante de técnica argumentativa de reforço.

Conclui-se, portanto, que o controle de convencionalidade se caracteriza pela presença de um juízo estruturado de compatibilidade material, fundado em parâmetros internacionais interpretados conforme a jurisprudência da Corte Interamericana, com potencial efeito invalidatório ou conformador da norma interna. O argumento de reforço, por sua vez, limita-se a função persuasiva acessória, sem repercussão autônoma sobre a validade do ato estatal.

■ CONCLUSÃO

O presente trabalho examinou os aspectos gerais do controle de convencionalidade nos planos doméstico e interamericano, evidenciando que a Constituição deixou de ser o único parâmetro de validade normativa, impondo a juízes e tribunais o dever de verificar a compatibilidade das normas internas com o bloco internacional de convencionalidade e com os precedentes de direitos humanos. No Brasil, desde a Constituição de 1988 admite-se o controle difuso de convencionalidade e, após a EC n.º 45/2004, também o controle concentrado, tendo como paradigma os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico.

Apesar da previsão constitucional e dos compromissos internacionais assumidos, o controle de convencionalidade ainda se mostra incipiente na prática judicial. Nesse cenário, a Recomendação CNJ n.º 123/2022 e o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos representam marcos institucionais relevantes ao incentivar magistrados a assumirem o papel de juízes interamericanos, embora persistam desafios na consolidação dos mecanismos de proteção multinível dos direitos humanos.

[81] Não obstante tais considerações, a contribuição do acórdão proferido pelo TRF2 revela-se relevante para o amadurecimento do debate acerca do controle de convencionalidade e para o fortalecimento do diálogo entre o direito internacional e o direito interno. Deve-se considerar, ademais, que o julgamento ocorreu em momento anterior à edição da Recomendação CNJ nº 123/2022, período em que o tema ainda possuía menor visibilidade institucional e o controle de convencionalidade encontrava-se menos difundido na prática jurisdicional brasileira.

Ainda que muitas decisões utilizem o direito internacional apenas como argumento de reforço, sem efetivo exame de convencionalidade, o precedente examinado neste estudo evidencia que essa distinção pode ser compreendida e aplicada de forma distinta a depender da instância julgadora, como revelou o contraste entre as fundamentações do TRF2 e do STJ. Não é possível, a partir de um único caso, extrair conclusões sobre uma tendência evolutiva no Judiciário brasileiro como um todo, mas o exame aqui realizado sugere a relevância de estudos futuros, de natureza mais ampla, para verificar se esse padrão se confirma em outros precedentes. O fortalecimento de mecanismos nacionais de implementação das decisões do Sistema Interamericano e o diálogo jurisdicional entre ordens internas e internacionais revelam-se, assim, caminhos indispensáveis para a efetividade da justiça interamericana.

A distinção teórica e prática entre controle de convencionalidade efetivo e argumento de reforço retórico, desenvolvida neste trabalho, contribui para o aprimoramento da aplicação judicial do direito internacional dos direitos humanos no Brasil.

Conclui-se que a consolidação do constitucionalismo multinível brasileiro não depende da simples multiplicação de referências ao direito internacional, mas da adoção de uma metodologia rigorosa de aplicação do controle de convencionalidade. Somente com a compreensão adequada dessa distinção, será possível avançar da mera invocação simbólica de normas convencionais para seu efetivo exercício como parâmetro autônomo de validade normativa, concretizando os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Laís Ribeiro de Sousa; GURGEL, Yara; MOREIRA, Thiago Oliveira. A Tutela Normativa do Trabalhador Migrante e a Recomendação n. 123/2022 do CNJ: a atuação da magistratura trabalhista sob a perspectiva dos direitos humanos. *In:* CARVALHO, Augusto César Leite de; DELGADO, Maurício Godinho; SILVA, Jane Granzoto Torres da (coords.). *Justiça do Trabalho e a erradicação do trabalho forçado, da escravidão de qualquer natureza e do tráfico de pessoas.* v. 4. Brasília, DF: ENAMAT, 2023, p. 325–349.

BOGDANDY, Armin von. Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual. *In:* BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. Mecanismos nacionais de implementação das decisões do Sistema Interamericano. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG,* Belo Horizonte, n. 81, p. 191-212, jul./dez. 2022.

BOSA, Anderson Carlos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O Conselho Nacional de Justiça como mecanismo de concretização do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: Um estudo acerca da aplicação da Recomendação n. 123/2022 pelos Tribunais Federais no Brasil. *THEMIS*: *Revista da Esmec,* v.22, n. 1, p. 157-196, 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022.* Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Brasília, DF: CNJ, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 168, de 23 de março de 2026*. Altera a Recomendação CNJ nº 123/2022 e institui o Estatuto da Magistratura Brasileira Interamericana. Brasília, DF: CNJ, 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 3 dez. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 5 jun. 2009.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 22-42, 2016.

CARVALHO FILHO, J.; CARVALHO, L. A. de M.; SILVA, R. de M. O Pacto do Judiciário pelos Direitos Humanos: Desafios e possibilidades. *Crítica & Controle*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 146–165, dez, 2022. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/criticaecontrole/article/view/128771.

CHAVES, Luciano Athayde. As decisões das cortes internacionais como fonte do direito internacional: a contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção da regra-garantia do controle de convencionalidade. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 20, n. 2, p. 201-225, maio/ago. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos*. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/monitoramento-e-fiscalizacao-das-decisoes-da-corte-idh/pacto-nacional-do-judiciario-pelos-direitos-humanos/. Acesso em: 09 dez. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ. *Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/05/5ajp-sumario-executivo-comportamento-judicial-11-05-23.pdf. Acesso em: 09 dez. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile: Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n. 154

COSTA, M; CANUTO, Érica. Perspectiva de gênero como elemento do constitucionalismo multinível: uma análise a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *Diké - Revista Jurídica*, v. 22, n. 24, p. 33-58, 2023.

FONSECA, Vitor. A Recomendação CNJ n. 123/2022 e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 52, p. 217–238, 2023. DOI: 10.22456/0104-6594.124701.

FONSECA, Vitor. Por que os juízes devem se preocupar com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Recomendação CNJ n. 123/2022. *Revista CNJ*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 73–84, 2023. DOI: 10.54829/revistacnj.v7i1.438.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975: Interruption volontaire de grossesse. Journal Officiel de la République Française, Paris, p. 739, 16 janv. 1975.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. *Controle de Convencionalidade no Poder Judiciário*: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos**.** Curitiba: Juruá, 2018.

GUSSOLI, Felipe Klein. Espécies de controle de convencionalidade: uma proposta de classificação. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 12, n. 2, maio/ago. 2025. DOI: 10.5380/rinc.v12i2.96356.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Exame de convencionalidade dos direitos humanos no Brasil: a recomendação nº 123/2022 do CNJ e sua aplicação no plano trabalhista. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*, Fortaleza - CE, Brasil, v. 42, n. 42, p. 133–169, 2023.

MAGALHÃES, Daniel Cavalcanti; MOREIRA, Thiago Oliveira. A (Possível) Relação Interconstitucional entre o Direito Interamericano dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro a Partir da Teoria da Interconstitucionalidade. *In:* ALVES, Fabrício Germano; MENEZES, Renata Oliveira Almeida; MOREIRA, Thiago Oliveira; ALVES, Victor Rafael Fernandes. *Direito Aplicado: inovação e sociedade*. Natal: Polimatia, v.2, 2023.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. *Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano,* Montevideo, v. 17, p. 471-483, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional de convencionalidade das leis***.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos, Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática No Brasil: O Ius Constitucionale Commune Na América Latina Tem Uma Contribuição a Oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, n. 9, p. 252-284, 2019.

MOREIRA, Thiago Oliveira. A promoção da devida relevância do direito interamericano dos direitos humanos pelo Conselho Nacional de Justiça. *In: Congreso Peruano de Derecho Internacional***,** 1., 2024, Lima, Perú. Libro de Actas [...]. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Internacional, 2024, p. 197-223.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas. *In:* MENEZES, Wagner (Org.). Direito Internacional em Expansão. *Anais do XV CBDI***.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 251 – 271.

MOREIRA, Thiago Oliveira; SILVA, Hermínia Boracini Bichinim Costa. A aplicação do direito interamericano dos direitos humanos pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região: uma análise quanti-qualitativa de suas decisões e acórdãos. Natal: *Insigne Acadêmica*, 2024 - ISBN: 978-65-83104-16-8

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, p. 193-213, 2014.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NETO, Joel Vidal de Negreiros; MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação do Controle de Convencionalidade pelos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais Brasileira em matéria de direito climático . Revista Direito Ambiental e Sociedade, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 1–32, 2025. DOI: 10.18226/22370021.v14.n2.07.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 11 dez. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável***.** Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf. Acesso em: 09 dez. 2025.

PERILLO DE FARIAS, F.; BORGES DE SOUSA FILHO, A. A jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos na recente experiência jurisprudencial do supremo tribunal federal: a jurisdição constitucional e a fraca integração normativa supranacional brasileira. *Revista da AGU,* [*S. l.*], v. 21, n. 02, 2022.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; FERREIRA, Gabriela Gabaldi. As Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 39, n. 1, p. 69-89, jan./jun., 2023.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* v. 104, n. ja/dez. 2009, p. 241-286, 2009.

RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Controle de convencionalidade, teoria do duplo controle e o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos: avanços e desafios. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 17, n. 41, p. 283–297, jan./abr. 2022.

SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou suas faces da mesma moeda? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. rev. e atual., San José/Costa Rica: Corte Interamericana de Direitos Humanos e ACNUR, 2004.

ESTUDO DE CASO DO "INFANTICÍDIO INDÍGENA" ENTRE OS SURUWAHÁ: UMA ANÁLISE A PARTIR DA BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO E DA BIOÉTICA INTERCULTURAL

SO-CALLED "INDIGENOUS INFANTICIDE" AMONG THE SURUWAHÁ: A CASE STUDY FROM THE PERSPECTIVES OF INTERVENTION BIOETHICS AND INTERCULTURAL BIOETHICS

ANDREI DOMINGOS FONSECA* | FERNANDO DE BRITO ALVES**

RESUMO

Este artigo sintetiza um estudo de caso explanatório sobre o povo Suruwahá e o chamado "infanticídio indígena", amplamente associado, no Brasil, a uma prática cultural dessa comunidade nativa. Com base em pesquisa bibliográfica e documental, formulou-se a seguinte questão-problema: como a bioética de intervenção e a bioética intercultural podem contribuir para a compreensão crítica do debate sobre o chamado "infanticídio indígena" entre os Suruwahá, considerando os processos históricos e políticos que atravessam essa controvérsia? A hipótese da pesquisa aponta que o chamado "infanticídio indígena" é mobilizado como uma pauta política atravessada pelo racismo estrutural e por interesses de agentes externos, especialmente políticos e religiosos, que desconsideram as particularidades históricas e socioculturais do povo Suruwahá. Nesse contexto, a bioética de intervenção e a bioética intercultural podem contribuir para uma análise crítica dessa controvérsia, considerando as desigualdades estruturais, a autonomia dos povos indígenas e as tensões entre direitos individuais e coletivos.

Palavras-chave: Infanticídio; Suruwahá; Estudo de caso; Racismo estrutural; Bioética.

ABSTRACT

This article presents a synthesis of an explanatory case study of the Suruwahá people and so-called "Indigenous infanticide," a term widely associated in Brazil with a cultural practice attributed to this Indigenous community. Based on bibliographic and documentary research, the study addresses the following research question: How can intervention bioethics and intercultural bioethics contribute to a critical understanding of the debate surrounding so-called "Indigenous infanticide" among the Suruwahá, considering the historical and political processes underlying this controversy? The research is based on the hypothesis that so-called "Indigenous infanticide" is mobilized as a political issue shaped by structural racism and the interests of external actors, particularly political and religious ones, who disregard the historical and sociocultural particularities of the Suruwahá people. In this context, intervention bioethics and intercultural bioethics can contribute to a critical analysis of this controversy by considering structural inequalities, the autonomy of Indigenous peoples, and the tensions between individual and collective rights.

Keywords: Infanticide; Suruwahá; Case Study; Structural racism; Bioethics.

* Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Ciência Jurídica pela mesma instituição. Bolsista Carrefour.
andreifonseca40@gmail.com

**Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE), Bauru/SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Atualmente é Procurador Geral da UENP, Editor da Argumenta Journal Law, e Assessor Técnico da Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do Estado do Paraná. Bolsista Produtividade em Pesquisa da Fundação Araucária de apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná.
fernandobrito@uenp.edu.br

Recebido em: 10-2-2026 | Aprovado em: 29-10-2026

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 GENOCÍDIO E ETNOCÍDIO DE POVOS INDÍGENAS NO BRASIL; 2 O CASO SURUWAHÁ E O DILEMA DO "INFANTICÍDIO INDÍGENA"; 3 A BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO E A BIOÉTICA INTERCULTURAL NA ANÁLISE DO CASO SURUWAHÁ; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO

A pauta do "infanticídio indígena"[1] ganhou força no Brasil em 2005, quando a comunidade indígena Suruwahá foi apresentada, em um programa jornalístico da maior rede de televisão aberta do país, a TV Globo, como infanticida[2, p. 156-157]. O povo Suruwahá havia sido contatado pela primeira vez em 1980, mas, em pouco mais de vinte e cinco anos, suas práticas culturais foram condenadas nacionalmente e tornaram-se alvo de propostas legislativas que incidiam sobre elas e sobre suas formas de organização social.

Esta pesquisa pretende responder à seguinte questão: como a bioética de intervenção e a bioética intercultural podem contribuir para a compreensão crítica do debate sobre o chamado "infanticídio indígena" entre os Suruwahá, considerando os processos históricos e políticos que atravessam essa controvérsia? A hipótese da pesquisa aponta que o chamado "infanticídio indígena" é mobilizado como uma pauta política atravessada pelo racismo estrutural e por interesses de agentes externos, especialmente políticos e religiosos, que desconsideram as particularidades históricas e socioculturais do povo Suruwahá. Nesse contexto, a bioética de intervenção e a bioética intercultural podem contribuir para uma análise crítica dessa

[1] A expressão "infanticídio indígena" é utilizada entre aspas por se tratar de uma denominação controversa, historicamente mobilizada por agentes políticos e religiosos em discursos de criminalização de práticas culturais indígenas, frequentemente desconsiderando as particularidades de seus modos de vida e de suas concepções sobre a vida e a morte. Do ponto de vista jurídico, a expressão não constitui uma categoria penal específica, tampouco corresponde necessariamente ao crime de infanticídio previsto no artigo 123 do Código Penal brasileiro, cuja configuração exige que a mãe, sob influência do estado puerperal, provoque a morte do próprio filho durante o parto ou logo após. Isso não significa, entretanto, a inexistência de proteção penal à vida, uma vez que determinadas condutas já estão previstas na legislação brasileira. Sua utilização, portanto, neste estudo tem caráter crítico e remete às disputas políticas, jurídicas e culturais construídas em torno do povo Suruwahá. SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 1, n. 1, 2014, p. 86-87. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24623. Acesso em: 28 out. 2026. MOREIRA, Ana Carolina Saviolo. *A construção política da categoria "infanticídio indígena" e o mapeamento de seus atores sociais no Brasil*. 2022. 201 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP, 2022, p. 28-49. Disponível em: https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/j3t00002.pdf. Acesso em: 28 out. 2026.

[2] HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. Os ecos sem voz: Uma década de falas sem escuta no Congresso Nacional Ainda sobre o "infanticídio indígena". *Anuário antropológico*, v. 43, n. 1, p. 155-196, 2018. Disponível em: https://journals.openedition.org/aa/2921. Acesso em: 21 jul. 2024.

controvérsia, considerando as desigualdades estruturais, a autonomia dos povos indígenas e as tensões entre direitos individuais e coletivos.

A pesquisa adota[3] a estratégia de estudo de caso explanatório[4], com base bibliográfica e documental, e toma como unidade de análise a controvérsia pública sobre o chamado "infanticídio indígena" entre os Suruwahá, cujo território se localiza no município de Tapauá, no Estado do Amazonas. O corpus reúne artigos científicos, teses, dissertações, livros e documentos institucionais citados ao longo do trabalho. A análise articula a contextualização histórica das violações de direitos indígenas, o confronto entre interpretações etnográficas e o exame das respostas bioéticas à controvérsia. Não se trata de pesquisa de campo nem de levantamento da incidência dessas práticas; o alcance explicativo do estudo está circunscrito às relações e interpretações sustentadas pelas fontes examinadas.

O artigo divide-se em três seções. Na primeira seção, apresenta-se o cenário histórico e social que permeia os direitos dos povos originários no Brasil, considerando os processos genocidas e etnocidas que atravessam sua história, bem como os movimentos de resistência dessas comunidades diante das articulações de morte promovidas pelo Estado, pelo agronegócio e por outros agentes responsáveis pela violação sistemática dos direitos indígenas[5]. Essa contextualização constitui um passo metodológico necessário para a compreensão das diferentes formas de violência e vulnerabilidade que afetam os povos originários no país, com especial atenção aos Estados do Amazonas e de Mato Grosso do Sul, que registram elevados índices de suicídio entre suas populações indígenas. A aproximação entre essas duas realidades considera suas particularidades históricas, sociais e culturais, sem pressupor equivalências entre as experiências dos diferentes povos.

Na segunda seção, são analisados o caso Suruwahá e os dilemas que envolvem a pauta do "infanticídio indígena" na comunidade. A partir de estudos etnográficos e antropológicos desenvolvidos por pesquisadores como Gunter Kroemer, Miguel Aparicio, Lívia Vitenti e Marianna Holanda, abordam-se as concepções particulares do povo Suruwahá sobre a vida e a morte, especialmente no que se refere às práticas de suicídio ou de morte voluntária, cujos significados diferem daqueles atribuídos a essas práticas pelas perspectivas ocidentais. Na última seção, são discutidas as possibilidades de enfrentamento dos dilemas relacionados ao chamado "infanticídio indígena", a partir da bioética de intervenção e da bioética intercultural.

Ao final, sustenta-se que a articulação dessas correntes bioéticas oferece critérios para analisar conflitos de base cultural, sem pressupor que sua eficácia prática tenha sido demonstrada por este estudo.

[3] Na etapa de revisão textual, foi utilizada a ferramenta de inteligência artificial generativa ChatGPT (OpenAI, GPT-6), como recurso auxiliar para a revisão ortográfica, gramatical e de aspectos relacionados à coesão e à clareza da escrita acadêmica. A revisão final e a responsabilidade pelo conteúdo científico do trabalho permaneceram sob responsabilidade dos autores.

[4] YIN, Robert K. *Estudo de caso*: planejamento e métodos. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

[5] FONSECA, Andrei Domingos. *Genocídio indígena no Brasil*: racismo de Estado e necropolítica em tempos pandêmicos. Londrina, PR: Editora Thoth, 2024.

1 GENOCÍDIO E ETNOCÍDIO DE POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

O alto índice de violações dos direitos dos povos indígenas é uma realidade no Brasil. O avanço da pandemia de Covid-19 evidenciou ainda mais uma série de vulnerabilidades sociodemográficas e socioeconômicas dos povos originários[6, p. 04]. Organizações indígenas, como a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), denunciaram a existência de uma política anti-indígena implementada pelo chefe do Poder Executivo federal durante a pandemia[7].

As articulações políticas indígenas antecedem a pandemia e tiveram na Assembleia Nacional Constituinte (ANC), realizada entre 1987 e 1988, um marco na reivindicação de direitos. Entre as disputas daquele período, destacavam-se as resistências ao reconhecimento dos direitos originários, especialmente dos direitos territoriais[8]. Durante a Ditadura Militar, a imposição de projetos de ocupação e exploração econômica dos territórios indígenas submeteu diferentes povos à violência e à negação de seus modos de vida[9].

Em contraposição ao legado autoritário e às resistências ao reconhecimento dos direitos indígenas durante a ANC, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) incorporou ao seu texto um capítulo específico dedicado aos povos originários. No Capítulo VIII do Título VIII (arts. 231 e 232), são reconhecidos a organização social, os costumes, as línguas, as crenças, as tradições e os direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cabendo à União demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens[10].

Apesar de a CF/88 reconhecer os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, anteriores à formação do Estado brasileiro, sua efetivação enfrenta reiteradas contestações. Uma delas é a tese do marco temporal, que condiciona o reconhecimento da ocupação tradicional à presença indígena na data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988[11], ressalvadas as hipóteses admitidas por seus defensores. Essa exigência desconsidera situações em que a ausência resultou da expulsão das comunidades de seus territórios.

---

[6] FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. *Risco de espalhamento da COVID-19 em populações indígenas*: considerações preliminares sobre vulnerabilidade geográfica e sociodemográfica. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP/PROCC; FGV, 2020. Relatório. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/40980. Acesso em: 21 jul. 2024. DESENVOLVIMENTO E DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS. *Research Report - Development and Indigenous Peoples' Law Research Group*. 2021. Disponível em: https://privpapers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=4668359. Acesso em: 09 jun. 2024.

[7] ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. APIB. *Dossiê internacional de denúncias dos povos indígenas do Brasil 2021*. Brasília, 2021. Disponível em: https://apiboficial.org/files/2021/08/DOSSIE_pt_v3web.pdf. Acesso em: 17 jan. 2024. APIB. Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. *Nossa luta é pela vida*: Covid-19 e povos indígenas (...). Novembro, 2020. Disponível em: https://emergenciaindigena.apiboficial.org/files/2020/12/PIB_nossalutaepelavida_v7PT.pdf. Acesso em: 13 jun. 2024.

[8] LIMA, Jairo; FONSECA, Andrei Domingos; EVANGELISTA, Lucas de Moura Alves. A participação e as reivindicações indígenas na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 11, n. 1, p. 68-102, 2024. Disponível em: https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/772. Acesso em: 29 out. 2026.

[9] CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Índios no Brasil*: história, direitos e cidadania. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

[10] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2024.

[11] FERNANDES, Pádua. A proteção das terras indígenas no direito internacional: marco temporal, provincianismo, constitucional e produção legal da ilegalidade. *In*: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (orgs). *Direito dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

Em 2023, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365, o Supremo Tribunal Federal (STF) rejeitou o marco temporal como requisito para o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas[12]. A decisão não eliminou as disputas políticas e jurídicas sobre a matéria, como evidencia a edição da Lei nº 14.701/2023. Tampouco afastou as pressões decorrentes da grilagem, da mineração ilegal e do desmatamento sobre os territórios tradicionais[13].

A relação que os povos originários têm com a terra é de pertencimento[14]. Não é possível realizar discussão científica, social ou jurídica relacionada a temas que atravessem essas comunidades sem considerar que o corpo individual e o corpo coletivo também são o território. A relação estabelecida com a terra não se pauta pelo capital. O corpo-território "engloba a relação com a natureza, a ancestralidade e a espiritualidade, as quais estão intimamente ligadas aos territórios sagrados, ao organismo de que fazemos parte, a Terra (...)"[15, p. 3].

A relação dos povos indígenas com seus territórios tradicionais é indissociável de seus modos de vida, de modo que a ausência de demarcação das terras indígenas agrava uma série de problemas relacionados à efetivação de seus direitos originários. Os conflitos entre indígenas e latifundiários evidenciaram a vulnerabilidade dos povos nativos diante da força armada empregada pelo agronegócio contra eles[16]. O Estado de Mato Grosso do Sul constitui um exemplo de violência sistemática contra os povos originários, pois, além de ocupar a terceira posição entre os estados brasileiros com o maior número de indígenas assassinados, atrás de Roraima e do Amazonas[17], também apresenta omissões na implementação de políticas públicas destinadas à proteção dessas comunidades. A falta de saneamento básico e de água potável na maior reserva de confinamento humano do Brasil, a Reserva Indígena de Dourados (RID), contrasta com o avanço da especulação imobiliária que cerca a cidade e mortifica povos tradicionais com a falta de recursos básicos à existência humana digna[18].

No Amazonas, as dificuldades na efetivação de direitos fundamentais são agravadas por um cenário de violência, marcado pela atuação de organizações criminosas e pelo narcotráfico. Em determinados territórios, essas atividades coexistem com a exploração ilegal de

[12] RAMALHO, Walderez. Marco temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. *Revista Brasileira de História*, v. 45, n. 98, p. 01-24, 2025. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbh/a/5NjqpNmtbmtPLfcDHtbph3Q/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 31 out. 2025.

[13] A controvérsia permanece no campo legislativo, especialmente com a tramitação da PEC nº 48/2023, sobre a incorporação da tese do marco temporal ao texto constitucional.

[14] VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Os involuntários da pátria. *Aracê – Direitos Humanos em Revista*, ano 4, n. 05, p. 187-193, fev., 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4865765/mod_resource/content/1/140-257-1--SM.pdf. Acesso em: 21 jul. 2024.

[15] SANTOS, Franciele Alves dos; DE OLIVEIRA, Meyriane Costa; DANTAS, Candida Maria Bezerra. Índia mulher: narrativa sobre identidade, corpo–território e autorreconhecimento. Athenea Digital. *Revista de pensamiento e investigación social*, v. 23, n. 2, p. 1-19, 2023. Disponível em: https://atheneadigital.net/article/view/v23-n2-santos-oliveira-dantas. Acesso em: 21 jul. 2024.

[16] BECKER, Simone; FONSECA, Andrei Domingos. Etnografia genealógica de mortificações de corpos dissidentes no Sul de Mato Grosso do Sul. *Antropolítica: Revista Contemporânea de Antropologia*, v. 57, p. 1-24, 2025. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/391406910_Etnografia_genealogica_de_mortificacoes_de_corpos_dissidentes_no_sul_de_Mato_Grosso_do_Sul. Acesso em: 31 out. 2025.

[17] CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. CIMI. *Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil*: dados de 2025. 23. ed. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2026, p. 139-140. Disponível em: https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2026/08/relatorio-violencia-povos-indigenas-2025-cimi.pdf. Acesso em: 21 out. 2026.

[18] MILAN, Ezequias Freire; PASSAMANI, Guilherme. "Vivendo no paraíso": processos de urbanização e condomínios de luxo na terra do agronegócio. *Ponto Urbe [Online]*, 31, 2023. Disponível em: http://journals.openedition.org/pontourbe/14428. Acesso em: 21 jul. 2024.

recursos naturais, o garimpo, a grilagem de terras e o desmatamento. Tais práticas intensificam as pressões sobre os territórios tradicionais e ameaçam as condições de existência dos povos indígenas, que enfrentam insegurança territorial, degradação ambiental e diversas formas de violação de direitos[19, p. 3-9].

Embora Mato Grosso do Sul e Amazonas apresentem contextos de violência que afetam as condições de existência dos povos originários, suas diferenças históricas, culturais e territoriais impedem que sejam tratados como realidades equivalentes. A referência aos dois estados situa a dimensão mais ampla das violações de direitos e dos registros de suicídio indígena; não constitui comparação sistemática entre povos nem explica, por si, as mortes por envenenamento entre os Suruwahá.

Dados[20] referentes ao período de 2000 a 2018 indicam que Mato Grosso do Sul e Amazonas concentravam os maiores números de mortes por suicídio entre indígenas, com 243 registros no Amazonas e 860 registros em Mato Grosso do Sul[21, p. 30]. Essa realidade também se manifesta nos levantamentos mais recentes do Conselho Indigenista Missionário (CIMI). Em 2025, foram registrados 215 suicídios indígenas no Brasil, dos quais 77 ocorreram no Amazonas e 42 em Mato Grosso do Sul[22, p. 227].

No caso dos Suruwahá, sujeitos centrais desta pesquisa, as mortes por envenenamento exigem uma análise atenta às particularidades de sua cosmovisão[23]. O reconhecimento dessa dimensão cosmológica não afasta a necessidade de considerar a trajetória e as condições de existência desse povo, mas impede que suas experiências sejam interpretadas com base em explicações generalizantes sobre o suicídio indígena. Assim, busca-se compreender as especificidades das mortes entre os Suruwahá sem dissociá-las dos contextos mais amplos de violência e vulnerabilidade que afetam os povos originários no Brasil.

Além das pressões econômicas sobre os territórios, determinadas intervenções missionárias também podem participar de processos de violação de direitos. A queima criminosa de casas de reza e a desqualificação da medicina tradicional, denunciadas pelas organizações indígenas mencionadas neste estudo, revelam a persistência de práticas de intolerância religiosa e de imposição cultural. A crítica dirige-se a essas práticas e aos agentes nelas envolvidos, sem atribuí-las indistintamente a todas as comunidades ou denominações evangélicas[24].

---

[19] JACARANDÁ, Rodolfo. A violência na Amazônia: uma governamentalidade baseada no fracasso. *Revista Direito e Práxis*, v. 15, n. 04, p. 1-25, 2024. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/86352. Acesso em: 22 out. 2026.

[20] Os dados apresentados correspondem aos registros de suicídio indígena nos Estados do Amazonas e de Mato Grosso do Sul e não permitem identificar, isoladamente, a incidência dessas mortes entre os Suruwahá. A aproximação estatística entre os estados não pressupõe equivalência entre as experiências dos diferentes povos indígenas, tampouco estabelece uma relação causal entre a violência estrutural e as mortes por envenenamento entre os Suruwahá.

[21] RANGEL, Lucia Helena. Violência autoinfligida: jovens indígenas e os enigmas do suicídio. *Desidades*, n. 25, p. 27-38, 2019. Disponível em: https://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S2318-92822019000400003&script=sci_arttext. Acesso em: 22 out. 2026.

[22] CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, *op. cit.*

[23] APARICIO, Miguel. As metamorfoses dos humanos em presas do timbó. Os Suruwaha e a morte por envenenamento. *Revista de Antropologia*, v. 58, n. 2, p. 314-344, 2015. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/26605521?seq=1. Acesso em: 28 out. 2026.

[24] KUÑANGUE ATY GUASU. *O racismo e intolerância religiosa*: as sequelas de invasões (neo)pentecostais nos Corpos Territórios das Mulheres Kaiowá e Guarani/MS - edição 2022/2023. Kuñangue Aty Guasu: Mato Grosso do Sul, jun. 2023.

Durante a pandemia de Covid-19, a Lei nº 14.021, de 2020, sancionada com vetos[25] pelo então presidente Jair Messias Bolsonaro (2019-2022) e decorrente do Projeto de Lei nº 1.142/2020, de autoria da Deputada Federal Professora Rosa Neide (PT[26]) e de outros parlamentares, estabeleceu medidas emergenciais de proteção aos povos indígenas. Entretanto, o § 1º do artigo 13 relativizou a restrição à presença de terceiros em territórios indígenas, ao admitir a permanência de missões religiosas já instaladas nas comunidades, mediante avaliação da equipe de saúde e autorização do médico responsável. Tal dispositivo foi contestado pela Apib e pelo PT, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.622. Em setembro de 2021, o Ministro Luís Roberto Barroso deferiu parcialmente a medida cautelar, reafirmando a proibição de ingresso de novas missões religiosas em terras indígenas de povos isolados, sem, contudo, determinar a retirada das já existentes[27, p. 141].

A presença de agentes externos nesse cenário suscita, em primeiro lugar, riscos à saúde e à continuidade física dos povos indígenas, historicamente expostos a doenças introduzidas pelo contato com não indígenas. João Pacheco de Oliveira e Carlos Augusto da Rocha Freire[28] examinam a mortalidade decorrente de epidemias no período colonial. O relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV)[29], por sua vez, documenta graves violações contra povos indígenas durante a Ditadura Militar. A qualificação de situações concretas como genocídio exige, contudo, análise própria e não decorre automaticamente da existência de contato ou de risco epidemiológico.

A manutenção de missões religiosas etnocêntricas em comunidades indígenas chama a atenção para outra forma de violência: o etnocídio, entendido como um processo de destruição sistemática dos modos de vida e das expressões culturais de determinado povo. Diferentemente do genocídio, caracterizado pela destruição física, total ou parcial, de um grupo, o etnocídio busca eliminar suas particularidades culturais, sem que isso necessariamente implique a eliminação de seus integrantes. Ambas as formas de violência atravessam a história dos povos originários na América Latina, especialmente em países como o Brasil, o Paraguai e a Colômbia. Nesse contexto, o racismo não se manifestava apenas pela inferiorização dos povos indígenas, mas também pela própria negação de sua humanidade, uma vez que eram associados à animalidade e não eram reconhecidos como sujeitos plenamente humanos[30].

Na leitura de Achille Mbembe[31] mobilizada neste trabalho, a raça participa de tecnologias de dominação que classificam e hierarquizam populações. Essa perspectiva permite interrogar a constituição colonial de um padrão europeu de humanidade e a desqualificação

[25] Bolsonaro vetou dispositivos que previam garantias como o acesso à água potável, a distribuição de materiais de higiene, a oferta de leitos hospitalares e a elaboração de planos de contingência para povos indígenas isolados e de recente contato. Os vetos, contudo, foram derrubados pelo Congresso Nacional em agosto de 2020, o que permitiu a incorporação dessas medidas à legislação.

[26] Partido dos Trabalhadores.

[27] TERENA, Luiz Eloy. Povos indígenas e o judiciário no contexto pandêmico: a ADPF 709 proposta pela articulação dos povos indígenas do Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Mórula, 2022.

[28] OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. *A presença indígena na formação do Brasil*. Brasília, DF, Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade/ Laced, 2006.

[29] COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. CNV. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade – Volume II, Texto 5*: Violações de direitos humanos dos povos indígenas. 2014. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br. Acesso em: 21 jul. 2024.

[30] CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. Pesquisas de antropologia política. SP: Cosac Naify, 2004.

[31] MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. 1. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

dos sujeitos que dele se afastam. Sua aproximação com a experiência indígena exige, entretanto, atenção às particularidades históricas dessa experiência, sem reduzir as relações entre raça, classe, gênero e religião a uma única lógica explicativa[32, p. 30-31].

Esse passado não está distante sobretudo diante da realidade denunciada nos últimos anos pela Associação Feminina Kuñangue Aty Guasu. Mulheres indígenas anciãs conhecidas como nhandesys (detentoras dos conhecimentos ancestrais) têm sido frequentemente espancadas ou até mesmo mortas, dado o racismo religioso existente em algumas comunidades tomadas por igrejas evangélicas[33].

A persistência dessas violações remete à dimensão estrutural do racismo, compreendido por Silvio Almeida como constitutivo das relações econômicas, políticas e jurídicas, e não apenas como resultado de condutas individuais[34]. Em outro registro teórico, Michel Foucault examina o Racismo de Estado como mecanismo que introduz divisões no campo da vida e torna admissível a exposição de determinados grupos à morte. Essas contribuições ajudam a analisar a distribuição desigual da proteção estatal, desde que não substituam a demonstração dos mecanismos concretos de violência em cada contexto[35].

Nessa perspectiva, de acordo com o relatório "Desigualdades em saúde de crianças indígenas", realizado pelo Núcleo Ciência pela Infância (NCPI), a taxa de mortalidade entre bebês indígenas é 55% superior à dos bebês não indígenas. Em 2022, a taxa de mortalidade de crianças indígenas de até quatro anos foi de 34,7 óbitos por mil nascidos vivos, enquanto, entre as crianças não indígenas, foi de 14,2 óbitos por mil nascidos vivos, o que representa uma taxa mais de duas vezes superior na população indígena. As ocorrências de doenças infecciosas e respiratórias e de doenças metabólicas são, em comparação, mais frequentes na infância indígena[36].

Segundo o relatório citado, entre as causas de morte na infância indígena encontram-se complicações relacionadas à gestação, ao parto ou ao puerpério; doenças respiratórias, infecciosas e intestinais; malformações; doenças endócrinas, nutricionais e metabólicas; e causas externas, como afogamentos, quedas e acidentes. A ausência do chamado "infanticídio indígena" entre as principais causas apresentadas pelo estudo não permite concluir pela inexistência de episódios, mas impede que se presuma sua centralidade epidemiológica com base nesse levantamento[37].

Diante desse cenário, observa-se que o racismo permanece estruturado nas instituições brasileiras e também se manifesta na forma como o Estado trata de questões relativas aos povos originários. O debate sobre o chamado "infanticídio indígena", por exemplo, ganha

[32] OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. *A presença indígena na formação do Brasil*. Brasília, DF, Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade/ Laced, 2006.

[33] KUÑANGUE ATY GUASU. *O racismo e intolerância religiosa*: as sequelas de invasões (neo)pentecostais nos Corpos Territórios das Mulheres Kaiowá e Guarani/MS - edição 2022/2023. Kuñangue Aty Guasu: Mato Grosso do Sul, jun. 2023, p. 37-52.

[34] ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2019.

[35] FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

[36] NÚCLEO CIÊNCIA PELA INFÂNCIA. NCPI. *Desigualdades em saúde de crianças indígenas*. Comitê Científico do Núcleo Ciência Pela Infância. São Paulo: Fundação Maria Cecilia Souto Vidigal, 2024, p. 10. Disponível em: https://ncpi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/Desigualdades-em-saude-de-criancas-indigenas.pdf. Acesso em: 29 out. 2026.

[37] *Ibid.*

destaque em meio a inúmeras violações de direitos que afetam essas populações, embora, por si só, não represente a complexidade das demandas enfrentadas por essas comunidades. A ausência ou insuficiência de políticas públicas voltadas à demarcação e à proteção dos territórios tradicionais, à garantia de condições dignas de existência, ao saneamento básico e aos cuidados com a saúde física e mental, especialmente na prevenção e no tratamento de doenças infecciosas, respiratórias e metabólicas entre crianças, evidencia problemas que exigem a atuação efetiva do poder público. Assim, a centralidade atribuída ao chamado "infanticídio indígena" nesse debate contrasta com a persistência de violações estruturais que, no cotidiano, comprometem os direitos e a própria sobrevivência desses povos no Brasil.

2 O CASO SURUWAHÁ E O DILEMA DO "INFANTICÍDIO INDÍGENA"

O contato dos Suruwahá com a equipe vinculada ao Conselho Indigenista Missionário (CIMI), descrito pela literatura mobilizada neste artigo, ocorreu em 1980, em uma expedição na região de Lábrea, no Amazonas. A equipe havia recebido notícias sobre conflitos com exploradores de recursos naturais. Os relatos registram que a comunidade mantinha condições de reprodução de seus modos de vida e organização social, o que orientou uma atuação inicial voltada à proteção territorial diante da expansão econômica e de novas incursões externas[38]. Esse marco não deve ser confundido com a ausência de relações anteriores com não indígenas, inclusive relações violentas[39].

Nesse cenário, o primeiro antropólogo a entrar em contato com os Suruwahá foi o alemão Gunter Kroemer. Em sua obra "Kunahã made: o povo do veneno"[40], o indigenista relatou o trabalho etnográfico realizado com essa comunidade. Nessa perspectiva, o autor relaciona as mortes por suicídio entre os Suruwahá aos processos históricos de violência que marcaram a trajetória desse povo, especialmente durante o avanço das frentes extrativistas sobre seus territórios tradicionais. Esse período foi marcado por epidemias, conflitos armados e pela morte de lideranças espirituais, acontecimentos que teriam desencadeado o que o autor denomina "etno-trauma". Segundo sua interpretação, essas experiências provocaram um profundo abalo na organização social e espiritual do grupo, contribuindo para uma reformulação de suas concepções religiosas e dos sentidos atribuídos à própria existência.

O trecho a seguir narra, com mais detalhes, os atravessamentos que compõem esse contexto.

> O suicídio, por nós identificado como etno-trauma, tem suas raízes na situação histórica, quando a frente pioneira extrativista avança, exterminando os Zuruahá pela gripe, denominada *tohu bahi*, armas de fogo, chamadas *tohumi bahi***,** e epidemias de sarampo, as *eidubahi*. Seus pajés iniciados, os *inua hixa*, foram eliminados, reduzindo vários grupos de mesma língua e cultura com autodenominações diferentes, antes

[38] FEITOSA, Saulo Ferreira *et al*. Bioethics, culture and infanticide in Brazilian indigenous communities: the Zuruahá case. *Cadernos de saúde pública*, v. 26, p. 853-865, 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csp/a/kPn9cHW4RWKz94CjxDBw3ds/abstract/?lang=pt&—format=html&stop=previous. Acesso em: 21 jul. 2024.
[39] KROEMER, Gunter. *O povo do veneno*: sociedade e cultura do povo Zuruahá. Belém: Edições Mensageiro, 1994.
[40] *Ibid*.

> espalhados ao longo do rio Cuniuá desde a boca do Riozinho até o *Coxodoá*. Os poucos sobreviventes se refugiaram no atual território, autodenominando-se, a partir de então, Zuruahá. A nova situação histórica provocou um colapso psicológico entre esse povo, e a falta dos iniciados causou um caos existencial, levando-os a uma reinterpretação de seu mundo religioso, fundamentando, assim, a nova filosofia sobre o sentido de sua existência[41, p. 78].

Na interpretação de Kroemer, as mortes por envenenamento ocupam lugar central nos sentidos atribuídos à existência entre os Suruwahá. Sua descrição contrapõe os destinos associados ao envenenamento e à velhice e registra a presença da morte em narrativas e brincadeiras infantis. Essas formulações são aqui apresentadas como interpretação etnográfica situada, e não como descrição exaustiva de crenças uniformemente compartilhadas por todos os integrantes do povo[42].

Nessa leitura, as mortes de recém-nascidos e as mortes por envenenamento são relacionadas a concepções de pessoa, sofrimento e vida social que demandam contextualização. Não se pode, entretanto, deduzir dessa interpretação uma regra geral segundo a qual o nascimento de uma criança com deficiência conduziria necessariamente à sua morte[43]. A análise deve distinguir os relatos de situações específicas, os sentidos que lhes são atribuídos e as generalizações produzidas por observadores externos[44, p. 856].

A interpretação apresentada por Kroemer, entretanto, não é consensual na literatura antropológica. Miguel Aparicio, embora reconheça os impactos da violência extrativista sobre a organização social dos Suruwahá, questiona a centralidade atribuída ao trauma histórico como explicação para as mortes por envenenamento. Para o antropólogo, a compreensão dessas práticas exige considerar as particularidades da cosmologia Suruwahá, especialmente as relações entre sujeitos humanos e não humanos, o xamanismo e as concepções de morte e transformação. Sua análise também evidencia a existência de diferentes interpretações entre os próprios Suruwahá sobre o destino dos mortos, problematizando a ideia de que o envenenamento constitua, de forma indistinta, uma via ideal de acesso à imortalidade[45].

O povo Suruwahá é referido como povo de recente contato no documento do Ministério dos Povos Indígenas (MPI)[46, p. 28] utilizado nesta pesquisa. Conforme a antropóloga Lívia Vitenti, há problemas nas interpretações teóricas que o caracterizam como um povo suicida. Segundo a pesquisadora, essa classificação parte de concepções ocidentais sobre a vida e a

[41] *Ibid*., grifos do autor.
[42] *Ibid*.
[43] Essa interpretação não representa necessariamente uma concepção compartilhada por todo o povo Suruwahá, mas uma leitura específica da literatura antropológica, questionada por pesquisadores como Aparicio e Vitenti.
[44] FEITOSA *et al*., *op. cit*.
[45] APARICIO, Miguel. As metamorfoses dos humanos em presas do timbó. Os Suruwaha e a morte por envenenamento. *Revista de Antropologia*, v. 58, n. 2, p. 314-344, 2015. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/26605521?seq=1. Acesso em: 28 out. 2026.
[46] BRASIL. Ministério dos Povos Indígenas. *Relatório de Gestão Integrado 2025*. Brasília: MPI, 2026. Disponível em: https://www.gov.br/povosindigenas/pt-br/acesso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/relatorios-de-gestao/rgi2025_mpi_final.pdf/@@display-file/file. Acesso em: 28 out. 2026.

morte que não correspondem necessariamente às concepções compartilhadas pelos Suruwahá[47].

Nesse sentido, Vitenti propõe compreender essas práticas a partir da noção de morte voluntária, considerando que os motivos que levam à ingestão do veneno são diversos, envolvendo conflitos internos, sentimentos de raiva, tensões geracionais e outras circunstâncias próprias das relações sociais da comunidade. Embora essas mortes provoquem tensões no interior do grupo e causem comoção entre os profissionais de saúde que acompanham a comunidade, os Suruwahá também manifestam resistência à forma como são representados externamente, especialmente quando são classificados como "povo do veneno". Essa denominação reproduz interpretações reducionistas, presentes inclusive entre profissionais de saúde, que os retratam como pessoas que desejam morrer por motivos considerados fúteis, desconsiderando as particularidades culturais e os significados atribuídos ao que a autora chama de "morte voluntária"[48, p. 82].

Nesse cenário, em 1984, quatro anos após o primeiro contato, a Missão Evangélica "Jovens Com Uma Missão" (Jocum) começou a atuar entre o povo Suruwahá e instalou uma base permanente na região. A Jocum é uma organização evangélica internacional que reúne igrejas de várias denominações, cujo histórico de atuação no Brasil é marcado pela entrada e permanência, muitas vezes não autorizadas pelo governo, em territórios indígenas isolados e/ou de recente contato na Amazônia, a partir de 1980[49, p. 156].

Segundo a própria Jocum, a organização busca apresentar "Jesus pessoalmente a esta e futuras gerações", pois, como "cidadãos do Reino de Deus, somos chamados a amar, adorar e obedecer ao Senhor, a amar e servir o Seu corpo, a Igreja e amar a todas as pessoas em todos os lugares, o que inclui apresentar integralmente todo o Evangelho à inteireza de cada pessoa pelo mundo inteiro"[50]. A instalação e permanência da Jocum na comunidade têm como escopo principal, portanto, o cumprimento da missão religiosa mencionada anteriormente, e não necessariamente a defesa dos direitos dos povos nativos, em especial das crianças supostamente vítimas de infanticídio.

Em 2005, a reportagem "O drama de duas indiazinhas Zuruwahá", exibida pelo programa "Fantástico", contribuiu para a repercussão pública da atuação missionária e dos relatos sobre crianças apresentadas como sobreviventes de práticas atribuídas aos Suruwahá[51, p. 157]. A construção dessa narrativa deve ser distinguida da comprovação independente dos acontecimentos narrados. Nesse ambiente de mobilização, o deputado Henrique Afonso apresentou o Projeto de Lei nº 1.057/2007, conhecido como "Lei Muwaji", voltado ao combate às chamadas práticas tradicionais nocivas. A denominação de "lei" difundida na campanha não dispensa a distinção entre proposição legislativa e norma vigente.

---

[47] VITENTI, Lívia. Capítulo 6 - O Povo do veneno? Uma análise crítica das ações de prevenção do suicídio entre os Suruwahá. In: ALMEIDA, Tânia Mara Campos de (org.). *Encontro com Rita Segato por sua linhagem: memórias e memorial*. Brasília: Universidade de Brasília, 2023.

[48] *Ibid*.

[49] HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. Os ecos sem voz: Uma década de falas sem escuta no Congresso Nacional Ainda sobre o "infanticídio indígena". *Anuário antropológico*, v. 43, n. 1, p. 155-196, 2018. Disponível em: https://journals.openedition.org/aa/2921. Acesso em: 21 jul. 2024.

[50] JOCUM Brasil. *Conheça a JOCUM*. 2025. Disponível em: https://jocum.org.br/quem-somos/conheca-a-jocum/. Acesso em: 30 out. 2025.

[51] HOLANDA, *op. cit*.

Márcia Suzuki, missionária vinculada à organização Jocum, tornou-se uma das personagens centrais na campanha contra o chamado "infanticídio indígena" no Brasil. Sua atuação ganhou repercussão especialmente após a adoção de Hakani, criança indígena apresentada publicamente como sobrevivente de uma tentativa de infanticídio entre os Suruwahá[52]. Com o passar do tempo, a história de Hakani foi incorporada às campanhas promovidas por organizações missionárias, tornando-se um símbolo da mobilização política em torno dessa pauta[53, p. 115].

A relação entre a atuação missionária e a construção dessa agenda política também pode ser observada em depoimento de Suzuki, que, ao comentar a tramitação da chamada "Lei Muwaji", declarou: "Dez anos depois observo, de muito longe, o Brasil debater a aprovação de uma lei – A Lei Muwaji – que surgiu nos nossos corações enquanto lutávamos para defender duas famílias da tribo Suruwahá"[54]. Conforme analisa Holanda[55, p. 157-158], essa articulação esteve inicialmente vinculada à Jocum, mas ganhou novos desdobramentos com a criação da Organização Não Governamental Atini, por Márcia Suzuki e pela advogada Maíra Barreto. A partir de 2007, a Atini passou a assumir publicamente o protagonismo das campanhas contra o chamado "infanticídio indígena", apresentando-se como uma organização autônoma, embora mantivesse vínculos com os agentes missionários anteriormente envolvidos nas atividades da Jocum entre os Suruwahá.

A construção política dessa pauta é analisada pela antropóloga Ana Carolina Moreira, que, a partir de uma pesquisa etnográfica sobre os atores e interesses envolvidos na chamada luta contra o "infanticídio indígena", compreende essa denominação como "uma categoria, uma ideia, uma bandeira"[56, p. 115]. Sua pesquisa evidencia como a articulação entre instituições privadas de caráter religioso e agentes do Estado contribuiu para transformar determinadas práticas culturais indígenas em objeto de disputas políticas e de iniciativas legislativas de criminalização.

Nesse contexto, a repercussão do caso Suruwahá e sua associação ao chamado "infanticídio indígena" permitem compreender como uma controvérsia envolvendo um povo específico passou a integrar uma agenda política mais ampla, atravessada por interesses que tensionam os direitos originários e a autonomia sociocultural dos povos indígenas.

[52] SUZUKI, Márcia. *10 anos depois*. 2016. Disponível em: https://www.atini.org.br/10-anos-depois/. Acesso em: 31 out. 2025.

[53] SANTOS-GRANERO, Fernando. Hakani e a campanha contra o infanticídio indígena: percepções contrastantes de humanidade e pessoa na Amazônia brasileira. *Mana*, v. 17, p. 131-159, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/j/mana/a/S9wZFypTRBvJN75VvcBh9hP/?lang=pt&format=html.– Acesso em: 22 jul. 2024.

[54] SUZUKI, *op. cit*.

[55] HOLANDA, *op. cit*.

[56] MOREIRA, Ana Carolina Saviolo. *A construção política da categoria "infanticídio indígena" e o mapeamento de seus atores sociais no Brasil*. 2022. 201 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP, 2022. Disponível em: https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/j3t00002.pdf. Acesso em: 28 out. 2026.

3 A BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO E A BIOÉTICA INTERCULTURAL NA ANÁLISE DO CASO SURUWAHÁ[57]

As violações dos direitos indígenas no Brasil remetem a relações estruturais de poder constituídas no processo colonial e reproduzidas sob diferentes formas[58]. No debate territorial, a exploração econômica da terra pode entrar em conflito com os modos indígenas de existência e reprodução social[59]. A identificação dessas pressões é necessária para compreender a controvérsia Suruwahá, mas não autoriza atribuir indistintamente a todos os agentes econômicos uma mesma conduta ou intenção.

Esse quadro de violação dos direitos tradicionais também envolve a atuação de determinados setores missionários evangélicos, cujos interesses se aproximam dos defendidos por representantes do agronegócio. Os antropólogos Miguel Aparicio e Fabio Ribeiro, ao analisarem a atuação missionária entre os povos Zo'é e Suruwahá, identificam articulações políticas entre organizações religiosas, setores ruralistas e militares, especialmente durante o governo de Jair Bolsonaro. Segundo os pesquisadores, essas alianças contribuíram para o enfraquecimento das políticas indigenistas, tanto por meio de iniciativas que ameaçavam a proteção dos territórios tradicionais quanto pela defesa de intervenções religiosas nas comunidades indígenas. Embora apresentem formas distintas de atuação, esses agentes compartilham, nesse contexto, interesses políticos que colocam em risco a autonomia, os direitos originários e os modos de vida dos povos indígenas[60].

Nesse contexto, a bioética de intervenção, desenvolvida por Volnei Garrafa[61] e Dora Porto, oferece instrumentos para examinar dilemas atravessados por desigualdades sociais e relações assimétricas de poder. Sua crítica ao principialismo incide especialmente sobre a insuficiência de uma aplicação abstrata dos princípios, desvinculada das condições históricas, econômicas e sanitárias de sociedades latino-americanas. O deslocamento proposto consiste

[57] BECKER, Simone; FONSECA, Andrei Domingos. Etnografia genealógica de mortificações de corpos dissidentes no Sul de Mato Grosso do Sul. *Antropolítica: Revista Contemporânea de Antropologia*, v. 57, p. 1-24, 2025. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/391406910_Etnografia_genealogica_de_mortificacoes_de_corpos_dissidentes_no_sul_de_Mato_Grosso_do_Sul. Acesso em: 31 out. 2025.

[58] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. Resolución 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. 2020. Disponível em: http://oas.org/es/cidh/decisiones/-pdf/Resolucion-1-20-es.pdf. Acesso em: 21 jul. 2024.

[59] JOHNSON, Felipe Mattos; BECKER, Simone. "Quando cada caso não é um caso": análise discursiva-etnográfica das violências estruturais estatais disparadas pela criminalização das existências e resistências Kaiowá e Guarani no sul de Mato Grosso do Sul. *Revista Direito e Práxis*, v. 14, n. 2, 2023. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdp/a/dRLF5vfhdgGL6rZ6WDZLzYL/?lang=pt. Acesso em: 28 out. 2026.

[60] APARICIO, Miguel; RIBEIRO, Fabio. Fundamentalismo misionero en la Amazonia indígena: trayectorias zo'é y suruwaha ante el giro ultraconservador brasileño. Mundo Amazónico, v. 13, n. 2, p. 13-50, 2022. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Miguel-Aparicio/publication/361152382_Fundamentalismo_misionero_en_la_Amazonia_indigena_trayectorias_zo'e_y_suruwaha_ante_el_giro_ultraconservador_brasileno/links/63ef6cb02958d64a5cd9fec8/Fundamentalismo-misionero-en-la-Amazonia-indigena-trayectorias-zoe-y-suruwaha-ante-el-giro-ultraconservador-brasileno.pdf. Acesso em: 28 out. 2026.

[61] GARRAFA, Volnei. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. *Revista Bioética*, v. 13, n. 1, p. 125-134, 2005. Disponível em: http://www.realp.unb.br/jspui/bitstream/10482/24286/3/ARTIGO_BioeticaPrincipiosBioetica.pdf. Acesso em: 21 jul. 2024.

em incorporar à análise bioética a justiça social[62], a vulnerabilidade e os efeitos coletivos das decisões[63, p. 3].

A objeção ao principialismo, nessa perspectiva, não exige descartar a autonomia individual nem afirmar a inutilidade de seus princípios. Questiona-se sua suficiência quando a análise privilegia decisões individuais sem examinar as desigualdades que condicionam as possibilidades de escolha[64, p. 129]. No caso indígena, isso requer considerar a dimensão coletiva dos modos de vida e a relação entre corpo e território[65], sem pressupor que os interesses da comunidade sejam internamente homogêneos[66].

A bioética de intervenção atribui relevância moral, no âmbito público, a políticas que ampliem benefícios coletivos e enfrentem desigualdades. Essa orientação, contudo, exige explicitar como são distribuídos os benefícios e os ônus das decisões, sobretudo quando afetam sujeitos já vulnerabilizados. No caso em análise, a consideração da coletividade não resolve antecipadamente os conflitos que envolvem crianças, mulheres e outros integrantes da comunidade; antes, torna necessário examinar suas condições concretas de participação e proteção[67, p. 130-131].

Volnei Garrafa e Dora Porto[68] avançaram no contexto internacional ao utilizarem a América Latina como ponto de partida para a criação da bioética de intervenção. Para esses intelectuais, essa proposta teórica representa uma aliança sólida com uma parcela da sociedade fragilizada por um contexto de violência histórica. Nos países periféricos, onde esses conflitos também ocorrem, é primordial uma reanálise de dilemas como "autonomia versus justiça/equidade; benefícios individuais versus benefícios coletivos; individualismo versus solidariedade; omissão versus participação; mudanças superficiais e temporárias versus mudanças concretas e permanentes"[69, p. 401].

No estudo sobre os Suruwahá realizado por Saulo Feitosa, Volnei Garrafa, Gabriele Cornelli, Carla Tardivo e Samuel de Carvalho[70], os autores argumentam que o abandono de uma prática, tomado isoladamente, não bastaria para avaliar o êxito de uma intervenção bioética. Sua avaliação depende também do processo de diálogo entre perspectivas morais distintas e do respeito às culturas envolvidas, especialmente àquelas submetidas à pressão da cultura dominante.

[62] NASCIMENTO, Wanderson Flor do; GARRAFA, Volnei. Por uma vida não colonizada: diálogo entre bioética de intervenção e colonialidade. *Saúde e Sociedade*, v. 20, p. 287-299, 2011. Disponível em: https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-307640. Acesso em: 21 jul. 2024.

[63] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2020.

[64] GARRAFA, *op. cit*.

[65] SANTOS; OLIVEIRA; DANTAS, 2023.

[66] GARRAFA, *loc. cit*.

[67] *Ibid*.

[68] GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. Intervention bioethics: a proposal for peripheral countries in a context of power and injustice. *Bioethics*, v. 17, n. 5-6, p. 399-416, 2003. Disponível em: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/14870763/. Acesso em: 21 jul. 2024.

[69] *Ibid*.

[70] FEITOSA, Saulo Ferreira *et al*. Bioethics, culture and infanticide in Brazilian indigenous communities: the Zuruahá case. *Cadernos de saúde pública*, v. 26, p. 853-865, 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csp/a/kPn9cHW4RWKz94CjxDBw3ds/abstract/?lang=pt& format=html&stop=previous. Acesso em: 21 jul. 2024.

Para os autores, por meio de um trabalho dialógico cuidadoso entre a ética da cultura ocidental, majoritariamente contrária ao infanticídio, e a ética do povo Suruwahá, poderia ocorrer uma compreensão mais ampla, por parte dos ocidentais, das razões particulares que conduzem ao infanticídio e de sua natureza ética no contexto social da comunidade tradicional[71, p. 864]. Ademais, os pesquisadores criticam a criminalização da prática.

> Em uma perspectiva de intervenção e diálogo, não se pode de forma alguma considerar bioeticamente aceitável tentar impor um ponto de vista– ao povo Zuruahá com relação ao infanticídio, tal como a visão religiosa cristã que motivou a consequente remoção da comunidade de indivíduos socialmente marcados para morrer. Da mesma forma, é inaceitável qualquer tentativa de criminalizar a prática do infanticídio dentro desse contexto cultural[72].

Nesse ponto, a antropóloga Rita Laura Segato propõe que o dilema Suruwahá seja analisado sob a ótica do pluralismo histórico. Segundo a autora, "Os sujeitos coletivos dessa pluralidade de histórias são os povos, com autonomia deliberativa para realizar seu processo histórico, ainda que em contato, como sempre foi, com a experiência, as soluções e os processos de outros povos."[73, p. 111] A autora defende, assim, um Estado restituidor, que assegure as condições para a autonomia e a deliberação comunitária, sem impor padrões morais ou jurídicos externos de forma unilateral[74, p. 86-87].

Outra abordagem possível para a análise do chamado "infanticídio indígena" é a bioética intercultural[75]. De acordo com essa perspectiva, há obstáculos à prática bioética no encontro de diferentes culturas atravessadas pela colonialidade[76] e pelo racismo estrutural[77]. Desse modo, o caso Suruwahá também deve ser analisado à luz dessas relações.

Na perspectiva intercultural orientada pelos direitos humanos, o diálogo é necessário, mas pode ser insuficiente diante de violações que atinjam mulheres e crianças. A aplicação desse argumento ao caso Suruwahá exige identificar situações concretas de risco e assegurar a escuta dos sujeitos envolvidos, sem presumir que a autonomia coletiva afaste a proteção individual ou que a proteção individual legitime intervenções assimilacionistas.

---

[71] FEITOSA *et al*, *op. cit*.

[72] *Ibid.*, tradução nossa.

[73] SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. *E-cadernos ces*, n. 18, p. 106-131, 2012. Disponível em: https://journals.openedition.org/eces/1533#. Acesso em: 21 jul. 2024.

[74] SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-92, 2014. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24623. Acesso em: 28 out. 2026.

[75] MELO, Aislan Vieira de *et al*. Bioética e interculturalidade na atenção à saúde indígena. *Revista Bioética*, v. 29, n. 3, p. 487–498, jul./set., 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/bioet/a/Pf74HnMCysThKmNKWz7hqDf/?format=pdf&lang-=pt. Acesso em: 20 jul. 2024. ALBUQUERQUE, Aline. Perspectiva Bioética Intercultural e Direitos Humanos: a busca de instrumentos éticos para a solução de conflitos de base cultural. *Tempus–Actas de Saúde Coletiva*, v. 9, n. 2, p. 9-27, 2015. Disponível em: https://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1760. Acesso em: 19 jul. 2024.

[76] MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. 1. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

[77] ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2019.

Ao discutir o enfrentamento da mutilação genital feminina, Aline Albuquerque[78] apresenta estratégias que combinam instrumentos normativos, campanhas públicas, informação, fortalecimento da participação comunitária e mobilização de lideranças. O exemplo evidencia que a ação intercultural pode articular diálogo e proteção de direitos, sem se limitar à resposta penal. Sua referência aqui é metodológica: não estabelece equivalência entre aquela prática e as situações atribuídas aos Suruwahá, nem autoriza transferir automaticamente as mesmas medidas de um contexto a outro.

A articulação dessas perspectivas permite compreender a controvérsia para além de uma oposição abstrata entre cultura e direitos individuais. A bioética de intervenção evidencia as desigualdades estruturais e as assimetrias de poder; o pluralismo histórico de Segato acentua a autonomia deliberativa dos povos; e a bioética intercultural, orientada pelos direitos humanos, interroga os limites das soluções adotadas diante de violações concretas. Essas contribuições não são totalmente coincidentes: a prioridade atribuída à deliberação comunitária pode entrar em conflito com a exigência de proteção individual. Sua aproximação, portanto, constitui um exercício crítico, e não a fusão de teorias em uma solução única.

No caso Suruwahá, essa articulação permite questionar quem definiu o chamado "infanticídio indígena" como um problema público, quais evidências sustentaram sua repercussão e quem participou da elaboração das respostas propostas. A campanha em torno de Hakani e a apresentação do Projeto de Lei nº 1.057/2007 evidenciam o protagonismo de agentes missionários e políticos na construção dessa pauta. Embora as fontes analisadas não permitam determinar a extensão da participação dos próprios Suruwahá nesses processos, elas demonstram a importância de considerar suas perspectivas na formulação de respostas que conciliem a autonomia coletiva e a proteção dos direitos individuais. Assim, a análise bioética da controvérsia exige examinar as relações de poder que atravessam a definição do problema e as consequências das intervenções propostas.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa examinou como a bioética de intervenção e a bioética intercultural podem contribuir para a compreensão crítica da controvérsia sobre o chamado "infanticídio indígena" entre os Suruwahá. A análise bibliográfica e documental oferece suporte à hipótese de que a construção pública dessa pauta é atravessada pelo racismo estrutural e pela atuação de agentes externos, especialmente políticos e religiosos. Esse resultado diz respeito à produção e à circulação da controvérsia; não equivale a demonstrar que todos os relatos sejam falsos ou que toda intervenção externa decorra dos mesmos interesses. As abordagens examinadas permitem situar o debate nas relações entre desigualdades estruturais, autonomia coletiva e proteção individual.

A contextualização histórica mostrou que a proteção da vida indígena deve ser analisada em conjunto com a garantia dos territórios e o enfrentamento das desigualdades sanitárias e sociais. Os dados de mortalidade infantil mobilizados no artigo evidenciam a relevância

[78] ALBUQUERQUE, Aline. Perspectiva Bioética Intercultural e Direitos Humanos: a busca de instrumentos éticos para a solução de conflitos de base cultural. *Tempus–Actas de Saúde Coletiva*, v. 9, n. 2, p. 9-27, 2015. Disponível em: https://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1760. Acesso em: 19 jun. 2024.

dessas condições, mas não medem a frequência das práticas reunidas sob a expressão "infanticídio indígena". Assim, sua utilização permite questionar a seletividade da agenda pública, sem substituir a investigação dos episódios concretos nem diminuir a importância da proteção de cada criança.

A contribuição teórica do estudo consiste em aproximar a crítica às desigualdades e à colonialidade, a defesa da autonomia deliberativa dos povos e a proteção dos direitos dos sujeitos que os integram. Essa aproximação não elimina as divergências entre as correntes examinadas. Ela exige que a resposta a situações concretas evite tanto a imposição unilateral de padrões externos quanto a representação da comunidade como uma totalidade sem dissensos, reconhecendo a participação de mulheres, famílias e demais sujeitos afetados.

O alcance dessas conclusões é delimitado pelo caráter bibliográfico e documental do estudo. A pesquisa não realizou escuta direta dos Suruwahá, não estimou a ocorrência das práticas discutidas e não avaliou os resultados de intervenções concretas. Investigações futuras podem aprofundar essas questões mediante procedimentos eticamente adequados e construídos com a participação do próprio povo, sem tomar as narrativas externas como substitutas de suas vozes.

Por fim, o protagonismo dos Suruwahá na definição dos problemas e na discussão das respostas constitui uma exigência coerente com as perspectivas analisadas. Reconhecer esse protagonismo implica assegurar condições de deliberação e proteção, incluindo os integrantes em situação de maior vulnerabilidade, e acolher a pluralidade de posições existentes no interior da comunidade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. Perspectiva Bioética Intercultural e Direitos Humanos: a busca de instrumentos éticos para a solução de conflitos de base cultural. *Tempus–Actas de Saúde Coletiva*, v. 9, n. 2, p. 9-27, 2015. Disponível em: https://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1760. Acesso em: 19 jun. 2024.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2019.

APARICIO, Miguel. As metamorfoses dos humanos em presas do timbó. Os Suruwaha e a morte por envenenamento. *Revista de Antropologia*, v. 58, n. 2, p. 314-344, 2015. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/26605521?seq=1. Acesso em: 28 out. 2026.

APARICIO, Miguel; RIBEIRO, Fabio. Fundamentalismo misionero en la Amazonia indígena: trayectorias zo'é y suruwaha ante el giro ultraconservador brasileño. *Mundo Amazónico*, v. 13, n. 2, p. 13-50, 2022. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Miguel-Aparicio/publication/361152382_Fundamentalismo_misionero_en_la_Amazonia_indigena_trayectorias_zo'e_y_suruwaha_ante_el_giro_ultraconservador_brasileno/links/63ef6cb02958d64a5cd9fec8/Fundamentalismo-misionero-en-la-Amazonia-indigena-trayectorias-zoe-y-suruwaha-ante-el-giro-ultraconservador-brasileno.pdf. Acesso em: 28 out. 2026.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. APIB. *Nossa luta é pela vida*: Covid-19 e povos indígenas (...). Novembro, 2020. Disponível em: https://emergenciaindigena.apiboficial.org/files/2020/12/APIB_nossalutaepelavida_v7PT.pdf. Acesso em: 13 jun. 2024.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. APIB. Dossiê internacional de denúncias dos povos indígenas do Brasil 2021. Brasília, 2021. Disponível em: https://apiboficial.org/files/2021/08/DOSSIE_pt_v3web.pdf. Acesso em: 17 jan. 2024.

BECKER, Simone; FONSECA, Andrei Domingos. Etnografia genealógica de mortificações de corpos dissidentes no Sul de Mato Grosso do Sul. *Antropolítica: Revista Contemporânea de Antropologia*, v. 57, p. 1-24, 2025. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/391406910_Etnografia_genealogica_de_mortificacoes_de_corpos_dissidentes_no_sul_de_Mato_Grosso_do_Sul. Acesso em: 31 out. 2025.

BRASIL**.** *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2024.

BRASIL. Ministério dos Povos Indígenas. *Relatório de Gestão Integrado 2025*. Brasília: MPI, 2026. Disponível em: https://www.gov.br/povosindigenas/pt-br/acesso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/relatorios-de-gestao/rgi2025_mpi_final.pdf/@@display-file/file. Acesso em: 28 out. 2026.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Índios no Brasil:* história, direitos e cidadania. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. Pesquisas de antropologia política. SP: Cosac Naify, 2004.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. CNV. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade – Volume II, Texto 5*: Violações de direitos humanos dos povos indígenas. 2014. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/. Acesso em: 21 jul. 2024.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). *Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil*: dados de 2025. 23. ed. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2026. Disponível em: https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2026/08/relatorio-violencia-povos-indigenas-2025-cimi.pdf. Acesso em: 21 out. 2026.

DESENVOLVIMENTO E DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS. *Research Report - Development and Indigenous Peoples' Law Research Group.* 2021. Disponível em: https://privpapers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=4668359. Acesso em: 09 jun. 2024.

FEITOSA, Saulo Ferreira *et al*. Bioethics, culture and infanticide in Brazilian indigenous communities: the Zuruahá case. *Cadernos de saúde pública*, v. 26, p. 853-865, 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csp/a/kPn9cHW4RWKz94CjxDBw3ds/abstract/?lang=pt&format=html&stop=previous. Acesso em: 21 jul. 2024.

FERNANDES, Pádua. A proteção das terras indígenas no direito internacional: marco temporal, provincianismo, constitucional e produção legal da ilegalidade. *In*: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (orgs). *Direito dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. *Risco de espalhamento da COVID-19 em populações indígenas*: considerações preliminares sobre vulnerabilidade geográfica e sociodemográfica. Rio

de Janeiro: Fiocruz/ENSP/PROCC; FGV, 2020. Relatório. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/40980. Acesso em: 21 jun. 2024.

FONSECA, Andrei Domingos. *Genocídio indígena no Brasil*: racismo de Estado e necropolítica em tempos pandêmicos. Londrina, PR: Editora Thoth, 2024.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARRAFA, Volnei. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. *Revista Bioética*, v. 13, n. 1, p. 125-134, 2005. Disponível em: http://www.realp.unb.br/jspui/bitstream/10482/24286/3/ARTIGO_BioeticaPrincipiosBioetica.pdf. Acesso em:– 21 jul. 2024.

GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. Intervention bioethics: a proposal for peripheral countries in a context of power and injustice. *Bioethics*, v. 17, n. 5-6, p. 399-416, 2003. Disponível em: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/14870763/. Acesso em: 21 jul. 2024.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. Os ecos sem voz: Uma década de falas sem escuta no Congresso Nacional Ainda sobre o “infanticídio indígena”. *Anuário antropológico*, v. 43, n. 1, p. 155-196, 2018. Disponível em: https://journals.openedition.org/aa/2921. Acesso em: 21 jul. 2024.

JACARANDÁ, Rodolfo. A violência na Amazônia: uma governamentalidade baseada no fracasso. *Revista Direito e Práxis*, v. 15, n. 04, p. 1-25, 2024. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/86352. Acesso em: 22 out. 2026.

JOCUM Brasil. *Conheça a JOCUM*. 2025. Disponível em: https://jocum.org.br/quem-somos/conheca-a-jocum/. Acesso em: 30 out. 2025.

JOHNSON, Felipe Mattos; BECKER, Simone. "Quando cada caso não é um caso”: análise discursiva-etnográfica das violências estruturais estatais disparadas pela criminalização das existências e resistências Kaiowá e Guarani no sul de Mato Grosso do Sul. *Revista Direito e Práxis*, v. 14, n. 2, 2023. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdp/a/dRLF5vfhdgGL6rZ6WDZLzYL/?lang=pt. Acesso em: 28 out. 2026.

KROEMER, Gunter. *O povo do veneno*: sociedade e cultura do povo Zuruahá. Belém: Edições Mensageiro, 1994.

KUÑANGUE ATY GUASU. *O racismo e intolerância religiosa*: as sequelas de invasões (neo)pentecostais nos Corpos Territórios das Mulheres Kaiowá e Guarani/MS - edição 2022/2023. Kuñangue Aty Guasu: Mato Grosso do Sul, jun. 2023.

LIMA, Jairo; FONSECA, Andrei Domingos; EVANGELISTA, Lucas de Moura Alves. A participação e as reivindicações indígenas na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 11, n. 1, p. 68–102, 2024. Disponível em: https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/772. Acesso em: 29 out. 2026.

MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. 1. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MELO, Aislan Vieira de et al. Bioética e interculturalidade na atenção à saúde indígena. *Revista Bioética*, v. 29, n. 3, p. 487–498, jul./set., 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/bioet/a/Pf74HnMCysThKmNKWz7hqDf/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 20 jul. 2024.

MILAN, Ezequias Freire; PASSAMANI, Guilherme. “Vivendo no paraíso”: processos de urbanização e condomínios de luxo na terra do agronegócio. *Ponto Urbe [Online]*, 31, 2023. Disponível em: http://journals.openedition.org/pontourbe/14428. Acesso em: 21 jul. 2024.

MOREIRA, Ana Carolina Saviolo. *A construção política da categoria "infanticídio indígena" e o mapeamento de seus atores sociais no Brasil*. 2022. 201 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP, 2022. Disponível em: https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/j3t00002.pdf. Acesso em: 28 out. 2026.

NASCIMENTO, Wanderson Flor do; GARRAFA, Volnei. Por uma vida não colonizada: diálogo entre bioética de intervenção e colonialidade. *Saúde e Sociedade*, v. 20, p. 287-299, 2011. Disponível em: https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-307640. Acesso em: 21 jul. 2024.

NÚCLEO CIÊNCIA PELA INFÂNCIA. NCPI. *Desigualdades em saúde de crianças indígenas*. Comitê Científico do Núcleo Ciência Pela Infância. São Paulo: Fundação Maria Cecilia Souto Vidigal, 2024. Disponível em: https://ncpi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/Desigualdades-em-saude-de-criancas-indigenas.pdf. Acesso em: 29 out. 2026.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. *A presença indígena na formação do Brasil.* Brasília, DF, Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade/ Laced, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. Resolución 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. 2020. Disponível em: http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf. Acesso em: 21 jul. 2024.

RAMALHO, Walderez. Marco temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. *Revista Brasileira de História*, v. 45, n. 98, p. 01-24, 2025. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbh/a/5NjqpNmtbmtPLfcDHtbph3Q/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 31 out. 2025.

RANGEL, Lucia Helena. Violência autoinfligida: jovens indígenas e os enigmas do suicídio. *Desidades*, n. 25, p. 27-38, 2019. Disponível em: https://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S2318-92822019000400003&script=sci_arttext. Acesso em: 22 out. 2026.

SANTOS, Franciele Alves dos; DE OLIVEIRA, Meyriane Costa; DANTAS, Candida Maria Bezerra. Índia mulher: narrativa sobre identidade, corpo-território e autorreconhecimento. Athenea Digital. *Revista de pensamiento e investigación social*, v. 23, n. 2, p. 1-19, 2023. Disponível em: https://atheneadigital.net/article/view/v23-n2-santos-oliveira-dantas. Acesso em: 21 jul. 2024.

SANTOS-GRANERO, Fernando. Hakani e a campanha contra o infanticídio indígena: percepções contrastantes de humanidade e pessoa na Amazônia brasileira. *Mana,* v. 17, p. 131-159, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/j/mana/a/S9wZFypTRBvJN75VvcBh9hP/?lang=pt&format=html. Acesso em: 22 jul. 2024.

SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. *E-cadernos ces*, n. 18, p. 106-131, 2012. Disponível em: https://journals.openedition.org/eces/1533#. Acesso em: 21 jul. 2024.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-92, 2014. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24623. Acesso em: 28 out. 2026.

SUZUKI, Márcia. *10 anos depois*. 2016. Disponível em: https://www.atini.org.br/10-anos-depois/. Acesso em: 30 out. 2025.

TERENA, Luiz Eloy. *Povos indígenas e o judiciário no contexto pandêmico*: a ADPF 709 proposta pela articulação dos povos indígenas do Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Mórula, 2022.

VITENTI, Lívia. Capítulo 6 - O Povo do veneno? Uma análise crítica das ações de prevenção do suicídio entre os Suruwahá. *In*: ALMEIDA, Tânia Mara Campos de (org.). *Encontro com Rita Segato por sua linhagem: memórias e memorial.* Brasília: Universidade de Brasília, 2023.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Os Involuntários da Pátria. *ARACÊ – Direitos Humanos em Revista*, ano 4, n. 05, p. 187-193, fev., 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4865765/mod_resource/content/1/140-257-1-SM.pdf. Acesso em: 21 jun. 2024.

YIN, Robert K. *Estudo de caso*: planejamento e métodos. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

MATERIALIDADES DA EXCLUSÃO URBANA: LEI Nº 14.489/2022 E DIREITO À CIDADE

MATERIALITIES OF URBAN EXCLUSION: BRAZILIAN LAW NO. 14,489/2022 AND THE RIGHT TO THE CITY

CLARA ADÃO*

RESUMO

Este artigo analisa a Lei nº 14.489/2022, que alterou o Estatuto da Cidade para vedar a arquitetura hostil, examinando seus fundamentos, limites e regulamentação pelo Decreto nº 11.819/2023. Parte-se da compreensão de que tais dispositivos buscam promover a fruição inclusiva do espaço público e mitigar processos de segregação socioespacial que atingem, especialmente, pessoas em situação de rua. Argumenta-se, contudo, que a arquitetura hostil constitui expressão de dinâmicas estruturais de exclusão, não podendo ser enfrentada isoladamente de políticas públicas integradas. A metodologia empregada foi a análise jurídico-dogmática, com aporte teórico-crítico, sob uma perspectiva decolonial. Foi feita análise documental legislativa. A pesquisa evidencia avanços normativos, como o conceito jurídico de arquitetura hostil e a previsão de estratégias urbanísticas de controle, mas identifica ambiguidades regulatórias e lacunas de efetividade, sobretudo quanto à natureza dos incentivos para desfazimento de estruturas hostis e à ausência de medidas de acolhimento. Conclui-se que a consolidação da norma depende da complementação doutrinária e de articulação institucional mais ampla.

Palavras-chave: Lei Padre Júlio Lancellotti; Direito à Cidade; Arquitetura Hostil; Pessoas em situação de rua; Exclusão urbana.

ABSTRACT

This article analyzes Law No. 14,489/2022, which amended the City Statute to prohibit hostile architecture, examining its foundations, limits, and regulation under Decree No. 11,819/2023. It proceeds from the understanding that these provisions seek to promote the inclusive use of public space and to mitigate socio-spatial segregation processes that particularly affect people experiencing homelessness. It argues, however, that hostile architecture constitutes an expression of structural dynamics of exclusion and therefore cannot be addressed in isolation from integrated public policies. The methodology employed consisted of juridical-dogmatic analysis, supported by a critical theoretical framework from a decolonial perspective, combined with legislative documentary analysis. The research highlights normative advances, such as the establishment of a legal concept of hostile architecture and the provision of urban regulatory strategies, but identifies regulatory ambiguities and gaps in effectiveness, especially regarding the nature of incentives for the removal of hostile structures and the absence of supportive inclusion measures. It concludes that the consolidation of the norm depends on further doctrinal development and broader institutional coordination.

Keywords: Padre Júlio Lancellotti Law; Right to the City; Hostile Architecture; People Experiencing Homelessness; Urban Exclusion.

* Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Formiga - UNIFOR/MG. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa INDIGNA - Direito e Cidadania / Indignação e Conhecimento (UFC/CE). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa DITERRA - Direito, Território & Amazônia (UNIR/RO). Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisas Sobre Situação de Rua (NESPSR/UFJF/MG).
claraadolli@gmail.com

Recebido em: 1-3-2026 | Aprovado em: 4-11-2026

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O DIREITO À CIDADE ÀS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA; 2 ANÁLISE CRÍTICA DA LEI PADRE JÚLIO LANCELLOTTI Nº 14.489/2022; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO

A lei 14.489 de 21 de dezembro de 2022, intitulada Lei Padre Júlio Lancellotti, teve como finalidade a alteração do Estatuto da Cidade (Lei. 10.257/2001) para impedir a construção e manutenção de obras de arquitetura hostil. Foi uma medida pensada para promover o livre usufruto do espaço público, sem artifícios segregadores às pessoas em situação de rua, idosos, jovens e outros grupos sociais.

Essa alteração no Estatuto da Cidade constitui uma exigência jurídica decorrente do próprio regime constitucional de proteção aos direitos fundamentais e da materialização do direito à cidade, uma vez que a utilização de dispositivos arquitetônicos destinados a restringir permanência, repouso ou circulação em espaços públicos produz barreiras materiais que inviabilizam o exercício de liberdades básicas — como locomoção, uso de bens públicos e acesso à urbanidade — afetando de maneira desproporcional pessoas em situação de rua. Na ausência de proibição normativa expressa, tais práticas tendem a ser naturalizadas como escolhas técnicas ou estéticas do planejamento urbano, operando como mecanismos indiretos de exclusão incompatíveis com os princípios da dignidade da pessoa humana, função social da cidade e igualdade material[1]. A positivação dessa vedação, portanto, representa a criação de um instrumento jurídico necessário para impedir que o espaço público seja instrumentalizado como tecnologia de segregação, assegurando condições mínimas para que sujeitos historicamente marginalizados possam exercer, ainda que de forma precária, seu direito de presença e pertencimento na cidade.

Desta forma, pode-se considerar que a lei Padre Júlio Lancellotti representa um avanço no combate à arquitetura hostil e à segregação socioespacial das pessoas em situação de rua, por meio da normatização de dispositivo que visa efetivar o direito à cidade a esses grupos vulnerabilizados, considerando que a asserção anterior desses direitos era insuficiente para garantir seu gozo pelas pessoas em situação de rua. No entanto, é preciso ressaltar que a questão da situação de rua é multifatorial, complexa e exige um conjunto de políticas públicas que não pode ser desarticulada. Não se trata tão somente de uma questão de moradia ou de acesso ao espaço público – ainda que esses temas sejam cruciais para se pensar a cidadania das pessoas em situação de rua – mas dos próprios conceitos fundantes de valor e de trabalho, que são deturpados quando se trata desses grupos sociais.

Nesse contexto, o problema de pesquisa que orienta o presente estudo consiste em examinar em que medida a vedação normativa à arquitetura hostil, introduzida pela Lei nº

[1] GIESE, Juliana Varejão; ADÃO, Clara. Hostilidade e aporofobia: a situação de rua e as trocas urbanas. *In*: Igor Rodrigues e Dmitri Cerboncini Fernandes (orgs). Trocas sinistras: a vida na rua sob um novo prisma. Curitiba: Editora CRV, 2024.

14.489/2022, é capaz de produzir efeitos jurídicos concretos na promoção do direito à cidade para pessoas em situação de rua, diante das limitações conceituais, institucionais e estruturais que permeiam sua implementação. Justifica-se, portanto, a investigação pela necessidade de avaliar criticamente a densidade normativa e a eficácia potencial do dispositivo à luz de uma perspectiva jurídica do direito à cidade, que reconhece o espaço urbano como campo de disputa material e simbólica, no qual categorias de cidadania e pertencimento são diferencialmente distribuídas. Tal análise busca contribuir para o debate doutrinário ao problematizar os limites do direito urbanístico como ferramenta de enfrentamento da exclusão socioespacial e ao indicar caminhos interpretativos que ampliem a efetividade da proteção jurídica conferida a grupos historicamente marginalizados.

Para tanto, a metodologia empregada na presente pesquisa se baseou na análise jurídico-dogmática, informada por referenciais teóricos críticos do direito urbanístico e por perspectiva decolonial, que orientam a interpretação normativa e a problematização de seus efeitos socioespaciais. Quanto à opção decolonial, é importante esclarecer que se trata de um paradigma epistemológico que guia a tessitura textual, nos termos propostos por Bernard Constantino Ribeiro[2], sob alguns princípios norteadores: a) análise do Direito sob a perspectiva dos sujeitos de direito, ao invés da visão estrita das instituições jurídicas; b) eleição de um referencial teórico majoritariamente latino-americano, dadas as particularidades geo históricas e territoriais; e, por fim c) transdisciplinaridade, sob a compreensão de que "O Direito autêntico e global não pode ser isolado em campos de concentração legislativa, pois indica os princípios e normas libertadores, considerando a lei um simples acidente no processo jurídico, e que pode, ou não, transportar as melhores conquistas"[3, p. 04].

Além disso, foi realizada análise documental legislativa, com exame da Constituição Federal de 1988, da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), da Lei nº 14.489/2022 (Lei Padre Júlio Lancellotti), do Decreto nº 11.819/2023 e do Decreto nº 7.053/2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua. Também foram examinados os documentos relativos ao processo legislativo da Lei nº 14.489/2022, especialmente o Projeto de Lei nº 488/2021, a Mensagem de Veto nº 656/2022 e os registros da apreciação do Veto nº 55/2022 pelo Congresso Nacional.

A análise considerou, como critérios, a distribuição constitucional de competências entre os entes federativos; o alcance e a densidade normativa dos dispositivos; a identificação dos destinatários e das obrigações estabelecidas; os mecanismos previstos para implementação, monitoramento e fiscalização; e a articulação das medidas com os direitos da população em situação de rua e com as políticas públicas urbanas e sociais. Buscou-se, assim, identificar os avanços, os limites e as lacunas do tratamento normativo conferido à arquitetura hostil no ordenamento jurídico brasileiro.

1 O DIREITO À CIDADE ÀS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

A formulação do direito à cidade, enquanto categoria jurídico-política vinculada à fruição equitativa dos espaços urbanos e à participação na produção de suas dinâmicas sociais,

[2] RIBEIRO, Bernard Constantino. Direito e decolonialidade: insurgência e contra-hegemonia em ABYA YALA. Andradina: Editora Meraki, 2021.

[3] LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito? 11. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

revela seus conflitos e contradições quando confrontada com a realidade das pessoas em situação de rua. Embora formalmente incluídos no corpo de destinatários dos direitos fundamentais, tais sujeitos experienciam um processo sistemático de marginalização que opera tanto no plano material quanto simbólico, restringindo sua permanência, circulação e visibilidade no espaço urbano[4]. A cidade, concebida constitucionalmente como espaço de realização da cidadania, torna-se, para essa população, território de controle, vigilância e expulsão, destacando que os instrumentos jurídicos de efetivação de um direito à cidade têm destinatários claros e reduzidos, fazendo com que determinados grupos sociais suportem um ônus social desigual, de despossessão, degradação e violência[5].

> O direito à cidade surge como um termo utilizado por urbanistas, filósofos, sociólogos e juristas, que identificam e reconhecem a presença do cidadão urbano como construtor e destinatário de um espaço que reproduz as características das relações socioeconômicas e jurídicas. A cidade se confunde com o próprio sistema econômico capitalista, de matiz industrial, no qual o ser humano é idealizador, protagonista e usufruidor. Em seu território convivem todas as necessidades e desigualdades socioeconômicas. A presença humana, o ser e o estar na cidade são, então, resultando de uma constante busca humana consagrada como um direito[6, p. 296-297].

O acesso à coisa pública, seja pelos bens de uso comum ou infraestruturas financiadas e mantidas por regimes jurídicos públicos, é um pressuposto do exercício da cidadania a todos os sujeitos. Entretanto, esse acesso não se dá de maneira equânime entre diferentes grupos sociais, que têm suas vulnerabilidades como fatores restritivos e coibitivos, resultando na distribuição desigual de ônus ambientais, sociais e urbanísticos. Nesse sentido, Alexandra Abello Colak e outros pesquisadores[7] descrevem a securitização do ambiente urbano, por meio de estratégias que funcionam justamente como limitação de acesso a usuários determinados, como segregação espacial baseada na privatização dos espaços; estratégias de "limpeza"/higienismo e policiamento punitivo; restrição de movimento por meio de controle estrito dos fluxos urbanos; militarização do espaço urbano, além de projetos urbanos que, sob a fachada de melhoria, incorporam elementos de controle e exclusão que lembram a arquitetura hostil.

Contudo, o direito à cidade não deve ser compreendido como mera prerrogativa de acesso físico ao espaço urbano, mas como categoria normativa e política que envolve a possibilidade de usufruir, habitar, participar e influenciar a produção da vida urbana em condições de igualdade material. Originado no debate teórico sobre a apropriação social do espaço e

[4] FERNANDES, Dmitri Cerboncini; RODRIGUES, Igor. Como compreender a vida nas ruas: subjetividades em ruína no capitalismo em colapso. *In:* FERNANDES, Dmitri Cerboncini; RODRIGUES, Igor (orgs). *Trocas sinistras*: a vida na rua sob um novo prisma. Curitiba: Editora CRV, 2024.

[5] ADÃO, Clara de Oliveira; ROCHA, Nara Caroline de Oliveira. Dispositivos jurídicos que engendram a exclusão dos cidadãos em situação de rua. *E-locução*, v. 1, n. 20, 2021.

[6] PETHECHUST, Eloi Rodrigues Barreto; CASIMIRO, Lígia Melo de. O direito à cidade: eficiência da política nacional de resíduos sólidos à luz da análise econômica do direito. Direito da cidade, v. 8, p. 294-307, 2016. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/rdc/article/view/19807/15658. Acesso em: 12 fev. 2026.

[7] ABELLO-COLAK, Alexandra; LOMBARD, Melanie; GUARNEROS-MEZA, Valeria. Framing urban threats: a socio-spatial analysis of urban securitisation in Latin America and the Caribbean. Urban Studies, v. 60, n. 14, p. 2741-2762, 2023. Disponível em: https://doi.org/10.1177/00420980231160948. Acesso em: 30 out. 2026.

progressivamente incorporado ao discurso jurídico-urbanístico, esse direito engloba dimensões distributivas, participativas e simbólicas, e, para Henri Lefebvre[8], abrange o reconhecimento de pertencimento e legitimidade de presença na cidade, para além da circulação por bens e serviços urbanos.

> Declarar que a cidade se define como rede de circulação e de consumo, como centro de informações e de decisões, é uma ideologia absoluta; essa ideologia, que procede de uma redução-extrapolação particularmente arbitrária e perigosa, se oferece como verdade total e dogma, utilizando meios terroristas. Leva ao urbanismo dos canos, da limpeza pública, dos medidores, que se pretende impor em nome da ciência ou do rigor científico[9, p. 52].

Arlete Rodrigues[10, p. 2] afirma que o direito à cidade "constitui outra forma de produzir e consumir a cidade" e acrescenta que esse, mais amplo, engloba o direito à moradia, sob a perspectiva de que "a moradia como direito representa que o lugar de morar deve ser considerado valor para a vida, valor de usar e usufruir o espaço urbano". Essa asserção demonstra que o direito à cidade deve se orientar por prioridades normativas que extrapolem a circulação de capital e a rentabilidade territorial, projetando-se como critério interpretativo para avaliar práticas urbanísticas que hierarquizam presenças e utilidades, especialmente quando tais práticas restringem a experiência urbana de grupos cuja relação com o espaço se ancora justamente em necessidades de uso e sobrevivência.

No ordenamento brasileiro, sua materialização relaciona-se à função social da cidade e da propriedade, à gestão democrática e à promoção de inclusão socioespacial, princípios que exigem que o planejamento urbano não opere como mecanismo seletivo de exclusão. Sob essa perspectiva, negar a determinados grupos a permanência, visibilidade ou uso efetivo dos espaços públicos constitui violação da própria estrutura jurídica que fundamenta a urbanidade como espaço de cidadania compartilhada.

Nesse sentido, a análise do direito à cidade precisa ser centrada nos sujeitos que experienciam o espaço urbano, considerando as desigualdades na apropriação e os efeitos e consequências da organização espacial da cidade, para além do plano abstrato da normatividade urbanística. Isso porque a efetividade do direito à cidade não pode ser aferida apenas pela existência de princípios e diretrizes no ordenamento jurídico, mas sobretudo pela capacidade dessas estruturas de garantir condições reais de permanência e usufruto a grupos situados em posições de maior vulnerabilidade socioespacial. Entre esses sujeitos, as pessoas em situação de rua constituem um caso paradigmático, na medida em que sua relação com o espaço urbano é mediada por restrições materiais, simbólicas e institucionais que desafiam e põem à prova diretamente os fundamentos inclusivos que orientam a política urbana. A análise de sua condição permite, portanto, avaliar em que medida o direito à cidade opera como garantia concreta ou permanece circunscrito ao plano declaratório.

[8] LEFEBVRE, Henri. O Direito à Cidade. Tradução de Cristina C. Oliveira. Itapevi: Nebli, 2016.
[9] *ibid*.
[10] RODRIGUES, Arlete Moysés. O direito à cidade e à moradia nas cidades brasileiras. *Espaço e Economia* [*Online*], n. 24, 2022. Disponível em: http://journals.openedition.org/espacoeconomia/22889. Acesso em: 11 fev. 2026.

A situação de rua é um fenômeno heterogêneo, que não se restringe à ausência de moradia. Dmitri Fernandes e Igor Rodrigues afirmam que "mais do que a condição de desabrigo, desprovimento material ou simbólico, encaramos a situação de rua tal qual se apresenta hoje como uma condição específica do capitalismo" e explicam que trata-se de condição multifatorial, atravessada por desigualdades estruturais relacionadas à desemprego, precarização do trabalho, rupturas familiares, violência, saúde mental, dependência química, deslocamentos territoriais e ausência de redes de proteção social. Destacam, ainda, a intersecção de fatores psicológicos, subjetivos, objetivos e conflitos sociais, ou seja, a situação de rua não se limita a questões pessoais ou materiais, apesar de elas certamente estarem incluídas no problema: fato é que a organização social e "suas experiências históricas, estruturas de divisão do trabalho, distinções econômicas, culturais e políticas (...) têm se articulado à construção de um tipo específico de vida destituída de direitos, sem diversas garantias de dignidade" [11, p. 16-17].

> Por serem objetificados, os indivíduos que estão em situação de rua acabam não compartilhando, em boa medida, a condição integral de membros da sociedade, de plena cidadania, como vimos no primeiro capítulo. Justamente por este motivo, assumem uma forma particular de estar dentro da sociedade: eles constituem as lógicas do grupo que não está em situação de rua na medida em que espelham imagens complementares externas ao grupo, ou seja, são o contraponto para reforçar a cidadania de muitos. A condição de pobreza extrema que caracteriza a vida em situação de rua acentua esse quadro de pertencimento pela desconexão, pela precariedade e pelo massacre à subjetividade. Mais do que qualquer grupo da sociedade, os indivíduos em situação de rua compõem uma figuração, sendo tratados como meros objetos da assistência social para reafirmar toda a desigualdade existente, embora também sejam sujeitos e representem uma realidade social posicionada no interior da estrutura social[12, p. 143].

Assim, a compreensão da situação de rua como produto de estruturas sociais e simbólicas impõe refletir sobre as formas pelas quais essa condição é interpretada e operacionalizada pelo poder público e pelos dispositivos de regulação urbana, no intuito de promover um direito à cidade. Se a exclusão material e simbólica produz sujeitos posicionados à margem do reconhecimento pleno, também conforma vieses institucionais que tendem a percebê-los como problemas de gestão do espaço urbano, ao invés de titulares de direitos. Assim, a leitura social que desumaniza ou objetifica essas existências reverbera no desenho de políticas e práticas administrativas, convertendo desigualdade estrutural em questão de ordenamento territorial e disciplina espacial, e deslocando o foco da garantia de direitos para a contenção de presenças consideradas indesejáveis.

Dados do Observatório Brasileiro de Políticas Públicas com a População em Situação de Rua da Universidade Federal de Minas Gerais (OBPopRua/UFMG)[13] demonstram que no final de 2025 havia cerca de 365.809 pessoas vivendo em situação de rua no Brasil, um número

[11] FERNANDES; RODRIGUES, *op. cit.*

[12] SOUZA JUNIOR, Robson Rocha de; GUIMARÃES, Luiz Ernesto; MARTINS, Carla Patrícia. A atuação do poder público diante da situação de rua: proposições e limites. *In:* FERNANDES, Dmitri Cerboncini; RODRIGUES, Igor (orgs). *Trocas sinistras*: a vida na rua sob um novo prisma. Curitiba: Editora CRV, 2024.

[13] DIAS, André Luiz Freitas Dias; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. Informe Técnico: Perfil da População em situação de rua no Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público, Brasília, Dezembro/2025. Disponível em: https://cnmp.mp.br/portal/informes/2025/informe-tecnico-Brasil2025.html#content. Acesso em 03 nov. 2026.

que representa quase o dobro do levantamento do período da pandemia (194.824). Esses dados são extraídos dos registros de beneficiários do Cadastro Único de Programas Sociais (CadÚnico), o que sinaliza uma limitação da metodologia, sendo que pessoas não contempladas pelos benefícios não são rastreadas. Além disso, outra limitação importante diz respeito à interpretação dos dados: o aumento de pessoas em situação de rua pode indicar maior vulnerabilização e até os reflexos da pandemia; ao mesmo passo que pode indicar uma ampliação cadastral, em que, ao invés de ter mais pessoas mais vulneráveis, há, na verdade, mais pessoas abrangidas por programas sociais.

Ainda que haja desafios quanto aos estudos quantitativos, tais estimativas permitem algumas reflexões importantes: a) a dinamicidade caracterizadora da situação de rua representa um percalço na construção de indicadores, em razão da volatilidade dos dados; b) o levantamento meramente quantitativo é insuficiente para analisar uma questão cujas subjetividades são tão complexas; c) embora seja difícil chegar a um número preciso que reflita adequadamente o cenário das pessoas em situação de rua, os esforços em tentar compor esses indicadores é muito importante para a formulação de políticas públicas.

Essa complexidade intrínseca à situação de rua exige respostas institucionais integradas e intersetoriais; contudo, historicamente, as intervenções urbanas dirigidas a esse grupo têm privilegiado abordagens de caráter disciplinador e excludente, orientadas por racionalidades higienistas de ordenamento espacial[14]. Práticas administrativas e urbanísticas frequentemente se estruturam em torno de uma lógica de "limpeza" social, voltada à remoção de corpos considerados indesejáveis das áreas de visibilidade e valorização econômica da cidade. A arquitetura hostil, as operações de retirada compulsória, a intensificação de vigilância e a restrição de permanência em espaços públicos constituem expressões contemporâneas dessa racionalidade, que invisibiliza o problema sem enfrentá-lo estruturalmente. A priorização da gestão da presença em detrimento da garantia de direitos reforça processos de desumanização e nega, na prática, a condição de sujeitos de direito[15].

A efetivação do direito à cidade para pessoas em situação de rua demanda, portanto, a superação dessa lógica de contenção e invisibilização, substituindo-a por políticas que reconheçam sua centralidade como destinatárias legítimas do espaço urbano[16]. O desenho e as intervenções arquitetônicas operam como dispositivos de regulação social, capazes de estabelecer os tipos de usos nos espaços públicos, restringir permanências de determinados grupos sociais e, mais que isso, modular as presenças consideradas indesejáveis, transformando a organização espacial em instrumento de gestão da alteridade urbana. Tais instrumentos constitutivos do cenário urbano, ou seja, a materialidade urbana, extrapolam escolhas meramente técnicas ou estéticas, incorporando decisões políticas, que se inscrevem em estratégias

[14] BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tássia A. Responsabilidade civil decorrente da "arquitetura hostil": quando o direito à cidade é comprometido pelo neoliberalismo e pela financeirização dos direitos fundamentais. Revista Brasileira de Direito Civil, *[S. l.]*, v. 33, n. 1, p. 67–88, 2024. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/936. Acesso em: 11 fev. 2026.

[15] RIBAS, Luciana Marin. A pessoa em situação de rua como sujeito de direito: elementos críticos de uma política pública. 2019. 292f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. DOI: https://doi.org/10.11606/T.2.2019.tde-29072022-101629.

[16] RODRIGUES, Igor. A construção social do morador de rua: derrubando mitos. Curitiba: CRV, 2016.

de disciplinamento e expulsão que ameaçam diretamente a pretensa universalidade do direito à cidade. Juliana Giese[17, p. 83.] propõe a leitura de que a situação de rua é um retrato da falência social e urbana, ou colapso urbano, "no sentido de que, para além de questões de saúde e de assistência social, a situação de rua tem sua raiz e sua continuidade na urbanidade". Lidas socialmente como um problema social, as pessoas em situação de rua são então administradas como parte da paisagem que compõem.

> Dentre os desafios da desigualdade social, recentemente, ganhou os holofotes da mídia o problema da popularmente chamada "arquitetura hostil" ou "arquitetura violenta". Inicialmente, importante notar que as expressões são equivocadas e, em realidade, referem-se à "intervenção hostil" nos espaços. Os termos "arquitetura hostil" e "arquitetura violenta" são um contrassenso em si mesmos, tendo em vista que os princípios da arquitetura e do urbanismo se opõem frontalmente à noção de hostilidade e violência em suas obras.17As intervenções hostis dizem respeito ao uso de artifícios arquitetônicos sobre a propriedade pública ou privada com o desiderato de impedir ou afastar determinadas pessoas ou comportamentos das adjacências do imóvel. São exemplos o uso de pinos e espetos, arranjos vegetais, grades e gradis, assim como planos inclinados e arcos de metal[18, p. 74].

A chamada arquitetura hostil, portanto, é um dos mecanismos materiais de exclusão de pessoas em situação de rua, sendo o resultado de práticas e escolhas urbanísticas e arquitetônicas que limitam a fruição dos espaços públicos a todos os seres humanos, mas têm como claros destinatários dessa proibição as pessoas em situação de rua[19]. No entanto, é preciso destacar que a arquitetura hostil é a consequência de todo um sistema de segregação, e não a sua causa; e isso se dá, em certa medida, pela recusa ao reconhecimento das pessoas em situação de rua enquanto cidadãs, pelo fato de que o seu uso do espaço público desafia o *ethos* social, ao tornar público o limiar da vida privada, em contraponto às pessoas domiciliadas[20]. Isso significa que, enquanto as pessoas domiciliadas têm uma clara separação entre público e privado, sendo a casa o âmbito privado, as pessoas em situação de rua se apropriam do espaço público também para fins privados, subvertendo os sentidos comuns atribuídos socialmente aos lugares e suas funções. Assim, para cercear essa forma de apropriação do espaço público, o Poder Público e agentes privados se valem dos artifícios da arquitetura hostil, como forma de limitar os usos do ambiente urbano.

> Em outras palavras, ao se apropriarem do espaço público urbano, as pessoas em situação de rua subvertem os significados sociais atribuídos a esses lugares, ao permanecerem em locais que são considerados de passagem, ao fazerem em público atos que são considerados da vida privada, ao não seguirem o ritmo e percursos que são normalizados na sociedade[21, p. 207].

[17] GIESE, Juliana Varejão. Performatividade urbana: a experiência espacial corporificada das pessoas em situação de rua. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal de Viçosa, 2023. Disponível em: https://locus.ufv.br/items/19d20157-7463-4ba1-855d-176f1dec2432. Acesso em: 12 fev. 2026.
[18] BOLESINA; GERVASONI, *op. cit.*
[19] GIESE; ADÃO, *op. cit.*
[20] ADÃO; ROCHA, *op. cit*.
[21] GIESE; ADÃO, *op. cit*

A persistência da arquitetura hostil sinaliza uma lacuna regulatória quanto aos limites juridicamente aceitáveis de intervenção sobre o espaço público. Se tais artifícios operam restringindo, na prática, o acesso e a permanência de determinados grupos, torna-se pertinente questionar como o ordenamento urbanístico pode conter práticas que esvaziam o conteúdo material do direito à cidade. Desloca-se, assim, o debate do plano sociológico da exclusão para o plano normativo de sua contenção, abrindo caminho para examinar as respostas legislativas formuladas para enfrentar essa materialização específica da segregação socioespacial, em especial a alteração promovida pela Lei nº 14.489/2022 no Estatuto da Cidade.

2 ANÁLISE CRÍTICA DA LEI PADRE JÚLIO LANCELLOTTI Nº 14.489/2022

A abordagem jurídica da arquitetura hostil no Brasil antecede a edição da Lei nº 14.489/2022 (Lei Padre Júlio Lancellotti), embora, até então, não houvesse uma proibição federal expressa e específica à utilização de técnicas construtivas destinadas a afastar pessoas dos espaços públicos. O fundamento para questionar essas práticas já podia ser extraído de um conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais voltadas à proteção da dignidade humana, à redução das desigualdades sociais e à garantia do direito à cidade.

No campo da proteção específica à população em situação de rua, destaca-se a Lei nº 11.258/2005, que alterou a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/1993) para incluir expressamente as pessoas em situação de rua entre os destinatários dos programas de amparo da assistência social. Posteriormente, o Decreto nº 7.053/2009 instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua, estabelecendo diretrizes orientadas pelo respeito à dignidade humana, à cidadania, à convivência comunitária e ao atendimento humanizado. O Decreto também reconhece os logradouros públicos como espaços utilizados para moradia e sustento por essa população e prevê o respeito ao seu direito de permanência, preferencialmente nas cidades e nos centros urbanos (art. 8º). Embora não estabelecesse uma vedação expressa à arquitetura hostil, esse conjunto normativo dispunha de fundamentos para questionar práticas de ordenamento urbano que restringissem a permanência e a utilização dos espaços públicos por essa população.

É importante, ainda, distinguir os instrumentos anteriores à Lei Padre Júlio Lancellotti das iniciativas posteriores que ampliaram a proteção jurídica e institucional dessa população. Nesse segundo grupo, encontram-se a decisão do STF na ADPF 976, de 2023, que determinou aos entes públicos, entre outras medidas, a vedação do emprego de técnicas de arquitetura hostil, a Lei nº 14.821/2024, que instituiu a Política Nacional de Trabalho Digno e Cidadania para a População em Situação de Rua (PNTC PopRua), e o Plano Ruas Visíveis, lançado em dezembro de 2023, que determinou ações de enfrentamento à arquitetura hostil e de promoção do direito à cidade. Esses instrumentos integram um processo de ampliação da proteção dos direitos da população em situação de rua, mas não devem ser confundidos com a vedação legal específica introduzida pela Lei nº 14.489/2022 no Estatuto da Cidade.

A incorporação da vedação à arquitetura hostil ao Estatuto da Cidade por meio da Lei nº 14.489/2022 ocorreu em meio a disputas sobre os sentidos do planejamento urbano, a extensão da autonomia municipal e o reconhecimento jurídico de práticas materiais de exclusão socioespacial. A tramitação legislativa que resultou na chamada Lei Padre Júlio Lancellotti

desvelou o atrito entre a visão do espaço urbano como campo de garantia de direitos, proposta pela lei, e a perspectiva que prioriza a discricionariedade no controle territorial, dos opositores da proposta. É nesse contexto que se insere a mensagem de veto presidencial, cuja fundamentação permite observar como a própria necessidade de positivação da vedação à arquitetura hostil foi objeto de contestação política e jurídica.

O presidente da república em exercício quando da tramitação do projeto de lei que culminou na lei Padre Júlio Lancellotti, Jair Messias Bolsonaro, vetou a sanção da lei sob duas escusas (mensagem nº 656/2022): a primeira é a de que a lei contraria o interesse público ao interferir na função de planejamento e de governança locais da política urbana; e a segunda é de que o conceito de "arquitetura hostil" não está consolidado no ordenamento jurídico, o que poderia acarretar insegurança jurídica.

A primeira justificativa do veto, relacionada à suposta interferência na função de planejamento e governança locais da política urbana, exige uma análise à luz da repartição constitucional de competências. Embora o art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal atribua aos Municípios a competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, essa atribuição não representa competência legislativa exclusiva ou ilimitada em matéria urbanística. O art. 24, inciso I, estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico, cabendo à União, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo, a edição de normas gerais. Além disso, o art. 182 da Constituição determina que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, deve observar as diretrizes gerais fixadas em lei. Nesse arranjo, a competência municipal para planejar e executar a política urbana deve ser exercida em conformidade com as normas gerais estabelecidas nacionalmente, sem que isso implique esvaziamento de sua autonomia administrativa e normativa.

A vedação ao emprego de técnicas construtivas hostis, portanto, insere-se no campo das diretrizes gerais de direito urbanístico, uma vez que estabelece parâmetros de proteção à fruição democrática dos espaços livres de uso público, sem determinar a localização, a disposição ou as características específicas dos equipamentos e mobiliários urbanos de cada Município. A norma não retira dos governos locais a atribuição de planejar e gerir seus espaços públicos, mas estabelece limites jurídicos ao exercício dessa competência, em consonância com os direitos fundamentais e com a função social da cidade. A autonomia municipal não pode ser compreendida como autorização para afastar diretrizes nacionais de proteção de direitos, especialmente quando a própria Constituição subordina a política de desenvolvimento urbano às diretrizes gerais fixadas em lei. Assim, a alegação de interferência na governança local não é suficiente, por si só, para demonstrar a inconstitucionalidade ou a contrariedade ao interesse público da proposta legislativa.

A compreensão de que a garantia de direitos fundamentais a pessoas em situação de rua contraria o interesse público funda-se numa ideia de não-cidadania em que elas são não-cidadãs[22], e, portanto, não devem gozar dos direitos e deveres inerentes aos cidadãos brasileiros, tal como a livre circulação pública e o direito a ter direitos. Guillermo Andrés Muñoz

[22] Segundo Raquel Coelho de Freitas e Luciana Nóbrega (2023), grupos sociais minorizados enfrentaram limitações significativas em sua capacidade de transformação através das instituições político-jurídicas na sociedade, predominantemente dentro do paradigma democrático liberal. Para esses não-cidadãos, a única via disponível parece

enfatiza que "o interesse público existe; todos falam sobre ele; é um princípio fundamental do sistema jurídico. No entanto, ele resiste a qualquer definição. Quando se trata de definir o que é o interesse público, qual é o seu verdadeiro conteúdo, a questão se torna complexa" [23, p. 23]. Afinal, quem seriam as pessoas e/ou grupos sociais que constituem o interesse público nesse contexto? E de que forma assegurar direitos básicos a grupos sociais vulnerabilizados contraria o interesse público?

Luís Fábrica[24] afirma que não há consenso na definição do que constitui o interesse público, o que dá certa discricionariedade à Administração Pública, que muitas vezes se apropria indevidamente desse conceito de forma a limitar direitos fundamentais e liberdades sem seguir os mecanismos previstos na Constituição, como o papel do poder legislativo na definição do interesse público. Por outro lado, Emerson Gabardo e Mauricio Rezende "independentemente da capacidade dos indivíduos perseguirem ou não dado interesse, ele será público se estiver em consonância com a ética constitucional e com os princípios que regem um Estado Social e Democrático de Direito" [25, p. 309-310], ou seja, não é possível valer-se da escusa do interesse público para contrariar direitos constitucionalmente consagrados.

> A natureza ética do interesse público se fundamenta apenas inicialmente, como ponto de partida, na dignidade da pessoa humana. O conteúdo do interesse público, portanto, não se restringe aos ditames inerentes aos direitos fundamentais, mas é compreendido a partir de todo o ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição da República de 1988 – que impõe um modelo de Estado social ao Brasil pautado pelo objetivo geral da felicidade do povo – ou seja, o máximo possível de bem-estar[26, p. 310].

Ademais, mesmo sendo a principal tarefa da Administração Pública procurar fazer o que é melhor para a sociedade, o chamado interesse público, o trabalho de verificar se ela está realmente conseguindo isso não é a sua principal função de fiscalização. Ao invés disso, a fiscalização concentra-se mais em garantir que a Administração siga as regras e os procedimentos corretos ao fazer o seu trabalho. Ela também verifica, especialmente, se a Administração está exercendo seus poderes de forma correta e adequada, principalmente quando nas áreas de discricionariedade. Ou seja, a fiscalização não é para ver se a Administração sempre

ser a assimilação das normas de organização formal, marcadas por princípios de neutralidade, igualdade e universalidade. A participação efetiva nessas sociedades como cidadãos plenos é, portanto, condicionada à aceitação e incorporação dessas regras, evidenciando as barreiras enfrentadas por grupos marginalizados para se integrarem completamente ao sistema político e social. FREITAS, Raquel Coelho de; NÓBREGA, Luciana Nogueira. Indignação epistêmica e decolonização do conceito de minorias / Epistemic indignation and decolonization of the concept of minorities. *Revista Direito e Práxis*, [*S. l.*], v. 14, n. 3, p. 1742–1770, 2023. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/62119. Acesso em: 12 dez. 2023.

[23] MUÑOZ, Guillermo Andrés. El Interés Público es como el Amor. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. Direito Administrativo e interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Tradução nossa.

[24] FÁBRICA, Luís. Interesse Público. *In*: Elsa Vaz de Sequeira (coord.). *Católica Talks*: conceitos indeterminados e cláusulas gerais, Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID), 2024. Disponível em: https://openbooks.ucp.pt/ucp/catalog/book/210/c819. Acesso em: 12 fev. 2026.

[25] GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, pp. 267-318, jul./dez. 2017. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/17661. Acesso em: 12 fev. 2026.

[26] *Ibid*.

alcançou o melhor para a sociedade, mas sim para garantir que ela aja dentro das regras e limites estabelecidos por lei[27].

Nesse sentido, o argumento da ausência de regulamentação jurídica do conceito de arquitetura hostil, contido no veto presidencial, é uma extensão da argumentação quanto à ausência de interesse público, fazendo com que a lacuna conceitual seja um limite ao princípio da legalidade, uma vez que "os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública também compõem o conteúdo do interesse público, notadamente o princípio da legalidade (pois é a partir dele que se torna possível a explicitação da vontade democrática)"[28, p. 310]. Entretanto, dizer que o ordenamento jurídico não incorporou o conceito de arquitetura hostil demonstra mais uma vez o próprio artifício da arquitetura hostil: ainda que se crie uma estrutura que cerceie a fruição de um espaço público e que isso impeça todas as pessoas a se apropriarem daquele espaço, os destinatários dessas estruturas são determinados. Se o arcabouço jurídico sequer trata da questão, mais uma vez revela a negação dos direitos de cidadania às pessoas em situação de rua.

Convém acrescentar que a alegação de inexistência de consolidação conceitual no ordenamento não se sustenta à luz da própria estrutura do direito público contemporâneo, que opera reiteradamente com categorias abertas, indeterminadas ou em construção, como função social, dignidade, interesse social, vulnerabilidade ou mesmo sustentabilidade, cuja densificação é produzida por via interpretativa, jurisprudencial e administrativa[29]. A exigência de uma definição jurídica prévia e estabilizada para legitimar a intervenção normativa inverte a lógica do processo de normatização, no qual frequentemente é a própria lei que inaugura e estrutura conceitos necessários à regulação de práticas sociais. Assim, a resistência em reconhecer a arquitetura hostil como categoria jurídica revela uma escolha política de não nomear determinadas formas de gestão espacial excludentes, preservando-as na zona de neutralidade aparente que dificulta sua contestação jurídica.

Apesar do veto presidencial, o Congresso Nacional, em sessão conjunta realizada em 16 de dezembro de 2022, rejeitou o veto total aposto ao Projeto de Lei nº 488/2021 (Veto nº 55/2022). No Senado Federal, foram registrados 60 votos contrários ao veto e 4 favoráveis; na Câmara dos Deputados, 354 votos contrários e 39 favoráveis, além de uma abstenção. Em observância ao procedimento previsto no art. 66, §§ 5º e 7º, da Constituição Federal, o projeto foi encaminhado para promulgação, resultando na Lei nº 14.489, de 21 de dezembro de 2022. A norma acrescentou o inciso XX ao art. 2º do Estatuto da Cidade, com o seguinte teor:

> XX - promoção de conforto, abrigo, descanso, bem-estar e acessibilidade na fruição dos espaços livres de uso público, de seu mobiliário e de suas interfaces com os espaços de uso privado, vedado o emprego de materiais, estruturas, equipamentos e técnicas construtivas hostis que tenham como objetivo ou resultado o afastamento de pessoas em situação de rua, idosos, jovens e outros segmentos da população.

Quase um ano após sua promulgação, o presidente da república em exercício, Luiz Inácio Lula da Silva, editou o Decreto 11.819 de 11 de dezembro de 2023, para regulamentar a

[27] FÁBRICA, *op. cit*.
[28] GABARDO; REZENDE, *op. cit*.
[29] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Cadernos de direito constitucional e ciência política, v. 3, n. 12, p. 84-115, 2000.

lei 14.489/2022. Conforme defendido por Arias e Stefanini[30], o período anterior à regulamentação foi marcado pela ausência de mecanismos e políticas públicas especificamente direcionados à implementação e à fiscalização da vedação à arquitetura hostil, circunstância que comprometeu sua efetividade prática, resultando no que as autoras descreveram como inalcançabilidade da norma[31]. Essa constatação, entretanto, deve ser compreendida no âmbito das dificuldades de concretização administrativa da norma, e não como ausência de vigência ou de eficácia jurídica. Desde sua publicação, a Lei nº 14.489/2022 já estabelecia expressamente a proibição do emprego de técnicas construtivas hostis, de modo que sua aplicação não estava juridicamente condicionada à edição de decreto regulamentador. O que se verificava era uma distância entre a existência da proibição no ordenamento jurídico e a estruturação de mecanismos institucionais capazes de assegurar sua observância.

O Decreto nº 11.819/2023 contribuiu para reduzir essa distância, pois estabeleceu parâmetros de identificação das técnicas construtivas hostis e indicou estratégias para a concretização da vedação legal. A primeira contribuição, particularmente relevante diante das controvérsias que acompanharam a tramitação da Lei Padre Júlio Lancellotti, foi a definição dos critérios para caracterização dessas estruturas. Nos termos do art. 2º, consideram-se hostis os materiais, estruturas, equipamentos e técnicas construtivas que impeçam a fruição dos espaços livres de uso público, interfiram no pleno exercício do direito à cidade ou segreguem indivíduos e grupos sociais, especialmente pessoas em situação de rua, pessoas idosas, jovens, crianças e pessoas com deficiência.

Diante da definição trazida pelo Regulamento, constata-se que a caracterização da arquitetura hostil exige uma análise que considere não apenas as características físicas das estruturas e equipamentos, mas também sua finalidade e os efeitos produzidos sobre a utilização dos espaços públicos. A Lei nº 14.489/2022 estabelece expressamente que a vedação alcança técnicas construtivas que tenham como objetivo ou resultado o afastamento de pessoas em situação de rua, idosos, jovens e outros segmentos da população. Desse modo, a intenção declarada pelo responsável pela intervenção não é suficiente para afastar sua caracterização como hostil, uma vez que o resultado excludente também constitui critério de incidência da norma. Por outro lado, não se pode concluir que toda intervenção física que restrinja ou modifique a utilização de determinado espaço configure, necessariamente, arquitetura hostil. É preciso distinguir medidas legítimas de segurança, acessibilidade, conservação e organização dos espaços de intervenções que, sob justificativas aparentemente legítimas, produzem efeitos de exclusão e segregação socioespacial.

Para ilustrar um possível conflito que pode ocorrer na interpretação e aplicação da norma, cita-se uma situação ocorrida em 2017: o jornal O Globo noticiou a polêmica instalação de um chuveirinho na marquise de um prédio em Copacabana. Esse trabalho foi feito para afastar as pessoas em situação de rua que dormiam embaixo da marquise, mas quando questionado, o síndico do edifício se esquivou dizendo que os chuveirinhos serviriam para regar

[30] ARIAS, Letícia Souza Socorro Yanez; STEFANINI, Marília Rulli. Da inalcançabilidade normativa à lei padre Júlio Lancellotti: o direito a ter direitos. *In: Direito e Práxis*: interfaces entre a norma jurídica e a realidade social. Vol. 1. [*S. l.*]: Editora Científica Digital, 2023. Cap. 15, p. 222-236. Disponível em: https://www.editoracientifica.com.br/books/chapter/da-inalcancabilidade-normativa-a-lei-padre-julio-lancellotti-o-direito-a-ter-direitos. Acesso em: 14 dez. 2023.

[31] A inalcançabilidade da norma consiste na falta de clareza da norma, no caso em razão da ausência de regulamentação; falta de meios para execução e discricionariedade interpretativa.

um futuro jardim que seria construído no local. Os próprios moradores do edifício contrariaram a versão narrada pelo síndico, dizendo que o intuito era de fato afastar o tumulto causado por pessoas em situação de rua[32]. O episódio demonstra como intervenções materialmente excludentes podem ser apresentadas sob justificativas aparentemente legítimas, dificultando a identificação de sua finalidade e a demonstração de seus efeitos. Não seria de se espantar, por exemplo, que uma intervenção semelhante fosse justificada pela necessidade de refrescar o ambiente diante das temperaturas elevadas decorrentes das mudanças climáticas.

Na hipótese apresentada, a análise da incidência da Lei Padre Júlio Lancellotti não poderia se limitar à justificativa apresentada pelo responsável pela instalação do equipamento. Ainda que o chuveirinho tivesse como finalidade declarada enfrentar o calor ou regar um jardim, seria necessário investigar se sua instalação produziu, como resultado, o afastamento das pessoas que utilizavam a marquise para descanso e abrigo. Também seria necessário considerar que a lei não restringe sua proteção aos espaços de propriedade pública, alcançando expressamente as interfaces dos espaços livres de uso público com os espaços de uso privado. Assim, a propriedade privada do edifício não seria, por si só, suficiente para afastar a incidência da norma, devendo-se examinar a relação entre a marquise e a fruição do espaço público.

A identificação de uma intervenção como arquitetura hostil exige, portanto, critérios que permitam distinguir práticas de exclusão de medidas legítimas de organização e conservação dos espaços. Para tanto, propõe-se considerar: a finalidade da intervenção e seus resultados concretos; o contexto em que foi instalada e os grupos sociais atingidos; a existência de uma justificativa legítima, relacionada à segurança, acessibilidade ou conservação; a disponibilidade de alternativas menos restritivas; e, sobretudo, a intensidade e a distribuição dos impactos produzidos sobre os grupos protegidos pela legislação. A existência de uma finalidade legítima não afasta automaticamente a possibilidade de caracterização da hostilidade, especialmente quando os efeitos concretos da intervenção revelam uma restrição desproporcional à permanência e à fruição do espaço por determinados grupos sociais.

Em seguida, após a definição de arquitetura hostil, o Regulamento propõe estratégias para promover conforto, abrigo, descanso, bem-estar e acessibilidade dos espaços públicos:

> Art. 3º São estratégias para promover o conforto, o abrigo, o descanso, o bem-estar e a acessibilidade na fruição dos espaços livres de uso público, nos termos do disposto no inciso XX do caput do art. 2º da Lei 10.257, de 2001:
> I - a implementação de medidas que visem a coibir o emprego de materiais, estruturas, equipamentos e técnicas construtivas hostis em espaços livres de uso público;
> II - a inclusão nos instrumentos de planejamento urbano, preferencialmente os planos diretores, códigos de obra e legislação correlata, de requisitos que impeçam o emprego de materiais, estruturas, equipamentos e técnicas construtivas hostis nas intervenções edilícias e urbanísticas;
> III - a definição de mecanismos de incentivo para o desfazimento de obras que utilizaram materiais, estruturas, equipamentos ou técnicas construtivas hostis; e
> IV - a implementação de medidas de fiscalização que impeçam o emprego de materiais, estruturas, equipamentos ou técnicas construtivas hostis nas intervenções edilícias e urbanísticas.

[32] RAMALHO, Guilherme; RODRIGUES, Renan. “Chuveirinho” instalado em marquise causa polêmica em Copacabana. *O Globo Rio*, 07 ago. 2017. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/chuveirinho-instalado-em-marquise-causa-polemica-em-copacabana-21676159. Acesso em: 14 dez. 2023.

É possível observar que a regulamentação concentra seus esforços na prevenção e no enfrentamento de intervenções construtivas excludentes, sem estabelecer, nesse dispositivo, medidas positivas específicas de ampliação das condições de acolhimento e permanência nos espaços públicos. Essa característica não representa, por si só, uma insuficiência jurídica do Decreto, cujo objeto é regulamentar a vedação à arquitetura hostil, mas evidencia os limites de uma política de enfrentamento que atua predominantemente sobre as estruturas que impedem a fruição dos espaços urbanos.

Uma aparente contradição se vislumbra no inciso III, que prevê a definição de mecanismos de incentivo para o desfazimento de obras de arquitetura hostil, sem, no entanto, especificar quais autoridades serão responsáveis por essas atividades de fiscalização, quais procedimentos deverão ser observados ou quais consequências administrativas decorrerão do descumprimento da vedação.

Por fim, o artigo 4º destaca a necessidade de programas de moradia e aprimoramento habitacional; realizar o diagnóstico das obras hostis existentes, para seu desfazimento ou adequação; reforçar aos Municípios a necessidade de cumprimento dessas determinações anti-hostilidade e atuar de forma cooperativa entre os entes da federação.

> Art. 4º Caberá à União, às suas autarquias e às suas fundações:
> I - adotar medidas que visem à promoção do bem-estar e da acessibilidade nos programas federais de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais, e de outras infraestruturas e equipamentos públicos sociais e urbanos;
> II - realizar diagnóstico sobre obras que utilizaram materiais, estruturas, equipamentos ou técnicas construtivas hostis nos imóveis da União e de suas autarquias e fundações, e identificar, quando for o caso, as medidas necessárias para o seu desfazimento ou a sua adequação;
> III - orientar os Municípios a cumprirem o disposto nos incisos II e III do caput do art. 3º, no âmbito dos programas federais de infraestrutura social e urbana; e
> IV - atuar em cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para o cumprimento do disposto neste Decreto, na forma prevista no inciso II do caput do art. 3º da Lei nº 10.257, de 2001.
> Parágrafo único. Ato da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos regulamentará o disposto no inciso II do caput.

Entre as medidas previstas, contudo, a questão habitacional aparece como um eixo central, especialmente pela referência à construção e à melhoria de moradias no âmbito dos programas federais. No entanto, essa escolha merece crítica, pois a situação de rua não se resume à ausência de moradia, sendo uma questão multifatorial, conforme discutido anteriormente. Trata-se de uma realidade que envolve também o acesso à saúde, à alimentação, à higiene, à assistência social, ao trabalho e à convivência comunitária. O enfoque na dimensão habitacional sem estabelecer uma articulação mais efetiva com essas outras políticas públicas, simplifica excessivamente o debate sobre as condições necessárias à garantia da dignidade da população em situação de rua e ao seu direito de usufruir dos espaços urbanos.

Em linhas gerais, a Lei Padre Júlio Lancellotti (Lei 14.489/2022) representa um avanço significativo na mitigação da arquitetura hostil e na promoção do livre usufruto do espaço público, particularmente visando proteger grupos vulneráveis, como pessoas em situação de

rua, idosos e jovens. No entanto, a inalcançabilidade da norma[33] destacou a necessidade de mecanismos e políticas públicas para implementação e fiscalização eficazes.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

As discussões empreendidas ao longo deste artigo destacaram que a arquitetura hostil representa a concretização de processos estruturais de exclusão socioespacial que incidem de forma desproporcional sobre pessoas em situação de rua. Partindo da compreensão do direito à cidade como categoria jurídica vinculada à função social da cidade, à igualdade material e à fruição democrática dos espaços urbanos, demonstrou-se que intervenções arquitetônicas voltadas à restrição de permanência e circulação operam como mecanismos indiretos de negação de cidadania, reforçando a marginalização de sujeitos já situados em condições de vulnerabilidade estrutural.

Nesse contexto, a Lei nº 14.489/2022 traz uma contribuição ao fortalecimento de direitos das pessoas em situação de rua ao inserir vedação expressa ao emprego de técnicas construtivas hostis no Estatuto da Cidade, deslocando tais práticas do campo da suposta neutralidade urbanística para o âmbito da juridicidade e da responsabilização institucional. A positivação dessa proibição reconhece a materialidade da exclusão produzida pelo espaço urbano, mas também reafirma a necessidade de alinhar o planejamento territorial aos fundamentos constitucionais da dignidade humana e da inclusão socioespacial. Contudo, a análise empreendida indica que o alcance transformador dessa inovação legislativa permanece condicionado à sua interpretação pelos órgãos administrativos, à incorporação efetiva nos instrumentos de política urbana e à disposição institucional de enfrentar práticas historicamente naturalizadas.

A aplicação da lei exige, portanto, critérios interpretativos que permitam identificar quando determinada intervenção constitui técnica construtiva hostil, uma vez que o objetivo ou finalidade, ainda que bem intencionado, pode produzir efeitos adversos no espaço urbano. Para tanto, devem ser considerados não apenas a finalidade declarada da intervenção, mas também seus efeitos concretos sobre a permanência e a circulação das pessoas nos espaços urbanos, os grupos atingidos, o contexto em que foi realizada e a existência de alternativas menos restritivas para atender a eventuais objetivos legítimos de segurança, conservação ou organização do espaço. Essa análise é especialmente importante em situações nas quais a finalidade excludente não é expressamente admitida, como no exemplo do "chuveirinho" em Copacabana, em que a justificativa apresentada para a instalação do equipamento não afasta a necessidade de examinar seus efeitos. A legislação municipal também possui papel relevante nesse processo, especialmente pela incorporação de requisitos específicos nos planos diretores, códigos de obras e normas sobre intervenções urbanísticas, acompanhados de mecanismos de fiscalização. No âmbito judicial, o controle de legalidade dessas intervenções

[33] ARIAS, Letícia Souza Socorro Yanez; STEFANINI, Marília Rulli. Da inalcançabilidade normativa à lei padre Júlio Lancellotti: o direito a ter direitos. *In: Direito e Práxis*: interfaces entre a norma jurídica e a realidade social. Vol. 1. [*S. l.*]: Editora Científica Digital, 2023. Cap. 15, p. 222-236. Disponível em: https://www.editoracientifica.com.br/books/chapter/da-inalcancabilidade-normativa-a-lei-padre-julio-lancellotti-o-direito-a-ter-direitos. Acesso em: 14 dez. 2023.

pode contribuir para impedir que justificativas genéricas de segurança, conservação ou ordenamento urbano legitimem práticas que produzam o afastamento de grupos sociais, sem que isso implique substituir a Administração no exercício de suas escolhas legítimas de planejamento.

Também é preciso destacar que a Lei Padre Júlio Lancellotti deve ser compreendida como um primeiro passo para a construção de um arcabouço mais amplo, articulado a outras políticas públicas capazes de proporcionar acolhimento integral às pessoas em situação de rua. A superação das dinâmicas de exclusão enfrentadas por essa população não se esgota na vedação à arquitetura hostil. A situação de rua constitui fenômeno multifatorial, atravessado por desigualdades estruturais que envolvem trabalho, renda, saúde, vínculos sociais e acesso a políticas públicas, exigindo respostas integradas e intersetoriais. Nesse sentido, a lei analisada representa um instrumento pontual em um campo mais amplo de disputas sobre o significado do direito à cidade e sobre quem é reconhecido como sujeito legítimo de sua fruição.

REFERÊNCIAS

ABELLO-COLAK, Alexandra; LOMBARD, Melanie; GUARNEROS-MEZA, Valeria. Framing urban threats: a socio-spatial analysis of urban securitisation in Latin America and the Caribbean. *Urban Studies*, v. 60, n. 14, p. 2741-2762, 2023. Disponível em: https://doi.org/10.1177/00420980231160948. Acesso em: 30 out. 2026.

ADÃO, Clara de Oliveira; ROCHA, Nara Caroline de Oliveira. Dispositivos jurídicos que engendram a exclusão dos cidadãos em situação de rua. *E-locução*, v. 1, n. 20, 2021.

ARIAS, Letícia Souza Socorro Yanez; STEFANINI, Marília Rulli. Da inalcançabilidade normativa à lei padre Júlio Lancellotti: o direito a ter direitos. *In: Direito e Práxis*: interfaces entre a norma jurídica e a realidade social. Vol. 1. [*S. l.*]: Editora Científica Digital, 2023. Cap. 15, p. 222-236. Disponível em: https://www.editoracientifica.com.br/books/chapter/da-inalcancabilidade-normativa-a-lei-padre-julio-lancellotti-o-direito-a-ter-direitos. Acesso em: 14 dez. 2023.

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tássia A. Responsabilidade civil decorrente da "arquitetura hostil": quando o direito à cidade é comprometido pelo neoliberalismo e pela financeirização dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, *[S. l.]*, v. 33, n. 1, p. 67–88, 2024. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/936. Acesso em: 11 fev. 2026.

DIAS, André Luiz Freitas Dias; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. Informe Técnico: Perfil da População em situação de rua no Brasil. *Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília, Dezembro/2025. Disponível em: https://cnmp.mp.br/portal/informes/2025/informe-tecnico-Brasil2025.html#content. Acesso em 03 nov. 2026.

FÁBRICA, Luís. Interesse Público. *In:* Elsa Vaz de Sequeira (coord.). *Católica Talks*: conceitos indeterminados e cláusulas gerais, Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID), 2024. Disponível em: https://openbooks.ucp.pt/ucp/catalog/book/210/c819. Acesso em: 12 fev. 2026.

FERNANDES, Dmitri Cerboncini; RODRIGUES, Igor. Como compreender a vida nas ruas: subjetividades em ruína no capitalismo em colapso. *In*: FERNANDES, Dmitri Cerboncini; RODRIGUES, Igor (orgs). *Trocas sinistras*: a vida na rua sob um novo prisma. Curitiba: Editora CRV, 2024.

FREITAS, Raquel Coelho de; NÓBREGA, Luciana Nogueira. Indignação epistêmica e decolonização do conceito de minorias / Epistemic indignation and decolonization of the concept of minorities. *Revista Direito e Práxis*, *[S. l.]*, v. 14, n. 3, p. 1742–1770, 2023. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/62119. Acesso em: 12 dez. 2023.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/17661. Acesso em: 12 fev. 2026.

GIESE, Juliana Varejão. *Performatividade urbana*: a experiência espacial corporificada das pessoas em situação de rua. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal de Viçosa, 2023, 208f. Disponível em: https://locus.ufv.br/items/19d20157-7463-4ba1-855d-176f1dec2432. Acesso em: 12 fev. 2026.

GIESE, Juliana Varejão; ADÃO, Clara. Hostilidade e aporofobia: a situação de rua e as trocas urbanas. *In:* FERNANDES, Dmitri Cerboncini; RODRIGUES, Igor (orgs). *Trocas sinistras*: a vida na rua sob um novo prisma. Curitiba: Editora CRV, 2024.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, v. 3, n. 12, p. 84-115, 2000.

LEFEBVRE, Henri. *O Direito à Cidade*. Tradução de Cristina C. Oliveira. Itapevi: Nebli, 2016.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?* 11. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. El Interés Público es como el Amor. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PETHECHUST, Eloi Rodrigues Barreto; CASIMIRO, Lígia Melo de. O direito à cidade: eficiência da política nacional de resíduos sólidos à luz da análise econômica do direito. *Direito da cidade*, v. 8, p. 294-307, 2016. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/rdc/article/view/19807/15658. Acesso em: 12 fev. 2026.

RAMALHO, Guilherme; RODRIGUES, Renan. “Chuveirinho” instalado em marquise causa polêmica em Copacabana. *O Globo Rio*, 07 ago. 2017. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/chuveirinho-instalado-em-marquise-causa-polemica-em-copacabana-21676159. Acesso em: 14 dez. 2023.

RIBAS, Luciana Marin. *A pessoa em situação de rua como sujeito de direito:* elementos críticos de uma política pública. 2019. 292f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. DOI: https://doi.org/10.11606/T.2.2019.tde-29072022-101629.

RIBEIRO, Bernard Constantino. *Direito e decolonialidade*: insurgência e contra-hegemonia em ABYA YALA. Andradina: Editora Meraki, 2021.

RODRIGUES, Arlete Moysés. O direito à cidade e à moradia nas cidades brasileiras. *Espaço e Economia* [Online], n. 24, 2022. Disponível em: http://journals.openedition.org/espacoeconomia/22889. Acesso em: 11 fev. 2026.

RODRIGUES, Igor. *A construção social do morador de rua*: derrubando mitos. Curitiba: CRV, 2016.

SOUZA JUNIOR, Robson Rocha de; GUIMARÃES, Luiz Ernesto; MARTINS, Carla Patrícia. A atuação do poder público diante da situação de rua: proposições e limites. *In*: FERNANDES, Dmitri Cerboncini; RODRIGUES, Igor (orgs). *Trocas sinistras*: a vida na rua sob um novo prisma. Curitiba: Editora CRV, 2024.

PRÉ-COMPROMISSO CONSTITUCIONAL E REFORMA: CONFLITOS SOCIOECONÔMICOS E EXCEÇÃO SUBJETIVA

CONSTITUTIONAL PRECOMMITMENT AND REFORM: SOCIOECONOMIC CONFLICTS AND THE SUBJECTIVE EXCEPTION

DJAMIRO FERREIRA ACIPRESTE SOBRINHO*

RESUMO[1]

O presente estudo investiga a dialética entre o pré-compromisso constitucional e o Poder Constituinte Derivado de Reforma na ordem constitucional brasileira, tomando os conflitos constitucionais socioeconômicos como eixo interpretativo. Parte-se da indagação: de que modo essa relação contribui para a reiteração desses conflitos e para a configuração de um estado de exceção subjetivo? Como hipótese, sustenta-se que a dinâmica entre rigidez e reforma constitucional, mediada pelas instituições estatais, tende a reproduzir tensões entre Constituição Econômica e Constituição Social, produzindo formas seletivas de relativização dos compromissos constitucionais. O objetivo central é analisar essa dialética, examinando como a reiteração dos conflitos socioeconômicos influencia a reorganização do pacto constitucional. Como objetivos específicos, busca-se: (i) examinar a natureza desses conflitos na ordem constitucional brasileira; (ii) analisar o papel do Poder Constituinte Derivado Reformador na mediação dessas tensões; e (iii) investigar a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário na reorganização do pacto constitucional. A pesquisa adota a episteme crítico-dialética, permitindo compreender a Constituição como campo de tensões normativas, institucionais e políticas. Conclui-se que a reiteração desses conflitos revela uma dinâmica estrutural de disputa interpretativa e institucional, capaz de favorecer a emergência de um estado de exceção subjetivo no interior da própria ordem constitucional.

Palavras-chave: conflitos constitucionais socioeconômicos; pré-compromisso constitucional; Poder Constituinte Derivado de Reforma; Constituição econômica e Constituição social; estado de exceção subjetivo.

ABSTRACT

This study investigates the dialectical relationship between constitutional precommitment and the Constituent Power of Constitutional Amendment within the Brazilian constitutional order, adopting socio-economic constitutional conflicts as its interpretive framework. It addresses the research question: to what extent does this interaction contribute to the reiteration of socio-economic constitutional conflicts and to the configuration of a subjective state of exception? The hypothesis is that the interplay between constitutional rigidity and amendment procedures, as mediated by state institutions, tends to reproduce tensions between the Economic Constitution and the Social Constitution, thereby generating selective forms of relativization of constitutional commitments. The main objective is to analyze this dialectic, examining how recurrence of such conflicts influences the reconfiguration of the constitutional pact. The study aims to: (i) examine the nature of socio-economic constitutional conflicts in Brazil's constitutional order; (ii) analyze the role of the Amending Power in mediating these tensions; and (iii) investigate the performance of the Legislative and Judicial branches in reshaping the constitutional arrangement. Methodologically, the research is grounded in a critical-dialectical epistemology. The findings suggest that the reiteration of these conflicts reveals a dynamic of interpretative and institutional dispute, fostering the emergence of a subjective state of exception within the constitutional order.

Keywords: Keywords: socioeconomic constitutional conflicts; constitutional precommitment; Constituent Power of Constitutional Amendment; Economic Constitution and Social Constitution; subjective state of exception.

*Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA), na área de Direito Constitucional, com doutorado em Globalização em Análise: Desafios e Respostas Interdisciplinares e mestrado em sociedade democrática, estado e direito, ambos desenvolvidos no âmbito departamento de direito administrativo, constitucional e filosofia do direito da Faculdade de Direito da Universidade do País Basco (EHU/UPV), na Equipe de Investigação em Sociedade Democrática Estado e Direito, integrados à Linha de Investigação "Sociedade neoliberal frente à sociedade democrática" e doutorado em Educação, vinculado à linha educação, política e práxis educativa (PPGED/UFRN). Pesquisador-líder do LACÔNICO - Laboratório de Análise de Conflito Constitucional Socioeconômico (CNPq/URCA), membro do GEDHUF - Grupo de estudos e pesquisas em direito humanos fundamentais (CNPq/URCA) e do GAPPI - Grupo de análise de políticas públicas intersetorial (CNPq/UFRN). Estágios pós-doutorais em Educação (UFRN) e Ciências Sociais (UFRN).
djamiro.acipreste@urca.br

Recebido em: 12-05-2026| Aprovado em: 05-11-2026

[1] **Nota do autor:** Artigo produto de pesquisa desenvolvida durante estágio pós-doutoral na linha de pesquisa Teoria Social, Estado e Sociedade (PPGCS/UFRN), sob supervisão do prof. Dr. Gabriel Eduardo Vitullo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A ESTRUTURA DOS CONFLITOS CONSTITUCIONAIS SOCIOECONÔMICOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA; 1.1 A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DOS CONFLITOS CONSTITUCIONAIS SOCIOECONÔMICOS COMO CATEGORIA ANALÍTICA; 1.2 A MANIFESTAÇÃO ESTRUTURAL DOS CONFLITOS SOCIOECONÔMICOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988; 2 PRÉ-COMPROMISSO CONSTITUCIONAL E A DIALÉTICA ENTRE CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO SOCIAL; 2.1 O PRÉ-COMPROMISSO CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE ESTABILIZAÇÃO NORMATIVA; 2.2 TENSÕES ESTRUTURAIS ENTRE CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO SOCIAL; 3 REFORMA CONSTITUCIONAL E A RECONFIGURAÇÃO DO PACTO CONSTITUCIONAL; 3.1 O PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE REFORMA E A REITERAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIOECONÔMICOS; 3.2 A ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO E DO PODER JUDICIÁRIO E A PRODUÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO SUBJETIVO; SÍNTESE CONCLUSIVA; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 instituiu uma ordem que articula a Constituição Econômica, orientada à promoção da estabilidade macroeconômica e da eficiência na alocação de recursos e na atuação do Estado, com a Constituição Social, voltada à proteção dos direitos fundamentais e à promoção da justiça distributiva. Apesar de seu avanço histórico, essa articulação gera tensões estruturais, especialmente quando políticas econômicas e reformas orientadas por objetivos de ajuste fiscal, controle das contas públicas e racionalização da gestão estatal entram em conflito com a efetivação dos direitos sociais. Nesse contexto, o Poder Constituinte Derivado Reformador, em conjunto com o Legislativo e o Judiciário, atua como vetor de reorganização do pacto constitucional, criando situações próximas de um estado de exceção subjetivo, sem ruptura formal da ordem normativa.

O estudo do estado de exceção subjetivo[2], entendido como o exercício de competências por entes e órgãos estatais em desconformidade com os parâmetros constitucionais que lhes conferem legitimidade, com a consequente relativização, por ação ou omissão, de garantias e compromissos constitucionais sem ruptura formal da ordem jurídica, surge como lente analítica para revelar como tensões entre estabilidade normativa e proteção de direitos fundamentais se manifestam na prática institucional. Transformações legislativas, decisões judiciais e reformas constitucionais recentes mostram situações em que normas são relativizadas em favor de objetivos econômicos ou administrativos, configurando exceções sutis nem sempre visíveis formalmente. Compreender esse fenômeno exige atenção à forma como os conflitos constitucionais socioeconômicos se manifestam e se reiteram, refletindo um equilíbrio aparente entre normas econômicas e sociais que, na prática, pode ser temporariamente suspenso ou reinterpretado.

O conceito de estado de exceção é premissa central deste estudo, entendido como parte da estrutura constitucional e não apenas como contingência extraordinária. Historicamente,

[2] ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. *A Constituição Capturada:* neoliberalismo, conflito constitucional socioeconômico e o povo sem atributo. Londrina: Thoth, 2026.

situações de exceção mostram que os poderes institucionais podem reorganizar o pacto constitucional de forma indireta, sem ruptura formal, como nos períodos de crise no Brasil (1934–1937; 1964–1967) ou no Chile (1973–1980). Na Constituição de 1988, mecanismos formais de exceção, como o estado de defesa, o estado de sítio e a intervenção federal, estabelecem limites normativos, mas não captam totalmente as formas sutis de flexibilização de normas observadas em contextos socioeconômicos[3].

A análise crítico-dialética desses fenômenos evidencia que o conceito de estado de exceção subjetivo permite compreender como o Poder Constituinte Derivado, em conjunto com o Legislativo e o Judiciário, pode produzir formas seletivas de relativização dos compromissos constitucionais, gerando uma reorganização normativa transitória que influencia a efetividade de direitos sociais.

Quanto à metodologia, a pesquisa adota abordagem qualitativa, orientada pela epistememe crítico-dialética, que compreende o direito e as instituições políticas como produtos de processos históricos marcados por tensões, disputas e contradições sociais. O *corpus* documental compreende as Emendas Constitucionais nº 5 a nº 9, de 1995, que foram escolhidas como marco inicial da investigação por representarem o primeiro conjunto sistemático de alterações da ordem econômica aprovado pelo procedimento ordinário de reforma constitucional, previsto no art. 60 da Constituição Federal. Analisam-se, também, atos normativos posteriores, com destaque para a Lei nº 13.467/2017, a Lei nº 14.701/2023 e a Emenda Constitucional nº 103/2019, que foram selecionados em razão de sua repercussão sobre a organização da ordem econômica e a efetivação dos direitos sociais, permitindo identificar a permanência ou a reconfiguração da racionalidade inaugurada em 1995.

A análise é conduzida a partir de três categorias: os compromissos constitucionais relacionados à proteção dos direitos sociais e à organização da ordem econômica; os mecanismos formais de alteração e interpretação das normas constitucionais; e os efeitos das alterações normativas e das decisões institucionais sobre a efetividade dos compromissos examinados. A leitura dos documentos busca identificar as justificativas apresentadas para as mudanças, os dispositivos constitucionais envolvidos e as tensões entre a Constituição Econômica e a Constituição Social que se materializam nesses instrumentos. Para tanto, confrontam-se os fundamentos que justificam as alterações normativas com os compromissos constitucionais afetados, buscando identificar em que medida essas mudanças preservam, redefinem ou restringem sua efetividade.

No exame jurisprudencial, são considerados os julgados diretamente relacionados às controvérsias supramencionadas, observando-se a questão constitucional discutida, os fundamentos determinantes da decisão e suas implicações para a interpretação dos direitos envolvidos[4]. Os julgados foram localizados nos portais de jurisprudência do Supremo Tribunal

[3] GOIZUETA VERTIZ, Juana. Los estados de excepción en América Latina: Los controles desde el derecho internacional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, [*S. l.*], n. 98, p. 184–215, 1997. Disponível em: https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4295. Acesso em: 29 out. 2026.

[4] A seleção dos instrumentos normativos e dos julgados considera sua pertinência para a investigação das tensões entre a ordem econômica e a proteção dos direitos sociais. No âmbito legislativo, são examinadas as Emendas Constitucionais nº 5 a nº 9, de 1995, a Lei nº 13.467/2017, a Lei nº 14.701/2023 e a Emenda Constitucional nº 103/2019. No âmbito jurisprudencial, são considerados os julgados relacionados às controvérsias constitucionais decorrentes dos instrumentos normativos selecionados, com atenção às questões relativas aos direitos trabalhistas, à proteção previdenciária e aos direitos dos povos indígenas. A análise dos julgados considera a questão constitucional discutida, os fundamentos da decisão e sua relação com as categorias analíticas adotadas na pesquisa.

Federal e do Tribunal Superior do Trabalho a partir dos atos normativos que compõem o *corpus*, selecionando-se as decisões de controle de constitucionalidade e os temas de repercussão geral que enfrentaram diretamente sua validade ou seus efeitos, cada decisão foi examinada segundo as categorias acima descritas.

A perspectiva crítico-dialética orienta o confronto entre as justificativas institucionais, o conteúdo normativo e os efeitos juridicamente identificáveis das medidas examinadas. Com base nesse percurso, investiga-se em que condições a preservação dos procedimentos formais de produção normativa pode coexistir com a relativização seletiva de compromissos constitucionais, hipótese relacionada à categoria de estado de exceção subjetivo desenvolvida no presente estudo.

A compreensão do estado de exceção subjetivo permite perceber como práticas institucionais aparentemente ordinárias podem reorganizar o pacto constitucional sem ruptura formal. A exceção não se manifesta apenas em crises abertas, mas também de forma latente, por meio de decisões interpretativas, reformas legislativas assimétricas e políticas públicas que priorizam objetivos econômicos em detrimento de direitos sociais. Essa perspectiva revela a dimensão contínua e estrutural da exceção, mostrando como tensões socioeconômicas persistentes moldam o exercício do poder constituído e afetam a proteção de direitos fundamentais[5].

A pesquisa parte da seguinte pergunta-problema: de que modo a relação entre o pré-compromisso constitucional e o exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador contribui para a reiteração dos conflitos constitucionais socioeconômicos e para a configuração de um estado de exceção subjetivo na ordem constitucional brasileira?

A hipótese, como pressuposto teórico provisório, próprio da episteme crítico-dialética, é que a interação entre rigidez constitucional e reforma, mediada pela atuação das instituições estatais, tende a reproduzir tensões estruturais entre Constituição Econômica e Constituição Social, produzindo formas seletivas de relativização dos compromissos constitucionais e permitindo a emergência do estado de exceção subjetivo.

O objetivo central consiste em analisar a dialética entre pré-compromisso constitucional e Poder Constituinte Derivado de Reforma, examinando como a reiteração dos conflitos socioeconômicos influencia a reorganização do pacto constitucional. Os objetivos específicos incluem: (i) examinar a natureza dos conflitos constitucionais socioeconômicos na ordem constitucional brasileira; (ii) analisar o papel do Poder Constituinte Derivado Reformador na mediação dessas tensões; e (iii) investigar a atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário na reorganização do pacto constitucional.

[5] Nessa perspectiva teórica, reformas legislativas como a trabalhista e a administrativa, bem como alterações no regime jurídico de proteção ambiental, podem ser compreendidas como manifestações do estado de exceção subjetivo quando, embora editadas em conformidade com os procedimentos formais de produção normativa, produzem efeitos que tensionam ou restringem o pacto constitucional inaugurado pela Constituição de 1988. A exceção, nesse contexto, não decorre da suspensão explícita da ordem constitucional, mas da utilização da legalidade formal para promover transformações que fragilizam o conteúdo material da Constituição, especialmente no que se refere à efetividade dos direitos sociais, das garantias trabalhistas e da tutela ambiental.

A pesquisa contribui ao consolidar os conflitos constitucionais socioeconômicos como categoria analítica capaz de interpretar as tensões entre Constituição Econômica e Constituição Social, mostrando que essas disputas não são incidentes isolados, mas elementos estruturais da ordem constitucional brasileira[6].

No plano prático, o estudo fornece subsídios para avaliar o impacto de decisões institucionais sobre os direitos sociais, oferecendo ferramentas críticas para formuladores de políticas públicas e profissionais da área jurídica, além de evidenciar como reformas legislativas influenciam esse cenário. Dessa forma, possibilita antecipar riscos de erosão constitucional e propor estratégias que promovam o equilíbrio entre estabilidade econômica e justiça social.

Este artigo está dividido em três seções. A primeira examina a estrutura dos conflitos constitucionais socioeconômicos na ordem constitucional brasileira; a segunda analisa o pré-compromisso constitucional e a dialética entre Constituição Econômica e Constituição Social; a terceira aborda a reforma constitucional e a atuação dos poderes instituídos na reconfiguração do pacto constitucional.

1 A ESTRUTURA DOS CONFLITOS CONSTITUCIONAIS SOCIOECONÔMICOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A análise dos conflitos constitucionais socioeconômicos no Brasil exige articular teoria, instituição e prática, considerando a tensão entre Constituição Econômica e Constituição Social. A episteme crítico-dialética revela como essa tensão se manifesta na dinâmica institucional e influencia a interpretação e a aplicação da Constituição de 1988[7].

Nesse cenário, o Poder Constituinte Derivado Reformador atua como vetor de reorganização do pacto constitucional, muitas vezes guiado por interesses políticos e econômicos, de modo que princípios constitucionais são relativizados sem ruptura formal, em situações equivalentes ao estado de exceção subjetivo[8].

O Legislativo, por meio de emendas e leis, altera a aplicação das normas socioeconômicas, e o Judiciário interpreta e valida essas mudanças, naturalizando entendimentos que flexibilizam direitos fundamentais[9]. Assim, os conflitos socioeconômicos se resolvem na prática do poder constituído, o que reforça a importância de categorias analíticas para compreender seu impacto sobre a efetividade dos direitos.

---

[6] ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. Conflito constitucional socioeconômico enquanto categoria de análise da episteme crítico-dialética na pesquisa em Direito Constitucional. *Jus Scriptum's International Journal of Law,* [*S. l.*], v. 10, n. Especial, p. 159–235, 2025. Disponível em: https://internationaljournaloflaw.com/index.php/ revista/article/view/243. Acesso em: 13 mar. 2026.

[7] *Ibid.*

[8] ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. *A Constituição Capturada:* neoliberalismo, conflito constitucional socioeconômico e o povo sem atributo. Londrina: Thoth, 2026.

[9] ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. Conflito constitucional socioeconômico enquanto categoria de análise da episteme crítico-dialética na pesquisa em Direito Constitucional. *Jus Scriptum's International Journal of Law,* [*S. l.*], v. 10, n. Especial, p. 159–235, 2025. Disponível em: https://internationaljournaloflaw.com/ index.php/revista/article/view/243. Acesso em: 13 mar. 2026.

1.1 A construção teórica dos conflitos constitucionais socioeconômicos como categoria analítica

Sob a episteme crítico-dialética, a análise das categorias constitucionais parte de uma percepção inspirada na tradição marxiana, que entende a realidade social como dinâmica, contraditória e permeada por relações de poder. Essa perspectiva permite que a Constituição não seja vista apenas como um conjunto de normas isoladas, mas como expressão de tensões estruturais que atravessam a sociedade, refletindo disputas sobre recursos, interesses econômicos e direitos fundamentais. Dessa forma, a abordagem crítico-dialética estabelece uma ponte entre teoria e prática, permitindo interpretar conflitos constitucionais como fenômenos históricos e sociais em constante reiteração.

Na evolução da abordagem, o pensamento marxista contribui para a compreensão das categorias como instrumentos de análise das desigualdades estruturais e dos efeitos das relações econômicas na conformação do ordenamento jurídico. Sob essa lente, os conflitos constitucionais socioeconômicos configuram-se como expressão das contradições entre interesses econômicos e sociais, evidenciando como a normatividade jurídica pode atuar, simultaneamente, como instrumento de mediação e de reprodução de desigualdades. A metodologia crítico-dialética, portanto, não se limita à descrição das normas, mas busca compreender o seu papel na organização e na reprodução das relações de poder na sociedade.

No contexto do estudo da teoria constitucional nacional, essa linha de análise é apropriada e aprofundada pelo pesquisador contemporâneo, que desenvolve categorias específicas, como os conflitos constitucionais socioeconômicos, aplicando a episteme crítico-dialética à realidade brasileira. Tal abordagem permite examinar como a Constituição de 1988 organiza a tensão entre Constituição Econômica e Constituição Social, interpretando o papel do Poder Constituinte Derivado, do Legislativo e do Judiciário na reiteração dessas tensões. Ao inserir a tradição marxiana e marxista no estudo do constitucionalismo nacional, cria-se um arcabouço analítico capaz de capturar tanto os efeitos institucionais quanto as implicações práticas para os direitos fundamentais e a justiça distributiva.

De forma equivocada, frequentemente concebe-se o constitucionalismo brasileiro a partir de influências externas, como se não fosse possível reconhecer e valorizar os elementos internos que estruturam a própria tradição jurídica nacional. Essa perspectiva desconsidera que o constitucionalismo pátrio possui raízes próprias, históricas e sociais, que dialogam com a realidade das instituições e das demandas da sociedade. Ao olhar exclusivamente para modelos estrangeiros, perde-se a oportunidade de compreender como o Brasil construiu mecanismos singulares de equilíbrio entre estabilidade normativa e adaptação às pressões sociais e econômicas[10].

Historicamente, o constitucionalismo brasileiro incorporou, de maneira original, elementos que funcionam como contenção do ímpeto reformista e como mediação de tensões sociais. Inspiradas por experiências externas, como as transformações ocorridas no Haiti, essas influências foram reinterpretadas internamente, dando origem a instrumentos institucionais que equilibram os interesses das diferentes classes sociais e regulam o ritmo e a profundidade da implementação de direitos fundamentais. Assim, o constitucionalismo brasileiro

[10] GLEZER, Rubens; LYNCH, Christian; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Teoria Constitucional Brasileira:* 200 anos de disputas. São Paulo: Contracorrente, 2024.

não é mera reprodução de modelos externos, mas sim resultado de um processo de negociação contínua entre tradição, inovação e pressões socioeconômicas[11].

Essa perspectiva evidencia a necessidade de resgatar a própria trajetória do constitucionalismo nacional, compreendendo como o diálogo institucional entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não apenas organiza a ordem normativa, mas também, cada qual com sua expertise, atua como vetor de obstáculos à efetivação plena dos direitos fundamentais previstos no texto originário. Essas limitações refletem o caráter pré-compromissário da Constituição brasileira, em que os atores institucionais equilibram interesses conflitantes e modulam o ritmo de implementação de direitos sociais. Dessa forma, a análise crítico-dialética permite perceber que a efetividade dos direitos não depende apenas do texto normativo, mas do entrelaçamento das práticas institucionais e das tensões estruturais que atravessam a Constituição Econômica e a Constituição Social, consolidando a singularidade do constitucionalismo brasileiro.

Os conflitos constitucionais socioeconômicos foram materialmente constitucionalizados no Brasil, elevando tensões históricas da luta de classes a direitos e garantias da Constituição de 1988. Esses direitos têm caráter programático, tendo em vista que reconhecem interesses sociais e econômicos, mas dependem de legislação e regulamentação para possuírem eficácia plena. Essa constitucionalização busca equilibrar demandas sociais e estabilidade econômica, transformando disputas históricas em parâmetros normativos condicionados à implementação institucional.

A prescrição dos direitos sociais como normas constitucionais de eficácia limitada demonstra que a Constituição condiciona sua efetividade à legislação e regulamentação infraconstitucional. Embora referidos direitos estejam formalmente garantidos, sua concretização depende de normas que operacionalizem e financiem sua aplicação. Na perspectiva crítico-dialética, esse mecanismo evidencia como os conflitos socioeconômicos são mediados institucionalmente: Legislativo e Executivo definem prioridades e limites, enquanto o Judiciário interpreta os direitos, consolidando práticas que podem relativizar ou adiar sua plena efetivação.

Em vista disso, os conflitos constitucionais socioeconômicos funcionam como um instrumento analítico capaz de revelar a tensão entre normas e práticas, evidenciando de que forma decisões legislativas, interpretações judiciais e políticas administrativas materializam interesses sociais e econômicos. Ao permitir identificar a lógica subjacente às ações institucionais, essa categoria fornece elementos para compreender como o constitucionalismo brasileiro organiza, seleciona e, por vezes, limita a efetividade de direitos fundamentais, destacando o caráter dinâmico, histórico e social da Constituição de 1988.

A compreensão dos conflitos constitucionais socioeconômicos exige considerar a participação das instituições estatais na reprodução dessas contradições. Nesse contexto, há a formulação do conceito de estado de exceção subjetivo[12] para compreender a atuação de entes e órgãos estatais que, em situações de conflito constitucional socioeconômico, exercem suas

[11] QUEIROZ, Marcos. *Assombros da casa-grande*: A Constituição de 1824 e as vidas póstumas da escravidão. São Paulo: Fósforo, 2024.
[12] ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. *A Constituição Capturada:* neoliberalismo, conflito constitucional socioeconômico e o povo sem atributo. Londrina: Thoth, 2026.

competências em desconformidade com os parâmetros constitucionais que lhes conferem legitimidade, contribuindo, por ação ou omissão, para a relativização de garantias e da normatividade constitucional.

A excepcionalidade, nessa perspectiva, não corresponde à suspensão geral da ordem jurídica, mas à relativização material de compromissos constitucionais sob a continuidade do funcionamento das instituições estatais. Sua dimensão subjetiva decorre da seletividade dos efeitos desse processo, que incidem especialmente sobre os destinatários dos direitos sociais. Embora a ordem constitucional permaneça formalmente vigente, determinados compromissos sociais passam a ser condicionados ou subordinados a prioridades econômicas e administrativas.

A categoria distingue-se de outras formulações voltadas à análise do enfraquecimento constitucional, como a erosão constitucional, o constitucionalismo abusivo e o retrocesso social. Sua especificidade reside em examinar a participação dos próprios órgãos estatais na produção da exceção, considerando a desconformidade entre o exercício de suas competências e os parâmetros constitucionais, bem como a incidência seletiva de seus efeitos. Não é suficiente, portanto, que uma alteração legislativa restrinja direitos ou que determinada escolha política divirja de uma disposição constitucional. A identificação do estado de exceção subjetivo pressupõe a afetação material de compromissos constitucionais e a participação institucional em sua relativização, mesmo sem ruptura formal da ordem jurídica.

1.2 A manifestação estrutural dos conflitos socioeconômicos na Constituição de 1988

Estruturalmente, os conflitos constitucionais socioeconômicos no Brasil manifestam-se no parlamentarismo de coação[13] [14], em que barganhas políticas e pressões econômicas subordinam o Poder Legislativo às demandas do mercado. Nesse modelo, o Parlamento atua como espaço de negociação intensa, onde alianças temporárias permitem que interesses econômicos se sobreponham à formulação de políticas públicas para efetivação de direitos sociais. Essa estrutura evidencia que os conflitos socioeconômicos se reproduzem institucionalmente, sendo centrais para compreender a dinâmica normativa da Constituição de 1988.

O presidencialismo de coalizão no Brasil degenera quando incentivos políticos e econômicos direcionam o Executivo a priorizar apoios parlamentares em detrimento do pré-compromisso constitucional social. Nesse cenário, políticas públicas e agendas legislativas se subordinam a interesses privados, relativizando direitos fundamentais e consolidando a tensão entre eficiência política, estabilidade econômica e justiça distributiva.

A análise demonstra que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não atuam apenas como aplicadores da norma, mas como mediadores das pressões econômicas e sociais, modulando a efetividade de direitos socioeconômicos. Nesse contexto, os conflitos constitucionais socioeconômicos tornam-se instrumento analítico essencial para compreender como

[13] ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.
[14] ABRANCHES, Sérgio. Os dilemas da governabilidade no Brasil: reforma política ou reforma do Estado? *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, ano VI, n. 2, p. 39-60, 2005.

o constitucionalismo brasileiro negocia estabilidade normativa e demandas sociais diante da predominância de forças de mercado.

Segundo Vitullo[15], os conflitos não devem ser vistos apenas como problemas, mas como componentes essenciais do processo democrático, capazes de fomentar negociações, ajustes institucionais e avanços sociais. Ignorar seu potencial construtivo reduz a complexidade das interações políticas e obscurece o papel normativo e transformador das instituições na mediação de interesses divergentes.

Contudo, em muitos cenários contemporâneos, o conflito é percebido apenas como obstáculo aos processos decisórios, reforçando decisões concentradas e reproduzindo desigualdades. Vitullo[16] alerta que essa visão limitada desconsidera a capacidade do conflito de provocar ajustes que ampliem a efetividade de direitos sociais e democráticos.

A reflexão do supracitado autor[17] evidencia que os conflitos constitucionais e sociais funcionam como instrumentos de densificação da democracia, permitindo interpretar a dinâmica institucional brasileira como negociação contínua entre interesses diversos, pressões sociais e limitações econômicas.

À luz de Frankenberg[18], as constituições modernas estruturam simbolicamente a forma como sociedades compreendem e administram conflitos. Valores constitucionais como justiça social e solidariedade orientam a resolução de disputas distributivas, transformando tensões sociais em controvérsias juridicamente estruturadas.

Essa dupla função de autoridade e integração[19] mostra que o constitucionalismo reorganiza conflitos dentro de limites normativos, mediando disputas entre os cidadãos, o Estado e os órgãos estatais, garantindo estabilidade institucional ao mesmo tempo em que possibilita revisão das decisões políticas.

No entanto, como alerta Frankenberg[20], a distinção entre normalidade constitucional e exceção tende a se tornar difusa. Ampliação de poderes e mecanismos emergenciais podem relativizar compromissos constitucionais, sendo que, no Brasil, decisões legislativas, administrativas e judiciais muitas vezes reinterpretam ou restringem direitos sociais em prol da estabilidade econômica ou governabilidade.

Durante a Assembleia Nacional Constituinte, conservadores e liberais coordenaram-se para limitar mudanças profundas na estrutura do Estado e na ordem socioeconômica, garantindo prerrogativas políticas e interesses econômicos herdados da ditadura. Os embates envolveram tanto o conteúdo da Constituição quanto os mecanismos institucionais que condicionariam a implementação futura das normas.

---

[15] VITULLO, Gabriel Eduardo. O lugar do conflito na teoria democrática contemporânea. *Revista TOMO*, [*S. l.*], n. 10, p. 61–83, 2007. DOI: 10.21669/tomo.v0i10.436. Disponível em: https://periodicos.ufs.br/tomo/article/view/436. Acesso em: 4 out. 2025.

[16] *Ibid.*

[17] *Ibid.*

[18] FRANKENBERG, Günter. Constituição como gramática de conflitos sociais. *Direito Público,* [*S. l.*], v. 3, n. 14, 2010. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos. idp.edu.br/direitopublico/article/view/1410. Acesso em: 13 mar. 2026.

[19] *Ibid.*

[20] *Ibid.*

O grupo progressista, mobilizado por movimentos sociais como *Diretas Já*, saúde pública, educação, direitos das mulheres e da população negra, enfrentou limitações internas, resultando na positivação de muitos direitos sociais de forma condicional. Normas de eficácia limitada dependem de regulamentação e atuação contínua do Legislativo e do Executivo para sua efetivação.

A Constituição de 1988 evidencia a tensão permanente entre direitos sociais, estabilidade econômica e governabilidade política, condicionando a efetivação de direitos à regulamentação infraconstitucional e à mediação institucional[21]. Dessa forma, conflitos socioeconômicos deixam de ser externos ou marginais e se tornam parte integrante da dinâmica normativa, funcionando como instrumentos de negociação institucional e de limitação do poder político, incorporando simultaneamente direitos fundamentais e limites práticos de aplicação.

2 PRÉ-COMPROMISSO CONSTITUCIONAL E A DIALÉTICA ENTRE CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO SOCIAL

A análise dos conflitos socioeconômicos exige compreender os mecanismos institucionais que estruturam a tensão entre as dimensões econômica e social da Constituição de 1988. Este item examina o pré-compromisso constitucional e a dialética entre Constituição Econômica e Constituição Social, mostrando como o texto procura estabilizar compromissos normativos e mediar disputas distributivas, ao mesmo tempo em que seus limites são constantemente reinterpretados ou relativizados diante das pressões do sistema político e do mercado. Na primeira parte, discute-se o pré-compromisso como mecanismo de estabilização normativa e de autocontenção democrática; na segunda, as tensões estruturais entre as duas Constituições.

2.1 O pré-compromisso constitucional como mecanismo de estabilização normativa

A Constituição de 1988 resultou de intensas disputas políticas, institucionais e sociais, em que a mobilização popular e a atuação de setores progressistas na Assembleia Nacional Constituinte permitiram a incorporação de direitos sociais, mesmo diante de uma correlação de forças desfavorável. Como observa Florestan Fernandes[22], a participação das ruas e de parlamentares comprometidos com pautas sociais foi decisiva para avanços normativos, embora o texto final refletisse uma síntese negociada entre diferentes projetos de sociedade.

O processo ocorreu sob tensão entre campos políticos e econômicos distintos: movimentos sociais buscavam uma Constituição mais social, enquanto setores ligados ao mercado e à base política do governo defendiam restrições, temendo inviabilidade econômica e governabilidade precária. Essa disputa refletiu o conflito entre a Constituição ideal dos progressistas e a Constituição possível resultante das negociações políticas.

Além disso, fatores estratégicos ligados à transição política e às eleições de 1989 condicionaram o processo. Setores progressistas pressionavam pela conclusão em 1988, enquanto

[21] *Ibid.*

[22] FERNANDES, Florestan. *A Constituição Inacabada*: vias históricas e significado político. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

conservadores e representantes do setor produtivo defendiam o prolongamento do debate, sobretudo sobre a Ordem Social. O resultado foi um compromisso institucional que permitiu a promulgação da Constituição.

Um mecanismo de manutenção do *status quo* em matéria de direitos sociais foi a redação de grande parte das normas relativas à Ordem Social como normas constitucionais de eficácia limitada, para além de mera técnica normativa. Áreas fundamentais como saúde, assistência social, previdência, educação, cultura e meio ambiente passaram a depender de legislação específica para sua implementação, transferindo para o processo político ordinário a incumbência de definir os contornos institucionais de tais direitos[23].

Essa configuração institucional permite interpretar a Constituição de 1988 como um mecanismo de pré-compromisso constitucional. Ao mesmo tempo em que consagra direitos sociais no plano normativo, o texto constitucional estabelece parâmetros que procuram orientar e limitar decisões políticas futuras, preservando determinados compromissos distributivos pactuados no processo constituinte.

À luz da teoria do pré-compromisso de Buchanan e Tullock[24], a Constituição funciona como mecanismo institucional para limitar escolhas políticas futuras que possam comprometer valores fundamentais. No plano socioeconômico, esse pré-compromisso protege direitos sociais e padrões mínimos de justiça distributiva frente a decisões de curto prazo orientadas por interesses de mercado ou maiorias circunstanciais, estabelecendo parâmetros normativos que vinculam governantes mesmo sob pressões econômicas intensas.

A perspectiva de Elster[25] reforça essa visão, interpretando as constituições como instrumentos de autocontenção democrática. Inspirado na metáfora de Ulisses amarrado ao mastro, o autor mostra que regras constitucionais visam impedir decisões impulsivas que prejudiquem valores coletivos. No caso brasileiro, a Constituição de 1988 atua assim para proteger direitos sociais e estabilizar compromissos distributivos, mesmo diante de ciclos econômicos e disputas políticas.

Stephen Holmes[26] complementa essa construção ao sustentar que o pré-compromisso constitucional não representa uma limitação antidemocrática, mas condição de possibilidade da própria democracia constitucional. Ao vincular as maiorias futuras às decisões fundamentais adotadas no momento constituinte, a Constituição preserva as condições institucionais necessárias ao exercício da liberdade política e à proteção dos direitos fundamentais contra escolhas circunstanciais. Nessa perspectiva, a leitura conjugada de Buchanan e Tullock, Elster e Holmes permite compreender que o pré-compromisso constitucional não se restringe à contenção do poder político, mas constitui mecanismo de preservação do pacto constitucional, assegurando que reformas posteriores, embora formalmente legítimas, não descaracterizem os compromissos estruturantes assumidos pelo constituinte originário.

[23] ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. *A Constituição Capturada:* neoliberalismo, conflito constitucional socioeconômico e o povo sem atributo. Londrina: Thoth, 2026.
[24] BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *El cálculo del consenso:* fundamentos lógicos de la democracia constitucional. Madrid: Planeta-Agostini, 1992.
[25] ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas:* estudios sobre racionalidad e irracionalidad. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
[26] HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. *In*: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (org.). *Constitucionalismo y democracia.* México: Fondo de Cultura Económica, 2012. p. 214-262.

Embora a teoria do pré-compromisso constitucional apresente diferentes formulações no debate constitucional contemporâneo, desde a concepção de autovinculação racional desenvolvida por Jon Elster até a justificativa institucional elaborada por Stephen Holmes, ambas convergem na compreensão de que a Constituição funciona como um mecanismo destinado a limitar decisões futuras potencialmente prejudiciais à democracia e aos direitos fundamentais.

Todavia, a análise do núcleo de imutabilidade previsto no art. 60, § 4º, da Constituição Federal revela que o constituinte originário brasileiro buscou proteger elementos estruturantes da democracia representativa, forma federativa, separação de poderes e valores vinculados aos direitos e garantias fundamentais individuais[27]. Contudo, ao se observar a ausência de proteção expressa de compromissos sociais e econômicos assumidos pela Constituição de 1988 como núcleo material intangível, evidencia-se uma tensão entre o pacto social construído no processo constituinte e os limites jurídicos impostos ao poder reformador. Nesse sentido, a Carta Cidadã permanece sujeita ao risco de que seus elementos de proteção social sejam progressivamente relativizados por reformas formalmente legítimas, mas capazes de reduzir a densidade normativa dos compromissos constitucionais voltados à igualdade e à justiça social.

No entanto, segundo Abranches[28] [29], o parlamentarismo de coação, degeneração do presidencialismo de coalizão, aliado a pressões de mercado, tensiona ou relativiza esses mecanismos de pré-compromisso. Como lembra Elster, sua eficácia depende da disposição dos atores em respeitá-los, revelando a tensão entre o ideal de autocontenção constitucional e a realidade política, em que coalizões governamentais e interesses econômicos pressionam por flexibilização ou reinterpretação de normas[30].

A composição social e política do Parlamento brasileiro reforça essa dinâmica. Durante a Assembleia Nacional Constituinte, muitos parlamentares estavam ligados à base do regime autoritário anterior, influenciando negociações e limitando transformações constitucionais. Apesar da mobilização social e da atuação de setores progressistas, a inclusão de direitos sociais ocorreu em um contexto de contenção e acomodação institucional, refletindo a tensão estrutural entre avanços normativos e interesses consolidados.

A correlação de forças na Assembleia Nacional Constituinte produziu um compromisso intermediário, uma vez que os direitos sociais positivados necessitariam de mediação do Legislativo e do Judiciário para definição de sua implementação. Muitas normas da Ordem Social tornaram-se de eficácia limitada, preservando margens de controle político e criando uma arena permanente de disputa institucional.

Dessa forma, a Constituição de 1988 avançou na consagração de direitos sociais, mas estruturou espaços contínuos de negociação e contestação. O Parlamento e o Judiciário

[27] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2026]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 nov. 2026.
[28] ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.
[29] ABRANCHES, Sérgio. Os dilemas da governabilidade no Brasil: reforma política ou reforma do Estado? *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, ano VI, n. 2, p. 39-60, 2005.
[30] ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas:* estudios sobre racionalidad e irracionalidad. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

atuam como mediadores da aplicação das normas, muitas vezes refletindo interesses econômicos e políticos dominantes.

O pré-compromisso constitucional brasileiro adquire, nesse contexto, caráter ambivalente: ao mesmo tempo em que estabiliza valores coletivos pactuados no momento constituinte, também institucionaliza disputas sobre o alcance e a implementação dos direitos sociais, submetendo-os a pressões políticas e econômicas.

Portanto, a Constituição Social brasileira não apenas consagra direitos, mas organiza institucionalmente a contínua negociação de sua efetividade, evidenciando a tensão permanente entre avanços normativos e limitações estruturais do sistema político e econômico.

2.2 Tensões estruturais entre Constituição Econômica e Constituição Social

A Constituição de 1988 estruturou tanto a Constituição Econômica quanto a Constituição Social como formas de refletir, no plano jurídico, as tensões sociais e econômicas presentes na sociedade brasileira. Essas ordens normativas buscam incorporar os conflitos da luta de classes, traduzindo-os em regras e princípios que orientam a atuação do Estado e a proteção de direitos fundamentais.

Apesar de sua consagração formal, observa-se que a efetivação desses direitos ainda enfrenta desafios significativos. A tensão entre objetivos econômicos e sociais se manifesta na correlação jurídico-política necessária para concretizar direitos previstos na Carta de 1988, revelando lacunas entre o que está positivado e o que é experienciado pela população.

Nesse cenário, o conflito constitucional socioeconômico se manifesta na disputa entre a necessidade de estabilidade econômica e a exigência de efetivação de direitos sociais. Políticas públicas, decisões legislativas e interpretações judiciais frequentemente refletem escolhas que favorecem determinados interesses econômicos em detrimento da promoção dos direitos sociais.

A tensão estrutural se evidencia quando normas constitucionais de proteção social entram em colisão com princípios econômicos, como a livre iniciativa, o equilíbrio fiscal e a competitividade de mercado. Essa colisão cria situações em que direitos fundamentais são relativizados, mesmo que formalmente mantidos, produzindo uma efetividade desigual dos dispositivos constitucionais e expondo as contradições internas da ordem constitucional.

Além disso, o conflito se intensifica na medida em que os mecanismos institucionais de mediação, representados pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não conseguem, de forma sistemática, garantir a harmonização entre os valores econômicos e sociais. O resultado é um cenário em que a concretização dos direitos fundamentais depende da correlação de forças político-institucional e da subjetividade das interpretações jurídicas.

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou direitos fundamentais sociais amplos, incluindo a saúde, a educação, a moradia e a assistência social, que deveriam ser efetivamente garantidos a toda a população. No entanto, a concretização desses direitos enfrenta limites práticos impostos tanto por instrumentos legislativos quanto por interpretações jurispruden-

ciais, configurando um processo de tangenciamento dos direitos. Entre os instrumentos legislativos, a Lei de Responsabilidade Fiscal[31] [32] (LRF), Lei Complementar nº 101, sancionada em 2000, estabelece limites para gastos públicos e endividamento, impondo disciplina fiscal aos entes federativos. Embora tenha sido criada para assegurar equilíbrio econômico e responsabilidade na gestão, sua aplicação restringe a capacidade do Estado de expandir políticas sociais, impactando diretamente a efetivação de direitos fundamentais.

A Emenda Constitucional (EC) 95/2016[33] instituiu limites anuais para as despesas primárias da União, com atualização pela inflação, vigorando durante os governos Temer e Bolsonaro. Os efeitos da EC 95/2016 ultrapassam a dimensão da gestão fiscal. Ao inserir o art. 110 no ADCT, a emenda passou a atualizar as aplicações mínimas em saúde e em educação apenas pela inflação do exercício anterior, em substituição aos percentuais fixados nos arts. 198, § 2º, e 212 da Constituição, o que desvincula o financiamento desses serviços da evolução das receitas. Para Oliveira Neto e Rosado[34], a medida equivale, na prática, a revogar vinculações orçamentárias constitucionais e deixa parte dos recursos à discricionariedade do administrador, em contrariedade à máxima efetividade dos direitos fundamentais e à vedação ao retrocesso social.

A discussão acerca dos limites das transformações constitucionais também é desenvolvida por Richard Albert[35], a partir da distinção entre emenda e desmembramento constitucional. Para o autor, a análise das alterações constitucionais deve considerar não apenas a observância do procedimento formal, mas também seus efeitos sobre a identidade, os direitos e a estrutura da Constituição. Enquanto a emenda preserva a coerência com esses elementos, o desmembramento corresponde à transformação de aspectos essenciais da ordem constitucional. Ao examinar o Estado Social brasileiro, Albert identifica, ainda, as tensões entre a EC nº 95/2016 e os compromissos sociais da Constituição de 1988, especialmente quanto ao financiamento da saúde e da educação[36].

---

[31] BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.* Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

[32] A Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) institucionalizou a disciplina fiscal permanente no ordenamento brasileiro, em consonância com um dos eixos do Consenso de Washington, baseado no controle do gasto público, no equilíbrio fiscal e na estabilidade macroeconômica. (WILLIAMSON, John. What should the World Bank think about the Washington Consensus? *The World Bank Research Observer*, v. 15, n. 2, p. 251-264, 2000). A incorporação normativa desses princípios no direito financeiro brasileiro pode ser interpretada, em chave teórica, à luz da noção de "intelectuais orgânicos" e de aparelhos privados de hegemonia formulada por Antonio Gramsci, indicando a atuação de redes institucionais e epistêmicas transnacionais que operam como "intelectuais coletivos" na difusão de determinadas concepções de política econômica e na conformação das estruturas constitucionais e infraconstitucionais dos Estados nacionais (GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere, volume 2:* Os intelectuais. O princípio educativo. Jornalismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. E-book).

[33] BRASIL. *Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016.* Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

[34] OLIVEIRA NETO, João Paulino de; ROSADO, Cid Augusto da Escóssia. Direitos fundamentais sociais como limites à reforma constitucional: a inconstitucionalidade da EC 95/2016. *Revista Jurídica da UFERSA*, v. 2, n. 3, p. 117–139, 9 fev. 2018. Disponível em: https://periodicos.ufersa.edu.br/rejur/pt_BR/article/view/6957. Acesso em: 04 nov. 2026.

[35] ALBERT, Richard. *Constitutional amendments:* making, breaking, and changing constitutions. New York: Oxford University Press, 2019.

[36] *Ibid*.

No debate nacional, Ribeiro[37] examina a aplicabilidade da teoria de Albert ao ordenamento brasileiro, destacando que o desmembramento constitucional não possui, necessariamente, conteúdo valorativo negativo, podendo envolver transformações orientadas tanto ao aprofundamento quanto ao enfraquecimento de compromissos constitucionais. O autor também o distingue do constitucionalismo abusivo, associado à utilização de mecanismos constitucionais para enfraquecer a ordem democrática e perpetuar projetos de poder.

As contribuições de Albert[38] e Ribeiro[39] permitem analisar as transformações constitucionais para além de sua regularidade procedimental, considerando seus efeitos sobre os compromissos, os direitos e a identidade da Constituição. Essa abordagem, contudo, não se confunde com o estado de exceção subjetivo[40], cujo objeto é a participação dos órgãos estatais na relativização seletiva desses compromissos. Enquanto o desmembramento constitucional pressupõe a transformação de elementos essenciais da ordem constitucional, a exceção subjetiva pode decorrer de práticas legislativas, interpretações judiciais ou omissões institucionais, independentemente de alteração formal do texto constitucional.

Sob essa perspectiva, a restrição orçamentária prolongada tensiona a dimensão dirigente da Constituição de 1988, que, ao vincular receitas, indicou prioridades para a ação estatal. Posteriormente, a EC nº 126/2022[41] e a Lei Complementar nº 200/2023[42] substituíram esse regime por um novo arcabouço fiscal, ampliando a margem para a implementação de políticas públicas e favorecendo a recomposição da capacidade estatal de concretização dos direitos sociais previstos na Constituição.

No âmbito jurisprudencial, o mínimo existencial[43] surge como parâmetro pelo qual o Judiciário busca garantir um padrão mínimo de acesso aos direitos fundamentais, sobretudo a saúde, alimentação e moradia, mesmo diante de restrições orçamentárias. Esse conceito, originado da teoria de direitos fundamentais e consolidado em decisões do Supremo Tribunal

[37] RIBEIRO, Marcus Vinicius de Barros Magalhães. A teoria do desmembramento constitucional de Richard Albert: reflexões sobre sua aplicabilidade ao Brasil. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas,* Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 49-88, jul./dez. 2018.

[38] ALBERT, Richard. *Constitutional amendments:* making, breaking, and changing constitutions. New York: Oxford University Press, 2019.

[39] RIBEIRO, Marcus Vinicius de Barros Magalhães. A teoria do desmembramento constitucional de Richard Albert: reflexões sobre sua aplicabilidade ao Brasil. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas,* Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 49-88, jul./dez. 2018.

[40] ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. *A Constituição Capturada:* neoliberalismo, conflito constitucional socioeconômico e o povo sem atributo. Londrina: Thoth, 2026.

[41] BRASIL. *Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022*. Altera a Constituição Federal, para dispor sobre as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária, e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para excluir despesas dos limites previstos no art. 107; define regras para a transição da Presidência da República aplicáveis à Lei Orçamentária de 2023; e dá outras providências. Brasília, DF, 21 dez. 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc126.htm. Acesso em: 4 ago. 2026.

[42] BRASIL. *Lei Complementar nº 200, de 30 de agosto de 2023.* Institui regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico, com fundamento no art. 6º da Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022, e no inciso VIII do caput e no parágrafo único do art. 163 da Constituição Federal; e altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Brasília, DF, 30 ago. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp200.htm. Acesso em: 4 ago. 2026.

[43] A noção de mínimo existencial, frequentemente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como parâmetro de exigibilidade dos direitos sociais, pode restringir o alcance desses direitos ao deslocar o horizonte normativo do art. 6º da Constituição de 1988 para a garantia apenas de um núcleo essencial de prestações, revelando a tensão entre o constitucionalismo social e sua contenção por critérios jurisprudenciais de gestão da escassez.

Federal, atua como um limite inferior, garantindo que a restrição de direitos não atinja um patamar de violação absoluta da dignidade humana.

Complementarmente, a reserva do possível é uma doutrina jurídica que reconhece a limitação material e orçamentária do Estado na implementação de políticas públicas. Ela admite que direitos sociais dependem de recursos disponíveis, e, portanto, podem ser relativizados em face da realidade financeira e administrativa do ente estatal, criando um espaço de negociação entre direitos garantidos formalmente e sua efetivação prática.

Esses instrumentos, legislativos e jurisprudenciais, articulam-se para operacionalizar uma racionalidade de tangenciamento: ao invés de negar direitos sociais, estabelecem limites, prioridades e padrões mínimos, transformando-os em direitos parcialmente realizáveis, condicionados às decisões de gestão pública e capacidade fiscal. Trata-se de uma forma de compatibilizar obrigações constitucionais com restrições orçamentárias, mas que afeta de forma significativa parcelas da população.

A lógica do tangenciamento revela um conflito entre universalidade formal e restrição material dos direitos sociais. Enquanto a Constituição garante direitos amplos e imediatos, a LRF, a EC 95, o mínimo existencial e a reserva do possível introduzem critérios de viabilidade que podem resultar em desigualdade de acesso ou efetividade, dependendo da priorização política e da correlação de forças entre os poderes e a sociedade.

Em síntese, a combinação de instrumentos legislativos e jurisprudenciais demonstra como o Estado brasileiro busca equilibrar estabilidade econômica e direitos fundamentais, afetando de forma direta a vida de milhões de brasileiros que dependem de políticas públicas para terem acesso a condições mínimas de dignidade.

Tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário demonstram, historicamente, uma tendência a reproduzir uma racionalidade neoliberal no Estado brasileiro, mesmo diante do caráter social consagrado pela Constituição de 1988. Essa postura evidencia uma priorização das normas e princípios que orientam a economia de mercado, em detrimento da plena efetivação dos direitos sociais, criando uma assimetria na aplicação do texto constitucional.

Observa-se, assim, uma verticalização da Constituição Econômica sobre a Constituição Social, na medida em que os poderes instituídos, ao interpretarem e aplicarem a legislação, optam por estabelecer valores econômicos como critérios predominantes. O efeito é que direitos fundamentais, embora positivados, tornam-se subordinados às exigências de estabilidade, competitividade e equilíbrio fiscal, refletindo uma orientação de Estado mais voltada à lógica mercantil do que à proteção social.

Nessa configuração, o Legislativo e o Judiciário deixam de atuar como moderadores equilibradores entre as dimensões econômica e social da Constituição, transformando-se, em muitos casos, em instrumentos indiretos da *lex mercatoria.* Como consequência política e econômica, a interpretação e a execução das políticas públicas passam a refletir essa dinâmica, evidenciando um desalinhamento entre o texto constitucional e a realidade vivida pela população.

A suspensão material e seletiva de compromissos da Constituição Social diante de prioridades vinculadas à Constituição Econômica permite retomar a categoria de estado de exceção subjetivo[44]. Como exposto anteriormente, sua configuração não decorre simplesmente da existência de restrições orçamentárias ou de escolhas políticas que envolvam a alocação de recursos, mas da atuação institucional que participa da relativização de garantias e compromissos sociais. Nesse sentido, os instrumentos legislativos e jurisprudenciais examinados evidenciam como a continuidade formal da ordem constitucional pode coexistir com limitações materiais à efetividade dos direitos sociais.

Outra forma de atuação do Estado brasileiro se dá por meio das reformas constitucionais, nas quais o Poder Constituinte Derivado Reformador reestrutura a Carta de 1988 em função de interesses específicos. Nesses casos, os direitos e garantias originalmente pactuados podem ser adaptados ou restringidos para atender aos objetivos dos grupos que se sentiram derrotados no pacto de 1988, evidenciando que a dinâmica constitucional não se limita à interpretação judicial ou à aplicação legislativa, mas também à modificação formal da própria Constituição, como será detalhado no item a seguir.

3 REFORMA CONSTITUCIONAL E A RECONFIGURAÇÃO DO PACTO CONSTITUCIONAL

O processo constituinte brasileiro não se esgota no momento fundacional de 1988[45]. A Constituição tem sido continuamente reinterpretada e modificada por reformas que reconfiguram, em diferentes graus, os compromissos políticos, econômicos e sociais pactuados, de modo que o texto permanece como campo aberto de disputa entre atores institucionais.

Este item examina como as reformas e as práticas institucionais posteriores influenciam a reconfiguração desse pacto, com foco na atuação do Legislativo e do Judiciário. Na primeira parte, analisa-se o Poder Constituinte Derivado de Reforma e a reiteração dos conflitos socioeconômicos; na segunda, a atuação desses poderes na produção do estado de exceção subjetivo.

3.1 O Poder Constituinte Derivado de Reforma e a reiteração dos conflitos socioeconômicos

O Poder Constituinte Derivado de Reforma é um mecanismo central para adaptar a Constituição às mudanças sociais, políticas e econômicas. Diferentemente do Poder Constituinte Originário, que inaugura uma nova ordem, o Reformador atua dentro dos limites constitucionais, atualizando normas e instituições sem romper com a estrutura do Estado. As emendas constitucionais permitem responder às demandas coletivas e refletem a correlação de forças políticas e sociais de cada contexto.

[44] ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. *A Constituição Capturada:* neoliberalismo, conflito constitucional socioeconômico e o povo sem atributo. Londrina: Editora Thoth, 2026

[45] O conceito de verticalização do Poder Constituinte Reformador é uma categoria analítica para compreender as reconfigurações do pacto constitucional de 1988, especialmente nas reformas que alteram as relações entre Estado, mercado e direitos sociais, articulando a Constituição Econômica e a Constituição Social (ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. *A Constituição Capturada:* neoliberalismo, conflito constitucional socioeconômico e o povo sem atributo. Londrina: Thoth, 2026).

Seu exercício ocorre em meio a disputas políticas e interesses divergentes. Reformas podem ampliar direitos ou reorganizar estruturas econômicas e institucionais, favorecendo certos grupos sociais e refletindo tensões entre diferentes projetos de desenvolvimento e organização do poder político.

A recorrência de reformas indica a reiteração dos conflitos socioeconômicos. Apesar de a Constituição visar estabilidade normativa, a necessidade de alterações constantes evidencia a dificuldade de conciliar interesses divergentes, tornando o Poder Derivado um espaço de disputa entre projetos sociais e econômicos.

O processo constituinte de 1988 incorporou antagonismos de classe e disputas por direitos sociais e preservação econômica. A Constituição incorporou direitos amplos, mas também criou mecanismos formais e materiais que condicionam sua realização, modulando a expansão desses direitos.

Além disso, a eficácia limitada de muitas normas da Constituição Social exige regulamentação e políticas públicas para produzir efeitos concretos. Assim, a efetivação dos direitos sociais depende da atuação legislativa e da disponibilidade de instrumentos institucionais e orçamentários, ampliando a distância entre promessas constitucionais e realização prática.

Desde os primeiros anos, reformas constitucionais incorporaram orientações econômicas neoliberais alinhadas ao Consenso de Washington, com liberalização econômica, disciplina fiscal e redução do papel do Estado. As alterações reconfiguraram a ordem econômica e social prevista na Constituição, reiterando institucionalmente os conflitos socioeconômicos históricos.

As primeiras reformas do governo Fernando Henrique Cardoso [46] [47] mostram um movimento reformista precoce e intenso. Das cinco primeiras emendas aprovadas, quatro foram promulgadas em 15 de agosto de 1995, evidenciando a urgência política do Executivo em implementar reformas estruturais e reconfigurar a ordem econômica constitucional.

Essas emendas impactaram o núcleo da Constituição Econômica. Duas abriram setores estratégicos à privatização (gás canalizado e telecomunicações) e três alteraram a arquitetura normativa da ordem econômica, redefinindo o papel do Estado. Todas partiram do Executivo, destacando a centralidade governamental no processo reformista[48].

[46] As quatro primeiras emendas à Constituição de 1988, promulgadas nos governos José Sarney, Fernando Collor e Itamar Franco, não incidiram sobre a ordem econômica. As reformas constitucionais nessa matéria tiveram início apenas em 1995.

[47] A delimitação da análise às emendas constitucionais aprovadas no primeiro ano do governo Fernando Henrique Cardoso justifica-se marcarem o início das reformas constitucionais de orientação neoliberal, voltadas à abertura da economia, à redefinição do papel do Estado e à liberalização dos mercados.

[48] A classificação das Emendas Constitucionais nº 5 a nº 9, de 1995, observa a natureza predominante das alterações promovidas. Embora a EC nº 5/1995 tenha flexibilizado a exploração dos serviços locais de gás canalizado, sua incidência sobre a competência dos Estados (art. 25, § 2º) justifica tratamento distinto das ECs nº 8/1995 e nº 9/1995, que promoveram a abertura de monopólios federais estratégicos nos setores de telecomunicações e petróleo. Preserva-se, assim, a distinção entre reformas voltadas à organização federativa e aquelas diretamente relacionadas à abertura de atividades econômicas estratégicas.

A primeira dessas alterações foi a Emenda Constitucional nº 5 de 1995,[49] que modificou a competência do Estado, prevista no art. 25, § 2º[50], ao permitir que a exploração do serviço de gás canalizado deixasse de ser restrita à atuação de empresas estatais. A nova redação abriu espaço para a participação de qualquer empresa nesse setor, ampliando as possibilidades de exploração privada. Portanto, conclui-se que essa mudança representou uma inflexão relevante em relação ao desenho constitucional original, que buscava equilibrar a livre iniciativa com os valores sociais do trabalho e os objetivos de justiça social previstos na Constituição de 1988.

A Emenda Constitucional nº 6 de 1995[51] revogou integralmente o art. 171 da Constituição[52], que diferenciava empresas brasileiras de capital nacional e previa proteção a setores estratégicos. A revogação do referido artigo eliminou o regime de incentivo às empresas nacionais, abrindo espaço à participação do capital estrangeiro e alterando a lógica original de priorização do desenvolvimento econômico.

A revogação do art. 171 admite, ainda, uma leitura à luz da distinção entre emenda e desmembramento constitucional proposta por Albert[53]. Se o desmembramento consiste na transformação de aspectos essenciais da ordem constitucional por meio de procedimento formal de emenda, cabe indagar se o conjunto de reformas de 1995, ao suprimir o tratamento diferenciado conferido à empresa brasileira de capital nacional e ao flexibilizar monopólios e setores estratégicos, alterou apenas dispositivos isolados ou redefiniu a identidade econômica da Constituição de 1988. Como observa Ribeiro[54], o desmembramento não possui, necessariamente, valoração negativa, de modo que sua caracterização depende do exame dos efeitos da alteração sobre os compromissos constitucionais. Trata-se, portanto, de hipótese interpretativa que dialoga com a teoria de Albert sem substituir o estado de exceção subjetivo, cujo objeto é a atuação dos órgãos estatais na relativização desses compromissos.

A Emenda Constitucional nº 7 de 1995[55] modificou o art. 178[56], relacionado à ordenação do sistema de transportes. A redação original protegia a participação de armadores brasileiros e restringia embarcações estrangeiras na cabotagem e navegação interior. A nova redação flexibilizou essas restrições, permitindo maior internacionalização de setores estratégicos.

---

[49] BRASIL. *Emenda Constitucional nº 5, de 15 de agosto de 1995.* Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc05.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

[50] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2026]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 nov. 2026.

[51] BRASIL. *Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995*. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc06.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

[52] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2026]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 nov. 2026.

[53] ALBERT, Richard. *Constitutional amendments:* making, breaking, and changing constitutions. New York: Oxford University Press, 2019.

[54] RIBEIRO, Marcus Vinicius de Barros Magalhães. A teoria do desmembramento constitucional de Richard Albert: reflexões sobre sua aplicabilidade ao Brasil. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 49-88, jul./dez. 2018.

[55] BRASIL. *Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995.* Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc07.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

[56] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2026]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 nov. 2026.

A Emenda Constitucional nº 8 de 1995[57] alterou o regime das telecomunicações, previsto originalmente para exploração direta ou concessão a empresas estatais (art. 21, XI)[58]. A reforma passou a permitir exploração mediante autorização, concessão ou permissão, acompanhada de um órgão regulador, abrindo caminho para privatização e reestruturação do setor.

A Emenda Constitucional nº 9 de 1995[59], promulgada em 09 de novembro, flexibilizou o monopólio estatal sobre o petróleo (art. 177)[60], permitindo a participação de empresas privadas e estrangeiras em pesquisa, produção, refino e transporte. Esse conjunto de reformas evidencia uma orientação sistemática de adaptação da Constituição à racionalidade neoliberal, com abertura de mercados e redução do papel direto do Estado.

Essas reformas iniciais do governo FHC demonstram uma reconfiguração da ordem constitucional pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, conduzida com protagonismo do Executivo e apoio do Legislativo. As emendas não apenas modificaram dispositivos específicos da Constituição Econômica, mas sinalizaram mudanças estruturais no projeto de Estado delineado em 1988, evidenciando tensões entre o pacto social constituinte e as reformas institucionais.

O Executivo promoveu alterações aceleradas na ordem econômica, flexibilizando monopólios estatais e ampliando a participação do capital privado e estrangeiro em setores estratégicos. Nesse contexto, o Poder Constituinte Derivado Reformador funcionou como instrumento para ajustar o texto constitucional à racionalidade econômica do Consenso de Washington, deslocando progressivamente os parâmetros originais da Constituição Econômica de 1988.

Na sequência, é necessário analisar a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, especialmente no controle abstrato de constitucionalidade. Essa investigação permite avaliar como essas instituições influenciaram a consolidação do Estado de exceção subjetivo, em que mudanças estruturais da Constituição ocorrem por procedimentos formais, mas alteram significativamente o pacto político e social estabelecido pelo Poder Constituinte Originário.

As cinco emendas constitucionais aprovadas no primeiro ano do governo Fernando Henrique Cardoso vedaram a regulamentação de seus dispositivos por medida provisória, exigindo a aprovação de leis formais pelo Congresso Nacional. A medida buscou conferir maior legitimidade, estabilidade e segurança jurídica às reformas estruturais da ordem econômica.

[57] BRASIL. *Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995.* Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc08.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

[58] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2026]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 nov. 2026.

[59] BRASIL. *Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995.* Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

[60] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2026]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 nov. 2026.

3.2 A atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário e a produção do estado de exceção subjetivo

A noção de estado de exceção subjetivo permite compreender certas transformações normativas recentes como resultado da atuação convergente dos poderes constituídos contra as bases materiais da Constituição de 1988. Nesse fenômeno, instituições estatais passam a atuar na erosão gradual do pacto constitucional por meio de reformas legislativas, interpretações judiciais ou omissões institucionais, sem suspender formalmente a ordem jurídica.

Um exemplo desse fenômeno é a Lei nº 13.467, de 2017[61], que alterou profundamente a legislação trabalhista, ampliando a prevalência do negociado sobre o legislado e, consequentemente, flexibilizando relações de trabalho e expandindo modalidades contratuais atípicas. Essas mudanças deslocaram significativamente a proteção constitucional do trabalho, que se configura como um princípio central da Constituição de 1988, especialmente no que diz respeito aos valores sociais do trabalho e à justiça social.

Processo semelhante ocorreu com a Emenda Constitucional nº 103, de 2019[62], que reformou o sistema previdenciário, alterando critérios de aposentadoria, cálculo de benefícios e acesso à seguridade social. Embora justificada pela sustentabilidade fiscal, a reforma redefiniu o alcance material dos direitos sociais, afetando os princípios relacionados à proteção e à universalidade da seguridade social previstos na Constituição.

Outro caso relevante é a Lei nº 14.701, de 2023[63], que estabeleceu critérios restritivos para o reconhecimento de terras indígenas. A legislação contrasta com a interpretação constitucional dos direitos territoriais dos povos originários, evidenciando a tensão entre as decisões legislativas e o conteúdo normativo da Constituição e reforçando como conflitos socioeconômicos e territoriais se manifestam institucionalmente.

Também se destacam propostas relacionadas à remuneração inferior ao salário mínimo, que geram questionamentos sobre sua compatibilidade com os direitos sociais. O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar, em sede de controle de constitucionalidade, tais distorções, ora reafirma padrões constitucionais de proteção social, ora admite interpretações que acomodam reformas legislativas e rearranjos institucionais, ajustando-os à política econômica e social do Estado brasileiro.

---

[61] BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.* Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

[62] BRASIL. *Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.* Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

[63] BRASIL. *Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023.* Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14701.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

No caso da Lei nº 13.467, de 2017, o STF reconheceu a constitucionalidade da maior parte da reforma, declarando inconstitucionais apenas dispositivos pontuais, como os que impunham ao trabalhador beneficiário da justiça gratuita o pagamento de honorários periciais e advocatícios (ADI 5766), preservando o acesso à Justiça[64].

Quanto à Emenda Constitucional nº 103, de 2019, o Tribunal também validou a maioria das alterações estruturais, inclusive a nova fórmula de cálculo de aposentadorias, a exemplo da regra que fixa 60% da média das contribuições mais acréscimos proporcionais ao tempo de contribuição para aposentadoria por incapacidade permanente[65].

Em relação à Lei nº 14.701, de 2023, o STF se posicionou de forma diferente do Legislativo. Apesar de decisões contrárias ao chamado marco temporal, o Congresso aprovou a lei incorporando critérios restritivos, gerando ações de controle de constitucionalidade ainda em tramitação e evidenciando conflito institucional entre interpretação judicial e legislação aprovada[66] [67] [68] [69].

No que tange às propostas de emprego com remuneração inferior ao salário mínimo, o Tribunal reafirma a centralidade do princípio constitucional do salário mínimo, previsto no art. 7º da Carta, admitindo interpretações relativas em casos específicos, como contratos intermitentes, desde que respeitado o valor-hora mínimo legal [70] [71] .

Assim, a análise do comportamento do STF revela um padrão consistente: a Corte atua pontualmente, declarando inconstitucionais dispositivos que afetem direitos fundamentais

[64]BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em: 21 jun. 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352075483&ext=.pdf. Acesso em: 30 jul. 2026.

[65] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 1300:* pagamento de aposentadoria por incapacidade permanente decorrente de doença grave, contagiosa ou incurável de forma integral, sem a incidência do art. 26, § 2º, III, da Emenda Constitucional nº 103/2019. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6792062&numeroProcesso=1469150&classeProcesso=RE&numeroTema=1300. Acesso em: 4 ago. 2026.

[66] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 87/DF.* Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 19 dez. 2025. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur564074/false. Acesso em: 31 jul. 2026.

[67] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.582/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 19 dez. 2025. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp ?docTP=TP&docID=795592795. Acesso em: 31 jul. 2026.

[68] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.583/DF.* Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 19 dez. 2025. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador. jsp?docTP=TP&docID=795592933. Acesso em: 31 jul. 2026.

[69] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.586/DF.* Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 19 dez. 2025. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6825310. Acesso em: 31 jul. 2026.

[70]BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. *Orientação Jurisprudencial nº 358.* Jornada de trabalho. Salário mínimo e piso salarial proporcional à jornada reduzida. Possibilidade. Inserida em 11 mar. 2008. Alterada pela Resolução nº 202, de 16 fev. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br. Acesso em: 31 jul. 2026.

[71] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 900 da Repercussão Geral:* possibilidade de recebimento de remuneração em valor inferior ao salário mínimo por servidor público que trabalha em regime de carga horária reduzida. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4967664&numeroProcesso=964659&classeProcesso=RE&numeroTema=900. Acesso em: 31 jul. 2026.

processuais, mas preserva a estrutura geral das reformas. Sob a perspectiva do estado de exceção subjetivo, o Tribunal ajusta, sem bloquear integralmente, as transformações normativas recentes, compatibilizando-as com a ordem constitucional vigente.

Já o Poder Legislativo não se apresentou como instância de salvaguarda pré-compromissária da Constituição de 1988, atuando frequentemente como instrumento dos Aparelhos Privados de Hegemonia empresarial[72] ao promover reformas que ajustavam os sistemas constitucional e infraconstitucional aos interesses do capital. Dessa maneira, decisões e projetos de lei priorizaram a flexibilização dos direitos sociais, a abertura de mercados estratégicos e a redução da intervenção estatal, em detrimento dos princípios de justiça social e proteção ao trabalho previstos na Carta[73].

Essa atuação do Legislativo contribui diretamente para a materialização do estado de exceção subjetivo, na medida em que as alterações normativas não apenas respondem às pressões econômicas externas, mas são incorporadas formalmente no sistema legal pelo próprio aparato institucional, conferindo-lhes aparência de legitimidade. Ao aprovar reformas como a trabalhista de 2017, a da previdência de 2019 e as legislações relacionadas ao Marco Temporal, o Congresso Nacional participa de um processo em que a Constituição é reinterpretada e tensionada de dentro, reduzindo sua capacidade de funcionar como barreira efetiva contra mudanças estruturais que afetam direitos sociais e econômicos.

Além disso, a dinâmica legislativa observada revela que o Parlamento muitas vezes atua como tradutor institucional dos interesses do capital privado, ajustando normas constitucionais e infraconstitucionais à lógica dos mercados e das corporações globais. Essa função, ainda que formalmente compatível com o papel de representação popular, demonstra que o Legislativo pode operar como um mecanismo de hegemonia econômica, em que decisões e reformas são moldadas mais por estratégias de alinhamento aos interesses mercantis nacionais e internacionais do que por compromissos com o pacto social originário.

Nesse cenário, o Legislativo não apenas deixa de ser um freio às agressões à Constituição, mas, ao assumir papel ativo na promoção dessas mudanças, coparticipa da efetivação do estado de exceção subjetivo. As reformas e legislações aprovadas mostram que o Congresso Nacional, muitas vezes, atua de forma a legitimar ou formalizar alterações que reduzem a proteção social, flexibilizam direitos trabalhistas e previdenciários, e redefinem a exploração de recursos estratégicos, atendendo às agendas corporativas em detrimento da função social do Estado.

Portanto, a análise da atuação do Poder Legislativo evidencia que, em certos períodos, a própria instituição que deveria proteger e equilibrar os poderes do Estado se transforma em um instrumento da transformação estrutural da Constituição, operando para implementar reformas alinhadas à racionalidade neoliberal. Essa constatação reforça a pertinência do conceito de estado de exceção subjetivo, ao evidenciar que a violação do pacto constitucional não ocorre apenas por pressões externas, mas também por ação direta das instituições criadas

[72]Os Aparelhos Privados de Hegemonia Empresarial (APHe) são organizações da sociedade civil, como sindicatos patronais, federações empresariais e *think tanks,* que atuam como intelectuais coletivos na difusão da ideologia de mercado e na legitimação das reformas do capital (ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. *A Constituição Capturada:* neoliberalismo, conflito constitucional socioeconômico e o povo sem atributo. Londrina: Thoth, 2026).
[73] GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere, volume 2:* Os intelectuais. O princípio educativo. Jornalismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. E-book.

para garanti-lo, configurando um cenário em que a legalidade formal é preservada, enquanto a substância constitucional é progressivamente reconfigurada.

■ SÍNTESE CONCLUSIVA

A análise indica, em síntese provisória, que a interação entre o pré-compromisso constitucional e o Poder Constituinte Derivado Reformador, mediada pelos Poderes Legislativo e Judiciário, reproduz a tensão entre Constituição Econômica e Constituição Social. Esse processo relativiza seletivamente compromissos constitucionais e possibilita um estado de exceção subjetivo, no qual reformas, leis e interpretações judiciais, embora formalmente legítimas, reduzem a efetividade dos direitos sociais da Constituição de 1988.

A subjetividade desse estado de exceção está na suspensão seletiva do pacto constitucional no campo social, sem ruptura formal da ordem jurídico-política, em um processo recorrente na formação brasileira, no qual a aparência de normalidade convive com limites à concretização de direitos. Em Estados periféricos, a racionalidade neoliberal deve ser compreendida não apenas como modernização institucional ou econômica, mas também em sua dimensão expropriativa, por tensionar os compromissos de proteção social e igualdade material que o pacto de 1988 buscou assegurar.

O Poder Constituinte Derivado Reformador operou de modo estratégico, ajustando a ordem constitucional às diretrizes da racionalidade neoliberal, em especial às do Consenso de Washington, e preservando formalmente a ordem jurídica enquanto redefinia substantivamente os compromissos sociais e econômicos originais. O Legislativo, por sua vez, não atuou como instância de salvaguarda pré-compromissária da Constituição, mas, em muitos casos, como instrumento dos Aparelhos Privados de Hegemonia empresarial, ao aprovar reformas que flexibilizaram direitos sociais, abriram mercados estratégicos e reduziram o papel regulador do Estado.

Já o Supremo Tribunal Federal atuou de maneira predominantemente corretiva e pontual, pois validou as reformas estruturais, limitando apenas dispositivos que violavam direitos processuais ou garantias fundamentais. Essa atuação revela um padrão de acomodação institucional, em que o Judiciário legitima ou ajusta as transformações normativas sem impedir a reorganização do pacto constitucional em favor de agendas econômicas.

O estudo evidenciou que os conflitos constitucionais socioeconômicos são recorrentes e estruturais, manifestando-se em setores como trabalho, previdência e direitos territoriais, e que a interação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário contribui para consolidar o estado de exceção subjetivo. A Constituição de 1988, embora formalmente rígida, mostra-se passível de reinterpretação e flexibilização quando interesses econômicos estratégicos estão em jogo. O método crítico-dialético mostrou-se adequado a essa investigação, pois permitiu interpretar tais conflitos como elementos estruturais da ordem jurídica brasileira, e não como eventos isolados, articulando análise normativa, histórica e institucional. Nesse percurso, a pesquisa contribui teoricamente ao consolidar os conflitos constitucionais socioeconômicos como categoria analítica, capaz de explicar como práticas institucionais aparentemente ordinárias reorganizam o pacto constitucional sem ruptura formal.

Em síntese, o estudo oferece subsídios teóricos e analíticos para compreender a dinâmica institucional que molda o constitucionalismo brasileiro e evidencia a relevância social do tema, por envolver a efetivação dos direitos fundamentais, a redução das desigualdades e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Espera-se que sirva de base para investigações futuras, sobretudo as de caráter empírico, sobre a atuação das instituições, a evolução jurisprudencial e os impactos das decisões constitucionais na concretização dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. Os dilemas da governabilidade no Brasil: reforma política ou reforma do Estado? *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, ano VI, n. 2, p. 39-60, 2005.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. Conflito constitucional socioeconômico enquanto categoria de análise da episteme crítico-dialética na pesquisa em Direito Constitucional. *Jus Scriptum's International Journal of Law,* [*S. l.*], v. 10, n. Especial, p. 159–235, 2025. Disponível em: https://internationaljournaloflaw.com/index.php/revista/article/view/243. Acesso em: 13 mar. 2026.

ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. *A Constituição Capturada:* neoliberalismo, conflito constitucional socioeconômico e o povo sem atributo. Londrina: Thoth, 2026.

ALBERT, Richard. *Constitutional amendments:* making, breaking, and changing constitutions. New York: Oxford University Press, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2026]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 nov. 2026.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 5, de 15 de agosto de 1995.* Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc05.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995*. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc06.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995.* Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc07.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995.* Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc08.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995.* Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016.* Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.* Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022*. Altera a Constituição Federal, para dispor sobre as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária, e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para excluir despesas dos limites previstos no art. 107; define regras para a transição da Presidência da República aplicáveis à Lei Orçamentária de 2023; e dá outras providências. Brasília, DF, 21 dez. 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc126.htm. Acesso em: 4 ago. 2026.

BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.* Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

BRASIL. *Lei Complementar nº 200, de 30 de agosto de 2023*. Institui regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico, com fundamento no art. 6º da Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022, e no inciso VIII do caput e no parágrafo único do art. 163 da Constituição Federal; e altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Brasília, DF, 30 ago. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp200.htm. Acesso em: 4 ago. 2026.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.* Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

BRASIL. *Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023.* Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14701.htm. Acesso em: 9 maio 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 87/DF.* Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 19 dez. 2025. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur564074/false. Acesso em: 31 jul. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.582/DF.* Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 19 dez. 2025. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=795592795. Acesso em: 31 jul. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.583/DF.* Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 19 dez. 2025. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=795592933. Acesso em: 31 jul. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.586/DF.* Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 19 dez. 2025. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6825310. Acesso em: 31 jul. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766/DF.* Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em: 21 jun. 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352075483&ext=.pdf. Acesso em: 30 jul. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 900 da Repercussão Geral:* possibilidade de recebimento de remuneração em valor inferior ao salário mínimo por servidor público que trabalha em regime de carga horária reduzida. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4967664&numeroProcesso=964659&classeProcesso=RE&numeroTema=900. Acesso em: 31 jul. 2026

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 1300:* pagamento de aposentadoria por incapacidade permanente decorrente de doença grave, contagiosa ou incurável de forma integral, sem a incidência do art. 26, § 2º, III, da Emenda Constitucional nº 103/2019. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:

https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6792062&numeroProcesso=1469150&classeProcesso=RE&numeroTema=1300. Acesso em: 4 ago. 2026.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. *Orientação Jurisprudencial nº 358*. Jornada de trabalho. Salário mínimo e piso salarial proporcional à jornada reduzida. Possibilidade. Inserida em 11 mar. 2008. Alterada pela Resolução nº 202, de 16 fev. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br. Acesso em: 31 jul. 2026.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *El cálculo del consenso:* fundamentos lógicos de la democracia constitucional. Madrid: Planeta-Agostini, 1992.

ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas:* estudios sobre racionalidad e irracionalidad. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

FERNANDES, Florestan. *A Constituição Inacabada*: vias históricas e significado político. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

FRANKENBERG, Günter. Constituição como gramática de conflitos sociais. *Direito Público,* [*S. l.*], v. 3, n. 14, 2010. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1410. Acesso em: 13 mar. 2026.

GLEZER, Rubens; LYNCH, Christian; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Teoria Constitucional Brasileira:* 200 anos de disputas. São Paulo: Contracorrente, 2024.

GOIZUETA VERTIZ, Juana. Los estados de excepción en América Latina: Los controles desde el derecho internacional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, [*S. l.*], n. 98, p. 184–215, 1997. Disponível em: https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4295. Acesso em: 29 out. 2026.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere, volume 2:* Os intelectuais. O princípio educativo. Jornalismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. E-book.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. *In*: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2012. p. 214-262.

OLIVEIRA NETO, João Paulino de; ROSADO, Cid Augusto da Escóssia. Direitos fundamentais sociais como limites à reforma constitucional: a inconstitucionalidade da EC 95/2016. *Revista Jurídica da UFERSA*, v. 2, n. 3, p. 117–139, 9 fev. 2018. Disponível em:

https://periodicos.ufersa.edu.br/rejur/pt_BR/article/view/6957. Acesso em: 04 nov. 2026.

QUEIROZ, Marcos. *Assombros da casa-grande*: A Constituição de 1824 e as vidas póstumas da escravidão. São Paulo: Fósforo, 2024.

RIBEIRO, Marcus Vinicius de Barros Magalhães. A teoria do desmembramento constitucional de Richard Albert: reflexões sobre sua aplicabilidade ao Brasil. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 49-88, jul./dez. 2018.

VITULLO, Gabriel Eduardo. O lugar do conflito na teoria democrática contemporânea. *Revista TOMO*, [*S. l.*], n. 10, p. 61–83, 2007. DOI: 10.21669/tomo.v0i10.436. Disponível em: https://periodicos.ufs.br/tomo/article/view/436. Acesso em: 4 out. 2025.

WILLIAMSON, John. What should the World Bank think about the Washington Consensus? *The World Bank Research Observer*, v. 15, n. 2, p. 251-264, 2000.

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: CONCEITO EM REVISÃO SISTEMÁTICA

SOCIAL PURPOSE OF CORPORATIONS: A CONCEPT UNDER SYSTEMATIC REVIEW

MARCELO LAUAR*

RESUMO[1]

Este artigo investiga o conceito de função social da empresa por meio de uma revisão sistemática da prOdução acadêmica brasileira. Foram pesquisados trabalhos com o descritor "função social da empresa" nas bases Google Acadêmico e Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES, totalizando 206 estudos identificados. Após critérios de inclusão, exclusão e avaliação qualitativa, apenas 12 foram considerados metodologicamente suficientes para análise conceitual. As concepções encontradas foram classificadas como publicistas, privatistas, legalistas ou mistas. Os resultados indicam predominância da concepção mista, segundo a qual a função social da empresa abrange a conciliação entre interesses privados e deveres perante a coletividade.

Palavras-chave: função social da empresa; conceito; revisão sistemática de literatura.

ABSTRACT

This article investigates the concept of the social purpose of corporations through a systematic review of Brazilian academic literature. Studies using the descriptor "função social da empresa" were searched for in Google Scholar and the CAPES Catalog of Theses and Dissertations, yielding a total of 206 identified studies. Following the application of inclusion and exclusion criteria and a qualitative assessment, only 12 were deemed methodologically sufficient for conceptual analysis. The identified conceptions were classified as stakeholders oriented, shareholders oriented, legalistic, or mixed. The results indicate a predominance of the mixed conception, according to which the social purpose of corporations encompasses the reconciliation of private interests with duties toward the community.

Keywords: social purpose of corporations; concept; systematic review of literature.

*Advogado [OAB/RN 7.938]. Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido. Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre e Bacharel em Direito pela UFRN. Foi *Visiting Researcher* na Université de Montréal.
contato@marcelolauar.com.br

Recebido em: 21-10-2026 | Aprovado em: 5-11-2026

[1] **Nota do autor:** agradeço à gentileza de FABRÍCIO DE SOUZA OLIVEIRA, GLADSTON MAMEDE e THAISSA LAUAR, que deixaram de lado seus afazeres para dedicar tempo e sugestões à versão *preprint* desse estudo, amenizando minha apreensão nessa primeira incursão por uma revisão sistemática.

SUMÁRIO

PRÓLOGOS [I] – UM ALENTO; [II] – INTERSEÇÃO; [III] – CARROÇAS; 1 METODOLOGIA; 2 RESULTADOS; 3 DISCUSSÃO; 4 LIMITAÇÕES; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS

■ PRÓLOGOS

[I] Um alento

Recife, novembro/2025, 6º Congresso Norte-Nordeste de Direito Comercial. Conheci as Leis da Robótica de Asimov em uma palestra do gênio PARENTONI sobre seu aclamado "*What should we reasonably expect from artificial intelligence*?"[2].

Nunca havia lido ASIMOV. Já atormentado por *feeds* com postagens, textos e imagens construídos por agentes de IA, mergulhei em "Eu, Robô" [1950]. Marejei com *Robbie*, ri com *Donovan* e *Powell*. Fez-me bem relembrar que as máquinas nos ajudam a progredir mais depressa, mas *a tarefa do cérebro humano continua a ser o que sempre foi: descobrir novos dados a serem analisados e inventar novos conceitos a serem experimentados*[3].

[II] – Interseção

Natal, março/2026, corrigindo provas. Folha vai, folha vem, vou me incomodando com o uso da *função social* como argumento curinga do alunado. *O sócio minoritário precisa ser afastado para que a empresa possa cumprir sua função social* – disse um. *Não, isso só ocorrerá se a sociedade permanecer como está* – disse outra. Adiante, *um dos impactos do registro da sociedade é o cumprimento de sua função social*. Eita!

Não é por acaso. Em estudo doutoral, POZZO[4] identificou irradiações do conceito de função social da empresa [*i*] na interpretação da conduta dos controladores e administradores; [*ii*] na análise do papel desempenhado pela empresa frente ao fisco, aos consumidores, aos trabalhadores e ao meio ambiente; [*iii*] na atribuição de responsabilidade social de caráter cogente; [*iv*] como legitimadora da intervenção estatal na atividade empresarial titularizada por agentes privados; [*v*] como elemento que restringiria o lucro como escopo do exercício profissional da atividade econômica organizada. Curioso.

[2] PARENTONI, Leonardo. *What should we reasonably expect from artificial intelligence?* [*S. l.*], SSRN, 14 jul. 2022.
[3] ASIMOV, Isaac. *Eu, Robô*. 2. ed. [*S.l.*]: Aliança OCR Brasil, 1969, p. 362.
[4] POZZO, Emerson Luís Dal. Paradigmas da função social da empresa em crise. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 282.

Resolvi dar uma volta pelo país brincando de JUSBRASIL[5]. Em razão da função social da empresa, uma penhora para saldar crédito fiscal não pôde ser afastada em São Paulo[6]. No Paraná, um despejo foi paralisado[7]. Na capital federal, foi vedada a inscrição de uma empresa no SERASA[8]. Em Goiás, a execução provisória de uma máquina de fazer plástico dada em garantia em contrato de mútuo bancário foi impedida[9]. No Pará, um Decreto Municipal proibiu que um provedor de internet interrompesse o fornecimento de serviços para clientes inadimplentes durante a pandemia[10]. Na Paraíba, supermercados foram obrigados a disponibilizar carrinhos de compras com assentos e movidos a bateria para uso por idosos, pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida[11].

Nas diferentes aplicações para a realização da função social da empresa entre jurisdicionados, encontrei, em comum, um vazio conceitual. Colegiados de todas as regiões – *umas quatro ou cinco dezenas de magistrados de alta jurisdição, talvez?* – fundamentaram suas decisões em um conceito jurídico indeterminado sem o menor esforço para dar-lhe densidade normativa.

[III] – Carroças

Não saí catando precedentes, só filtrei regiões geográficas. O que [não] vi no passeio pelos arestos poderia ser anedótico, mas resolvi testar. O laboratório óbvio eram os repositórios de jurisprudência. Nos dias seguintes, ensaiei planilhar dados para uma pesquisa empírica sobre a aplicação do conceito de função social da empresa pelos tribunais brasileiros. Desisti. Estudos prévios com pretensão semelhante[12] logo mostraram que eu estava olhava para as caçambas e ignorando os cocheiros. A culpa das minhas amostras seria dos pesquisadores do direito empresarial? Lidamos com uma aplicação arbitrária por termos ignorado a importância desse conceito? Argumentamos de forma adequada e convincente sobre o que comunica a

[5] https://www.jusbrasil.com.br/

[6] TJ-SP - AI: 21056881420238260000 Barueri, Relator.: Márcio Kammer de Lima, Data de Julgamento: 12/09/2023, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/09/2023.

[7] TJ-PR 0003444-20.2023.8.16.0000 Medianeira, Relator.: Francisco Cardozo Oliveira, Data de Julgamento: 17/08/2023, 17ª Câmara Cível, Data de Publicação: 21/08/2023.

[8] TJ-DF 07002509320188070000 DF 0700250-93.2018.8 .07.0000, Relator.: CARMELITA BRASIL, Data de Julgamento: 08/08/2018, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 14/08/2018.

[9] TJ-GO - AI: 00855037720208090000, Relator.: FÁBIO CRISTÓVÃO DE CAMPOS FARIA, Data de Julgamento: 27/04/2020, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 27/04/2020.

[10] TJ-PA - AI: 08032634520208140000, Relator.: EZILDA PASTANA MUTRAN, Data de Julgamento: 21/06/2021, 1ª Turma de Direito Público, Data de Publicação: 01/07/2021.

[11] TJ-PB - ADI: 08054640720258150000, Relator.: Gabinete 17 - Desa. Agamenilde Dias Arruda Vieira Dantas, Data de Julgamento: 31/10/2023, Órgão Especial.

[12] REDECKER, Ana Claudia. Da aplicação do princípio da função social da empresa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 5, 2019.; CUNHA, Silvia Simão. *A função social da empresa para a jurisprudência*: uma análise dos julgados dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 2020. Monografia (Especialização em Direito) – Instituto de Desenvolvimento, Pesquisa e Docência (IDP/EAB), Brasília, 2020. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/2821. Acesso em: 19 ago. 2026; SANTIAGO, Andreia; POMPEU, Gina. Função Social da Empresa: Análise Doutrinária e Jurisprudencial Face às Decisões do STJ. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, v. 5, p. 1–15, 20 dez. 2019.

função social da empresa? Contribuímos, afinal, com a fixação cognitiva do sentido dessa norma jurídica[13]?

O número de professores que dizem tolices é enorme[14]. Compito bem nesse quesito e, por isso, senti-me à vontade de olhar para a nossa classe como ré, como um dia propôs COMPARATO[15]. Voltei a ASIMOV: *o primeiro passo, quando se quer fazer um ensopado de coelho, é pegar o coelho*[16]. Decidi realizar uma revisão sistemática sobre a produção acadêmica para achar uma concepção rigorosa sobre a função social da empresa, registrando previamente um plano de pesquisa para controle de vieses[17].

1 METODOLOGIA

"Função social da empresa" foi único descritor utilizado em duas bases de dados: Google Acadêmico [*Google Scholar*][18] e Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES[19]. A amostra englobou todas as publicações existentes até março/2026. Dos 211 resultados encontrados na busca por títulos, 5 foram excluídos por duplicidade nas bases de dados, restando 206 estudos. Mantive no universo investigado os trabalhos com autoria de pelo menos um doutor / doutorando à época da publicação, o que foi averiguado pela descrição contida no arquivo da publicação. Foram excluídos os que tinham em sua autoria pelo menos uma pessoa sem o título de mestre à época da publicação, bem como resumos publicados em anais de congressos e trabalhos sem revisão por pares.

A base de dados remanescente foi classificada como de qualidade "suficiente" ou "insuficiente". Considerei "suficiente" o trabalho que, simultaneamente, *[i]* apresentou visões divergentes sobre a função social da empresa, posicionando-se sobre elas e *[ii]* operacionalizou o conceito de "função social da empresa" em situações práticas reais ou hipotéticas. Sobre os trabalhos com qualidade suficiente, foram extraídas as naturezas das concepções, classificando-as em "*publicistas*" – definida predominantemente pelo atendimento a interesses externos perante o Estado, a coletividade, e a stakeholders em geral –, "*privatistas*" – definida predominantemente pelo cumprimento dos interesses da sociedade empresária e/ou dos seus sócios e administradores –, "*legalistas*" – definida predominantemente pelo cumprimento de obrigações legais – e "*mistas*" – quando articuladas duas ou mais das anteriores sem se afirmar preponderâncias recíprocas.

A empreitada foi à moda antiga, sem o auxílio de modelos de linguagem ou agentes de IA. Peço perdão os robôs do futuro, trabalharemos juntos em outras oportunidades.

---

[13] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 106.

[14] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. O importante é aplicar as Constituições. *A história vivida:* entrevistas. São Paulo: O Estado de São Paulo, 1981. v. 3. p. 214. [(...) *O número de professores que dizem tolices é enorme. Não tratam o Direito como ciência, preferem tratá-lo de acordo com seus interesses, como professores ou advogados, como políticos. Ora, o Direito deve ser encarado e estudado cientificamente.*]

[15] COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. *Revista dos Tribunais*, v. 54, n. 353, p. 14–26, 1965. p. 14. [*No processo da crise do Direito, intentado desde há muito e em tôda parte, os juristas ferão prova de muito má tática, se pretenderem se limitar à acusação, sem admitir em hipótese alguma a posição de réus*].

[16] ASIMOV, Isaac. *Eu, Robô*. 2. ed. [*S.l.*]: Aliança OCR Brasil, 1969, p. 127.

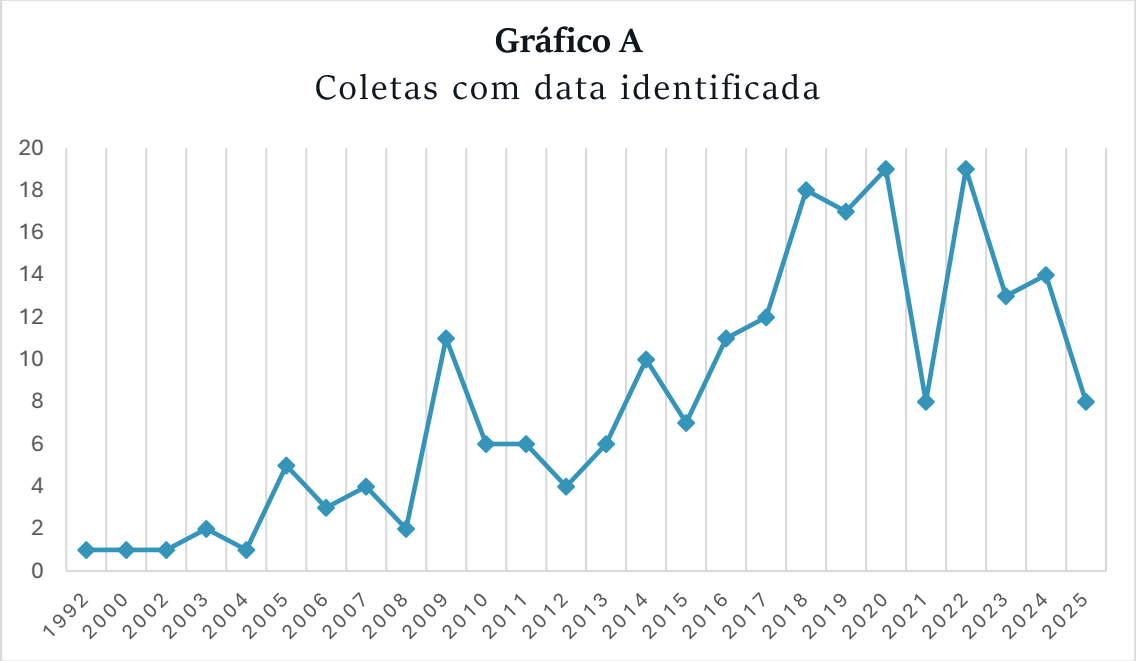
[17] https://osf.io/65rgm/overview

[18] https://scholar.google.com/

[19] https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/

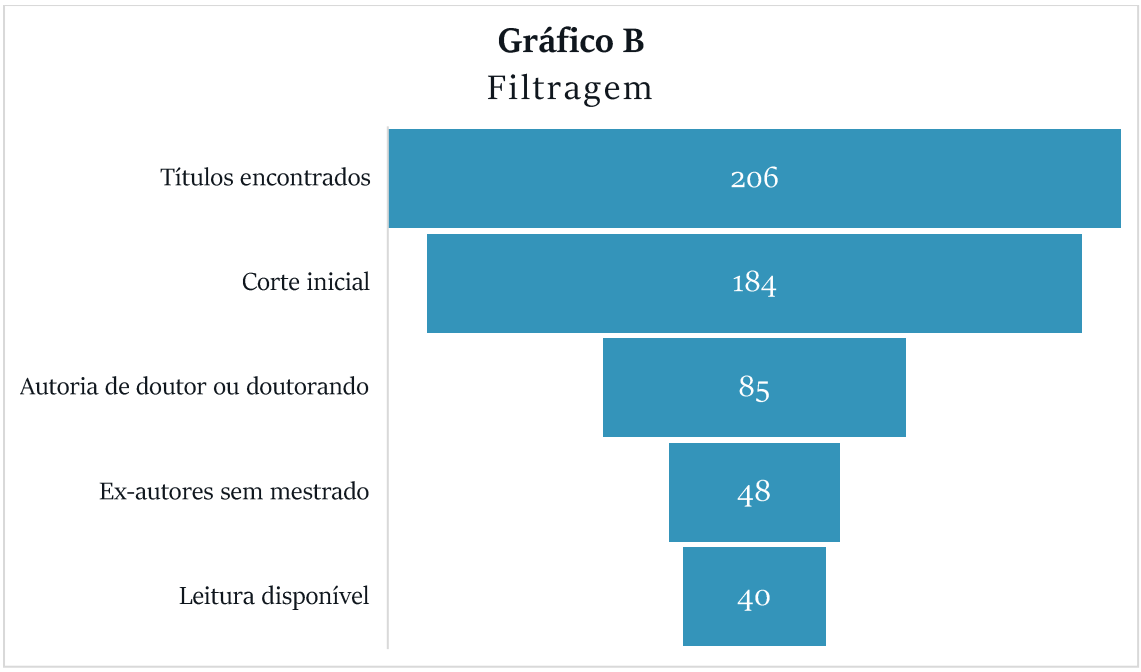
2 RESULTADOS

206 pesquisas com o descritor “função social da empresa” no título foram capturadas entre os anos de 1992 e 2025[20]. Esse universo sofreu 22 cortes imediatos. A maior causa foi a coleta de trabalhos claramente não revisados por pares ou banca examinadora [8], seguida de resumos em anais de congressos [5], link de destino existente, mas fora do ar [3], acessos institucionais embargados pelos autores [3], formação acadêmica não encontrada [2] e link inexistente [1].

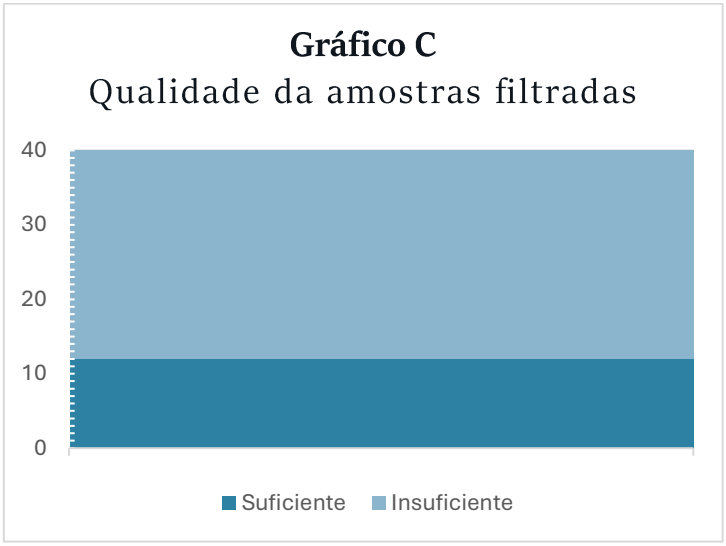


Sobre os 184 trabalhos restantes, foram excluídos os sem doutores ou doutorandos na autoria [99] e, em seguida, os com autores sem mestrado concluído [37]. Chegado o momento da análise de mérito pela leitura do conteúdo, os remanescentes sofreram novas exclusões por acesso restrito [5], acesso inexistente [2] e inexistência de revisão por pares [1].

[20] Duas delas [0,97%] sem identificação de data.



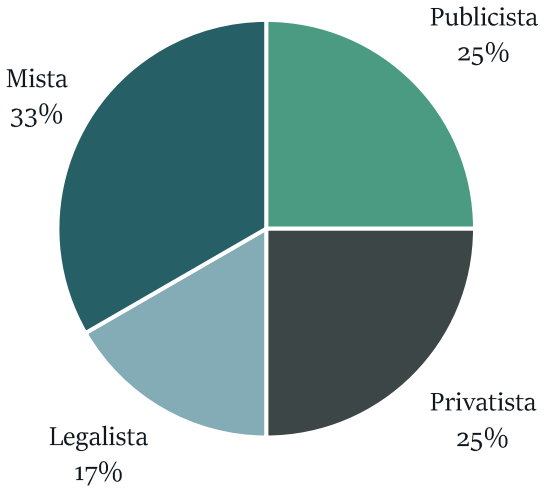
A amostra residual [40] foi, finalmente, reduzida a apenas 12 trabalhos com qualidade suficiente[21].



Nos trabalhos com qualidade suficiente, o conceito de função social da empresa foi encontrado com naturezas mista [4], publicista [3], privatista [3] e legalista [2]. O banco de dados completo pode ser acessado aqui[22].

[21] *Cf.* Metodologia.
[22] https://osf.io/9k32y/overview - *Cf.* arquivo *"Controle.xlsx"*.

Gráfico D
Natureza dos conceitos



3 DISCUSSÃO

Observando o GRÁFICO A, percebe-se um primeiro pico de publicações em 2009, provavelmente explicado pela crise financeira mundial de 2008[23]. A recessão econômica brasileira de 2015[24], o crescimento atípico do número de recuperações judiciais[25] e a ascensão do debate ESG após a tragédia de Brumadinho[26] podem explicar o topo de produção entre 2018-2020. Essas hipóteses de relação de causa-efeito merecem investigação própria, evitando correlações espúrias.

Foram selecionadas publicações de doutores/doutorandos, descartadas aquelas em coautoria com não-mestres, como forma de encontrar pesquisas que expressassem maior maturidade e reflexão acadêmicas, por diferentes controles institucionais – *v.g., produção científica prévia, estágios-docência, aprovação em bancas de qualificação e defesa.* Logo, os trabalhos de ponta sobre a *função social da empresa* estavam potencialmente dentre os 48 do penúltimo estrato do GRÁFICO B. No entanto, essa filtragem não resultou em produção científica de alto nível.

Apenas 30% das amostras lidas [GRÁFICO B] preencheram as condições metodológicas de suficiência qualitativa [GRÁFICO C]. Nestas, a natureza do conceito da função social da empresa

[23] Sobre os efeitos na governança corporativa, *cf.* OLIVEIRA, Fabrício de Souza. *Governança Corporativa - A Crise Financeira e os Seus Efeitos*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Processo, 2022.
[24] PIB cresce 4,6% em 2021 e supera perdas da pandemia. *Agência de Notícias IBGE*, Rio de Janeiro, 4 mar. 2022. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/33066-pib-cresce-4-6-em-2021-e-supera-perdas-da-pandemia. Acesso em: 18 set. 2026.
[25] BRASIL registra recorde de 2,2 mil recuperações judiciais em 2024, aponta Serasa Ex-perian. *G1*, [*S. l.*], 18 set. 2024. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2025/01/16/brasil-registra-recorde-de-22-mil-recuperacoes-judiciais-em-2024-aponta-serasa-experian.ghtml. Acesso em: 18 set. 2026.
[26] BRUMADINHO (Município). *Rompimento da barragem*. Brumadinho: Prefeitura Municipal. Disponível em: https://novo.brumadinho.mg.gov.br/portal/pagina/rompimento-da-barragem. Acesso em: 18 set. 2026.

foi identificada majoritariamente como "mista"[27] [GRÁFICO D]. Em linhas gerais, a atividade econômica cumpriria sua função social quando exercesse seu intuito lucrativo com a produção e circulação de bens e serviços no mercado em comunhão com deveres positivos e/ou negativos perante a coletividade. A posição minoritária foi a "legalista"[28] [17%]. Reconhecendo controvérsias doutrinárias, ela afirma haver função social quando o *sujeito empresário* cumpre suas obrigações legais. As posições predominantemente privatistas[29] [25%] e publicistas[30] [25%] dividiram a prateleira intermediária.

À parte da segregação planejada, a separação da concepção legalista frente às demais se mostrou precipitada. Como a *lei é o reflexo da vontade da sociedade, e que deve ser aplicada para regulamentar comportamentos* – afirmam CARVALHO NETO e PASSARELI[31] -, caberia à atividade empresária simplesmente cumprir seus deveres, sejam de ordem privada – *v.g.*, gerando resultados econômicos partilháveis mediante a organização de fatores de produção – sejam de ordem pública – *v.g.*, atendendo às normas ambientais, trabalhistas e consumeristas.

[27] NOVAKOSKI, André Luis Mota; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Dieselgate: A função social da empresa na prevenção, remoção e reparação de danos. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 22, n. 2, p. 413–425, 9 set. 2022. SMITH, Marinês Santana Justo; VOLPE, Raquel Souza. Recuperação Judicial e Planeja-mento Empresarial: Uma Contribuição para o Fomento da Função Social da Empresa. Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais, v. 25, n. 2, p. 60–67, 2024.

[28] CARVALHO NETO, Frederico Costa; PASSARELI, Rosana Pereira. A Função Social da Empresa. *Prisma Juridico*, v. 15, n. 2, p. 175–199, 2016.; REDECKER, Ana Claudia. Da aplicação do princípio da função social da empresa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 5, 2019.

[29] HARO, Guilherme Prado Bohac De; ROSSIGNOLI, Marisa. A inexistência ou a dispensabilidade da norma conhecida como Princípio da Função Social da Empresa. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, v. 6, n. 1, p. 22–43, 10 ago. 2020. MENDONÇA, Saulo Bichara. Função Social da Empresa. Análise Pragmática. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, v. 16, n. 23, 14 nov. 2012. Disponível em: https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/pt_BR/article/view/479. Acesso em: 17 set. 2026. POZZO, Emerson Luís Dal. Paradigmas da função social da empresa em crise. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

[30] BARACHO, Hertha Urquiza; CECATO, Maria Áurea Baroni. Da função social da empresa à responsabilidade social: reflexos na comunidade e no meio Ambiente. *Direito e Desenvolvimento*, [*S.l.*], v. 7, n. 2, p. 114–128, 2016. GARCIA, Luana Aparecida Zuppi; VEDOVATO, Luis Renato. A Função Social da Empresa e sua Correspondência Principiológica Constitucional. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/1708. Acesso em: 17 set. 2026. MARTINS, Regina Célia de Carvalho; PÁDUA, Francis Marília. Desenvolvimento Sustentável - Uma Obrigação para a Função Social da Empresa. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 2, p. 1671–1692, 2019.

[31] CARVALHO NETO, Frederico Costa; PASSARELI, Rosana Pereira. A Função Social da Empresa. *Prisma Juridico*, v. 15, n. 2, p. 175–199, 2016. p. 194. [*Considerando que a principal função da empresa é obter lucro, sua atuação correta, em nosso entendimento, traduz-se no exercício prático em cumprir os requisitos positivados pela lei, sendo assim, concluímos que sua função social fica limitada ao atendimento da lei, não restando obrigada a atuar além e nem aquém ao que a lei determina*].

Essa abrangência de interesses dúplices se assemelha à da corrente mista. A diferença é que os legalistas excluem do cômputo da função social a prática voluntária de ações de responsabilidade social, enquanto os mistos admitem essa prática[32] em seu viés publicista, chegando até mesmo a exigi-la[33]. No mérito, a concepção legalista se comportou como uma *espécie* da mista, sendo mais coerente interpretá-la como tal.

Enfim, um dado curioso foi achado na aplicação dos filtros qualitativos. 92% dos trabalhos que não apresentaram divergências doutrinárias adotaram posições publicistas[34]. A causa da omissão não foi objeto da investigação. Independentemente de ignorância ou escolha [in]consciente de viés, a ausência de menção a marcos teóricos divergentes resultou na classificação da pesquisa como de qualidade insuficiente. Pela metodologia adotada, a "suficiência" não pedia, sequer, um enfrentamento argumentativo, mas mera demonstração de conhecimento mínimo sobre o estado da arte.

4 LIMITAÇÕES

Algumas limitações merecem atenção. A primeira foi o manejo de um único descritor na coleta dos títulos. Embora "*função social da empresa*" possa englobar um universo considerável de trabalhos acadêmicos – talvez o maior entre os que discutem a temática –, essa restrição pode ter ignorado produções aptas a atravessar os filtros metodológicos de inclusão e exclusão. Por ela, um título hipotético como "*Empresa e função social*" não poderia ser examinado. De igual modo, em que pese o filtro pelo título captar trabalhos cujo tema relevante seja a função social – e, portanto, presumidamente estudado –, ele contorna amostras que possam enfrentá-lo apenas no desenvolvimento com potencial rigor.

A segunda está nas bases de dados escolhidas. Apesar de o *Catálogo de Teses e Dissertações* da CAPES ser exaustivo quanto à pós-graduação nacional em estrito senso, houve trabalhos com acesso embargado ou links indisponíveis. Quanto ao Google Acadêmico, embora atue como buscador específico de produção científica, reunindo livros, teses, dissertações e artigos, é incerto que abranja toda a produção virtualmente enquadrável nos critérios metodológicos.

Finalmente, mesmo os critérios de inclusão e exclusão podem ter sacrificado estudos de qualidade suficiente. Aliás, os próprios resultados desta pesquisa mostraram que, quando testadas, muitas investigações produzidas por doutores / doutorandos abdicaram de rigor científico, afastando a presunção inicial.

[32] PANTOJA, Teresa Cristina Gonçalves. *A função social da empresa na leitura civil-constitucional:* um paradigma emergente. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 197.

[33] PEREIRA, Henrique Viana. *A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014, p. 155.

[34] Os outros [8%] não expressaram suas posições.

■ CONCLUSÕES

A ciência jurídica brasileira de alto nível entende majoritariamente [50%] que a função social da empresa tem uma concepção mista, abrangendo o cumprimento de deveres positivos e negativos de ordem privada – de interesse da sociedade empresária e/ou seus sócios e administradores – e pública – de interesse externo perante o Estado, a coletividade ou a stakeholders em geral. Dentro do universo misto, 33% equivalem-na ao cumprimento de obrigações legais.

Pesquisas de qualidade insuficiente padronizam a adoção de concepções publicistas, o que é incompatível com o apurado nas investigações de alto nível: estas o fazem em 25% dos casos, mesma proporção das que atribuem um viés privatista.

REFERÊNCIAS CITADAS

ASIMOV, Isaac. *Eu, Robô*. 2. ed. [*S.l.*]: Aliança OCR Brasil, 1969.

BARACHO, Hertha Urquiza; CECATO, Maria Áurea Baroni. Da função social da empresa à responsabilidade social: reflexos na comunidade e no meio ambiente. *Direito e Desenvolvimento*, [*S.l.*], v. 7, n. 2, p. 114–128, 2016.

BRASIL registra recorde de 2,2 mil recuperações judiciais em 2024, aponta Serasa Experian. *G1*, [*S. l.*], 18 set. 2024. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2025/01/16/brasil-registra-recorde-de-22-mil-recuperacoes-judiciais-em-2024-aponta-serasa-experian.ghtml. Acesso em: 18 set. 2026.

BRUMADINHO (Município). *Rompimento da barragem*. Brumadinho: Prefeitura Municipal. Disponível em: https://novo.brumadinho.mg.gov.br/portal/pagina/rompimento-da-barragem. Acesso em: 18 set. 2026.

CARVALHO NETO, Frederico Costa; PASSARELI, Rosana Pereira. A Função Social da Empresa. *Prisma Juridico*, v. 15, n. 2, p. 175–199, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. *Revista dos Tribunais*, v. 54, n. 353, p. 14–26, 1965.

CUNHA, Silvia Simão. *A função social da empresa para a jurisprudência:* uma análise dos julgados dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 2020. Monografia (Especialização em Direito) – Instituto de Desenvolvimento, Pesquisa e Docência (IDP/EAB), Brasília, 2020. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/2821. Acesso em: 19 ago. 2026

GARCIA, Luana Aparecida Zuppi; VEDOVATO, Luis Renato. A Função Social da Empresa e sua Correspondência Principiológica Constitucional. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/1708. Acesso em: 17 set. 2026.

HARO, Guilherme Prado Bohac De; ROSSIGNOLI, Marisa. A inexistência ou a dispensabilidade da norma conhecida como Princípio da Função Social da Empresa. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, v. 6, n. 1, p. 22–43, 10 ago. 2020.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTINS, Regina Célia de Carvalho; PÁDUA, Francis Marília. Desenvolvimento Sustentável - Uma Obrigação para a Função Social da Empresa. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 2, p. 1671–1692, 2019.

MENDONÇA, Saulo Bichara. Função Social da Empresa. Análise Pragmática. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, v. 16, n. 23, 14 nov. 2012. Disponível em: https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/pt_BR/article/view/479. Acesso em: 17 set. 2026.

NOVAKOSKI, André Luis Mota; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Dieselgate: A função social da empresa na prevenção, remoção e reparação de danos. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 22, n. 2, p. 413–425, 9 set. 2022.

OLIVEIRA, Fabrício de Souza. *Governança Corporativa - A Crise Financeira e os Seus Efeitos*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Processo, 2022.

PANTOJA, Teresa Cristina Gonçalves. *A função social da empresa na leitura civil-constitucional:* um paradigma emergente. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

PARENTONI, Leonardo. *What should we reasonably expect from artificial intelligence?* [*S. l.*]: SSRN, 14 jul. 2022.

PEREIRA, Henrique Viana. *A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

PIB cresce 4,6% em 2021 e supera perdas da pandemia. *Agência de Notícias IBGE*, Rio de Janeiro, 4 mar. 2022. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/33066-pib-cresce-4-6-em-2021-e-supera-perdas-da-pandemia. Acesso em: 18 set. 2026.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. O importante é aplicar as Constituições. *A história vivida:* entrevistas. São Paulo: O Estado de São Paulo, 1981. v. 3.

POZZO, Emerson Luís Dal. *Paradigmas da função social da empresa em crise*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

REDECKER, Ana Claudia. Da aplicação do princípio da função social da empresa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 5, 2019.

SANTIAGO, Andreia; POMPEU, Gina. Função Social da Empresa: Análise Doutrinária e Jurisprudencial Face às Decisões do STJ. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, v. 5, p. 1–15, 20 dez. 2019.

SMITH, Marinês Santana Justo; VOLPE, Raquel Souza. Recuperação Judicial e Planejamento Empresarial: Uma Contribuição para o Fomento da Função Social da Empresa. *Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais*, v. 25, n. 2, p. 60–67, 2024.