



L'ÉCONOMIE ITALIENNE DU PATRIMOINE CULTUREL  
IMMATERIEL

Anita Mattes

CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

David Landau

A AULA COMO OBJETO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE  
AUTOR: UM GUIA PARA PROFESSORES CONTRA A  
DIVULGAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE SUAS AULAS

Hugo Luís Pena Ferreira

Carlos Augusto de Oliveira Diniz

A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO: CAUTELAS E  
CAMINHOS POSSÍVEIS

Sérgio Saíd Staut Júnior

Pedro Henrique Machado da Luz

MILITARIZAÇÃO DAS POLÍCIAS E DOCTRINA DE SEGURANÇA  
NACIONAL NO CONTEXTO DO COMBATE AO INIMIGO  
INTERNO NO BRASIL (1969-1970)

Luís Eduardo Viana Fernandes

Rafael Lamera Giesta Cabral

O SENTIDO CONSTITUCIONAL DO TOMBAMENTO  
QUILOMBOLA: REFLEXÕES A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE  
DIREITO E HISTÓRIA

Paulo Fernando Soares Pereira

CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO:  
A ATUAÇÃO DO MUNICÍPIO NA ECONOMIA LOCAL POR MEIO  
DAS MOEDAS SOCIAIS

Fernando Afonso Marques de Melo

Willame Parente Mazza

Rafael de Sousa Araújo

AS HIDRELÉTRICAS DE SANTO ANTÔNIO E JIRAU:  
DANO SOCIOAMBIENTAL E SEUS REFLEXOS SOBRE O A  
REASSENTAMENTO NOVA MUTUM PARANÁ

Erivaldo Cavalcanti

Carla Cristina Alves Torquato

Kelvin Dias

REVISTA JURÍDICA



## REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

### Editor-Chefe

Dr. Rafal Lamera Giesta Cabral  
(UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)

### Editor-Adjunto

Dr. Marcelo Lauar Leite  
(UFERSA | Mossoró, 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 (UFF, Niterói, RJ, 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 Semiárido  
v. 4, n. 7, (jan./jun. 2020) – Mossoró, 2020 –  
Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semiárido.

CDD: 340

CDU: 34

---

Biblioteca Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120

**Revista Jurídica da UFERSA (REJUR)** | ISSN: 2526-9488

Rua Francisco Mota, 572, CCSAH, Sala 09, 59625-900, Mossoró, RN, Brasil

[rejur.direito@ufersa.edu.br](mailto:rejur.direito@ufersa.edu.br)

<https://www.facebook.com/rejurufersa/> | <https://www.instagram.com/rejurufersa/>



## REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

### Pareceristas desta Edição

- Dr. Adriana Biller Aparicio (UEM | Maringá, PR, Brasil)  
Dra. Adriana Duarte de Souza Carvalho (CLARETIANO | São Paulo, SP, Brasil)  
Me. Emanuel Melo Ferreira (UFC | Fortaleza, CE, Brasil)  
Dr. Eivaldo Cavalcanti e Silva Filho (UEA | Manaus, AM, Brasil)  
Dr. Frederico Marcos Krüger (UNIMA | Messina, Itália)  
Me. Gabriela de Sousa Moura (UFMG | Belo Horizonte, MG, Brasil)  
Dr. Jorge Luis De Oliveira Pinto Filho (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)  
Dra. Kone Prieto Furtunato Cesário (UFRJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil)  
Dra. Leticia Lobato Anicet Lisboa (UFRRJ | Três Rios, RJ, Brasil)  
Me. Luana Adriano Araújo (UFRJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil)  
Dr. Luciano dos Santos Diniz (CEFET | Belo Horizonte, BH, Brasil)  
Me. Luis Felipe Miranda Ramos (UMINHO | Braga, Portugal)  
Me. Michele Machado Segala (UNISINOS | São Leopoldo, RS, Brasil)  
Me. Nélida Reis Caseca Machado (UFLA | Lavras, MG, Brasil)  
Me. Victor Hugo Alcalde do Nascimento (OAB | Londrina, PR, Brasil)  
Me. Walter Gustavo da Silva Lemos (UNESA | Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

### Assessoria Técnica

- Esp. Fernando Afonso Marques de Melo (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)  
Esp. Regina Coeli Soares Oliveira Veloso (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)



## SUMÁRIO

L'ÉCONOMIE ITALIENNE DU PATRIMOINE CULTUREL IMMATERIEL | 1-16

**DRA. ANITA MATTES**

CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO | 17-71

**DR. DAVID LANDAU**

A AULA COMO OBJETO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR:  
UM GUIA PARA PROFESSORES CONTRA A DIVULGAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE  
SUAS AULAS | 72-93

**DR. HUGO LUÍS PENA FERREIRA**

**DR. CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA DINIZ**

A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO:  
CAUTELAS E CAMINHOS POSSÍVEIS | 94-110

**DR. SÉRGIO SAID STAUT JÚNIOR**

**ME. PEDRO HENRIQUE MACHADO DA LUZ**

MILITARIZAÇÃO DAS POLÍCIAS E A DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL NO  
CONTEXTO DO COMBATE AO INIMIGO INTERNO NO BRASIL (1969-1970) | 111-137

**LUÍS EDUARDO VIANA FERNANDES**

**DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL**

O SENTIDO CONSTITUCIONAL DO TOMBAMENTO QUILOMBOLA:  
REFLEXÕES A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE DIREITO E HISTÓRIA | 138-153

**DR. PAULO FERNANDO SOARES PEREIRA**

CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO:  
A ATUAÇÃO DO MUNICÍPIO NA ECONOMIA LOCAL POR MEIO DAS MOEDAS  
SOCIAIS | 154-172

**ESP. FERNANDO AFONSO MARQUES DE MELO**

**DR. WILLIAM PARENTE MAZZA**

**ME. RAFAEL DE SOUSA ARAÚJO**

AS HIDRELÉTRICAS DE SANTO ANTÔNIO E JIRAU: DANO SOCIOAMBIENTAL E SEUS  
REFLEXOS SOBRE O A REASSENTAMENTO NOVA MUTUM PARANÁ | 173-192

**DR. ERIVALDO CAVALCANTI**

**ME. CARLA CRISTINA ALVES TORQUATO**

**KELVIN DIAS**



## NOTA EDITORIAL

Em 2020, a Revista Jurídica da Ufersa avança para seu quarto ano de existência, consolidando um espaço de experiência relevante para a equipe editorial, autores, avaliadores e leitores.

A REJUR recebe artigos em fluxo contínuo, com temas relacionados a Direito, Estado e Sociedade. A construção deste número contou com participações de vários autores e avaliadores, ampliando nossa margem de exogenia, na mesma medida em que aperfeiçoamos nossas práticas editoriais para apresentar ao leitor uma revista dinâmica, informativa e de impacto no compartilhamento de pesquisas relevantes.

Recentemente, a REJUR foi indexada em mais três base de dados: **Ulrich's Periodicals Directory**, **Citefactor Journal Indexing** e a **Enlaw** – Portal de Revistas Jurídicas. Com isso, a REJUR terá seus artigos inseridos em novas base de dados que facilitarão a localização temática de nossos textos conforme os interesses dos leitores.

Nesse número, apresentamos aos leitores oito (8) artigos que dialogam tanto com a área de concentração do Programa de Mestrado em Direito da Ufersa, organizado com o tema em Direito, Democracia e Conflitos Socioeconômicos, quanto com suas duas linhas de pesquisa: i) Constituição, desenvolvimento e as transformações na ordem econômica e social e ii) Estado, conflito e direitos fundamentais.

As duas primeiras contribuições são de autores internacionais. Da Itália, temos o texto da Doutora ANITA MATTES, que escrito em francês, discute a “L'Économie italienne du patrimoine culturel immatériel”. O segundo texto é um best-seller no direito americano: “Constitucionalismo Abusivo”, de autoria do Doutor DAVID LANDAU, da Faculdade de Direito da Universidade Estadual da Flórida (EUA). A versão apresentada ao leitor brasileiro é uma tradução organizada por dois professores da Ufersa, ULISSES LEVY SILVÉRIO DOS REIS e RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL.

Da Universidade Federal de Jataí – UFJ (Goiás), os professores Doutores HUGO LUÍS PENA FERREIRA e CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA DINIZ apresentam a pesquisa “A aula como objeto da proteção dos Direitos de Autor: um guia para professores contra a divulgação não autorizada de suas aulas”.

Os professores SÉRGIO SAID STAUT JÚNIOR e PEDRO HENRIQUE MACHADO DA LUZ, da Universidade Federal do Paraná – UFPR, discutem “A Questão da Legitimidade do Direito: cautelas e caminhos possíveis”.

Na sequência, há três contribuições que vem diretamente da região nordeste. Os autores LUÍS EDUARDO VIANA FERNANDES e RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL, do PPGD da Ufersa, apresentam a pesquisa “Militarização das



polícias e a Doutrina de Segurança Nacional no contexto do combate ao inimigo interno no Brasil (1969-1970)”.

O próximo artigo é uma contribuição do Dr. PAULO FERNANDO SOARES PEREIRA, da Advocacia Geral da União, Maranhão, com o tema “O sentido constitucional do tombamento quilombola: reflexões a partir do diálogo entre Direito e história”.

A última contribuição do nordeste engloba autores de três estados diferentes: FERNANDO AFONSO MARQUES DE MELO (RN), WILLIAM PARENTE MAZZA (PI) e RAFAEL DE SOUSA ARAÚJO (PB), que discutem o tema “Constituição econômica e desenvolvimento: a atuação do município na Economia local por meio das moedas sociais”.

O último artigo a compor esse número é uma produção de autores vinculados à Universidade Federal do Amazonas - UFAM, ERIVALDO CAVALCANTI, CARLA CRISTINA ALVES TORQUATO e KELVIN DIAS, com o tema “As hidrelétricas de Santo Antônio e Jirau: dano socioambiental e seus reflexos sobre o a reassentamento Nova Mutum Paraná”.

Nesse volume, iniciamos uma parceria com dois novos assistentes técnicos que são mestrandos do PPGD da UFERSA: REGINA COELI SOARES OLIVEIRA VELOSO e FERNANDO AFONSO MARQUES DE MELO. Ao tempo em que os parabenizamos pela contribuição técnica, reiteramos nossos agradecimentos à equipe editorial, especialmente ao Editor Adjunto da REJUR, prof. Dr. MARCELO LAUAR LEITE, aos avaliadores *ad hoc*, autores e leitores que, mais uma vez, confiaram em nosso trabalho editorial.

Boa leitura e até a próxima edição.

**PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL**  
EDITOR-CHEFE | JULHO 2020



# L'ÉCONOMIE ITALIENNE DU PATRIMOINE CULTUREL IMMATERIEL

## A ECONOMIA ITALIANA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

ANITA MATTES\*

### RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar algumas reflexões sobre a economia do patrimônio cultural imaterial a partir de certos casos italianos. A Itália é um país com uma grande diversidade de culturas, onde a economia do país faz parte de políticas públicas e privadas. Trata-se de medidas tomadas pelo Estado e pelas comunidades envolvidas para criar processos de desenvolvimento econômico sustentável e inclusivo, objetivando as atividades de atratividade dos territórios. Para este trabalho, coletamos dados com base em coleções bibliográficas e documentais relativas ao território de Premana. Esta cidade, localizada na região da Lombardia (norte da Itália), desenvolve há anos medidas políticas baseadas no uso de sua cultura tradicional. A ideia é a criação de novas práticas (comerciais e industriais) e um cooperativismo social para diversos tipos de associações. Essas atividades têm como elemento básico a valorização de seus conhecimentos seculares – o patrimônio cultural imaterial.

**Palavras-chave:** Patrimônio cultural imaterial. Política pública e privada. Economia do Patrimônio.

### RESUMÉ

L'objectif de cet article est de présenter quelques considérations sur l'économie du patrimoine culturel immatériel à partir de certains cas italiens. L'Italie est un pays avec une grande diversité culturelle, où l'économie du patrimoine fait partie des politiques publiques et privées. Il s'agit de mesures de l'État et des communautés intéressés à créer des processus de développement économique durables et inclusifs objectivant l'augmentation de l'attractivité des territoires. Pour ce travail, nous avons réalisé des recherches bibliographiques et documentaires relatives au territoire de Premana. Cette ville, située dans la région de Lombardie (au nord de l'Italie), a développé depuis des années des mesures politiques à partir de l'utilisation de sa culture traditionnelle. L'idée est la création de nouvelles pratiques économiques (commerciales et industrielles) et sociales allant du coopérativisme à plusieurs types d'associations. Ces activités ont comme élément de fond la valorisation de leurs connaissances séculaires – le patrimoine culturel immatériel

**Keywords:** Patrimoine culturel immatériel. Politique privée et publique. Économie du patrimoine.

\* Doutora em Direito da Propriedade Intelectual e do Patrimônio Cultural pela Université Paris-Sud 11. Mestre em Direito da Propriedade Intelectual e Direito Internacional pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Assistente (Cultori dela Materia) na Università degli Studi di Milano-Bicocca. Advogada.

*amattes@studiomattes.com.br*

Recebido em 25-3-2020 | Aprovado em 25-3-2020<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado.



## SUMÁRIO

**INTRODUCTION; 1 LE PATRIMOINE CULTUREL IMMATERIEL ET LE DROIT; 1.1 Convention de l'Unesco de 2003; 1.2 Le patrimoine culturel immatériel dans le système italien; 2 POLITIQUES ITALIENNES DE VALORISATION ET DEVELOPPEMENT DU PATRIMOINE IMMATERIEL; 2.1 Politiques publiques de valorisation et de développement; 2.2 Politique privée et développement de l'économie créative de Premana; 2.2.1 Premana: symbole de la valorisation et du développement de la tradition de 1500 à nos jours; 2.2.2 Le district industriel de Premana et l'innovation culturelle; CONCLUSION.**

### ■ INTRODUCTION

La relation entre le patrimoine culturel et l'économie est souvent perçue de manière conflictuelle<sup>2</sup>. D'une part, cette valeur est l'expression de *pratiques, représentations, expressions, savoirs et techniques*<sup>3</sup> reconnus comme partie intégrante de leur culture, de leur identité, ancrée dans le territoire et chargée de valeurs artistiques et esthétiques. D'autre part, l'économie peut insérer ce patrimoine traditionnel à la lumière d'un système de règles de production et de valeurs cherchant un intérêt accru à partir de son exploitation commerciale.

Cette dichotomie entre patrimoine et exploitation économique a déjà été l'objet de discussions au niveau international et n'a pas été négligée par la Convention de l'Unesco de 2003 concernant la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel car les Directrices opérationnelles pour la mise en œuvre de la Convention énoncent clairement que les activités commerciales de ce patrimoine peuvent faire prendre conscience de son importance et générer des retombées économiques pour la communauté:

Les activités commerciales qui peuvent émerger de certaines formes de patrimoine culturel immatériel et le commerce de biens culturels et de services liés au patrimoine culturel immatériel peuvent faire prendre davantage conscience de l'importance d'un tel patrimoine et générer des revenus pour ses praticiens<sup>4</sup>.

En effet, cette préoccupation, nuancée par les orientations de la Convention de 2003, souligne l'importance des actions, associées à la valorisation et au développement du patrimoine culturel immatériel, comme moyen de sensibilisation à la valeur de ce patrimoine, générant également des revenus pour les communautés qui en sont propriétaires. Selon les directives de l'Unesco, à part de contribuer à l'amélioration du niveau de vie des communautés qui possèdent et pratiquent ce patrimoine, elles renforcent l'économie locale et la cohésion sociale *à condition, bien entendu, que des mesures appropriées soient prises* »<sup>4</sup> les communautés concernées seront les principales bénéficiaires.

<sup>2</sup> COMINELLI, Francesca. L'économie du patrimoine culturel immatériel, *Les cahiers du CFPC*, Paris, n. 4, 2017.

<sup>3</sup> Définition fournie dans la principale convention traitant du thème : Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO en 2003 (Convention de 2003).

<sup>4</sup> Idem.



La question qui se pose, dans ce contexte, est de trouver un équilibre entre le sens culturel, la fonction sociale et l'éventuel développement et la valorisation économique de cette culture traditionnelle. L'équilibre entre ces dimensions est essentiel pour sauvegarder le patrimoine culturel immatériel, mais en revanche il est fragile, car la recherche de bénéfices économiques peut dévier les objectifs culturels et sociaux d'une communauté traditionnelle. L'objectif est donc d'établir ou de maintenir des modèles capables de garantir la production, la reproduction et l'innovation de ce patrimoine au fil du temps.

Face à ce paradigme, il est important d'analyser ces modèles, de comprendre comment ces logiques - production, reproduction, innovation, préservation - peuvent coexister et rester vivifiées. En suivant ces hypothèses, nous aborderons l'importance d'étudier le patrimoine culturel immatériel et le droit (1) pour considérer la politique de valorisation et de développement économique du patrimoine culturel immatériel italien, en se concentrant principalement sur certaines politiques privées développées dans de petites communautés locales (2).

## 1 LE PATRIMOINE CULTUREL IMMATERIEL ET LE DROIT

Le droit international a longtemps restreint la notion de patrimoine culturel à une approche exclusivement centrée sur le matériel<sup>5</sup>: monuments, bâtiments, sites archéologiques et autres, garantis par la Convention de l'Unesco pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel du 23 novembre 1972<sup>6</sup>.

Cependant, la nécessité de développer un instrument juridique lié au patrimoine culturel immatériel (bien immatériel) est progressivement apparue en raison des menaces constantes causées par les phénomènes de mondialisation, d'exode rural et d'immigration, qui constituent encore une grande difficulté pour préserver les connaissances et pratiques culturelles traditionnelles aujourd'hui.

Pour faire face à ces menaces, les membres de l'Unesco ont adopté en 1989 comme recommandation<sup>7</sup> le premier instrument juridique dont le champ d'application est la reconnaissance et la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire. Malgré le fait que cet instrument représente une importance sociale, économique, culturelle et politique, y

---

<sup>5</sup> La construction occidentale du concept de patrimoine culturel a toujours été basée sur la monumentalité (CHOAY, Françoise. *L'allégorie du patrimoine*. Paris: Seuil, 1992).

<sup>6</sup> La Convention de l'UNESCO, signée à Paris en novembre 1972 et entrée en vigueur au niveau international en décembre 1975, a été le premier instrument juridique international à reconnaître et protéger le patrimoine culturel et naturel, afin de garantir son identification, sa connaissance, sa conservation et sa transmission à générations futures; Article 1: « Aux fins de la présente Convention, sont considérés comme patrimoine culturel : - les monuments: œuvres architecturales, sculptures ou peintures monumentales, objets ou structures archéologiques, inscriptions, grottes et ensembles de valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, art ou science, - les décors: ensembles de bâtiments isolés ou assemblés qui, de par leur architecture, leur unité ou leur intégration au paysage, ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science, les sites : œuvres de l'homme ou œuvres combinées de l'homme et de la nature, ainsi que les zones, qui comprennent des sites archéologiques, d'une valeur universelle exceptionnelle du point de vue historique, esthétique, ethnologique ou anthropologique.

<sup>7</sup> Recommandation pour la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, ONU, 25e Conférence générale des Nations Unies - Unesco (1989).

compris son rôle dans l'histoire d'un peuple et sa place dans la culture contemporaine<sup>8</sup>, il envisage également une approche restreinte de la définition de la culture traditionnelle (en tant que patrimoine culturel immatériel), dans la mesure où elle ne prend pas en compte le contexte historique et le rôle socioculturel des éléments de cette culture, ni les valeurs ou les connaissances des communautés traditionnelles. Pour certains, la recommandation de 1989 est un instrument théorique plutôt que pratique, trop axée sur les produits, au lieu de mettre en valeur les pratiques qui ont cours dans les communautés<sup>9</sup>.

Cependant, en raison de l'insuffisance terminologique et de la force non contraignante de la Recommandation de 1989, l'Unesco, adoptant une stratégie internationale plus concrète et précise, disposait d'un nouvel instrument en matière de sauvegarde de la culture traditionnelle : la Convention de 2003 sur la sauvegarde des Patrimoines culturels immatériels, adopté lors de la 32<sup>e</sup> Conférence générale de l'UNESCO (1.1) et, par la suite, par les pays signataires qui ont adopté leur propre système, tel que le système italien (1.2).

### 1.1 Convention de l'unesco de 2003

Lors de la 31<sup>e</sup> Conférence générale de l'Unesco à Paris, il a été décidé que les questions liées au patrimoine culturel immatériel seraient « réglementées par le biais d'une convention internationale », l'Unesco étant la seule organisation dont le mandat pouvait instrumentaliser les questions de sauvegarde liées à ce patrimoine<sup>10</sup>. Ainsi, à l'issue de la 3<sup>e</sup> session de cette conférence, la version finale de l'avant-projet de la convention de 2003 a été adoptée et pleinement acceptée lors de la conférence suivante : la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de l'Unesco.

Ainsi, à Paris (en octobre 2003, lors de la 32<sup>e</sup> Conférence générale de l'UNESCO), un important instrument de culture du droit international est né partant de références aux principaux textes fondamentaux de l'ordre international : la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), le Pacte international relatif au droit économique, social et culturel (1966) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966). La Convention de 2003 a incorporé tous ces instruments, en leur donnant une version qui envisage les dimensions humaine, sociale, économique et culturelle à la recherche de la préservation et de la valorisation du patrimoine immatériel. En plus de reconnaître internationalement l'importance de la sauvegarde de la culture traditionnelle, elle définit le concept de patrimoine culturel immatériel comme *des pratiques, des représentations, des expressions, des connaissances, du savoir-faire - ainsi que des outils, des objets, des artefacts et les espaces culturels associés - qui communautés, groupes et, dans certains cas, en le reconnaissant comme faisant partie de leur patrimoine culturel*. En d'autres termes, la Convention définit le patrimoine culturel comme quelque chose *qui se transmet de génération en génération, en plus d'être constamment recréé par les communautés et les groupes en raison de leur environnement, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, générer un sentiment*

<sup>8</sup> SEITEL, Paul. "Safeguarding traditional cultures: A global assessment of the 1989 UNESCO Recommendation on the safeguarding of traditional culture and folklore", 1999.

<sup>9</sup> MATSURA, Koichiro. Directeur générale de l'UNESCO, à l'occasion de son discours d'ouverture à la première réunion d'experts sur le projet de convention, 2003.

<sup>10</sup> Rapport de la 31<sup>e</sup> Conférence générale de l'Unesco, 2001.

*d'identité et de continuité*, contribuant ainsi à « *promouvoir le respect de la diversité culturelle et de la créativité humaine*. Cette définition constitue donc une catégorie beaucoup plus large et plus hétérogène.

Il est important de noter que le concept de culture traditionnelle proposé par la Convention additionnelle de 2003 représente une *catégorie ouverte*, tout en mentionnant les communautés et les groupes ayant des traditions. L'objectif de l'Unesco, avec cette formulation, était d'utiliser l'expression *patrimoine culturel immatériel* pour permettre d'adapter le concept à une dimension plus anthropologique et pragmatique et de limiter la question à la sauvegarde de ce patrimoine. Le patrimoine culturel immatériel est donc représentatif d'une vision du monde spécifique (cosmogonie) de la communauté traditionnelle (indigène ou locale) et le maintien en tant qu'élément symbolique ou spirituel, permettant aux individus de cultiver leur identité collective<sup>11</sup>. En résumé, à partir d'une lecture systématique de la Convention, nous pouvons identifier certaines caractéristiques distinctives de ces biens qui ne peuvent être ignorées : *intangibilité* (en tant que les biens indépendants du *res*), *communauté* (comme les biens qui doivent être reconnus par les communautés de référence) et *participation communautaire* (comme les biens qui doivent être transmis, créés et recréés par les communautés elles-mêmes)<sup>12</sup>.

Sur la base de ce concept, le patrimoine culturel ne serait pas seulement compris comme des monuments et des collections d'objets, mais comme toutes les traditions vivantes transmises par nos ancêtres : expressions orales, y compris la langue, les arts du spectacle, les pratiques sociales, les rites et les fêtes, les connaissances et les pratiques liées à la nature et à l'univers, l'artisanat. Autrement dit, ce patrimoine viendrait à être couvert dans plusieurs domaines:

Article 2° (Définition) : 1. (...). 2. *patrimoine culturel immatériel, tel qu'il est défini au paragraphe 1 ci-dessus, se manifeste notamment dans les domaines suivants : (a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel ; (b) les arts du spectacle ; (c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs ; (d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers ; e (e) les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel .*

L'Italie a ratifié la Convention le 24 octobre 2007, par la loi n°. 167 du 27 septembre 2007. Sachant que le patrimoine culturel italien, y compris le patrimoine immatériel, est extrêmement riche et diversifié, englobant d'innombrables monuments, villes, expressions artistiques, artisanat traditionnel, fêtes religieuses, de nombreux modèles nutritionnels et d'autres, plusieurs biens incorporels ont été inscrits sur la liste de l'UNESCO au fil des ans, tels que<sup>13</sup>: *opera dei pupi, canto a tenore, dieta mediterranea, saper fare liutario di Cremona, macchine dei sati, pratica agricola di Pantelleria, falcoaria, arte dei pizzaioli napoletani, arte dei muri a secco, transumância e alpinismo*.

<sup>11</sup> MATTES, Anita. *La protection de la culture des communautés traditionnelles. Réflexion à partir des droits d'auteur français et brésilien e du droit international*. Paris, 2017. Thèse de l'Université Paris-Saclay.

<sup>12</sup> PESSINA, Stéphane. La protection des savoirs traditionnels autochtones (associés aux ressources génétiques) et les sirènes de la propriété intellectuelle. In: RAULIN, Antonine de; PASTOREL, Jean- Pierre (dir.). *Actes du Colloque Culture et biodiversité*, L'Harmattan, 2017.

<sup>13</sup> Plus d'informations sur le site Unesco / Italie : [www.unesco.beniculturali.it](http://www.unesco.beniculturali.it).

## 1.2 Le patrimoine culturel immatériel dans le système italien

Toute la législation italienne antérieure à l'actuel Code du patrimoine culturel et du paysage (Codice dei beni culturali e del paesaggio) était fondée sur la dimension de la matérialité du bien culturel<sup>14</sup>. La loi Bottai (loi n°. 1089 du 1° juin 1939 – *Tutela delle cose d'interesse artistico e storico*), destinée à réglementer la protection du patrimoine culturel, ne visait qu'à protéger la beauté du paysage. L'objectif de la loi était de protéger la « chose », le patrimoine culturel, d'intérêt historique et artistique, c'est-à-dire un régime juridique visant exclusivement à protéger le bien physiquement perceptible.

De même, la Constitution républicaine d'Italie<sup>15</sup> qui, dans l'article 117, précise la compétence de l'État et des régions pour la protection et la législation du patrimoine culturel. L'article 9 de la Constitution italienne protège ce patrimoine sur la base de deux principes fondamentaux : (1) la promotion du développement de la culture et de la recherche et (2) la protection du paysage, des biens culturels et environnementaux, sans toutefois distinguer la matérialité de l'immatérialité des biens : La République favorise le développement de la culture et de la recherche scientifique et technique. Protège le paysage et le patrimoine historique et artistique de la nation.

En 1998, le décret législatif n°. 112<sup>16</sup> présente pour la première fois une définition précise du patrimoine culturel : constitué de biens matériels et de biens paysagers « *choses inamovibles et mobilières qui, (...), présentent des choses artistiques, historiques, archéologiques, ethno-anthropologiques, bibliographiques et autres identifiées (...)*. Dans ce texte législatif, qui continue aujourd'hui avec la codification de 2004<sup>17</sup>, un système juridique important et plus large a été institué en incluant les objets mobiles et immobiliers dans le concept de patrimoine culturel.

Bien que ce nouveau code contienne une disposition importante pour le patrimoine culturel, il ne comprend pas les aspects explicitement liés au patrimoine culturel immatériel. En d'autres termes, même après la signature par l'Italie (en 2007) de la Convention de l'UNESCO de 2003, qui a incorporé l'article 7-bis dans le Code du patrimoine culturel et du paysage, la question du patrimoine culturel immatériel reste douteuse dans le système italien. Le nouvel article 7-bis prévoit que:

Les expressions d'identité culturelle collective envisagées par les Conventions de l'UNESCO de 2003 et 2005 sont soumises aux dispositions de ce code, si elles sont représentées par des déclarations pertinentes et si les conditions d'applicabilité de l'article 10 sont remplies.”

L'on peut observer dans l'article ci-dessus qu'il n'y a pas de référence explicite au patrimoine culturel immatériel, mais de manière générique, comme *expressions de l'identité*

<sup>14</sup> VARRICCHIO, Enzo. Il patrimonio immateriale nella legislazione italiana, *Rev. Nuova Museologia*, n. 19, p. 18-21, 2008.

<sup>15</sup> Promulgué le 27 décembre 1947 et en vigueur depuis 1948.

<sup>16</sup> En exécution par la loi no. 59 de 1997, nommée la « loi Bassanini.

<sup>17</sup> Le nouveau Code du patrimoine culturel et paysager établi par le décret législatif no. 42 du 22 janvier 2004.

*collective*. La différence pourrait résider dans l'article 10, mentionné ci-dessus, qui établit que les biens immobiliers et mobiliers appartenant à l'État sont des biens culturels. Cependant, de la même manière, cet article n'inclut pas dans la législation italienne l'esprit du sens du patrimoine culturel immatériel prévu par la Convention de 2003. En effet, la référence juridique au patrimoine immatériel n'est pas claire car ce patrimoine n'est reconnu que *s'il existe des preuves matérielles*<sup>18</sup>. Autrement dit, si nous analysons littéralement la législation italienne en ce qui concerne le patrimoine culturel immatériel, celui-ci ne mérite que d'être protégé dans sa dimension matérielle.

Bien au contraire, par exemple, le théâtre de marionnettes sicilien (*Opera dei Pupi*) a été déclaré il y a quelques années comme patrimoine culturel immatériel de l'humanité par l'UNESCO, car il s'agit d'une tradition consacrée aux spectacles marionnettes répandus dans le sud de l'Italie (en particulier, en Sicile), originaire de poupées du 19<sup>e</sup> siècle qui racontent les faits des grands chevaliers de Charlemagne et ses paladins, contribuant à diffuser la culture populaire, tels que le sens de l'honneur et de la justice, l'amour et la bataille. Cependant, selon la législation italienne, ce qui doit être enseigné est la marionnette et non la tradition orale qui lui donne vie.

Néanmoins, on ne peut nier que l'introduction de l'article 7-bis au Code du patrimoine culturel et paysager (*Codice dei beni culturali e del paesaggio*) prévu par la Convention de l'Unesco de 2003, a progressivement promu non seulement la reconnaissance du patrimoine culturel immatériel dans le système Italien<sup>19</sup>, mais aussi l'importance de concevoir des mesures politiques pour valoriser et développer le patrimoine culturel immatériel<sup>20</sup>.

## 2 POLITIQUES ITALIENNES DE VALORISATION ET DEVELOPPEMENT DU PATRIMOINE IMMATERIEL

La valorisation et le développement des biens culturels italiens font partie d'une politique d'État. C'est-à-dire d'un système complexe et articulé de réglementation et de pratique administrative qui implique plusieurs institutions italiennes, ministères<sup>21</sup>, régions italiennes et entités locales (telles que l'administration publique locale, les fondations, les associations, les ONG).

Il s'agit d'une politique intégrée par plusieurs agents, visant à renforcer, développer et financer les diverses activités culturelles liées au patrimoine culturel et au patrimoine culturel immatériel, couvrant un large éventail d'activités, telles que le financement de la recherche,

---

<sup>18</sup> Article 7-bis (1), Code du patrimoine culturel et paysager : *1. Le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente, il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10.*

<sup>19</sup> CASSESE, Sabino. Il futuro della disciplina dei beni culturali, *Giorn. di diritto amministrativo*, vol. 18, n. 7, p. 781 – 782, 2012. p. 781.

<sup>21</sup> MiBAC - Ministère des biens et des activités culturelles, Mipaaf - Ministère de la politique agricole, alimentaire, forestière et touristique et Ministère de l'environnement et de la protection du territoire et de la mer.

des séminaires, des publications, la création et le soutien de musées, d'itinéraires culturels, d'événements culturels, foires et autres.

Il est nécessaire de mieux élucider les innombrables raisons qui exigent et justifient la nécessité de créer et d'accroître les politiques de valorisation et de développement du patrimoine culturel immatériel, tant du point de vue de l'État (politiques publiques) (2.1), que de celui des particuliers (politiques privées) (2.2).

## 2.1 Politiques publiques de valorisation et de développement

Le patrimoine culturel immatériel appartient à l'héritage d'un peuple, constituant l'un des éléments de l'État et, ainsi, d'une nation. Ce patrimoine ne peut donc être transmis aux générations futures que par des politiques de valorisation et de développement qui améliorent et encouragent le savoir, augmentent sa convivialité, préservent sa mémoire et sa préservation<sup>22</sup>.

La législation italienne considère la valorisation et le développement du patrimoine culturel immatériel comme un facteur pertinent pour la protection et l'amélioration culturelles. L'article 9 de la Constitution qui protège et valorise le patrimoine culturel, en vertu des pouvoirs mentionnés dans l'article 117 de la Constitution, et les dispositions du Code du patrimoine culturel et paysager (*Codice dei beni culturali e del paesaggio*) sont des objectifs clairs de son importance dans l'élaboration d'une politique spécifique visant à la mise en valeur du patrimoine culturel immatériel, considérant que ce patrimoine "contribue à préserver la mémoire de la communauté nationale et de son territoire et à promouvoir le développement de la culture" (article 1, paragraphe 2). Le Code prévoit également que la valorisation du patrimoine consiste à promouvoir le savoir et à garantir les meilleures conditions pour son utilisation, afin de favoriser le développement économique de la culture traditionnelle (article 6).

En ce sens, la question de la valorisation des biens culturels immatériels concerne à la fois la sauvegarde de ces biens immatériels, ainsi que l'amélioration et le développement de ces biens par leur capacité à se qualifier<sup>23</sup> et développer économiquement le territoire, car la rentabilité profite à la fois à la conservation et à l'utilisation<sup>24</sup>. La dimension économique du patrimoine est donc liée aux activités reliées, au sens large, à la culture. Elle comprend notamment les services touristiques et connexes, tels que les activités économiques conçues pour gérer et maintenir le patrimoine historique et artistique, mais aussi l'industrie culturelle (cinéma, vidéo, *mass media*, logiciels, musique et livres) et l'industrie créative (architecture, communication et image de marque, artisanat, conception et production de styles, arts de la scène et arts visuels) qui, si elles sont gérées de manière prudente, peuvent jouer un rôle d'intégration dans l'économie locale, offrant des opportunités de croissance culturelle pour les communautés du territoire, en préservant et renouvelant la mémoire de leurs traditions.

Dans ce contexte, on peut citer certaines politiques menées directement par les territoires qui, animées par le souci de ne pas négliger la préservation de leurs éléments

<sup>22</sup> FANTINI, Stefano. Beni culturale e valorizzazione della componente immateriale, *Rev. Aedon*, n. 1, 2014.

<sup>23</sup> DENUZZO, Antonello. *Cibo e patrimonio culturale: alcune annotazioni*, *Rev. Aedon*, n. 1, 2017.

<sup>24</sup> SCIULLO, Giovanni. I beni culturali quali risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento, *Rev. Aedon*, n. 3, 2017; e CASINI, Luara. La valorizzazione dei beni culturali, *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, p. 651-707, 2001.



identitaires, ont opté pour la nécessité de créer leurs propres normes locales de protection et, surtout, pour la valorisation du patrimoine immatériel<sup>25</sup>. Dans la Région de la Lombardie, nous avons eu la création de la loi régionale n° 25 du 7 octobre 2016 qui a institué une politique régionale spécifique dans le but de promouvoir la “diffusion et la sauvegarde de la culture, des traditions et de la musique populaire, de la culture alimentaire typique et du patrimoine linguistique et de valoriser les expressions multiformes des identités, des langues et des productions culturelles en Lombardie ” (article 1) <sup>26</sup>.

L'on a également développé, dans la même région, l'AESS (*Archivio di Etnografia e Storia Sociale*)<sup>26</sup>, première archive ethnographique italienne avec des données collectées depuis 1970, qui vise à promouvoir la connaissance, la conservation, la mise en valeur et l'utilisation publique du patrimoine documentaire visuel et sonore, en lien avec la vie sociale, les traditions populaires, les transformations socio-économiques et paysagères, le travail, la littérature, le chant et la musique traditionnelle de la région de Lombardie, avec une attention particulière pour le patrimoine ethno-anthropologique, le patrimoine culturel immatériel, et la langue lombarde et ses variantes. Actuellement, le patrimoine archivé comprend plus de 100 000 documents photographiques, 5 000 fichiers audio, 3 000 transcriptions textuelles, 2 000 transcriptions musicales et 200 documents multimédias<sup>27</sup>.

Un autre exemple important est le REIL (*Registro delle Eredità Immateriali della Lombardia*)<sup>28</sup>, un projet coordonné par l'AESS (*Archivio di Etnografia e Storia Sociale*), qui vise à identifier les biens incorporels et à les enregistrer en conséquence. Il s'agit d'un outil d'identification pour sauvegarder le patrimoine culturel immatériel, impliquant la participation des communautés, des propriétaires et des protagonistes de ce patrimoine.

Comme l'on peut le remarquer, la valorisation des biens culturels immatériels s'inscrit non seulement dans une politique d'État (niveau fédéral), mais surtout dans des actions régionales, basées sur des réglementations, dans la mise à disposition de financements pour diverses activités et de nombreuses articulations<sup>29</sup>, impliquant des administrations régionales, municipales, des associations et même des citoyens. Autrement dit, des actions qui soutiennent toutes la valorisation de la culture locale, y compris l'utilisation de politiques privées comme mécanisme possible de développement social et économique.

## 2.2 Politique privée et développement de l'économie créative de premana

Dans le but d'améliorer la qualité de vie de la communauté, de générer du travail et des revenus, de maintenir les artisans sur leurs territoires et activités d'origine, ainsi que de

<sup>25</sup> GUALDANI, Annalisa. I beni culturali immateriali: ancora senza ali ?, *Rev. Aedon*, n. 2, 2014.

<sup>26</sup> Article 26 da L.R n. 25 du 7 octobre 2016.

<sup>27</sup> Informations sur le site de la région de la Lombardie : [www.aess.regione.lombardia.it](http://www.aess.regione.lombardia.it).

<sup>28</sup> Créé après l'approbation de LR n. 27, 2008 "Amélioration du patrimoine culturel immatériel", qui a inspiré la Convention de l'UNESCO pour la protection du patrimoine culturel immatériel, adoptée à Paris le 17 octobre 2003 et ratifiée par l'Italie avec la loi n°. 167 2007.

<sup>29</sup> Codice dei beni culturali e del paesaggio stimule cette articulation entre différentes entités (Article 6°, 3): “Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale”.

prévenir l'exode de la population locale (principalement des jeunes), les communautés défendent et participent activement à la création politiques locales conçues pour favoriser le développement de la culture traditionnelle. Il s'agit principalement d'une politique privée visant au développement de l'économie créative. Dans cette optique, elles développent des actions visant à accroître les produits issus de la culture immatérielle, notamment en encourageant les coopératives et les associations, la formation à la gestion et à l'entrepreneuriat, en plus d'augmenter la vente de biens et la création d'intrants, l'amélioration technique et formelle du produit, l'utilisation des technologies, l'adaptation à la durabilité environnementale, la formation à la manipulation et à l'entretien des ressources naturelles et d'autres.

Dans cette perspective, il y a quelques cas emblématiques, comme celui de la ville de Premana située dans la région de la Haute Valsassina en Lombardie (2.2.1), symbole de communauté pour le développement de la valorisation de la culture à travers des politiques privées pour augmenter l'économie créative (2.2 .2).

### **2.2.1 Premana : symbole de la valorisation et du développement de la tradition de 1500 a nos jours**

Premana est une petite région de la Haute-Valsassine<sup>30</sup>, situé à 1 000 mètres d'altitude, sur les pentes de deux collines au fond de la vallée du lac Lecco. C'est un lieu où la géographie, avec une diversité logistique et climatique, a consolidé une communauté participative, agrégée, volontaire et avec de fortes valeurs alpines traditionnelles : famille, travail, religion, assistance sociale et associations.

Cependant, c'est la richesse métallique de la région et la présence active de mines qui ont permis à la région de développer une forte tradition culturelle dans l'extraction et le traitement du fer utilisé dans la production de divers types d'outils de travail. Cette tradition, autrefois artisanale et désormais industrielle, trouve son origine dans les anciennes mines de fer qui existaient depuis 1574. Cependant, ce n'est qu'à partir des années 1800 que cette culture traditionnelle s'est progressivement améliorée et transmise de génération en génération, permettant le développement d'un véritable centre d'artisanat dédié à la production de ciseaux et d'outils de coupe (grande variété de couteaux, ciseaux et petits outils pour l'esthétique, coiffeurs, usage domestique, cuisine, jardinage, usage industriel et autres)<sup>31</sup>.

Après la Seconde Guerre mondiale, la reconstruction de l'économie italienne d'après-guerre a été marquée par une expansion et une diversification de la base de production traditionnelle de Premana. Avec cette expansion, Premana est devenue une ville à forte capacité commerciale<sup>32</sup>. Il reste à préciser que de 1972 à 1992, la production locale de ciseaux

<sup>30</sup> Valsassina est une vallée de la région de Lombardie (nord de l'Italie bordant la Suisse) dans la province de Lecco.

<sup>31</sup> BRUNETTI, Giorgio; MARELLI, Mario. VISCONTI, Federico. *Euro e distretti industriali: una ricerca nella realtà lombarda*, Franco Angeli, 2000; DELLA CHIESA, Matteo; DI GIOVANNANTONIO, Denis. *Distretti industriali ed innovazione. Un caso italiano: il distretto della forbice di Premana*, tese Politecnico de Milan, 2016.

<sup>32</sup> Actuellement dans la ville, il existe également plus de vingt associations - sportives, culturelles, socio-environnementales, de protection territoriale et religieuses - qui ont été créées au fil des décennies. Les piliers

est passée de 7 à 16 millions de pièces par an, ce qui correspond à environ les deux tiers de la production nationale italienne<sup>33</sup>, donnant à Premana le statut de *distretto industriale*.

## 2.2.2 Le district industriel de Premana et l'innovation culturelle

Alors que le territoire de Premana commençait à s'étendre, les artisans locaux aperçurent le besoin d'une plus grande organisation politique et économique. La première tentative (bien qu'inféconde) a eu lieu en 1954 avec la création du premier *Consorzio dei Produttori di Forbici di Premana*, dans le but de promouvoir la coopération entre certaines entreprises locales. L'objectif de ce consortium était d'opérer dans les étapes initiales et finales de la chaîne de production, depuis l'approvisionnement en matières premières, pour gérer une plus grande capacité contractuelle, pour stimuler la commercialisation et permettre de promouvoir le produit final des membres du consortium<sup>34</sup>.

Dans les décennies suivantes (années 60 et 70), il y a eu une forte croissance économique dans le district, amenant les artisans locaux à réfléchir à une nouvelle stratégie organisationnelle. L'objectif était la création d'une association de fabricants de ciseaux à but non lucratif qui pourrait assumer l'administration, la formation et les différentes formes d'assistance et de coopération dans les activités de promotion et de vente (internes et externes) des produits fabriqués par les petits producteurs associés<sup>35</sup>. En 1974, le consortium local PREMAX est fondé (synthèse des deux mots Premana et Export)<sup>36</sup>, en plus de poursuivre le travail de formation entrepreneuriale des artisans du district, il visait à promouvoir les produits sur de nouveaux marchés potentiellement rentables, principalement par la création d'une marque collective qui certifie la qualité des lames qui quittent les ateliers de Premana (*made in Premana*).

Actuellement, Premana est considérée comme une :

zone industrielle, c'est-à-dire une zone territoriale limitée et historiquement déterminée avec « une agglomération d'entreprises, généralement de petite et moyenne taille, (...), spécialisées dans une ou plusieurs phases d'un processus de production et intégré par un réseau complexe d'interrelations économiques et sociales<sup>37</sup>. Le quartier compte environ 120 entreprises (dont celles dédiées aux

---

réels et concrets de la société et de l'économie de Premana sont : Cassa Rurale et Artigiana, Valsassina Cooperative Credit Bank, Food Cooperative, la maison de retraite « Madonna della Neve, le jardin d'enfants « BP Berri, le Consortium Premax et autres.

<sup>33</sup> Non moins importante est la production de couteaux qui, avec environ 2,5 millions de pièces par an, couvre plus de 50% de toute la production actuelle en Italie. Le secteur des articles de coupe, qui emploie de nombreux ateliers d'artisanat, 40 entreprises commerciales et 4 industries, garantissant à Premana un chiffre d'affaires total de plus de 80 milliards (données pour 2015 fournies par le Consortium Premax).

<sup>34</sup> BENEDETTI, Giovanni. *Fenile: la rinascita di un borgo - Recupero e rifunzionalizzazione di un borgo agricolo in un villaggio per il benessere naturale*, thèse Polytechnique de Milan, 2008.

<sup>35</sup> BENEDETTI, Giovanni. *Fenile: la rinascita di un borgo - Recupero e rifunzionalizzazione di un borgo agricolo in un villaggio per il benessere naturale*, thèse Polytechnique de Milan, 2008.

<sup>36</sup> Données pour 2015 fournies par le Consortium Premax et la Mairie de Premana, Progetto Marchio PREMANA. *Situazione attuale e azioni future*, 2012.

<sup>37</sup> Loi no. 317 du 5 octobre 1991 que dans le matériel de « Interventi per l'innovazione e lo sviluppo » définit les « districts industriels » d'une dimension politique, économique et sociale, ce sont des zones de production

services collatéraux : galvanoplastie, traitements thermiques, emballage, commercial) et parmi celles-ci 41 sont membres du consortium PREMAX avec 100% de leur production absorbée<sup>38</sup>. La production de ciseaux a connu sa plus forte production au début des années 90 (avec 20 millions de pièces / an)<sup>39</sup>, mais il y a eu une pente descendante ces dernières années en raison des nombreuses crises européennes (atteignant 11,5 millions de pièces réparties dans environ 70 entreprises)<sup>41</sup>.

L'idée de rassembler collectivement les petits producteurs locaux reflète une préoccupation de la communauté dans la recherche du développement et de la mise en valeur du patrimoine culturel immatériel. Le soutien du PREMAX aux petites entreprises du district affiliées au consortium a été absolument décisif pour faire de Premana l'un des centres les plus importants au monde pour la production de ciseaux et de couverts et valoriser le territoire et sa culture traditionnelle. La conservation des racines productives traditionnelles de la région a permis une nouvelle façon de comprendre la relation entre le patrimoine, le territoire et la population. C'est-à-dire, la façon dont la communauté locale estime son territoire, ses souvenirs, ses transformations, sa réalité actuelle et ses projections futures.

De ce progrès économique, de nouvelles opportunités pour la préservation de cette culture ont émergé, comme la création de quelques associations locales pertinentes visant à promouvoir les activités sociales et culturelles associées au patrimoine culturel traditionnel de la région. L'événement Premana fait revivre l'ancien » en est un exemple important. Pendant deux jours en octobre, toute la communauté reproduit, ravive et met en scène la vie quotidienne de la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle, représentant l'artisanat ancien et la vie quotidienne du passé à travers les rues de la ville, les journées portes ouvertes, à travers les vêtements, les objets, les chansons et les œuvres originales de l'époque. Il s'agit d'un parcours de deux kilomètres et de trois heures au cours duquel les rues de la ville prennent vie et présentent des femmes, des hommes et des enfants dans des tenues et des activités traditionnelles. En 2018, seulement pendant le premier jour, l'événement a accueilli 3500 visiteurs, et tout l'argent récolté a été consacré au développement de la communauté elle-même (restauration de ponts et maisons historiques, activités culturelles traditionnelles et autres)<sup>40</sup>.

Cependant, la communauté est consciente des difficultés concernant la continuité et la protection de son patrimoine culturel immatériel<sup>41</sup>. Les enjeux du maintien de la qualité et de la vente de ses produits face à l'infestation de produits internationaux à moindre coût, le maintien de l'intégration, de l'unité et de la collaboration entre tous les artisans et les

---

territoriales constituées d'entreprises fortement interdépendantes qui existent trois conditions préalables : 1. expansion du marché national de référence (article 36).

<sup>38</sup> Données présentées par l'ingénieur GIANOLA, Giovanni. (président du Consorzio PREMAX); MANTOVANI, Irene; SCANO, Andrea; VERCELLINI, Marino; MIRABELLI, Paolo. *Distretti industriali ed innovazione. Un caso italiano: il distretto della forbice di Premana*, projet de l'Université Bicocca de Milan, 2009.

<sup>39</sup> BRUNETTI, Giorgio; MARELLI, Mario. VISCONTI, Federico. *Euro e distretti industriali: una ricerca nella realtà lombarda*, Franco Angeli, 2000

<sup>40</sup> Plus d'information sur le site [www.premanarivivelantico.it](http://www.premanarivivelantico.it).

<sup>41</sup> L'actuel président du Consortium PREMAX (Ingénieur Giovanni GIANOLA) démontre clairement cette préoccupation dans le document de présentation et mentionne plusieurs faiblesses : formation, absorption de la main d'œuvre jeune, connectivité, création d'un laboratoire technologique, expansion de la marque collective, transport, développement durable et d'autres, in GIANOLA, Giovanni. *Saper fare: innovare la tradizione, il distretto di Premana*. Consorzio PREMAX, 2019.

entreprises locales et, surtout, l'implication des jeunes, des étudiants, pour donner la réponse immédiate au problème du changement de génération qui affecte déjà le tissu productif et social de la communauté sont des thèmes communs dans la communauté<sup>42</sup>.

Enfin, l'on peut observer que la culture traditionnelle, dans le cas de Premana, était la base créative de l'économie, permettant le développement économique et la sauvegarde de sa propre société et culture. Dans ce cas, la communauté n'était pas seulement considérée comme un objet d'étude, mais comme un protagoniste actif. De cette façon, l'implication effective des communautés dans le processus de construction de connaissances partagées, réfléchissant aux traditions culturelles existantes et au rôle qu'elles peuvent jouer dans la communauté, est la base déterminante pour le développement de l'économie et la valorisation et la préservation du patrimoine culturel immatériel.

## ■ CONCLUSION

Nous notons que la valorisation et le développement du patrimoine culturel immatériel fait partie des politiques publiques italiennes (État, régions et collectivités locales). Ils sont insérés dans la législation, à plusieurs niveaux, ainsi que dans le financement de plusieurs activités, notamment les itinéraires culturels, la recherche, les séminaires et les musées. Cependant, cette appréciation ne fait pas exclusivement partie des politiques de l'État ou des collectivités locales, elle concerne aussi le territoire qui les considère comme la continuation et la préservation de sa culture et, principalement, comme un éventuel mécanisme de développement économique.

Cependant, lorsque le développement économique du patrimoine culturel immatériel est envisagé, il ne devrait pas seulement tirer profit et exploiter ses produits sur le marché. Il faut aller plus loin, évaluer combien les populations locales traditionnelles gagnent ou perdent et s'il est possible pour elles de se développer également dans un but de progrès. Autrement dit, la principale question qui se pose lorsque nous parlons d'économie créative du patrimoine culturel immatériel serait : comment gérer ce patrimoine en vue de le sauvegarder, le protéger et le mettre en valeur, c'est-à-dire comment le développement économique peut-il générer du progrès ? En ce sens, je cite un thème déjà expliqué par Pier-Paolo Pasolini dans « Scritti Corsari »<sup>43</sup> : la différence entre développement et progrès. Celui qui produit veut « se développer », c'est-à-dire que le développement fait référence au marché, à l'industrie, à la surproduction et à l'exploration de produits. Et il semble que les communautés traditionnelles visent un résultat différent, recherchant un développement économique qui soit aussi un progrès, c'est-à-dire le respect, la continuation, la sauvegarde et la protection de leur patrimoine culturel immatériel.

<sup>42</sup> GIANOLA, Giovanni. *Saper fare: innovare la tradizione, il distretto di Premana*. Consorzio PREMAX, 2019.

<sup>43</sup> PASOLINI, Pier Paolo. *Scritti corsari*. Milano: Mondadori, 1994, p. 34. "Ci sono due parole che ritornano frequentemente nei nostri discorsi: anzi, sono le parole chiave dei nostri discorsi. Queste due parole sono «sviluppo e progresso. (...) l'progresso è dunque una nozione ideale (sociale e politica): là dove lo «sviluppo» è un fatto pragmatico ed economico".

Mais comment gérer les patrimoines culturels locaux dans le but de valoriser et de valoriser?<sup>44</sup> Cette gestion devrait inclure une vision plus large du patrimoine culturel immatériel, sa perspective holistique, qui implique les aspects matériels et immatériels des expressions sociales d'un groupe, ses valeurs, symboles et pratiques, comme mentionné dans la Convention de 2003 avec le respect et la participation de la communauté elle-même. Un système de gouvernance, adapté aux conditions locales, empêche l'appropriation et la dégradation des biens culturels traditionnels. De plus, cette approche ascendante empêche la standardisation et la généralisation des solutions, profitant de la complexité et de la diversité de chaque situation.

Bien que cette conclusion soit très théorique, nous devons souligner que les membres d'une communauté ne sont pas seulement des producteurs, des consommateurs ou des spectateurs passifs. Au contraire, leur engagement et leur participation contribuent à la mise en place de systèmes de gouvernance appropriés et à la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, comme nous l'avons vu à Premana. Ainsi, ce qui est intéressant pour le patrimoine culturel immatériel serait la rencontre de tous les acteurs, chercheurs, gestionnaires et, principalement, la population locale, avec l'objectif de construire des outils pour une amélioration concrète et pour un éventuel développement culturel et économique dans lequel l'adjectif *culturel* n'est pas subordonné à l'*économie*.

## REFERENCES

ANTOLDI, Fabio. CANNATELLI, Benedetto. Collaborare tra PMI per competere con successo sui mercati: il caso del consorzio Premax, *CERSI - Collana Casi Aziendali*, n. 3, 2008.

BARBATTI, Carla. Governo del territorio, beni culturali e autonomie : luci e ombre di un rapporto, *Rev. Aedon*, 2009.

BENEDETTI, Giovanni. *Fenile: la rinascita di un borgo - Recupero e rifunzionalizzazione di un borgo agricolo in un villaggio per il benessere naturale*, thèse Politechnique de Milan, 2008.

BORDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. 5. ed. São Paulo: Perperctiva, 2004.

BRUNETTI, Giorgio; MARELLI, Mario. VISCONTI, Federico. *Euro e distretti industriali: una ricerca nella realtà lombarda*, Franco Angeli, 2000.

CABRAL, Fabricia G. S. *Saberes Sobrepostos: design e artesanato na produção de objetos culturais*. Thèse. Rio de Janeiro : PUC-Rio, 2007.

CASINI, Luara. La valorizzazione dei beni culturali, *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, p. 651-707, 2001.

<sup>44</sup> Question posée il y a longtemps par Hugues Varine, in VARINE, Hugues. *Les racines du futur : Le patrimoine au service du développement local*. Collection Decision locale. Asdic, 2005.



CASSESE, Sabino. Il futuro della disciplina dei beni culturali, *Giorn. di diritto amministrativo*, vol. 18, n. 7, p. 781 – 782, 2012. p. 781.

CHOAY, Françoise. *L'allégorie du patrimoine*. Paris: Seuil, 1992

COMINELLI, Francesca. L'économie du patrimoine culturel immatériel, *Les cahiers du CFPC*, Paris, n. 4, 2017.

DELLA CHIESA, Matteo; DI GIOVANNANTONIO, Denis. *Distretti industriali ed innovazione*. Un caso italiano: il distretto della forbice di Premana, tese Politecniche de Milan, 2016.

DENUZZO, Antonello. Cibo e patrimonio culturale: alcune annotazioni, *Rev. Aedon*, n. 1, 2017.

FANTINI, Stefano. Beni culturale e valorizzazione della componente immateriale, *Rev. Aedon*, n. 1, 2014.

FINOTTO, Carlo Andrea. Premana sconfigge economia e storia, *Jornal Il sole 24 ore*, 2012.

GIANOLA, Giovanni. *Saper fare: innovare la tradizione, il distretto di Premana*. Consorzio PREMAX, 2019.

GUALDANI, Annalisa. I beni culturali immateriali: ancora senza ali ?, *Rev. Aedon*, n. 2, 2014.

GREFFE, Xavier. *L'économie politique du patrimoine culturel*, Paris : Icomos, 2011.

MANTOVANI, Irene; SCANO, Andrea; VERCELLINI, Marino; MIRABELLI, Paolo. *Distretti industriali ed innovazione*. Un caso italiano: il distretto della forbice di Premana, projet de l'Université Bicocca de Milan, 2009.

MATSURA, Koichiro. Directeur générale de l'UNESCO, à l'occasion de son discours d'ouverture à la première réunion d'experts sur le projet de convention, 2003.

MATTES, Anita. *La protection de la culture des communautés traditionnelles. Réflexion à partir des droits d'auteur français et brésilien e du droit international*. Paris, 2017. Thèse de l'Université Paris-Saclay.

OTAVIA, Alessia Cozzi. Dimensione economica e dimensione culturale europea, *Rev. Aedon*, n. 2, 2018.

PASOLINI, Pier Paolo. *Scritti corsari*. Milano: Mondadori, 1994, p. 34

PESSINA, Stéphane. La protection des savoirs traditionnels autochtones (associés aux ressources génétiques) et les sirènes de la propriété intellectuelle. In: RAULIN, Antonine de; PASTOREL, Jean- Pierre (dir.). *Actes du Colloque Culture et biodiversité*, L'Harmattan, 2017.

PREFEITURA DE PREMANA. *Progetto Marchio "Premana"*. Situazione attuale e azioni future, 2012.

SCIULLO, Giovanni. I beni culturali quali risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento, *Rev. Aedon*, n. 3, 2017.

SEITEL, Paul. *“Safeguarding traditional cultures: A global assessment of the 1989 UNESCO Recommendation on the safeguarding of traditional culture and folklore”*, 1999.

VARINE, Hugues. *Les racines du futur : Le patrimoine au service du développement local*. Collection Decision locale. Asdic, 2005.

VARRICCHIO, Enzo. Il patrimonio immateriale nella legislazione italiana, *Rev. Nuova Museologia*, n. 19, p. 18-21, 2008.



# CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

## ABUSIVE CONSTITUTIONALISM

DAVID LANDAU\*

Tradução: ULISSES LEVY SILVÉRIO DOS REIS\*\* | RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL\*\*\*

### RESUMO

Este artigo identifica um fenômeno cada vez mais importante: o uso de mecanismos de mudança constitucional para corroer a ordem democrática. Uma onda de incidentes recentes em um grupo diversificado de países, como Hungria, Egito e Venezuela, mostrou que as ferramentas de modificações e emendas constitucionais podem ser usadas por pretensos autocratas para minar a democracia com relativa facilidade. Como golpes militares e outras rupturas flagrantes na ordem constitucional caíram em desuso, os atores refazem a ordem constitucional com mudanças sutis, a fim de dificultar a sua substituição e retirar dos tribunais a capacidade de fiscalizar os seus atos. Os regimes resultantes dessas manobras continuam a ter eleições e não são totalmente autoritários, mas são significativamente menos democráticos do que eram anteriormente. Pior ainda, o problema do constitucionalismo abusivo permanece em grande parte não resolvido, uma vez que os mecanismos de defesa democrática, tanto no direito constitucional comparado quanto no direito internacional, são amplamente ineficazes contra ele. Alguns dos mecanismos mais citados na literatura - como a concepção alemã de democracia militante e a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais - são difíceis de implantar contra a ameaça do constitucionalismo abusivo ou facilmente evitáveis por esses atores autoritários. Este artigo sugere maneiras de reforçar a democracia contra essas ameaças, embora reconheça a extrema dificuldade da tarefa. O fenômeno do constitucionalismo abusivo deve impactar o debate sobre como os campos do direito constitucional comparado e do direito internacional podem ser mais bem aproveitados para proteger novas democracias.

**Palavras-chave:** Emenda constitucional, Emenda constitucional inconstitucional, Disposições constitucionais inalteráveis, Regimes autoritários, Desenho constitucional.

### ABSTRACT

This paper identifies an increasingly important phenomenon: the use of mechanisms of constitutional change to erode the democratic order. A rash of recent incidents in a diverse group of countries such as Hungary, Egypt, and Venezuela has shown that the tools of constitutional amendment and replacement can be used by would be autocrats to undermine democracy with relative ease. Since military coups and other blatant ruptures in the constitutional order have fallen out of favor, actors instead rework the constitutional order with subtle changes in order to make themselves difficult to dislodge and to disable or pack courts and other accountability institutions. The resulting regimes continue to have elections and are not fully authoritarian, but they are significantly less democratic than they were previously. Even worse, the problem of abusive constitutionalism remains largely unresolved, since democratic defense mechanisms in both comparative constitutional law and international law are largely ineffective against it. Some of the mechanisms most relied upon in the literature — such as the German conception of militant democracy and the unconstitutional-constitutional amendments doctrine — are in fact either difficult to deploy against the threat of abusive constitutionalism or easily avoidable by would-be authoritarian actors. This Article suggests ways to reinforce democracy against these threats, while acknowledging the extreme difficulty of the task. The phenomenon of abusive constitutionalism should impact the conversation about how the fields of comparative constitutional law and international law might best be leveraged to protect new democracies.

**Keywords:** Constitutional amendment, Unconstitutional constitutional amendment, Unamendable constitutional provisions, Authoritarian regimes, Constitutional design.

\* Ph.D., J.D. e A.B. pela Harvard University. Professor da Florida State University College of Law.  
[dlandau@law.fsu.edu](mailto:dlandau@law.fsu.edu)

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor Adjunto da UFERSA.  
[ulisses.reis@ufersa.edu.br](mailto:ulisses.reis@ufersa.edu.br)

\*\*\* Doutor em Direito pela Universidade de Brasília. Professor Adjunto da UFERSA.  
[rafaelcabral@ufersa.edu.br](mailto:rafaelcabral@ufersa.edu.br)

Recebido em 9-7-2020 | Aprovado em 9-7-2020<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. Publicado originalmente em inglês na *UC David Law Review*, vol. 47, n. 1, nov. 2013, p. 189-260.



## SUMÁRIO

**1 INTRODUÇÃO; 2 DEFININDO E EXPLICANDO O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO; 2.1 Definindo e situando o constitucionalismo abusivo; 2.2 Constitucionalismo abusivo por emendas: Colômbia; 2.3 Constitucionalismo abusivo por substituição: Venezuela; 2.4 Uma combinação de reforma e substituição: Hungria; 2.5 Constitucionalismo abusivo e autoritarismo moderno; 3 UMA REVISÃO CRÍTICA DAS RESPOSTAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO; 3.1 Democracia Militante e proibição de partidos; 3.2 Limitações às emendas constitucionais em camadas; 3.3 A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais; 3.4 A lacuna teórica da substituição constitucional; 4 UMA REVISÃO CRÍTICA DAS RESPOSTAS ESTABELECIDAS E EMERGENTES NO DIREITO INTERNACIONAL; 4.1 Cláusulas democráticas; 4.2 Respostas emergentes e propostas no nível internacional: em busca de uma corte constitucional global?; 5 CONCLUSÃO: UMA AGENDA IMPOSSÍVEL PARA A TEORIA CONSTITUCIONAL?.**

### ■ INTRODUÇÃO

Uma das questões centrais da teoria constitucional é como as constituições podem ser usadas para melhor proteger contra ameaças à própria ordem democrática. Essa questão assumiu nova urgência desde a eclosão da “Primavera Árabe”, que trouxe uma nova onda conflituosa de democracia no Oriente Médio. Este artigo define e trabalha com um fenômeno cada vez mais importante que chamo de constitucionalismo abusivo. O constitucionalismo abusivo envolve o uso dos mecanismos de mudança constitucional - emenda constitucional e substituição constitucional - para minar a democracia. Embora os métodos tradicionais de derrubada democrática, como o golpe militar, estejam em declínio há décadas, o uso de ferramentas constitucionais para criar regimes autoritários e semi-autoritários é cada vez mais predominante. Poderosos presidentes e partidos podem projetar mudanças constitucionais de modo a tornar difícil a sua substituição no poder e desarmar instituições, como os Tribunais de Justiça, que possam fiscalizar seus atos enquanto governo. As constituições resultantes desses processos ainda parecem democráticas à distância e contêm muitos elementos que não são diferentes daqueles encontrados nas constituições democráticas liberais, mas, de perto, elas foram substancialmente retrabalhadas para minar a própria ordem democrática.

Eu recorro a exemplos recentes da Hungria, da Colômbia e da Venezuela para ilustrar a ameaça do constitucionalismo abusivo. Mas é importante notar que esses exemplos apenas arranham a superfície do que é uma ocorrência cada vez mais rotineira. Por exemplo, a Irmandade Muçulmana no Egito recentemente usou seu poder eleitoral dominante no parlamento, assembleia constituinte e presidência, em vez de meios extralegais, para elaborar uma constituição que parece ser muito favorável aos seus próprios interesses<sup>2</sup>. Embora o governo civil tenha sido removido por meio de golpe, os comentaristas argumentaram que a experiência de elaborar uma nova constituição foi projetada para construir no Egito um regime autoritário competitivo, no qual, embora as eleições sejam realizadas, há grande

<sup>2</sup> Ver LANDAU, David. *Constitution-Making Gone Wrong*. 64 ALA. L. REV. 923, p. 971-980, 2013. [doravante *Constitution-Making*] (sumarizando e analisando o processo egípcio de elaboração constitucional).

dificuldade em retirar o partido em exercício do poder e a sua atuação seja relativamente imune a controles<sup>3</sup>.

Similarmente, esse fenômeno está aparecendo mesmo em países geralmente considerados estáveis como democracias liberais. Por exemplo, o Primeiro-Ministro japonês Shinzo Abe, líder do tradicional Partido Liberal Democrático (PLD), anunciou recentemente que buscaria mudanças constitucionais que reduziriam as maiorias necessárias para a mudança constitucional no parlamento de dois terços para apenas uma maioria simples<sup>4</sup>. Dado o fato de o PLD ter conquistado maiorias legislativas significativas nas últimas eleições, provavelmente será capaz de avançar com essa proposta. Há pouco risco de que essa mudança torne o Japão completamente antidemocrático, mas isso serve para corroer a democracia, ao permitir que o poderoso PLD consolide unilateralmente as mudanças que desejar na constituição. Obviamente, essas mudanças poderiam ser usadas para aumentar o poder do PLD e reduzir as fiscalizações já fracas (como as exercidas pelo Judiciário) de sua atuação<sup>5</sup>.

As constituições provaram ser notavelmente suscetíveis a esse tipo de manobra. Em países fora dos Estados Unidos, os limites às emendas constitucionais costumam ser definidos em patamares razoavelmente baixos, permitindo que os titulares dos poderes políticos reúnam apoio suficiente para mudanças radicais com relativa facilidade. Mesmo quando os limites às emendas são mais rigorosos, os regimes existentes podem atingir as maiorias legislativas necessárias com frequências surpreendentes. E quando as constituições não podem ser alteradas da maneira que os pretensos autocratas gostariam, eles geralmente substituem os textos constitucionais com bastante facilidade, como ocorreu recentemente na Hungria, no Equador e na Venezuela. Os conjuntos de regras formais encontrados nas constituições estão se demonstrando meras folhas de papel contra regimes autoritários e quase autoritários.

E há notícias ainda piores: os mecanismos de proteção às democracias existentes no direito constitucional comparado e no direito internacional se mostraram ineficazes contra essa nova ameaça. O constitucionalismo abusivo é muito mais difícil de detectar do que as ameaças autoritárias tradicionais. No direito internacional, as chamadas “cláusulas democráticas” geralmente punem regimes que chegam ao poder por meios inconstitucionais. Essas cláusulas são eficazes na detecção de golpes militares tradicionais, abertamente

<sup>3</sup> Ver, e.g., AL-ARIAN, Abdullah. The Logic Behind Egypt’s New Authoritarianism, *AL JAZEERA*, <http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/12/2012124111437225259.html> (last modified Dec. 5, 2012, 9:48 AM) (examinando o processo egípcio de elaboração constitucional e argumentando que ele pode levar a um “novo autoritarismo”); LAUB, Zachary. Egypt’s Muslim Brotherhood, *COUNCIL ON FOREIGN REL.*, [http://www.cfr.org/africa/egyptsmuslim-brotherhood/p23991?cid=rss-middleeast-egypt\\_s\\_muslim\\_brotherhood-120312](http://www.cfr.org/africa/egyptsmuslim-brotherhood/p23991?cid=rss-middleeast-egypt_s_muslim_brotherhood-120312) (last updated July 10, 2013) (indicando a confiança da Irmandade Muçulmana na regra da maioria e nos amplos poderes concedidos ao presidente na nova constituição).

<sup>4</sup> REPETA, Lawrence. Get Ready for New Battles Over Japan’s Constitution, *INT’L J. CONST. L. BLOG* (Feb. 7, 2013), <http://www.iconnectblog.com/2013/02/get-ready-fornew-battles-over-japans-constitution>.

<sup>5</sup> Pesquisadores há tempos comentam que a Suprema Corte do Japão é uma instituição fraca que não realiza um efetivo *judicial review*. Um dos motivos principais para isso reside na ausência de competição política no país - o partido dominante PLD não tem motivos para dar poderes a uma corte que fiscalizaria os seus atos. Ver, e.g., LAW, David S., Why Has Judicial Review Failed in Japan?, *88 WASH. U. L. REV.* 1425, p. 1426-28, 2011. (reconhecendo partes desta história, embora argumentando que ela é simplificadora da realidade); RAMSEYER, J. Mark. The Puzzling (In)dependence of Courts: A Comparative Approach, *23 J. LEGAL STUD.*, p. 721, 722, 1994 (comparando as Cortes Supremas dos Estados Unidos e do Japão e argumentando que a falta de independência deste último pode ser atribuída à ausência de competição política).

inconstitucionais, mas muito menos efetivas na detecção do constitucionalismo abusivo, que utiliza meios constitucionais ou ambigualmente constitucionais para atingir esse objetivo. A experiência recente em Honduras, por exemplo, mostra como essas cláusulas falham em combater efetivamente o constitucionalismo abusivo<sup>6</sup>. No direito constitucional comparado, o mais importante mecanismo de proteção à democracia, apresentado recentemente por Samuel Issacharoff, é a concepção de “democracia militante”, criada na Alemanha do pós-guerra, que permite proibições a partidos antidemocráticos (como o partido nazista) antes que eles tenham a chance de crescer e ganhar poder dentro da ordem democrática<sup>7</sup>. Essa concepção é útil para afastar ameaças autoritárias tradicionais realizadas por forças obviamente antidemocráticas, como os nazistas, mas bem menos capaz de enfrentar a ameaça mais ambígua e não ideológica representada pelo constitucionalismo abusivo. O constitucionalismo abusivo, portanto, apresenta problemas que não estão sendo efetivamente combatidos no direito internacional ou nas ordens constitucionais domésticas.

Um conjunto de respostas mais promissoras enfoca no desenho de mecanismos de mudança constitucional, particularmente nas regras para a realização de emendas. Esse modelo, que se pode chamar de “rigidez seletiva”, combina o estabelecimento de baixas exigências formais para a realização da maioria das modificações constitucionais e maiores dificuldades (também formais) para as mudanças que podem levar ao constitucionalismo abusivo. Por exemplo, os elaboradores das constituições podem usar dispositivos que dificultem a alteração de normas estruturais sensíveis com maior probabilidade de serem alvo de esforços constitucionais abusivos. As cortes também podem ter o poder de derrubar algumas emendas propostas que violem os princípios centrais da ordem constitucional - essa é a chamada “doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais”, que tem sido usada com grande efeito pelos tribunais da Índia, da Turquia e da Colômbia. Esses tipos de respostas representam o estado da arte na teoria constitucional.

Mas os estudiosos parecem ter exagerado em sua crença na capacidade dessas ferramentas impedirem o constitucionalismo abusivo. Elas podem ajudar a interromper alguns atos, mas também contêm pontos fracos que limitam sua capacidade de servir como mecanismo de defesa da democracia. Os conjuntos de disposições constitucionais de alteração mais rígida, conforme projetados atualmente, tendem a desempenhar uma função mais simbólica do que prática - os dispositivos mais difíceis de serem emendados tendem a proteger normas como a dignidade humana, que dificilmente serão alvo de regimes constitucionais abusivos. E é duvidoso que os elaboradores das constituições consigam escrever adequadamente regras que garantam a imutabilidade de todos os elementos vulneráveis da estrutura constitucional sem que isso torne o texto excessivamente rígido. A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais pode ser empregada de maneira mais flexível, mas essa flexibilidade pode ser problemática - em alguns casos, a doutrina parece ser interpretada de maneira por demais ampla e isso pode prejudicar a execução da política democrática comum, enquanto em outras ocasiões as cortes se veem ameaçadas de maneiras que tornam impossível a sua atuação independente. Além disso, a doutrina repousa sobre

<sup>6</sup> Ver, em geral, FELDMAN, Noah; LANDAU, David; SHEPPARD, Brian; ROSA-SUAZO, Leonidas. *Report to the Truth and Reconciliation Commission of Honduras: Constitutional Issues* (Fla. St. U. Pub. Law & Legal Theory, Research Paper No. 536, 2011), disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1915214](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1915214) (examinando tanto o constitucionalismo abusivo do presidente hondurenho Manuel Zelaya quanto a constitucionalidade questionável de sua remoção do poder).

<sup>7</sup> Ver ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*, 120 *HARV. L. REV.* 1405, p. 1408-09, 2007). [doravante *Democracies*].



uma distinção entre emenda constitucional (que é vista como suscetível a abuso) e substituição constitucional (que é vista como representando a autêntica vontade do povo) que é desmentida pela realidade. A substituição constitucional, assim como as emendas, pode ser e é usada pelos pretensos autoritários para fazer avançar suas agendas.

O artigo seguirá do seguinte modo: na primeira parte, definir-se-á constitucionalismo abusivo, com exemplos recentes de seu uso na Colômbia, na Venezuela e na Hungria e explicarei o porquê das ferramentas constitucionais serem eficazes para o estabelecimento de regimes autoritários modernos. Mudanças constitucionais permitem que atores autoritários removam membros da oposição política e os substituam por pessoas leais ao governo; enfraqueçam, desativem ou coloquem nos tribunais, assim como em outros órgãos de fiscalização, agentes leais aos titulares do poder; e estabeleçam controle governamental sobre a mídia e outras instituições importantes. Na sequência, explicar-se-á as razões pelas quais as ferramentas existentes no direito constitucional comparado – a concepção de democracia militante que ficou famosa no constitucionalismo alemão, os mecanismos responsáveis por dificultar a modificação das regras constitucionais e a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais – parecem falhar quando confrontadas com o constitucionalismo abusivo. Na penúltima parte, apontar-se-á problemas semelhantes nos mecanismos de proteção à democracia presentes no direito internacional e considerará as perspectivas de soluções emergentes, como o recente apelo à criação de uma Corte Constitucional Internacional. Finalmente, concluir-se-á questionando se a teoria constitucional é capaz de conceber melhores soluções para o problema que identifiquei. O estudo do constitucionalismo abusivo forma uma agenda de pesquisa que deve atrair mais atenção dos elaboradores das constituições e que pode ajudar a inspirar o aperfeiçoamento de questões-chave da teoria constitucional - como a natureza do constitucionalismo e a relação entre constitucionalismo e democracia.

## 2 DEFININDO E EXPLICANDO O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Nesta parte, definirei a prática do constitucionalismo abusivo e o situarei nos recentes avanços das teorias constitucional e governamental, explicando porque o constitucionalismo está sendo usado com bastante frequência para enfraquecer a democracia. Em contraste com as práticas passadas, quando os regimes autoritários eram geralmente formados por meio de golpe militar ou outros meios inconstitucionais, os pretensos autocratas agora têm incentivos significativos para parecerem cumprir as regras constitucionais<sup>8</sup>. Eles estão cada vez mais usando dos mecanismos de emenda e substituição constitucionais como ferramentas para ajudá-los a construir uma ordem jurídica mais autoritária. A seguir, citarei três exemplos de experiências recentes na Colômbia, na Venezuela e na Hungria para mostrar como indivíduos e partidos políticos poderosos podem usar as ferramentas do próprio constitucionalismo para miná-lo<sup>9</sup>. O resultado final dessas práticas provavelmente não será um autoritarismo completo, mas um regime híbrido em que as eleições continuam sendo realizadas, mas as forças da oposição enfrentam sérias

---

<sup>8</sup> Ver item 2.1.

<sup>9</sup> Ver itens 2.2, 2.3 e 2.4.

desvantagens na tentativa de vencê-las. Finalmente, sintetizarei os resultados dos estudos de caso a fim de explicar a importância do constitucionalismo para todos esses esforços<sup>10</sup>.

## 2.1 Definindo e situando o constitucionalismo abusivo

Eu defino “constitucionalismo abusivo” como o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes. Ao me referir aos mecanismos de mudança constitucional, o meu foco é sobre os métodos de mudança formais (não informais) - emenda e substituição constitucionais. Ao me referir às manobras que tornam um regime “significativamente menos democrático”, conceituo a democracia num espectro, reconhecendo que existem vários tipos de regimes autoritários híbridos ou competitivos entre o raio que vai do autoritarismo completo à democracia plena<sup>11</sup>. Finalmente, ao me referir ao grau de democracia em um determinado país, concentro-me em duas dimensões distintas: (1) a esfera eleitoral e até que ponto os mandatários políticos em exercício e os membros da oposição competem em igualdade de condições; e (2) a extensão pela qual são protegidos os direitos dos indivíduos e dos grupos minoritários<sup>12</sup>. Conceitualmente, essas duas dimensões são independentes e podem divergir, mas, nos regimes discutidos aqui, o retrocesso no campo eleitoral parece estar altamente correlacionado com o recuo nas questões de direitos.

O maior medo daqueles que promovem a democracia nos países em desenvolvimento tem sido os golpes militares. Somente na América Latina, todos os países, exceto dois deles, estavam sob ditadura militar em algum momento das décadas de 1960 e 1970<sup>13</sup>. Embora em alguns casos os ditadores militares possam buscar legitimação jurídica para as suas ações, golpes militares são normalmente feitos em óbvio desafio à ordem

<sup>10</sup> Ver item 2.5.

<sup>11</sup> Ver os textos que acompanham as notas 26-31.

<sup>12</sup> A dimensão dos direitos por vezes é classificada como o grau em que um regime é liberal, o que às vezes é colocado em oposição à democracia e em outras é visto como “constitutivo” dela. Ver, *e.g.*, HOLMES, Stephen. *PASSIONS AND CONSTRAINT: ON THE THEORY OF LIBERAL DEMOCRACY*, n. 8, 1995. Dado o amplo acordo prático sobre a conveniência de proteger direitos dentro de um Estado, não entro nesse debate aqui. Certamente, essas duas dimensões podem não esgotar as dimensões normativas da democracia. Poderíamos, por exemplo, definir a democracia também com relação à participação política, e alguns analistas dos regimes venezuelano e equatoriano apresentados abaixo afirmam que tais países representam um avanço significativo na qualidade e extensão da aludida participação. Ver, *e.g.*, CAMERON, Maxwell; SHARPE, Kenneth E. *Andean Left Turns: Constituent Power and Constitution Making*, in *LATIN AMERICA'S LEFT TURNS: POLITICS, POLICIES, AND TRAJECTORIES OF CHANGE* 61, 68 (Maxwell A. Cameron & Eric Hershberg eds., 2010) (analisando os conselhos comunitários e o referendo de recall presentes na constituição da Venezuela e contextualizando-os na “função de mobilização” do projeto de Chávez). Não há dúvida de que as Constituições que contêm cláusulas inovadoras, como dispositivos de *recall* presidencial e normas que incluem grupos da sociedade civil na seleção judicial, que podem ser muito úteis como ferramenta para uma maior participação democrática. Se esse objetivo é atingido de fato é algo que se pode contestar. Ver, *e.g.*, BREWER-CARÍAS, Allan R. *DISMANTLING DEMOCRACY IN VENEZUELA: THE CHÁVEZ AUTHORITARIAN EXPERIMENT*, p. 227-30, 2010 (observando que as disposições que permitem que grupos da sociedade civil participem da seleção de juízes da Suprema Corte não foram implementadas).

<sup>13</sup> Ver, *e.g.*, O'DONNELL, Guillermo. Introduction to the Latin American Cases, in *TRANSITIONS FROM AUTHORITARIAN RULE: LATIN AMERICA* 3, 5 (Guillermo O'Donnell et al. eds., 1986) (apontando Venezuela e Colômbia como exceções).

constitucional existente<sup>14</sup>. No Chile, por exemplo, os militares removeram o regime civil em 1973 bombardeando e invadindo o palácio presidencial, fechando o Congresso e suspendendo a maior parte da constituição existente<sup>15</sup>. O país viveu sem nenhuma ordem constitucional real até 1980, quando o regime militar adotou um novo texto<sup>16</sup>.

No entanto, o número de golpes caiu drasticamente desde o seu auge na década de 1960<sup>17</sup>. O fim da Guerra Fria reduziu a tolerância de Estados poderosos a regimes obviamente não democráticos e também mudou as normas culturais em nível internacional para o reconhecimento da importância da democracia<sup>18</sup>. O envolvimento militar na política tornou-se particularmente desfavorecido, especialmente em regiões como a América Latina, com uma longa história desse fenômeno. Além disso, como observado com mais detalhes na Seção 04, muitas regiões adotaram as chamadas “cláusulas de democracia”, punindo os Estados que derrubam regimes democráticos em flagrante violação das normas constitucionais<sup>19</sup>. Isso levou os pretensos autocratas a adotarem métodos de mudança mais alinhados com os parâmetros constitucionais. Além disso, muitos dos golpes que ocorreram recentemente foram menos claramente antidemocráticos do que os golpes militares tradicionais. Pesquisas empíricas recentes mostraram que, embora os golpes da era da Guerra Fria tendessem a terminar em ditaduras militares de longa duração, seus equivalentes mais recentes tenderam a levar a restaurações rápidas do domínio civil<sup>20</sup>. E, como Ozan Varol demonstrou recentemente, alguns golpes - como o que acabou com o domínio militar no Egito - têm até efeitos pró-democráticos<sup>21</sup>. Assim, o golpe inconstitucional, além de ter perdido significância, também pode ser considerado um perigo exagerado para o mundo moderno. De qualquer

---

<sup>14</sup> Mesmo na forma clássica de ditadura militar, autocracia e constitucionalismo não são tão opostos quanto se pensa. O constitucionalismo pode ser valioso para regimes autoritários, ajudando a organizar e formalizar o poder, aumentar a legitimidade, controlar funcionários subordinados e atrair investimentos estrangeiros. Ver MOUSTAFA, Tamir. *THE STRUGGLE FOR CONSTITUTIONAL POWER: LAW, POLITICS, AND ECONOMIC DEVELOPMENT IN EGYPT*, p. 13-15, 2007. (mostrando como a Corte Constitucional do Egito recebeu considerável poder interpretativo sobre a constituição a fim de atrair investimentos estrangeiros e controlar interpretações das disposições islâmicas); MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics, in \_\_\_\_\_. *RULE BY LAW: THE POLITICS OF COURTS IN AUTHORITARIAN REGIMES* 1, 4-11, 2008 (descrevendo as razões pelas quais atores autoritários podem estabelecer revisão judicial e cortes independentes).

<sup>15</sup> Ver GARRETÓN, Manuel Antonio. The Political Evolution of the Chilean Military Regime and Problems in the Transition to Democracy, in *TRANSITIONS FROM AUTHORITARIAN RULE: LATIN AMERICA*, nota 14 supra, n. 95-98.

<sup>16</sup> Ver id. nas notas 111-112.

<sup>17</sup> Ver, e.g., POWELL, Jonathan M. THYNE, Clayton L. Global Instances of Coups from 1950 to 2010: A New Dataset, *48 J. PEACE RES.* 249, n. 255, 2011. Disponível em: <http://www.uky.edu/~clthyn2/powell-thyne-JPR-2011.pdf> (constatando “um declínio bastante claro na frequência total de tentativas de golpe ao longo do tempo”, embora notando que a taxa de sucesso aumentou nos últimos dez anos ou mais).

<sup>18</sup> Ver, e.g., MARKS, Susan. What Has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?, *22 EUR. J. INT’L L.* n. 507, p. 511-12, 2011.

<sup>19</sup> Ver SCHNABLY, Stephen J. Constitutionalism and Democratic Governance in the Inter-American System [doravante *Constitutionalism*], in FOX, Gregory H; ROTH, Brad R. *DEMOCRATIC GOVERNANCE AND INTERNATIONAL LAW* 155, p. 166-68, 2000 (explorando o papel da cláusula democrática e do monitoramento eleitoral na Organização dos Estados Americanos); ver subseção 4.1.

<sup>20</sup> Ver MARINOV, Nikolay; GOEMENS, Heins. Coups and Democracy, *44 BRIT. J. POL. SCI.* (forthcoming 2014) (manuscrito 24). Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2270631](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2270631).

<sup>21</sup> VAROL, Ozan. The Democratic Coup d’Etat, *53 HARV. INT’L L.J.* p. 291, 294, 2012 (explorando golpes em Portugal, Turquia e Egito que tiveram efeitos pró-democráticos e observando que “alguns golpes militares são claramente mais promotores da democracia do que outros”).

forma, ele não é a melhor base para a construção teórica e normativa das constituições modernas.

A via alternativa de se tomar o poder constitucionalmente e depois usá-lo para derrubar a democracia não é, por si só, uma ideia nova. De fato, talvez o evento paradigmático anticanônico em torno do qual o direito constitucional comparado moderno foi construído - a derrubada nazista da Alemanha de Weimar - tenha ocorrido pelo uso de meios constitutivamente discutíveis<sup>22</sup>. Num terrível e instável ambiente político e econômico, com uma série de governos de coalizão caindo em rápida sucessão, os nazistas passaram de um partido marginal para um grande movimento. Hitler foi nomeado chanceler de um governo de coalizão em 1933 e, em seguida, convenceu o Presidente e o *Reichstag* a lhe dar os poderes ditatoriais necessários para criar um Estado totalitário<sup>23</sup>. Esse pesadelo consistente na utilização do constitucionalismo para destruir a democracia permeou grande parte do pensamento constitucional do pós-guerra, incluindo o conceito de "democracia militante", considerado em mais detalhes na Seção 03<sup>24</sup>.

No entanto, existem grandes diferenças entre a tomada nazista na Alemanha de Weimar e as ferramentas constitucionais abusivas consideradas neste artigo. Mais importante ainda, os nazistas substituíram a República de Weimar por um regime plenamente autoritário, usando o constitucionalismo para destruir completamente a democracia. A existência de regimes claramente autoritários diminuiu com o tempo, novamente em grande parte devido às mudanças no ambiente internacional pesquisado acima<sup>25</sup>. No entanto, nem todos esses regimes se tornaram totalmente democráticos - em vez disso, muitos se tornaram o que os cientistas políticos chamam de "autoritarismo competitivo", "autocracias eleitorais" ou simplesmente regimes "híbridos", fundindo alguns aspectos da democracia com alguns aspectos do autoritarismo<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Ver, em geral, DYZENHAUS, David. *LEGALITY AND LEGITIMACY: CARL SCHMITT, HANS KELSEN AND HERMANN HELLER IN WEIMAR*, 1997 (observando que a tomada do poder nazista sobre a República de Weimar ocorreu por meios jurídicos válidos).

<sup>23</sup> Ver, e.g., FONTANA, David. Government in Opposition, 119 *YALE L.J.* 548, p. 598, 2009 (descrevendo como os nazistas usaram seu poder dentro do governo para "eliminar a oposição e eventualmente revogar toda a constituição de Weimar"); LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design, 94 *MINN. L. REV.* 1789, p. 1811, 2010. (observando o uso de poderes de emergência pelos nazistas na Constituição de Weimar).

<sup>24</sup> Ver subseção 3.1.

<sup>25</sup> Por exemplo, dados da *Freedom House* mostram que, levando em consideração todos os países, os regimes classificados como "não livres" caíram constantemente de 46%, em 1972, para 24%, em 2012. Durante o mesmo período, a porcentagem de regimes classificados como "parcialmente livres" - uma categoria razoável para os "regimes híbridos" discutidos neste artigo - aumentou de 25% para 30%. Ver FREEDOM HOUSE, *LIBERDADE NO MUNDO 2013*, n. 24, 2013. Disponível em: <http://www.freedomhouse.org/%20sites/default/files/FIW%202013%20Charts%20and%20Graphs%20for%20Web.pdf>.

<sup>26</sup> Ver, e.g., LEVITSKY, Steven. WAY, A. Lucan. *COMPETITIVE AUTHORITARIANISM: HYBRID REGIMES AFTER THE COLD WAR 5*, 2010 ("Regimes autoritários competitivos são regimes civis nos quais as instituições democráticas formais existem e são amplamente vistas como o principal meio de se chegar ao poder, mas aqueles que ocupam os cargos do Estado abusam do seu poder para criar uma vantagem significativa em relação a seus oponentes".); DIAMOND, Larry. Thinking About Hybrid Regimes, *J. DEMOCRACY*, Apr. 2002, p. 21-22 (observando que regimes como Rússia, Venezuela, Turquia e Ucrânia têm eleições, mas não parecem ser verdadeiramente democráticos); SCHEDLER, Andreas. The Logic of Electoral Authoritarianism, in *ELECTORAL AUTHORITARIANISM: THE DYNAMICS OF UNFREE COMPETITION 1*, p. 3-5, 2006 (demarcando e explicando o conceito de "autoritarismo eleitoral"). Há

Esses regimes geralmente satisfazem os atores internacionais na medida em que são suficientemente democráticos para evitar sanções e outras consequências - as eleições são realizadas e elas não constituem completas fraudes. Existe concorrência eleitoral suficiente para as forças da oposição competirem e, ocasionalmente, vencerem<sup>27</sup>. Mas, ao mesmo tempo, o estoque de medidas, com vários métodos distintos, é sistematicamente empilhado contra aqueles que tentam destituir os titulares do poder: controle governamental da mídia, assédio a políticos e agentes da oposição, uso de recursos estatais para garantir votos e, em alguns casos, fraude eleitoral<sup>28</sup>. Como resultado, os ocupantes atuais dos cargos tendem a permanecer no poder e os mecanismos de responsabilidade vertical ficam distorcidos.

Ademais, nesses regimes, os atores e as forças políticas dominantes tendem a controlar não apenas os ramos do governo, mas também os mecanismos de responsabilização horizontal que devem checar os atores políticos. Assim, instituições como cortes, ministério público, procuradorias e comissões eleitorais tendem a ser controladas pelos titulares dos cargos políticos<sup>29</sup>. Em vez de servirem como entes que verificam de maneira independente os atos do governo, essas instituições trabalham ativamente em nome de seus projetos políticos. O resultado não é apenas minar a competição eleitoral, mas também limitar drasticamente a extensão da proteção dos direitos dos grupos minoritários dentro desses sistemas. O principal problema, então, consiste na razoável facilidade de se construir um regime aparentemente democrático, mas que, na realidade, não o é totalmente, pelo menos em duas dimensões importantes: fiscalizações verticais e horizontais dos líderes eleitos e proteção de direitos para grupos fora do poder. Um regime com essas duas características - uma relativa ausência de fiscalização e falta de proteção de direitos - é significativamente menos democrático do que um regime com níveis mais altos de responsabilização vertical e horizontal e proteção de direitos. Além disso, uma ausência de verificação dos atos governamentais está plausivelmente associada a outros males, como o aumento dos níveis de corrupção. Nos exemplos abaixo, demonstrarei como os regimes existentes em três países - Colômbia, Venezuela e Hungria - tentaram usar mecanismos de mudança constitucional para avançar em direção a esse tipo de regime<sup>30</sup>.

---

também um conceito relacionado discutido por Guillermo O'Donnell, a chamada "democracia delegada", no qual os líderes estão sujeitos à responsabilidade vertical por meio de eleições, mas não à responsabilidade horizontal através da fiscalização empreendida por cortes ou legislaturas. Ver O'DONNELL, Guillermo. *Delegative Democracy*, *J. DEMOCRACY*, Jan. 1994, p. 55-56. O conceito de "democracia delegativa", no entanto, é diferente do tipo de regime discutido aqui porque ao menos pressupõe uma chance justa de depor periodicamente os titulares de cargos estatais.

<sup>27</sup> Ver LEVITSKY & WAY, nota 27, 12 (observando que os titulares de regimes autoritários competitivos "temem uma possível vitória da oposição" e precisam "trabalhar duro para impedi-la").

<sup>28</sup> Ver id. (observando que a "concorrência desleal" é elemento-chave no regime "autoritário competitivo", com a oposição sujeita a "vigilância, assédio e violência ocasional" e com as autoridades eleitorais e judiciais geralmente empregadas contra ela em vez de agir como árbitros neutros).

<sup>29</sup> Ver id. 29-30.

<sup>30</sup> Não estou afirmando que a manipulação das regras constitucionais por parte de titulares poderosos dos cargos estatais seja um fenômeno novo. As constituições latino-americanas, por exemplo, têm uma longa história de serem manipuladas para em proveito de determinados atores. Ver, e.g., SCHOR, Miguel, *Constitutionalism Through the Looking Glass of Latin America*, 41 *TEX. INT'L L.J.* v. 1, n. 4, 2006 (lamentando "[a] facilidade com que as constituições podem ser mudadas ou ignoradas" na América Latina).



## 2.2 Constitucionalismo abusivo por emendas: Colômbia

A Colômbia manteve historicamente uma aparência de democracia, em grande parte baseada em eleições regulares e rotatividade na ocupação da presidência, com apenas um pequeno número de exceções históricas. O país, por exemplo, teve bem menos - e mais curtos - interlúdios de autoritarismo militar do que seus vizinhos<sup>31</sup>. Além disso, historicamente, os presidentes geralmente se limitam a um único mandato e isso ajudou a manter a ordem democrática, o que impediu o surgimento de homens fortes com domínio contínuo sobre o governo<sup>32</sup>.

No entanto, o presidente Alvaro Uribe Velez testou esse paradigma depois de vencer as eleições em 2002. Como Hugo Chávez na Venezuela, ele ganhou a corrida eleitoral como um *outsider*, concorrendo contra o sistema tradicional de dois partidos<sup>33</sup>. Ele ganhou popularidade substancial como resultado da percepção popular de que era o responsável por uma queda acentuada da violência no país<sup>34</sup> e fez uso dessa popularidade para promover uma emenda à Constituição que lhe permitiu um segundo mandato no cargo<sup>35</sup>. A Constituição da Colômbia é bastante fácil de emendar, exigindo-se apenas uma maioria absoluta do Congresso em duas sessões consecutivas, e Uribe conseguiu facilmente ultrapassar esse limiar<sup>36</sup>.

Um grupo de cidadãos contestou a reforma constitucional perante a Corte Constitucional da Colômbia alegando a existência de irregularidades processuais e que a reforma constituía uma “substituição da Constituição” que não poderia ser realizada por emenda, mas apenas por uma nova Assembleia Constituinte<sup>37</sup>. No segundo ponto, eles enfatizaram que o intento da Constituição foi estabelecer mandatos presidenciais de apenas um período, e que, ao se permitir tal ampliação para um segundo termo, Uribe poderia

<sup>31</sup> Ver BUSHNELL, David. *THE MAKING OF MODERN COLOMBIA: A NATION IN SPIITE OF ITSELF*, p. 284-85, 1993.

<sup>32</sup> Ver id. 284.

<sup>33</sup> Ver WEYLAND, Kurt. Neopopulism and Neoliberalism in Latin America: How Much Affinity?, *24 THIRD WORLD Q.* 1095, p. 1111, 2003 (rotulando Uribe de populista que venceu eleições fora do sistema tradicional de partidos políticos). Como na Venezuela, o sistema partidário tradicional do país vinha perdendo legitimidade com o tempo, principalmente desde a promulgação de uma nova Constituição, em 1991. Ver LEONGÓMEZ, Eduardo Pizarro. Giants with Feet of Clay: Political Parties in Colombia, in MAINWARING, Scott. *et. al. eds. THE CRISIS OF DEMOCRATIC REPRESENTATION IN THE ANDES* 78, 2006. p. 78-79

<sup>34</sup> Ver, e.g., MASON, Ann. Colombia's Democratic Security Agenda: Public Order in the Security Tripod, *26 SEC. DIALOGUE* 391, p. 396-98, 2003 (explicando a política de “segurança democrática” de Uribe e seus resultados na redução da violência de guerrilha).

<sup>35</sup> Ver UPRIMNY, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges, *89 TEX. L. REV.* 1587, 1598 & n.76, 2011.

<sup>36</sup> Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art. 375 (exigindo uma maioria simples do Congresso no primeiro turno e uma maioria absoluta no segundo turno).

<sup>37</sup> Ver Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], Outubro 19, 2005, Sentencia C-1040/05, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.), disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>. A doutrina da substituição constitucional sustenta que certas emendas são substancialmente inconstitucionais porque elas efetivamente criam uma nova constituição em vez de alterar a existente. Essas mudanças devem ser feitas por meio de Assembleias Constituintes e substituição da constituição, não por meio de emendas. Ver *infra* Seção 4.2 (discutindo a doutrina). Ver, em geral, BERNAL PULLIDO, Carlos. Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine, *11 INT'L J. CONST. L.* 339, 2013 (examinando a jurisprudência relevante e o desenvolvimento da justificativa da doutrina).



nomear muitos dos oficiais responsáveis por fiscalizá-lo<sup>38</sup>. Eles também observaram que Uribe gozaria de vantagens eleitorais substanciais por causa de seu cargo e, portanto, seria difícil retirá-lo da Presidência nas eleições. A Corte respondeu que dois mandatos presidenciais são razoavelmente normais internacionalmente, que os quatro anos extras não lhe permitiam capturar todas ou a maioria das instituições de controle, e que salvaguardas legais especiais tomadas durante a campanha de reeleição ajudariam a neutralizar as vantagens de Uribe<sup>39</sup>. No entanto, também alertou [a Corte] que a concessão de termos adicionais - além de dois - pode muito bem ser inconstitucional, uma vez que as vantagens eleitorais usufruídas pelo titular cresceriam e as fiscalizações horizontais de seu poder diminuiriam<sup>40</sup>.

A Corte foi forçada a enfrentar essa situação quatro anos depois, após Uribe vencer o segundo mandato. Os apoiadores do ainda popular presidente trabalharam para aprovar no Congresso uma emenda que permitia um terceiro mandato, e o órgão aprovou um referendo para saber se três mandatos consecutivos deveriam ser permitidos<sup>41</sup>. Se tivessem apresentado ao público, o referendo quase certamente teria passado, uma vez que Uribe continuou a ter índices de aprovação bem acima de sessenta por cento<sup>42</sup>. A Corte Constitucional foi novamente confrontada com o problema da constitucionalidade dessa emenda, tanto processual quanto materialmente - mas, desta vez, o órgão judicial derrubou-a por ambos os motivos<sup>43</sup>. Processualmente, a Corte encontrou problemas com o financiamento da iniciativa e com a sua passagem pelo Congresso. No mérito, apontou em detalhes as maneiras pelas quais a reeleição de Uribe lhe permitiria influenciar a seleção de praticamente todos os funcionários que deveriam estar fiscalizando-o e, portanto, ela teria “profundas repercussões no desenho institucional adotado pela Assembleia Constituinte”<sup>44</sup>. Além disso, observou que as vantagens do fato de Uribe exercer o cargo de presidente potencialmente aumentariam ao longo do tempo, tornando-o cada vez mais difícil retirá-lo do governo. Em suma, a Corte considerou que a segunda reeleição constituía uma “substituição da Constituição” porque criaria uma presidência tão forte que enfraqueceria as instituições democráticas<sup>45</sup>.

A decisão foi cumprida e Uribe não concorreu ao terceiro mandato<sup>46</sup>. Provavelmente seria muito dizer que a Corte conseguiu impedir que a Colômbia se tornasse um regime autoritário competitivo; ao contrário de Hugo Chávez na Venezuela ou Rafael Correa no

<sup>38</sup> Outras instituições costumam ter mandatos escalonados para que nenhum presidente possa nomear todos eles. Por exemplo, o *ombudsman* nacional (*Defensor del Pueblo*), o Procurador Geral e o Ministério Público (Procuradoria) têm mandatos de quatro anos que não são iguais aos do Presidente. Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] arts. 249, 281. Os juízes do Conselho de Estado, da Corte Suprema e da Corte Constitucional têm mandatos de oito anos. Ver id. art. 233.

<sup>39</sup> Ver C.C., Outubro 19, 2005, Sentencia C-1040/05, §§ 7.10.4.1–7.10.4.2, G.C.C. (Colom.). A emenda incluía a exigência de que o Congresso aprovasse uma lei que regulasse os direitos da oposição a fim de garantir condições equitativas de concorrência nas eleições. Ver L. 2/04, diciembre 28, 2004, DIARIO OFICIAL [D.O.] No. 45.775 (Colom.).

<sup>40</sup> Ver C.C., Sentencia C-1040/05, §§ 7.10.4.1–7.10.4.2.

<sup>41</sup> Ver L. 1354/09, Septiembre 8, 2009, D.O. No. 47.466 (Colom.).

<sup>42</sup> Ver Popularidad de Alvaro Uribe cae 6 puntos y se ubica en 64 por ciento, su nivel mas bajo en 7 años, *EL TIEMPO* (Colom.) (Nov. 6, 2009), disponível em: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6527007><http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS6527007>.

<sup>43</sup> Ver C.C., febrero 26, 2010, Sentencia C-141/10, pt. VI, G.C.C. (Colom.), disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>.

<sup>44</sup> Ver id. §§ 6.3.6.1, 6.3.7 (explicando a influência que uma presidência de doze anos teria no Banco Central, no Ministério Público, na Corte Constitucional, na Procuradoria e em outras instituições).

<sup>45</sup> Ver id.

<sup>46</sup> Ver POSADA-CARBÓ, Eduardo. Colombia After Uribe, *J. DEMOCRACY*, Jan. 2011, p. 137.

Equador, Uribe não lançou ataques frontais contra a maioria dos controles horizontais de seu poder nem ameaçou refazer toda a ordem institucional. Além disso, o regime colombiano contém um alto número de instituições fiscalizatórias relativamente autônomas, e não seria fácil para Uribe controlar todas essas instituições<sup>47</sup>. Mas a Corte provavelmente impediu uma erosão significativa da democracia, impedindo que um presidente forte se mantivesse no poder indefinidamente.

### 2.3 Constitucionalismo abusivo por substituição: Venezuela

O presidente Hugo Chávez venceu uma eleição na Venezuela em 1998 com 56% dos votos, concorrendo como candidato independente no sistema tradicional nacional de dois partidos<sup>48</sup>. O país desfrutou de uma democracia bipartidária bastante forte por várias décadas, mas, na época em que Chávez foi eleito, os dois partidos tradicionais perderam o apoio e estavam enfrentando uma série de escândalos de corrupção<sup>49</sup>. Ainda assim, Chávez enfrentou oposição de membros dos dois partidos, que continuaram a controlar a maioria no Congresso Nacional, na Suprema Corte, nos governos estaduais e locais, além de outros órgãos<sup>50</sup>. Com a oposição controlando a maioria das instituições, Chávez não tinha ampla capacidade de cumprir sua agenda.

Para neutralizar essa oposição, Chávez argumentou que a Constituição existente deveria e poderia ser substituída. A Constituição venezuelana em vigor previa sua modificação apenas via emendas aprovadas pelo Congresso; como a maioria dos textos, nada dizia sobre sua própria substituição<sup>51</sup>. Mas Chávez argumentou que o “povo” detinha um poder constitucional inerente de substituir seu texto constitucional e propôs um referendo para determinar se as eleições para uma Assembleia Constituinte deveriam ser realizadas. A Suprema Corte concordou com a proposta, observando que o público detinha um “poder constituinte original” que era “anterior e superior ao regime jurídico estabelecido” e, portanto, tinha o poder de substituir o texto constitucional existente<sup>52</sup>. Nos casos subsequentes, no entanto, a Corte vacilou na definição dos poderes detidos pela Assembleia. Ela tentou limitar esse poder sustentando que o órgão estava “vinculado ao espírito da

<sup>47</sup> Ver, e.g., LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law, 51 *HARV. INT'L L.J.* 319, p. 338-39, 2010 (descrevendo o papel da Corte Constitucional e de outras instituições, como o *Ombudsman*, na ordem constitucional colombiana).

<sup>48</sup> Ver COPPEDGE, Michael. Venezuela: Popular Sovereignty Versus Liberal Democracy, in DOMINGUEZ, Jorge I; SHIFTER, Michael eds. *CONSTRUCTING DEMOCRATIC GOVERNANCE IN LATIN AMERICA* 165, 167, 2nd. ed. 2003.

<sup>49</sup> O país viveu sob uma democracia bipartidária por várias décadas, com os dois principais partidos alternando o poder, mas excluindo certos grupos sociais - particularmente à direita - de exercer o controle político. O sistema desfrutou de legitimidade substancial por longos períodos de tempo, mas, quando Chávez foi eleito, devido à crise econômica e à sensação de que o sistema estava servindo apenas aos interesses das pessoas que o compunham, houve perda de legitimidade. Ver, em geral, COPPEDGE, Michael, *STRONG PARTIES AND LAME DUCKS: PRESIDENTIAL PARTYARCHY AND FACTIONALISM IN VENEZUELA*, 1994 (explicando como a “partidocracia” venezuelana, com o tempo, corroeu a legitimidade do regime).

<sup>50</sup> Ver Coppedge, nota 49, 179 tbl.8.5 (mostrando que o grupo de oposição continuou ocupando 118 dos 188 assentos na Câmara e 67 dos 100 assentos no Senado).

<sup>51</sup> Ver CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, arts. 245, 246, 1961.

<sup>52</sup> Ver Caso. Junta Directiva de la Fundación para los Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia: Sala Político-Administrativa [Supreme Court of Justice: Political-Administrative Chamber], 19 de Enero, 1999 (Venez.), reimpresso em 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO* 56, 56-57, 1999.

Constituição em vigor e, portanto... limitado pelos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito”<sup>53</sup>. Essas limitações, entretanto, nunca se mostraram eficazes, visto que a Corte nunca as usou para derrubar um ato importante de Chávez ou da Assembleia<sup>54</sup>. Uma vez que a Assembleia fosse realmente convocada, a Corte poderia retornar à sua posição de que ela foi investida de “poder constituinte originário” e, portanto, não poderia ser controlada pelas instituições existentes do Estado<sup>55</sup>.

Dessa forma, Chávez escreveu as regras para a eleição para a Assembleia por conta própria e conseguiu criar um conjunto de regras eleitorais que lhe eram imensamente favoráveis: seu partido obteve 60% dos votos, mas ocupou 90% dos assentos na Assembleia<sup>56</sup>. Uma vez convocada, a Assembleia concentrou-se em fechar as instituições ainda controladas pelo antigo sistema bipartidário: suspendeu o Congresso, criou um Conselho encarregado de expurgar o Judiciário, removeu funcionários de nível estatal e, por fim, fechou a própria Suprema Corte<sup>57</sup>. Algumas dessas ações foram contestadas perante a Suprema Corte, mas, aplicando a doutrina do “poder constituinte originário”, ela se recusou a intervir<sup>58</sup>. Além disso, a nova Constituição promulgada por Chávez aboliu o prazo do mandato único presidencial de 04 anos presente na constituição até então existente e o substituiu por uma permissão para o exercício de dois mandatos de 06 anos cada, permitindo efetivamente que Chávez

<sup>53</sup> Caso. Gerardo Blyde Pérez, Corte Suprema de Justicia: Sala Político-Administrativa [Supreme Court of Justice: Political-Administrative Chamber], 23 de Marzo, 1999 (Venez.), disponível em: 77-80 *REVISTA DEL DERECHO PUBLICO* 83, 84, 1999. Essa linguagem foi usada no esclarecimento de uma decisão em um caso anterior, no qual a Corte derrubou as questões do referendo formuladas por Chávez. A segunda pergunta pediu ao público que votasse sobre a convocação de uma Assembleia Constituinte sob regras eleitorais que posteriormente seriam formuladas por ele. Ver Caso. Gerardo Blyde, contra la Resolución No 990217-32 del Consejo Nacional Electoral (17-2-99), Corte Suprema de Justicia: Sala Político-Administrativa [Supreme Court of Justice: Political-Administrative Chamber], 18 de Marzo, 1999 (Venez.), reimpresso em 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO* 73, 78-82, 1999. A Corte considerou que essa fórmula era inconstitucional porque não garantiria que a Assembleia representasse “a verdadeira vontade popular”. Id. 80.

<sup>54</sup> A Corte derrubou medidas simbólicas, como uma que definia a Assembleia como “um poder original que carrega a soberania popular”. Ver Caso. Gerardo Blyde vs. Consejo Supremo Electoral, Corte Suprema de Justicia: Sala Político-Administrativa [Supreme Court of Justice: Political-Administrative Chamber], 13 de Abril, 1999 (Venez.), reimpresso em 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO* 85, 85, 1999. Em outro caso, a Corte considerou que as declarações de Chávez na televisão não deixaram claro que a Assembleia estava sujeita ao controle da ordem constitucional existente. Ver Caso. Alberto Franceschi y Otros, Corte Suprema de Justicia: Sala Político-Administrativa [Supreme Court of Justice: Political-Administrative Chamber], 21 de Julio, 1999, (Venez.), reimpresso em 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO* 104, v. 106, n. 110, 1999.

<sup>55</sup> Ver Caso. Vicepresidente del Congreso de la República vs. Asamblea (decreto 25-8-99), Corte Suprema de Justicia: Sala Plena [Supreme Court of Justice: Plenary Session], 14 de Octubre, 1999, (Venez.), reimpresso em 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO* 111, 111, 1999.

<sup>56</sup> Renata Segura & Ana María Bejarano, ¡Ni una asemblea más sin nosotros! Exclusion, Inclusion, and the Politics of Constitution-Making in the Andes, 11 *CONSTELLATIONS* 218, 225, p. 228-30, 2004.

<sup>57</sup> Como prelúdio dessas ações, Chávez colocou seu mandato à disposição da Assembleia, afirmando que ele tinha o poder de removê-lo de seu cargo, se assim o desejasse, pois possuía soberania sobre todas as instituições de Estado. A Assembleia, surpreendida, debateu a moção e “ratificou” Chávez como presidente com nenhum voto contrário e 03 abstenções. Ver Gaceta Constitucional, No. 5, August 9, 1999.

<sup>58</sup> O fechamento do Congresso foi contestado em frente à Suprema Corte, mas o tribunal inteiro se recusou a declarar a ação inconstitucional. Ver Caso. Vicepresidente del Congreso de la República, reprinted in 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO*, 120. Como observou o proeminente jurista venezuelano Allan Brewer-Carias, ao assim decidir, a Corte, essencialmente, assinou sua própria “sentença de morte”, abrindo caminho para a abolição de todas as outras instituições que existiam sob a antiga ordem. Ver Allan R. Brewer-Carias, La Configuración Judicial del Proceso Constituyente en Venezuela de 1999: O de Cómo el Guárdian de la Constitución Abrió el Camino Para Su Violación y Para su Propia Extinción, reimpresso em 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO* 453, 502, 1999.

permanecesse no poder por mais 12 anos<sup>59</sup>. Também foi ampliado o alcance dos atos do Poder Executivo, transformando um dos mais fracos presidencialismos da América Latina num dos mais fortes<sup>60</sup>. Todo o processo constituinte foi concluído em apenas alguns meses e, dado que Chávez controlava a Assembleia, praticamente não houve debate sobre a maioria das disposições<sup>61</sup>.

O processo constituinte de 1999 deu a Chávez meios legais de arregimentar poder, removendo figuras da oposição e substituindo-as com o fim de projetar instituições que ele pudesse controlar. Nesse sentido, ajudou a consolidar um regime autoritário competitivo, no qual Chávez manteve-se no poder continuamente até sua morte, em 2013, e conseguiu controlar a maioria das outras instituições no país. Posteriormente, ele conseguiu sua influência sobre o Estado para promover outras emendas constitucionais que aumentaram seu poder, como um pacote de 2009 que removeu completamente os limites de mandatos presidenciais sucessivos<sup>62</sup>.

Essa tática - substituir uma constituição existente como forma de consolidar o poder - se espalhou além de Chávez para vários outros regimes na América Latina. Tanto Rafael Correa, no Equador, como Evo Morales, na Bolívia, também se basearam na substituição constitucional como uma maneira de eliminar os controles horizontais de seu poder e consolidar regimes autoritários competitivos<sup>63</sup>. E, como explorado em mais detalhes abaixo, Manuel Zelaya tentou adotar uma tática semelhante, em Honduras, antes de ser removido do poder<sup>64</sup>.

O caso equatoriano, por exemplo, é ilustrativo da mesma estratégia básica usada por Chávez na Venezuela. O presidente Rafael Correa venceu a eleição, com 52% dos votos, como um outsider de um sistema político desacreditado, e seu movimento foi tão antissistêmico que ele não buscou cadeiras no Congresso<sup>65</sup>. Uma vez eleito, Correa ameaçou dissolver o órgão legislativo e propôs um referendo para alcançar esse objetivo, além de convocar uma nova Assembleia Constituinte para substituir a Constituição existente. O Congresso, diante dessa pressão, cedeu e, por maioria de votos, permitiu um referendo sobre a convocação de uma Assembleia Constituinte<sup>66</sup>. Correa, no entanto, alterou unilateralmente os termos do referendo para incluir disposições adicionais, como uma que pedia a imediata dissolução do

<sup>59</sup> Ver CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, art. 230, 1999.

<sup>60</sup> Ver NEWMAN, Katja S. *Constitutional Coups: Advancing Executive Power in Latin American Democracies* 27-29 (May 7, 2011) (manuscrito não publicado) (nos arquivos do autor), disponível em: <http://www.democracy.uci.edu/files/democracy/docs/conferences/grad/2011/Newman%20CSD%202011%20Grad%20Conf%20CONSTITUTIONAL%20COUPS.pdf> (finding based on an index that presidential power was increased by 121%).

<sup>61</sup> Ver Landau, *Constitution-Making*, nota 03 1, 941-49 (descrevendo o processo constituinte na Venezuela).

<sup>62</sup> Ver, e.g., BREWER-CARÍAS, Allan R. *Venezuela 2009 Referendum on Continuous Reelection: Constitutional Implications* 4 (Feb. 9, 2009) (manuscrito não publicado) (nos arquivos do autor). Disponível em: [http://ilas.columbia.edu/images/uploads/workingpapers/Allan\\_Brewer-Carias-Venezuela\\_2009\\_Referendum\\_on\\_Continuous\\_Re-Election\\_Constitutional\\_Implications.pdf](http://ilas.columbia.edu/images/uploads/workingpapers/Allan_Brewer-Carias-Venezuela_2009_Referendum_on_Continuous_Re-Election_Constitutional_Implications.pdf) (observando que a Assembleia Nacional utilizou o procedimento de Emenda Constitucional para “estabelecer a possibilidade de reeleição indefinida e contínua do Presidente da República”).

<sup>63</sup> Ver, e.g., Landau, *Constitution-Making*, nota 03, 949-58 (descrevendo a substituição constitucional na Bolívia).

<sup>64</sup> Ver subseção 4.1.

<sup>65</sup> Ver GRIJALVA, Agustín. *Courts and Political Parties: The Politics of Constitutional Review in Ecuador* 151-52 (April 14, 2010) (tese de doutorado não publicada, Universidad de Pittsburgh) (arquivo do autor), disponível em: [http://d-scholarship.pitt.edu/7334/1/grijalva\\_agustin\\_2010\\_etd.pdf](http://d-scholarship.pitt.edu/7334/1/grijalva_agustin_2010_etd.pdf).

<sup>66</sup> Ver CONAGHAN, Catherine M. Ecuador: Correa’s Plebiscitary Presidency, *J. DEMOCRACY*, Apr. 2008, 51.

Congresso. Quando o Congresso respondeu iniciando um processo de impeachment contra o Presidente, o Supremo Tribunal Eleitoral - que ele controlava - destituiu 57 membros do Congresso<sup>67</sup>.

Como na Venezuela, o texto constitucional resultante criou uma presidência muito mais forte<sup>68</sup>. Mais importante, deu a Correa a oportunidade de controlar todas as várias instituições (incluindo o Congresso e a Corte Constitucional) que fiscalizavam seu poder. O resultado é outro regime autoritário competitivo; o Equador continua a realizar eleições, mas a oposição agora tem que lidar com um campo competitivo fortemente inclinado contra ela<sup>69</sup>.

## 2.4 Uma combinação de reforma e substituição: Hungria

Na Hungria, o Partido Fidesz venceu as eleições parlamentares de 2010 com 53% dos votos. Eles ocuparam o lugar dos socialistas que anteriormente governavam, que estavam administrando uma economia em deterioração. No entanto, devido à maneira como as regras de votação húngaras funcionavam, os 53% dos votos se traduziam em 68% dos assentos, uma supermaioria suficiente para emendar a Constituição existente<sup>70</sup>. O Partido Fidesz detém um intrincado e oportunista passado ideológico: começou como um partido libertário após a transição do comunismo, mas se tornou um partido conservador após sofrer derrotas eleitorais<sup>71</sup>.

Embora o Partido Fidesz não tenha feito uma campanha baseada em plataformas de mudanças constitucionais, ele avançou no sentido de uma reforma constitucional radical depois de vencer as eleições de 2010. Promulgou pela primeira vez uma série de emendas constitucionais - dez nos meses finais de 2010 - que enfraqueceram as instituições que servem para fiscalizar as maiorias parlamentares, particularmente a Corte Constitucional<sup>72</sup>. O Parlamento reformou a Constituição para dar aos membros do Fidesz mais poder unilateral sobre o processo de nomeação, e depois que a Corte reduziu um imposto retroativo sobre os bônus recebidos pelos funcionários públicos que saíam dos seus cargos, o Parlamento respondeu aprovando uma emenda constitucional que retirava a maior parte da jurisdição da

<sup>67</sup> Ver id. 52. Além disso, quando a Corte Constitucional tentou intervir em nome dos congressistas depostos, o novo Congresso - que Correa controlava - simplesmente removeu os juízes alegando que seus mandatos haviam expirado. Ver Grijalva, nota 66, 153.

<sup>68</sup> Ver Newman, nota 61, p. 27-28.

<sup>69</sup> LEVITSKY, Steven. LOXTON, James. Populism and Competitive Authoritarianism in the Andes, *20 DEMOCRATIZATION* 107, 121, 2013. Conaghan se refere ao Equador como uma democracia "plebiscitária", explicando como Correa conseguiu enfraquecer todos os outros ramos do governo e governar levando sua agenda diretamente ao povo. Ver Conaghan, note 67, 47-48. Independentemente do rótulo, no entanto, as ações de Correa enfraqueceram a democracia de uma maneira particular.

<sup>70</sup> As regras de votação em vigor deram impulso majoritário ao partido no sentido de obter uma pluralidade de votos, ajudando assim o Fidesz a conseguir assentos extras. Ver BANKUTI, Miklós et al., Disabling the Constitution, *J. DEMOCRACY*, July 2012, 139.

<sup>71</sup> Ver, e.g., KISS, Csilla. From Liberalism to Conservatism: The Federation of Young Democrats in Post-Communist Hungary, *16 E. EUR. POL. & SOC'Y* 739, p. 741-44, 2002 (traçando as mudanças ideológicas no Fidesz).

<sup>72</sup> O Parlamento também aprovou uma série de leis que tiveram efeitos importantes na ordem democrática. Por exemplo, um conjunto de normas sobre mídia que diziam respeito às críticas, o qual potencialmente reduzia a independência dos meios de comunicação. Ver, e.g., DEMPSEY, Judy. Hungary Waves off Criticism Over Media Laws, *N.Y. TIMES*, Dec. 25, 2010. Disponível em: [http://www.nytimes.com/2010/12/26/world/europe/26hungary.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/12/26/world/europe/26hungary.html?_r=0).



Corte sobre questões fiscais e orçamentárias<sup>73</sup>. Foi solicitada à Corte que anulasse essa alteração com o argumento de que ela era substancialmente inconstitucional porque estava em desacordo com a ordem constitucional existente, mas a maioria do órgão se recusou a adotar esse posicionamento e sustentou que só poderia revisar emendas constitucionais por problemas procedimentais<sup>74</sup>.

O Fidesz então avançou com um plano de substituição constitucional - usando a sua maioria de dois terços no Parlamento, começou a escrever um texto inteiramente novo<sup>75</sup>. O processo foi amplamente criticado por não ser inclusivo; o partido usou um dispositivo parlamentar para evitar a maior parte das deliberações sobre o projeto e quase nenhuma contribuição foi recebida das forças políticas da oposição<sup>76</sup>. Como no caso venezuelano, a nova Constituição prejudica os controles horizontais dessa maioria, o que pode ajudá-la a perpetuar-se indefinidamente no poder. A nova Constituição amplia o tamanho da Corte Constitucional, dando assim ao partido no governo assentos adicionais a preencher<sup>77</sup>. Também cria um novo Escritório Nacional de Justiça, controlado pelo partido, com amplos poderes sobre a seleção de juízes e a designação de casos dentro da jurisdição ordinária<sup>78</sup>. A idade da aposentadoria judicial foi reduzida de 70 para 62 anos, dando ao Escritório Judiciário

<sup>73</sup> Ver HALMAI, Gábor. Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?, *19 CONSTELLATIONS* 182, p. 191-92, 2012.

<sup>74</sup> Ver id. 195-96. A maioria da Corte sugeriu que havia partes imutáveis da ordem constitucional, mas sustentou também que estava além de seu poder efetivamente fazer cumprir esses limites.

<sup>75</sup> ARATO, Andrew. Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?, *26 S. AFR. J. HUM. RTS.* 19, 43, 2010. A situação constitucional húngara era peculiar; o país nunca escreveu uma nova constituição quando fez a transição para a democracia, mas sim manteve o antigo texto da era comunista com emendas substanciais. A antiga Constituição admitia abertamente sua substituição, mas nenhum ato dessa natureza se materializou durante os 20 primeiros anos do regime democrático. Ver id. 27-28 (explorando o porquê de nenhuma constituição permanente ter sido promulgada). O Fidesz também usou sua maioria de dois terços para alterar uma parte da antiga Constituição, que provavelmente já havia deixado de produzir efeito, exigindo a aprovação de quatro quintos do Parlamento para “estabelecer as regras e procedimentos para a preparação de um nova Constituição”. Ver A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG ALKOTMÁNYA [CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF HUNGARY] (1995), art. 24(5), (declarando que o requisito de quatro quintos expiraria quando o Parlamento eleito em 1994 terminasse). Mas ver Andrew Arato, Arato on Constitution-Making in Hungary and the 4/5ths Rule, *COMP. CONSTS. BLOG* (Apr. 6, 2012, 7:19 AM). Disponível em: <http://www.comparativeconstitutions.org/2011/04/arato-on-constitution-making-in-hungary.html> (argumentando que a regra dos quatro quintos ainda pode estar em vigor).

<sup>76</sup> Ver EUR. COMM’N FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMM’N), Opinion on Three Legal Questions Arising in the Process of Drafting the New Constitution, 86th Sess., Op. No. 614/2011, p. 4-5 (Mar. 28, 2011), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)001-e) (levantando preocupações sobre a falta de participação da oposição no processo, a falta de transparência e o curto prazo por meio do qual a Constituição foi redigida).

<sup>77</sup> Ver MAGYARORSZÁG ALAPTÖRVÉNYE [FUNDAMENTAL LAW OF HUNGARY] [CONSTITUTION] (2011), art. 24, § 4 (ampliando o tamanho da Corte de 11 para 15 membros).

<sup>78</sup> Observe que o Escritório Judiciário Nacional foi criado e definido por uma lei complementar, não pela Constituição. A Constituição exigia a elaboração de leis complementares para governar várias áreas, assim como requer uma maioria de dois terços para criar ou alterar esse tipo de norma. Id. art. T, § 4; ver também EUR. COMM’N FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMM’N), Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary, 90th Sess., Op. No. 663/2012, p. 7-8 (Mar. 19, 2012), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2012\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2012)001-e) (expressando preocupações sobre a instituição).



Nacional grande número de vagas para preencher num curto período de tempo<sup>79</sup>. Outras instituições importantes, como a Comissão Eleitoral, a Comissão de Orçamento e o Conselho de Mídia, foram preenchidos com os partidários do Fidesz, os quais, com frequência, receberam longos mandatos de 12 anos<sup>80</sup>. Finalmente, novas regras ajustaram os distritos eleitorais de maneira a aumentar substancialmente sua relevância dos votos nas três últimas eleições, potencialmente dificultando a retirada do Fidesz no futuro<sup>81</sup>.

Esse esforço provocou algumas respostas, tanto interna quanto internacionalmente. No nível doméstico, a composição da Corte Constitucional ainda autônoma manteve independência suficiente para emitir algumas decisões importantes contra o regime. Por exemplo, o órgão atacou o esforço para reduzir a idade da aposentadoria para 62 anos, embora sua decisão aparentemente não tenha surtido efeito sobre os juízes já removidos dos seus cargos<sup>82</sup>. Ela também cassou a nova legislação sobre registro de eleitores, que parecia projetada para inclinar ainda mais o balanço eleitoral em favor do Fidesz<sup>83</sup>. Internacionalmente, várias instituições da União Europeia e do Conselho da Europa buscaram apresentar respostas apropriadas. A Comissão de Veneza, criada para prestar assistência constitucional às democracias de transição na Europa Oriental, criticou certas partes do novo texto e leis correlatas<sup>84</sup>, enquanto processos de execução foram instaurados contra alguns elementos do programa, especialmente aqueles que reduziram a independência do Banco

<sup>79</sup> EUR. COMM'N FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), Opinion on the New Constitution of Hungary, Op. No. 621/2011, p. 22, June 20, 2011. Disponível em: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)016-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)016-e) [doravante *New Constitution of Hungary*] (Expressando preocupação com esse desenvolvimento porque “pode prejudicar a capacidade operacional dos tribunais e afetar a continuidade e a segurança jurídica, além de abrir caminho para influências indevidas na composição do judiciário”).

<sup>80</sup> Ver, e.g., BÁNKUTI et al., nota 71, 140-44 (explicando como essas instituições foram dominadas). No entanto, outras instituições, como o Escritório Nacional do *Ombudsman*, foram bastante enfraquecidas. Id. 144.

<sup>81</sup> Para uma análise sobre os novos distritos eleitorais, ver, por exemplo, SZIGETVÁRI, Viktor et al., *Beyond Democracy: The Model of the New Hungarian Parliamentary Electoral System* 1, p. 12-13, Nov. 24, 2011. (manuscrito não publicado) (arquivo do autor), disponível em: <http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/hungary/Beyond%20democracy%20-%202027%20Nov%202011.pdf> (constatando que o Fidesz teria vencido cada uma das três últimas eleições, incluindo as duas que ele realmente perdeu, se os novos distritos eleitorais estivessem definidos previamente).

<sup>82</sup> Ver SCHEPPELE, Kim Lane. How to Evade the Constitution: The Hungarian Constitutional Court's Decision on Retirement Age, *VERFASSUNGS BLOG*, Aug. 9, 2012. Disponível em: <http://www.verfassungsblog.de/de/how-to-evade-the-constitution-the-hungarian-constitutional-courts-decision-on-judicial-retirement-age-part-i/#.UQiH2Wfiv3U> (observando que a substituição judicial estava agora ingressando na jurisdição ordinária sem certeza de sucesso, e que os juízes recém-nomeados não seriam removidos de forma alguma). Note-se que a Corte de Justiça da União Europeia, tempos depois, emitiu uma decisão que anulou a medida por consistir em discriminação por idade, o que não é proporcional à consecução de qualquer política social legítima. Ver Case C-286/12, *Comm'n v. Hungary*, 2012 CELEX WL 612CJ0286 (Nov. 6, 2012).

<sup>83</sup> FEHER, Margit. Hungary Court Throws out Mandatory Voter Registration. *WALL ST. J. EMERGING EUR. BLOG*, Jan. 4, 2013, 3:00 PM. Disponível em: <http://blogs.wsj.com/emerging-europe/2013/01/04/hungary-court-throws-out-mandatory-voter-registration/>.

<sup>84</sup> Ver EUR. COMM'N FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMM'N), *New Constitution of Hungary*, nota 80, 28-29 (apresentando uma avaliação equilibrada da nova constituição, elogiando certos elementos e expressando séria preocupação com as reformas do judiciário e outros elementos).

Central e diminuiu a idade de aposentadoria dos juízes para 62 anos<sup>85</sup>. Em resposta, o Fidesz modificou algumas de suas políticas<sup>86</sup>.

Não sabemos se o resultado do caso húngaro será a criação de um regime autoritário competitivo, mas a intenção era claramente avançar nessa direção. Pode ser difícil para um membro da União Europeia ir muito longe na direção do autoritarismo, embora seja surpreendente o quão bem-sucedido o Fidesz tem sido nesse objetivo dentro de um curto período de tempo.

## 2.5 Constitucionalismo abusivo e autoritarismo moderno

Por que o constitucionalismo, que é normalmente associado à ascensão e consolidação dos regimes democráticos, está nesses casos tão fortemente ligado aos movimentos em direção a regimes autoritários ou híbridos competitivos? Pesquisadores colocaram em questão o valor das regras constitucionais para o projeto de autoritarismo competitivo. Por exemplo, os cientistas políticos Steven Levitsky e Lucan Way argumentam que regras formais são relativamente sem importância para regimes autoritários competitivos, uma vez que esses regimes tendem a confiar em conjuntos informais de normas para se perpetuar no poder<sup>87</sup>. Eles argumentam que, nesses tipos de regime, as regras formais “projetadas para restringir os governos são frequentemente contornadas, manipuladas ou desmanteladas”<sup>88</sup>. Como exemplo, os regimes autoritários competitivos tendem a possuir constituições com características estruturais de aparência democrática, como a separação dos poderes, mas tomam medidas informais para neutralizar o valor dessas imposições. Os governantes podem nomear juízes amigos para os tribunais e neutralizá-los a partir de movimentos que representam interesses opostos, por exemplo, subornando-os ou ameaçando-os. Da mesma forma, esses regimes podem realizar eleições e, por causa do monitoramento e outros incentivos, evitar fraudes flagrantes no próprio dia da votação. Mas eles se apoiam no controle estatal sobre a mídia e na generosidade de recursos estatais, bem como na intimidação e no assédio de figuras da oposição, para, no entanto, dificultar muito a substituição dos que detém os cargos políticos<sup>89</sup>. Não há dúvida, então, de que esses regimes se apoiam amplamente em conjuntos informais de normas e incentivos.

---

<sup>85</sup> Ver fontes citadas na nota 83 (explicando a decisão da Corte de Justiça da União Europeia que anulou a redução da idade da aposentadoria compulsória dos juízes); ver também *EU Opens Legal Action Against Hungary Over New Laws*, *BBC NEWS*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-16593827> (last updated Jan. 17, 2012, 10:40 AM).

<sup>86</sup> Ver, *e.g.*, CLAPHAM, Andrew. Council of Europe Cites Hungary’s Progress on Judiciary, Media, *BLOOMBERG*, Jan. 29, 2013, 4:49 AM. Disponível em: <http://www.bloomberg.com/news/2013-01-29/council-of-europe-cites-hungary-s-progress-on-judiciary-media.html> (observando emendas às leis em ambas as áreas à luz de discussões com autoridades europeias); *EU Closes Central Bank Infringement Case*, *EUBUSINESS.COM* (July 19, 2012, 3:46 PM), <http://www.eubusiness.com/news-eu/hungary-economy.ht0/> (afirmando que emendas à legislação do Banco Central haviam dissipado as preocupações da Comissão Europeia).

<sup>87</sup> Ver LEVITSKY & WAY, nota 27, 78-81 (argumentando que “há razões para ser cético sobre o impacto do desenho institucional em regimes autoritários competitivos”).

<sup>88</sup> *Id.* 79.

<sup>89</sup> Ver CASE, William. Manipulative Skills: How Do Rulers Control the Electoral Arena?, in *ELECTORAL AUTHORITARIANISM*, nota 27, 95, 99-104 (elencando técnicas de controle eleitoral que geralmente não ocorrem no dia das votações).

Contudo, os exemplos dados acima, assim como outros apresentados por pesquisadores, oferecem ampla evidência de que o constitucionalismo é frequentemente uma parte essencial desses projetos<sup>90</sup>. É um erro ignorar a importância das regras constitucionais formais para regimes híbridos. Por um lado, elas definem o mandato dos titulares dos cargos públicos, seu poder sobre outras instituições, além de outras variáveis. Assim, na Colômbia, a capacidade de Uribe de alavancar mecanismos informais para controlar outras instituições do Estado, como os tribunais e os órgãos fiscalizatórios, dependia de sua capacidade de permanecer no cargo por tempo indeterminado, e, por isso, ele buscava continuamente a reforma constitucional para permitir a reeleição presidencial<sup>91</sup>. Na Venezuela e no Equador, as novas constituições fortaleceram consideravelmente o poder dos presidentes, dando aos chefes do Executivo em exercício o poder de legislar em torno das instituições existentes<sup>92</sup>. E, na Hungria, a nova ordem constitucional enfraqueceu ou desabilitou algumas das instituições fiscalizatórias, dando ao Fidesz mais poder<sup>93</sup>.

Ademais, mudanças constitucionais podem ser usadas para desmontar ou colocar correligionários em instituições que servem como espaços para a oposição. O enfraquecimento ou a remoção dos opositoristas é fundamental para a construção de regimes autoritários competitivos, pois confere aos seus titulares um poder muito maior para retrabalhar o Estado em proveito próprio. Os exemplos descritos acima mostram que a substituição do texto constitucional pode ser uma maneira particularmente eficiente para os atores políticos se entrincheirarem no poder e superarem a oposição e, por isso, é provavelmente uma técnica mais perigosa do que a emenda constitucional. Em primeiro lugar, a substituição constitucional dá aos atores dominantes a chance de varrer as bases de poder dos grupos opositores. Chávez na Venezuela, Correa no Equador e o Fidesz na Hungria, todos ganharam o controle sobre um núcleo ou ramos do governo vencendo eleições, mas não tinham controle inicial sobre todo o Estado. Instituições importantes, como legislaturas (no sistema presidencialista), cortes, procuradorias, tribunais eleitorais e autoridades estaduais e locais (na Venezuela federal) permaneceram fora de seu alcance.

Reescrever a constituição deu a esses possíveis atores autoritários a chance de enfraquecer ou remover algumas dessas instituições e preencher outras com seus correligionários. Ao passar de uma ordem constitucional para outra, os governantes poderiam argumentar que os titulares de cargos nessas instituições não tinham mais um controle válido do poder e podiam ser legitimamente substituídos, uma técnica que Chávez e sua Assembleia Constituinte usaram extensivamente na Venezuela<sup>94</sup>. Eles podem também mudar o tamanho das instituições existentes, como o Fidesz fez com a Corte Constitucional na Hungria<sup>95</sup>. Ou podem fechar completamente as instituições existentes e criar novas com poderes mais fracos. O truque também é que lotear ou desmontar uma única instituição raramente terá sérias consequências para a democracia, mas varrer grande parte da ordem institucional -

<sup>90</sup> Para outros exemplos do uso do constitucionalismo para o enfraquecimento de regimes democráticos, ver, por exemplo, Landau, *Constitution-Making*, nota 3, 938-39 (examinando esse fenômeno na Bolívia, na Venezuela e talvez agora no Egito); PARTLETT, William. *The Dangers of Popular Constitution-Making*, 38 *BROOK. J. INT'L L.* 193, 209-33, 2012 (discutindo Rússia, Belarus, Ucrânia e outros países pós-soviéticos).

<sup>91</sup> Ver texto que acompanha a nota 38.

<sup>92</sup> Ver notas 61 e 69 (apontando o crescimento do Poder Executivo na Venezuela e no Equador).

<sup>93</sup> Ver textos acompanhando as notas 73-82.

<sup>94</sup> Ver texto que acompanha as notas 58-59.

<sup>95</sup> Ver nota 78.

como foi feito em todos esses casos - pode permitir que os governantes se entrincheirem no poder por longos períodos de tempo.

Em suma, a mudança constitucional precisa ser vista como parte central dos projetos autoritários modernos. Indivíduos ou grupos poderosos podem abusar da constituição para criar ordens constitucionais nas quais enfrentam poucas restrições em seu poder e dificultem - ou tornem impossível - sua substituição. Essa nova construção de regras formais funciona em conjunto com normas informais, como suborno e assédio, dentro de regimes autoritários competitivos.

Alguém poderia responder dizendo que o constitucionalismo abusivo é simplesmente um ato do constitucionalismo normal e, portanto, não é um motivo real de preocupação. As ordens constitucionais devem estar abertas a alterações por várias razões, incluindo mudanças tecnológicas e sociais, ou simplesmente modificações profundamente enraizadas nos valores e interesses de uma população<sup>96</sup>. No entanto, existem várias razões pelas quais as mudanças envolvidas aqui são particularmente perigosas. Primeiro, elas parecem enfraquecer o grau em que um regime é democrático por longos períodos de tempo. A mudança constitucional desse tipo enfraquece as instituições e permite a construção de um campo de jogo desigual, no qual os titulares de direitos gozam de grandes vantagens eleitorais sobre seus oponentes. Parece provável que esses efeitos persistam mesmo após a derrubada do titular original do poder responsável por sua implementação<sup>97</sup>.

Segundo, a identificação de mudanças constitucionais abusivas com qualquer tipo de vontade popular duradoura é problemática. Os titulares do poder capitalizam, em momentos de surtos transitórios em sua popularidade, para promover mudanças que impactam a ordem democrática. Eles também manipulam a legislação eleitoral e outros mecanismos para aumentar o seu apoio. Na Hungria, por exemplo, o Fidesz conquistou apenas 53% dos votos, mas 68% dos assentos por força de um conjunto de regras eleitorais que foram projetadas para incentivar a governança majoritária, recompensando os partidos vencedores com assentos adicionais<sup>98</sup>. Desde então, o seu índice de aprovação caiu acentuadamente, embora ainda vença em pluralidades hipotéticas contra outros partidos<sup>99</sup>. Isso não representava um mandato duradouro para o tipo de mudança que o Fidesz foi posteriormente capaz de realizar. Da mesma forma, na Venezuela, Chávez venceu uma eleição com apenas 56% dos votos. Seus candidatos, no entanto, conquistaram 60% dos votos na eleição para a Assembleia

<sup>96</sup> Ver, e.g., DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective, in GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind eds. *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 96, 97-102, 2011 (explicando os vários propósitos por trás das regras de emendas constitucionais).

<sup>97</sup> Como exemplo, pode-se considerar a Rússia, onde o então Presidente Boris Yeltsin conseguiu retirar o processo de escrever a constituição do Parlamento eleito para uma Assembleia Especial escolhida a dedo depois de vencer um referendo popular. Ver Partlett, nota 91, 210-26 (explicando o processo de elaboração constitucional da Rússia e como ele deu errado); ver também EPSTEIN, Lee. et al., *The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government*, 35 *LAW & SOC'Y REV.* 117, p. 136-37 2001 (explicando como a Corte constitucional da Rússia foi anulada como parte do processo de elaboração do novo texto constitucional). A ordem constitucional que Yeltsin construiu, que continha uma Presidência muito forte e instituições de controle fracas, continuou a deixar sua marca na política russa, muito depois que Yeltsin deixou o local. A Rússia continua sendo um regime autoritário competitivo sob Putin. Ver BUNCE, Valerie J.; WOLCHIK, Sharon L. *Defeating Dictators: Electoral Change and Stability in Competitive Authoritarian Regimes*, 62 *WORLD POL.* 43, 44, 2010 (notando que a Rússia permanece um regime autoritário competitivo).

<sup>98</sup> Ver BÁNKUTI, Miklós. et al., nota 71, p. 138-39.

<sup>99</sup> Ver Hungary Government Party Support Lowest in Over a Decade - Poll, REUTERS, June 7, 2012. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/2012/06/07/oukwd-uk-hungary-partiesidAFBRE8560F420120607>.

Constituinte, que foi amplamente boicotada pela oposição, mas isso se traduziu em mais de 90% dos assentos devido às regras eleitorais criadas pelo próprio Chávez<sup>100</sup>. O processo da Assembleia Constituinte, no qual um único grupo eleitoral esmagou a insignificante oposição, não representava nenhum consenso social forte a favor da fórmula de Chávez. Como o Fidesz, ele efetivamente capitalizou um aumento momentâneo de popularidade para alterar a forma da democracia a longo prazo.

O argumento contra o constitucionalismo abusivo não depende das políticas particulares adotadas por esses atores, mas apenas do fato de eles estarem tornando seus regimes significativamente menos democráticos. Chávez e Correa são populistas de esquerda, Uribe é um neoliberal de direita e o partido Fidesz é um movimento nacionalista de direita. Pode haver mérito em algumas políticas adotadas por esses atores e não em outras<sup>101</sup>. Independentemente da orientação política, a deterioração da capacidade do público de retirar esses titulares do poder por meio do voto e o enfraquecimento dos controles horizontais que devem fiscalizá-los é motivo de preocupação substancial. A ausência de controles verticais e horizontais parece estar relacionada a uma longa lista de resultados negativos: deterioração da qualidade das políticas, menor capacidade de resposta dos políticos à vontade do público e maior incidência de violações dos direitos humanos<sup>102</sup>.

Se eu estou correto quando afirmo que a criação de formas híbridas de autoritarismo por meio de mecanismos de mudança constitucional é cada vez mais comum e que esse tipo de regime autoritário representa uma ameaça com a qual devemos nos preocupar, a questão-chave que nos deve preocupar é como impedi-lo. Essa é, obviamente, a pergunta de um milhão de dólares, e passo o restante deste artigo abordando-a. As seções 03 e 04 investigam mecanismos de defesa democrática para o fenômeno tanto no direito constitucional comparado quanto no direito internacional. Minha principal conclusão é inquietante - as ferramentas existentes nos dois níveis não são muito eficazes para controlar essa ameaça. Além disso, a natureza flexível do constitucionalismo abusivo (por exemplo, o fato de muitas vezes haver várias maneiras de os pretensos autoritários atingirem o mesmo objetivo) dificulta esse combate.

### 3 UMA REVISÃO CRÍTICA DAS RESPOSTAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Nesta seção, analisarei os aspectos-chave do desenho constitucional comparado e dos estudos que supostamente tornam o constitucionalismo democrático resistente à erosão por dentro<sup>103</sup>. Minha principal conclusão é a de que essas ferramentas são amplamente

<sup>100</sup> Ver Segura & Bejarano, nota 57, 225 (descrevendo como Chávez atuou para manipular o processo de elaboração constitucional da Venezuela).

<sup>101</sup> Ver, e.g., WILPERT, Gregory. *CHANGING VENEZUELA BY TAKING POWER: THE HISTORY AND POLICIES OF THE CHÁVEZ GOVERNMENT*, 2007 (defendendo o impulso das políticas de Chávez).

<sup>102</sup> Ver, e.g., Diamond, nota 27, 25-26 (observando a relação entre regimes que não são particularmente competitivos eleitoralmente e o iliberalismo, em que há inobservância dos direitos humanos básicos).

<sup>103</sup> Apresento aqui uma rica literatura sobre como diferentes formas de estrutura do governo podem afetar a probabilidade de fracasso político. Ver, e.g., LINZ, Juan L. Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?, in LINZ, Juan L. VALENZUELA, Arturo. eds. *THE FAILURE OF PRESIDENTIAL DEMOCRACY 3*, 1994 (concluindo que os sistemas presidenciais são mais propensos a serem derrubados que os sistemas parlamentares, além de teorizar razões para essa diferença).



ineficazes contra a ameaça representada pelo constitucionalismo abusivo. A próxima seção analisará possíveis e potenciais soluções no nível internacional.

A geração de estudiosos do pós-Segunda Guerra Mundial desenvolveu a concepção alemã de democracia militante, a qual sustenta que os Estados podem erradicar ativamente ameaças colocadas por grupos iliberais ou antidemocráticos que tentam usar os mecanismos da democracia para alcançar seus objetivos. O caso paradigma, é claro, foi a derrubada nazista da República Democrática de Weimar por dentro. A manifestação mais importante da democracia militante está nas modernas cláusulas de banimento partidário, que geralmente permitem que as cortes constitucionais proíbam partidos políticos com objetivos contrários aos valores fundamentais do Estado Democrático. Como mostrarei abaixo na subseção 3.1, esse tipo de cláusula tem um valor muito limitado contra a ameaça posta pelo constitucionalismo abusivo. Os movimentos e partidos que são gerados a partir do constitucionalismo abusivo são geralmente grandes demais e suas plataformas muito ambíguas para serem razoavelmente banidos da esfera política. A democracia militante é empregada de maneira mais eficaz contra as ameaças ideologicamente afrontosas à democracia, o que não é tão comum hoje como ocorria no início e em meados do século XX.

Pesquisas mais recentes concentraram-se em controlar os mecanismos de emenda e mudança constitucionais a fim de fortalecê-los contra manobras abusivas. O estado da arte nesse ponto foca numa concepção de alteração constitucional que poderíamos chamar de “rigidez seletiva”. Em uma ordem seletivamente rígida, o limite para a produção de emendas é razoavelmente baixo, permitindo-se assim a atualização dos textos constitucionais. Porém, partes essenciais da ordem democrática podem ser protegidas por dois métodos diferentes: criação de camadas constitucionais protegidas por emendas e a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais. O primeiro método usa disposições textuais para fortalecer especialmente determinadas disposições vulneráveis da constituição, exigindo, para elas serem alteradas, supermaiorias ou outros mecanismos mais difíceis de se alcançar. O segundo permite que as cortes anulem certas emendas constitucionais que ameaçam a ordem democrática de forma substancialmente inconstitucional. Ambos os mecanismos tornaram-se conhecidos no direito constitucional comparado como formas de defender a ordem democrática contra ameaças internas.

Das subseções 3.2 a 3.4, mostrarei que essas ferramentas também são de uso limitado na proteção contra o constitucionalismo abusivo. Pelo menos como praticadas atualmente, elas têm fraquezas significativas, que podem ser exploradas por possíveis atores autoritários. Os limites às emendas constitucionais são frequentemente usados para proteger valores expressivos, como o direito à dignidade humana, e não os tipos de previsões - como os mandatos dos titulares de cargos em cortes constitucionais - que as práticas abusivas tendem a atingir. E dada a fungibilidade de práticas constitucionais abusivas - comumente existem muitas maneiras de alcançar os mesmos objetivos - seria difícil projetar um regime textual eficaz.

A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais visa preencher essas lacunas, oferecendo às cortes uma ferramenta mais flexível para responder às práticas constitucionais abusivas. Contudo, tanto a teoria quanto a experiência sugerem um risco real de que os tribunais não consigam fazer uso da doutrina em casos nos quais isso se faz necessário, adotando, ao contrário, posturas excessivas ou tímidas em várias ocasiões. Além disso, a justificativa teórica para um controle rígido sobre as emendas constitucionais sugere uma distinção entre emenda constitucional e substituição constitucional que não se sustenta



na prática. Ambos os fenômenos são suscetíveis a práticas constitucionais abusivas, como mostraram os casos húngaro e venezuelano na seção 02. Assim, a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais provavelmente só será eficaz se combinada com restrições à substituição constitucional, as quais raramente existem. Em suma, estamos muito longe de desenvolver um sistema coerente para controlar a mudança constitucional, e pode não ser viável construí-lo.

### 3.1 Democracia Militante e proibição de partidos

No direito constitucional comparado, o conceito alemão de democracia militante tem sido o principal mecanismo de defesa das ordens democráticas. Ele foi inventado na Alemanha, após o fim da Segunda Guerra Mundial, e seu impulso óbvio foi o modo como a República de Weimar entre guerras foi minada e depois derrubada pelo antidemocrático partido nazista nas décadas de 1920 e 1930<sup>104</sup>. A democracia militante é um conceito rico, com muitos elementos, centrado na recusa em permitir que atores antidemocráticos usem as liberdades e ferramentas da democracia para destruir a ordem democrática<sup>105</sup>.

No entanto, mais recentemente, os pesquisadores têm se concentrado na proibição de partidos ou na capacidade de um tribunal constitucional de dissolver partidos considerados essencialmente antidemocráticos. A Lei Básica Alemã, por exemplo, concede ao Tribunal Constitucional o poder de banir os partidos que “em razão de seus objetivos ou do comportamento de seus adeptos, procuram minar ou abolir a ordem básica democrática livre ou pôr em risco a existência da República Federal<sup>106</sup>. Esta disposição foi usada para banir os partidos neo-nazistas e comunistas na década de 1950<sup>107</sup>, e essas disposições foram utilizadas,

<sup>104</sup> A experiência nazista também impulsionou inovações estruturais no desenho da política parlamentar, como o voto construtivo de não confiança, o qual exige dos atores que buscam derrubar um regime democrático, preliminarmente à sua manifestação, a sugestão de um governo alternativo. Ver LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. *Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design*, 94 *MINN. L. REV.* 1789, 1860, 2010 (discutindo as possibilidades de adoção do voto construtivo de desconfiança nos Estados Unidos como forma de permitir ao Congresso limitar o poder presidencial).

<sup>105</sup> A cláusula de proibição partidária enfatizada aqui não esgota o alcance do modelo, mas é o seu elemento mais canônico. Também permite-se, por exemplo, restrições aos direitos fundamentais e à liberdade de associação para indivíduos e grupos que agem contra a ordem democrática. Ver GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I (Ger.) arts. 9, 11, 18. O Tribunal Constitucional Alemão se referiu ao conceito em contextos muito distantes da proibição de partidos, por exemplo, no contexto de mineração de dados. Assim, o termo ganhou relevância recente como parte de um pacote de medidas antiterrorismo. Ver, e.g., MILLER, Russell A. *Balancing Security and Liberty in Germany*, 4 *J. NAT'L SEC. L. & POL'Y* 369, 371-75, 2010 (examinando os dispositivos constitucionais que permitem limitações nos direitos de associação e liberdade de movimento à luz das preocupações de segurança pós-11 de setembro de 2001); SAJÓ, András. *From Militant Democracy to the Preventive State?*, 27 *CARDOZO L. REV.* 2255, 2255-56, 2006 (teorizando sobre um amplo conjunto de respostas possíveis de uma democracia militante às ameaças terroristas); SCWARTZ, Paul M. *Regulating Governmental Data Mining in the United States and Germany: Constitutional Courts, the State, and New Technology*, 53 *WM. & MARY L. REV.* 351, 380-81, 2011 (considerando a jurisprudência alemã sobre práticas de triagem de dados à luz dos princípios da democracia militante).

<sup>106</sup> GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I (Ger.) art. 21.

<sup>107</sup> Ver *Communist Party Case*, 5 BVerfGE 85 (1956); *Socialist Reich Party Case*, 2 BVerfGE 1 (1952), in *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 286, 286-89 (Donald P. Kommers &

da mesma forma ou modificadas, em vários países, como Índia, Israel e Turquia<sup>108</sup>. Samuel Issacharoff agrupou recentemente tais disposições no centro de seu plano de defesa das “democracias frágeis”, argumentando que elas podem servir de abuso em alguns casos, mas, se usadas adequadamente, são capazes de impedir que os regimes sejam tomados por forças antidemocráticas<sup>109</sup>. Da mesma forma, Gregory Fox e Georg Nolte argumentam que a proibição partidária de movimentos antidemocráticos é claramente permitida pelo direito internacional sob certas circunstâncias, e também sustentaram sua importância prática na prevenção da dominação do Estado por forças antidemocráticas<sup>110</sup>.

O argumento desta seção é o de que essas ferramentas podem ser úteis contra ameaças autoritárias ou totalitárias tradicionais realizadas por partidos ideologicamente antidemocráticos, como os nazistas, mas são muito menos efetivas contra as ameaças modernas impostas pelo constitucionalismo abusivo. As razões são duas: primeiro, ao contrário de movimentos como os nazistas, partidos e atores que lideram movimentos constitucionais abusivos têm plataformas ambíguas, cujas naturezas não são claramente antidemocráticas. Em outras palavras, o conceito de banimento de partidos pressupõe que se possa determinar quais deles são essencialmente antidemocráticos. Isso funcionou razoavelmente bem com movimentos que defendiam alternativas incisivas à democracia, como o comunismo ou o nacional-socialismo. Mas esse tipo de movimento atualmente é raro; agora, praticamente todos os partidos e movimentos adotam pelo menos um compromisso retórico com a democracia. Nenhum dos movimentos examinados na seção 02 foi liderado por atores que rejeitaram a democracia<sup>111</sup>. Do mesmo modo, grandes movimentos islâmicos, como a Irmandade Muçulmana do Egito, são principalmente uma ameaça à democracia não por causa de sua ideologia, mas porque possuem poder desproporcional em um ambiente político fraco<sup>112</sup>. Como os projetos constitucionalistas abusivos estudados na seção 02, a ameaça não é a de que eles derrubem a democracia, mas de que a desviem para suas próprias preocupações. O projeto constitucionalismo abusivo não é alimentado por uma ideologia alternativa, mas por fatores situacionais - a capacidade de dominar o espaço político nacional e de usá-lo para se consolidar no poder por longos períodos de tempo. Isso representa um problema sério para qualquer esforço de proibir esses partidos, pois significa que eles são difíceis de serem identificados por ferramentas comuns, como suas plataformas, e que qualquer esforço para proibi-los provavelmente se mostrará excessivamente inclusivo.

Em segundo lugar, diferentemente da maioria dos partidos antidemocráticos, que constituem movimentos marginais inicialmente pequenos, tendências constitucionais abusivas são costumeiramente realizadas por grandes movimentos majoritários com

---

Russell A. Miller eds., 3d ed. 2012). Ver, em geral WISE, Judith. Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party, 5 *U. CHI. L. SCH. ROUNDTABLE* 301, 302- 03 ,1998 (discutindo a última decisão).

<sup>108</sup> Ver, e.g., MACKLEM, Patrick. Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination, 4 *INT’L J. CONST. L.* 488, p. 493-94, 2006 (apresentando um levantamento de disposições constitucionais que permitem o banimento de partidos).

<sup>109</sup> Ver Issacharoff, Democracies, nota 8, 1466-67.

<sup>110</sup> Ver FOX, Gregory H.; NOLTE, Georg. Intolerant Democracies, 36 *HARV. INT’L L.J.* vol. 1, n. 2, 1995.

<sup>111</sup> Ver subseções 2.2-2.4.

<sup>112</sup> Ver O’CONNELL, Jamie. Common Interests, Closer Allies: How Democracy in Arab States Can Benefit the West, 48 *STAN. J. INT’L L.* 341, 389, 2012 (declarando que a Irmandade Muçulmana adotou “procedimentos internos notavelmente democráticos”).

substancial apoio popular<sup>113</sup>. Isso significa que as tentativas de proibir esses partidos podem ser desestabilizadoras para as ordens democráticas. A proibição de partidos periféricos pode não importar muito, uma vez que o pequeno número de adeptos pode simplesmente mudar para outros mais populares. Mas uma corte que proíbe movimentos/partidos majoritários e centristas provavelmente atuará em alguma variante do que é chamado de "jogo impossível" - o grande número de apoiadores não aceitará um regime eleitoral sem o seu ator político e seus protestos acabarão por forçar o regime a se tornar mais repressivo ou permitir que o partido banido retorne<sup>114</sup>. De qualquer maneira, o esforço fracassará em seu objetivo principal.

A experiência turca com a proibição de partidos, que é a mais rica e interessante entre os países modernos, oferece exemplos instrutivos de ambos os problemas: a identificação de um movimento autoritário competitivo como antidemocrático e a tentativa de proibir movimentos majoritários<sup>115</sup>. Em uma série de casos importantes iniciados em 1998, a Suprema Corte turca proibiu significativos movimentos políticos com amplo apoio popular. A justificativa apresentada era a de que os movimentos em questão eram de orientação islâmica e, portanto, contrários aos valores substantivos seculares do Estado turco. Entretanto, diferentemente dos casos dos Partidos Neo-Nazista e Socialista na Alemanha, os movimentos turcos não eram marginais ou extremos. Eles receberam substancial número de votos. O Partido do Bem-Estar, por exemplo, conquistou 21% dos votos e cerca de um terço dos assentos em 1995, e ingressou em uma coalizão majoritária com um partido secularista de centro-direita, o Partido do Caminho Verdadeiro<sup>116</sup>. O então líder do Partido do Bem-Estar, Necmettin Erbakan, tornou-se primeiro-ministro<sup>117</sup>. Depois que as Forças Armadas, os sindicatos e as associações empresariais formaram uma frente comum contra o Partido Islâmico, os militares declararam, em 1997, que os partidos islâmicos eram um anátema aos valores centrais do Estado e forçaram-no a renunciar à coalizão dominante<sup>118</sup>. Ele foi banido pela Corte Constitucional em 1998 e esta decisão foi confirmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>119</sup>.

<sup>113</sup> Considere os movimentos liderados por Chávez na subseção 2.3 ou pelo Fidesz na subseção 2.4 - nenhum deles era ideologicamente extremo e ambos receberam apoio popular substancial.

<sup>114</sup> Ver COLLIER, Ruth Berins; COLLIER, David. *SHAPING THE POLITICAL ARENA: CRITICAL JUNCTURES, THE LABOR MOVEMENT, AND REGIME DYNAMICS IN LATIN AMERICA*, 1991, p. 487-88 (referindo-se ao "jogo impossível" como o problema de o Partido Peronista argentino não conseguir vencer as eleições devido à sua repugnância às elites, apesar de anteriormente ter sido o partido majoritário).

<sup>115</sup> A discussão aqui não esgota a experiência turca com o banimento de partidos. Em outra série de decisões, por exemplo, o país banuiu partidos separatistas associados aos curdos. CELEP, See Ödül. *The Political Causes of Party Closures in Turkey*, *PARLIAMENTARY AFFAIRS* 1, p. 13-16, 2012 (coletando e discutindo as decisões). Essas decisões levantam questões sobre teoria constitucional que são importantes, mas distintas - muitos dos que defenderiam proibições a partidos antidemocráticos veem a proibição de partidos separatistas minoritários como inerentemente mais problemática.

<sup>116</sup> Ver TANIYICI, Saban. *Transformation of Political Islam in Turkey: Islamist Welfare Party's Pro-EU Turn*, *9 PARTY POL.* 463, p. 471-72, 2003.

<sup>117</sup> Ver id. 466, 472.

<sup>118</sup> Ver KAMRAVA, Mehran. *Pseudo-Democratic Politics and Populist Possibilities: The Rise and Demise of Turkey's Refah Party*, *25 BRIT. J. MIDDLE E. STUD.* 275, p. 275, 1998 (referindo-se a esse incidente como um "golpe suave").

<sup>119</sup> Ver PARTISI, Refah (The Welfare Party) v. Turkey [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, § 133-36, ECHR 2003. Esta foi, na verdade, uma decisão da grande câmara mantendo uma decisão anterior tomada por um painel de juizes. Ver, em geral, Refah Partisi (The Welfare Party) v. Turkey, nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, ECHR 2001 (estabelecendo a decisão prévia do painel).

A decisão da Corte Europeia no sentido de manter o banimento é um uso preocupante da concepção de democracia militante. Ela começa oferecendo um endosso da democracia militante no modelo alemão: “[O] Tribunal considera que não é improvável que movimentos totalitários, organizados na forma de partidos políticos, possam acabar com a democracia, depois de prosperar sob o regime democrático, havendo exemplos disso na história moderna da Europa”<sup>120</sup>. Mais além, a Corte considerou que “um Estado não pode ser obrigado a esperar para intervir só após um partido político tomar o poder e adotar medidas concretas para implementar um política incompatível com os padrões da Convenção e da democracia, mesmo que o perigo de suas ações para o regime democrático esteja suficientemente estabelecido e iminente”<sup>121</sup>.

A decisão se torna problemática ao aplicar os princípios da democracia militante ao Partido do Bem-Estar.<sup>122</sup> A Corte enfatizou que o partido já tinha amplo apoio e se juntara a uma coalizão majoritária e provavelmente estava pronto para conquistar grandes maiorias no futuro próximo. Para o órgão, isso fortaleceu o argumento de uma proibição porque mostrava que o partido poderia realmente implementar seu programa; a Corte, no entanto, não discutiu as dificuldades envolvidas na proibição de um partido já muito popular.<sup>123</sup> O órgão discutiu em detalhes o programa do partido, constatando que sua orientação religiosa e especialmente sua adesão a variantes da Lei da Sharia o tornavam antidemocrático. Ele observou que os membros do partido haviam feito declarações sugerindo alteração do sistema legal para reconhecer a lei baseada na religião para governar o status e algumas outras questões de direito privado, além de terem elogiado a Sharia<sup>124</sup>. No fundo, a Corte considerou que a plataforma do partido era religiosa de uma maneira incompatível com a democracia: “O Tribunal concorda na... visão de que a Sharia é incompatível com os princípios fundamentais da democracia”<sup>125</sup>.

A decisão apresenta problemas em sua justificativa e no seu alcance. Primeiro, não está claro se a plataforma do Partido do Bem-Estar era realmente antidemocrática. A permissão de tribunais de status religioso separados em certas áreas é usada em muitas democracias, incluindo Israel<sup>126</sup>, e o Oriente Médio moderno está trabalhando para encontrar

<sup>120</sup> PARTISI, Refah, ECHR 2003, § 99.

<sup>121</sup> Id. § 102.

<sup>122</sup> Uma literatura substancial examina a decisão de uma perspectiva religiosa, debatendo se a Corte exagerou na ameaça dos partidos islâmicos na Europa e, assim, permitiu uma violação indevida da liberdade religiosa. Ver, e.g., DANCHIN, Peter G. Islam in the Secular Nomos of the European Court of Human Rights, 32 *MICH. J. INT’L L.* 663, 699, 2011 (argumentando que “[a] análise da Corte interpreta mal a verdadeira natureza do conflito na Turquia, que, além de questões de direitos e liberdades liberais, se concentra no lugar do Islã como fonte de legitimidade política entre os diferentes grupos de elite no contexto histórico do kemalismo como projeto de construção do Estado”); HAUPT, Claudia E. Transnational Nonestablishment, 80 *GEO. WASH. L. REV.* 991, 1009-10, 2012 (argumentando que a decisão anunciava um modelo de não-estabelecimento na jurisprudência da Corte).

<sup>123</sup> Ver PARTISI, Refah., ECHR 2003, § 107-10.

<sup>124</sup> Ver id. § 120-25. Por exemplo, o líder do partido, Necmettin Erbakan, fez declarações com o seguinte efeito: “Vamos garantir a todos o direito de viver como bem entender e de escolher o sistema jurídico que preferir... Quando estivermos no poder, um muçulmano poderá se casar diante do mufti, se assim o desejar, e um cristão será capaz de se casar na igreja, se ele preferir.” Id. § 28.

<sup>125</sup> Id. § 123.

<sup>126</sup> Ver, e.g., JACOBSON, Gary J. *THE WHEEL OF LAW: INDIA’S SECULARISM IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL CONTEXT*, 2003. p. 72-88 (explicando o sistema israelense de tribunais com status religioso); ver também BARAK-EREZ, Daphne. Law and Religion Under the Status Quo Model: Between Past Compromises and Constant Change,

um papel para a Lei da Sharia dentro das ordens democráticas<sup>127</sup>. Embora a Corte tenha achado que alguns membros do partido haviam sugerido, em termos ambíguos, o uso da força ou de outras medidas extrajudiciais para obter poder, pouco valorizou essa conclusão e ela pouco serviu de apoio para a sua decisão<sup>128</sup>. O partido era identificado como religioso, mas provavelmente não era marcadamente antidemocrático. Além disso, o tribunal pouco explicou as razões pelas quais seja provável que a proibição de um partido tão significativo, capaz de representar uma ampla faixa da sociedade turca, seja eficaz.

Em vez de desaparecer, os seguidores do Partido do Bem-Estar formaram um partido sucessor, chamado de Partido da Virtude. O Partido da Virtude continuou adotando uma agenda islâmica e continha muitos dos mesmos atores que haviam anteriormente detido o poder no Partido do Bem-Estar. O partido se saiu bem nas eleições de 1999, ganhando 15% dos votos e 111 dos 450 assentos parlamentares<sup>129</sup>. Mas ele foi novamente banido pela Corte Constitucional, a qual sustentou que, embora o partido fosse notadamente diferente do antigo Partido do Bem-Estar, também possuía uma plataforma fundamentalmente islâmica<sup>130</sup>. Mesmo após banido pela segunda vez, o partido não desapareceu; em vez disso, alguns dos seus membros fundaram o Partido Justiça e Desenvolvimento, que controla a política turca com maioria absoluta no Parlamento desde as eleições gerais de 2002<sup>131</sup>. O partido controlava 363 de 550 assentos em 2002, 341 de 550 em 2007 e 327 de 550 em 2011<sup>132</sup>.

Os defensores do paradigma da proibição de partidos, principalmente Samuel Issacharoff, argumentam que o caso turco funciona em cenários modernos, pois as sucessivas criações do partido foram moderadas, de alguma forma, de suas experiências anteriores<sup>133</sup>. Isso é verdade, mas essa análise pode deixar de lado o aspecto mais amplo: os interesses centrais representados pelo partido sobreviveram e tomaram o poder num período bem curto de tempo. Além disso, um dos maiores problemas agora enfrentados na política turca moderna é o papel predominante do Partido da Justiça e do Desenvolvimento<sup>134</sup>. Isso ocorreu

---

30 CARDOZO L. REV. 2495, 2497, 2009. É claro que esse modelo cria tensões com valores democráticos, mas isso não o torna necessariamente incompatível com a democracia.

<sup>127</sup> Ver, em geral, HIRSCHL, Ran. *CONSTITUTIONAL THEOCRACY*, 2010 (explicando maneiras pelas quais as cortes são usadas para canalizar e controlar o direito religioso no Oriente Médio); STILT, Kristen. "Islam is the Solution": Constitutional Visions of the Egyptian Muslim Brotherhood, 46 *TEX. INT'L L.J.* 73, 2010 (observando uma imprecisão considerável na plataforma da Irmandade Muçulmana e, por isso, apresentando as dificuldades para descobrir exatamente como sua plataforma se mescla com valores democráticos).

<sup>128</sup> Ver PARTISI, Refah, ECHR 2003, § 130-31 (concluindo, depois de examinar discursos relevantes, que "havia uma ambiguidade na terminologia usada para se referir ao método a ser empregado para obter poder político").

<sup>129</sup> Ver YE ILADA, Birol A. The Virtue Party, 3 *TURKISH STUD.* 62, 75 tbl.1, 2002.

<sup>130</sup> Ver BÂLI, Asli Ü. The Perils of Judicial Independence: Constitutional Transition and the Turkish Example, 52 *VA. J. INT'L L.* 235, 281 n.156, 2012.

<sup>131</sup> Ver ÖZBUDUN, Ergun. From Political Islam to Conservative Democracy: The Case of the Justice and Development Party in Turkey, 11 *S. EUR. SOC'Y & POL.* 543, 545-46, 2006.

<sup>132</sup> Ver MÜFTÜLER-BAÇ, Meltem; KEYMAN, E. Fuat. Turkey Under the AKP: The Era of Dominant-Party Politics, *J. DEMOCRACY*, Jan. 2012, p. 87.

<sup>133</sup> Ver, e.g., Issacharoff, Democracies, nota 8, 1446-47 (argumentando que "[nessas circunstâncias, é difícil imaginar um resultado melhor]"); Özbudun, nota 132, 548 (apontando que o movimento moderado, por meio de suas sucessivas emanações e sua plataforma, agora é "difícilmente distinguível de um partido democrático liberal ou conservador").

<sup>134</sup> Ver Ali Çarko lu, A New Electoral Victory for the 'Pro-Islamists' or the 'New Centre-Right'? The Justice and Development Party Phenomenon in the July 2007 Parliamentary Elections in Turkey, 12 *S. EUR. SOC'Y & POL.* 501, 516-17, 2007 (levantando a possibilidade de a Turquia "estar se movendo em direção a um sistema partidário dominante semelhante à Índia, ao Japão ou à Itália antes dos anos 1990").



não tanto pela ideologia do partido quanto pelo seu tamanho em relação aos concorrentes. Às vezes, o partido recorreu a métodos questionáveis para alcançar seus objetivos, por exemplo, usando procedimentos legais para assediar a oposição<sup>135</sup>. Também utilizou seu controle amplamente unilateral sobre as reformas constitucionais de uma maneira capaz de enfraquecer a natureza democrática do Estado; por exemplo, alterando radicalmente a composição e os poderes da Corte Constitucional<sup>136</sup>.

A experiência turca demonstra os limites do banimento partidário ao lidar com situações em que a principal ameaça é a construção de um regime autoritário competitivo por meio do constitucionalismo abusivo. É improvável que a estratégia funcione bem quando se tem de lidar com forças políticas ideologicamente ambíguas, e não com as que são claramente antidemocráticas. Também é improvável que funcione bem ao lidar com forças políticas majoritárias, e não marginalizadas. Essas são precisamente as características sob as quais o constitucionalismo abusivo tende a ocorrer e sob as quais se formam regimes autoritários competitivos. Assim, a proibição de partidos e a democracia militante provavelmente tiveram o seu valor exagerado como soluções para as ameaças autoritárias modernas.

### 3.2 Limitações às emendas constitucionais em camadas

O restante desta seção se debruça sobre o desenho dos mecanismos de mudança constitucional. A maioria dos países migrou para um nível básico de emenda constitucional relativamente facilitado, certamente muito mais fácil do que nos Estados Unidos. De fato, o procedimento de emenda dos Estados Unidos, conforme o seu Artigo V, é considerado um dos mais difíceis do mundo, exigindo dois terços dos votos nas duas casas do Congresso e ratificação por três quartos das legislaturas estaduais<sup>137</sup>. Uma literatura em desenvolvimento sugere que critérios de emenda relativamente baixos (embora não muito baixos) tenha efeitos desejáveis<sup>138</sup>. As evidências empíricas constataam que as constituições com dificuldades intermediárias de emenda tendem a durar mais do que aquelas com padrões de emenda

<sup>135</sup> Ver, e.g., ARSU, Sebnem. Arrest of Prosecutor in Turkey Exposes Tensions Between Secular and Religious Turks, *N.Y. TIMES*, Feb. 20, 2010, [http://www.nytimes.com/2010/02/21/world/europe/21turkey.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/02/21/world/europe/21turkey.html?_r=0) (detalhando prisões questionáveis).

<sup>136</sup> Os estudiosos turcos debatem se as reformas na Corte Constitucional e em outros tribunais tornaram-nos subservientes ao governo ou se simplesmente constituíram uma liberalização e democratização do Judiciário. Ver, e.g., Bâli, nota 131, 295-309 (resumindo o debate e argumentando que as reformas liberalizaram a composição da Corte e retiraram elementos autoritários de seu desenho).

<sup>137</sup> Ver VERMEULE, Adrian. Second Opinions and Institutional Design, *97 VA. L. REV.* 1435, 1438, 2011 (notando quão dificultoso e demorado é o processo de emenda constitucional nos EUA); ver também LUTZ, Donald. S. *PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL DESIGN* 170 tbl.5.7, 2006 (construindo um índice mostrando que os Estados Unidos têm o segundo processo de alteração constitucional mais difícil de uma lista de países); KLARMAN, Michael J. What's So Great About Constitutionalism?, *93 NW. U. L. REV.* 145, 184, 1998 (argumentando que o processo do Artigo V é tão difícil que torna as modificações constitucionais praticamente impossíveis).

<sup>138</sup> Ver FERREJOHN, John; SAGER, Lawrence. Commitment and Constitutionalism, *81 TEX. L. REV.* 1929, 1954-56, 2003 (observando que o Artigo V "se tornou o dispositivo constitucional que os comentaristas adoram odiar" e defendendo-o como mecanismo que ajuda a manter os compromissos substantivos essenciais da ordem constitucional).



muito fáceis ou muito difíceis<sup>139</sup>. A hipótese é de que mecanismos de emenda extremamente fáceis estão associados a constituições consideradas inoperantes por suas próprias populações, enquanto constituições muito rígidas são substituídas por não se adaptarem aos tempos<sup>140</sup>. Com base nessas evidências, a Constituição dos EUA parece ter sobrevivido, apesar de, e não por causa, de seus mecanismos de alteração muito rígidos. A Constituição dos EUA foi extensivamente alterada por meios extraconstitucionais<sup>141</sup>, mas os estudiosos descobriram relativamente poucas evidências de que essas práticas se traduzam em outros contextos<sup>142</sup>. Pode ser que os Estados Unidos tenham encontrado uma maneira relativamente incomum de atualizar sua Constituição incapaz de ser facilmente replicada em outros lugares. De qualquer forma, a maioria das evidências aponta no sentido de que outras constituições são mais fáceis de emendar que a dos Estados Unidos.

Mas essa configuração enfrenta um problema óbvio, pois permitiria que uma ordem constitucional fosse distorcida por dentro com muita facilidade - quanto menor o patamar exigível para a aprovação de emendas, mais vulnerável fica o sistema a modificações constitucionais abusivas. A solução padrão dada pela teoria constitucional moderna é instituir limitações às emendas em camadas. O conceito é simples: proteger algumas partes do texto constitucional com requisitos elevados para a aprovação das emendas, dificultando assim sua alteração<sup>143</sup>. A forma mais básica de classificação por níveis utiliza requisitos elevados de grandes maiorias parlamentares. Por exemplo, a maior parte da Constituição da África do Sul pode ser alterada por dois terços dos votos do Parlamento, mas um conjunto de princípios fundamentais encontrados na seção I (assim como os princípios que governam a emenda em si) são mais difíceis de se modificar e requerem o consentimento de 75% do Parlamento<sup>144</sup>. Em casos extremos, algumas normas podem ser completamente inalteráveis, como a

<sup>139</sup> Ver LUTZ, nota 138, 162 tbl.5.2; ver também TOM GINSBURG ET AL., *THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS* 140 fig.6.4 (2009) (mostrando um relacionamento em forma (curva) de U e argumentando que o nível ideal de dificuldade, do ponto de vista da durabilidade constitucional, é o processo de emenda indiano, que exige uma maioria de dois terços do Congresso para a maior parte das disposições e a aprovação de metade dos estados para determinados tópicos).

<sup>140</sup> Ver LUTZ, nota 138, 156.

<sup>141</sup> Ver ACKERMAN, Bruce. *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 6-7, 1991 (argumentando que grandes mudanças constitucionais nos Estados Unidos ocorreram de maneiras extraconstitucionais, e não através do processo de emendas, pois a Constituição é refeita em certos “momentos constitucionais” pela atuação da sociedade civil, dos atores políticos e das cortes); ver também AMAR, Akhil Reed. *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 *COLUM. L. REV.* 457, p. 459, 1994 (argumentando que os procedimentos do Artigo V não pretendiam ser o caminho exclusivo da reforma constitucional e pressupõem um “direito legal histórico do povo” de “alterar ou abolir o Governo através dos procedimentos legais apropriados”). Mas ver MONAGHAN, Henry P. *We the People[s], Original Understanding, and Constitutional Amendment*, 96 *COLUM. L. REV.* 121, 121-22, 1996 (rejeitando o argumento de Amar com base na análise da intenção dos autores da Constituição).

<sup>142</sup> Ver, e.g., CHOUDHRY, Sujit. *Ackerman’s Higher Lawmaking in Comparative Constitutional Perspective: Constitutional Moments as Constitutional Failures?*, 6 *INT’L J. CONST. L.* 193, 228-30, 2008 (argumentando que o caso de secessão do Quebec representou um caso de emenda extraconstitucional pela Suprema Corte do Canadá e exortando os acadêmicos a identificar outros fenômenos do tipo).

<sup>143</sup> Ver ALBERT, Richard. *Constitutional Handcuffs*, 42 *ARIZ. ST. L.J.* 663, p. 709-10, 2010 [doravante Handcuffs] (advogando por esse sistema para proteger certos dispositivos importantes).

<sup>144</sup> Ver S. AFR. CONST., 1996, art. 74. O regime é um pouco mais complexo - o capítulo 2 da Constituição exige a aprovação de dois terços do Parlamento, além do consentimento do Conselho Nacional de Províncias, com o acordo de pelo menos seis províncias. Ver id. Qualquer outro dispositivo pode ser alterado com o consentimento de dois terços do Parlamento ou com o voto do Conselho Nacional de Províncias, se a norma disser respeito aos seus interesses. Ver id.

Constituição hondurenha fez com relação à reeleição presidencial, e como a Constituição alemã faz com relação a certos princípios fundamentais<sup>145</sup>.

Apesar da crescente importância da ferramenta das camadas constitucionais, ainda há poucas pesquisas acadêmicas sobre como implementá-las e que tipo de disposições deve ser especialmente protegidas. Considerar a prática sob a lente do constitucionalismo abusivo tem implicações para ambos os pontos. Primeiro, na questão do “como”, alguns teóricos sugerem que a inclusão de um componente popular na mudança constitucional (por exemplo, exigindo que o público ratifique os resultados de qualquer emenda aprovada na legislatura) pode aumentar a dificuldade da emenda<sup>146</sup>. Estudos empíricos oferecem resultados mistos sobre a questão de saber se esses requisitos realmente reduzem ou não a frequência das modificações constitucionais<sup>147</sup>. Contudo, independentemente desses requisitos reduzirem ou não a frequência das emendas em abstrato, parece improvável que eles tenham o poder de conter práticas constitucionais abusivas. Atores políticos poderosos, capazes de promover suas reformas através de legislaturas, parecem ter a habilidade de obter o grau necessário de apoio popular direto na maioria dos casos. De fato, como mostram os exemplos de Chávez e Correa, líderes influentes costumam usar o público como forma de dar um fim às instituições quando não conseguem delas o que querem<sup>148</sup>. Adicionar camadas à constituição instituindo requisitos de referendo ou outras formas de participação popular parecem medidas improdutivas.

Na prática, é mais provável que a abordagem comum de adicionar requisitos de votos majoritários e qualificados para a aprovação de determinadas alterações constitucionais seja o caminho mais eficaz. Porém, mesmo tais requisitos podem não proteger adequadamente a democracia contra práticas constitucionais abusivas. O exemplo húngaro, em particular, mostra que pode não ser tão difícil para os movimentos constitucionais abusivos receber temporariamente porcentagens muito altas de votos<sup>149</sup>.

Isso sugere a utilidade de um terceiro modelo, ainda pouco teorizado e subutilizado, no sentido da construção de camadas constitucionais protetivas: uma dimensão temporal<sup>150</sup>. O tempo parece ser um elemento particularmente relevante para combater o problema do constitucionalismo abusivo porque pode confrontar a capacidade temporária de forças políticas poderosas se entrencharem no poder a longo prazo. No entanto, poucas ordens constitucionais utilizam o fator tempo como um freio no processo de mudança constitucional. Alguns sistemas exigem votos em turnos para a aprovação das emendas, mas frequentemente

<sup>145</sup> Ver GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I (Ger.) art. 79, § 3 (“As emendas a esta Lei Fundamental que afetem a divisão da Federação em *Länder*, sua participação no processo legislativo ou nos princípios estabelecidos nos Artigos 1 e 20 serão inadmissíveis.”); CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF HONDURAS [CH] art. 374 (tornando certas provisões constitucionais imodificáveis).

<sup>146</sup> Ver, e.g., LUTZ, nota 138, 168 tbl.5.6 (apresentando um índice de dificuldades que acrescenta pontos significativos aos processos de emenda constitucional que requerem referendos populares).

<sup>147</sup> Ver, e.g., FERREJOHN, John. The Politics of Imperfection: The Amendment of Constitutions, 22 *LAW & SOC. INQUIRY* 501, 523, 1997 (constatando que a exigência do envolvimento popular via ratificação acrescenta pouca dificuldade aos processos de emendas).

<sup>148</sup> Ver subseção 2.3.

<sup>149</sup> Ver subseção 2.4.

<sup>150</sup> Ver HANDCUFFS, Albert., nota 144, 711 (observando e recomendando um regime de “aprovação sequencial”, no qual os cidadãos precisam manifestar sua vontade de alterar a constituição em mais de um turno de votos, e tais momentos são separados por um intervalo temporal); Vermeule, nota 138, 1438 (constatando que a lentidão dos procedimentos de alteração do Artigo V tem o potencial benefício de induzir “pensamentos sóbrios”).

com restrição mínima, ou mesmo inexistente, em relação aos seus intervalos<sup>151</sup>. Um modelo muito melhor, raramente encontrado na prática, exigiria a existência de uma eleição intermediária entre os turnos de votações para as alterações constitucionais, de preferência tanto do Legislativo quanto (nos sistemas presidenciais) do Executivo<sup>152</sup>. O requisito da eleição intermediária é útil porque reduz a possibilidade de que políticos e partidos no poder possam tirar proveito de picos temporários em sua popularidade para promover emendas prejudiciais à democracia. O regime de limites ideal parece incluir restrições temporais que requerem múltiplos turnos de votos sobre emendas, com um longo período de tempo (idealmente uma eleição intermediária) entre eles. Essas limitações temporais são provavelmente a variável mais importante em termos de combate a práticas constitucionais abusivas, embora possam ser usadas juntamente com a ferramenta muito mais comum de exigir-se maiorias qualificadas de votação<sup>153</sup>.

O problema mais difícil é determinar quais tipos de provisões constitucionais merecem receber os níveis de dificuldade mais elevados para alteração. Não há praticamente trabalhos teóricos sobre o assunto e, de fato, os estudiosos parecem assumir que as respostas são altamente específicas e ínsitas a cada cultura política em particular. Podemos chamar isso de teoria “expressivista” da hierarquia constitucional, na qual um Estado protege seus valores mais fundamentais, dando-lhes um grau especial de entrincheiramento. Um exemplo clássico é a Alemanha, onde a Lei Fundamental torna seus princípios mais básicos, particularmente a “dignidade humana”, inalteráveis por qualquer meio<sup>154</sup>. A África do Sul adota uma tática muito semelhante: coloca valores básicos como “dignidade humana”, “não-racismo e não-sexismo” e “sufrágio universal de adultos” no nível mais alto, o que exige uma maioria de três quartos do Parlamento para alteração<sup>155</sup>.

Essa abordagem de alocar dificuldades para o processo de emendas pode servir para ajudar a definir os valores básicos do Estado pela atribuição de proteção especial a eles, mas é muito antiquada como estratégia de defesa da democracia. Parece ter como objetivo o mesmo tipo de ameaça totalitária ou fundamentalmente antidemocrática que as cláusulas de

<sup>151</sup> Como exemplo, a Constituição colombiana exige dois turnos de votos separados em uma emenda constitucional e exige que eles sejam realizados durante sessões legislativas distintas. A primeira votação requer uma maioria simples do Congresso, enquanto a segunda exige uma maioria absoluta. Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art. 375. Embora esse modelo exija tecnicamente dois turnos de votos separados, é possível que isso se dê num período muito curto - o Congresso pode, o que é costumeiro, realizar a primeira votação no fim de uma sessão legislativa e fazer a outra apenas alguns dias ou semanas depois, no início da próxima. Como cada sessão legislativa dura apenas um ano, o requisito normalmente não interpõe uma eleição legislativa ou presidencial. Ver, em geral, MELTON, James. *Constitutional Amendment Procedures: A Summary and Critique of Existing Measures* (18 de junho de 2012) (trabalho não publicado) (arquivo do autor), disponível em: [http://www.ucl.ac.uk/~uctqjm0/Files/melton\\_amendment.pdf](http://www.ucl.ac.uk/~uctqjm0/Files/melton_amendment.pdf) (comentando os problemas de mensuração das limitações temporais na literatura).

<sup>152</sup> Esse modelo é utilizado, por exemplo, na Grécia, onde se exige que as emendas sejam votadas por dois Parlamentos diferentes e requer-se dois percentuais distintos de aprovação - 50% em um turno e 60% no outro. Ver 1975 SYNTAGMA [SYN.] [CONSTITUTION] 110 (Grécia).

<sup>153</sup> Empiricamente, não há pesquisas sobre esse problema. Pesquisadores têm considerado extensivamente a relação entre diferentes tipos de regimes de emendas e as suas taxas de frequência, mas tiveram problemas para medir as limitações temporais. Ver Melton, nota 152, 28 (observando que as limitações temporais são “banalizadas pelas ferramentas existentes que dificultam as alterações”).

<sup>154</sup> Ver GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I (Ger.) art. 79, § 3 (protege a divisão do Estado em Länder e certos princípios básicos, como a dignidade humana, de serem alterados).

<sup>155</sup> Ver S. AFR. CONST., 1996, art. 74.

proibição de partidos e o conceito de democracia militante estudado na subseção 3.1<sup>156</sup>. Os movimentos “autoritários competitivos” modernos geralmente não procuram destruir os valores básicos da ordem constitucional nem buscar uma visão radicalmente diferente para a forma do Estado<sup>157</sup>. Eles não estariam interessados em alterar princípios constitucionais fundamentais como “dignidade humana”, desde que pudessem realizar alterações institucionais suficientes para perpetuar seu próprio poder.

Uma análise de práticas constitucionais abusivas sugere que essas não são as cláusulas constitucionais mais importantes a serem estabelecidas em um nível superior. Precisamos de mais pesquisas empíricas sobre exatamente como os regimes autoritários competitivos funcionam dentro de ordens constitucionais a fim de obter uma resposta mais completa à questão. No entanto, a abordagem expressivista do entrincheiramento parece direcionada precisamente para as coisas erradas: regimes autoritários competitivos tomam o poder atacando a estrutura constitucional de maneiras sutis, ao invés de assaltar objetivos ou direitos constitucionais básicos.

Proteger a estrutura constitucional contra práticas constitucionais abusivas é bastante difícil. As disposições mais óbvias e comuns são os limites de prazo entrincheirados, que provaram ser o ponto de inflamação no caso hondurenho<sup>158</sup>. Como mostra o caso húngaro em particular, os atores constitucionais abusivos também podem atacar uma série de outras disposições que afetam as características estruturais centrais das instituições fiscalizatórias dos ramos políticos. Disposições sobre o tamanho, a composição e o mandato de juízes de alto escalão podem ser particularmente valiosas e, no entanto, geralmente são desprotegidas nas constituições existentes. Da mesma forma, eles podem atacar os mecanismos de posse e seleção de outros mecanismos-chave de responsabilidade horizontal, como *ombudsmen* e procuradores-gerais.

Elaborar um conjunto de mecanismos de proteção de normas constitucionais em camadas capaz de salvaguardar completamente a estrutura constitucional será provavelmente impossível. É prudente dizer que nenhuma norma isolada seja decisiva, pois os constitucionalistas abusivos têm muitas formas de alcançar o mesmo objetivo. Por exemplo, um ator impedido de alterar um dispositivo estrutural chave pode obter um resultado semelhante ocupando ou prejudicando o tribunal, um resultado que pode ser alcançado alterando o mecanismo de seleção, reduzindo a sua jurisdição ou de várias outras maneiras. Na ausência de proteção abrangente, os pretensos autocratas poderão encontrar disposições alternativas nos níveis constitucional e legal para alcançar fins idênticos, trabalhando assim em torno de disposições diferenciadas<sup>159</sup>.

E, é claro, não se pode proteger toda a estrutura constitucional com limites mais altos para emendas, visto que tal abordagem tornaria a ordem constitucional totalmente imutável,

---

<sup>156</sup> Ver subseção 3.1 (considerando o modelo alemão de democracia militante do pós-guerra, que visa eliminar as ameaças antidemocráticas da ordem democrática).

<sup>157</sup> Ver subseção 2.5 (observando que os regimes autoritários competitivos ganham poder não propondo uma visão radicalmente diferente para o Estado, mas desativando os partidos da oposição e ocupando ou desativando as instituições fiscalizatórias).

<sup>158</sup> Ver subseção 4.1 (comentando o fortalecimento dos limites do mandato presidencial em Honduras).

<sup>159</sup> Como exemplo, considere o caso húngaro na subseção 2.4 - o partido Fidesz utilizou uma variedade de meios alternativos para prejudicar a Corte Constitucional e o judiciário, incluindo ocupar o tribunal, retirar parte de sua jurisdição e diminuir a idade da aposentadoria para os juízes. Algumas dessas mudanças exigiram alteração ou substituição constitucional, mas outras exigiram meras mudanças estatutárias.

em oposição a apenas seletivamente rígida e voltada para ameaças constitucionais abusivas. Isso bloquearia muitas mudanças inócuas, bem como algumas perigosas. Um dos problemas do constitucionalismo abusivo é precisamente que o mesmo conjunto de alterações constitucionais pode ser perigoso em uma situação e inócuo ou benéfico em outras. As mudanças constitucionais húngaras, uma espécie de “Frankenstate”, remendadas a partir de um conjunto de disposições constitucionais comuns e regras legais encontradas em muitas ordens constitucionais que funcionam bem, são um exemplo disso. O mecanismo de hierarquização não é discriminatório o suficiente para separar as perigosas mudanças constitucionais das inócuas. A resposta das ações às deficiências da classificação constitucional é a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais, o foco da próxima subseção.

### 3.3 A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais

Uma série de países desenvolveu a chamada “doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais”, a qual sustenta que uma emenda constitucional pode ser substancialmente inconstitucional, sob certas condições. A doutrina foi adotada por tribunais como as Cortes Constitucionais da Alemanha, da Índia, da Turquia e da Colômbia. Neste último país, como já observado, a Corte usou recentemente a doutrina para impedir que o Presidente Alvaro Uribe Velez alterasse a Constituição para concorrer a um terceiro mandato consecutivo<sup>160</sup>. A Corte considerou que a emenda proposta constituiria uma “substituição da constituição” em vez de uma emenda, uma vez que modificaria fundamentalmente a separação de poderes no país<sup>161</sup>. A Corte Constitucional da Turquia derrubou uma emenda que permitia o uso de lenços de cabeça islâmicos nas universidades por considerar que ela era contrária à ordem constitucional secular<sup>162</sup>. Finalmente, em um exemplo mais próximo de casa, a Suprema Corte da Califórnia discutiu a doutrina no contexto da Proposição 8, que proibia o casamento gay no estado<sup>163</sup>. Os proponentes argumentaram que a emenda não

<sup>160</sup> Ver subseção 2.2.

<sup>161</sup> Ver os textos que acompanham as notas 37-45.

<sup>162</sup> Uma mulher teve negada a sua possibilidade de usar um lenço na cabeça e levou o caso à Corte Europeia de Direitos Humanos, cuja decisão entendeu que seu direito à liberdade religiosa não havia sido violado. Ver *Leyla ahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 122-23, ECHR 2005; ver também SKACH, Cindy. *International Decision*, 100 *AM. J. INT’L L.* 186, 195, 2006 (argumentando que o caso ilustra uma complexa inter-relação entre o direito doméstico e o internacional quanto ao assunto). O caso situa-se em algum lugar entre a não-textual doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais construída pelas Cortes da Índia e da Colômbia e a já analisada prática do estabelecimento de hierarquias normativas. A constituição turca tornou alguns dispositivos inalteráveis, e isso inclui a disposição que proíbe emendas ao seu art. 2º, que estabelece as “características básicas” do Estado e define a Turquia como “um Estado democrático, secular e social”. Ver ROZNAI, Yaniv; YOLCU, Serkan. *An Unconstitutional Constitutional Amendment - The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court’s Headscarf Decision*, 10 *INT’L J. CONST. L.* 175, 194, 2012. Mas a Corte interpretou essa doutrina a fim de permitir a derrubada de emendas constitucionais encontradas em outras partes da Constituição que infringem o princípio secular, o que torna seu uso muito semelhante à não-textual e incomum utilização feita pelas cortes indiana e colombiana.

<sup>163</sup> Ver *Strauss v. Horton*, 46 Cal. 4th 364, 444 (2009) (constatando que a Proposição não constitui uma revisão constitucional porque não realiza “mudanças de longo alcance na estrutura governamental fundamental ou no poder fundacional de seus ramos, conforme estabelecido na Constituição”). Strauss é, de fato, parte de uma longa lista de casos na Califórnia que interpretam a distinção entre alteração e revisão. Ver, *e.g.*, *Prof’l Eng’rs in*



constituía uma emenda, mas uma revisão constitucional, o que exigia um processo mais rigoroso sob a Constituição da Califórnia do que a mera aprovação da maioria por referendo<sup>164</sup>. O Tribunal, após uma extensa discussão sobre a história da distinção e da doutrina relevante, sustentou que a mudança era uma emenda e, portanto, que o método usado era adequado<sup>165</sup>. A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais passou, assim, da lateralidade da teoria constitucional para seu centro.

Mas a doutrina também foi sujeita a uma avalanche de críticas acadêmicas<sup>166</sup>. É fácil entender o cerne do ataque: a doutrina parece ser “o mais extremo dos atos contramajoritários”<sup>167</sup>. Em outras palavras, embora no judicial review ordinário a ação política possa ser revista, a decisão judicial sempre poderá ser substituída por uma emenda constitucional<sup>168</sup>. Em países onde aprovar uma emenda constitucional é relativamente fácil (ao contrário dos Estados Unidos), essa é uma fiscalização real do poder de judicial review. Mas a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais retira essa válvula de segurança permitindo que os tribunais derrubem até as emendas constitucionais. Tal abordagem enfrenta problemas “óbvios” do ponto de vista da teoria democrática<sup>169</sup>.

Um foco na prática do constitucionalismo abusivo sugere uma justificativa para a doutrina e uma vantagem dela sobre o uso de limites constitucionais à realização de emendas. Primeiro, a maioria das ordens constitucionais não é bem elaborada para lidar com os perigos

---

Cal. Gov't v. Kempton, 40 Cal. 4th 1016, 1046-47 (2007) (concluindo que uma mudança constitucional que lida com a contratação de serviços de arquitetura e engenharia não é uma revisão); Legislature v. EU, 54 Cal. 3d 492 (1991) (sustentando que uma proposição que adotava limites de mandato legislativo, gastos limitados com funcionários legislativos e benefícios restritos de aposentadoria do Estado não era uma revisão); Raven v. Deukmejian, 52 Cal. 3d 336, 349-55 (1990) (constatando que um conjunto abrangente de reformas às regras de procedimentos criminais sob a constituição estadual, com o objetivo de derrubar várias decisões a favor de réus da Suprema Corte do Estado da Califórnia, realmente constituiu uma revisão e, portanto, foi invalidada).

<sup>164</sup> Uma emenda pode ser proposta pelo voto de dois terços da legislatura ou por uma petição de 8% dos eleitores. Em ambos os casos, a emenda é aprovada com o consentimento da maioria dos eleitores. Uma revisão é proposta pelo voto de dois terços do legislativo ou por uma Assembleia Constituinte (que deve ser convocada pelo voto de dois terços dos legisladores seguido de aprovação majoritária do eleitorado). Ver CAL. CONST. art. II, § 8; id. art. XVIII, §§ 1-4.

<sup>165</sup> Ver Strauss, 46 Cal. 4th em 444.

<sup>166</sup> Ver, e.g., ALBERT, Richard. Nonconstitutional Amendments, 22 CAN. J.L. & JUR. 5, 22-23, 2009 [doravante Amendments] (chamando a doutrina básica de estrutura de "curiosa", embora sugira algumas possíveis linhas de defesa); CASSELS, Jamie. Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?, 37 AM. J. COMP. L. 495, 501 n.34, 1989 (afirmando que a doutrina básica da estrutura “continua sendo um elemento altamente problemático e controverso do direito constitucional indiano”); COAN, Andrew B. The Irrelevance of Writeness in Constitutional Interpretation, 158 U. PA. L. REV. 1025, p. 1069-70, 2010 (declarando que a doutrina da estrutura básica da Índia “não tem nenhuma base no entendimento original”); JACOBSOHN Gary J. An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective, 4 INT'L J. CONST. L. 460, 487, 2006 (comentando que “se alguma vez confrontadas com a necessidade de exercer essa opção, cabeças sóbrias podem se perguntar se isso valia mesmo a pena”); KOCH JR., Charles H. Envisioning A Global Legal Culture, 25 MICH. J. INT'L L. 1, 58 n. 268, 2003 (referindo-se à doutrina da estrutura básica como um “exemplo extremo de ativismo judicial”).

<sup>167</sup> JACOBSOHN, Gary J. The Permeability of Constitutional Borders, 82 TEX. L. REV. 1763, 1799, 2004 (não obstante, sugerindo possíveis justificativas para a doutrina).

<sup>168</sup> Ver SCHOR, Miguel. The Strange Cases of Marbury and Lochner in the Constitutional Imagination, 87 TEX. L. REV. 1463, 1477-80, 2009 (argumentando que os países estrangeiros adotaram mecanismos mais fáceis de realizar emendas constitucionais em parte pelo medo irrestrito do Poder Judiciário, conforme Lochner).

<sup>169</sup> DIXON, Rosalind. *Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments* (Maio de 2011) (manuscrito não publicado) (arquivo do autor), disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1840963](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1840963).



modernos da democracia - ou deixam de incluir limites às alterações ou as colocam em dispositivos expressivistas, como demonstra o exemplo da África do Sul<sup>170</sup>. Segundo, mesmo uma constituição idealmente criada, com limites apropriados para proteger as principais disposições estruturais, não impediria completamente o problema do constitucionalismo abusivo. Somente certas partes limitadas da constituição podem ser escalonadas; qualquer projeto alternativo perderia muitos dos benefícios da flexibilidade constitucional. E os pretensos autocratas são especialistas em descobrir maneiras alternativas de alcançar os mesmos fins. O exemplo húngaro ilustra o ponto com relação ao judiciário constitucional: em vez de substituir a Corte Constitucional ou alterar suas regras de mandato, o Fidesz simplesmente acrescentou mais vagas no Tribunal e está avançando no sentido de “ocupá-lo” com seus simpatizantes<sup>171</sup>.

Como Issacharoff apontou, a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais faz sentido exatamente por causa de sua flexibilidade - permite que os juízes defendam a ordem constitucional sem serem impedidos pelos limites do texto constitucional<sup>172</sup>. As principais preocupações do constitucionalismo abusivo são úteis como uma âncora em potencial, ajudando a tornar seu uso mais preciso e justificável. A alegação não é de que o constitucionalismo abusivo necessariamente ofereça a única justificativa para o uso da doutrina<sup>173</sup>. Minha afirmação é mais modesta - é particularmente adequada e justificada por essas práticas. Assim, focar nessas práticas ajuda a resolver um importante problema

---

<sup>170</sup> Ver textos que acompanham as notas 155-156.

<sup>171</sup> Ver subseção 2.4.

<sup>172</sup> Ver ISSACHAROFF, Samuel. *Constitutional Courts and Democratic Hedging*, 99 *GEO. L.J.* 961, 1002, 2011 [doravante *Courts*] (observando que a abordagem da estrutura básica pode ser valiosa porque pode não ser “aparente, desde o início de uma democracia, quais dispositivos são centrais” e que a sua exposição *ex ante* pode ser impossível).

<sup>173</sup> Por outro lado, o uso em outras áreas geralmente parece mais problemático. Por exemplo, as Cortes turca e indiana sugeriram que o “secularismo” pode ser uma parte básica de suas respectivas ordens constitucionais. Na Turquia, a Corte Constitucional, em 2005, derrubou uma emenda constitucional que permitia o uso de lenços nas universidades porque isso feria os princípios básicos do secularismo encontrados na ordem constitucional. Esta decisão foi confirmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Ver *Leyla ahin v. Turkey* [GC], n. 44774/98, § 114-115, ECHR 2005. A principal questão aqui, como reconhecido pela Corte Europeia, é se o secularismo é necessário para manter uma ordem democrática na Turquia. Ver *id.* Essa conclusão parece problemática à luz de uma literatura mais ampla sobre constitucionalismo e à luz da experiência subsequente na própria Turquia - ambas sugerem que o constitucionalismo democrático é robusto e admite algum envolvimento religioso. Ver, *e.g.*, Roznai & Yolcu, nota 163, 204 (argumentando que permitir que os alunos usem lenços na cabeça não violaria o princípio do secularismo constitucional). Na Índia, o secularismo surge em um contexto diferente, como uma maneira de conter as tensões religiosas que podem desvendar o Estado multiétnico e permitir que grupos religiosos majoritários ataquem minorias religiosas. O uso pode parecer mais justificável nesse tipo de contexto, mas também pode ser redundante. Dada a característica do trabalho sobre formatação constitucional nas democracias multiétnicas, os constituintes agora têm uma variedade de ferramentas em órgãos representativos e em outros lugares para lidar com esses tipos de ameaças. Ver, em geral, HOROWITZ, Donald L. *ETHNIC GROUPS IN CONFLICT*. 2d ed. 2000 (considerando o problema); LIJPHART, Arend. *DEMOCRACY IN PLURAL SOCIETIES: A COMPARATIVE EXPLORATION*, 1977 (igualmente). Talvez seja revelador que a Suprema Corte da Índia tenha usado o princípio secularista de “estrutura básica” não como uma maneira de derrubar emendas constitucionais, mas como uma forma de justificar declarações de emergência pelo governo central contra grupos ultrarreligiosos. Ver *S.R. Bommai v. Union of India*, (1994) 2 S.C.R. 644 (sustentando medidas de emergência que substituem governadores ultra-hindus que incentivaram medidas religiosas contra locais islâmicos com o argumento de que as ações eram necessárias para preservar o secularismo).

conceitual: esclarece os tipos de situações em que essa doutrina, notoriamente vaga, deve ser invocada<sup>174</sup>.

Essa perspectiva está de acordo com a de outros estudiosos que sugeriram uma defesa “pragmática” da doutrina. Issacharoff argumenta que a construção judicial de princípios imutáveis em novas democracias pode ajudar a impedi-las de se deteriorar por dentro, “protegendo os principais recursos da governança democrática contestada”<sup>175</sup>. Da mesma forma, Bernal analisa o uso da doutrina na Colômbia e argumenta que ela desempenha uma função valiosa em regimes hiperpresidencialistas<sup>176</sup>. Usando o caso Uribe como exemplo, ele observa que presidentes fortes podem exercer influência desproporcional sobre esses sistemas, cooptando processos de emenda para servir aos seus próprios interesses e, com isso, reduzir permanentemente a qualidade da democracia. Isso é particularmente verdadeiro em sistemas como o colombiano, nos quais é relativamente fácil aprovar uma emenda constitucional<sup>177</sup>.

Essa justificativa também ajuda a explicar a notória imprecisão da doutrina; juízes e doutrinadores geralmente têm dificuldade em vincular o uso bem-sucedido da doutrina a dispositivos textuais individuais ou a princípios estruturais claros<sup>178</sup>. O motivo é que a doutrina está sendo direcionada a um alvo em movimento - ela está protegendo a democracia de deslocamentos substanciais ao longo do espectro em direção ao autoritarismo, em vez de resguardar isoladamente qualquer princípio constitucional.

Por exemplo, os usos mais agressivos da doutrina da Suprema Corte da Índia vieram em três decisões principais que tratavam do mesmo evento subjacente - os eventos em torno da “emergência” declarada por Indira Gandhi, em que ela efetivamente suspendeu as eleições e muitas liberdades civis por dois anos<sup>179</sup>. As medidas adotadas por Gandhi, que foram derrubadas pela doutrina, compreendiam principalmente tentativas de isolar certos assuntos centrais, como reivindicações de expropriação, nacionalizações, disputas eleitorais e o próprio poder de emenda constitucional, que não seria controlado judicialmente<sup>180</sup>. A ressonância entre os tipos de medidas adotadas por Gandhi e projetos autoritários competitivos modernos é impressionante: ela atuou para desabilitar a oposição eleitoral (fraude, assédio etc.) e

<sup>174</sup> Obviamente, isso não elimina a necessidade de difíceis julgamentos quando uma determinada mudança constitucional realmente ameaça a ordem democrática, o que é um tópico para trabalhos futuros.

<sup>175</sup> Issacharoff, *Courts*, nota 173, 1002.

<sup>176</sup> Ver, *e.g.*, Bernal-Pulido, nota 38 (justificando a doutrina de substituição constitucional em regimes hiperpresidenciais com argumentos conceituais e normativos).

<sup>177</sup> Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] arts. 374-78 (explicando os diferentes processos de emenda constitucional, que exigem apenas uma aprovação legislativa majoritária simples no primeiro turno e uma maioria absoluta no segundo).

<sup>178</sup> Ver *Indira Gandhi v. Raj Narain*, A.I.R. 1975 S.C. 2299 (Índia) (expressando amplo desacordo dentro das opiniões judiciais sobre exatamente quais princípios da estrutura básica a emenda constitucional violou); ver também Albert, *Amendments*, nota 163, 23 (observando que “os contornos da doutrina básica da estrutura permanecem instáveis”).

<sup>179</sup> Ver, em geral, MATE, Manoj. *Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public Interest Litigation in Comparative Perspective*, 12 *SAN DIEGO INT’L L.J.* 175, 183-88, 2010 (detalhando a emergência no contexto da jurisprudência relevante).

<sup>180</sup> Ver *Minerva Mills v. Union of India*, (1980) 4 S.C.C. 222 (emendas impedindo que haja *judicial review* sobre normas de nacionalização e outras emendas constitucionais); *Indira Nehru Gandhi v. Shri Raj Narain*, (1975) 2 S.C.C. 159 (emendas impedindo o exercício do *judicial review* sobre as eleições); *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461 (emendas impedindo o exercício do *judicial review* sobre expropriações); ver também KRISHNASWAMY, Sudhir. *DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM: A STUDY OF THE BASIC STRUCTURE DOCTRINE*, 2009. p. 43-69.

enfraquecer as principais instituições de controle, incluindo a Suprema Corte. As decisões tomadas pela Corte naqueles anos foram justificadas menos pela busca de princípios estruturais básicos, nos quais a Corte se fragmentou consistentemente, do que por um consenso de que as ações de Gandhi, tomadas em conjunto, constituíam uma ameaça substancial à ordem democrática<sup>181</sup>. Essas decisões apenas prejudicaram parcialmente o programa de Gandhi, mas podem ter chamado a atenção do público para o seu desejo de minar a ordem democrática<sup>182</sup>.

Da mesma forma, a Corte Constitucional da Colômbia esforçou-se por articular um critério para distinguir uma emenda constitucional que permitisse dois mandatos presidenciais consecutivos (que foram mantidos) e que a alterasse para permitir três mandatos consecutivos (o que foi derrubado). Mais uma vez, no entanto, as considerações da Corte dependiam de sua avaliação concreta do impacto dessas medidas no sistema político colombiano. Um terceiro mandato daria a Uribe o poder de nomear quase todos os servidores públicos que deveriam fiscalizar sua atuação. Talvez o mais importante seja que isso lhe daria controle informal, através de influência direta e indireta, sobre quase todos os aspectos do Estado, tornando assim quase impossível sua substituição<sup>183</sup>. A decisão da Corte visava identificar uma mudança constitucional que levaria a um movimento substancial ao longo do espectro em direção ao autoritarismo.

Finalmente, o fato de a doutrina poder ser usada para proteger os princípios básicos da ordem democrática pode ajudar a aliviar ou pelo menos problematizar as preocupações de que ela seja o principal ato antidemocrático ou contramajoritário que uma corte pode realizar. Primeiro, como observado em detalhes na seção 02, os processos de emenda constitucional podem ser facilmente usados para cumprir as agendas de atores ou grupos políticos específicos; eles não representam necessariamente a vontade do “povo” em um sentido incontestável<sup>184</sup>. Segundo, os exemplos da Hungria, da Venezuela, da Colômbia e do Equador mostram que os mecanismos de mudança constitucional podem frequentemente ser usados para prejudicar a ordem democrática a longo prazo, tornando mais difícil substituir os titulares dos cargos políticos ou fazê-los responsáveis por seus atos irregulares<sup>185</sup>. O uso da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais pode ser apenas uma maneira de proteger a democracia a longo prazo de certos atos extremos de poder político que ameaçam a própria ordem institucional. Isso sugere um tipo de defesa baseada em processos: uma justificativa comum para o judicial review é a de que os tribunais têm o poder de adotar ações

---

<sup>181</sup> Para um exemplo, ver Shri Raj Narain, 2 S.C.C. 412, situação na qual os quatro juízes que votaram que a emenda eleitoral em questão violava a doutrina da estrutura básica o fizeram usando três teorias diferentes: democracia, igualdade e invasão estrutural sobre o Poder Judiciário.

<sup>182</sup> Ver RAMACHANDRAN, Raju. The Supreme Court and the Basic Structure Doctrine, in KIRPAL, B.N. *et al. eds. SUPREME BUT NOT INFALLIBLE: ESSAYS IN HONOUR OF THE SUPREME COURT OF INDIA* 107, 120, 2000.

<sup>183</sup> Ver textos acompanhando as notas 38-45.

<sup>184</sup> Ver seção 02. Naturalmente, não procuro adotar nenhuma definição única de "povo" para esse fim, nem me posiciono sobre se tal definição é possível. Como outros observaram, esse é um empreendimento prático extraordinariamente difícil, especialmente, mas não exclusivamente, nas políticas multiétnicas. Ver, *e.g.*, KAY, Richard S. Constituent Authority, 59 AM. J. COMP. L. 715, 738-43, 2011 (observando os problemas que surgem para determinar se uma população é suficientemente coerente para ser considerada uma pessoa). Apenas afirmo que o uso da vontade popular por líderes como Chávez, Correa e o Partido Fidesz foi problemático e que eles efetivamente exerceram uma reivindicação contestável de uma transformação constitucional abrangente.

<sup>185</sup> Ver seção 02.

contramajoritárias para proteger os próprios canais democráticos e, de uma forma extrema, isso pode descrever o uso adequado da doutrina em questão<sup>186</sup>.

Ainda assim, a justificativa para a utilização da doutrina suscita problemas importantes, os quais tendem a minar sua eficácia prática. Primeiro, há algumas evidências de que a doutrina tende a se expandir ao longo do tempo, pois os tribunais tendem a considerar cada vez mais a existência de partes "essenciais" das constituições. Em outras palavras, pode haver riscos substanciais de que a doutrina tenda a ser inclusiva demais. Em alguns contextos, a identificação das partes fundamentais da ordem constitucional é surpreendentemente similar com a própria jurisprudência da corte constitucional, sugerindo que a doutrina às vezes é usada para a proteção do seu trabalho<sup>187</sup>. Por exemplo, a Corte Colombiana sugeriu recentemente que uma tentativa legislativa de recriminalizar o porte de drogas, após uma decisão judicial que o descriminalizou, provavelmente constituiria uma substituição da constituição porque modificaria parcialmente os seus valores essenciais, como a dignidade e a autonomia dos indivíduos<sup>188</sup>. Em outra decisão recente, a Corte anulou uma emenda constitucional que tinha por intenção evitar a aplicabilidade de suas decisões no sentido de que o regime da função pública fosse aplicado retroativamente aos titulares de cargo em exercício<sup>189</sup>. Ela sustentou que a emenda infringia os princípios constitucionais essenciais que protegem a "meritocracia". Mesmo para os defensores da doutrina, essa dinâmica expansiva é perturbadora. Com isso, amplia-se as preocupações democráticas associadas à doutrina e, ao tornar a constituição indevidamente rígida, pode levar os políticos a mecanismos de mudança mais disruptivos, especialmente a substituição constitucional por atacado.

Mais importante, existem razões para se pensar que a doutrina poderá também se mostrar subinclusiva. Ele não apenas tenderá a ser usada onde não é necessário, mas também falhará onde for mais importante. Como mostraram os exemplos colombiano, venezuelano e húngaro, esses casos exigem que os tribunais tomem decisões para impedir atores altamente populares e poderosos em casos que tocam seus interesses principais e durante períodos de estresse institucional e constitucional. Os exemplos acima mostram que as cortes foram capazes de desempenhar um papel significativo, mas com resultados variados. A Colômbia continua sendo o principal exemplo positivo, em que uma decisão judicial é creditada por ajudar a salvar a democracia no país<sup>190</sup>. Na Hungria, ao contrário, a Corte Constitucional desempenhou um papel muito mais ambíguo, bloqueando algumas medidas individuais, mas recusando-se a empregar a doutrina básica da estrutura constitucional diante de uma pressão política significativa<sup>191</sup>. Além disso, à medida que o Fidesz continua a controlar as alavancas

<sup>186</sup> Ver ELY, John Hart. *DEMOCRACY AND DISTRUST*, p. 181-82, 1980 (argumentando por uma defesa procedimental do direito constitucional dos Estados Unidos, chamada "reforço da representação", como uma maneira de combater a dificuldade contramajoritária).

<sup>187</sup> Considere também os casos recentes na Índia, onde a Corte usou a doutrina básica da estrutura para limitar os esforços para estabelecer um sistema paralelo de tribunais administrativos separados do judiciário comum e mais dependentes do governo. Ver Ramachandran, nota 183, 122-23 (listando casos). É verdade que esse tipo de ação poderia ser usada como parte de um plano de constitucionalismo abusivo, mas, no contexto em que as normas relevantes foram derrubadas, não havia essa ameaça.

<sup>188</sup> Ver Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], Julio 22, 2011, Sentencia C-574/11, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.), disponível em: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>.

<sup>189</sup> Ver Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], Agosto 27, 2009, Sentencia C-588/09, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.), disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-588-09.htm>.

<sup>190</sup> Ver subseção 2.2.

<sup>191</sup> Ver texto acompanhando as notas 74-75.

políticas do país, ele avançou para obter um controle efetivo sobre a Corte. No longo prazo, é improvável que ela consiga realizar uma fiscalização efetiva sobre o Fidesz.

Há razões para pensar que o exemplo colombiano é excepcional. Como apontaram os comentaristas, os atores políticos podem pagar um preço alto, tanto internacional quanto domesticamente, por desobedecerem as decisões judiciais<sup>192</sup>. As decisões ainda podem ser ignoradas e as cortes hostis fechadas, mas é mais difícil para os políticos tomarem essas medidas hoje do que um dia foi<sup>193</sup>. Nesse sentido, os tribunais são mais relevantes durante os episódios de constitucionalismo abusivo do que nos golpes militares clássicos. A maneira mais fácil de um regime autoritário híbrido ou competitivo controlar uma corte é preenchê-la com seus correligionários - assim ela fica relativamente silenciosa e é improvável que sua composição manipulada adote ferramentas como a doutrina básica da estrutura contra o governo. Qualquer regime autoritário competitivo que esteja vinculado a um movimento político duradouro - como foi o caso da Venezuela e agora é o da Hungria - provavelmente conseguirá preencher as cadeiras da sua Corte Constitucional, uma vez que tenha tempo suficiente<sup>194</sup>.

### 3.4 A lacuna teórica da substituição constitucional

Um último problema com a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais é que ela repousa em fundamentos teóricos frágeis que deixam a substituição constitucional (em oposição à emenda constitucional) desprotegida contra práticas constitucionais abusivas. Essas fundações assumem que apenas as emendas constitucionais - e não a substituição da constituição em si - aumenta os riscos de abuso. No entanto, como mostrado na seção 02, tanto as emendas quanto a substituição constitucional aumentam esses riscos.

Diante da crítica sofrida pela doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais e mencionada acima (de serem antimajoritária), os estudiosos desenvolveram uma defesa essencialmente baseada em processos. Vicki Jackson, por exemplo, argumentou recentemente que a doutrina pode ser fortalecida se for vista não como um veto a todos os caminhos para a modificação democrática, mas sim afirmando que um método particular de mudança popular - a emenda constitucional - não está disponível e que os atores

---

<sup>192</sup> Ver, *e.g.*, Issacharoff, Courts, nota 173, 1010-11 (argumentando que as decisões das cortes atacam em vários contextos institucionais difíceis, embora admitindo que às vezes esses atores falham em desempenhar seu papel ou são ignorados por outras instituições).

<sup>193</sup> Contudo, existem diversos exemplos bem conhecidos dessas práticas. Em Belarus, o Presidente competitivo autoritário Alexander Lukashenko ignorou as decisões da Corte constitucional que haviam afirmando que ele violou a Constituição dezesseis vezes durante seus primeiros dois anos de mandato. Ver LEVITSKY & WAY, nota 27, 79. Na Rússia, talvez o exemplo mais conhecido de ineficácia judicial, o Presidente Yeltsin fechou uma Corte Constitucional recalcitrante, depois de ela declarar inconstitucionais vários de seus decretos relacionados ao processo constitucional. Ver Epstein et al., nota 98, 136-37.

<sup>194</sup> Na Venezuela, por exemplo, o judiciário desempenhou seu papel na fiscalização de Chávez no início de sua presidência, mas perdeu sua independência com o tempo. Ver URRIBARRI, Raul A. Sanchez. Courts Between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court, 36 LAW & SOC. INQUIRY 854, 854, 2011.



democráticos devem utilizar outro procedimento mais exigente<sup>195</sup>. Ela chama essa forma de revisão de “procedimento processual substantivo”<sup>196</sup>. Em alguns casos, é fácil identificar essa defesa da doutrina, como na Califórnia. Como muitas constituições estaduais fizeram ao mesmo tempo, a Constituição da Califórnia distingue entre “emenda” e “revisão” e exige que as revisões passem por procedimentos mais exigentes<sup>197</sup>. Ao dizer aos ramos políticos que eles não podem mudar a constituição via emenda, a Suprema Corte da Califórnia está, em essência, exigindo que as alterações constitucionais sejam feitas por meio do método de revisão mais exato.

A maioria das constituições estrangeiras não possui um procedimento explícito em duas vertentes para a mudança constitucional, mas é possível inferir algo assim se assumirmos que substituir a constituição é a alternativa para simplesmente alterá-la. Dessa maneira, a doutrina pode novamente ser entendida como uma salvaguarda do poder constituinte do povo. A teoria ajuda a reforçar a legitimidade democrática da doutrina, sugerindo que os tribunais que a aplicam estão apenas atuando como guardiões no sentido de exigir que os diferentes tipos de mudança sejam realizados pelo caminho correto em vez de interromper completamente o debate democrático sobre uma determinada questão. Certas mudanças requerem a deliberação de alto nível implícita na substituição constitucional, ao invés de procedimentos ordinários de emenda constitucional.

Essa posição está alinhada com a teoria do constitucionalismo de Bruce Ackerman nos Estados Unidos. Ackerman argumenta que, na maioria dos casos da história americana, os ramos políticos constituídos agiam sob as regras de uma ordem política existente, mas em algumas instâncias-chave (principalmente após a Guerra Civil e durante o New Deal) figuras políticas ganharam um apoio tão duradouro e profundo que eles efetivamente agiram em nome do povo para refazer a Constituição<sup>198</sup>. As defesas procedimentais da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais sugerem uma distinção semelhante entre os poderes constituídos comuns (que possuem apenas um poder limitado de emenda constitucional) e o detido pelo “povo” (que possui um poder pleno para refazer a ordem constitucional).

Também parece ser assim que a doutrina é entendida em muitos dos sistemas jurídicos que a utilizam regularmente. Por exemplo, a Suprema Corte da Índia considerou que a doutrina básica da estrutura constitucional induz à limitação ao art. 368 - que determina o poder do Parlamento de alterar a Constituição - e, presumivelmente, não o poder de uma Assembleia Constituinte ou outra entidade para substituir a Constituição por outra<sup>199</sup>. Mais explicitamente, a Corte Constitucional da Colômbia declarou que a “doutrina da substituição

---

<sup>195</sup> Ver JACKSON, Vicki. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Window into Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism, in BAUERLE, Michael. et al. eds. *DEMOKRATIE PERSPEKTIVEN: FESTSCHRIFT FÜR BRUN-OTTO BRYDE ZUM 70. GEBURTSTAG* 47, 60-62, 2013 (“Os procedimentos de emenda em camadas aplicados por meio de revisão processual substantiva têm o efeito de tornar algumas disposições mais difíceis, mas não impossíveis, de serem alteradas, garantindo assim os compromissos de justiça constitucional para manter seu enraizamento democrático ou consensual”).

<sup>196</sup> Ver id. 60.

<sup>197</sup> Ver texto acompanhando a nota 165.

<sup>198</sup> Ver ACKERMAN, nota 142, 6-7 (1991) (“[Uma] constituição dualista procura distinguir entre duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão do povo americano; a segunda, do seu governo.”)

<sup>199</sup> Ver KRISHNASWAMY, nota 181, 30 (observando que a corte de Kesavananda fez uma distinção importante entre alteração e substituição).



da Constituição” limita emendas constitucionais pelo Parlamento ou via referendo, mas não a substituição constitucional pela Assembleia Constituinte<sup>200</sup>. Segundo a Corte, apenas as pessoas que atuam por meio de uma assembleia constituinte podem exercer o “poder constituinte original” necessário para fazer certas mudanças fundamentais na ordem constitucional<sup>201</sup>.

A defesa teórica da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais pressupõe, portanto, uma distinção cabal entre as emendas constitucionais e a da própria constituição. Pressupõe que apenas as emendas estão sujeitas a práticas constitucionais abusivas, enquanto a substituição constitucional é sempre realizada pelo próprio povo. Esses argumentos tiveram um impacto significativo na teoria e na prática constitucionais comparadas. Na pesquisa acadêmica, eles se voltam à concepção clássica de visões de constituição como um ato legalmente não controlado e incontrolável<sup>202</sup>. Os teóricos tradicionais Emmanuel Joseph Sieyes e Carl Schmitt encaram a constituição como um ato realizado por um poder que é necessariamente superior a qualquer outra força política existente<sup>203</sup>. Isso ficou conhecido como a teoria do “poder constituinte originário”. Sieyes, por exemplo, escreve que a vontade nacional não está sujeita a uma constituição, enquanto Schmitt argumenta que as constituições são criadas por atos de vontade política e que isso coexiste mesmo após a elaboração das constituições. Ambos os teóricos sugerem uma visão do que Joel Colon-Rios chamou de “constitucionalismo fraco” - a ideia de que o povo tem o poder inerente de refazer sua ordem constitucional a qualquer momento, sem restrições pela ordem política existente<sup>204</sup>. Muitos estudiosos, incluindo Bruce Ackerman, expressaram insatisfação com a visão de Sieyes/Schmitt sobre a constituição, mas nenhum realmente ofereceu um mecanismo para restringir a substituição constitucional abusiva<sup>205</sup>.

<sup>200</sup> Ver, e.g., Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], Octubre 19, 2005, Sentencia C-1040/05, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.). Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>.

<sup>201</sup> A Constituição da Colômbia explicitamente contempla emendas ou substituições constitucionais pela Assembleia Constituinte. Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art. 376.

<sup>202</sup> Ver Landau, Constitution-Making, nota 3, 932.

<sup>203</sup> Ver SCHMITT, Carl. *CONSTITUTIONAL THEORY* 125-26 (Jeffrey Seitzer trans., 2008); SIEYES, Emmanuel Joseph, *WHAT IS THE THIRD ESTATE?* 17, 1963. Com isso não quero implicar a identidade de ambas as teorias; algumas importantes diferenças são discutidas em COLON-RIOS, Joel. *WEAK CONSTITUTIONALISM: DEMOCRATIC LEGITIMACY AND THE QUESTION OF CONSTITUENT POWER* 88, 2012.

<sup>204</sup> Ver RIOS, nota 204, 1-2; ver também ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process, *45 DUKE L.J.* 364, 394-96, 1995 (argumentando que a elaboração constitucional por meio de dispositivos populares, como assembleias constituintes, produzirá um resultado melhor e permitirá mais deliberação na política).

<sup>205</sup> Ver, e.g., ACKERMAN, Bruce. *WE THE PEOPLE 2: TRANSFORMATIONS* 11, 1998 (distinguindo cuidadosamente a teoria do poder constituinte originário de sua teoria da transformação constitucional americana e afirmando que a primeira consiste no ponto em que “a lei termina e a pura política (ou guerra) começa”); ARATO, Andrew. Forms of Constitution-Making and Theories of Democracy, *17 CARDOZO L. REV.* 191, p. 230-31, 1995 (rejeitando um modelo “soberano” de elaboração constitucional por ser excessivamente majoritário e por não permitir aprendizado sequencial). Arato possui um modelo altamente desenvolvido de elaboração constitucional “pós-soberana”, que se baseia em discussões em mesas redondas e restrições externas por cortes ou outros órgãos. Ver ARATO, Andrew. *CONSTITUTION MAKING UNDER OCCUPATION* 59-98, 2000. Mas essa cooperação em sua teoria emerge endogenamente e não é um produto de normas do texto constitucional existente, talvez porque ele se concentre nas transições de regimes autoritários em vez de criar constituições dentro de ordenas já democráticas.

A visão de Sieyes/Schmitt também deixou impressões importantes nos níveis da doutrina e da elaboração constitucional<sup>206</sup>. A doutrina do poder constituinte originário sustenta que o povo mantém seu direito inerente de sair da ordem constitucional existente e de substituir o texto constitucional a qualquer momento. A ordem constitucional restringe os “poderes constituídos” estabelecidos pelo texto, mas não pode impedir o “povo” de refazer sua própria ordem constitucional. No nível do desenho constitucional, relativamente poucas constituições contêm qualquer cláusula para regular sua própria substituição, uma vez que esse procedimento é visto como um ato que ocorre fora da ordem constitucional. Além disso, práticas de “poder constituinte originário” são vistos como associados à vontade popular e, portanto, dispositivos como assembleias constituintes e referendos são normalmente considerados consistentes com a doutrina. Assim, quando a substituição constitucional é regulada nos textos constitucionais, geralmente é ativada por meio do uso desses dispositivos e pode ser regulada por mecanismos populares menos exigentes ou sem dúvida menos complicados do que os necessários para alterar a constituição<sup>207</sup>.

O problema é que a substituição constitucional também faz parte do conjunto de ferramentas à disposição dos regimes abusivos - os quais podem controlar os processos que acionam a substituição ou de elaboração constitucional; figuras e movimentos poderosos podem, de maneira eficiente, remodelar a ordem jurídica a fim de atender seus interesses. Os exemplos retirados da Venezuela, do Equador e da Hungria mostram que a emenda e a substituição constitucionais são vistas pelos pretensos agentes autoritários como mecanismos complementares. De fato, as duas ferramentas são frequentemente empregadas por figuras políticas para substituir a ordem jurídica ou como parte de um pacote usado para entrincheirar indivíduos ou grupos no poder. Os casos equatoriano e venezuelano demonstram o primeiro padrão, pois Chávez e Correa se voltaram para a substituição constitucional porque teriam dificuldade em forçar a emenda por meio dos canais ordinários<sup>208</sup>. O caso húngaro demonstra o último modelo - o Fidesz assumiu o controle

<sup>206</sup> Rios e Hutchinson argumentam que referências ao “poder constituinte” basicamente desapareceram da teoria constitucional americana. Ver COLON-RIOS, Joel. HUTCHINSON, Allen. *Democracy and Revolution: An Enduring Relationship?*, 89 *DENV. U. L. REV.* 593, 597, 2012. A afirmação é mais questionável nos níveis da teoria constitucional estrangeira e da prática constitucional comparada de cortes e atores políticos, nos quais a doutrina permanece popular. Para alguns exemplos do uso da doutrina “poder constituinte originário” na América Latina, ver Landau, *ConstitutionMaking*, nota 3, 965-66.

<sup>207</sup> Um exemplo impressionante desse tipo de linguagem vaga e populista na elaboração constitucional se deu na Alemanha, onde a Lei Fundamental foi explicitamente pensada para ser um texto temporário a ser substituído na unificação. A cláusula relevante declara: “Esta Lei Básica, que desde a conquista da unidade e liberdade da Alemanha se aplica a todo o povo alemão, deixará de ser aplicada no dia em que uma constituição adotada livremente pelo povo alemão entrar em vigor”. GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I (Ger.) art. 146. Esse dispositivo forma uma lacuna surpreendente em uma ordem constitucional que, de outra forma, se protege contra mudanças constitucionais abusivas, tanto por meio de “democracia militante” quanto por normas não emendáveis. Ver Kay, nota 185, 726-27; ver também CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art. 376 (Colom.) (permitindo que uma Assembleia Constituinte, com procedimentos e características indefinidas, seja convocada por maioria de votos no Congresso, seguida de aprovação num referendo); CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, arts. 348-349 (Ven.) (permitindo que uma Assembleia Constituinte que substitua a Constituição seja convocada pelo Presidente, por dois terços do Congresso, por dois terços dos governos locais ou por 15% dos eleitores).

<sup>208</sup> Ver subseção 2.3.

suficiente do Parlamento para reformar e substituir a Constituição e usou os dois mecanismos estrategicamente para consolidar seu poder e neutralizar a oposição ao seu projeto<sup>209</sup>.

A substituição constitucional, portanto, permanece em grande parte desregulada na teoria e na prática constitucionais, o que a torna passível de abusos por parte de atores ou grupos poderosos que pretendem agir em nome do povo. O fracasso em regular os processos de substituição constitucional é uma lacuna significativa na teoria constitucional moderna. Parece importante que os textos constitucionais regulem os dois tipos diferentes de questões: as condições sob as quais a constituição existente pode ser substituída e o processo de criação de um novo texto constitucional<sup>210</sup>. Esse tipo de previsão de substituição constitucional não existe em nenhum lugar, embora elementos dela estejam presentes em vários desenhos constitucionais<sup>211</sup>. Observe que meu argumento aqui não entra no complexo debate jurisprudencial sobre se as constituições existentes podem, teoricamente, controlar os esforços de criar uma nova constituição ou se esses esforços se situam fora da ordem existente. A questão é pragmática: essas cláusulas podem ter efeitos sociológicos e psicológicos nas expectativas dos cidadãos, alterando suas práticas de maneira útil e diminuindo a probabilidade de uma ruptura destrutiva.

As regras para a ativação do mecanismo de substituição constitucional podem ser consideravelmente mais difíceis de alcançar do que as relativas às emendas constitucionais, diferente do que se dá na Hungria, onde elas são iguais ou menos rigorosas<sup>212</sup>. Isso decorre do fato de que a substituição é normalmente mais destrutiva para a ordem constitucional. E se os mecanismos de substituição pretendem ser a consagração do objetivo popular de refazer as instituições existentes, eles devem ser difíceis de ativar e aprovar. Por exemplo, a utilização de um referendo pode exigir que 10% dos eleitores registrados efetivamente votem e requerer a aprovação, talvez, de 75% deles para que se forme o procedimento de substituição. Essa também é outra área em que as restrições temporais podem ser úteis: por exemplo, os eleitores podem votar duas vezes a favor da autorização de uma assembleia constituinte, com uma diferença de pelo menos uma eleição intermediária separando as duas votações<sup>213</sup>. Como no contexto das emendas constitucionais, o uso do tempo seria útil para

<sup>209</sup> Ver subseção 2.4.

<sup>210</sup> Uma alternativa às cláusulas de substituição textual seria uma doutrina da substituição constitucional inconstitucional avaliada pelos juízes - em outras palavras, uma suposição de que o novo texto constitucional estaria vinculado por certos princípios fundamentais da ordem constitucional existente e que os juízes sejam encarregados de fiscalizar esses limites. Isso é conceitualmente possível: a constituição interina sul-africana, por exemplo, continha princípios fundamentais que precisavam ser respeitados no texto constitucional final e eles foram supervisionados pela Corte Constitucional. Ver, *e.g.*, ARATO, Andrew. Post-Sovereign Constitution-Making and its Pathology in Iraq, *51 N.Y.L. SCH. L. REV.* 535, 539, 2006 [doravante Pathology in Iraq] (descrevendo o modelo de dois estágios da África do Sul). O caso sul-africano foi extraordinário na medida em que os princípios eram textuais, não feitos por juízes. Uma doutrina totalmente elaborada por juízes enfrentaria sérios problemas, tanto do ponto de vista da teoria democrática quanto da aplicabilidade prática. Na Venezuela, por exemplo, as tentativas da Suprema Corte de fazer com que o processo de constituição cumpra o "espírito" da constituição existente se mostraram ineficazes. Veja o texto que acompanha as notas 52-56. Além disso, diferentemente de uma doutrina de emendas constitucionais inconstitucionais, uma doutrina de substituição constitucional inconstitucional parece realmente afastar qualquer mecanismo pelo qual uma política pudesse realizar certas mudanças fundamentais na ordem constitucional.

<sup>211</sup> Ver nota 213.

<sup>212</sup> Ver nota 76 (observando que as regras de alteração e substituição constitucionais eram idênticas na Hungria porque o país nunca aprovou uma constituição permanente após a transição democrática).

<sup>213</sup> Ver texto que acompanha as notas 151-152 (explorando a utilidade de limitações temporais no processo de emendas constitucionais).

evitar a substituição constitucional realizada apenas para servir aos interesses de determinados grupos ou atores políticos. Essas cláusulas de substituição podem regular o próprio processo de elaborar novas constituições. As constituições poderiam, por exemplo, impor requisitos de supermaioria de votos para convocação das assembleias constitucionais e também poderiam regular as regras eleitorais que seriam usadas para escolher esse corpo legislativo<sup>214</sup>. Essas cláusulas são importantes para garantir que o processo constituinte não seja sequestrado para fins majoritários. Vários estudiosos argumentaram que os modelos majoritários de elaboração constitucional tendem a levar a maus resultados e que eles deveriam procurar incentivar o consenso<sup>215</sup>.

Existe, é claro, o risco de que essas cláusulas sejam ignoradas. A substituição constitucional tende a ocorrer em momentos de crise política em uma sociedade e, nesses momentos, as restrições legais ao poder tendem a ser inoperantes. Os tribunais que tentam impor restrições nesses ambientes podem esbarrar nos limites de suas “zonas de tolerância” e serem ignorados ou fechados por tomarem decisões hostis<sup>216</sup>. Mas, como já foi observado, os atores políticos que procuram criar regimes híbridos provavelmente terão receio de desobedecer textos constitucionais claros; tais ações arriscariam entrar em conflito com as cláusulas democráticas examinadas anteriormente e potencialmente lhes custariam legitimidade nacional e internacional. Uma regulamentação clara das condições sob as quais a substituição constitucional pode ocorrer e do processo que deve ser seguido durante a elaboração da constituição deve ter pelo menos algum impacto na restrição do constitucionalismo abusivo. Parece provável, por exemplo, que tanto o Fidesz, na Hungria, quanto Chávez, na Venezuela, teriam cumprido regras constitucionais mais exigentes, se elas existissem. Ambos os atores pareciam receosos de cometer atos abertamente ilegais (em oposição a juridicamente ambíguos).

Um conjunto mais substancial de objeções às cláusulas de substituição constitucional decorre do fato de que existem pelo menos três tipos de linhas que podem ser difíceis ou impossíveis de serem traçadas por essa cláusula. Primeiro, é muito difícil distinguir exercícios

<sup>214</sup> A nova Constituição da Bolívia, de 2009, possui uma cláusula que faz um péssimo trabalho na regulação do início do seu processo de substituição, mas é incomum tentar regular o processo de constituição de acordo com as linhas sugeridas aqui. A cláusula prevê que uma “Assembleia Constituinte com plenos poderes” pode ser iniciada por 20% do eleitorado, por uma maioria absoluta da Assembleia Legislativa ou pelo Presidente e a proposta deve ser aprovada por referendo. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO (CONST. BOL.) (2009), art. 411 (Bol.). Essa estrutura, como a do Equador e da Venezuela, está sujeita à manipulação populista de um presidente forte. Ver nota 206. No entanto, a Constituição boliviana também prevê que as decisões da Assembleia sejam tomadas por maioria de dois terços e depois aprovadas em referendo. Ver CONST. BOL. (2009), art. 411. Esse tipo de dispositivo indica pelo menos uma regulamentação efetiva do processo de elaboração constitucional, embora deixe perguntas importantes sem resposta (como as regras eleitorais usadas para selecionar a Assembleia). Uma cláusula semelhante estava em vigor quando a Constituição de 2009 foi escrita e pode ter ajudado a restringir um processo extremamente confuso, produzindo uma Constituição de consenso. Ver Landau, *Constitution-Making*, nota 3, 958-59 (observando que as regras foram ameaçadas em vários pontos, mas finalmente seguidas).

<sup>215</sup> Ver, *e.g.*, Arato, *Pathology in Iraq*, nota 211, 540-51 (sustentando um modelo pós-soberano de criação constitucional); Landau, *Constitution-Making*, nota 3, 936-40 (defendendo um modelo de constitucionalismo que se concentre nos piores resultados - quebras de ordem ou deslizamentos da democracia em regimes autoritários competitivos); Partlett, nota 91, 239-40 (argumentando que a experiência russa mostra os perigos de um processo de elaboração constitucional sem restrições).

<sup>216</sup> Ver, *e.g.*, Epstein et al., nota 98 (observando que a Corte Constitucional da Rússia, tentando restringir Yeltsin durante o processo de elaboração constitucional da Rússia, atingiu o limite de sua zona de tolerância e foi fechado).

"genuínos" da vontade popular de exercícios "falsos" ou "manipulados". Uma cláusula de substituição, na prevenção de alguns atos "inautênticos" de substituição da constituição, provavelmente também impediria alguns atos "autênticos". Segundo, como Sujit Choudry argumentou, há situações que as constituições não regulam adequadamente, mas é muito difícil distingui-las das que são entendidas como pertinentes à ordem constitucional existente<sup>217</sup>. Existe um risco real de que uma cláusula de substituição tenha o viés de regular em excesso, controlando situações que são melhor tratadas fora da ordem constitucional existente. Finalmente, numa linha mais pragmática, há situações em que é melhor substituir uma constituição existente do que mantê-la. A longevidade constitucional não é um bem absoluto. Tom Ginsburg, Zachary Elkins e James Melton dão um exemplo óbvio - a Constituição libanesa de 1926, que estabeleceu um rígido acordo de compartilhamento de poder entre muçulmanos e cristãos, fracassou com a mudança da demografia que só foi resolvido após uma longa guerra civil<sup>218</sup>. Apesar de tudo, seria difícil para uma cláusula de substituição distinguir as situações em que ela é desnecessária das situações em que isso não ocorre, bem como existe o risco de uma cláusula de substituição manter algumas constituições ruins.

Todos esses problemas devem alertar os estudiosos quanto a eventuais recomendações sobre a incorporação de cláusulas de substituição constitucional, mesmo que eles não destruam totalmente a importância desses mecanismos. Nesse ponto, basta dizer que o fracasso em lidar com o problema da substituição constitucional é uma lacuna substancial na moderna teoria constitucional. As práticas do constitucionalismo abusivo mostram como as constituições podem, dentro da ordem democrática, ser substituídas oportunisticamente por líderes poderosos de formas muito destrutivas. No entanto, embora teóricos e tribunais tenham desenvolvido técnicas e doutrinas elaboradas para controlar as emendas constitucionais, eles deixaram a substituição constitucional como uma espécie de caixa preta.

#### 4 UMA REVISÃO CRÍTICA DAS RESPOSTAS ESTABELECIDAS E EMERGENTES NO DIREITO INTERNACIONAL

Mecanismos de defesa democrática são menos desenvolvidos no direito internacional do que no direito constitucional comparado. Há muito se observa que não existe um direito internacional da democracia plenamente estruturado. Historicamente, esses assuntos eram vistos como concernentes à governança interna e, portanto, além da preocupação do direito internacional<sup>219</sup>. Mesmo após a revolução dos direitos humanos no período pós-Segunda Guerra Mundial, que reformulou a maneira como os Estados tratam

<sup>217</sup> Ver Choudhry, nota 143, 229 (argumentando que os projetistas constitucionais devem perceber que há pontos em que o constitucionalismo falhará inevitavelmente). Choudhry falava de momentos constitucionais no estilo de Ackerman dentro de uma determinada ordem constitucional em vez de substituições das constituições.

<sup>218</sup> Ver GINSBURG, Tom. et al., nota 140, 34-35 (observando uma preferência modesta em favor da estabilidade constitucional na maioria das vezes, mas reconhecendo situações em que as constituições devem ser substituídas).

<sup>219</sup> Ver, e.g., FRANCK, Thomas M. The Emerging Right to Democratic Governance, 86 AM. J. INT'L L. 46, 46, 1992 (admitindo que, historicamente, as questões de governança interna estavam fora do escopo do direito internacional).



seus próprios cidadãos, a forma de governo permaneceu amplamente fora do escopo do direito internacional.

Não obstante, por várias décadas, pesquisadores afirmaram que um direito humano à democracia está emergindo e que o direito internacional não é mais neutro na questão da forma de governo<sup>220</sup>. Esses estudiosos enumeram vários tratados globais e regionais, declarações da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) e outras fontes para chegar a essa conclusão. Por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), embora não exija uma forma determinada de governo, inclui direitos relevantes, como o direito à liberdade de expressão, associação e voto<sup>221</sup>. Além disso, o Documento Final da Cúpula Mundial de 2005 declarou a democracia como um “valor universal”<sup>222</sup>.

Meu objetivo aqui não é examinar criticamente essa vasta literatura<sup>223</sup>. Em vez disso, restrinjo-me a examinar, na subseção 4.1, o principal mecanismo de execução que surgiu no nível regional, a cláusula de democracia<sup>224</sup>. Esses tipos de cláusulas geralmente suspendem a filiação a organizações regionais ou oferecem outras sanções a Estados que enfrentam “interrupções inconstitucionais” em sua ordem democrática ou que se enquadrem em condições semelhantes. Essas cláusulas podem ser bastante eficazes na detecção de golpes militares e outras violações óbvias na ordem democrática, mas não funcionam bem no combate ao constitucionalismo abusivo. Os mecanismos do constitucionalismo abusivo são sutis e ambíguos demais para desencadear claramente as cláusulas - por exemplo, muitas vezes não está claro se a ação é “inconstitucional” ou se a ordem democrática foi “interrompida”. Assim, a cláusula de democracia parece ser de uso limitado contra o que agora está emergindo como a principal ameaça à democracia.

A subseção 4.2 avalia respostas emergentes, na prática ou na academia, que aumentariam o escopo da revisão em nível internacional. A mais radical delas é a recente proposta da Tunísia, apresentada perante a Assembleia Geral da ONU no ano passado, para a

<sup>220</sup> Ver, *e.g.*, Fox & Nolte, nota 111, 6 (observando que “questões de governança doméstica [estão se movendo] do âmbito exclusivo do direito constitucional doméstico e entrando [no] campo de atuação do direito internacional dos direitos humanos”); Franck, nota 220 (argumentando que a democracia está se tornando um princípio do direito internacional público).

<sup>221</sup> Ver Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, arts. 19, 22, 25, Mar. 23, 1976, 999 U.N.T.S. 171.

<sup>222</sup> G.A. Res. 60/1, § 135, U.N. Doc. A/RES/60/1 (Oct. 24, 2005).

<sup>223</sup> Para algumas contribuições-chaves, ver, por exemplo, Fox & Nolte, nota 111 (argumentando que esse direito está surgindo); Franck, nota 220 (da mesma forma). Ver também FOX, Gregory H. Democracy, Right to International Protection, in *MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 35-36, 2012*. Disponível em: [http://www.mpepil.com/subscriber\\_article?script=yes&id=/epil/entries/law-9780199231690-e773&recno=1&author=Fox%20%20Gregory%20H](http://www.mpepil.com/subscriber_article?script=yes&id=/epil/entries/law-9780199231690-e773&recno=1&author=Fox%20%20Gregory%20H) (concluindo que esse direito continua a emergir, mas é prejudicado por discordâncias sobre a definição de democracia e por causa de diferenças regionais); FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. Introduction: The Spread of Liberal Democracy and its Implications for International Law, in \_\_\_\_\_, *DEMOCRATIC GOVERNANCE AND INTERNATIONAL LAW 1, 2, 2000* (“[Agora] está claro que o direito e as organizações internacionais não são mais indiferentes ao caráter interno dos regimes que exercem controle efetivo nos Estados ‘soberanos’.”); Marks, nota 19, 522-24 (argumentando que a ideia de tal direito permanece instável e problemática no direito internacional).

<sup>224</sup> Eu não me envolvo na controversa questão da intervenção pró-democrática. Ver, *e.g.*, MESQUITA, Bruce Bueno de. DOWNS, George. Intervention and Democracy, *60 INT’L ORG. 627, 647, 2006* (encontrando dados empíricos que apontam a improbabilidade de uma contribuição positiva oriunda da intervenção democrática); VAN DEN DRIEST, Simone. Pro-Democratic Intervention and the Right to Political Self-Determination: The Case of Operation Iraqi Freedom, *57 NED. INT’L L. REV. 29*, p. 46-48, 2010 (argumentando que a intervenção democrática põe em risco o direito internacional à autodeterminação).



criação de uma Corte Constitucional Internacional que atuaria como árbitro internacional de ações abusivas. Não descarto essas possibilidades emergentes de imediato, mas aponto as grandes dificuldades envolvidas para torná-las eficazes contra o constitucionalismo abusivo.

#### 4.1 Cláusulas democráticas

Nas Américas, assim como na África, e também nos documentos que governam os países da Commonwealth, um importante mecanismo de pressão pela democracia é a chamada “cláusula democrática”<sup>225</sup>. Essas cláusulas estabelecem que, em certas circunstâncias, uma transição de um regime democrático para um regime não democrático será punida por atores internacionais na região. A versão latino-americana da cláusula estabelece que um país pode ser suspenso da Organização dos Estados Americanos (OEA) se seu “governo constituído democraticamente tiver sido derrubado pela força”<sup>226</sup>. Outros documentos relevantes no sistema da OEA preveem a suspensão do país caso ocorra uma “interrupção inconstitucional da ordem democrática ou uma alteração inconstitucional do regime constitucional que prejudique seriamente a ordem democrática em um Estado-membro”<sup>227</sup>.

A cláusula contida na Carta da União Africana declara similarmente que o “[g]overnos que chegarem ao poder por meios inconstitucionais não poderão participar das atividades da União” e prevê conjuntos de sanções contra esses regimes<sup>228</sup>. Por fim, a versão da cláusula da Commonwealth é acionada “particularmente no caso de um derrubada inconstitucional de um governo eleito democraticamente” e estabelece um regime semelhante de sanções<sup>229</sup>. Não há dúvida de que golpes diminuíram acentuadamente nas regiões antes por eles marcadas e que adotam essas cláusulas, como têm ocorrido em todo o mundo<sup>230</sup>. É difícil dizer se a queda é causada por essas cláusulas ou por mudanças mais amplas nas atitudes políticas e sociais<sup>231</sup>.

<sup>225</sup> Para uma discussão geral, ver, por exemplo, PICCONE, Theodore J. *International Mechanisms for Protecting Democracy*, in HALPERIN, Morton H; GALIC, Mirna. eds. *PROTECTING DEMOCRACY: INTERNATIONAL RESPONSES* 101, 101, 2005.

<sup>226</sup> Carta da Organização dos Estados Americanos, art. 9, Dec. 13, 1951, 119 U.N.T.S. 3.

<sup>227</sup> Carta Democrática Interamericana, art. 19, Sept. 11, 2001, 40 I.L.M. 1289, disponível em: [http://www.oas.org/charter/docs/resolution1\\_en\\_p4.htm](http://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm). Observe que a Carta Democrática Interamericana, embora aprovada pela Assembleia Geral da OEA, não é em si um tratado e, portanto, tem um *status* incerto sob o direito internacional. Ver, *e.g.*, Piccone, nota 226, 105 (observando que a Carta não é um tratado, mas “é mais um passo à frente na elaboração de um sistema interamericano para prevenir e responder a falhas na governabilidade democrática”).

<sup>228</sup> Ato Constitutivo da União Africana, art. 30, July 11, 2000, 2158 U.N.T.S. 3.

<sup>229</sup> Programa de Ação da Declaração Commonwealth Harare, art. 3, Nov. 1995, disponível em: <http://www.thecommonwealth.org/Templates/Internal.asp?NodeID=35800>.

<sup>230</sup> Ver CENTER FOR SYSTEMATIC PEACE, POLITY IV: *REGIME AUTHORITY CHARACTERISTICS AND TRANSITIONS DATASETS: COUPS D’ETAT, 1946–2011*. Disponível em: <http://www.systemicpeace.org/inscr/inscr.htm> (observando uma queda constante na frequência de golpes desde a década de 1960).

<sup>231</sup> Para um estudo concluindo que a cláusula africana de fato impediu uma série de golpes, ver POWELL, Jonathan. LASLEY, Trace. *Constitutional Norms and the Decline of the Coup d’Etat: An Empirical Assessment* 19, Paper Presented at the Annual Meeting of the Southern Political Science Association (manuscrito não publicado) (arquivo do autor). Disponível em: [http://citation.allacademic.com/meta/p\\_mla\\_apa\\_research\\_citation/5/4/4/3/0/p544304\\_index.html?phpsessid=995ab0d34f7dde965dabbc7730edeb67](http://citation.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/5/4/4/3/0/p544304_index.html?phpsessid=995ab0d34f7dde965dabbc7730edeb67).

Meu ponto aqui é que, por mais eficazes que sejam essas cláusulas para deter ou punir golpes, elas têm aplicabilidade mais difícil contra os tipos de ações constitucionais abusivas pesquisadas na seção 02. O principal motivo para isso é que essas cláusulas geralmente exigem uma ação “inconstitucional” que “interrompa” ou “derrube” um governo ou a ordem democrática. Muitas vezes é possível obter um consenso de que essas condições foram cumpridas com relação a um golpe militar clássico. Mas é muito mais difícil alcançar esse diagnóstico com relação a um governo em exercício que toma medidas constitucionais abusivas para enfraquecer a ordem democrática. Às vezes, essas ações parecerão claramente constitucionais; na maioria dos outros casos, a constitucionalidade é pelo menos ambígua. Além disso, esses tipos de ações governamentais podem não parecer “derrubar” ou “interromper” uma ordem democrática, uma vez que os mesmos titulares tendem a continuar no governo.

Um exemplo recente de prática constitucional abusiva ilumina o ponto: a invocação da cláusula de democracia da OEA em Honduras<sup>232</sup>. O fato esclarecedor sobre o incidente hondurenho envolve dois perigos claros para a democracia: as manobras constitucionais abusivas do então presidente Manuel Zelaya, que procurou se firmar no poder substituindo a constituição existente e buscando remover os limites de sucessão para o próprio mandato, e a remoção militar de Zelaya do poder e do próprio país<sup>233</sup>. Embora apenas a segunda ação (que foi vista pela comunidade internacional como um claro “golpe de Estado”) tenha sido percebida como um perigo para a democracia, não se pode afirmar categoricamente que ela foi a mais significativa das duas ameaças.

Manuel Zelaya foi eleito presidente em 2006 como membro de um dos dois principais partidos do país, mas, durante seu mandato, alienou o partido da oposição e os elementos de seu próprio partido ao seguir uma agenda cada vez mais populista e se voltar para Hugo Chávez, da Venezuela. Zelaya juntou-se às organizações regionais e externas de política econômica criadas por Chávez e criticou os partidos políticos existentes como corruptos e ilegítimos<sup>234</sup>. A acusação era uma realidade na economia empobrecida e altamente desigual de Honduras, mas também começou a distanciar Zelaya de alguns membros de seu próprio

<sup>232</sup> O exemplo hondurenho tem sido amplamente discutido em trabalhos recentes. Ver, *e.g.*, HANDCUFFS, Albert, nota 144, 690-93 (argumentando que a impossibilidade de emenda à proibição da reeleição presidencial contribuiu para a crise); DIXON, Rosalind; JACKSON, Vicki C. *Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests*, 48 *WAKE FOREST L. REV.* 149, 159, 2013 (vendo o caso de Honduras como um exemplo do crescente fenômeno da interpretação constitucional extraterritorial). O autor trabalhou como parte de uma equipe de consultores acadêmicos da Comissão da Verdade e Reconciliação de Honduras e avaliou a legalidade das ações do Presidente Zelaya e daqueles que o tiraram do poder. O relatório foi publicado em 2011. Ver Feldman, Landau, Sheppard & Rosa-Suazo, nota 7, 8.

<sup>233</sup> Não pretendo implicar que a cláusula democrática seja o único mecanismo nas Américas destinado a proteger a democracia. Como já foi detalhado em outra parte, o sistema também inclui outros mecanismos, especialmente missões de Observação Eleitoral realizadas com o consentimento dos países. Ver, *e.g.*, PERINA, Ruben M. *The Role of the Organization of American States*, in HALPERIN, Morton H; GALIC, Mirna. eds. *PROTECTING DEMOCRACY: INTERNATIONAL RESPONSES* 127, 145, 2005 (apontando que as missões de observação eleitoral são “uma das atividades principais e mais visíveis” da Unidade para a Promoção da Democracia da OEA). Entretanto, esses mecanismos também costumam ser problemáticos ao lidar com regimes autoritários competitivos. Embora esses regimes possam parecer ter eleições livres e justas no dia da eleição, os governantes dificultam as eleições controlando a mídia, o financiamento eleitoral e outros recursos. Ver LEVITSKY, Steven. WAY, Lucan. *Why Democracy Needs a Level Playing Field*, *J. DEMOCRACY*, p. 58-60. Jan. 2010.

<sup>234</sup> Ver Feldman, Landau, Sheppard & Rosa-Suazo, nota 7, 10 (recontando os esforços de Zelaya para ingressar na Petro Caribe e na Alternativa Bolivariana para os Povos de Nossa América, ambas organizações controladas por Chávez).

partido. Além disso, em 2008, Zelaya começou a tomar medidas para substituir a constituição existente. Seguindo um manual semelhante aos já usados na Venezuela, na Bolívia e no Equador, ele argumentou que o texto existente era desacreditado e obsoleto e, portanto, precisava ser substituído por um atualizado, escrito em uma nova assembleia constituinte<sup>235</sup>. Ele nunca apresentou detalhadamente quais eram seus planos para o novo texto, mas numerosos comentaristas e pessoas ao redor de Zelaya sugeriram que pelo menos um dos principais objetivos da Assembleia seria conceder a Zelaya a possibilidade de concorrer a um segundo mandato<sup>236</sup>.

Como em muitos casos envolvendo constitucionalismo abusivo, a legalidade dos passos seguidos por Zelaya não era clara. O principal problema é que a Constituição hondurenha, como a maioria das constituições, tem dispositivos que regem o processo de emenda, mas não o de substituição da constituição<sup>237</sup>. O texto não discute as condições sob as quais a ordem constitucional hondurenha existente pode ser substituída. Além disso, a Constituição hondurenha contém certos dispositivos que supostamente são inalteráveis por qualquer método (as chamadas “cláusulas pétreas”): um deles limita os presidentes a apenas um mandato<sup>238</sup>. Isso acrescentou uma camada adicional de complexidade porque, mesmo que a substituição em si seja constitucional, é possível que a alteração das suas cláusulas pétreas seja considerada inconstitucional<sup>239</sup>.

De qualquer forma, um tribunal administrativo emitiu uma decisão e várias ordens subsequentes exigindo que Zelaya desistisse de realizar o referendo não vinculante; os recursos interpostos perante a Suprema Corte contra essa ordem não foram bem-sucedidos<sup>240</sup>. Zelaya alegou que essas medidas eram ilegais e prosseguiu com seus planos para um referendo não vinculante. Vários dias antes da realização da votação, seus apoiadores invadiram uma base militar e tomaram cédulas e outros materiais necessários para a realização da votação<sup>241</sup>. A OEA não ameaçou Zelaya com sua cláusula democrática. Em vez

<sup>235</sup> Ver Buscan crear vacío de poder en Honduras, *EL HERALDO* (Hon.) (Jan. 17, 2009), <http://archivo.elheraldo.hn/content/view/full/69737>.

<sup>236</sup> Ver id.

<sup>237</sup> O dispositivo que trata sobre emendas estabelece que elas podem ser realizadas por meio de dois terços dos votos em duas sessões ordinárias consecutivas do Congresso Nacional. Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS (CONST. HOND.), art. 373 (Hond.).

<sup>238</sup> Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS (CONST. HOND.), art. 374 (Hond.) (“O artigo anterior, o presente, os artigos referentes à forma de governo, ao território nacional, ao mandato presidencial e à proibição de ser novamente Presidente da República, no exercício seguinte, qualquer cidadão que já o tenha sido no período atual, a qualquer título, não poderão ser reformados.”); ver também id. art. 239 (“O cidadão que esteve à frente do Poder Executivo não pode ser eleito Presidente ou Vice-Presidente da República. Quem rompe com essa norma ou propõe sua reforma, juntamente com os que o apoiam direta ou indiretamente, será destituído imediatamente do seu cargo e permanecerá inelegível por dez anos para o exercício de qualquer função pública.”).

<sup>239</sup> Além disso, as etapas propostas por Zelaya incluíam poucas garantias de um processo justo. Por exemplo, em vez de a Corte Superior Eleitoral supervisionar o referendo supostamente não vinculante sobre a continuidade da Assembleia Constituinte, como era habitual em todas as eleições nacionais, o decreto de Zelaya pretendia colocar a supervisão nas mãos dos militares e a contagem de votos ficaria nas mãos da agência que conduziu o censo. Ver Feldman, Landau, Sheppard & Rosa-Suazo, nota 7, 32-35.

<sup>240</sup> Ver id., 25-28.

<sup>241</sup> ‘Mel’ empieza a quedarse sin respaldo, *EL HERALDO* (Hon.) June 26, 2009. Disponível em: <http://archivo.elheraldo.hn/content/view/full/156725>.

disso, o Secretário-Geral da Organização concordou - a convite de Zelaya - em enviar uma “Missão de Acompanhamento” para “testemunhar” o dia da votação<sup>242</sup>.

Dois dias antes da votação, na manhã de 28 de junho de 2009, vários membros do alto escalão das Forças Armadas entraram no palácio presidencial e disseram a Zelaya que ele deveria acompanhá-los - ele foi colocado em um avião para a Costa Rica, onde posteriormente deu uma coletiva de imprensa vestido de pijama<sup>243</sup>. Os militares alegaram ter detido Zelaya sob a autoridade de um mandado de prisão emitido pela Suprema Corte, embora a ordem fosse para que se levasse Zelaya para a frente da Corte, não para removê-lo do país<sup>244</sup>. Mais tarde, no mesmo dia, o Congresso se reuniu e, por maioria, retirou Zelaya do seu cargo e nomeou um substituto para o cumprimento do resto do mandato, o então Presidente do Congresso Roberto Michelletti<sup>245</sup>.

A reação internacional à remoção de Zelaya, particularmente por parte da OEA, foi ferozmente negativa. O incidente foi classificado como um “golpe” por praticamente todos na região, e houve uma comoção geral para que Zelaya fosse reintegrado ao seu mandato<sup>246</sup>. Após alguns esforços diplomáticos de curta duração do Secretário-Geral da OEA terem falhado nesse intento, a organização suspendeu Honduras com o uso da cláusula antigolpe a partir do voto favorável dos seus 33 Estados-membro<sup>247</sup>. A resolução se referiu à remoção de Zelaya como um “Golpe de Estado” e constatou que o fenômeno caracterizava uma “interrupção inconstitucional da ordem democrática” sob a cláusula democrática<sup>248</sup>. Muitos países importantes sancionaram Honduras, incluindo cortes de ajuda dos Estados Unidos e da União Europeia<sup>249</sup>. A suspensão não foi levantada até dois anos depois, quando Honduras teve uma eleição intermediária<sup>250</sup>.

<sup>242</sup> Repare que o Secretário-Geral se referiu a esta missão como uma “missão de acompanhamento” e não como uma missão de “observadores eleitorais”. Ver HUMAN RIGHTS FOUNDATION, *THE FACTS AND THE LAW BEHIND THE DEMOCRATIC CRISIS OF HONDURAS, 2009: A CONSTITUTIONAL AND INTERNATIONAL DEMOCRACY LAW ANALYSIS* 109-10, 2010. Disponível em: [http://www.thehrf.com/HRF\\_TheFactsAndTheLaw\\_Honduras2009.pdf](http://www.thehrf.com/HRF_TheFactsAndTheLaw_Honduras2009.pdf).

<sup>243</sup> Michelletti sucede a ‘Mel,’ *LA TRIBUNA* (Hon.) June 29, 2009. Disponível em: <http://old.latribuna.hn/2009/06/29/micheletti-sucede-a-“mel”>.

<sup>244</sup> Ver id.

<sup>245</sup> Essa ação do Congresso foi potencialmente problemática porque a Constituição não continha nenhum dispositivo que permitisse a remoção do presidente ou de outros funcionários pelo Congresso. Somente a Suprema Corte, após julgamento criminal, tinha o poder claro de destituir um presidente. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS (CONST. HOND.), art. 313, cl. 2 (Hon.).

<sup>246</sup> Ver UN Backs Honduras Leader’s Return, *BBC NEWS*. June 30, 2009. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/8127503.stm> (coletando as condenações apresentadas por agências governamentais, pela OEA e pela Assembleia Geral da ONU); ver também INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *HONDURAS: HUMAN RIGHTS AND THE COUP D’ ETAT 1, 2009* (concluindo que os eventos de Honduras constituíram um “golpe”), disponível em: <http://www.cidh.org/pdf%20files/HONDURAS2009ENG.pdf>.

<sup>247</sup> Ver THOMPSON, Ginger. LACEY, Marc. O.A.S. Votes to Suspend Honduras Over Coup, *N.Y. TIMES* July 4, 2009. Disponível em: [http://www.nytimes.com/2009/07/05/world/americas/05honduras.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/07/05/world/americas/05honduras.html?pagewanted=all&_r=0).

<sup>248</sup> Ver ORG. AM. STATES, Press Release, Organization of American States, *OAS Suspends Membership of Honduras*. July 5, 2009. Disponível em: [http://www.oas.org/en/media\\_center/press\\_release.asp?sCodigo=E-219/09](http://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-219/09).

<sup>249</sup> Ver MEYER, Peter J. CONG. RES. SERV., *HONDURAN-U.S. RELATIONS 16*, 2013. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/row/RL34027.pdf>.

<sup>250</sup> Ver OAS Lifts Honduras Suspension After Zelaya Agreement, *BBC NEWS*, June 1, 2011. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-13622939>.

O incidente em Honduras é ilustrativo por mostrar as fraquezas das cláusulas democráticas quando aplicadas ao constitucionalismo abusivo. A remoção de Zelaya pelos militares desencadeou uma forte resposta sob a cláusula da democracia porque substituiu um governo democrático a partir de uma flagrante violação das normas constitucionais<sup>251</sup>. O caso trouxe de volta memórias dos governos militares das décadas de 1970 e 1980 e, por isso, provocou uma forte reação na região. Por outro lado, as ações de Zelaya foram difíceis de enquadrar na mesma cláusula. A constitucionalidade de muitas de suas ações parecia basear-se em julgamentos constitucionais delicados, mas não havia um único ponto em que a ordem constitucional parecesse ter sido “interrompida” ou “suspensa”.

No entanto, a ameaça de Zelaya à ordem democrática foi bastante séria. Enquanto os militares retiraram-no do poder em óbvia violação das normas constitucionais, não demonstraram interesse em governar e entregaram o poder ao Presidente do Congresso. Zelaya, por outro lado, parecia prestes a tomar medidas unilaterais para substituir a constituição existente contra os desejos dos outros poderes estatais. Embora seus planos concretos para a nova ordem constitucional não fossem claros, havia exemplos óbvios de outras experiências recentes de criação constitucional nos países vizinhos - Venezuela e Equador - de que o processo de substituição poderia ser usado para fortalecer muito o poder do presidente em exercício e fragilizar as instituições concorrentes/fiscalizatórias. A resposta diferencial das instituições regionais internacionais a Zelaya e ao regime que o substituiu não fez sentido do ponto de vista da promoção da democracia<sup>252</sup>.

#### 4.2 Respostas emergentes e propostas no nível internacional: em busca de uma corte constitucional global?

A cláusula democrática pode ser aprimorada ou reescrita para lidar de maneira mais eficaz com práticas constitucionais abusivas ou é possível um regime alternativo mais eficaz? Essas questões são importantes porque determinarão qual o papel do direito internacional na prevenção do surgimento de regimes autoritários competitivos no futuro. Uma resposta completa para essa pergunta demandaria, provavelmente, um novo artigo. Mas posso oferecer algumas sugestões preliminares sobre o caminho que essa melhoria pode seguir.

Uma possibilidade seria aplicar as cláusulas existentes de maneira mais rigorosa para que elas abrangessem não apenas rupturas constitucionais flagrantes, como golpes militares, mas também violações constitucionais mais ambíguas de governos em exercício, como as

---

<sup>251</sup> Poucos atores argumentaram seriamente, por exemplo, que a remoção de Zelaya pelos militares foi baseada na ordem constitucional. No entanto, a legalidade de certas ações em torno da remoção tem sido mais controversa. Vários atores adotaram os dois lados da questão sobre se o Congresso tinha o poder de retirar Zelaya do cargo. Compare Feldman, Landau, Sheppard & Rosa-Suazo, nota 7, 57-61 (concluindo que a tentativa foi inconstitucional), e HUMAN RIGHTS FOUNDATION, nota 243 (idem), com Dixon & Jackson, nota 233, 174-80 (apontando o desacordo nas avaliações da ação do Congresso), e WALSH, Frank M. The Honduran Constitution is not a Suicide Pact: The Legality of Honduran President Manuel Zelaya's Removal, 38 GA. J. INT'L & COMP. L. 339, 2010 (concluindo que o poder de remoção poderia estar implícito nas circunstâncias).

<sup>252</sup> Isso não quer dizer que a OEA não tenha justificativa para sancionar a remoção. Ainda existem boas razões para sancionar intervenções militares na política. Além disso, a ação desestabilizou o país e levou a alguns abusos aos direitos humanos. Ver, *e.g.*, INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, nota 247 (detalhando o uso de estados de exceção e coletando evidências de abusos aos direitos humanos).



realizadas na Venezuela, no Equador e em Honduras<sup>253</sup>. Esse caminho provavelmente seria rejeitado. Muitos atos de constitucionalismo abusivo - por exemplo, na Hungria - parecem seguir inequivocamente as normas constitucionais vigentes. E, para aqueles que são ambíguos, uma declaração de atores internacionais de que a ação era de fato “inconstitucional” exigiria julgamentos constitucionais difíceis e controversos por “forasteiros” da ordem constitucional.

Como Vicki Jackson e Rosalind Dixon argumentaram recentemente, esse tipo de “interpretação constitucional extraterritorial” parece problemática, especialmente quando feita em casos controversos e usada de forma coercitiva<sup>254</sup>. Um bom exemplo é oferecido por eventos recentes no Paraguai, nos quais muitos países latino-americanos sugeriram novamente invocar a cláusula democrática da OEA após o impeachment de um presidente em exercício<sup>255</sup>. O impeachment recebeu o número necessário de votos no Congresso, mas ocorreu com extrema rapidez, levando muitos na comunidade internacional a classificá-lo como um “golpe parlamentar” que não seguiu o requisito do devido processo legal<sup>256</sup>. Mas como a Constituição do Paraguai deixa de especificar que tipo de processo é necessário para o impeachment, ou mesmo se é necessário qualquer devido processo legal, esse julgamento exigiria julgamentos constitucionais delicados por instituições internacionais sem conhecimento particular da Constituição do Paraguai. Parece duvidoso que esses julgamentos sejam viáveis ou desejáveis, sem falar na possibilidade de que tais intervenções sejam tomadas para fins políticos e não com o efeito de melhorar a democracia<sup>257</sup>.

Uma segunda possibilidade seria fornecer “receitas” constitucionais específicas entre os Estados - exigindo, por exemplo, que as constituições incluam certos elementos, como procuradorias, cortes constitucionais etc. Essa concepção “arrojada” de democracia também parece de improvável funcionamento prático. Seria necessário um consenso sobre o desenho constitucional que parece não existir na maior parte do mundo<sup>258</sup>. Mais fundamentalmente, práticas constitucionalistas abusivas podem funcionar construindo constituições que parecem democráticas em suas partes individuais, mas são autoritárias em sua performance geral ou a partir das formas pelas quais as instituições funcionam na prática. Instituições fiscalizatórias, como cortes ou procuradorias, existem em todos esses regimes; elas são simplesmente preenchidas com adeptos do governo ou ficam, de alguma forma, ineficazes. Kim Lane Scheppele recentemente rotulou o novo Estado húngaro de “Frankenstate” - aparentemente

<sup>253</sup> Ver Piccone, nota 226, 122-23 (argumentando que as cláusulas poderiam ser utilizadas para cobrir casos de “erosão democrática” e suas rupturas acentuadas, tais como os golpes).

<sup>254</sup> Ver Dixon & Jackson, nota 233, 154-56 (desenvolvendo o conceito de interpretação constitucional “extraterritorial”).

<sup>255</sup> Ver Paraguay: President Impeached, *N.Y. TIMES*, June 22, 2012. Disponível em: [http://www.nytimes.com/2012/06/22/world/americas/paraguay-president-impeached.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2012/06/22/world/americas/paraguay-president-impeached.html?_r=0).

<sup>256</sup> Ver Lugo Denounces Removal from Paraguay Presidency as Coup, *BBC NEWS*, June 24, 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-18569378>.

<sup>257</sup> Ver SCHNABLY, Stephen. Emerging International Law Constraints on Constitutional Structure and Revision: A Preliminary Appraisal, *62 U. MIAMI L. REV.* 417, p. 479-80, 2008 (observando que as lutas jurídicas internas podem ser “letais” para a democracia, mas expressando dúvidas sobre se a intervenção internacional pode funcionar de maneira produtiva).

<sup>258</sup> Ver Schnably, *Constitutionalism*, note 20, 198 (argumentando que “[o] desenho constitucional é muito fluido, muito vinculado à própria história, cultura, política e economia de cada país” para possibilitar um consenso mais amplo sobre democracia nas Américas).

democrático em seus detalhes individuais, mas com um efeito geral monstruoso<sup>259</sup>. Uma ordem constitucional pode ser facilmente desenhada para cumprir a agenda de órgãos fiscalizatórios e constituir, na prática, um regime autoritário.

Uma terceira possibilidade, potencialmente a mais eficaz, pode estar se desenvolvendo a partir da atual confusão húngara. A União Europeia, como observado na seção 02, apresentou uma resposta lenta e parcialmente ineficaz na Hungria. Embora os Estados devam passar por revisões rigorosas de sua ordem institucional para serem admitidos na União, uma vez admitidos, eles não estão mais sujeitos a esse tipo de revisão “dura”<sup>260</sup>. Como resposta, a União teve que montar um conjunto de ferramentas, como ações de infração perante o Tribunal de Justiça Europeu, entidade criada para outro fim. Mas agora os europeus estão pensando em elaborar outra instituição que realizaria revisões periódicas “duras” da ordem constitucional de todos os seus Estados para garantir que eles realmente funcionem como democracias liberais<sup>261</sup>. Estados que não atingirem as diretrizes estariam sujeitos a ações adversas da União. Teoricamente, tal abordagem deve ser superior às outras duas na detecção do constitucionalismo abusivo porque permite espaço para exatamente os tipos de análises complexas necessárias para identificá-lo e tratá-lo. Ainda assim, não está claro se existe um consenso para criar essa instituição na União Europeia; as perspectivas em outras regiões são muito mais sombrias no curto prazo.

A mais ousada de todas as propostas é o recente apelo por uma Corte Constitucional Internacional<sup>262</sup>. No meio dos complexos avanços e retrocessos democráticos da Primavera Árabe, o Presidente interino da Tunísia, Moncef Marzouki, argumentou que tal órgão seria útil precisamente como proteção contra o constitucionalismo abusivo. Como ele declarou em seu discurso na Assembleia Geral da ONU, “as ditaduras atribuem a si próprias uma ‘falsa legalidade’ organizando eleições fraudulentas e usando princípios democráticos para minar a própria democracia”<sup>263</sup>. A Corte teria poderes para combater esses abusos, por exemplo, “denunciando certas constituições ou cartas ilegais ou eleições ilegais ou fraudulentas”<sup>264</sup>.

Essa proposta é provocativa e potencialmente importante para iniciar um diálogo produtivo em nível internacional. A análise realizada neste artigo sugere questões importantes. Qual legislação seria aplicável a essa corte? Por um lado, parece não haver um corpo de direito internacional desenvolvido sobre o assunto, e o surgimento de um consenso suficientemente amplo sobre o conteúdo das instituições democráticas ainda está muito distante, mesmo na maioria das regiões. Por outro lado, se o tribunal fosse encarregado principalmente de aplicar a lei doméstica do Estado em questão, então levantaria os mesmos

<sup>259</sup> Ver SCHEPPELE, Kim Lane. Not Your Father’s Authoritarianism: The Creation of the “Frankenstate,” *EPS NEWSLETTER* (Am. Political Sci. Ass’n, European Politics & Soc’y Section), Winter 2013, 5.

<sup>260</sup> As revisões iniciais são chamadas de Critérios de Copenhague. Ver ECONOMIC ACCESSION CRITERIA, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/international/enlargement/criteria/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/international/enlargement/criteria/index_en.htm).

<sup>261</sup> Ver Scheppele, nota 260, 8. Observe que a Comissão de Veneza periodicamente oferece opiniões sobre vários aspectos das ordens legais e constitucionais dos Estados da Europa Oriental e emitiu numerosas consultas sobre a nova ordem constitucional húngara. Ver notas 77–80 e textos que as acompanham. Mas as opiniões da Comissão não têm efeito legal e fazem parte do sistema do Conselho da Europa (que inclui a Corte Europeia de Direitos Humanos), mas não da União Europeia.

<sup>262</sup> Ver, e.g., Institute for Democracy and Electoral Assistance, *International Constitutional Court Proposed to Protect Democracy*, May 4, 2013. Disponível em: <http://www.idea.int/wana/international-constitutional-court-proposed-to-protect-democracy.cfm> (introduzindo e avaliando a ideia).

<sup>263</sup> U.N. GAOR, 67th Sess., 12th, 13th, & 14th mtgs. Sept. 27, 2012. Disponível em: <http://www.un.org/News/Press/docs/2012/ga11295.doc.htm>.

<sup>264</sup> Id.

problemas enfrentados pelas cláusulas democráticas. Atos de constitucionalismo abusivo não violam flagrantemente o texto constitucional, e os organismos internacionais têm legitimidade suspeita para realizar interpretações finais de pontos ambíguos de uma ordem constitucional doméstica<sup>265</sup>. Portanto, é provável que tal corte seja capaz de eliminar violações flagrantes da ordem constitucional - eleições malfeitas, por exemplo -, mas não lidar com os atos mais sutis de constitucionalismo abusivo apontados nesta pesquisa.

Por último, uma comissão ou um órgão similar pode ser a forma institucional mais apropriada para esse desafio ao invés de um tribunal. A tarefa premente não é determinar se uma ação específica é legal ou ilegal dentro da ordem constitucional doméstica, ou mesmo se um tipo específico de instituição - como uma corte constitucional ou uma comissão eleitoral imparcial - está presente ou ausente nessa ordem. Em vez disso, é determinar se a ordem como um todo cumpre certos princípios básicos que a tornam adequadamente democrática e se um determinado episódio de mudança política ou constitucional tornou o regime marcadamente menos democrático do que era anteriormente. Esta é uma tarefa que pode ser concebida por um equivalente global da Comissão de Veneza, com um conjunto de *soft norms*, sendo difícil enxergar como isso poderia ser realizado por uma Corte Constitucional Internacional<sup>266</sup>.

## ■ CONCLUSÃO: UMA AGENDA IMPOSSÍVEL PARA A TEORIA CONSTITUCIONAL?

Meu principal objetivo neste artigo foi conceitual e descritivo. Argumentei que o enfraquecimento da democracia através do uso das ferramentas de mudança constitucional provavelmente será cada vez mais comum no futuro e que temos poucas respostas adequadas para isso no direito comparado e internacional.

A próxima pergunta é óbvia: podemos desenvolver mecanismos mais eficazes nos níveis doméstico ou internacional? Uma resposta honesta deve expressar algum reconhecimento da dificuldade da tarefa. Como os exemplos aqui mostraram, práticas constitucionais abusivas podem prosseguir através de uma variedade de rotas diferentes para alcançar os mesmos objetivos - a substituição constitucional pode ser usada se as tentativas de emenda forem frustradas, e os pretensos autoritários podem minar várias instituições diferentes, de maneiras distintas, para atingir seus objetivos. O caso húngaro é talvez o melhor exemplo desse problema de fungibilidade: o Fidesz alterou e depois substituiu a Constituição, além de ter utilizado múltiplas técnicas diferentes, constitucionais e legais, para desgastar ou impedir a capacidade fiscalizatória das instituições e fortalecer o seu próprio poder<sup>267</sup>. Por exemplo, o Fidesz deteriorou a autonomia e a independência do Judiciário alterando a jurisdição da Corte Constitucional, aumentando o seu tamanho e nomeando para o órgão pessoas simpáticas ao governo, modificando a idade da aposentadoria dos seus juízes e

<sup>265</sup> Ver Dixon & Jackson, nota 233, 174 (observando uma série de potenciais “riscos negativos” na prática da “interpretação constitucional extraterritorial”).

<sup>266</sup> Ver textos que acompanham as notas 259–261 (discutindo a possível criação de uma instituição na Europa para realizar revisões periódicas das ordens democráticas dos estados europeus, na esteira dos problemas na Hungria).

<sup>267</sup> Ver textos acompanhando as notas 73-76.

controlando a instituição com poder sobre nomeações judiciais ordinárias<sup>268</sup>. Encontrar respostas efetivas para esse tipo de comprometimento estrutural é uma tarefa complexa.

Ainda assim, a importância da prática do constitucionalismo abusivo pode ajudar a reorientar algumas das principais questões do campo constitucional. Por exemplo, recentes pesquisas financiadas com bolsas de estudo concentraram-se amplamente em políticas multiétnicas, as quais são vistas com maior probabilidade de enfrentar uma variedade de males, incluindo a violência e a derrubada democrática<sup>269</sup>. Mas o problema do constitucionalismo abusivo parece mais provável de surgir em políticas relativamente homogêneas, nas quais a contagem de votos tende a ser mais instável e os partidos políticos geralmente menos enraizados<sup>270</sup>. O problema do constitucionalismo abusivo sugere, assim, uma ampla agenda sobre o desenho das instituições e das eleições para acadêmicos que trabalham em Estados relativamente homogêneos.

Ademais, o problema do constitucionalismo abusivo reforça um ponto-chave: as regras formais incorporadas nas constituições costumam ser surpreendentemente fracas, e até mesmo as regras fortes podem ser capturadas em um número surpreendentemente alto de circunstâncias. O truque, é claro, é preservar o constitucionalismo diante dessa realidade. Em parte, as respostas a esse desafio estão na construção de um sistema formal mais complexo de mudança constitucional: é isso que as emendas ou as cláusulas de substituição constitucional fazem. Mas talvez a solução esteja mais significativamente no desenvolvimento de uma concepção diferente de constitucionalismo. A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais, e talvez as respostas europeias emergentes à Hungria, sugerem uma concepção mais substantiva de constitucionalismo - uma que afirma que uma constituição não é realmente constitucional a menos que efetivamente funcione de certas maneiras e adote determinados princípios fundamentais. A forma emergente dessas doutrinas e a distribuição de autoridade entre intérpretes domésticos e internacionais serão o foco principal do “diálogo global” de juízes e estudiosos constitucionais nos próximos anos.

---

<sup>268</sup> Ver textos acompanhando as notas 77-79.

<sup>269</sup> Para uma importante e recente contribuição, ver, em geral, *CONSTITUTIONAL DESIGN IN DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION?* (Sujit Choudry ed., 2008) (contendo uma série de ensaios com diferentes modelos para acomodar a diferença dentro das ordens constitucionais).

<sup>270</sup> Por outro lado, o voto em países multiétnicos costuma ser muito estável, visto que os interesses políticos se desintegram de maneira relativamente rígida em termos étnicos. Ver HOROWITZ, nota 174, 196 (observando que os resultados políticos nas sociedades multiétnicas podem parecer um “censo”).



# A AULA COMO OBJETO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR: UM GUIA PARA PROFESSORES CONTRA A DIVULGAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE SUAS AULAS

CLASSES AS THE OBJECT OF COPYRIGHT PROTECTION: A GUIDE TO PROFESSORS AND TEACHERS AGAINST UNAUTHORIZED DISCLOSURE OF THEIR CLASSES

HUGO LUÍS PENA FERREIRA\* | CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA DINIZ\*\*

## RESUMO

Ganhou relevância jurídica a pretensão de gravação de aulas para instruir denúncias contra professores por aquilo que é enigmaticamente referido como “doutrinação”. O incentivo à gravação e divulgação não autorizada de aulas de professores integra as táticas do movimento “Escola Sem Partido” (ESP), que impulsiona uma agenda multinível de alterações normativas com sentido geral de limitação da liberdade docente. A apresentação do ESP como “apartidário” por seus partidários é uma tentativa de encobrir sua forte proposta de negação do pluralismo político afirmado como fundamento da República no primeiro artigo da Constituição de 1988. O ordenamento jurídico protege as aulas como propriedade autoral do professor, a que correspondem direitos morais e patrimoniais. Tal proteção jurídica significa que a circulação de vídeos e gravações de aulas, sem autorização do professor, viola direitos de autor e enseja a responsabilidade civil de quem gravou e circulou indevidamente. O presente artigo pretende contribuir para visibilizar expedientes jurídicos disponíveis para professores que tenham seus direitos de autor violados. O objetivo principal é responder à questão: de que direitos dispõem professores cujas aulas tenham sido gravadas e divulgadas sem sua autorização, no contexto de perseguição à liberdade de expressão e ensino-aprendizagem por movimentos políticos como o ESP?

**Palavras-chave:** liberdade de cátedra; direitos de autor; propriedade imaterial; responsabilidade civil; “Escola Sem Partido”.

## ABSTRACT

The intent of recording classes as a means to consubstantiate claims against teachers and professors for so-called “indoctrination” has recently gained legal relevance. Inciting the recording and unauthorized public exposure of classes is one of the tactical expedients adopted by the “Escola Sem Partido” (ESP) – School Without Parties – movement, which pursues a multilevel agenda of statutory change geared towards restricting academic freedom. ESP is presented as non-partisan by its partisans, who attempt to cover their strong denial of political pluralism embodied in the Brazilian Constitution of 1988. The Brazilian legal system protects classes as copyright property pertaining to teachers/professors, to which moral and material entitlements ensue. Such legal protection means unauthorized public disclosures of videos or recordings of classes violate author’s entitlements and implicate civil liability of those responsible for unduly recording and disclosing them. This paper intends to highlight procedures available to teachers and professors whose copyright entitlements over classes have been breached. The main objective is to provide answers to the question: that rights do teachers and professors whose classes have been recorded and divulged without their authorization have, especially in a context of persecutory incentives carried out by political movements such as the ESP?

**Keywords:** academic freedom, copyright, immaterial property, civil liability; “Escola Sem Partido” (“School Without Parties”).

\* Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).  
Professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG)  
[hlpfhugo@gmail.com](mailto:hlpfhugo@gmail.com)

\*\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).  
Professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Jataí (UFJ)  
[carlosaugustodiniz@hotmail.com](mailto:carlosaugustodiniz@hotmail.com)

Recebido em 28-3-2020 | Aprovado em 10-6-2020





## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 O PROJETO ESCOLA SEM PARTIDO E O INCENTIVO À FILMAGEM E DIVULGAÇÃO DE AULAS; 2 DIREITOS DE AUTOR: REPRODUÇÃO DE AULAS GRAVADAS E DIREITOS PATRIMONIAIS DO PROFESSOR; 2.1 Direito autoral, direitos de autor e direitos conexos; 2.2 Direitos autorais como direitos personalíssimos: entre coisas e não-coisas; 2.3 A proteção jurídica da aula como direito personalíssimo do professor; 3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE AUTOR CORRESPONDENTES À VEICULAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE AULAS GRAVADAS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

Artigo publicado pelo jornal “Gazeta do Povo” em novembro de 2017 buscou orientar como pais deveriam proceder em casos de “doutrinação ideológica por professores”. O subtítulo da manchete afirmou que, com ou sem lei que aprovasse o projeto “Escola Sem Partido”, seria possível recorrer ao Judiciário em casos de “abuso em sala de aula”. O conteúdo da matéria é uma entrevista com o advogado Rafael Panichi. A segunda pergunta feita pela jornalista ao advogado indagava sobre os tipos de prova necessários para formular uma denúncia contra professores. A resposta do advogado começa com a afirmação de que “[t]odas as provas que não ilícitas podem corroborar a denúncia”, e termina arrolando “filmagens” como meios de prova admitidos.<sup>1</sup>

Poucos dias depois, a Gazeta do Povo lançou o “Monitor da Doutrinação”, descrito pelo jornal como “uma ferramenta que se propunha a receber relatos de doutrinação ideológica nas salas de aula brasileiras, que seriam publicados após rigorosa apuração jornalística”. Em essência, a plataforma incentivava o envio ao jornal de vídeos de professores que estivessem “doutrinando” seus alunos, aos quais a Gazeta do Povo poderia dar publicidade. O portal foi, após críticas, retirado do ar pelo próprio veículo de imprensa<sup>2</sup>.

Na esteira das eleições de 2018, a então deputada estadual eleita em Santa Catarina, Ane Caroline Campagnolo, publicou em redes sociais incentivo a que estudantes filmassem e enviassem vídeos de professores. A postagem dizia: “[f]ilme ou grave todas as manifestações político-partidárias ou ideológica.” (sic) À época, o juiz Eduardo Luz, da Vara de Infância e Juventude de Florianópolis, proferiu decisão pela retirada do conteúdo das publicações da deputada, por considerar não somente que o uso de celulares em sala de aula é proibido pela legislação estadual catarinense, mas também que a postagem “fere diretamente o direito dos alunos de usufruírem a liberdade de expressão da atividade intelectual, científica e de comunicação, e que deve ser exercida em sala de aula e no ambiente escolar

---

<sup>1</sup> GUGLIELMO, Brina. O que os pais podem fazer diante de casos de doutrinação ideológica? *Gazeta do Povo*, 6 nov. 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/o-que-os-pais-podem-fazer-diante-de-casos-de-doutrinacao-ideologica-9ket0n3op8kjeeb3sa7g1g82/>. Acesso em: 26. mar. 2020.

<sup>2</sup> GAZETA DO POVO. Gazeta do Povo tira do ar “Monitor da Doutrinação”. Entenda por quê. *Gazeta do Povo*, 10 dez. 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/gazeta-do-povo-tira-do-ar-monitor-da-doutrinacao-entenda-por-que-3lf43x0adm4bz2nc0p95lgqvo/>. Acesso em: 26 mar. 2020.

independentemente de censura ou licença”<sup>3</sup>. A decisão, no entanto, foi revertida por decisão monocrática em segunda instância no início de 2019, voltando a permitir que a deputada incentive as gravações em sala de aula<sup>4</sup>.

A sequência de eventos narrados acima sinaliza que ganhou relevância jurídica a pretensão de filmagem ou gravação de aulas para instruir denúncias contra professores por aquilo que é enigmáticamente referido como “doutrinação”. O movimento “Escola Sem Partido” (ESP) impulsiona a agenda multinível de alterações legislativas – nos âmbitos municipal, estadual e federal – e de litígios judiciais que, em seu conjunto, assumem o sentido geral de limitação da liberdade docente<sup>5</sup>. Tais movimentações são elementos de uma empreitada mais ampla: um projeto de reconfiguração cultural do papel do professor, consistente em posicioná-lo, em termos práticos, como um “inimigo público”, um perigo à formação de crianças e jovens, a ser fiscalizado, denunciado e coibido. Como resultado, a liberdade de expressão e de ensino aprendizagem é colocada em xeque.

O aspecto da propriedade intelectual passa ao largo do incentivo que o ESP faz à cessão não autorizada de aulas gravadas. O ordenamento jurídico protege as aulas como propriedade autoral do professor, a que correspondem direitos morais e patrimoniais. Tal proteção jurídica significa que a circulação de vídeos e gravações de aulas, sem autorização do professor, viola direitos de autor e enseja a responsabilidade civil de quem gravou e circulou indevidamente. Esse parece ser ou um ponto-cego na narrativa jurídica do ESP, ou um aspecto propositalmente negligenciado: dado que o aspecto de direitos de autor, associados ao direito à propriedade privada, comprometem a licitude dos procedimentos estimulados para denúncia a professores.

Nesse sentido, o presente artigo pretende contribuir para visibilizar expedientes jurídicos disponíveis para professores que tenham seus direitos de autor violados. Pretende-se, assim, responder a seguinte questão: de que direitos dispõem professores cujas aulas, uma vez gravadas, tenham sido divulgadas sem sua autorização, no contexto de perseguição à liberdade de expressão e ensino-aprendizagem por movimentos como o ESP?

Para tanto, a primeira seção levanta aspectos caracterizadores do movimento ESP e de sua campanha pela reconfiguração cultural do papel do professor e pela limitação jurídica à liberdade docente. Em seguida, a segunda seção aborda o regime da propriedade intelectual aplicável às aulas e os direitos patrimoniais envolvidos. A terceira seção aborda a responsabilidade civil por violação de direitos de autor, sugerindo remédios jurídicos para que o professor se contraponha a denúncias baseadas na divulgação não autorizada de gravações de suas aulas. Por fim, seguem-se as considerações finais.

<sup>3</sup> CONJUR. *Deputada eleita de SC deve apagar post pedindo que alunos denunciem professores*. Revista Consultor Jurídico, 1. nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-01/deputada-eleita-apagar-post-pedindo-filmagem-professores>. Acesso em: 26 mar. 2020.

<sup>4</sup> CONJUR. *TJ-SC autoriza deputada a incentivar aluno a denunciar professor*. Revista Consultor Jurídico, 25 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-25/tj-sc-autoriza-deputada-receber-denuncias-professores>. Acesso em: 26 mar. 2020.

<sup>5</sup> LIMA, Iana Gomes de; HYPOLITO, Álvaro Moreira. A expansão do neoconservadorismo na educação brasileira. *Educação e Pesquisa*, v. 45, 2019, p. 13.

## 1 O PROJETO ESCOLA SEM PARTIDO E O INCENTIVO À FILMAGEM E DIVULGAÇÃO DE AULAS

O Escola Sem Partido é uma associação fundada por Miguel Nagib em 2004, e que alcançou visibilidade nacional em 2014. O ESP, que “demonstra o crescimento das ideias neoconservadoras na educação”<sup>6</sup>, tem atuação multifacetada e multinível. Um dos principais eixos de atuação consiste no *lobby* que busca convencer casas legislativas nos âmbitos municipal, estadual e federal a adotar o modelo padronizado de anteprojeto de lei propagado pelo movimento. Além disso, o ESP estimula, por meio de seu site, o envio de notificações extrajudiciais a professores e escolas identificados como “doutrinadores”. O estímulo à gravação de professores por parte de estudantes é um dos pontos de destaque no site do ESP, que conta com um modelo de mandado de segurança voltado a assegurar um suposto direito de gravar aulas *para distribuir a terceiros*, sem autorização do professor. Este último aspecto é encarado como meio para possibilitar outro eixo de atuação principal do *lobby*: a divulgação de denúncias de práticas de “doutrinação” em sala de aula<sup>7</sup>.

Diversas foram as tentativas de promover mudanças legislativas destinadas a criar “um detalhado sistema de controle do trabalho docente, incluindo a divulgação de um cartaz com proibições em cada sala de aula<sup>8</sup> e pela criação de um sistema de denúncias.”<sup>9</sup> Dentre elas, merece destaque a que resultou na Lei nº 7.800/2016 do Estado de Alagoas, uma vez que esta foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5537 no Supremo Tribunal Federal. Em decisão liminar, o Ministro Barroso apontou a inconstitucionalidade formal e material da norma. No aspecto formal, afirmou que a temática da lei era de competência da União. No aspecto material, considerou que o nível de generalidade das vedações contidas na lei gerava risco de aplicação seletiva e parcial. “A norma é, assim, evidentemente inadequada para alcançar a suposta finalidade a que se destina: a promoção de educação sem ‘doutrinação’ de qualquer ordem. É tão vaga e genérica que pode se prestar à finalidade inversa: a imposição ideológica e a perseguição dos que dela divergem.” Salientou, ademais:

a norma impugnada expressa uma desconfiança com relação ao professor. Os professores têm um papel fundamental para o avanço da educação e são essenciais para a promoção dos valores tutelados pela Constituição. Não se pode esperar que uma educação adequada floresça em um ambiente acadêmico hostil, em que o docente se sente ameaçado e em risco por toda e qualquer opinião emitida em sala de aula. A lei impugnada, nesta medida, desatende igualmente ao mandamento constitucional de valorização do profissional da educação escolar<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Ibid., p. 10.

<sup>7</sup> Cf. RATIER, Rodrigo. *14 perguntas e respostas sobre o “Escola Sem Partido”*, p. 30; MANHAS, Cleomar. *Nada mais ideológico que “Escola Sem Partido”*, p. 11 e p. 26; RIBEIRO, Vera Masagão. Apresentação, p. 5. In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016

<sup>8</sup> Ver, a esse respeito, a análise presente em SANTOS, Tiago Ribeiro; CERVI, Gicele Maria. D. Quixote contra os moinhos: um ensaio sobre o Movimento Escola Sem Partido. *Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação*, v. 27, n. 105, 2019, p. 712-731.

<sup>9</sup> XIMENES, Salomão. O que o direito à educação tem a dizer sobre “Escola Sem Partido”? In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *Op. cit.*, p. 52.

<sup>10</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.537 / Alagoas*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília: 21 mar. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311456113&ext=.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

Embora a decisão judicial apontada sinalize, em sede liminar, as perspectivas de insucesso das inovações legislativas pretendidas pelo ESP, em razão de vícios de inconstitucionalidade, não se pode desprezar que o *lobby* obteve “recente sucesso em pautar o debate público nacional”<sup>11</sup>, tendo chegado a tornar-se um dos interlocutores do Ministério da Educação<sup>12</sup>. Nesse sentido, mais do que uma disputa pelo formato assumido pelas políticas públicas de educação, a envolver poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e o Ministério Público, o ESP busca alcançar seus objetivos por meio da disputa cultural. De fato, a atuação do ESP adquiriu relevante presença em redes sociais, de modo que “a disputa em torno do currículo educacional no Brasil transbordou os meios pedagógicos e jurídicos especializados, transformando-se em pauta populista e de senso-comum eleitoral, inclusive”<sup>13</sup>. Os objetivos de “limitar aprioristicamente a liberdade de ensinar, além de vedar o desenvolvimento de políticas públicas educacionais nos campos de gênero, sexualidade e formação cidadã”<sup>14</sup> e de instaurar nas salas de aula uma “censura ativa, de proibição a priori”<sup>15</sup> podem ser alcançados, ao menos em parte, para além das movimentações institucionais formais.

As representações do ESP estimulam a compreensão da figura do professor como inimigo. Para Carl Schmitt, o critério de demarcação do “político” está justamente na relação amigo-inimigo. “A contraposição política é a contraposição mais intensa e extrema, e toda dicotomia concreta é tão mais política quanto mais ela se aproxima do ponto extremo, o agrupamento do tipo amigo-inimigo.”<sup>16</sup> Schmitt aponta ainda que, em situações críticas, a necessidade de “pacificação intraestatal”, e portanto de unidade, leva a que o Estado determine o “inimigo interno”<sup>17</sup>. A caracterização do professor como este inimigo interno exerce o importante papel de forjar a unidade política pelo estímulo à luta a um inimigo comum.

Nesse sentido, o *lobby* e seus seguidores pretendem “criar um ambiente de ódio em relação aos professores e deixá-los com medo de fazer o seu trabalho de acordo com seu saber profissional.”<sup>18</sup> Um dos meios para fazê-lo consiste em fazer referência aos educadores brasileiros como um “exército organizado de militantes travestidos”<sup>19</sup>. Para essa concepção, os “professores doutrinadores” são “algozes” e os estudantes são as “vítimas”<sup>20</sup>. Nesse eixo, são utilizados termos genéricos para “enquadrar” professores: “doutrinação ideológica”, “ideologia de gênero” e “marxismo cultural”<sup>21</sup>. O resultado é a representação do professor,

<sup>11</sup> XIMENES, *Op. cit.*, p. 50.

<sup>12</sup> LIMA; HYPOLITO, *Op. cit.*, p. 12

<sup>13</sup> SEVERO, Ricardo Gonçalves; GONÇALVES, Suzane da Rocha Vieira; ESTRADA, Rodrigo Duque. A Rede de Difusão do Movimento Escola Sem Partido no Facebook e Instagram: conservadorismo e reacionarismo na conjuntura brasileira. *Educação & Realidade*, v. 44, n. 3, 2019, p. 23.

<sup>14</sup> XIMENES, *Op. cit.*, p. 50.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>16</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 31.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>18</sup> PENNA, Fernando. O ódio aos professores. In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016, p. 94.

<sup>19</sup> LIMA; HYPOLITO, *Op. cit.*, p. 10

<sup>20</sup> MANHAS, Cleomar. *Nada mais ideológico que “Escola Sem Partido”* In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *Op. cit.*, p. 19. Para uma análise de adjetivações utilizadas de modo associado à figura do professor em projetos de lei correlatos ao ESP, Cf. DALTOÉ, Andréia da Silva; FERREIRA, Ceila Maria. Ideologia e filiações de sentido no Escola Sem Partido. *Linguagem em (Dis)curso – LemD*, v. 19, n. 1, 2019, p. 209-227.

<sup>21</sup> PENNA, *Op. cit.*, p. 94.

de escolas e universidades como ameaças a crianças e jovens, como espaços de “corrupção dos inocentes”<sup>22</sup>.

Diante de tal cenário, o ESP estimula uma “cultura da delação”<sup>23</sup>. “A promoção do papel ativo dos estudantes na defesa de seus direitos, afirmado pelo ESP, resume-se, na verdade, ao papel de denúncia de seus professores; em outras palavras, ao papel de dedo-duro”<sup>24</sup>. Na construção do professor como inimigo público, aquele a quem cabe delatar e denunciar, alcança-se a “criminalização do trabalho pedagógico”<sup>25</sup>: ainda que esta não tenha sido obtida por inovação institucional formal, ela gera efeitos em termos de uma cultura persecutória nas salas de aula e também em termos de autocontenção ou autocensura por parte de docentes. No fundo, porém, a “censura aos professores implica a negação do direito à educação aos estudantes jovens”<sup>26</sup>.

A cultura da delação assim instaurada seria, segundo essa visão, justificável para preservar a “neutralidade” do professor em sala de aula frente a uma “audiência cativa” de estudantes. “Ora, o que significa neutralidade para os partidários do Escola Sem Partido? Para eles, neutralidade é sinônimo do enquadramento do professor aos pensamentos e crenças dos pais dos alunos.”<sup>27</sup> O *lobby* político do ESP se apresenta como “apartidário”<sup>28</sup>, mas há o “claro propósito de contribuir para que alguns princípios defendidos por autores considerados de esquerda sejam de alguma forma criminalizados e tidos como material ideológico que atenta contra crianças e jovens.”<sup>29</sup> Por exemplo:

Eixos temáticos como estudos de gênero, das diversidades socioculturais, debates sobre os direitos de minorias sociais, direitos humanos, história e cultura afro-brasileiras e indígenas, relações de poder e desigualdades sociais, conteúdos políticos - entre outros, que compõem em grande medida o currículo da disciplina de Sociologia - são frequentemente criticados e associados à noção de doutrinação ideológica nas publicações realizadas pela página da ESP (...) <sup>30</sup>

A apresentação do ESP como “apartidário” por seus partidários é uma tentativa de encobrir sua forte proposta de negação do pluralismo político afirmado como fundamento da República no primeiro artigo da Constituição de 1988. O ESP busca promover o que Carl Schmitt se refere como “despolitização”. Mas Schmitt o faz de maneira crítica e cética: para ele, *nada* escapa do domínio político. “Na verdade, [...] é uma forma típica e especialmente intensa de fazer política apresentar o oponente como político a si mesmo como apolítico (i.e., aqui: científico, justo, objetivo, imparcial etc.)”<sup>31</sup> O movimento, no fundo, “utiliza-se de uma

<sup>22</sup> Ibid., p. 98.

<sup>23</sup> GADOTTI, Moacir. *A Escola Cidadã frente à “Escola Sem Partido”*. In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *Op. cit.*, p. 151.

<sup>24</sup> FREITAS, Maria Virgínia de. *Jovens, escola democrática e proposta do “Escola Sem Partido”*. In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *Op. cit.*, p. 106.

<sup>25</sup> GADOTTI, *Op. cit.*, p. 152.

<sup>26</sup> FREITAS, *Op. cit.*, p. 107.

<sup>27</sup> VASCONCELOS, Joana Salém. *A escola, o autoritarismo e a emancipação*. In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *Op. cit.*, p. 80.

<sup>28</sup> RATIER, *Op. cit.* p. 33.

<sup>29</sup> CATELLI JR, Roberto. *A criminalização ideológica dos livros didáticos: a quem serve?* In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *Op. cit.*, p. 90.

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Ana Cláudia Rodrigues de; STORTO, Letícia Jovelina; LANZA, Fabio. A educação básica brasileira em disputa: doutrinação versus neutralidade. *Rev. Katálysis*, v. 22, n. 3, 2019, p. 472.

<sup>31</sup> SCHMITT, *Op. cit.*, p. 21.



falsa neutralidade e apartidarismo para questionar as escolas e seus professores e difundir concepções conservadoras”<sup>32</sup>.

## 2 DIREITOS DE AUTOR: REPRODUÇÃO DE AULAS GRAVADAS E DIREITOS PATRIMONIAIS DO PROFESSOR

A presente seção discute aspectos jurídicos correlatos que buscam situar o ato da divulgação não autorizada de aulas gravadas no tratamento conferido pelos direitos de autor. Num primeiro momento, a subseção 2.1 aborda aspectos do direito autoral, de direitos de autor e dos direitos conexos. Em seguida, a subseção 2.2 levanta a diferenciação entre “coisas” e “não coisas” para apontar aspectos personalíssimos atribuíveis dos direitos autorais, em contraste com aspectos patrimoniais. Por sua vez, a subseção 2.3 aborda a proteção jurídica da aula como direito personalíssimo do professor.

### 2.1 Direito autoral, direitos de autor e direitos conexos

A abordagem de direito autoral, direitos de autor e direitos conexos está diretamente ligada ao direito à propriedade. O Código Civil brasileiro classificou o direito de propriedade como sendo um direito real e no artigo 1.228 definiu o proprietário como “aquele que tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. A aplicação da noção de propriedade simultaneamente a bens corpóreos e incorpóreos se torna “difícil e árdua”, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves,

[...] a tarefa de conceituar a propriedade. Esta ‘mais se sente do que se define’, na expressão de Caio Mario da Silva Pereira, visto que ‘a ideia de ‘meu e teu’, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de conhecimento ou do desenvolvimento intelectual’. A própria origem do vocábulo é obscura, entendendo alguns que vem do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, designando o que pertence a uma pessoa. Assim, a propriedade indicaria toda relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo.<sup>33</sup>

Não menos importante é à disposição de que “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário” (Art. 1.231 do Código Civil), ou seja, trata-se de um direito real cujos limites somente podem ser dados pela legalidade estrita afinal não se pode limitar tal direito por qualquer ação, interpretação, analogia que não estejam de modo claro.

No mesmo sentido, “os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”. (Art. 1.232 do Código Civil). Portanto, o direito privado que tem no Código Civil um dos seus

<sup>32</sup> SEVERO; GONÇALVES; ESTRADA, *Op. cit.*, p. 11

<sup>33</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito das coisas*. 12. ed. Saraiva: São Paulo, 2017. v. 5, p. 224.

sustentáculos dispôs sobre especial proteção ao direito de propriedade e ao seu gozo exclusivo pelo proprietário.

Ratifica esse entendimento a lição de Newton Silveira de que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica” – a definição romana do direito de propriedade: *ius utendi, fruendi et abutendi*.<sup>34</sup> A Constituição Federal, especialmente no Art. 5º, elevou o direito de propriedade ao patamar de garantia individual e, portanto de cláusula pétrea. Merecem destaque os seguintes incisos:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

[...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

[...]

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Posterior ao texto constitucional, a Lei nº. 9.610/1998 definiu o que são as obras intelectuais:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

O termo “intangível” merece destaque, uma vez que deixa explícito, em conformidade com a Constituição Federal, que a proteção da propriedade não se limitará à propriedade material, mas abrange também a criação humana como fruto da capacidade de pensar em abstrato. Ainda quanto ao artigo 7º da Lei 9.610/1998 e sua relação com o trabalho docente, é importante destacar dois incisos que definem como obras intelectuais:

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

[...]

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

Logo, a propriedade demonstra uma dimensão que supera a sua dimensão material, pois “[n]o passado próximo, só se falava em propriedade material, portanto era comum pensar em transferência de propriedade material, em venda, cessão, locação de bens

---

<sup>34</sup> SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes*. 6 ed.. Barueri: Manole, 2018, p. 56.

materiais, como uma cadeira, uma casa, etc.”<sup>35</sup> A produção literária, por exemplo, é merecedora de toda a proteção jurídica necessária para resguardar os direitos do autor, seja originário ou derivado. Nesse caso, o objeto da proteção não é o suporte, como o livro, mas a manifestação do espírito, a manifestação artística impressa na obra. O mesmo vale para uma tela, um CD etc.<sup>36</sup> Nesse sentido, no caso da propriedade imaterial produzida pelo trabalho docente, não será meramente a aula como aspecto físico/material que será protegida, mas sim a sua dimensão quanto manifestação do espírito do professor.

A propriedade intelectual é necessariamente uma expressão da propriedade imaterial. Os direitos autorais, por sua vez, são espécie desse gênero. É possível traçar um panorama para situar a inserção dos direitos de autor como objeto de proteção. Num primeiro agrupamento, correspondente aos “direitos autorais”, encaixam-se: a) direitos de autor; b) direitos conexos; e c) programas de computador. Um segundo agrupamento é referido à “propriedade industrial”, e compreende a proteção a d) desenhos industriais; e) indicações geográficas; f) marcas; e g) patentes. Por fim, o terceiro grupo corresponde às “proteções *sui generis*”, de modo a englobar: h) cultivares; i) topografia; e j) conhecimentos tradicionais<sup>37</sup>. A análise aqui feita restringe-se ao aspecto dos *direitos de autor e direitos conexos*.

O Direito Autoral compreende todo o complexo de normas jurídicas que regem as relações e as consequências pertinentes à concepção de obras intelectuais artísticas, científicas e literárias oriundas de *criações do espírito*, devidamente exteriorizadas e afixadas num suporte tangível ou intangível. Isto é, são as normas que vão estabelecer quais criações serão passíveis de gerar direitos ao seu criador e/ou titular, e quais direitos e modalidades de exploração econômica serão<sup>38</sup>.

Direito do autor é o direito que todo criador de uma obra intelectual tem sobre a sua criação. Esse direito é personalíssimo, exclusivo do autor (art. 5.º, XXVII, da Constituição Federal). Constitui-se de um direito moral<sup>39</sup> (aspecto da *criação*) e um direito patrimonial (aspecto *pecuniário*). Está definido por vários tratados e convenções internacionais, dentre os quais o mais significativo é a Convenção de Berna. No Brasil, a Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 alterou, atualizou e consolidou a legislação sobre direitos autorais.

No ordenamento brasileiro, existe uma separação entre o direito do autor e direito autoral. Logo, direito do autor é o ramo do ordenamento jurídico que regulamenta a atribuição de direitos ligados ou relativos a obras literárias e artísticas, já o direito autoral

<sup>35</sup> PANZOLINI, Carolina; DEMARTINI, Silvana. *Manual de direitos autorais*. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria-Geral de Administração, 2017, p. 13

<sup>36</sup> Ibid., p. 14

<sup>37</sup> Ibid., p. 14

<sup>38</sup> Ibid., p. 14.

<sup>39</sup> Lei nº 9.610/1998: Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontrar legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

engloba, além disso, os direitos conexos, como os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão.

Nos termos do art. 22 da Lei nº 9.610 de 19/02/98, “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”. Enquanto o direito moral assegura a autoria da criação ao autor da obra intelectual, o chamado direito patrimonial regula a utilização econômica desta obra. Sequencialmente aparecem os direitos conexos, que se ligam aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e dos organismos de radiodifusão. Os direitos conexos são direitos paralelos aos direitos autorais, sendo referidos aos que trabalham ou contribuem para a difusão ou disseminação das obras e criações do espírito. Ademais, a Lei nº. 9.610/1998 estendeu a proteção dada aos direitos do autor para os direitos conexos.

## 2.2 Direitos autorais como direitos personalíssimos: entre coisas e não-coisas

Foram diversas as concepções que buscaram explicar a natureza jurídica dos direitos autorais. Entre elas, por algum tempo, figurou a compreensão de que os direitos autorais seriam *direitos reais* – como direito de propriedade imaterial. Porém, essa compreensão viria a ser superada por aquela que passou a entender que a natureza jurídica dos direitos autorais é de *direitos da personalidade* e, justamente por isso devem ser considerados *direitos personalíssimos* do autor.

Referido aspecto desperta a reflexão sobre as categorias de *coisas* e *não-coisas*, como desdobramentos da propriedade material e imaterial, respectivamente. Analisando esse fenômeno, mas com foco na informática, Tercio Sampaio Ferraz Junior traz algumas reflexões importantes para o raciocínio proposto na presente subseção:

A dificuldade em tratar o *software* como *res* ou mesmo como *coisa incorpórea* ou ainda como *objeto imaterial* permite uma rápida incursão semântica. A palavra latina *materia* resulta da tentativa dos romanos de traduzir a *hylé* grega, que, originariamente, significava *madeira* (wood, timber, lumber, Holz, Bauholz). O termo espanhol *madera* (em português: *madeira*) é uma reminiscência desse uso da palavra latina (*materia*). Na verdade tratava-se da madeira estocada nas oficinas dos carpinteiros. Nesse sentido, algo *amorfo* (de *morphé*), à espera da forma que lhe seria dada pelo carpinteiro. A dualidade *forma-matéria* lembra, assim, a expressão *Stoff*, do verbo *stopfen*, como um mundo (*stoffliche Welt*) que só se realiza ao tornar-se o preenchimento de algo. Donde o mundo material como aquilo que preenche as formas (*stoffing*). A palavra correspondente em francês é *farce* (Füllsel, Füllung, farcing), donde a possibilidade de se entender o mundo material (*stofflich*) como *Farce* (*farce*).<sup>40</sup>

<sup>40</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A erosão dos direitos subjetivos por força do desenvolvimento técnico (patentes, direito de autor). In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Novos Caminhos do Direito no Século XXI: Direito Internacional, Filosofia Jurídica e Política, Dogmática Jurídica e Direitos Fundamentais*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 458.

Assim, por exemplo, na medida em que o carpinteiro dava forma à madeira, ocorriam duas construções simultâneas: a primeira fazia com que surgisse o objeto *cadeira* e a segunda era o próprio *carpinteiro*, pois é acertada a compreensão de que o operário faz a coisa e a coisa faz o operário, como no poema *O operário em construção*, de Vinícius de Moraes<sup>41</sup>.

Dessa forma, sobretudo quando se considera que o processo de produção da propriedade intelectual/imaterial do professor envolve múltiplos momentos<sup>42</sup>, é necessário estabelecer a analogia com o trecho citado acima, ou seja, *o processo que antecede a aula nada mais é do que a madeira estocada à espera de que o carpinteiro lhe dê forma*.

E essa compreensão se coaduna com uma constatação bastante complexa do trabalho docente que é a seguinte: uma aula ministrada jamais poderá ser repetida. Não pode ser repetida pelo docente que a ministrou e muito menos por um discípulo, outro docente, ou quem quer que seja. É única, exclusiva. A aula corresponde a um direito *personalíssimo* do professor porque se o trabalho empenhado para a produção intelectual da aula for substituído, resultará em um produto diverso, ainda que esse produto também tenha suas peculiaridades.

Contribui ainda para reforçar a aula como direito *personalíssimo* do professor o fato de que a aula esconde seu processo de criação. Não se pode esquecer que o professor se faz professor na medida em que estuda, planeja e se engaja na relação de ensino-aprendizagem com um público específico.

O que aqui se aponta como *personalíssimo* é o aspecto moral da criação ou o chamado direito de autor *originário*<sup>43</sup>. Porém, juridicamente, é certo que os aspectos pecuniários atrelados aos direitos de autor – que envolvem o aspecto *derivado*<sup>44</sup> – são passíveis de transferência, nos termos do art. 49 da Lei nº 9.610/1998:

Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei

Porém, o aspecto *moral* ou *originário* do direito de autor não deixa de ser *personalíssimo* pela possibilidade de se realizar a transferência do aspecto *patrimonial* ou *derivado* desse direito moral (criação). Referida diferenciação é reforçada pelo paralelo

<sup>41</sup> MORAES, Vinícius de. *O operário em construção*. Rio de Janeiro, 1959. Disponível em: <http://www.viniciusdemoraes.com.br/pt-br/poesia/poesias-avulsas/o-operario-em-construcao>. Acesso em: 26 mar. 2020.

<sup>42</sup> São momentos deste processo, por exemplo: criação de um curso; definição das disciplinas; construção de ementa e bibliografia; escolha do docente; matrícula de alunos; estabelecimento de local e calendário; planejamento do curso da disciplina; definição da bibliografia; preparação da aula (pensando em si, na mensagem, e nos estudantes); utilização de sua imagem, voz, capacidade de análise, e de resposta a eventuais indagações etc.

<sup>43</sup> PANZOLINI; DEMARTINI, *Op. cit.*, p. 52

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 52



traçado por José de Oliveira Ascensão entre a titularidade dos direitos de autor e o direito ao nome:

Poderá o criador intelectual despojar-se do seu direito, de tal modo que ele surja desde o início da titularidade de terceira pessoa? Neste caso, o criador intelectual nunca seria, juridicamente, autor. O problema é conexo com outro que com ele por vezes se confunde, e tem sido considerado pela doutrina brasileira: o da cedência do direito ao nome. Em todo o caso, em rigor, na cedência já não haveria atribuição originária, pois o direito teria nascido na titularidade do criador intelectual, que só depois se desfaria dele: haveria pois transmissão.<sup>45</sup>

E prossegue:

A aquisição originária do direito de autor por terceiro representa como que um *plus* em relação à cedência do direito ao nome. Por outro lado, no tratamento do tema estarão necessariamente implicados aspectos ligados à personalidade do autor. [...] Concluiremos que hoje em dia não é possível a cedência definitiva do direito ao nome. A serem admissíveis contratos pelos quais o criador intelectual autoriza outrem a arrogar-se publicamente essa qualidade, nem por isso o direito à paternidade de obra se perde: o criador intelectual pode a todo tempo tornar pública a sua qualidade e vir reclamar a autoria. Há, pois, um núcleo, ligado à personalidade do agente, que se não perde nunca. [...] E será então possível estipular-se que a obra pertencerá originariamente a pessoa diferente do criador intelectual? Poderia, sustentar-se a negativa, invocando o direito pessoal do autor de 'reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra'.<sup>46</sup>

Dessa forma, percebe-se que, embora seja possível a transferência dos aspectos *derivados* – e portanto patrimoniais – dos direitos de autor, seu aspecto moral, de criação – ou originário – permanece personalíssimo.

### 2.3 A proteção jurídica da aula como direito personalíssimo do professor

A partir dos elementos abordados na subseção anterior, é possível compreender que o professor enquadra-se perfeitamente no conceito legal previsto na Lei nº 9.610/1998: “Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.” Ademais, o professor, como autor de propriedade intelectual, goza da proteção independentemente de registro de sua obra, ou seja, se fosse possível registrar suas aulas o professor teria a proteção legal mesmo que não as registrasse: “Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”.

Como proprietário do que se origina do seu trabalho, o professor goza de todas as garantias legais possíveis e necessárias para a proteção de sua obra intelectual/imaterial, conforme a previsão de proteção dos direitos morais e patrimoniais do autor (Arts. 24 a 45 da

---

<sup>45</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 109

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 110.

Lei nº 9.610/1998). Além disso, o Artigo 46 de referida lei reforça a proteção específica à aula como criação do professor:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, *sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou*. (ênfase acrescentada).

Ou seja, sem autorização prévia e expressa do professor, a Lei 9.610 proíbe a publicação integral ou parcial de apanhado de lições: não importa o suporte – se em um caderno, um texto em blogue, um áudio contido em um gravador ou um vídeo capturado por meio de um aparelho de celular.

Outros incisos do Art. 46 da Lei 9.610 precisam ser considerados. Nos termos do inciso II, não constitui violação de autor “a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”

A par do que não se considera *obra protegida* (art. 8º), a Lei de Direitos Autorais mantém as limitações elencadas no art. 48 da Lei de 1973, sendo mais severa com as citações e a reprografia. Assim é que o *uso privado* passa a ser limitado à ‘reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro’ (art. 46, II).<sup>47</sup>

Percebe-se, portanto, que o apanhado de lições, em qualquer suporte, para uso privado do estudante, não chega a caracterizar, em si, a violação a direitos de autor do professor. Porém, o problema proposto pelo presente ensaio é a *divulgação não autorizada* da aula gravada – prática esta incentivada pelo ESP<sup>48</sup>. Essa última hipótese se enquadra no inciso IV, já mencionado, e não no inciso II do Art. 46, visto que, nesse caso, não se destina a “uso privado do copista”.<sup>49</sup>

Ainda outro ponto a considerar é o inciso III do Art. 46 da Lei 9.610, segundo o qual não configura violação a direitos de autor: “a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, *para fins de estudo, crítica ou polêmica*, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra.”

Considerado de forma isolada, o dispositivo acima poderia ensejar a dispensa da autorização do professor para fins de reprodução de sua aula gravada. No entanto, verifica-se

<sup>47</sup> SILVEIRA, *Op. cit.*, p. 57.

<sup>48</sup> O foco do presente artigo não é o ato isolado da gravação, mas a distribuição, a terceiros, e sem autorização expressa do professor, de gravações de suas aulas. Os atos de gravar e repassar sem autorização são trabalhados em conjunto apenas na medida em que o primeiro é pressuposto do último. A ilegalidade consiste no ato de repassar adiante a gravação da aula sem autorização prévia e expressa de quem a ministrou.

<sup>49</sup> Fortalece o disposto no artigo 46, IV da Lei nº 9.610/1998, o Código Civil em seus artigos 1.231 e 1.232. Art. 1.231: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.” Art. 1.232. “Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”.

que os dispositivos contidos nos incisos III e IV se chocam, de modo a configurar uma antinomia.<sup>50</sup> Nesse caso, confrontam-se uma norma de caráter geral e outra de caráter especial. A regra do inciso III é mais geral: abrange “passagens de qualquer obra”, e autoriza a divulgação para fins de estudo, crítica ou polêmica. Já a regra do inciso IV é mais específica: refere-se somente ao “apanhado de lições em estabelecimentos de ensino”, e condiciona sua reprodução à autorização prévia e expressa do professor. Nesse caso, a solução do conflito aparente das normas se dá por meio do “critério de especialidade”, que:

é aquele com base em que, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. Também nesse caso a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que derroga uma lei mais geral, ou seja, que subtrai a uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diversa (contrária ou contraditória).<sup>51</sup>

A prevalência da necessidade de autorização prévia e expressa do professor para que a reprodução da aula possa ocorrer, conforme estabelecido pelo Art. 46, IV, da L. 9610, reforça a noção de que a *apropriação* e *desapropriação*, como elementos fundamentais para a transferência da propriedade, somente são possíveis no mundo do *dever ser*. Tal afirmação deve ser entendida como consuetudinária da noção rousseauiana de que a força – ou seja, um aspecto meramente *fático* – não serve de fundamento para a *obediência* e, portanto, não fundamenta o exercício da autoridade. Ele questiona: “Se um assaltante me surpreender num canto do bosque não somente será necessário, por força, que eu lhe entregue a bolsa como, se puder ocultá-la, não estarei em sua consciência obrigado a entregá-la, já que, afinal, a pistola que ele empunha é também um poder?” A isso, responde: “O mais forte jamais é bastante forte para ser sempre o senhor se não transformar sua força em direito e a obediência em dever. [...] A força é um poder físico; não vejo, de modo algum, que moralidade pode resultar de seus efeitos. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade; é, no máximo, um ato de prudência, em que sentido poderá ser um dever?”

E arremata: “Convenhamos, então, que a força não produz o direito e que não se está obrigado a obedecer senão aos poderes legítimos [...]”<sup>52</sup> Daí a noção de que o apropriar-se e o desapropriar-se decorrem de formulações no mundo do *dever ser*. Ou seja, somente pode ocorrer por intermédio do contrato<sup>53</sup> que necessariamente conterà a autorização do proprietário genuíno que permitirá a cessão de sua propriedade imaterial, que no caso refere-se ao professor a partir do momento em que a *propriedade* corresponde à sua própria essência manifestada na forma de produção intelectual.

Neste sentido, o estímulo à divulgação não autorizada de gravações de aulas, além de ferir seu direito de autor e conseqüentemente sua propriedade intelectual/imaterial, ainda afeta diretamente a forma como o professor passará a se relacionar com o mundo, pois a propriedade, em aspecto amplo, traduz em última análise a forma pela qual o indivíduo se

<sup>50</sup> Ver BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 240.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>52</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato Social*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 25.

<sup>53</sup> Cabe, a esse respeito, uma ressalva: a delimitação proposta para o presente artigo não compreende as hipóteses em que professores laborem mediante relações contratuais que tenham previsto, de modo expresso, a transferência dos aspectos *derivados* do direito de autor à instituição de ensino.

relaciona com o mundo. A captura *fática* da aula em um suporte específico – seja áudio, vídeo ou ambos – e sua divulgação de modo algum fundamentam a transferência da propriedade sobre a criação intelectual. Como dito, referida transferência apenas pode ocorrer no campo do *dever ser*, ainda que se refira a uma propriedade imaterial.

Cabe lembrar que o mundo no qual nos relacionamos foi inicialmente o mundo de coisas materiais. Este definiu o modo como o homem se relacionava, exteriorizava a sua essência, em meio a coisas concretas, materiais. Porém, vivemos um momento em que as *não-coisas* passaram a influir diretamente na nossa maneira de relação com o mundo, agora mais amplo, pois é composto não só de *coisas*, mas também de *não-coisas*.

Ora, a terceira, e atual revolução industrial, é a que implica a substituição das máquinas por aparelhos eletrônicos, cada vez mais miniaturizados em unidades de convergência tecnológica. [...] Nesse novo mundo, a memória do computador é uma *não-coisa* (*Unding*). Não é propriamente *imaterial*, porque não é propriamente consumível. Embora ainda ela exista enclausurada em coisas (*chips* de silício, raios laser), não é um objeto de uso. Não está ao alcance da mão (*vorhanden*), embora esteja disponível (*zuhanden*). [...] Tenha-se, pois, em resumo, os elementos da condição informática: a) novo veículo: meio informático (aparelho eletrônico); b) nova forma de reprodução: digitalização; c) sistema de comunicação instantâneo e global; d) um ser humano “aparelhado” (*Apparatmensch*). Segue daí a *descoisificação* (*Verundinglichung*) das criações intelectuais/imateriais em termos informáticos: *bit* como suporte *intangível*. Na verdade, a noção de intangibilidade é inadequada, pois construída a partir da percepção fisicamente nuclear da realidade. Propriamente, o *bit* não é a negação do tangível (*tangere* como *tocar com os dedos*). Por isso se fala de *não-coisa* (*Unding*). O termo vulgarizado para expressar esse novo estado ou forma de ser, é *virtual*.<sup>54</sup>

Dessa forma, a propriedade imaterial/intelectual do professor está inserida nesta terceira fase da revolução industrial e justamente por isso o professor atua e se relaciona conforme a capacidade do aparelho dos ouvintes/discentes, que, na fase do espetáculo, poderão tentar retirar-lhe a propriedade imaterial, mediante a divulgação não autorizada de gravações de suas aulas.

Note-se: o objeto da proteção autoral é *não-coisa*. O suporte pode pertencer a quem captura a aula em áudio ou vídeo. Não é sobre a propriedade do gravador, do celular, computador ou câmera que reside a controvérsia. Mas sobre o que *está enclausurado nessas coisas, fora do alcance da mão*: a aula ali encapsulada para *distribuição a terceiros*.

O que fazer diante da violação dessa *propriedade imaterial*? Em outros termos, de modo análogo à situação proposta por Rousseau<sup>55</sup>: e se lhe querem “tomar a bolsa no canto do bosque”? A seção 3, a seguir, procura oferecer caminhos jurídicos para a ação diante dessas situações.

<sup>54</sup> FERRAZ JUNIOR, *Op. cit.*, p. 461-2.

<sup>55</sup> ROUSSEAU, *Op. cit.*, p. 25.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE AUTOR CORRESPONDENTES À VEICULAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE AULAS GRAVADAS

Como visto, a autorização do detentor do direito personalíssimo é elemento indispensável para a sua veiculação ou utilização por terceiros. Qualquer violação a essa exigência e necessidade de autorização logicamente é compreendida como descumprimento de um dever jurídico determinado por normas de direito, ou seja, como ilícita. No ordenamento jurídico brasileiro, não existe o direito de *divulgar sem autorização prévia e expressa* uma gravação de aula. Mas o que fazer no caso de descumprimento?

Segundo o Código Civil (artigos 186 e 187) aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Também configura ilicitude a ação de quem comete abuso de direito, ou seja, extrapola os limites definidos para o exercício de um direito. Diretamente vinculada à noção configuração da ilicitude é a instituição da responsabilidade civil. O Código Civil, ao discipliná-la no Art. 927, apresenta a máxima de que quem comete ato ilícito e causa dano a alguém fica obrigado a reparar esse dano.

A capacidade que cada um tem de exercer seus direitos cria uma espécie de obrigação. O sujeito de direitos tem obrigações decorrentes de sua vivência em sociedade, conforme pontua Duguit: “Concebe-se, assim, para todos a obrigação de respeitar no outro o desenvolvimento pleno de suas atividade física, intelectual e moral e nessa obrigação reside o próprio fundamento do direito, constituindo regra social”<sup>56</sup>.

Cada vez que um atinge o direito de outro, causando-lhe lesão ou ameaça, o Estado deve intervir, fazendo cessar o dano causado e assegurar que o indivíduo que lesou tenha a obrigação de reparar o mal causado<sup>57</sup>. Dessa forma, a responsabilidade civil importa a obrigação que cada um tem de responder por suas condutas danosas praticadas no convívio social.

A responsabilidade civil está ligada a uma obrigação, no caso, uma obrigação gerada por uma ação ou omissão contra outrem. A ideia de reparação de dano envolve “os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil: a) conduta humana (positiva ou negativa); b) dano ou prejuízo; c) o nexo de causalidade”<sup>58</sup>. Encontrados esses três elementos, estará caracterizado o dever de indenizar.

Dessa forma, são fartos no ordenamento jurídico brasileiro os dispositivos que estabelecem o dever jurídico de respeitar as normas referentes a direito autoral para que não se incorra em prática de ato ilícito.

No entanto, como abordado na seção 1, o ESP estimula que estudantes gravem aulas de professores com o intuito veiculá-las a público, em caráter de denúncia a respeito do que entendem ser “doutrinação”. Para além do aspecto persecutório envolvido nessa prática, cumpre analisar, especificamente quanto ao aspecto da *propriedade*, que, na ausência de prévia e expressa autorização, a divulgação de aulas gravadas viola as proteções de direito de

<sup>56</sup> DUGUIT, Leon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 23.

<sup>57</sup> RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

<sup>58</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2004, v. 3, p. 28.



autor consubstanciadas na Lei 9.610/1998. O estudante que transmite a gravação de uma aula à plataforma do ESP, sem prévia e expressa autorização do professor, comete ato ilícito. Não somente o estudante, mas também a plataforma, se esta também divulgar, uma vez que a obrigação decorrente da Lei 9.610/1998 incide sobre ambos.

Uma vez ciente da divulgação não autorizada de sua aula, seja em suporte de áudio ou vídeo, o professor estará na posição jurídica de requerer, em juízo, além da cessação da divulgação, a indenização decorrente de utilização sem autorização de sua propriedade intelectual. Referida possibilidade encontra, entre seus fundamentos, o Art. 102 da Lei nº 9.610/1998:

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

O direito do professor de não ter sua obra utilizada fora dos limites legais traz implicações, em termos de responsabilidade civil, também para os provedores que hospedem, na internet, conteúdos em violação a seus direitos de autor, mediante comprovação de sua culpa ou dolo:

Resta claro que, sob a ótica do Marco Civil da Internet (Lei 12.695/2014), no âmbito do grande espectro da rede mundial de computadores, mais que as dos provedores de conexão, são as atividades abrigadas pelos provedores de aplicação (hospedagem, busca e conteúdo) que envolvem a responsabilização quanto às infrações legais de qualquer gênero. Nesse contexto, encontra-se evidenciado no diploma legal da internet que: a) não há qualquer ressalva em relação a efetiva responsabilização dos provedores de conteúdo (ou seja, que operam conteúdo gerado pelo próprio provedor), cabendo-lhes, portanto, sem restrições, as normas gerais de responsabilidade civil e penal, b) diversamente, no que tange aos provedores de hospedagem (que operam conteúdo gerado por terceiros) impõe a Lei 12.965/2014 a responsabilidade subjetiva – ou seja, dependente da apuração de culpa ou dolo – [...] <sup>59</sup>

Portanto, a hipótese de divulgação não autorizada da aula do professor, abordada no presente artigo, abre possibilidade jurídica para responsabilização do estudante (ou seu responsável) que transferiu sem autorização a aula gravada, de quem a divulgou e também do provedor do sítio de internet em que a divulgação ocorreu. Sua responsabilização surge da ilicitude do ato praticado.

Do ponto de vista dos elementos da responsabilidade civil é importante dizer que a *conduta humana*<sup>60</sup> está no ato de transmitir (ou enviar para que terceiro transmita) a aula gravada sem autorização do docente. O *dano/prejuízo*<sup>61</sup> é a violação do direito de autor devido ao ilícito de divulgar, sem observar os limites impostos pela Lei nº 9.610/1998, Art. 46, IV, a

<sup>59</sup> COSTA NETTO, José Carlos. *Responsabilidade dos provedores de internet nas violações a direitos autorais: Análise da legislação e precedentes jurisprudenciais*. Jota, 29 mar. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/responsabilidade-dos-provedores-de-internet-nas-violacoes-a-direitos-autorais-29032019>. Acesso em: 16 abr. 2020.

<sup>60</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 65

<sup>61</sup> Ibid., p. 65.

aula gravada. Por fim o *nexo de causalidade*<sup>62</sup> está no fato de que o ilícito e consequente prejuízo ao direito do autor não teria ocorrido não fosse a ação expressa na conduta humana divulgar fora dos limites impostos pela lei a aula gravada.

Encontrados todos os elementos da responsabilidade civil, configura-se a possibilidade/faculdade de que o professor acione o Poder Judiciário a fim de auferir reparação contra a violação a seu direito de autor.

Haverá o dever de indenizar sempre que for violado o direito do autor em qualquer dos seus aspectos. Indenização por dano material se o causador do dano obtiver proveito econômico com a obra do autor sem a sua autorização ou participação; indenização por dano moral se a agressão for contra os direitos morais do autor; indenização por danos morais e patrimoniais se ambos os direitos forem violados. Já se firmou a jurisprudência, como não poderia deixar de ser, no sentido de cumularem-se as indenizações por dano material e moral ocorrendo ofensa a ambos os direitos do autor. Quanto ao dano moral, entendo ser ele presumido, isto é, decorre da simples violação de qualquer um daqueles direitos morais do autor enunciados no artigo 24 da lei autoral, ainda que a violação não exponha o autor a nenhum sentimento de dor, vexame, sofrimento ou humilhação. O artigo 108 da Lei Autoral serve de suporte legal para essa conclusão ao dispor: “Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, o pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma: I. Tratando de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos; II. Tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor; III. Tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.”<sup>63</sup>

Vale lembrar ainda que voz, imagem e trabalho intelectual integram a aula. O desmembramento de um desses elementos (como por exemplo, somente a divulgação da gravação da voz, ou de uma foto do quadro do professor) não retira a proteção da propriedade intelectual enquanto direito personalíssimo.

Ademais, nos termos do artigo 932, inciso I, do Código Civil, os pais respondem por “fato de terceiro” dos “filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”. Nesse sentido, o professor lesado pela divulgação indevida de sua aula poderá ingressar com ação de reparação civil contra: (i) o estudante, se maior ou (ii) os pais do estudante, se menor, e (iii) a plataforma virtual divulgadora. Nessa ação, poderá pleitear, além da reparação, a suspensão da divulgação, nos termos do artigo 102 da Lei 9.610/1998.

---

<sup>62</sup> Ibid., p. 65.

<sup>63</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito Autoral e Responsabilidade Civil. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ*. v.4, n.13, 2001, p. 45.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento “Escola Sem Partido” (ESP) consubstancia um projeto de reconfiguração cultural do papel do professor, consistente em caracterizá-lo como um “inimigo público”, um perigo à formação de crianças e jovens, a ser fiscalizado, denunciado e coibido. Nessa esteira, age em diversas frentes em diversos níveis. Dentre as frentes encontram-se: (i) *lobbies* legislativos para adoção de anteprojeto de lei capitaneado pelo ESP; (ii) litígios judiciais e (iii) incentivos à filmagem ou gravação de aulas para instruir denúncias contra professores por aquilo que é enigmáticamente referido como “doutrinação”. Os níveis compreendem os âmbitos municipal, estadual e federal. Porém, mais do que isso, busca atuar sobre cada estudante e familiares, uma vez que procura arregimentar denunciadores nesses quadros. A atuação multifrentes e multinível no ESP coloca em xeque a liberdade de expressão e de ensino-aprendizagem.

Em seus impulsionamentos, os partidários do movimento ESP desconsideram uma implicação jurídica relevante e que emerge como consequência de suas estratégias adotadas: o incentivo que o ESP faz à divulgação não autorizada de aulas gravadas viola o regime jurídico da propriedade intelectual. O ordenamento jurídico protege as aulas como propriedade autoral do professor, a que correspondem direitos morais e patrimoniais. Tal proteção jurídica significa que a circulação de vídeos e gravações de aulas, sem autorização do professor, viola direitos de autor e enseja a responsabilidade civil de quem circulou indevidamente a gravação da aula.

O estímulo a passar gravações de aulas a terceiros, sem que seja colhida a prévia e expressa autorização do professor, configura a incitação – direcionada aos estudantes em geral, inclusive aos menores de idade – à prática de condutas ilícitas. O ESP, dessa forma, incentiva que estudantes cometam infrações legais por meio da violação a dispositivos da Lei 9.610, do Código Civil e da Constituição Federal. Evidentemente, o movimento ESP não deixa claro à audiência para a qual apela os riscos envolvidos na adesão às condutas propostas.

Professores cujos direitos foram violados devem buscar as reparações materiais em sede judicial. Mesmo que a reparação pecuniária não venha a ser o objetivo final do professor em referidas situações – afinal, o valor imaterial da liberdade de cátedra pode assumir preponderância na explicação dos padrões de conduta adotados por docentes –, é ainda assim importante responder aos ataques à liberdade docente com pedidos reparatórios, de modo a onerar, e assim desincentivar, a conduta estimulada pelo *lobby* do ESP e de seus partidários. No fundo, o expediente do pleito judicial de reparações é uma ferramenta para a proteção da liberdade de cátedra no Brasil.

Por fim, cumpre ressaltar a existência de certa ironia. O movimento ESP, que afirma existir um “marxismo cultural” a combater nas escolas, é o mesmo que incentiva estudantes a violar a *propriedade privada*: uma vez que os direitos autorais correlatos à aula são propriedade do professor.

## REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- CATELLI JR, Roberto. A criminalização ideológica dos livros didáticos: a quem serve? In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016, p. 83-92.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito Autoral e Responsabilidade Civil. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ*. v.4, n. 13, 2001, p. 43-50.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CONJUR. Deputada eleita de SC deve apagar post pedindo que alunos denunciem professores. *Revista Consultor Jurídico*, 1. nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-01/deputada-eleita-apagar-post-pedindo-filmagem-professores>. Acesso em: 26 mar. 2020.
- CONJUR. *TJ-SC autoriza deputada a incentivar aluno a denunciar professor*. *Revista Consultor Jurídico*, 25 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-25/tj-sc-autoriza-deputada-receber-denuncias-professores>. Acesso em: 26 mar. 2020.
- COSTA NETTO, José Carlos. Responsabilidade dos provedores de internet nas violações a direitos autorais: Análise da legislação e precedentes jurisprudenciais. *Jota*, 29 mar. 2019 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/responsabilidade-dos-provedores-de-internet-nas-violacoes-a-direitos-autorais-29032019>. Acesso em: 16 abr. 2020.
- DALTOÉ, Andréia da Silva; FERREIRA, Ceila Maria. Ideologia e filiações de sentido no Escola Sem Partido. *Linguagem em (Dis)curso – LemD*, v. 19, n. 1, 2019, p. 209-227.
- DUGUIT, Leon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- ESCOLA SEM PARTIDO. *Escola sem partido disponibiliza modelo de petição para garantir direito de líquido e certo de gravar aulas*. Fev. 2020 Disponível em: <https://escolasempartido.org/blog/escola-sem-partido-disponibiliza-modelo-de-peticao-para-garantir-direito-liquido-e-certo-de-gravar-aulas/>. Acesso em: 26 mar. 2020.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A erosão dos direitos subjetivos por força do desenvolvimento técnico (patentes, direito de autor)*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Novos Caminhos do Direito no Século XXI: Direito Internacional, Filosofia Jurídica e Política, Dogmática Jurídica e Direitos Fundamentais*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- FREITAS, Maria Virgínia de. Jovens, escola democrática e proposta do “Escola Sem Partido”. In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016, p. 101-108.
- GADOTTI, Moacir. A Escola Cidadã frente à “Escola Sem Partido”. In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016, p. 149-160.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2004. v. 3

GAZETA DO POVO. Gazeta do Povo tira do ar “Monitor da Doutrinação”. Entenda por quê. *Gazeta do Povo*, 10 dez. 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/gazeta-do-povo-tira-do-ar-monitor-da-doutrinacao-entenda-por-que-3lf43x0adm4bz2nc0p95lgqvo/>. Acesso em: 26 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito das coisas*. 12. ed. Saraiva: São Paulo, 2017. v. 5.

GUGLIELMO, Brina. O que os pais podem fazer diante de casos de doutrinação ideológica?. *Gazeta do Povo*, 6 nov. 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/o-que-os-pais-podem-fazer-diante-de-casos-de-doutrinacao-ideologica-9ket0n3op8kjeeeb3sa7g1g82/>. Acesso em: 26. mar. 2020.

LIMA, Iana Gomes de; HYPOLITO, Álvaro Moreira. A expansão do neoconservadorismo na educação brasileira. *Educação e Pesquisa*, v. 45, 2019, p. 1-15.

MANHAS, Cleomar. Nada mais ideológico que “Escola Sem Partido” In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016, p. 15-22

MORAES, Vinícius de. O operário em construção. Rio de Janeiro, 1959. Disponível em: <http://www.viniciusdemoraes.com.br/pt-br/poesia/poesias-avulsas/o-operario-em-construcao>. Acesso em: 26 mar. 2020.

OLIVEIRA, Ana Cláudia Rodrigues de; STORTO, Letícia Jovelina; LANZA, Fabio. A educação básica brasileira em disputa: doutrinação versus neutralidade. *Rev. Katálysis*, v. 22, n. 3, 2019, p. 468-478.

PANZOLINI, Carolina; DEMARTINI, Silvana. *Manual de direitos autorais*. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria-Geral de Administração, 2017.

PENNA, Fernando. O ódio aos professores. In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016, p. 93-100

RATIER, Rodrigo. *14 perguntas e respostas sobre o “Escola Sem Partido”*. In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016. p. 29-42.

RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RIBEIRO, Vera Masagão. *Apresentação*. In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016, p. 5-8.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato Social*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

SANTOS, Tiago Ribeiro; CERVI, Gicele Maria. D. Quixote, contra os moinhos: um ensaio sobre o Movimento Escola Sem Partido. *Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação*, v. 27, n. 105, 2019, p. 712-731.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SEVERO, Ricardo Gonçalves; GONÇALVES, Suzane da Rocha Vieira; ESTRADA, Rodrigo Duque. A Rede de Difusão do Movimento Escola Sem Partido no Facebook e Instagram: conservadorismo e reacionarismo na conjuntura brasileira. *Educação & Realidade*, v. 44, n. 3, 2019, p. 1-28.

SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes*. 6 ed. Barueri: Manole, 2018.

SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.537 Alagoas. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília: 21 mar. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311456113&ext=.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

VASCONCELOS, Joana Salém. A escola, o autoritarismo e a emancipação. In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016, p. 77-82.

XIMENES, Salomão. O que o direito à educação tem a dizer sobre “Escola Sem Partido”? In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et al (org.). *A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso*. São Paulo: Ação Educativa, 2016, p. 49-58.





# A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO: CAUTELAS E CAMINHOS POSSÍVEIS

THE MATTER OF LEGITIMACY OF LAW: CAUTIONS AND POSSIBLE PATHS

SERGIO SAID STAUT JÚNIOR\* | PEDRO HENRIQUE MACHADO DA LUZ\*\*

## RESUMO

Objetiva-se estudar diferentes modelos de legitimidade do direito, em especial aqueles construídos durante e após o medievo, pautados inicialmente pela multiplicidade de fontes e caracterizado na figura do "coureiro", ou daquele que observa e respeita uma ordem preestabelecida; pela Escola da Exegese, centrada nas fontes jurídicas estatais, representante da *volonté générale*, e, por fim, pela Escola Histórica Alemã, em que o direito seria resultado da historicidade e estaria plasmado no *volksgeist*. Após essas investigações preliminares de modelos de legitimidade, apresentam-se os pilares gerais do movimento chamado de neoconstitucionalismo, fruto do pós-guerra, colocado como uma tentativa de aproximação das normas constitucionais, em especial os princípios, com a realidade fática, tendo ainda a característica de resgate da moral no cerne do direito. Critica-se que esse modelo descamba, por vezes, em um protagonismo exacerbado do Poder Judiciário, que deveria operar em um sentido de autocontenção em alguns casos, deixando aos poderes políticos algumas escolhas fundamentais.

**Palavras-chave:** legitimidade do direito; neoconstitucionalismo; Poder Judiciário; autocontenção judicial.

## ABSTRACT

The objective of this article is to study different models of legitimacy of the law, especially those built during and after the Middle Ages, guided initially by the multiplicity of sources and characterized in the figure of the "keeper", or of the one who observes and respects a preestablished order; by the School of Exegesis, whose only possible source of law would be state-centered and law-centered, representative of the *volonté générale*, and, finally, by the German Historical School, in which law would be the result of history and would be embodied in the *volksgeist*. After these preliminary investigations regarding models of legitimacy, the general pillars of the so-called neoconstitutionalism movement, the fruit of the post-war period, are presented as an attempt to approximate constitutional norms, especially principles, with factual reality. characteristic of the rescue of the moral in the core of the juridical system. Detractors of this model say it sometimes undermines in an exacerbated protagonism of the Judiciary, which should operate in a sense of self-restraint in some cases, conceding to the political powers some fundamental choices.

**Keywords:** legitimacy of law; neoconstitutionalism; Judiciary; self-restraint; granting of medicines

\* Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).  
Professor Associado do Curso de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR.  
Membro do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI).  
[sergiostaut@gmail.com](mailto:sergiostaut@gmail.com)

\*\* Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pesquisador do GEDAI.  
[pedrohmluz@gmail.com](mailto:pedrohmluz@gmail.com)

Recebido em 7-4-2020 | Aprovado em 26-5-2020



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 OS DEBATES ACERCA DA LEGITIMIDADE DO DIREITO: “COISA” DE LEGISLADORES, JURISTAS OU JUÍZES? 2 O ESTADO DA ARTE DO NEOCONSTITUCIONALISMO: O OBJETO DA CRÍTICA 3 REEQUILIBRANDO A BALANÇA: A (NECESSÁRIA) AUTOCONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

Falar em legitimidade do direito implica em revisitar construções históricas bastante particulares que, cada uma a seu modo, tentaram jogar luzes às questões mais elementares para aquele que observa o fenômeno jurídico tais como: "o que pode e o que não pode ser direito?"; "a quem pertence o direito?"; "quem tem o papel de dizer o direito em sociedade?"; e "qual (ou quais) a(s) fonte(s) primordial(is) do direito em um determinado tempo e lugar?".

A tradição jurídica dos dois últimos séculos (pelo menos na maior parte dos países ocidentais de *Civil Law*) primou por um Legislativo relativamente forte e produtor, em larga medida, do direito por intermédio do instrumento “Lei”. Essa visão, longe de ser unânime, ganhou muita força no findar do século XVIII e início do XIX, especialmente na França, no complexo processo de formação de uma modernidade que almeja romper radicalmente com a complicada e, muitas vezes, imprevisível forma de compreender a dimensão jurídica no Antigo Regime. O valor máximo almejado nos grandes Códigos, do qual o Napoleônico (1804) é o mais emblemático, embalados pela pretensão de simplicidade e abstração, era o da segurança jurídica.

Nesse sentido, o primeiro item do estudo trará, sem pretensão de esgotamento do tema, algumas considerações acerca da legitimidade<sup>1</sup> do direito trazidas por algumas diferentes formas de compreender a dimensão jurídica. Estas visões sobre o local (ou com quem) em que deve estar situada a legitimidade do direito sedimentarão um quadro fértil para uma melhor compreensão dos próximos itens. Assim, serão colocados em foco certas noções de direito no medievo e também em duas Escolas Europeias que estiveram no coração da modernidade jurídica: a Escola da Exegese (direito como coisa de legisladores) e a Escola Histórica (direito como coisa de juristas).

Esse movimento, que tem na Codificação e na Escola da Exegese momentos fundamentais para a compreensão do que se entende como direito inclusive em tempos atuais, não foi o único no Ocidente a procurar responder às questões já mencionadas. Em parte do que se denomina hoje de Alemanha, em período muito próximo, outra escola, chamada de Escola Histórica, coexistia com aquela. Para os juristas germânicos, a legitimidade

---

<sup>1</sup> Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao tratar da legitimidade e das possíveis respostas sobre quem seria seu principal agente: "Pode-se dizer, com a maior objetividade, que a aceitação dessas respostas tem variado de época para época. Tal aceitação depende da cosmovisão que prevalece na sociedade, num determinado momento, a qual muda com o passar do tempo. Essa aceitação é o cerne do chamado *consensus*, do qual deriva a *legitimidade* do governo estabelecido. De fato, a legitimidade do governo está em haver sido ele estabelecido de conformidade com a opinião predominante na sociedade sobre a quem cabe o poder, ou como se confere o poder (*consensus*).” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

do direito não estava na lei e sim no espírito do povo (*Volksgeist*). Curiosamente, segundo as bases da Escola Histórica, seriam os próprios juristas e "grandes estudiosos" os responsáveis por identificar esse espírito. O maior aporte teórico dessa escola foi o jurista alemão Friedrich Carl von Savigny. O estudo objetiva compreender esses movimentos iniciais e como a questão da legitimidade estava neles situada.

Busca-se também explorar o chamado neoconstitucionalismo. Almeja-se, igualmente, demonstrar que algumas das questões tidas como contemporâneas sobre a temática, colocadas por esse "novo" movimento, já tinham sido aventadas em outros momentos históricos. Ou seja, os problemas originados pelo protagonismo judicial não são novos. Não obstante, apontam-se possíveis problemas trazidos por esse direito produzido por juristas e juízes, como a questão da sua legitimidade democrática.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, ao final propõe-se um estudo de caso acerca de uma oportunidade perdida de autocontenção judicial, por intermédio da análise de um julgado do Supremo Tribunal Federal no tocante a concessão de medicamentos de alto custo fora da lista do SUS pelo Poder Público.

## 1 OS DEBATES ACERCA DA LEGITIMIDADE DO DIREITO: "COISA" DE LEGISLADORES, JURISTAS OU JUÍZES?

Dentre os principais movimentos jurídicos ocorridos no século XX, aquele que parecer ter tido maior aderência no cenário brasileiro, cuja gestação se deu principalmente após a 2ª Grande Guerra, foi o chamado "neoconstitucionalismo". Segundo Luis Roberto Barroso, a redemocratização do Brasil, após um turbulento período de ditadura militar, foi o marco histórico deste movimento.<sup>2</sup>

Antes de ingressar propriamente nas linhas mestras que o constituem, cumpre ponderar que estudar este tema e suas repercussões na estrutura democrática do país envolve questões bastante debatidas na Teoria do Direito, como por exemplo a noção de "legitimidade" ou a quem (ou a qual poder) caberia dizer o direito. Afinal: "[no Brasil] a perspectiva de um direito que não é (ou não é apenas) fruto do trabalho do Legislador é uma questão que sempre desperta interesses e debates".<sup>3</sup>

Essa proposta preliminar de exploração da questão, atinente à legitimidade do direito, justifica-se por servir de um alerta ao fato de que a temática, apesar de dispor de contornos muito próprios, não apresenta tanta novidade. Por conta disso, um aporte com a História do Direito merece ser colocado, a fim de que não se perca de vista a importância de situar o debate em um tempo e espaço determinados, longe, portanto, de uma pretensa ideia de trazer respostas absolutas aos problemas atuais com os olhos voltados para o passado, incorrendo em anacronismos<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 21.

<sup>3</sup> STAUT JUNIOR, S. S.. Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 5, p. 1343-1358, 2015. p. 1344.

<sup>4</sup> Para maiores debates acerca do direito e sua feição de produto dotado de historicidade (portanto sujeito aos ventos dos tempos e dos espaços), ver: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

Nesse sentido, o primeiro item do estudo trará, sem pretensão de esgotamento do tema, algumas considerações acerca da legitimidade<sup>5</sup> do direito trazidas por algumas diferentes formas de compreender a dimensão jurídica. Estas visões sobre o local (ou com quem) em que deve estar situada a legitimidade do direito sedimentarão um quadro fértil para uma melhor compreensão dos próximos itens. Assim, serão colocadas em foco certas noções de duas Escolas Europeias que estiveram no coração da modernidade jurídica: a Escola da Exegese (direito como coisa de legisladores) e a Escola Histórica (direito como coisa de juristas). Justifica-se essa escolha porquanto as bases do direito que hoje dispomos começaram a ser mais bem sistematizadas na Modernidade, por intermédio dos estudos dessas escolas.

A dimensão jurídica no medievo, considerando o tempo histórico na sua longa duração, não é colonizada por um poder político único e monopolizador<sup>6</sup>. Observa-se aí um direito que, por estar enraizado no social, se manifesta muito mais como produto da atividade interpretativa do que um ato voluntário. O personagem principal neste tempo e espaço é o intérprete, em especial os juristas, e não o legislador.<sup>7</sup> Enfatiza-se que durante muito tempo o direito foi concebido de maneira bastante diversa da forma como é conhecido comumente na época presente.<sup>8</sup>

Para Antonio Manuel Hespanha, a definição mais precisa para os juristas medievais seria a de "couteiros", colocados em uma ordem pré-estabelecida fruto de um ato de amor do Criador, ocasião em que o direito serviria como um mero corretor de pequenas hachuras ou desarmonias causadas pelos indivíduos — seres naturalmente imperfeitos e submetidos a uma vontade aportada em mandamentos extraterrenos.<sup>9</sup> Nesse espaço, os juízes criminais,

---

<sup>5</sup> Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao tratar da legitimidade e das possíveis respostas sobre quem seria seu principal agente: "Pode-se dizer, com a maior objetividade, que a aceitação dessas respostas tem variado de época para época. Tal aceitação depende da cosmovisão que prevalece na sociedade, num determinado momento, a qual muda com o passar do tempo. Essa aceitação é o cerne do chamado *consensus*, do qual deriva a *legitimidade* do governo estabelecido. De fato, a legitimidade do governo está em haver sido ele estabelecido de conformidade com a opinião predominante na sociedade sobre a quem cabe o poder, ou como se confere o poder (*consensus*)."  
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

<sup>6</sup> Segundo Karine Salgado, a pluralidade de fontes é um marco evidente do período medieval. "Como resolver o inevitável contraste entre o direito uno e a multiplicidade de sistemas jurídicos que se ergueram. Este é o desafio que os últimos séculos da Idade Média colocaram".  
SALGADO, Karine. O direito tardo Medieval: entre o *Ius Commune* e o *Ius Proprium*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, 2010, p. 244.

<sup>7</sup> GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. Martins Fontes, São Paulo, 2014.

<sup>8</sup> António Manuel Hespanha, ao explicar como o direito era compreendido no Antigo Regime português, assevera "que o direito é considerado como muito mais do que o produto da vontade, momentânea e aleatória, dos detentores do poder político; que é considerado como uma 'razão escrita' (*ratioscripta*), objectiva, ligada à natureza das coisas, não instrumentalizável pelo poder, que se manifestava numa longa tradição intelectual e textual."  
(HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 111-112).

<sup>9</sup> Conforme aponta HESPANHA: "Os juristas seriam os guardiões deste mundo multiordenado, auto-ordenado. O seu papel não seria o de criarem ou retificarem [sic] a ordem. Nem o de determinarem autoritariamente o equilíbrio justo. Seria antes o de o induzirem da natureza, tirando proveito de todos os recursos (*virtutes*) da sensibilidade humana (*amor, bonitas, intellectus, sensus*) numa era em que os métodos intelectuais da definição do direito não estavam ainda privados de abordagens não «racionais». Assim, os juristas desempenhavam o seu papel assumindo o direito como um dado adquirido, deixando-o ser tal como era, já que emergiria das disposições espontâneas das coisas (nomeadamente as coisas humanas).  
HESPANHA, António Manuel. Os

por exemplo, tinham a incumbência de atenuar a dureza do direito legal (*rigor legis*) através da misericórdia (*miser cordia*)<sup>10</sup>.

O papel do juiz, portanto, era flexível e não exclusivamente enclausurado pela lei, com o condão de "fornecer uma solução arbitrativa (*arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est*) em torno da qual a harmonia [no sentido de ordem] podia ser encontrada".<sup>11</sup> Este intento não era, contudo, inteiramente arbitrário, eis que regido por uma ordem superior pressuposta ao juiz<sup>12</sup>; Hespanha está a caracterizar, assim, as bases de um direito moderno europeu, embebido nas concepções de Tomás de Aquino, sobretudo após o Concílio de Trento (1545-1563).<sup>13</sup>

A quebra de noções fundamentais que compuseram a ideia de direito na sociedade medieval ocorreu, em especial, com o advento dos Estados Soberanos e a progressiva vinculação da dimensão jurídica com esta nova realidade.<sup>14</sup> É com o processo de construção e consolidação dos Estados nacionais, com a posterior centralização e monopolização dos poderes político e jurídico (ocorrida na Europa ocidental principalmente durante o século XIX), que essa maneira de trabalhar o direito começa a ser questionada e parece não mais se adequar aos novos tempos. Trata-se, contudo, de um processo muito lento, permeado de contradições e renitências,<sup>15</sup> mas progressivo, de dissolução da sociedade medieval e da sua ordem jurídica.

Pietro Costa aponta que a apressada aproximação entre o Estado de Direito e a limitação do poder soberano não coincide apenas com o tempo da modernidade, mas já é tratada muito antes pela filosofia clássica grega, sendo posteriormente redescoberta pelos teólogos e juristas do mundo medieval. Não obstante, o poder do soberano era de fato muito mais limitado do que possa parecer, pois este: "encontra uma ordem já constituída, defronta-

---

juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna. *Análise Social*, p. 1183-1208, 2002. p. 1189.

<sup>10</sup> Chega a ser curioso notar que a noção de misericórdia (*miser cordia*) possui o mesmo resultado prático da contemporânea ideia de "princípio jurídico", pois implica na superação de uma regra positivada em lei através de uma abstração (positivada ou não) sem significado apriorístico. Com isso, não se está a dizer que são significantes iguais em momentos históricos diversos, eis que tal assertiva incorreria em um profundo anacronismo e na carência de uma análise historiográfica do direito. Diz-se, assim, que a "superação" de uma lei por uma ideia abstrata já ocorria desde o medievo.

<sup>11</sup>HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna. *Análise Social*, p. 1183-1208, 2002. p. 1191.

<sup>12</sup> "A graça não é uma decisão arbitrária, já que a sua invocação deve estar de acordo com uma causa justa e elevada" HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna. *Análise Social*, p. 1183-1208, 2002. p. 1193.

<sup>13</sup> HESPANHA, *Ibid.*, p. 1188.

<sup>14</sup>GROSSI, Paolo. Un diritto senza stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridico medievale). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. XXV, Milano: Giuffrè, p. 267-284, 1996.

<sup>15</sup> Como demonstra Hespanha, esse processo de centralização do poder político e de monismo jurídico é lento e gradual, além de ser bastante desigual dependendo do momento e do espaço territorial analisado. Não se deve ignorar, conforme alerta o mesmo autor, a manutenção de pluralismos jurídicos e políticos durante todo o período histórico compreendido como antigo regime. (HESPANHA, António Manuel. *Lei e justiça: história e perspectiva de um paradigma*. In: HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 07-58).

se com direitos e privilégios que florescem à sua sombra e sofre os inevitáveis condicionamentos de um e de outros."<sup>16</sup>

O Estado de Direito, termo cuja definição e balizas necessitam de cuidados historiográficos<sup>17</sup>, influirá nas revoluções liberais preparando o terreno para a Escola da Exegese, que tem suas raízes entre os séculos XVII e XVIII, por ocasião de uma reconfiguração do léxico político-jurídico vigente, visualizável nas novas noções de sujeito, de soberania e de direitos.<sup>18</sup>

Nessa quadra da história, fruto de uma antropologia filosófica centrada no indivíduo<sup>19</sup>, os valores de maior envergadura axiológica são a liberdade e a igualdade. A lei seria, então, na lógica de Rousseau o instrumento responsável pela consagração do primado da igualdade (afinal, todos a ela se submetem) e, de igual modo, o marco da liberdade, pois a lei teria sido formulada por homens iguais reunidos no Parlamento representantes da vontade geral (*volonté générale*).<sup>20</sup> Aqui, o "soberano monarca" cede lugar ao "soberano população"<sup>21</sup>, sendo o texto legal a representação da soberania popular em um instrumento amplo e geral.

Todos esses componentes são essenciais para que se compreenda como a legitimidade do direito está colocada no movimento jurídico conhecido como Escola da Exegese, surgido na França do século XIX e cujos principais autores foram Proudhon, Melville, Blondeau, Delvincourt, Huc, Aubry, Laurent, Marcadé<sup>22</sup>. Para Paolo Grossi, um dos mais notórios estudiosos da referida escola, seu advento coincide com o processo histórico definido esquematicamente por ele de *absolutismo jurídico*<sup>23</sup>, calcado na redução da complexidade do direito, própria da Modernidade, por decorrência da estatização do direito e sua confusão com a figura da lei<sup>24</sup>.

Sistematicamente, as marcas da Escola da Exegese são: a) a identificação do direito como lei emanada do Estado (monismo jurídico)<sup>25</sup>; b) a preponderância da figura do

<sup>16</sup>COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. 102.

<sup>17</sup> Ibid., p. 95-96.

<sup>18</sup> Ibid., p. 102-103.

<sup>19</sup> Fruto também do paradigma kantiano do sujeito, que enxerga o indivíduo como um fim em si mesmo e não mais como um meio de se atingir determinados fins. Para mais: KANT, Immanuel. *The metaphysics of morals*. Cambridge University Press, 2017.

<sup>20</sup> CHAUI, Marilena. *Estado de Natureza, contrato social, Estado Civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau*. Filosofia. Ed. Ática, São Paulo, 2000. p. 220.

<sup>21</sup> Para entender a gênese da ideia de Poder Constituinte originário, com a teorização do poder ilimitado à população, verificar a clássica obra: SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?*. Liber Juris, 1988.

<sup>22</sup> Uma explicação mais detalhada sobre o movimento como um todo e não apenas a questão da legitimidade do direito pode ser encontrada na obra: JÚNIOR, Sérgio Said Staut. *A Escola da Exegese: percurso histórico de uma simplificação e redução do Direito*.

<sup>23</sup> Para uma conceituação do autor acerca do absolutismo jurídico, ver: GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004; GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 142.

<sup>24</sup> Antonio Manuel Hespanha aponta a *arrogância legislativa* que marcou a referida Escola, porquanto os exegetas franceses pretendiam, através da figura Código, regular a existência dos indivíduos desde sua concepção até depois de sua vida (direitos sucessórios). HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Editora Almedina, 2012.p. 408.

<sup>25</sup> Segundo Paolo Grossi: " no auge da idade moderna, a esfacelada, complexa e talvez complicada paisagem sóciopolítica e cultural é abandonada em troca de uma concepção monopolista e absorvente do poder político,



legislador; c) a adoção da forma código como modelo de direito; d) a redução da figura do juiz e do jurista a meros replicadores dos conteúdos dispostos nos textos legais (verdadeiros exegetas); e) a rejeição a concepções metajurídicas como a dos princípios.

O objetivo primeiro dos exegetas era o de acabar com um estado de insegurança trazido pela noção de direito típica do Antigo Regime, como o *ius commune*. Afinal, uma ordem multifacetada composta de diversas fontes não (exclusivamente) escritas, todas em certa medida aplicáveis, não correspondia aos anseios de uma burguesia recém chegada ao poder, que prezava, como dito, pela proteção à liberdade e à igualdade, e desejava certa simplicidade e certeza no âmbito jurídico e em suas relações comerciais. O *Code Civil* napoleônico de 1804 representou o auge dessa visão jurídica de mundo.

Se, no medievo, os pontos chaves que guiavam o debate acerca da legitimidade do jurídico eram o de ordem e flexibilidade, caracterizando a citada insegurança, no período da Escola da Exegese há a supremacia legal e sua decorrente rigidez, anulando qualquer empenho criativo no ato de interpretação<sup>26</sup> e fechando o direito nos limites da lei estatal. Isso tudo culminou na colocação da legitimidade daquele modelo jurídico, ao menos do ponto de vista teórico, na mão do Parlamento.<sup>27</sup>

Em outra parte do mundo, contudo, outra importante Escola jurídica estava a conquistar espaço na mente dos juristas: está-se a falar da Escola Histórica do Direito, nascida na Alemanha, fruto dos construtos teóricos de Friedrich Carl Von Savigny (discípulo de Gustav Hugo) e que perdura do final do século XVIII até o início do século XIX, advinda de um movimento anterior mais amplo denominado de historicismo<sup>28</sup>. Um dos principais frutos do trabalho intelectual dessa escola foi a Pandectística ou Jurisprudência dos Conceitos, cujos anseios consistiam na construção sistemática do direito.<sup>29</sup>

A origem dos pilares dessa escola, como dito, vem de Savigny, principalmente em seu trabalho denominado “Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência”, escrito em 1814 como resposta às provocações de Anton Friedrich Justus Thibaut, que

---

o direito passa de nervura da inteira sociedade civil a simples nervura somente do poder político”. GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142.

<sup>26</sup> Entende-se hoje, com o aporte da hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer, que todo ato de compreensão contém, em seu interior, um ato anterior, chamado de “pré-compreensivo”. Portanto, segundo essa corrente filosófica, ao interpretar a lei, o sujeito (jurista ou não) nunca consegue afastar suas próprias subjetividades do objeto a que se está a analisar; desse modo, objeto e sujeito estão intrinsecamente correlacionados, ao contrário do que acreditavam os exegetas e de certa forma os positivistas contemporâneos como Kelsen, que visavam a transpor o direito à condição de uma ciência autônoma. Ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Nova rev. da trad. por Enio Paulo Giachini e Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Vozes, 2003.

<sup>27</sup> No entanto, ainda conforme Hespanha, mesmo no auge da Escola da Exegese, o jurista ao declarar o direito (ou ser a boca que pronunciava as palavras da lei) também o criava. Se há algo de que os juristas procuram não “abrir mão” é o “dizer o direito em sociedade.”

<sup>28</sup> As bases do historicismo, movimento que inspirou a Escola Histórica Alemã, não serão tratadas neste estudo. Para compreender mais detidamente o tema, ver: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone. 1995. p. 47-51.

<sup>29</sup> HESAPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 391.

pretendia transplantar o modelo codificador francês aos territórios germânicos, episódio conhecido como “disputa sobre codificação”.<sup>30</sup>

Esse empenho construtivo e sistemático seria especialmente relevante pois o direito se revestiria, no entendimento da Escola Histórica, da emanção de uma totalidade orgânica<sup>31</sup>, ou ainda do espírito do povo (*Volksgeist*). Por essa linha, os princípios gerais teriam elevada importância no entendimento do direito, derivando-se deles outros princípios inferiores, compondo uma verdadeira pirâmide conceitual.<sup>32</sup> A principal obra

Contrapondo-se à Escola da Exegese, a Escola Histórica fazia uma crítica radical ao direito natural iluminista, pois o aludido espírito do povo não se situaria no direito representado nos monumentos legislativos que eram os Códigos, mas estaria, outrossim, presente nas práticas consuetudinárias. Segundo Franz Wieacker, para a Escola Histórica do Direito: “o objeto da ciência jurídica é pré-determinado pela historicidade do direito do presente (e não pelas abstrações do jusracionalismo ou pelos comandos dos legisladores iluministas)”.<sup>33</sup> A ideia central, portanto, seria de que o direito não é um produto advindo do legislador e sim algo que parte da cultura global dos povos, “como um tranquilo desabrochar a partir do inconsciente dos povos”.<sup>34</sup> Para essa corrente do pensamento jurídico, o direito está plasmado na sociedade. É encontrado na sua história, nas suas tradições, está no “espírito do povo”. Não pode ser reduzido a esquemas legislados e autoritários. É muito mais tradição do que vontade. Não decorre de um comando emanado do Estado (até porque Estado, nos termos contemporâneos, ainda não é uma realidade na Alemanha nesse momento). Aqui, ainda se diz que o direito vem antes do que a Lei.

Apresentando-se os pilares do movimento conhecido como Escola Histórica do Direito, coloca-se a seguinte questão: na lógica dessa Escola, a quem incumbiria sistematizar o direito ou, em questionamento ainda mais basilar, quem teria legitimidade sobre esse direito com feição consuetudinária (que vem antes da lei) e histórica? A resposta é que todas essas tarefas caberiam a uma *elite cultural* composta de professores, juristas e cientistas, que seriam, como na alegoria platônica de sofocracia<sup>35</sup>, as “grandes mentes” responsáveis pela condução dos rumos e dos interesses gerais. Chega a ser, certamente, um direito com pouco ou nenhum substrato “democrático”, apesar de todas as complicações que esse último significativo, no seu significado mais contemporâneo, possa ter na condição de avaliador de construções passadas.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Para maior detalhamento acerca da disputa teórica entre Thibaut e Savigny, que culminou na formulação das principais bases da Escola Histórica, recomenda-se a leitura de: LESSA, PEDRO. *Estudos de filosofia do direito*. Campinas: Bookseller, 2002.

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone. 1995, p. 53.

<sup>32</sup> HESPANHA, *Op. cit.*, 392.

<sup>33</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2.ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 403.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 408.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Richard Romeiro. Platão e a questão da democracia na República. *Revista Estudos Filosóficos*, n. 12, p. 28-47, 2017. p. 33.

<sup>36</sup> STAUT JUNIOR, S. S.. Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 5, p. 1343-1358, 2015. p. 1354.

## 2 O ESTADO DA ARTE DO NEOCONSTITUCIONALISMO: O OBJETO DA CRÍTICA

Qual é a origem do "neoconstitucionalismo"? Quais as suas características que o tornam um fenômeno díspar dos demais modelos de legitimidade apresentados? Essas indagações serão exploradas no presente item. Desse modo, almeja-se correlacionar as supostas "novidades hermenêuticas" ou, na toada do que propõe o título, procura-se investigar a hipótese de uma suposta re colocação da legitimidade do direito nas mãos do Poder Judiciário.

Segundo Daniel Sarmento, o verbete "neoconstitucionalismo" teve sua origem na Itália e na Espanha e ganhou grande repercussão na doutrina brasileira por conta de uma coletânea publicada em 2003 pelo espanhol Miguel Carbonell intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*.<sup>37</sup> Dentre os principais juristas que, em tese, poderiam capitanear a corrente neoconstitucionalista, geralmente colocam-se Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino (apesar de nenhum desses ter jamais se definido na pecha de neoconstitucionalistas).<sup>38</sup>

Salta aos olhos, de início, a maneira com que aportes teóricos tão distintos consigam ser agrupados em um mesmo movimento jurídico. Afinal, não são autores apenas com visões diferentes acerca da legitimidade do direito, mas sim juristas que advêm de realidades jurídicas multifacetadas, integrantes de sistemas jurídicos diversos, com problemas práticos muito particulares e típicos. Desse modo, a opção de Carbonell por empregar o plural no título de seu livro explicita uma escolha sábia em apontar que são vários os neoconstitucionalismos existentes.<sup>39</sup>

Definir o neoconstitucionalismo, portanto, é tarefa deveras espinhosa e suscita divergências doutrinárias. Para Luís Roberto Barroso, seu marco filosófico seria o pós-positivismo<sup>40</sup>, entendido como a superação dos modelos puros<sup>41</sup> por um agrupamento difuso e abrangente de ideias. Esse pós-positivismo, segundo o autor, "busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas". Ademais, atribui-se uma suposta normatividade perdida aos princípios e põe-se como pedra de toque de todo o ordenamento a noção de dignidade da pessoa humana.<sup>42</sup>

Coloca-se ainda como característica do movimento a noção de que a Constituição deixa de ser apenas uma carta de promessas, comandando um dever-ser dos particulares e do Estado; Gustavo Zagrebelsky coloca: "[...] já não se pode pensar na Constituição como centro em que tudo deriva por irradiação através da soberania do Estado em que se apoiava,

<sup>37</sup>SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009. p. 113.

<sup>38</sup> Ibid., p. 114.

<sup>39</sup> Ibid., p. 114.

<sup>40</sup> Um dos poucos consensos acerca da delimitação de uma base comum ao neoconstitucionalismo reside justamente na temporalidade do conceito, que seria decorrente do pós segunda guerra mundial, atingindo, nos anos seguintes, demais países como o Brasil.

<sup>41</sup> Neste ponto, o autor faz clara alusão ao positivismo kelseniano do início do século XX, cujas premissas eram o legalismo (lei vista como um objeto neutro do cientista do direito), uma estrutura normativa escalonada e a cisão, na esteira de Hume, do mundo do "ser" do mundo do "dever-ser".

<sup>42</sup>BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007.p. 4-5

mas como centro sobre o qual tudo deve convergir; é dizer, trata-se de um centro a se alcançar e não de se partir".<sup>43</sup>

Humberto Bergmann Ávila, teorizando tal conceito, coloca como pontos fundamentais: "[a preferência por] princípios em vez de regras; ponderação no lugar de subsunção; justiça particular em vez de justiça geral; Poder Judiciário em vez de Poderes Legislativo e Executivo; Constituição em substituição à lei".<sup>44</sup> Além de todas essas características, cita-se ainda o recurso à técnica hermenêutica da proporcionalidade e seus três passos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para a resolução de casos em que determinada ação estatal destinada a promoção de determinado direito fundamental acarrete na restrição de um ou mais direitos fundamentais.<sup>45</sup>

Observando os problemas apontados por Humberto Bergmann Ávila no cerne de um modelo de direito tido como neoconstitucionalista, Marcelo Neves levanta algumas objeções. Primeiro, como já dito, o neoconstitucionalismo, se considerado como corrente, apresenta diversas ramificações ou, em outras palavras, trata-se de um movimento não unitário, em que seus diferentes "representantes" poderiam ou não concordar com os dogmas gerais colocados pelo autor.<sup>46</sup> Ainda, a diferenciação feita por este entre "Constituição principiológica" e "Constituição regulatória", atenta a uma equação referente ao número de princípios e regras presentes na Constituição Federal de 1988, para Marcelo Neves, estaria muito presa ao texto constitucional, pois: "O relevante para o direito não é a textualização em si, mas as normas que se atribuem ao texto".<sup>47</sup>

Ainda caracterizando de forma geral o neoconstitucionalismo, com as ressalvas apresentadas, Daniel Sarmento coloca a abertura e indeterminação semântica como próprias desse movimento, em que as normas constitucionais: "são, em grande parte, princípios e não regras"<sup>48</sup>. Além disso, segundo o autor esse contexto foi propício para o crescimento da importância política do Poder Judiciário, através da judicialização de temas que antes ficavam restritos a arena legislativa<sup>49</sup>. Assim: "De poder quase 'nulo', mera 'boca que pronuncia as palavras da lei', como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo".<sup>50</sup>

Um modelo que privilegia abertamente princípios sobre regras tem como efeito o uso alargado do método da ponderação principalmente pelos intérpretes e no predomínio de

<sup>43</sup>(tradução livre) "[...] ya no se puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir". ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il dirittomite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992. p. 14.

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista brasileira de direito público*, 2008. p. 2.

<sup>45</sup> Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila avocam, na esteira do que Robert Alexy propõe, o uso do termo "regra" e não princípio da proporcionalidade. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 25ss; ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de direito administrativo*, v. 215, p. 151-179, 1999, p. 154-158.

<sup>46</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. WMF Martins Fontes, 2013. p. 177-178.

<sup>47</sup>Ibid., p. 178.

<sup>48</sup>SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009. p. 116.

<sup>49</sup> Cita-se como exemplo o tema da judicialização da saúde através da concessão de medicamentos fora da lista do Sistema Único de Saúde, tema esse enfrentado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal na STA 175.

<sup>50</sup>SARMENTO, *Op. cit.*, p. 116.

uma dimensão particularista de justiça (a justiça de cada caso concreto).<sup>51</sup> O vácuo dessa nova concepção de justiça seria preenchido pelo Poder Judiciário, que passaria a assumir para si o papel de protagonista no sistema jurídico, rebaixando o Poder Legislativo para uma função secundária, visto que as leis, construídas principalmente com o aporte de regras jurídicas, estariam submetidas à ditadura dos princípios.

Marcelo Neves argumenta que as críticas de Humberto Bergmann Ávila ao excesso de ênfase que o neoconstitucionalismo proporciona ao Poder Judiciário, delegando ao Poder Legislativo um papel preponderante na construção de regras capazes de estabilizar conflitos, esquece que, em alguns casos, tais regras, fruto do trabalho legislativo, podem produzir efeitos que necessitem de uma atividade de estabilização pelo próprio Poder Judiciário, o que só pode ser feito com o aporte de princípios jurídicos. Portanto: "(...) tanto o legislativo e as regras quanto o judiciário e os princípios têm um papel determinante e desempenham funções decisivas na estabilização de expectativas".<sup>52</sup>

São esses, em síntese, os elos do chamado neoconstitucionalismo, embora cada um desses elementos possa variar dentro do espaço conferido pelas obras dos autores e de seus contextos. Pode-se dizer, em síntese, que se trata de um movimento jurídico gestado no pós segunda guerra que visa a trazer uma nova dinâmica ao direito, sobrepondo as concepções positivistas mais clássicas e (re)colocando aspectos morais no âmbito do jurídico, através da carga axiológica dos princípios e de novas noções que servem de fundamento às constituições, trazendo ainda uma dita "nova hermenêutica" pautada em soluções abertas e "flexíveis" para casos que não podem ser resolvidos por mera subsunção<sup>53</sup>, com o aporte de métodos como a ponderação e a razoabilidade em detrimento da subsunção.

Percebe-se, assim, que esse modelo recoloca a legitimidade do direito de uma forma mais proeminente nas mãos do Poder Judiciário, rompendo com uma pretendida e avocada (art. 2º, Constituição Federal/88) harmonia entre os Poderes da República. Se a hermenêutica do medievo era modesta e passiva, cabendo ao jurista e principalmente ao julgador apenas o papel de recolocar as coisas de acordo com uma ordem divina pré-estabelecida e, por isso mesmo, limitadora às suas ações, hoje a hermenêutica neoconstitucionalista é ativa, cabendo ao juiz promover a aproximação entre a norma constitucional e os fatos. Contudo, verifica-se um traço em comum entre o julgador atual e aquele do medievo; isso advém da adoção de significantes abertos, tal como a *misericórdia*. Ocorre o mesmo com a *dignidade da pessoa humana*, capaz de justificar a mais vasta plêiade de decisões — com caráter progressista ou conservador — justamente por ser um axioma aberto.

Apresentado o tema, seus problemas, principais discussões e ligação com outros modelos estudados, o terceiro item almeja provocar reflexões acerca desse novo quadro por intermédio da crítica a algumas bases do neoconstitucionalismo. Somente assim será possível, ao final, propor um método legitimatório do direito que não apresente, como solução, uma carga subjetivista tão acentuada quanto a da ditadura dos princípios e que, por

<sup>51</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista brasileira de direito público*, 2008. p. 3.

<sup>52</sup> NEVES, *Op. cit.*, p. 181.

<sup>53</sup> Para mais: DWORKIN, Ronald. *Is Law a Sistem of Rules*. In: Ronald Dworkin (Ed.). *Philosophy of Law. Oxford*: Oxford University Press, 1971.



outro lado, volte a equilibrar os Poderes da República, afastando o protagonismo do poder com maior déficit democrático, justamente por não ter sido eleito.<sup>54</sup>

### 3 REEQUILIBRANDO A BALANÇA: A (NECESSÁRIA) AUTOCONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Argumenta-se que um dos fatores que levaram ao protagonismo judicial ocorreu em razão de promessas plasmadas no texto da Constituição Federal de 1988 que, por carecerem de efetivação pelos Poderes da República com viés tipicamente político (Executivo e Legislativo), deveriam ser promovidas — por intermédio do critério da eliminação — pelo Poder Judiciário, ou seja, pelo campo jurídico em detrimento do político.<sup>55</sup> Esse raciocínio, que será melhor explicado em seguida, não parece acertado na medida que o desenho institucional e da separação harmônica (art. 2º, CF/88) entre Poderes trazido pela Constituição é silente quanto ao Poder "mais legítimo" para trazer ao mundo dos fatos suas normas dirigentes.<sup>56</sup> Fala, em verdade, na harmonia entre Poderes para a consecução dos objetivos da república e das demais normas, na esteira do argumento de igual importância entre os Poderes apresentado por Marcelo Neves.<sup>57</sup>

No cerne do tema, interessa-nos a chamada jurisdição constitucional (e seus limites), que nada mais é do que a possibilidade de um Tribunal de cúpula promover a interpretação da Constituição e conformar as leis infraconstitucionais, valendo-se do princípio da supremacia da Constituição. Essa conformação, no Brasil, ocorre com a atuação do Supremo Tribunal Federal a quem cabe, entre diversas atribuições delineadas na Seção II do Capítulo III da Constituição Federal/88 (art. 101 e seguintes), a de declarar inconstitucionais normas (não apenas leis *stricto sensu*) que contrariem a Constituição. Paulo Bonavides aduz que: "o termo 'jurisdição constitucional', em sua versão contemporânea, está fundamentado na necessidade de estabelecimento de uma instância mediadora, neutra e imparcial para a solução de conflitos em âmbito constitucional."<sup>58</sup>

Parte-se da ideia de que os juízes em geral e o Supremo Tribunal Federal em particular devem concentrar e pautar o mérito de seus julgamentos apoiando-se no ordenamento jurídico, sem ingressar no campo de escolhas políticas. Essa premissa, entretanto, não é de tão simples observância, eis que política e direito caminham lado a lado quando não formam uma coisa só.

---

<sup>54</sup> Rememora-se que, ao contrário de modelo tal qual o norte-americano, em solo brasileiro os juízes são submetidos a concursos públicos para admissão do cargo. Concordamos com essa sábia escolha do constituinte, eis que a politização da atividade judiciária serviria ao prejuízo da essencial independência funcional do magistrado.

<sup>55</sup> AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TEBAR, Wellington BoiguesCorbalan. Da legitimação democrática do Poder Judiciário. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 2, n. 1, p. 141-164, 2014. p. 143.

<sup>56</sup> O termo Constituição dirigente (ou ainda compromissória) é trazido por José Joaquim Gomes Canotilho e indica um modelo constitucional que coloca linhas mestras a serem alcançadas pelo Estado. A Constituição Brasileira, principalmente em seu art. 3º, pode ser tida como exemplo disso. Ressalta-se que, mais tarde, o aludido autor acaba por abandonar esse termo. Para mais: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001.

<sup>57</sup> NEVES, *Op. cit.*, p. 181.

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos avançados*, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004. p. 128.



É possível minimizar o impasse, entretanto, com a adoção da chamada autocontenção. Pontes, Gomes Neto e Teixeira apresentam o conceito de autocontenção judicial "como sendo a adoção de uma postura respeitosa dos juízes para com os demais poderes estatais, ao evitar interferir nas ações do Executivo e do Legislativo".<sup>59</sup>

Fato é que cada vez mais questões controvertidas, com impacto sobre o sistema jurídico, a economia e a política do país têm sido postas para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Antonio Umberto de Souza Junior aponta que a jurisdição, *per se*, já é a manifestação de um poder político.<sup>60</sup> Não obstante, rememora-se que a própria Constituição é fruto da política<sup>61</sup> e de escolhas políticas.

Um exemplo prático de uma oportunidade perdida de autocontenção refere-se ao voto de dois ministros do STF no julgamento dos Recursos Extraordinários 566471 e 657718, em setembro de 2016. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal precisou enfrentar casos com repercussões bastante trágicas<sup>62</sup>; tais julgados tratavam da possibilidade de fornecimento pelo Judiciário de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e também, em situação diversa, de medicamentos não registrados na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

O relator, ministro Marco Aurélio, primeiro a votar<sup>63</sup> sobre os dois Recursos Extraordinários, entendeu que o Estado está de fato obrigado a fornecer tais medicamentos a depender da demonstração: a) de imprescindibilidade (adequação e necessidade); b) da impossibilidade de substituição do fármaco; c) da incapacidade financeira do enfermo; d) da falta de espontaneidade dos membros de sua família em custear tais medicamentos. O ministro Luís Roberto Barroso, antes de proferir seu voto, pontuou que seria necessária a desjudicialização da saúde, porquanto "o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde".<sup>64</sup> Seguindo, manifestou entendimento de que já existe um modelo gerencial instalado para esse fim, através do Conitec (Conselho Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS), órgão responsável pela decisão de inclusão ou não de medicamentos na lista do SUS.

Se a decisão do ministro tivesse ido até esse ponto, dando-se prevalência às diretrizes traçadas pelo Poder Executivo por intermédio da lista do Conitec, teria sido exercida a

<sup>59</sup>PONTES, Juliana de Brito; GOMES NETO, José Mario Wanderley; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma análise das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 15, n. 20, p. 138-159, 2017. p. 143.

<sup>60</sup>SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*. Porto Alegre, Síntese, 2004.

<sup>61</sup>Para mais, observar a clássica obra: SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?* Liber Juris, 1988.

<sup>62</sup>Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. *Supremo Tribunal Federal*, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>. Acesso em: 27 mar. 2018.

<sup>63</sup>O voto do ministro Luiz Edson Fachin no caso não será trazido pois a situação que se quer demonstrar pode ser posta com o voto dos dois ministros, a fim de se evitar uma tautologia na exposição dos argumentos.

<sup>64</sup>Em consulta à tramitação desses processos no Supremo Tribunal Federal, constata-se que o inteiro teor dos votos ainda não foi publicado e a última movimentação do processo ocorreu em 20/11/2017, estando concluso ao relator. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 27 mar. 2018.

autocontenção judicial. Isso porque haveria, em alusão à definição trazida, uma postura de deferência ou não interferência do judiciário na seara dos demais Poderes. Seguindo em seu voto, pontuou que na hipótese de demanda judicial acerca de medicamentos fora da lista do SUS, o Estado não estaria obrigado a fornecê-lo de modo geral, mas apenas em casos específicos quando estivessem presentes 5 (cinco) requisitos cumulativos: a) incapacidade financeira do demandante; b) demonstração de que a não incorporação do medicamento na referida lista não foi resultado de uma decisão administrativa do Conitec; c) inexistência de um substituto terapêutico já incorporado ao SUS; d) comprovação de eficácia do medicamento por critérios empíricos da medicina; e) propositura de ação judicial em face da União, por se tratar do ente federativo competente para analisar tal matéria.

Já no que toca à concessão de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o ministro Barroso recomendou a seguinte tese com repercussão geral:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.<sup>65</sup>

Resta certo, com os votos dos dois ministros, que em tais casos é no mínimo aceitável a tese de que o Poder Judiciário criou um rol com alcance amplo e geral, aos moldes de uma lei formal, para a questão dos medicamentos, ingressando no campo de uma escolha política sensível. A lide aguarda decisão dos demais ministros. Tratou-se, assim, de um caso jurídico com múltiplas repercussões, evidenciada pelo profundo impacto financeiro na Administração Pública e nas políticas públicas de saúde. O primeiro voto, portanto, trouxe 3 (três) requisitos cumulativos para a concessão dos medicamentos em qualquer hipótese. Já o segundo voto, embora tenha reconhecido que o Poder Executivo já aborda tal matéria com órgão técnico especializado, também calhou em erigir diversos requisitos para tanto a hipótese de medicamentos fora da lista do SUS quanto aqueles não registrados na ANVISA.

Agindo assim, o Supremo Tribunal Federal, pelo entendimento desses dois ministros, efetivamente trouxe requisitos gerais típicos de leis em matéria que seria de competência do Poder Legislativo, avocando para si o papel de ditar parâmetros sem enfrentar o debate qualificado e mais aliado ao princípio democrático que ocorre na arena legislativa, desprezando ainda as linhas anteriormente traçadas pelo Poder Executivo por meio do Conitec. Esse caso foi trazido a fim de demonstrar um exemplo prático de autocontenção não exercida.

<sup>65</sup> Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. *Supremo Tribunal Federal*, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>. Acesso em: 27 mar. 2018.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo visou a assentar diferentes visões no que toca ao debate sobre a legitimidade do direito, explorando noções que vão desde o complexo e multifacetado medievo até o que se calhou chamar de neoconstitucionalismo. Essa última "escola", ao promover um estado de coisas que supera o positivismo, traz vantagens e algumas inquietações. Por reaproximar o direito da moral através da carga axiológica dos princípios — e sua normatização — abandonou-se, em parte, o chamado *absolutismo jurídico* que via na lei estatal a fonte exclusiva do direito.

Entretanto, ao ganhar com a pretensão de correção própria da moral, o neoconstitucionalismo, pontificado por um papel ativo do juiz na aproximação entre a norma e o fato, acabou por descambar, em certos casos, no ativismo e na ditadura dos princípios, a justificar a produção do direito por um caminho pouco democrático e que despreza a arena legislativa. Bem por isso, são necessárias cautelas nesse cenário, visto que os princípios não podem ser tidos como superiores às regras, mas apenas como desdobramentos normativos distintos.

Analisou-se ainda um julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da concessão de medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do SUS. Ao refletir-se sobre os votos dos ministros, conclui-se que a parte dispositiva de seus votos criou disposições gerais e amplas que extrapolam a competência da Corte Constitucional.

Embora o julgado estudado seja um extremo, existirão situações limítrofes em que o Judiciário, valendo-se da inafastabilidade da jurisdição, não poderá se furtar de decidir sobre determinados temas. Não é possível ainda criar métricas que coloquem quando o Poder Judiciário deve se autoconter. Essa é, em última análise, uma tarefa dos próprios intérpretes, sujeita a críticas e observações da doutrina, como aqui se fez. As contribuições trazidas pelas escolas francesas, alemã e pela nova leitura constitucional demonstram a complexidade do problema e eternizam a questão: a quem cabe dizer o direito?

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Da legitimação democrática do Poder Judiciário. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 2, n. 1, p. 141-164, 2014. p. 143.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista brasileira de direito público*, 2008.

\_\_\_\_\_. Redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de direito administrativo*, v. 215, p. 151-179, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007.



- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos avançados*, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004.
- CARBONEL, Miguel. El neoconstitucionalismo es un laberinto. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, p. 9-14, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CHAUÍ, Marilena. *Estado de Natureza, contrato social, Estado Civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau*. Filosofia. Ed. Ática, São Paulo, 2000.
- COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules. In: Ronald Dworkin (Ed.). *Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1971.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*/trad. de Flávio Paulo Meurer. Nova rev. da trad. por Enio Paulo Giachini e Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Vozes, 2003.
- GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. Martins Fontes, São Paulo, 2014.
- \_\_\_\_\_. Un diritto senza stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridico medievale). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. XXV, Milano: Giuffrè, p. 267-284, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- \_\_\_\_\_. *História da propriedade e outros ensaios*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- \_\_\_\_\_. Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna. *Análise Social*, p. 1183-1208, 2002.
- \_\_\_\_\_. Lei e justiça: história e perspectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Editora Almedina, 2012.
- KANT, Immanuel. *The metaphysics of morals*. Cambridge University Press, 2017.
- LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do direito*. Campinas: Bookseller, 2002.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. WMF Martins Fontes, 2013.
- OLIVEIRA, Richard Romeiro. Platão e a questão da democracia na República. *Revista Estudos Filosóficos*, n. 12, p. 28-47, 2017.

Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. *Supremo Tribunal Federal*, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>. Acesso em: 27 mar. 2018.

PONTES, Juliana de Brito; GOMES NETO, José Mario Wanderley; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma análise das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 15, n. 20, p. 138-159, 2017.

SALGADO, Karine. O direito tardo Medieval: entre o *lus Commune* e o *lus Proprium*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, 2010, p. 244.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

SAVIGNY, Carl von. Da vocação do nosso tempo para a legislação e a jurisprudência. *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, p. 296, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?*. Liber Juris, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*. Porto Alegre, Síntese, 2004.

STAUT JUNIOR, S. S. Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 5, p. 1343-1358, 2015.

\_\_\_\_\_. *A Escola da Exegese: percurso histórico de uma simplificação e redução do Direito*.

STRECK, Lenio Luiz. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. *Consultor jurídico*, 2014 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em 27 mar. 2018.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2.ed., Lisboa: CalousteGulbenkian, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il dirittomite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.



# MILITARIZAÇÃO DAS POLÍCIAS E DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL NO CONTEXTO DO COMBATE AO INIMIGO INTERNO NO BRASIL (1969-1970)

MILITARIZATION OF POLICIES AND NATIONAL SECURITY DOCTRINE IN THE CONTEXT OF COMBAT WITH INNER ENEMY IN BRAZIL (1969-1970)

LUÍS EDUARDO VIANA FERNANDES\* | RAFAEL LAMERA GUESTA CABRAL\*\*

## RESUMO

O presente estudo pretende analisar a influência da Doutrina de Segurança Nacional na militarização das polícias brasileiras entre 1969-1970. Durante a ditadura militar, houve desdobramentos na interpretação sobre quem é o “inimigo interno” para o Estado, o que poderia gerar impactos na militarização das polícias brasileiras. O modelo de militarização ocorrido na Força Pública do Estado de São Paulo passa a ser a referência central de análise nesse trabalho por ser um dos principais laboratórios práticos de institucionalização da Doutrina de Segurança Nacional no período em destaque. Para que os objetivos pudessem ser alcançados, a investigação histórico-jurídica debruçou-se sobre fontes primárias (documentos e relatórios produzidos na época) e secundárias (trabalhos acadêmicos e de doutrinas, em diálogo com as instituições e legislação). As modificações institucionais nas polícias militares desencadeadas pelos planejamentos e diretrizes de segurança interna do regime militar articularam-se às práticas dos agentes do Estado dentro de um aparato considerado autoritário, geridos exclusivamente pelas Forças Armadas, sem controle por parte das instituições e da população. A transição da ditadura para a democracia não foi capaz de ativar reformas institucionais na estrutura das políticas militares, sobretudo para a desmilitarização das polícias como forças auxiliares das Forças Armadas.

**Palavras-chave:** Polícia Militar. Doutrina de Segurança Nacional. Justiça de Transição.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the influence of the National Security Doctrine on the militarization of Brazilian police between 1969-1970. During the military dictatorship, there were developments in the interpretation of who is the “internal enemy” for the State. That interpretation could have impact on the militarization of Brazilian police. The São Paulo State Public Force militarization model became the central reference of analysis in this paper because it’s one of the main practical laboratories for the institutionalization of the National Security Doctrine in the highlighted period. In order to achieve the objectives, the historical-legal investigation focused on primary sources (documents and reports produced at the time) and secondary sources (academic and doctrinal works, in dialogue with institutions and legislation). The institutional changes in the military police triggered by the military regime’s internal security plans and guidelines were linked to the practices of State agents within an apparatus considered authoritarian, managed exclusively by the Armed Forces, without control by the institutions and the population. The transition from dictatorship to democracy has not been able to activate institutional reforms in the structure of military policies, especially for the demilitarization of the police as auxiliary forces of the Armed Forces.

**Keywords:** Military Police. National Security Doctrine. Transitional Justice.

\* Pós-graduando lato sensu em Prática Judicial pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).  
Graduado em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).  
[luiseduardo\\_viana@hotmail.com](mailto:luiseduardo_viana@hotmail.com)

\*\* Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).  
Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UFERSA. Editor-Chefe da Revista Jurídica da UFERSA.  
[rafaelcabral@ufersa.edu.com](mailto:rafaelcabral@ufersa.edu.com)

Recebido em 26-10-2019 | Aprovado em 20-2-2020





## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A DITADURA CIVIL-MILITAR E AS DIRETRIZES PARA O MODELO DE POLICIAMENTO PAUTADO PELA DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL; 2 OPERAÇÕES DE SEGURANÇA INTERNA EM SÃO PAULO: O MODUS OPERANDI DO POLICIAMENTO DE COMBATE AO INIMIGO INTERNO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa foi resgatar o período em que se deram as principais modificações na organização das polícias militares entre 1969-1970, a fim de observar como se consolidou o desenvolvimento da lógica do inimigo interno ao mesmo tempo em que essas instituições ganharam a exclusividade do policiamento preventivo e repressivo.

A institucionalização da Doutrina de Segurança Nacional – DSN, como uma etapa complexa para o combate às supostas infiltrações comunistas no país (no contexto Guerra Fria), exigiu da ditadura civil-militar uma reorganização das forças auxiliares, como as polícias militares e polícias civis. Considerando a competência dos Estados para organizarem as suas respectivas estruturas de policiamento, nosso recorte espacial ficou circunscrito à experiência do Estado de São Paulo por três razões: primeiro, pelo fato de que foi ali que se concentrou a maior parte da luta armada contra a ditadura no período analisado e, segundo, porque a Força Pública de São Paulo, milícia adestrada nos moldes de um exército, serve como parâmetro para abordar a colocação das polícias militarizadas para o combate ao inimigo interno e, terceiro, por ter ocorrido nesse Estado, em 1969, a instalação da “Operação Bandeirantes”, centro de tortura que foi o laboratório dos Destacamentos de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI) futuramente espalhados pelo Brasil.

O presente estudo desenvolver-se-á, principalmente, pelo método indutivo sobre as fontes documentais colhidas. Ademais, para nortear a investigação do tipo histórico-jurídico sobre as polícias militares, a pesquisa também exige um raciocínio dialético, dentro de uma lógica de conflito, uma vez que a abordagem feita aqui está na seara da história das instituições.

O trabalho utilizará como procedimento a pesquisa bibliográfica e documental sobre fontes diretas e indiretas, investigando textos de lei, documentos oficiais, ao mesmo tempo em que analisa artigos, livros, matérias jornalísticas, dossiês, relatórios e boletins informativos dos órgãos estatais sobre as polícias militares e a repressão estatal à subversão.

Num primeiro momento, o presente estudo abordará a consolidação do modelo de segurança implementado entre os anos de 1969-1970, focando no exacerbamento da militarização das polícias militares, com destaque para a questão da atuação policial no contexto de “guerra revolucionária comunista”, principalmente pelas documentações secretas sobre segurança interna. Já na segunda parte, será tratado o desenrolar das operações de segurança interna especificamente no estado de São Paulo, sendo destacada a Operação Bandeirantes.

## 1 A DITADURA CIVIL-MILITAR E AS DIRETRIZES PARA O MODELO DE POLICIAMENTO PAUTADO PELA DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL

Durante a Guerra Fria (1947-1991) “o mundo [esteve] dividido em dois campos: Ocidente e comunismo”<sup>1</sup>, o que se chamou de “bipolaridade”. Como uma das marcas desse período, tivemos a instauração de diversas ditaduras da América Latina, sobretudo no Brasil, que viveu sob um regime autoritário de 1964 a 1985.

Na visão de Joseph Comblin a responsabilidade pela preparação do regime militar brasileiro é atribuída à Escola Superior de Guerra - ESG, instituição criada em 1949 como imitação da *National War College* de Washington. O padre belga associa a motivação dos militares brasileiros em instituírem uma escola nesses moldes devido à aproximação entre Brasil e Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial, oportunidade em que os brasileiros teriam ficado surpreendidos com a superioridade dos norte-americanos, que, por sua vez, auxiliaram na fundação e orientação da ESG durante 12 anos através de uma missão militar.<sup>2</sup>

Fábio Konder Comparato denominou de “mimetismo institucional” a criação de órgãos voltados à segurança nacional de modo semelhante aos Estados Unidos pelos demais países da América Latina, dentre eles, o Brasil. O autor também notou que o poder presidencial nestes “Estados de Segurança Nacional” estava comumente associado ao tripé do Conselho Nacional de Segurança - CNS, Sistema Nacional de Informações – SNI e Estado Maior das Forças Armadas – EMFA, sendo que, “[e]m todos eles, criaram-se, mesmo antes da tomada do poder pelos militares, Escolas Superiores de Guerra nos moldes do *National War College*, de Washington”.<sup>3</sup>

Os teóricos da segurança nacional no Brasil desenvolveram e difundiram várias de suas ideias na ESG, dentre eles, podemos destacar o General Golbery Couto e Silva, um dos mais influentes formuladores da Doutrina da Segurança Nacional – DSN no subcontinente latino, para quem a guerra contra o comunismo seria “uma guerra pela sobrevivência do Ocidente”, portanto, “uma guerra absoluta”.<sup>4</sup>

Essa perspectiva traduz a ideia de “Guerra Total”, no sentido de que o inimigo comunista, hábil e cada vez mais difundido em todos os âmbitos da sociedade a partir de uma nova técnica que seria a “Guerra Revolucionária”, e “disseminada” pela União Soviética, “intentaria obter o controle da população pelo terror”.<sup>5</sup> Assim:

[...] o contra-terrorismo, defendia a Doutrina, deveria empreender o mesmo caminho para neutralizar a ação dos comunistas. Simultaneamente, exerceria o controle necessário para atingir o que na DSN denominava-se por ‘Objetivos

<sup>1</sup> COMBLIN, Pe. J. *A Ideologia da Segurança Nacional: O Poder Militar na América Latina*. Tradução A. Veiga Fialho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. p. 30.

<sup>2</sup> Ibid. p. 155 e ss.

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Segurança Nacional. Novos Estudos, Cebrap, São Paulo, v.1, 1, p. 51-57, dez. 1981. p. 56.*

<sup>4</sup> GOLBERY, 1967 *apud* COMBLIN, Pe. J. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>5</sup> MENDES, Ricardo Antônio Souza. Ditaduras civil-militares no Cone Sul e a Doutrina de Segurança Nacional – algumas considerações sobre a Historiografia. *Revista Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 5, n.10, jul./dez. 2013, p. 15.

Nacionais'. Como etapas desse processo contrarrevolucionário colocavam-se, de forma sequencial, a identificação e eliminação dos simpatizantes do comunismo, a detecção dos membros da subversão e, por último, o extermínio desse núcleo central da oposição subversiva. Tudo isso acompanhado pelo desenvolvimento de ações cívicas que buscariam retirar a população da órbita de influência comunista. Para todas essas etapas era de extrema importância o trabalho de inteligência e informação, ainda que com a utilização da tortura.<sup>6</sup>

A disseminação do medo dessa suposta guerra eliminaria qualquer “diferença entre subversão, crítica, oposição política, guerrilha, terrorismo [e] guerra, já que tudo isso [era] manifestação de um único fenômeno, a guerra revolucionária”.<sup>7</sup>

Para Comblin, ante a indefinição que permeia este conceito, é mais válido para a compreensão do que seria a “segurança nacional” ocupar-se em saber não o que se está defendendo, mas contra quem se defende, que seria o comunismo, o qual podendo estar em todos os lugares, determinaria a extensão da segurança nacional de igual modo. Dessa forma, “[a] segurança nacional afeta todos os aspectos da vida social. Em toda parte pode ser desafiada por ameaças: em toda parte, a subversão, sua grande inimiga, pode se manifestar”.<sup>8</sup> Portanto, a responsabilidade pela manutenção da segurança recaía sobre todos.<sup>9</sup>

Assim, a necessidade de se combater um inimigo infiltrado nas mais diversas camadas sociais, sob uma perspectiva de guerra permanente, levaria à “incorporação da segurança pública à segurança nacional”<sup>10</sup>, em que as Forças Armadas passam a ter a responsabilidade pela segurança interna<sup>11</sup>, além da já típica atribuição de defesa externa.

É na busca de eliminar esse inimigo interno que se realizam mudanças nas funções das milícias estaduais durante o regime militar.

Ainda em fevereiro de 1969, no âmbito do Ministério da Aeronáutica, foi realizado o I Seminário de Segurança Interna, evento “que reuniu em Brasília os secretários de Segurança Pública” de diferentes Estados, “os comandantes das polícias militares e os superintendentes regionais da Polícia Federal”, tudo “sob a coordenação do ministro da Justiça Luís Antônio da Gama e Silva e do Chefe da Inspeção Geral das Polícias Militares Gen. Carlos de Meira Matos”.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Ibid. p.15-16.

<sup>7</sup> COMBLIN, Pe. J. *op. cit.*, p. 47.

<sup>8</sup> Ibid. p. 57.

<sup>9</sup> Nesse sentido, conforme artigo 1.º, da Lei de Segurança Nacional de 1967: “toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei”.

<sup>10</sup> GUERRA, Maria Pia. *Polícia e Ditadura: a arquitetura institucional da segurança pública de 1946 a 1988*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016, p. 14.

<sup>11</sup> A Lei de Segurança Nacional de 1967 (art. 3.º, *caput* e § 1.º, do DL 314/67) evidencia esse rumo, já que nela: “[a] segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.” E acrescenta-se que “[a] segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no âmbito interno do país”.

<sup>12</sup> GUERRA, Maria Pia. *Op. cit.*, p. 21.

A relatoria do Seminário coube ao jurista Hely Lopes Meirelles<sup>13</sup>, então Secretário de Segurança Pública de São Paulo, que elaborou um documento de “sugestões para a integração dos órgãos da segurança interna”<sup>14</sup>, no qual esta já era colocada como parte integrante segurança nacional.

As sugestões para integração dos órgãos da segurança interna, expostas no Seminário, levaram em conta a necessidade de integração na execução das ações em meio a uma divisão complexa das atribuições do que seriam os “órgãos diretamente interessados na segurança interna”.

O esquema traçado compreendia os órgãos normativos e de coordenação (Ministério da Justiça, Estado Maior das Forças Armadas e Inspetoria Geral das Polícias Militares - IGPM); órgãos de assessoramento (Conselho de Segurança Nacional); órgãos de informações (SNI e Divisões de Segurança e Informações dos Ministérios etc.) e órgãos de execução e, nesse quadro, as polícias estaduais eram consideradas órgãos de execução<sup>15</sup> por excelência ao lado da Polícia Federal, cuja incumbência estaria na “prevenção e repressão dos atentados à segurança interna”.<sup>16</sup>

Consta da discussão que, “segundo a doutrina nacional corrente”, haveria o “Planejamento de Segurança Interna em situação de Paz”, este dividido em um “Plano Político de Segurança Interna” e “Plano Militar de Segurança Interna”<sup>17</sup>, os quais ficavam a cargo do Ministério da Justiça e do Estado Maior das Forças Armadas, respectivamente, sendo que o último regularia as ações militares necessárias para o atingimento dos objetivos do primeiro.

Considerando que o seminário “[visava] mais diretamente o policiamento civil”<sup>18</sup>, o relator delimitou como objeto do seu estudo apenas as questões de competência do Ministério da Justiça, abstendo-se de tratar dos planos de ordem militar.

Um dos pontos frisados foi o papel importante do Ministério da Justiça na integração dos órgãos de segurança, pois, era o órgão normativo<sup>19</sup> responsável pela construção do Plano Político de Segurança Interna, bem como de “dois documentos fundamentais para a

<sup>13</sup> Para uma melhor compreensão da atuação de vários juristas brasileiros em favor do regime militar e da doutrina de segurança nacional, Cf. DAL RI Jr., Arno. O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira: usos e representações do Estado Novo à Ditadura Militar brasileira (1935-1985). *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, jul./dez. 2013. p. 525-543. No caso específico de Hely Lopes, é possível verificar tal militância num texto do próprio autor, Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. O PODER DE POLÍCIA, O DESENVOLVIMENTO E A SEGURANÇA NACIONAL. *R. Dir. adm.*, Rio de Janeiro, 125, jul./set. 1976. p.1-14.

<sup>14</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. 4ª Zona Aérea. *Seminário de Segurança Interna: sugestões para integração dos órgãos de segurança interna – Relator Hely Lopes Meirelles*, 13 mar. 1969a. São Paulo: Ministério da Aeronáutica, 1969, p.2.

<sup>15</sup> Os Serviços Secretos das polícias civil (SS) e militar (S-2) também estavam previstos, sendo que, na qualidade de Órgãos de Informação (BRASIL. MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. 4ª Zona Aérea. *Seminário de Segurança Interna: sugestões para integração dos órgãos de segurança interna – Relator Hely Lopes Meirelles*, 13 mar. 1969a. São Paulo: Ministério da Aeronáutica, 1969.p.2.).

<sup>16</sup> *Ibid.*, p.2.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p.2.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p.2.

<sup>19</sup> Figuravam ao lado do Ministério da Justiça, na condição de órgãos normativos e de coordenação, o Estado Maior das Forças Armadas – EMFA e a Inspetoria Geral das Polícias Militares – IGPM.

segurança interna” que seriam “as Diretrizes Gerais de Planejamento - DGP e a Diretriz Particular de Planejamento para a Segurança Interna – DPP/SI”.<sup>20</sup>

Basicamente, foram tratadas as formas de integração entre as diferentes polícias (federal, civil e militar), esclarecendo as suas competências, possibilidades de atuação conjunta - inclusive mediante convênios -, bem como foram especificadas as respectivas atribuições de acordo com o tipo de crime enfrentado, se comum, de ordem político-social, contra interesse da união ou não.<sup>21</sup>

Ao final do trabalho, foi oferecida minuta de Resolução Reservada da alçada do Ministério da Justiça que regulamentaria as “Operações de Segurança Interna”<sup>22</sup>; aliás, estas já vinham sendo utilizadas no Estado de São Paulo<sup>23</sup>. Até a realização do Seminário de Segurança Interna não havia registro de operações como a Operação Bandeirantes - Oban, maior exemplo de ação dessa natureza, cujo início se deu em julho de 1969.

Já em relação aos planos de natureza militar, através de resolução de Costa e Silva, em 14 de julho de 1969, foram baixadas as “Diretrizes para a Política de Segurança Interna”, considerando:

Que a Segurança Nacional visa a garantir o desenvolvimento do País e a proporcionar o bem estar e a tranquilidade do povo brasileiro; Que a intensificação dos atos de terrorismo, assaltos a bancos, ataques a sentinelas e agentes da Lei, furto de armamento e munições, inclusive em quartéis, bem caracteriza o processo subversivo da guerra revolucionária em evolução; Que, a persistir a evolução desse quadro, a consecução dos superiores objetivos da Revolução e da Nação Brasileira, poderá vir a ser prejudicada, sendo [imperativa] a neutralização do processo subversivo [...].<sup>24</sup>

Conforme se extrai da resolução, um dos anseios era justamente o estabelecimento de uma “coordenação, de âmbito federal e em nível presidencial, do planejamento, da supervisão e do controle da execução das ações de [segurança interna], em todo o [território nacional]”, as quais “[seriam] conduzidas diretamente pelo Presidente da República e [englobariam] os campos político, econômico, psicossocial e militar, visando, em particular, as Informações e as Operações militares e policiais”.<sup>25</sup> De fato, havia um destaque na figura do Presidente, pois, seria este o responsável pela determinação de medidas gerais de caráter preventivo ou repressivo, fossem elas permanentes ou temporárias.<sup>26</sup>

Restava claro que Costa e Silva arrogava para si a coordenação das operações de combate à infiltração comunista, dentre as quais estavam incluídas as operações policiais,

<sup>20</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. 4ª Zona Aérea. *Seminário de Segurança Interna: sugestões para integração dos órgãos de segurança interna – Relator Hely Lopes Meirelles*, 13 mar. 1969a. São Paulo: Ministério da Aeronáutica, 1969, p. 7.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid., p. 6.

<sup>23</sup> FON, Antônio Carlos. *Tortura: A história da repressão política no Brasil*. Revisão Dina de Deus. São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda., 1979. Impressão: Editora Parma Ltda, p.18.

<sup>24</sup> BRASIL. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *Diretrizes para a Política de Segurança Interna, de 14 de julho de 1969*. Brasília, DF: Conselho de Segurança Nacional, 14 jul. 1969d. p. 1-2.

<sup>25</sup> BRASIL. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>26</sup> Ibid.

assim, abria-se espaço para a constatação da existência de um alongamento da segunda cadeia que integrava a “dupla cadeia de comando”<sup>27</sup> para as polícias militares. Havia, portanto, no plano legal, desde a edição do DL 317/67, uma subordinação das milícias tanto às Secretarias de Segurança Pública quanto à Inspeção Geral das Polícias Militares – IGPM, ao passo que, no plano secreto, a subordinação das polícias era alongada para o controle direto e pessoal do próprio Presidente, nas ditas “ações ou operações de segurança interna”.

A divisão nos campos acima exposta é um fiel exemplo do alinhamento à ideia de Poder Nacional, que é dividido nos poderes: militar, político, econômico e o psicossocial e, Joseph Comblin já ressaltava o viés totalitário deste conceito, pois, “[o] Poder reúne recursos naturais, trabalho, ciência, técnica, capital, exército, polícia, sujeição, controle, censura, lei, costumes autoridades, tudo isso justaposto para formar uma só capacidade de ação”.<sup>28</sup>

Nesse sentido, umas das diretrizes para a política de segurança interna previa que:

Na aplicação dos meios de que dispõe o Governo para se antepor ao recrudescimento da Guerra Revolucionária, torna-se indispensável a integração de todos os [ó]rgãos responsáveis pela Segurança Interna, isto é: Forças Armadas; Ministério da Justiça, em particular o Departamento de Polícia Federal; [Serviço Nacional de Informações – SNI]; [Divisões de Segurança e Informações – DSI] dos Ministérios Civis; Órgãos de Segurança Pública e Polícias Militares. Aos Comandantes de Exércitos e Comandantes Militares da Amazônia e do Planalto, caberá a responsabilidade pelo planejamento, coordenado e integrado, e pela execução das operações contra-revolucionárias em seus Territórios de conformidade com as instruções que lhes forem expedidas. Para execução dessas missões, contarão: a. A disposição: Unidades do Exército localizadas na área; Polícias Militares Estaduais; Outras Unidades do Exército, colocadas em Reforço; b. Em apoio - cooperando em íntima ligação: Forças Navais e Aéreas, localizadas na área: Órgãos da Polícia Federal; Órgãos de Segurança Pública Estaduais.<sup>29</sup>

Entre 17 e 18 de julho de 1969, Costa e Silva determinou a expedição de ofícios aos Ministros Militares, da Justiça, Serviço Nacional de Informações e aos Governadores de todos os entes da Federação, no caso destes últimos, conforme se denota do Aviso n.º 141/69, de 18 de julho de 1969, direcionado ao Governador de São Paulo, os expedientes continham os seguintes encaminhamentos:

Em consequência da recente análise da conjuntura nacional, decidiu o Senhor Presidente da República intensificar as ações contra a Guerra Revolucionária [...]. No quadro das ações integradas contra a Guerra Revolucionária situam-se os Órgãos de Segurança Pública Estaduais, em particular as Polícias Militares, cujo emprego, em tais circunstâncias, está definido no Decreto-lei n.º 667, de 02 de julho de 1969. Encarece o Senhor Presidente da República ordens de Vossa Excelência no sentido de que a Secretaria de Segurança Pública e particularmente a Polícia Militar, estabeleçam e mantenham ligação

<sup>27</sup> A dupla cadeia de comando consistia da subordinação das polícias militares tanto à IGPM quanto à Secretaria de Segurança do respectivo Estado (GUERRA, Maria Pia. *Op. cit.*, p. 17).

<sup>28</sup> COMBLIN, Pe. J. *Op. cit.*, p.58-59.

<sup>29</sup> BRASIL. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *Diretrizes para a Política de Segurança Interna, de 14 de julho de 1969*. Brasília, DF: Conselho de Segurança Nacional, 14 jul. 1969d, p. 3.



com o Comando do... (Exército, Região Militar ou Guarnição Militar), para cumprimento das missões que lhes forem atribuídas.<sup>30</sup>

Sendo assim, resta claro que havia um papel para as polícias militares estaduais dentro do aparato estatal montado pela ditadura civil-militar para o combate ao comunismo, como foi lembrado no “aviso” encaminhado aos Estados. Àquela altura, já havia disposição para a atuação dos corpos armados de polícia na garantia da segurança interna, como também estava fixada a exclusividade do policiamento ostensivo pelas tradicionais milícias estaduais através do Decreto-lei nº 667/69, de 02 de julho de 1969, como bem observou Guerra:

A prerrogativa de policiamento nas ruas em contato direto com a população foi confiada em exclusividade às polícias fardadas, organizadas em hierarquia militar, sob controle das Forças Armadas. As dúvidas que porventura ainda existissem foram resolvidas pelo Decreto federal nº 1.072, de 30 de dezembro, que determinou a extinção das Guardas Cívicas e a incorporação aos quadros das polícias militares em até 180 dias. O Decreto federal nº 667/69, como parte do processo de federalização, reforçou a militarização das polícias. Confirmou o foro especial previsto no Código Penal Militar e no Código de Processo Penal Militar para crimes de agentes das polícias militares (Decreto-lei federal nº 1.001 e Decreto-lei federal nº 1.002, de julho de 1969). Policiais Militares que cometessem crimes contra civis em exercício de função seriam julgados e responsabilizados não por cortes civis, mas por cortes especiais militares.<sup>31</sup>

Pouco tempo depois das primeiras diretrizes, Costa e Silva já propunha modificações no esquema da repressão ao comunismo e, assim, houve um aperfeiçoamento dos planejamentos de segurança interna, situação que somente veio a ser consolidada com a edição da Diretriz de Segurança Interna, de 17 de março de 1970, a qual, dentro de um “Sistema de Segurança Interna”, previa uma Comissão de Alto Nível para assessoramento do Presidente em questões desta natureza, com a incumbência de fixar as responsabilidades de planejamento e execução das medidas contenção do avanço comunista.<sup>32</sup> Observe-se, que permanecia a figura central do Presidente na participação direta nas ações de combate à ação subversiva, conforme já se tinha constatado Estudo Sucinto n.º 06/SG-01/70, de 02, de fevereiro de 1970.<sup>33</sup>

Em decorrência dessa nova diretriz foi aprovado mediante resolução assinada por Médici, em 29 de outubro de 1970<sup>34</sup>, o Planejamento de Segurança Interna proposto pela Comissão de Alto Nível.

O referido planejamento é estruturado com uma exposição inicial no seu item “A” da “Estratégia Adversa”, que basicamente é o que o governo militar supunha ser a atuação de certos grupos em movimentação de guerra revolucionária. Na sequência, o item “B” previa a

<sup>30</sup> AVISO n.º 141/69, de 18 de julho de 1969. Brasília, DF, 18 jul. 1969.

<sup>31</sup> GUERRA, Maria Pia. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>32</sup> BRASIL. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *Diretriz de Segurança Interna, de 17 de março de 1970*. Brasília, DF: Conselho de Segurança Nacional, 17 mar. 1970d.

<sup>33</sup> ESTUDO Sucinto n.º 06 SG-01/70, de 02 de fevereiro de 1970. Brasília, DF, 02 fev. 1970. p. 9.

<sup>34</sup> BRASIL. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *Resolução, de 29 de outubro de 1970*. Brasília, DF: Conselho de Segurança Nacional, 29 out. 1970g.

“Estratégia Geral do Governo” contendo as medidas de combate ao comunismo nos moldes da doutrina de segurança nacional.<sup>35</sup>

Por sua vez, no item “C” é que se começa a tratar do planejamento em si, com as “Bases Gerais do Planejamento”, seguindo-se com a definição da “Responsabilidade e Planejamento de Execução” das medidas necessárias ao enfrentamento do comunismo no item “D”. Por fim, as “Prescrições Diversas”, no item “E”, tratavam simplesmente dos prazos para elaboração dos planejamentos específicos de cada órgão, os quais deveriam ser entregues à Comissão de Alto Nível para apreciação.<sup>36</sup>

Debruçando-se especificamente sobre o item “A”, verifica-se uma compreensão de que “facções minoritárias, em franca atividade de Guerra Revolucionária, submetidas à ação onipresente do Movimento Comunista Internacional, [procuravam] conturbar a vida nacional, particularmente através de atos de terrorismo assaltos e sequestros”; a estas facções estariam associados políticos cassados, membros “progressistas do clero”<sup>37</sup>, os quais atuariam em auxílio aos primeiros, seja na divulgação de uma desmoralização da ditadura civil-militar no cenário internacional, ou na dedicação à “conscientização dos jovens, das massas urbanas e rurais [...] visando orientá-los [...] à derrubada do Governo Federal e à mudança do regime, admitindo para isso, como válidos, inclusive a violência e a luta armada”.<sup>38</sup>

Em resposta, o item “B” dispunha sobre a “Estratégia do Governo” para enfrentar a situação, em cujos objetivos fundamentais estariam:

- a) Assegurar os ideais que norteiam a Revolução Brasileira, de Março de 1964;
- b) Preservar a população da ação do comunismo e mobilizá-la contra suas investidas;
- c) Garantir a plena consecução da Política de Desenvolvimento Nacional e;
- d) Aperfeiçoar o dispositivo de garantia da Segurança Interna.<sup>39</sup>

A ideia de Poder Nacional é operacionalizada nas diretrizes básicas através da previsão de um “Sistema de Segurança Interna”, constituído por “[t]odos os órgãos da administração pública nacional, com responsabilidade direta ou indireta da Segurança Interna”.<sup>40</sup> Tal sistema mantinha a centralização o comando na pessoa do presidente, o qual “[o acionaria] diretamente [...], assessorado pela Comissão de Alto Nível, principalmente para coordenar e centralizar ações”.<sup>41</sup>

Também é possível observar demasiada atenção com as ações preventivas, que deveriam ser tomadas de forma permanente e com prioridade para as “áreas-problema” que seriam as áreas “estudantil, magistério, trabalhista, clero, meios de divulgação de [massa]”.<sup>42</sup>

<sup>35</sup> BRASIL. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *Op. cit.*, 1970.

<sup>36</sup> BRASIL. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *Op. cit.*, 1970.

<sup>37</sup> A atuação de alguns setores da igreja foi muito significativa no tocante às denúncias de violações de direitos humanos pelo regime, nesse sentido, Cf. CARLOS, Juliana de Oliveira. A Anistia e a Luta pelos Direitos Humanos no Brasil. *Cadernos AEL*, v.13, n. 24/25, p. 169-205, 2008; Cf. ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *BRASIL NUNCA MAIS*. Prefácio Paulo Evaristo Arns. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

<sup>38</sup> BRASIL. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *op. cit.*, p. 1.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p.2.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p.7.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p.8.

<sup>42</sup> BRASIL. Conselho de Segurança Nacional. *Op. cit.*, p.4.

Por sua vez, “[a]s ações repressivas [deveriam] eminentemente episódicas, mas desencadeadas de maneira a assegurar os efeitos decisivos”.<sup>43</sup>

Do mesmo modo, também é interessante a previsão no planejamento de Segurança Interna, no sentido de que:

A fim de possibilitar um desengajamento progressivo das Forças Armadas daquelas ações tipicamente policiais, o Governo Federal e os Estados adotarão medidas que visem, respectivamente, ao fortalecimento do Departamento de Polícia Federal e dos Órgãos de Segurança Pública estaduais, compatibilizando-os com as missões que lhes incumbem face à realidade nacional. [...] A garantia da segurança interna deve ser alcançada pela aplicação do poder nacional, sob todas as suas formas ou expressões, de maneira sistemática, permanente e gradual, abrangendo, desde as ações preventivas até o emprego preponderante da sua expressão militar.<sup>44</sup>

Uma das formas de se alcançar tal objetivo seria através da formulação pelos Estados de seus próprios Planos de Segurança Interna, que, além da concordância com Estratégia Geral, deveriam ter “íntima ligação com os comandos militares com jurisdição sobre a área”.<sup>45</sup> Ademais, para as ações integradas de segurança interna, seus estudos e coordenação, os Comandantes Militares teriam que contar com a assessoria da Marinha, Aeronáutica, Secretarias de Segurança Pública e as polícias civis e militares estaduais, da Polícia Federal, além de outras autoridades civis ou militares que julgasse necessário.<sup>46</sup>

O acima exposto carrega um viés burocratizado que dificilmente pode ser compreendido fora do contexto norteado pela DSN. Em síntese, tratava de um planejamento com ações de guerra num momento em que não havia sua declaração formal, uma estratégia secreta com distribuição de papéis bem definidos entre os órgãos estatais para o emprego da violência, na qual estavam inseridas as polícias militares estaduais no intuito da eliminação do inimigo subversivo.

Mesmo reconhecendo que a ameaça comunista advinha de facções minoritárias, a ditadura civil-militar brasileira não hesitou em montar uma aparelhagem literalmente de guerra para enfrentar a guerra revolucionária difundida pelo movimento comunista internacional e, para tanto, valeu-se, dentre outras medidas, da colocação de uma força militar para a realização do policiamento de rua.

Constar que as polícias militares estariam envolvidas em planos voltados para guerra, por si só, não implicaria em qualquer novidade, haja vista que desde antes do regime militar, os corpos armados de polícia ostentavam a condição de forças auxiliares e reservas do Exército, portanto, em caso de eventual guerra externa, seria lógico que a mobilização das milícias estaduais precederia a do restante da reserva.

No entanto, é importante destacar que os planejamentos aqui expostos não abordam hipóteses de Guerra Clássica Convencional, a qual, nos termos da doutrina básica da ESG é: “[...] externa e entre estados; [...] declarada; [...] reconhecida pelos organismos internacionais

<sup>43</sup> Ibid., p.4.

<sup>44</sup> Ibid., p.4.

<sup>45</sup> Ibid., p.6.

<sup>46</sup> BRASIL. Escola Superior de Guerra. *Doutrina Básica*. Rio de Janeiro: Imprimiu Gráfica e Editora Ltda., 1979.

e; utiliza, em princípio, a plena capacidade das forças militares”.<sup>47</sup> O caso tratado nos planejamentos militares acima expostos é de Guerra Revolucionária, caracterizada como “o conflito, normalmente interno, estimulado ou auxiliado do exterior, inspirado geralmente em uma ideologia, e que visa à conquista do poder pelo controle progressivo da nação”.<sup>48</sup>

Os textos esguianos consideram a Guerra Revolucionária Comunista – GRC nos seguintes termos:

A concepção comunista da guerra, de acordo com Lenine, difere fundamentalmente da ocidental: ‘A paz é a continuação da guerra por outros meios e deve ser tratada como um todo’. E ainda: ‘A paz e a guerra não são senão dois aspectos da mesma luta, permanente e necessária.’ Finalmente, lançando as bases para o surgimento de algo novo, afirma: ‘Guerra e revolução são termos intermutáveis’.<sup>49</sup>

Nos marcos da DSN, a Guerra Revolucionária Comunista – GRC<sup>50</sup> era abordada sob uma perspectiva de processo subversivo, de caráter permanente, conforme os termos usados pelo próprio Costa e Silva, na análise da conjuntura de intensificação da luta armada em São Paulo a partir de 1968, quando o Presidente militar entendia que a situação “bem [caracterizava] o processo subversivo da guerra revolucionária em evolução”.<sup>51</sup> A doutrina da ESG ensinava que “o desenvolvimento da GRC pode [...] ser descrito como a integração do processo subversivo nos estágios iniciais com a violência no estágio final, sendo esta última, em alguns casos, desnecessária, se o objetivo final já tiver sido atingido”.<sup>52</sup>

Entretanto, o enfrentamento de tal processo subversivo ocorreria no campo da defesa interna e envolveria todas as medidas que visassem evitar, impedir, eliminar os dirigentes, destruir os mecanismos o processo e, ao fim, garantir a segurança interna. As atitudes e medidas eventualmente empregadas seriam de natureza preventiva, repressiva e/ou operativa, que também respeitariam uma escala gradual, conforme o avanço do processo subversivo.<sup>53</sup>

Já no momento das atitudes preventivas havia o anseio de se combater as “infrações contra a segurança nacional” e, genericamente, nessa categoria estariam enquadradas situações que em períodos não autoritários seriam nada mais do que o exercício regular de direitos pelos cidadãos a exemplo do direito de reunião. Do mesmo modo, a ação policial seria tomada numa perspectiva de “destruição de pequenos focos de agitação [e] controle e

<sup>47</sup> BRASIL. *Op. cit.*, 1979, p. 207.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 209. De modo semelhante, o art. 3.º, § 3.º, do DL 898/69 dispunha que: “[a] guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação”.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 218.

<sup>50</sup> Para uma melhor compreensão sobre a ideia de Guerra Revolucionária Comunista, Cf. BRASIL. Escola Superior de Guerra. *Doutrina Básica*. Rio de Janeiro: Imprimum Gráfica e Editora Ltda., 1979. 352 p. il. 21 cm. p. 215 e ss.

<sup>51</sup> BRASIL. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *Diretrizes para a Política de Segurança Interna, de 14 de julho de 1969*. Brasília, DF: Conselho de Segurança Nacional, 14 jul. 1969d. p.1.

<sup>52</sup> BRASIL. Escola Superior de Guerra. *Doutrina Básica*. Rio de Janeiro: Imprimum Gráfica e Editora Ltda., 1979. 352 p. il. 21 cm, p. 220.

<sup>53</sup> *Ibid.*

eliminação de atos iniciais de perturbação da ordem pública”.<sup>54</sup> A competência para atuação nesses casos não seria de outra corporação que não a polícia militar.

Se a utilização dos corpos armados de polícia pelos governos estaduais estava voltada, historicamente, para a contenção de atos de perturbação da ordem<sup>55</sup>, entretanto, não é possível concluir que essa atuação se desse numa perspectiva de guerra como passou a ocorrer dentro dos marcos da doutrina de segurança nacional. Não é o caso de afirmar que se inaugurou a repressão policial contra manifestações de rua, greves etc., mas, que a ótica da guerra revolucionária como algo permanente e iniciada desde pequenos atos, implicou no direcionamento da violência estatal contra condutas das mais corriqueiras da vida social democrática, e que agora deveriam ser pulverizadas pela força policial.

Seguindo na análise das medidas a serem tomadas contra o processo subversivo, caso este não fosse contido em suas fases embrionárias, o Estado lançaria mão da atitude repressiva propriamente dita, uma espécie de intervenção mais incisiva, podendo envolver como forma de expressão política a decretação do estado de sítio, intervenção federal e restrições de liberdades de reuniões e, no campo da expressão militar, estariam o controle e eliminação agitações políticas e de focos de guerrilha, em ações de natureza militar de diferentes proporções.<sup>56</sup>

Enfim, ultrapassadas as primeiras etapas da guerra revolucionária e não tendo as atitudes preventivas e repressivas surtido efeito, seria necessário recorrer à etapa final da “atitude operativa”, apresentada da seguinte forma:

Agora, embora se trate de luta entre nacionais, tem-se a certeza de identificação do elemento a eliminar; isto far-se-á através da destruição do mecanismo da ação subversiva e da neutralização de seus dirigentes. A situação a enfrentar é, portanto, a de Luta Interna, que se inclui numa das últimas etapas da Guerra Revolucionária. Ela abrange todas as formas de conflito armado, no interior do País, de caráter regular ou não, visando tanto a enfrentar interesses de um grupo ou de parcela da população, como objetivos colimados por outra nação ou coligação de nações. Envolve ações de luta armada, no campo ou na cidade, como as guerrilhas, os golpes de mão e até o choque de forças regulares rebeldes. A ação de ordem operativa é, pois, um desdobramento de operações típicas de guerra sem que se faça necessária a definição do ‘status’ bélico-jurídico. A situação de fato é que impõe a plena aplicação violenta do Poder, ainda no quadro restrito da Segurança Interna, sem dar ao contendor a caracterização de beligerante para evitar a aplicação dos princípios jurídicos internacionais. Todavia, malgrado a intenção de não tratar os problemas da Segurança Interna, por mais graves que sejam, como guerra, a hipótese de guerra - Guerra Revolucionária - pode configurar-se independente da vontade nacional.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Ibid., p.244-245.

<sup>55</sup> PINHEIRO, Paulo Sérgio. Polícia e Crise Política: o caso das polícias militares. In: BENEVIDES, Maria Vitoria et al. *A Violência Brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

<sup>56</sup> BRASIL. Escola Superior de Guerra. *Doutrina Básica*. Rio de Janeiro: Imprimiu Gráfica e Editora Ltda., 1979. 352 p. il. 21 cm.

<sup>57</sup> ASPECTOS Doutrinários. [S.l.: s.n.], [ca. 1975], p. 5.

Retornando o foco para as ações preventivas e repressivas, é salutar a observação de Guerra<sup>58</sup> acerca do Regulamento Geral das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros, aprovado mediante o Decreto federal n.º 66862/70, o qual resultou em uma ampliação do campo de atuação das polícias ao mesmo tempo em que ampliou o controle destas pelo Exército. A referida ampliação se deu pela definição de quais atividades estariam compreendidas nos conceitos de “perturbação da ordem” e “grave subversão da ordem”, os quais estão previstos de forma genérica nos artigos 3.º, “a” e “b”, do Decreto-lei n.º 667/69, implicando na atribuição das milícias para atuarem em casos de:

[...] 14) Perturbação da Ordem – [que abrange] todos os tipos de ação, inclusive os decorrentes de calamidade pública que, por sua natureza, origem, amplitude e potencial possam vir a comprometer, na esfera estadual, o exercício dos poderes constituídos, o cumprimento das leis e a manutenção da ordem pública, ameaçando a população e propriedades públicas e privadas; a) Entre tais ações, destacam-se atividades subversivas, agitações, tumultos, distúrbios de toda ordem, devastações, saques, assaltos, roubos, sequestros, incêndios, depredações, destruições, sabotagem, terrorismo e ações de bandos armados nas guerrilhas rurais e urbanas; b) As medidas preventivas e repressivas neste caso, estão incluídas nas medidas de defesa interna e são conduzidas pelos Governos Estaduais, contando ou não com o apoio do Governo Federal; 15) Grave perturbação ou subversiva da Ordem - Corresponde a todos os tipos de ação, inclusive as decorrentes de calamidade pública, que, por sua natureza, origem, amplitude, potencial e vulto: a) superem a capacidade de condução das medidas preventivas e repressivas tomadas pelos Governos Estaduais; b) sejam de natureza tal que, a critério do Governo Federal, possam vir a comprometer a integridade nacional, o livre funcionamento dos Poderes Constituídos, a Lei, a ordem e a prática das instituições; c) impliquem na realização de operações militares.

Assim, se por um lado esta ampliação de competências das milícias estava em concordância com as determinações do Planejamento de Segurança Interna, no sentido da substituição gradual das Forças Armadas nas ações tipicamente policiais pelos corpos armados de polícia dos Estados<sup>59</sup>, por outro, evidencia-se que o regime também considerava como solução o engajamento cada vez maior das organizações policiais em atividades essencialmente militares.

A manutenção da segurança interna, que motivou a fixação de exclusividade do policiamento preventivo e repressivo pelas polícias militares foi acompanhada, necessariamente, da responsabilidade de repressão dos crimes comuns, até mesmo porque “[i]ndependente do regime político, as atividades policiais de combate à criminalidade, patrulhamento, prestação de socorro, preservação da ordem, atendimento a demandas públicas continuam”.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> GUERRA, Maria Pia. *Polícia e Ditadura: a arquitetura institucional da segurança pública de 1946 a 1988*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016. 152 p.

<sup>59</sup> BRASIL. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *Planejamento de Segurança Interna, de 29 de outubro de 1970*. Brasília, DF: Conselho de Segurança Nacional, 29 out. 1970f.

<sup>60</sup> ROCHA, Alexandre Pereira da. *A GRAMÁTICA DAS POLÍCIAS MILITARIZADAS: estudo comparado entre a Polícia Militar do Estado de São Paulo – Brasil e Carabineros – Chile, em regimes políticos autoritários e democráticos*. 2013. 303f. (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade de Brasília, p. 139.



Veja-se que muito já se falou do papel das polícias militares no combate da guerra revolucionária, contudo, o inimigo em questão não estava definido na regulamentação legal sobre polícias, mas a sua identificação repousava na legislação penal de exceção.

De uma forma resumida, poderíamos dizer que paralelamente ao processo de federalização da segurança<sup>61</sup> e a consequente ampliação do “escopo de atuação das polícias [militares]”<sup>62</sup>, ocorria um processo de ampliação do alcance e aperfeiçoamento da legislação penal de exceção<sup>63</sup> voltada para condutas que seriam consideradas crimes contra a ordem política e social e a segurança nacional. Reforçando tal colocação, a ESG considerava que “[p]ara maior eficácia das ações de Segurança Interna é indispensável, no entanto, dar-lhes apoio em legislação específica de Segurança Nacional”.<sup>64</sup>

A Escola Superior de Guerra mencionava como instrumentos legais de Segurança Interna os seguintes diplomas:

[A]lém dos dispositivos constantes da Constituição, convém destacar o Código Penal, a Lei de Segurança Nacional, a Lei do Serviço Militar, o Decreto-Lei da Reforma Administrativa [...], o Decreto-Lei da Reorganização das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros [...], e o Decreto que define a estrutura do Departamento de Polícia Federal [...]. Finalmente, em outras leis ordinárias e em normas esparsas, gerais ou específicas, são considerados outros aspectos, como a definição de crimes de responsabilidades, o direito de reunião e de greve, as prescrições sobre a telecomunicação e os limites da liberdade de manifestação do pensamento e da informação<sup>65</sup>.

A Lei de Segurança Nacional – LSN, de 1969, prescrevia diversos tipos penais abertos, por exemplo, teríamos no art. 28, caput, do DL 898/69 as condutas de “[d]evastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo”, bem como no art. 27, caput, do DL 898/69, “[a]ssaltar, roubar ou depredar estabelecimento de crédito ou financiamento, qualquer que seja a sua motivação”.

Tais exemplos de atos tipificados na LSN de 1969 evidenciam um alargamento exacerbado da lei penal especial, colocando em xeque até mesmo a atuação da simples divisão entre crime comum e a ofensa à segurança nacional, dado que tais condutas confundiam-se com boa parte das que já constavam na codificação penal comum. Tanta vagueza e confusão na definição do que seriam atos de terrorismo, bem como a generalização de qualquer assalto de banco como ato subversivo, abre espaço para igual falta de clareza ao

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de apud GUERRA, Maria Pia. *Polícia e Ditadura: a arquitetura institucional da segurança pública de 1946 a 1988*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016.

<sup>62</sup> GUERRA, Maria Pia. *Polícia e Ditadura: a arquitetura institucional da segurança pública de 1946 a 1988*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016. p. 20.

<sup>63</sup> Essa ampliação do alcance da legislação penal de exceção pode ser melhor compreendida através do prisma do duplo-nível de legalidade. Para tanto, Cf. MECCARELLI, Massimo. Regimes jurídicos de exceção e sistema penal: mudanças de paradigma entre Idade Moderna e Contemporânea. In: DAL RI Jr., Arno; SONTAG, Ricardo. *História do Direito Penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 87 – 110.

<sup>64</sup> BRASIL. Escola Superior de Guerra. *Doutrina Básica*. Rio de Janeiro: Imprimiu Gráfica e Editora Ltda., 1979. p. 248.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 249.

policial sobre quais indivíduos seriam considerados literalmente como “inimigos” da guerra revolucionária.

## 2 OPERAÇÕES DE SEGURANÇA INTERNA EM SÃO PAULO: O *MODUS OPERANDI* DO POLICIAMENTO DE COMBATE AO INIMIGO INTERNO

Enquanto esteve à frente da pasta de segurança em São Paulo, Hely Lopes Meirelles informou que “[a] Polícia [vinha] se equipando, dia a dia, com novas viaturas e meios de comunicação, para o combate a subversão e ao terrorismo, formas novas de criminalidade para a qual não tinha sido preparada até então”.<sup>66</sup> Nesse sentido, observa-se que havia uma generalização da denominação dada àqueles que se enquadravam nos atos de guerrilha urbana em torno dos adjetivos de terrorista e subversivo.

Todavia, se admitirmos que a fixação da competência de policiamento exclusivo pelas polícias militares foi uma medida tendenciosa do regime em prol do combate à guerra revolucionária, não podemos de imediato afirmar que a simples modificação nesse plano surtiria os efeitos desejados pelos militares imediatamente.

Por um breve momento depois da entrada em vigor do Decreto-lei federal n.º 667/69, em relatório destinado ao Governador do Estado, Meirelles elogiava as ações da polícia civil, tanto no combate ao crime comum quanto ao terrorismo e, nesse sentido, apontava a ação de rondas noturnas como uma das medidas eficientes, o que, em tese, seria atribuição da Força Pública. Em contrapartida, o secretário informava que a milícia:

[...] não se [achava] preparada satisfatoriamente para a prevenção e repressão das novas modalidades criminais, notadamente os atentados violentos aos seus quartéis e os assaltos a Bancos, fases previstas da guerrilha urbana. Necessária [era] a reformulação da instrução e do sistema de policiamento adotado até então, pela Força Pública.<sup>67</sup>

Apesar de opinar pela ineficiência da Força Pública - FP no combate ao terrorismo, na mesma oportunidade, Meirelles apresentou as despesas com segurança nas quais a Força era responsável por mais de 50% dos gastos da pasta, cujo restante ainda seria dividido entre Polícia Civil e Guarda Civil.<sup>68</sup>

Entre as ações terroristas relatadas por Meirelles estariam incêndios nas sedes das redes de televisão, bombas em cinemas, ataques às sentinelas das polícias, contudo, havia um problema que gerava maior preocupação ao secretário: justamente os assaltos aos bancos paulistas.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Segurança Pública. *Relatório Periódico Secreto n.º 17/69*. São Paulo, 16 jul. 1969b, p.4.

<sup>67</sup> SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Segurança Pública. *Relatório Periódico Secreto n.º 17/69*. São Paulo, 16 jul. 1969b, p.5.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Ibid.

No ponto, considerou-se que em virtude da quantidade de agências bancárias em todo o estado, o policiamento realizado pela Força Pública era insuficiente, sobretudo pelo fato de que os assaltantes geralmente estarem em grupos de cinco ou mais, com ação comandada e portando armas automáticas. O foco da ação eram os grupos táticos armados incentivados pela Ala Marighella, Vanguarda Popular Revolucionária – VPR e Ala Vermelha. Enfatizou-se que “[t]ais assaltos, iniciados por grupos subversivos empenhados na obtenção de numerário para a sustentação da luta revolucionária visando a tomada do poder pela violência, já estão sendo imitados por marginais comuns [...]”.<sup>70</sup> Desse modo, havia uma percepção de que a luta armada literalmente estaria causando uma modificação nas ações criminosas de uma forma geral.

A preocupação com os atentados realizados nas agências bancárias requeria tanta atenção do secretário que o próprio chegou a oferecer minuta de Decreto-lei determinando que fosse “vedado o funcionamento de estabelecimento bancário sem dispositivo de segurança contra assaltos”<sup>71</sup>, algo bastante semelhante ao que viria a ser previsto no texto do Decreto-lei n.º 1.034, de 21 de outubro de 1969.

O despreparo da Força Pública na tarefa de combate a subversão também era refletido na atividade de policiamento de rua. No SNI, a transferência da operação da rádio-patrolha pela FP era avaliada como desastrosa, sendo denunciado o alto índice de subnotificações às autoridades civis, situação esta que teria obrigado o DOPS a instalar uma rádio-escuta na faixa da rádio-patrolha a fim de serem interceptadas informações não repassadas pela Força Pública.<sup>72</sup>

Por outro lado, o referido despreparo não seria sentido por muito tempo no tocante ao enfrentamento da subversão, sobretudo após o início dos trabalhos da Operação Bandeirantes, desenvolvida pela ação conjunta “dos integrantes das Forças Armadas da área de São Paulo, e dos órgãos da Secretaria da Segurança Pública, e mais a Polícia Federal e o Serviço Nacional de Informações, para combate à subversão e ao terrorismo”.<sup>73</sup>

Em reunião realizada no Quartel General do II Exército, no dia 24 de junho 1969, que o organizador do evento o General José Canavarro Pereira “[apresentou] a ‘Operação Bandeirante’, depois de historiada a luta contra a subversão e o terrorismo, e a omissão, o despreparo e a falta de entusiasmo de alguns órgãos no seu combate”.<sup>74</sup>

O despreparo, que já era citado por Meirelles anteriormente acerca da Força Pública, foi lembrado pelo jurista com relação aos órgãos de segurança pública de uma forma geral em entrevista concedida ao jornalista Antônio Carlos Fon, quando ao ser perguntado sobre o terrorismo, respondeu que:

<sup>70</sup> SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Segurança Pública. *[Representação sugerindo as providências necessárias à prevenção e repressão dos assaltos a Bancos]*. São Paulo, 29 maio. 1969a. p.1.

<sup>71</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Minuta de Decreto-Lei: Dispõe sobre a segurança de estabelecimentos bancários e da outras providências*. [S.l.: s.n.], [ca.1969], p.1.

<sup>72</sup> BRASIL. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência Central. *Informação nº 306/969/SNI/AC (Relatório) - Assunto: FORÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO*. Brasília: Serviço Nacional de Informações, 19 set. 1969e.

<sup>73</sup> SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Segurança Pública. *Relatório Periódico Secreto n.º 17/69*. São Paulo, 16 jul. 1969b, p.6.

<sup>74</sup> BRASIL. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência Regional de São Paulo. *Informação nº 458/SNI/ASP/69 - Assunto: Operação Bandeirante*. São Paulo: Serviço Nacional de Informações, 26 jun. 1969c.

Não havia nenhuma sistemática de repressão. Com a reiteração das ações subversivas, foi-se formando a técnica pela polícia, em cooperação com elementos de segurança das três forças armadas responsáveis pela manutenção da ordem na área e através de troca de informações de todos os serviços de segurança.<sup>75</sup>

A missão da Oban era “[i]dentificar, localizar e capturar os elementos integrantes dos grupos subversivos que atuam na área do II Ex., particularmente em São Paulo, com a finalidade de destruir ou pelo menos neutralizar as organizações a que pertençam”.<sup>76</sup>

A fim de uma melhor organização, eram especificadas as atribuições dos órgãos pertencentes às Forças Armadas e os da Secretaria de Segurança do Estado em atividades de informações e operações, a primeira mais voltada para a coleta de informações e a segunda seriam as ações de caráter eminentemente policial, tudo isso dentro de um organograma com uma central de coordenação, outra de informações e mais uma de operações, ou seja, um esquema que guarda grande semelhança com o estabelecido no I Seminário de Segurança Interna realizado em fevereiro de 1969.<sup>77</sup>

Em virtude do caráter extralegal da Oban, foi definido o sigilo de todas as atividades, bem como fixada a diretriz de que:

Em todas as operações - diligências para busca de informações, inclusive - os elementos delas participantes [deveriam] portar armamento individual e coletivo, capaz de fazer face a qualquer eventualidade. [Recomendava-se] o uso de granadas, metralhadoras portáteis e máscaras contra gases. [...] Todos os meios [seriam] válidos para levar a bom termo as missões e para salvaguardar a vida dos participantes das operações.<sup>78</sup>

Pelo exposto, imagina-se, de fato, um clima de guerra, sendo as ações dos grupos armados da esquerda deflagradas por assaltos e ataques aos soldados da Força Pública e Polícia Civil, portanto, ações rápidas, pontuais e imprevisíveis pelas milícias separadamente, fator que asseverava o “despreparo” da FP de forma isolada, conforme já foi destacado, daí a importância da integração com os demais órgãos.<sup>79</sup>

Dessa forma, nos termos do que foi informado por Meirelles, o combate ao inimigo subversivo se deu com maior força após a integração das atividades das Forças Armadas com as polícias militares, civil e federal e o SNI através da Oban. O recurso principal da operação não era outro senão a violência mediante torturas empregadas em suas dependências.

Tais métodos seriam oriundos, principalmente, das práticas já recorrentes dos agentes do Departamento de Ordem Política e Social – DOPS, de onde veio Sérgio Paranhos

---

<sup>75</sup> FON, Antônio Carlos. *Tortura: A história da repressão política no Brasil*. Revisão Dina de Deus. São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda., 1979. Impressão: Editora Parma Ltda, p. 24.

<sup>76</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DO EXÉRCITO. II Exército. Quartel General. *OPERAÇÃO BANDEIRANTE*. São Paulo: Ministério do Exército, 24 jun. 1969b. p.3.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Ibid., p.6.

<sup>79</sup> SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Segurança Pública. *Relatório Periódico Secreto n.º 17/69*. São Paulo, 16 jul. 1969b.

Fleury, assim como da Divisão de Crimes Contra o Patrimônio. O referido delegado liderou diversas emboscadas contra guerrilheiros, a mais famosa delas, a que culminou com a morte de Marighella. Fleury acumulava as funções de combate à subversão ao tempo em que encabeçava o “Esquadrão da Morte”, responsável pelas execuções sumárias de criminosos comuns em larga escala no período da ditadura civil-militar.<sup>80</sup>

A eficiência da operação em termos de tortura contra os investigados foi tamanha que serviu de modelo para a criação dos Destacamentos de Operação Interna – DOI e Centros de Operações e Defesa Interna – CODI.<sup>81</sup>

O andamento dos trabalhos da Oban e a sua reprodução da sua estrutura nos DOI – CODI, ampliados para todo o Brasil, teria dado resultados consideráveis, inclusive, em 02 de dezembro de 1969, quando a Agência do SNI em São Paulo reproduziu um editorial da Revista Veja em que se veiculava um pronunciamento de Médici que:

[...] ‘determinou aos órgãos responsáveis pela segurança pública e combate à subversão – [...] acusados de torturar presos políticos a até simples suspeitos depois inocentes - que [deveriam] rever imediatamente seus esquemas de repressão e por fim ao uso de métodos violentos’ [...]. O presidente [achava] mesmo era que terroristas brasileiros chegaram a ser superestimados, pela importância com que suas ações isoladas - apesar de alguns lances sensacionais - foram recebidas pelas autoridades, mesmo assim, Garrastazú Médici [estava] sempre atento às possíveis manobras espetaculares dos terroristas, [...] e sabia que [precisava] da confiança geral - que já começou a estimular quando propôs o seu ‘jogo da verdade’ - e também de um clima de liberdade em que a Justiça e os direitos civis sejam amplamente reconhecidos. Certo de que não enfrentará rebeliões nem contestações nas Forças Armadas, o presidente enfrenta a subversão com novos triunfos: além do combate policial-militar - até agora bem sucedido: a morte de Marighella é uma das provas -, o presidente quer lutar contra o terrorismo com uma maciça e entusiástica adesão popular ao seu governo.<sup>82</sup>

A real intenção das palavras de Médici, porém, devem ser analisadas com bastante cautela, visto que, são ao menos controversas, porquanto durante a sua gestão a repressão foi intensificada, bem como foi ele quem assinou a Diretriz de Segurança Interna, em 14 de março 1970, em cujo texto estava previsto o “Sistema de Segurança Interna”, fixando o organograma da repressão utilizado na ditadura civil-militar.

Ademais, agência do SNI em São Paulo também tomou nota de um editorial de “O Estado de São Paulo”, assinado pelo jornalista Evandro Carlos de Andrade, no qual a ideia de uma guerra revolucionária em curso no Brasil foi questionada de forma incisiva, chegando a afirmar que “o anúncio de que ainda em 1969 essa pretendida guerra revolucionária entraria

<sup>80</sup> SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Comissão da Verdade do Estado de São Paulo “Rubens Paiva”. Estruturas e Sistemas da Repressão. In: *Relatório*. São Paulo: 2015. 648 p.

<sup>81</sup> FON, Antônio Carlos. *Tortura: A história da repressão política no Brasil*. Revisão Dina de Deus. São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda., 1979. Impressão: Editora Parma Ltda.

<sup>82</sup> VEJA apud BRASIL. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência de São Paulo. *BOLETIM INFORMATIVO Nº 280, de 02 de dezembro de 1969*. São Paulo: Serviço Nacional de Informações, 02 dez. 1969f.

na fase da guerrilha rural não se confirmou porque ele era tão falso quanto o é a própria suposta guerra revolucionária, que não existe no Brasil”.<sup>83</sup>

Recordando as etapas da guerra revolucionária, o editorial ressaltou que situações capazes de evidenciar a guerra como a infiltração, propaganda e controle nos meios de comunicação e administração pública sempre existiram e, especialmente sobre a propaganda, esta se limitava à distribuição eventual de panfletos em alguns lugares esparsos - o que, por sinal, era tipificado como crime pelas leis de segurança nacional do regime. Citando o exemplo dos Estados Unidos, o jornalista informava que os atentados por lá eram bem piores do que os nossos, contudo, a Constituição Americana não havia sido alterada e não estavam os mesmos sob o alarde da guerra revolucionária.<sup>84</sup>

As manchetes em meados de janeiro de 1970 já davam conta de que havia uma diminuição das ações de guerrilha urbana, inclusive com a polícia selando o fim do terrorismo.<sup>85</sup> Contudo, a impressão de que a luta armada tivesse cessado não durou muito, até que, em junho de 1970, o sequestro do embaixador alemão resultou numa operação com “[c]inco mil agentes, pertencentes ao SNI, [Centro de Informações da Marinha] - CENIMAR, Serviço de Informações do Exército e outros órgãos de segurança federais, bem como elementos das polícias estaduais, foram mobilizados na caça aos sequestradores”.<sup>86</sup>

Portanto, havia a utilização de operações militares de grande proporção envolvendo as polícias, entretanto, contrariamente ao que se dispunha nos decretos e na doutrina básica da ESG, tais situações não exigiam o respeito à configuração das hipóteses de estado de sítio ou intervenção federal. Na verdade, movidas pelo calor da situação e, pautadas por planejamentos secretos, operações militares desse tipo ocorreriam sem maiores apegos aos ditames legais, afinal, a guerra era total e permanente e o fim da segurança nacional era absoluto.

Mantida ainda a política de reorganização do policiamento contra a subversão, em outubro de 1970, foi criada a Ronda Ostensiva Tobias de Aguiar - ROTA, com a incumbência de atuar em todo o território da grande São Paulo, “para combate aos terroristas e marginais e no caso de grandes ocorrências”.<sup>87</sup> Desde então, a instituição permanece atuando como a elite da polícia militar no Estado paulista, sendo que não foi este o único pelotão especializado criado para combate à subversão no período.

É também no ano de 1970 que, enfim, ocorre a unificação entre a Guarda Civil e a Força Pública formando então a Polícia Militar do Estado de São Paulo por meio do Decreto-lei estadual n.º 217/1970, para tanto, os antigos integrantes da Guarda Civil tiveram que passar pelos estágios que incluíam o estudo da doutrina de segurança nacional, segurança interna e aplicação do código de processo penal militar às polícias. Ademais, a unificação favorecia a manutenção da organização nos moldes da antiga Força Pública, inclusive, mesmo

<sup>83</sup> ANDRADE, 1970 apud BRASIL. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência de São Paulo. *BOLETIM INFORMATIVO Nº 27*. São Paulo: Serviço Nacional de Informações, 02 fev. 1970c, p.6.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> BRASIL. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência de São Paulo. *BOLETIM INFORMATIVO Nº 12*. São Paulo: Serviço Nacional de Informações, 15 jan. 1970a; BRASIL. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência de São Paulo. *BOLETIM INFORMATIVO Nº 24*. São Paulo: Serviço Nacional de Informações, 29 jan. 1970b.

<sup>86</sup> BRASIL. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência de São Paulo. *BOLETIM INFORMATIVO Nº 142*. São Paulo: Serviço Nacional de Informações, 18 jun. 1970e, p.5.

<sup>87</sup> GUERRA, Maria Pia. *Op. cit.*, p.49.



com a incorporação do pessoal da Guarda Civil, tornou-se uma corporação ainda mais militarizada.<sup>88</sup>

As antigas divergências entre as corporações também seriam levadas para dentro do cotidiano da nova polícia militar paulista, como pode ser extraído de um relatório do SNI, elaborado pela Agência Regional de São Paulo que dá conta de “[notórias] divergências internas nos quadros da PMESP [...]” e, num claro exemplo de que os antigos guardas civis seriam policiais militares de segunda classe, foi constatado que os praças da nova polícia corriqueiramente se referiam aos oficiais da antiga FP como “oficiais quentes” e, aos da extinta Guarda Civil, como “oficiais frios”.<sup>89</sup>

A unificação de algum modo também teria impacto sobre a Polícia Civil, se por um lado os delegados já haviam perdido atribuições de controle das ações de policiamento com a Lei Orgânica das Polícias de 1968, agora eram obrigados a ver a formação de uma corporação gigantesca que era a Polícia Militar de São Paulo consumindo, sozinha, 74% do orçamento da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, enquanto a polícia civil respondia somente por 21% dos gastos.<sup>90</sup>

No Estado de São Paulo ainda ocorreriam outras modificações legislativas que atingiriam as polícias militares, dentre elas, a aprovação da Lei estadual nº 616, em 1974, reorganizando as polícias militares e, até o final da ditadura, no plano federal, parte da regulamentação seria alterada como uma das medidas de uma leve descentralização realizada pelos militares um pouco antes da posse dos governadores eleitos democraticamente em 1982, como exemplo, a subordinação administrativa das polícias militares ao Governador retomadas com o Decreto-lei n.º 2.010, de 12 de janeiro de 1983.<sup>91</sup>

Maria Pia Guerra<sup>92</sup>, a partir das conclusões de Alexandre Pereira da Rocha e Arthur Trindade Maranhão Costa, sintetiza que ambos reconhecem a *hipermilitarização* das polícias brasileiras durante a ditadura civil-militar, uma vez que, ao tempo em que foram aproximadas das Forças Armadas, instrumentalizadas pelo governo militar para o atendimento dos seus anseios norteados pela Doutrina de Segurança Nacional, houve uma autonomização das polícias em relação às demandas da sociedade civil por segurança. Em síntese, as polícias tornaram-se cada vez mais distantes da finalidade de atendimento ao cidadão.

Contudo, mais do que atentar para o fato de que boa parte da legislação elaborada no período de 1967-1970 sobre as polícias militares permanecer a mesma, o fato do seu chamamento para a prática de policiamento ostensivo de forma exclusiva, porquanto intimamente ligado ao combate à subversão numa ótica de inimigo terrorista ou subversivo a ser eliminado, destruído ou neutralizado, é algo nos remete às reflexões sobre a adequação da permanência desse modelo de polícia em nossos tempos. É justamente o paradoxo apontado por Muniz<sup>93</sup> ao observar que as polícias militares retomaram a sua função de

<sup>88</sup>Ibid.

<sup>89</sup>BRASIL. MINISTÉRIO DO EXÉRCITO. II Exército. Quartel General. *Relatório Periódico de Informações*. São Paulo: Ministério do Exército, 18 jan. 1971, p.2.

<sup>90</sup> Associação dos Delegados de Política; Associação dos funcionários da Polícia Civil; Associação dos Escrivães de Polícia; Associação dos Pesquisadores Datiloscópicos e datiloscopistas; Associação dos Servidores do Serviço de Transportes Motorizados [*O ataque gratuito aos delegados de polícia*]. São Paulo: [s.n], 1970.

<sup>91</sup> GUERRA, Maria Pia. *Op. cit*, 2016.

<sup>92</sup>Ibid.

<sup>93</sup>MUNIZ, Jaqueline. A Crise de Identidade das Polícia Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. *Security and Defense Studies Review*, Vol. 1, Winter 2001. p. 177-198.

policiamento ostensivo logo na época em que as suas atribuições militares foram mais requeridas.

Observamos, assim, que em um primeiro momento, a milícia paulista era avaliada como despreparada para o enfrentamento da subversão crescente no Estado de São Paulo, ou seja, faltava preparo para o emprego desmedido da violência em confronto com a guerrilha urbana. Contudo, a sua formação militar, pautada pela hierarquia, disciplina e instrução para o combate, tornava a Força Pública moldável aos interesses do regime, em verdade, e conforme já notado por Guerra<sup>94</sup>, essa organização sofreu uma maior militarização a fim de que cumprisse as diretrizes da Doutrina de Segurança Nacional. Eis que, confirmando o que já foi assinalado pela autora, não é o caráter militar de uma polícia que a torna violenta.

Por outro lado, devemos lembrar que a Doutrina de Segurança Nacional adotada pela ditadura civil-militar não inaugurou o estigma de inimigo sobre determinado grupo, pois, conforme as palavras de Angela de Castro Gomes:

Se em 1920 a questão social foi definida como uma questão policial — e os anarquistas foram apontados como o “inimigo objetivo” — em 1935 ela iria ser definida como uma questão de segurança nacional, e o mesmo tipo de discurso acusatório iria se voltar contra uma nova categoria: os comunistas.<sup>95</sup>

No mesmo sentido, a doutrina difundida pela Escola Superior de Guerra não inovou no tocante à criação de mecanismos jurisdicionais e policiais de repressão, veja-se que na Era Vargas foi instaurado o Tribunal de Segurança Nacional – TSN, bem como as Delegacias de Ordem Política e Social – DEOPS, no âmbito dos Estados, para a perseguição da subversão.<sup>96</sup>

A questão trazida aqui é o fato de que, em nenhum desses casos citados, estamos tratando da colocação de uma força repressiva já militarizada – qualidade aguçada gradativamente pelo regime - tão próxima da população, visando um enfrentamento de um inimigo onipresente numa “guerra revolucionária” total e permanente.

Mesmo que não seja possível afirmar, de imediato, que uma polícia por ser militarizada também seja violenta, não se pode olvidar que tenha sido incentivada a isso durante a ditadura civil-militar. Esse tipo de mudança do *modus operandi* só foi alcançado, gradativamente, através de um intenso controle pelos militares e, uma consequente perda de controle pela comunidade, no que se chamou de insulamento das polícias.<sup>97</sup> Assim, a permanência da falta de controle cidadão sobre as polícias militares na atual ordem constitucional, prejudica em muito a mudança nos rumos para o atendimento ao cidadão e em prol de uma prática que preze pelos direitos humanos.

<sup>94</sup> GUERRA, Maria Pia. *Op. cit.*, 2016.

<sup>95</sup> GOMES, Angela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 175.

<sup>96</sup> NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do Direito Penal político italiano ao Direito da Segurança Nacional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis: UFSC, 2010.

<sup>97</sup> GUERRA, Maria Pia. *Op. cit.*, 2016.

Desse modo, quando se trata de uma busca por uma Justiça de Transição dentro das lições de Paul van Zyl<sup>98</sup> de “[i]dentificação das instituições que devem ser reformadas ou eliminadas”, compartilhamos da visão de que a continuidade de uma polícia instituída para o combate de um inimigo na ordem democrática não se adequa a prática que prime pela observância dos direitos humanos.

É nesse sentido que o amadurecimento da proposta de desmilitarização feita pela Comissão Nacional da Verdade – CNV demonstra ser uma medida necessária dentro de um dos seus pilares da Justiça de Transição que é o campo da Reforma das Instituições.

Portanto, as recomendações da CNV, que não prega o fim da polícia militar, mas sim, o fim da vinculação destas às Forças Armadas, com as medidas “constitucionais e legais que acarretem [...] a plena desmilitarização desses corpos policiais, com a perspectiva de sua unificação em cada estado”<sup>99</sup>, são de grande valia para que se possa dar efetividade a uma reforma institucional tão necessária para que se afaste essa parte do legado deixado pela ditadura civil-militar para os tempos democráticos, medida que se impõe para o alcance de uma Justiça de Transição efetiva.<sup>100</sup>

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do golpe de 1964, notamos que o Estado de Segurança Nacional brasileiro busca montar um aparato repressivo a partir dos dogmas da DSN, a fim do enfrentamento da guerra revolucionária comunista.

Essa nova modalidade de guerra, preconizada entre nós pela Escola Superior de Guerra, diferentemente da guerra convencional externa entre os Estados, se configurava a partir de um processo subversivo interno, cujas fases envolviam desde os mais irrelevantes atos da vida cotidiana até o emprego da violência e terror. Portanto, no contexto de um estado de segurança nacional a guerra seria absoluta e permanente.

Se havia um arcabouço normativo em caráter de exceção sobre as polícias militares que por si já evidenciava a função policial em prol da segurança nacional, existia também a construção de um “Sistema de Segurança Interna” através de diretrizes e planejamentos, confeccionados secretamente pelo alto escalão do governo militar com o fim de combater a guerra revolucionária. No primeiro caso, encontramos uma dupla cadeia de comando das polícias militares subordinadas de forma permanente à Secretaria de Segurança Pública dos estados e à IGPM, já nos planos secretos do regime, este segundo nível de subordinação era

<sup>98</sup> VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

<sup>99</sup> BRASIL. Comissão Nacional da Verdade - CNV. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*: v. 1. Brasília: CNV, 2014, p. 971-972. Para maiores detalhes, ver OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de; CABRAL, Rafael Lamera Giesta. Comissão Nacional da Verdade no Brasil: o fio do relato e o direito à memória e à verdade. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 6, n. 13, 2019; Ver ainda: MARQUES, R. de P. Julgar o passado? Verdade histórica e verdade judicial na ADPF 153. *Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v. 2, n. 3, 2018.

<sup>100</sup> Para maiores detalhes, ver ainda GUERRA, Maria Pia. Reformas institucionais: contribuições da justiça de transição e do direito e desenvolvimento. *Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v. 3, n. 5, 2019.

alargado para submissão direta das forças policiais e militares ao Presidente quando se tratassem das operações de segurança interna.

Foi também demonstrado que a Doutrina de Segurança Nacional ao quebrar uma tradicional concepção de guerra externa, trazendo-a para o plano interno, implicou na criação do “inimigo interno” dentro das fronteiras e entre os nacionais, cuja figura foi construída, paulatinamente, tanto na modificação da lei penal de exceção quanto na prática policial em torno das figuras do subversivo e terrorista. Do mesmo modo, essa ruptura vinculou a segurança pública ao campo da segurança interna.

A resposta dada pelo regime ao crescimento da guerrilha urbana, determinando a responsabilidade exclusiva pelo policiamento ostensivo para as antigas milícias estaduais, transformou estas na linha de frente do Estado na luta contra a guerra revolucionária, visto que buscavam retirar gradualmente as Forças Armadas das ações policiais e ampliavam o campo de atuação da polícia para operações de cunho militar.

Porém, estrutura da antiga Força Pública, adestrada nos moldes de um exército, organizada sob a hierarquia e disciplina, não implica num perfeito encaixe em termos de preparo imediato para os conflitos contra a guerrilha, tampouco significa uma predisposição para a violência, visto que, logo que houve a intensificação da luta armada contra o regime em São Paulo, a avaliação era de um total despreparo da milícia para a repressão do terrorismo. Tal preparação exigiu a intensificação contínua do controle sobre as polícias.

Se não podemos falar nesse encaixe perfeito, entretanto, podemos concluir que o caráter militar das polícias facilitava a sua adaptação para a nova função de enfrentamento da guerra revolucionária, já que, em verdade, os resultados contra o avanço da guerrilha urbana ocorreram, sobretudo, a partir da integração das Forças Armadas e polícias estaduais civil e militar na “Operação Bandeirantes”, que serviu de modelo para os DOI-CODI posteriormente espalhados pelo Brasil.

Por outro lado, as mortes dos principais líderes das guerrilhas urbana e rural e uma diminuição considerável da luta armada ainda no fim de 1969, não impediram que a polícia continuasse a ser militarizada, inclusive, com a criação de divisões e pelotões especializados no combate a subversão, a exemplo da ROTA que permanece em atividade até hoje.

Considerando que a repressão ao comunismo no Brasil não se inaugurou com a ditadura civil-militar de 1964-1985, nem foi esse o marco das modificações jurisdicionais e policiais nesse sentido, porém, em virtude da guerra revolucionária comunista, com o inimigo presente em todos os campos da vida social, o regime colocou uma força militarizada nas ruas, ou seja, mais próxima da população em caráter permanente, algo que não havia sido observado até então.

Diante do exposto, o caso das polícias militares no Brasil com a permanência da falta de controle pela população, ao tempo em que permanecem geridas pelo Exército, aponta para a necessidade de reforma, não com o seu fim, mas sim, nos termos do que foi proposto na recomendação nº 20 da Comissão Nacional da Verdade, com a desvinculação destas da condição de reserva das Forças Armadas e a sua plena desmilitarização.

Desse modo, considerando que uma reforma das instituições pressupõe a avaliação das instituições que devem ser reformadas, compartilhamos da visão de que a continuidade

de uma polícia instituída para o combate de um inimigo na ordem democrática não se adequa a prática que prime pela observância dos direitos humanos.

Assim, a fim de se promover uma Justiça de Transição efetiva, a proposta de desmilitarização feita pela CNV demonstra ser uma medida necessária dentro de um dos seus pilares que é o campo da Reforma das Instituições.

## REFERÊNCIAS

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil nunca mais*. Prefácio Paulo Evaristo Arns. 3 ed. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1985.

ASPECTOS Doutrinários. [S.l.: s.n.], [ca. 1975]. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_n8/0/agr/avu/0013/br\\_dfanbsb\\_n8\\_0\\_agr\\_avu\\_0013\\_d0001de0001.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_n8/0/agr/avu/0013/br_dfanbsb_n8_0_agr_avu_0013_d0001de0001.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA; ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS DA POLÍCIA CIVIL; ASSOCIAÇÃO DOS ESCRIVÃES DE POLÍCIA, ASSOCIAÇÃO DOS PESQUISADORES DATILOSCÓPICOS E DATILOSCOPISTAS; ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO SERVIÇO DE TRANSPORTES MOTORIZADOS. [O ATAQUE GRATUITO. AOS DELEGADOS DE POLÍCIA]. São Paulo: [s.n], 1970. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_1m/0/0/9592/br\\_dfanbsb\\_1m\\_0\\_0\\_9592\\_d0009de0041.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_1m/0/0/9592/br_dfanbsb_1m_0_0_9592_d0009de0041.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

AVISO n.º 141/69, de 18 de julho de 1969. Brasília, DF, 18 jul. 1969. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_rjanrio\\_cnv/0/rce/00092000097201482\\_v\\_02/br\\_rjanrio\\_cnv\\_0\\_rce\\_00092000097201482\\_v\\_02\\_d0001de0001.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_rjanrio_cnv/0/rce/00092000097201482_v_02/br_rjanrio_cnv_0_rce_00092000097201482_v_02_d0001de0001.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade - CNV. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade: v. 1*. Brasília: CNV, 2014. 976 p. ISBN 978-85-85142-64-3 (v. 1 digital). Disponível em: [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume\\_1\\_digital.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf). Acesso em: 15 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *Diretrizes para a Política de Segurança Interna, de 14 de julho de 1969*. Brasília, DF: Conselho de Segurança Nacional, 14 jul. 1969d. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_rjanrio\\_cnv/0/rce/00092000097201482\\_v\\_02/br\\_rjanrio\\_cnv\\_0\\_rce\\_00092000097201482\\_v\\_02\\_d0001de0001.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_rjanrio_cnv/0/rce/00092000097201482_v_02/br_rjanrio_cnv_0_rce_00092000097201482_v_02_d0001de0001.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

\_\_\_\_\_. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *Diretriz de Segurança Interna, de 17 de março de 1970*. Brasília, DF: Conselho de Segurança Nacional, 17 mar. 1970d. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_n8/0/agr/avu/0013/br\\_dfanbsb\\_n8\\_0\\_agr\\_avu\\_0013\\_d0001de0001.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_n8/0/agr/avu/0013/br_dfanbsb_n8_0_agr_avu_0013_d0001de0001.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

\_\_\_\_\_. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *Planejamento de Segurança Interna, de 29 de outubro de 1970*. Brasília, DF: Conselho de Segurança Nacional, 29 out. 1970f. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_n8/0/agr/avu/0013/br\\_dfanbsb\\_n8\\_0\\_agr\\_avu\\_0013\\_d0001de0001.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_n8/0/agr/avu/0013/br_dfanbsb_n8_0_agr_avu_0013_d0001de0001.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

\_\_\_\_\_. CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL. *Resolução, de 29 de outubro de 1970*. Brasília, DF: Conselho de Segurança Nacional, 29 out. 1970g. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_n8/0/agr/avu/0013/br\\_dfanbsb\\_n8\\_0\\_agr\\_avu\\_0013\\_d0001de0001.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_n8/0/agr/avu/0013/br_dfanbsb_n8_0_agr_avu_0013_d0001de0001.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Escola Superior de Guerra. *Doutrina Básica*. Rio de Janeiro: Imprimiu Gráfica e Editora Ltda., 1979. 352 p.

\_\_\_\_\_. MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. 4ª Zona Aérea. *Seminário de Segurança Interna: sugestões para integração dos órgãos de segurança interna – Relator Hely Lopes Meirelles*, 13 mar. 1969a. São Paulo: Ministério da Aeronáutica, 1969. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_vaz/br\\_an\\_bsb\\_vaz\\_019/br\\_an\\_bsb\\_vaz\\_019\\_021.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_vaz/br_an_bsb_vaz_019/br_an_bsb_vaz_019_021.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

\_\_\_\_\_. MINISTÉRIO DO EXÉRCITO. II Exército. Quartel General. *OPERAÇÃO BANDEIRANTE*. São Paulo: Ministério do Exército, 24 jun. 1969b. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_v8/mic/gnc/aaa/70026616/br\\_dfanbsb\\_v8\\_mic\\_gnc\\_aaa\\_70026616\\_d0002de0002.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_v8/mic/gnc/aaa/70026616/br_dfanbsb_v8_mic_gnc_aaa_70026616_d0002de0002.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

\_\_\_\_\_. MINISTÉRIO DO EXÉRCITO. II Exército. Quartel General. *Relatório Periódico de Informações*. São Paulo: Ministério do Exército, 18 jan. 1971. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_v8/mic/gnc/aaa/71033948/br\\_dfanbsb\\_v8\\_mic\\_gnc\\_aaa\\_71033948\\_d0001de0001.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_v8/mic/gnc/aaa/71033948/br_dfanbsb_v8_mic_gnc_aaa_71033948_d0001de0001.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

\_\_\_\_\_. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência Central. *Informação nº 306/969/SNI/AC (Relatório) - Assunto: FORÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO*. Brasília: Serviço Nacional de Informações, 19 set. 1969e. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_v8/mic/gnc/aaa/69022560/br\\_dfanbsb\\_v8\\_mic\\_gnc\\_aaa\\_69022560\\_d0004de0006.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_v8/mic/gnc/aaa/69022560/br_dfanbsb_v8_mic_gnc_aaa_69022560_d0004de0006.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência de São Paulo. *BOLETIM INFORMATIVO Nº 12*. São Paulo: Serviço Nacional de Informações, 15 jan. 1970a. Disponível em: [http://www.arquivoestado.sp.gov.br/uploads/acervo/textual/deops/boletins\\_SNI/Boletim\\_15\\_01\\_1970.pdf](http://www.arquivoestado.sp.gov.br/uploads/acervo/textual/deops/boletins_SNI/Boletim_15_01_1970.pdf). Acesso em: 02 set. 2018.

\_\_\_\_\_. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência de São Paulo. *BOLETIM INFORMATIVO Nº 24*. São Paulo: Serviço Nacional de Informações, 29 jan. 1970b. Disponível em: [http://www.arquivoestado.sp.gov.br/uploads/acervo/textual/deops/boletins\\_SNI/Boletim\\_29\\_01\\_1970.pdf](http://www.arquivoestado.sp.gov.br/uploads/acervo/textual/deops/boletins_SNI/Boletim_29_01_1970.pdf). Acesso em: 02 set. 2018.

\_\_\_\_\_. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência de São Paulo. *BOLETIM INFORMATIVO Nº 27*. São Paulo: Serviço Nacional de Informações, 02 fev. 1970c. Disponível em: [http://www.arquivoestado.sp.gov.br/uploads/acervo/textual/deops/boletins\\_SNI/Boletim\\_02\\_02\\_1970.pdf](http://www.arquivoestado.sp.gov.br/uploads/acervo/textual/deops/boletins_SNI/Boletim_02_02_1970.pdf). Acesso em: 02 set. 2018.

\_\_\_\_\_. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência de São Paulo. *BOLETIM INFORMATIVO Nº 142*. São Paulo: Serviço Nacional de Informações, 18 jun. 1970e. Disponível em:



[http://www.arquivoestado.sp.gov.br/uploads/acervo/textual/deops/boletins\\_SNI/Boletim\\_18\\_06\\_1970.pdf](http://www.arquivoestado.sp.gov.br/uploads/acervo/textual/deops/boletins_SNI/Boletim_18_06_1970.pdf). Acesso em: 02 set. 2018.

\_\_\_\_\_. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência de São Paulo. *BOLETIM INFORMATIVO Nº 280, de 02 de dezembro de 1969*. São Paulo: Serviço Nacional de Informações, 02 dez. 1969f. Disponível em: [http://www.arquivoestado.sp.gov.br/uploads/acervo/textual/deops/boletins\\_SNI/Boletim\\_02\\_12\\_1969.pdf](http://www.arquivoestado.sp.gov.br/uploads/acervo/textual/deops/boletins_SNI/Boletim_02_12_1969.pdf). Acesso em: 02 set. 2018.

\_\_\_\_\_. SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES. Agência Regional de São Paulo. *Informação nº 458/SNI/ASP/69 – Assunto: Operação Bandeirante*. São Paulo: Serviço Nacional de Informações, 26 jun. 1969c. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_v8/mic/gnc/aaa/70026616/br\\_dfanbsb\\_v8\\_mic\\_gnc\\_aaa\\_70026616\\_d0002de0002.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_v8/mic/gnc/aaa/70026616/br_dfanbsb_v8_mic_gnc_aaa_70026616_d0002de0002.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

CARLOS, Juliana de Oliveira. A Anistia e a Luta pelos Direitos Humanos no Brasil. *Cadernos AEL*, v.13, n. 24/25, p. 169-205, 2008. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/acl/article/view/2555/1965>. Acesso em: 24 ago. 2018.

COMBLIN, Pe. J. *A Ideologia da Segurança Nacional: O Poder Militar na América Latina*. Tradução A. Veiga Fialho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. Segurança Nacional. *Novos Estudos*, Cebrap, São Paulo, v.1, 1, p. 51-57, dez. 1981.

DAL RI Jr., Arno. O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira: usos e representações do Estado Novo à Ditadura Militar brasileira (1935-1985). *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, jul./dez. 2013, p. 525-543.

*ESTUDO Sucinto n.º 06 SG-01/70, de 02 de fevereiro de 1970*. Brasília, DF, 02 fev. 1970. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_rjanrio\\_cnv/0/rce/00092000097201482\\_v\\_02/br\\_rjanrio\\_cnv\\_0\\_rce\\_00092000097201482\\_v\\_02\\_d0001de0001.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_rjanrio_cnv/0/rce/00092000097201482_v_02/br_rjanrio_cnv_0_rce_00092000097201482_v_02_d0001de0001.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

FON, Antônio Carlos. *Tortura: A história da repressão política no Brasil*. Revisão Dina de Deus. São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda., 1979.

GOMES, Angela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

GUERRA, Maria Pia. *Polícia e Ditadura: a arquitetura institucional da segurança pública de 1946 a 1988*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016.

\_\_\_\_\_. Reformas institucionais: contribuições da justiça de transição e do direito e desenvolvimento. *Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v. 3, n. 5, 2019.

MARQUES, R. de P. Julgar o passado? Verdade histórica e verdade judicial na ADPF 153. *Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v. 2, n. 3, 2018.

MECCARELLI, Massimo. Regimes jurídicos de exceção e sistema penal: mudanças de paradigma entre Idade Moderna e Contemporânea. In: DAL RI Jr., Arno; SONTAG, Ricardo. *História do Direito Penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 87 – 110.

MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de política, o desenvolvimento e a segurança nacional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 125, jul. /set. 1976. p.1-14.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Minuta de Decreto-Lei: Dispõe sobre a segurança de estabelecimentos bancários e da outras providências*. [S.l.: s.n.], [ca.1969]. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_aaj/0/ipm/0591/br\\_dfanbsb\\_aaj\\_0\\_ipm\\_0591\\_d0001de0001.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_aaj/0/ipm/0591/br_dfanbsb_aaj_0_ipm_0591_d0001de0001.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

MENDES, Ricardo Antonio Souza. Ditaduras civil-militares no Cone Sul e a Doutrina de Segurança Nacional – algumas considerações sobre a Historiografia. *Revista Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 5, n.10, jul./dez. 2013. p. 06 - 38.

MUNIZ, Jaqueline. A Crise de Identidade das Polícia Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. *Security and Defense Studies Review*, Vol. 1, Winter 2001. p. 177-198.

NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do Direito Penal político italiano ao Direito da Segurança Nacional brasileiro*. 2010. 327p. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis: UFSC, 2010.

OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de; CABRAL, Rafael Lamera Giesta. Comissão Nacional da Verdade no Brasil: o fio do relato e o direito à memória e à verdade. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 6, n. 13, 2019.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Polícia e Crise Política: o caso das polícias militares. In: BENEVIDES, Maria Vitoria *et al.* *A Violência Brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

ROCHA, Alexandre Pereira da. *A GRAMÁTICA DAS POLÍCIAS MILITARIZADAS: estudo comparado entre a Polícia Militar do Estado de São Paulo – Brasil e Carabineros – Chile, em regimes políticos autoritários e democráticos*. 2013. 303f. (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade de Brasília.

SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Comissão da Verdade do Estado de São Paulo “Rubens Paiva”. *Estruturas e Sistemas da Repressão*. In: Relatório. São Paulo: 2015. 648 p. Disponível em: [http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomoi/downloads/I\\_Tomo\\_Parte\\_1\\_Completa.pdf](http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomoi/downloads/I_Tomo_Parte_1_Completa.pdf). Acesso em: 15fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Segurança Pública. *[Representação sugerindo as providências necessárias à prevenção e repressão dos assaltos a Bancos]*. São Paulo, 29 maio. 1969a. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_aaj/0/ipm/0591/br\\_dfanbsb\\_aaj\\_0\\_ipm\\_0591\\_d0001de0001.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_aaj/0/ipm/0591/br_dfanbsb_aaj_0_ipm_0591_d0001de0001.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Segurança Pública. *Relatório Periódico Secreto n.º 17/69*. São Paulo, 16 jul. 1969. Disponível em: [http://imagem.sian.an.gov.br/br\\_dfanbsb\\_aaj/0/ipm/0591/br\\_dfanbsb\\_aaj\\_0\\_ipm\\_0591\\_d0001de0001.pdf](http://imagem.sian.an.gov.br/br_dfanbsb_aaj/0/ipm/0591/br_dfanbsb_aaj_0_ipm_0591_d0001de0001.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.



## O SENTIDO CONSTITUCIONAL DO TOMBAMENTO QUILOMBOLA: REFLEXÕES A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE DIREITO E HISTÓRIA

THE CONSTITUTIONAL MEANING OF THE LISTING OF QUILOMBOLA HERITAGE: DISCUSSIONS FROM THE LINK BETWEEN LAW AND HISTORY

PAULO FERNANDO SOARES PEREIRA\*

### RESUMO

O artigo aborda as contribuições da História para a compreensão do sentido constitucional do tombamento quilombola previsto no art. 216, § 5º da Constituição Federal, tendo como ponto de partida as controvérsias travadas entre a Antropologia e a História, em torno da ressignificação dos quilombos. O tombamento de todos os sítios com reminiscências históricas dos antigos quilombos constitui uma nomeação jurídica ainda de pouca aplicabilidade no Brasil, tendo em vista que o conceito de quilombo histórico é objeto de muitas críticas, as quais entendem que o conceito, em verdade, tenta "refrigerar" o quilombo. Discordando dessa premissa, pretende-se evidenciar que tal controvérsia deve ser mediada pelo Direito, a partir da conciliação das contribuições da Antropologia e da História para a questão quilombola. Nesse sentido, as contribuições da História para a problemática dos quilombos evidenciam os quilombos como símbolos da resistência negra, os quais tiveram um reconhecimento destacado pela Constituição Federal, a qual possibilitou, através da patrimonialidade, novas narrativas no mito do Estado-Nação. A metodologia consistiu na revisão crítica de literatura.

**Palavras-chave:** Constituição. Quilombos. História. Resistência. Patrimonialidade. Estado-Nação.

### ABSTRACT

The article addresses the contributions of history to the understanding of the constitutional meaning of the listing of quilombola heritage, in art. 216, § 5 of the Federal Constitution, taking the controversies between Anthropology and History, concerning the redefinition of quilombos, as a starting point. The listing of all sites with historical reminiscences of the old quilombos constitutes a legal and constitutional command that still lacks enforcement, considering that the historic definition of quilombo is the subject of many criticisms, which understand that the concept, in fact, tries to "refrigerate" the quilombo. Disagreeing with this premise, the article intends to demonstrate that such controversy must be mediated by the Law, based on the reconciliation of the contributions of Anthropology and History to the quilombola cause. In this sense, the contributions of history to the problem of quilombos present them as symbols of black resistance, which was recognized by the Federal Constitution, which made possible, through patrimonial protection, the adding of new elements to the myth of the Nation-State. The methodology used was a critical review of previous research.

**Keywords:** Constitution. Quilombos. History. Resistance. Heritage. Nation-State.

\* Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Procurador Federal.

*paulofsp1983@gmail.com*

Recebido em 24-3-2020 | Aprovado em 12-5-2020



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 QUILOMBOS COMO SÍMBOLOS DE RESISTÊNCIA NEGRA: CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA RESSIGNIFICAÇÃO E RESSEMANTIZAÇÃO; 2 A CONTRIBUIÇÃO DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA A DEFINIÇÃO DOS QUILOMBOS; 3 CRÍTICAS À E ANTICRÍTICAS À RESSIGNIFICAÇÃO E RESSEMANTIZAÇÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda as contribuições da História para a compreensão do sentido constitucional do tombamento quilombola previsto no art. 216, § 5º da Constituição Federal, o qual prevê o tombamento de todos os documentos e sítios com reminiscências históricas dos antigos quilombos, tendo como ponto de partida as controvérsias travadas entre a Antropologia e a História, em torno da ressignificação dos quilombos.

Para tanto, primeiramente, indaga: quais são as implicações jurídicas a respeito das controvérsias em torno da ressignificação e ressemantização<sup>1</sup> do conceito de quilombo? E, não poderia deixar de questionar quem são as comunidades quilombolas e o que elas representam?

O tombamento de todos os sítios com reminiscências históricas dos antigos quilombos constitui uma nomeação jurídica ainda de pouca aplicabilidade no Brasil, tendo em vista que o conceito de quilombo histórico é objeto de muitas críticas, as quais entendem que o conceito, em verdade, tenta “frigorificar” o quilombo.

Discordando da premissa do mero congelamento/engessamento/enlatamento, pretende-se evidenciar que tal controvérsia deve ser mediada pelo Direito, a partir da conciliação das contribuições da Antropologia e da História para a questão quilombola.

Nesse sentido, as contribuições da História para a problemática dos quilombos evidenciam os quilombos como símbolos da resistência negra, os quais tiveram um reconhecimento destacado pela Constituição Federal, a qual possibilitou, através da patrimonialidade, novas narrativas no mito do Estado-Nação.

A metodologia consistiu na revisão crítica de literatura e, para fins de exposição, o texto é dividido da seguinte forma: a) Quilombos como símbolos de resistência negra: controvérsias em torno da ressignificação e ressemantização; b) A contribuição das Ciências

---

<sup>1</sup> Resignificar significa atribuir novo significado a alguma coisa, dando-lhe um sentido diferente, enquanto ressemantizar o quilombo corresponde a abandonar sentidos que lhe são dados por meio da legislação colonial, deixando o simbolismo que o cerca, que lhe foi dado tanto pela literatura acadêmica (sobretudo da década de 1970, influenciada pelo marxismo) quanto por movimentos negros; é deslocar o conceito de sua significação simbólica original, que apresenta uma mescla com confronto com emergência de identidade. A caracterização do quilombo como expressão da negação do sistema escravocrata, como lócus da resistência e isolamento dá lugar às novas definições, tendo em vista que as clássicas oposições não abarcam todas as dimensões da sociedade escravista, tampouco do contexto da emergência dos remanescentes no Brasil democrático (FERREIRA, Rebeca Campos. Identidades politizadas no reconhecimento jurídico da diferença: uma reflexão sobre o caso dos quilombos no Brasil. *Periféria: revista de pesquisa e formação em antropologia*, Barcelona (Universitat Autònoma de Barcelona – UAB), nº 15, p. 1-25, dec. 2011. p. 7-8). Nos textos sobre quilombos, as palavras são usadas sem que se façam diferenciações. Por tal razão, costumamos, em regra, usar as duas expressões de maneira conjunta.

Sociais para a definição dos quilombos; c) Críticas à e anticríticas à ressignificação e ressemantização e; Conclusões.

## 1 QUILOMBOS COMO SÍMBOLOS DE RESISTÊNCIA NEGRA: CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA RESSIGNIFICAÇÃO E RESSEMANTIZAÇÃO

Algumas comunidades de escravizados que fugiram são bastantes emblemáticas e passam uma visão bastante positiva sobre o fenômeno, sendo objeto de estudos pelas Ciências Sociais, como o Quilombo dos Palmares, no Brasil, os Saramaka, no Suriname, a comunidade de San Basílio de Palenque<sup>2</sup>, na Colômbia, esta última inclusive reconhecida como Obra Prima do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade<sup>3</sup>, em 2005<sup>4</sup>.

Chegar a essa posição de destaque em um campo simbólico decorreu de um processo de luta por reconhecimento de direitos que foi construído ao longo do século passado. Assim, nos processos de negociação pela efetivação de tais direitos e nas disputas jurídicas para se definir os seus limites mínimos e máximos, juristas e demais profissionais das Ciências Sociais têm procurado dialogar, em debate nem sempre consensual, haja vista a pouca tradição inter/multidisciplinar na formação de tais profissionais.

Os quilombos, de acordo com Flávio dos Santos Gomes<sup>5</sup>, a partir das lutas negras, ao longo do século XX, tornaram-se símbolos étnicos na jornada contra o racismo pela militância negra, a qual se apropriou do quilombo como representação política de luta contra a discriminação racial e valorização da “cultura negra”, havendo, nos anos de 1960 e início de 1970, uma conexão da ideia de quilombo e seus usos políticos, ocasião na qual aquele passou a representar uma resistência cultural contra a ditadura.

<sup>2</sup> Sobre a cultura material palenquera e a construção de tal identidade em San Basilio, cf. ARCILA, María Teresa; GÓMEZ, Lucella. *Libres, cimarrones y arrojados en la frontera entre Antioquia y Cartagena: siglo XVIII. Bogotá: Siglo del Hombre*, 2009; CAMARGO, Moraima. Palenqueros en Barranquilla. Construyendo identidad y memorias urbanas. *Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, año 1, nº 1, p. 1-18, jul./dez. MMV; MANTILLA OLIVEROS, Johana C. Historias locales, historias de resistencia: una aproximación a la cultura material de San Basilio de Palenque, siglos XVIII-XX. *Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, año 4, nº 7, p. 76-92, maio 2007.

<sup>3</sup> Cf. SALGE FERRO, Manuel. El patrimonio cultural inmaterial en San Basilio de Palenque, em busca de las representaciones de lo palenquero a través de la prensa nacional. *Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, año 7, nº 13, p. 225-253, nov. 2010, para quem (Ibidem, p. 235) “San Basilio de Palenque adquiriu um alto capital simbólico e político que o levou a ser selecionado pelo Comitê de Patrimônio para apresentar sua candidatura ao programa proclamações da UNESCO em 2001. No entanto, nesse ano a candidatura nacional foi finalmente assumida pelo Carnaval de Barranquilla. O trabalho realizado em 2004 permitiu que o palenque alcançasse o reconhecimento como Bem de Interesse Cultural de Caráter Nacional e, finalmente, em 2005, graças aos aportes do Fundo extra orçamentário da UNESCO que financiou a elaboração de um novo expediente de candidatura e ao apoio técnico do Instituto Colombiano de Antropología e Historia, San Basilio de Palenque foi proclamado Obra Mestre do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade”.

<sup>4</sup> Outros exemplos representativos da cultura afro latina reconhecidos como obras-primas do patrimônio oral e imaterial da humanidade são o Carnaval de Barranquilla, em 2003, e o Samba de Roda do Recôncavo Baiano, em 2005, que se destacam como práticas culturais marcadas pela forte presença afrodescendente (FREITAS, Joseania Miranda; FERREIRA, Luzia Gomes; JESUS, Priscila Maria de. Obras-Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade: o Carnaval de Barranquilla e o Palenque de San Basílio (Colômbia) e o Samba de Roda do Recôncavo Baiano (Brasil). *Revista Brasileira do Caribe*, São Luís (UFMA), vol. VII, nº 14, p. 501-531, 2007).

<sup>5</sup> GOMES, Flávio dos Santos. *Mocambos e quilombos: uma história do campesinato negro no Brasil*. São Paulo: Claro Enigma, 2015, p. 127.



Nesse contexto, os quilombos passaram a ser utilizados como afirmação de um paradigma de etnicidade, cultura e raça negra, no qual as suas histórias e memórias tornaram-se bandeira e luta, tendo na década de 1980, com os debates constituintes, conseguido alcançar a criação da Fundação Cultural Palmares – FCP<sup>6</sup>, pensada para formular e implementar políticas públicas a fim de “potencializar a participação da população negra brasileira no processo de desenvolvimento, a partir de sua história e cultura”<sup>7</sup>.

Igualmente, é do início dessa década o processo de tombamento da Serra da Barriga, o antigo Quilombo dos Palmares. Tudo isso se deu em um processo de ressignificação e ressemantização do conceito de quilombo. Entender esse processo pressupõe se efetuar uma digressão histórica em torno de seu conceito e as implicações no campo do reconhecimento e inclusão de direitos, após 1988, quando os quilombos tiveram o seu estereótipo negativo ressignificado por um conceito mais abrangente denominado “comunidades quilombolas”<sup>8</sup>.

Por mais que tenham passado por um processo de silenciamento, os quilombos costumeiramente estiveram a estimular o imaginário nacional, por conta de seus constantes registros na literatura, pintura, músicas etc. Esses registros demonstram que os quilombos, no passado, eram não só combatidos, mas, também, temidos, pois impunham temor à parcela da sociedade envolvente, como registram a literatura, a exemplos de romances como “O Mulato”, de Aluísio Azevedo<sup>9</sup>, ou “Os Tambores de São Luís: a saga do negro brasileiro”, de Josué Montello<sup>10</sup>. Tais relatos são importantes para se entender o processo de ressignificação e ressemantização pelo qual passaram os quilombos. Em “O Mulato”, publicado em 1881, Aluísio Azevedo faz algumas referências à existência de quilombos na Província do Maranhão, demonstrando que eles eram temidos pela sociedade local:

Partiu. A viagem correu-lhe estúpida, como de costume naquele tempo, em que o Maranhão ainda não tinha vapores. Demais, a sua fazenda era longe, muito dentro, a cinco léguas da vila. Urgia, por conseguinte, demorar-se aí algumas horas antes de internar-se no mato; comer, beber, tratar dos animais; arranjar condução e fazer a matalotagem. Os poucos familiarizados com tais caminhos tomam sempre, por precaução, um pajem; é este o nome que ali romanticamente se dá ao guia; e o pajem menos serve para guiar o viajante, que a estrada é boa, do que parar-lhe afugentar o terror dos mocambos, das onças e cobras de que falam com assombro os moradores do lugar. Não é tão infundado aquele terror: *o sertão da província está cheio de mocambeiros, onde vivem os escravos fugidos com suas mulheres e seus filhos, formando uma grande família de malfeitores. Esses desgraçados, quando não podem ou não querem viver da caça, que é por lá muito*

<sup>6</sup> A Fundação Cultural Palmares - FCP teve sua criação autorizada pela Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988. Até o ano de 2019, foram certificadas 3.386 (três mil trezentas e oitenta e seis) comunidades quilombolas, desde o início do trabalho em 2004. Os Estados com maiores números de comunidades são o Maranhão (816), a Bahia (811), Minas Gerais (388), Pará (261), Pernambuco (195) e Rio Grande do Sul (137).

<sup>7</sup> GOMES, *Op. cit.*, p. 128.

<sup>8</sup> Cf. MARQUES, Carlos Eduardo. De quilombos a quilombolas: notas sobre um processo histórico-etnográfico. *Revista de Antropologia*, São Paulo (USP), vol. 52, nº 1, p. 339-374, 2009.

<sup>9</sup> AZEVEDO, Aluísio. *O Mulato*. Introdução e notas de Jomar Moraes e Sebastião Moreira Duarte. 2. ed. maranhense, evocativa do centenário da morte do autor. São Luís: Academia Maranhense de Letras - AML/Secretaria de Educação, 2013.

<sup>10</sup> BELFORT, Conceição. A construção de uma identidade nacional na obra “Os tambores de São Luís”, de Josué Montello. *Littera Online*, São Luís (UFMA), vol. 04, nº 06, p. 1-13, 2013.



*abundante e de fácil venda na vila, lançam-se à rapinagem e atacam na estrada os viajantes; travando-se, às vezes, entre uns e outros, verdadeiras guerrilhas, em que ficam por terra muitas vítimas” [...]*

- São escravas fugidas? Indagou Raimundo. O Cancela respondeu que não. *Os mocambeiros formavam grupo à parte; nunca apareciam publicamente viviam escondidos nos seus quilombos e só se mostravam na estrada real para atacar os viajantes.* Os agregados eram pretos forros, forros em geral com a morte de seus senhores, e que habituados desde pequenos ao cativeiro, não tendo já quem os obrigasse a trabalhar e não querendo sair do sertão, ficavam por aí ao Deus dará, pedinchando pelas fazendas um bocado de arroz para matar a fome, e um pedaço de chão coberto para dormir. Simples vagabundos, que não faziam mal a ninguém”<sup>11</sup> [Grifou-se]

Por mais que “O Mulato” aborde a questão do racismo na sociedade maranhense, em especial, ele não deixa de expressar uma visão negativa dos quilombos, como uma perspectiva autoral que refletia a visão e olhar de privilégios daqueles que os descreviam, mas que corresponde, também, à consequência decorrente do poder de nomeação imposto pelo Direito sobre os mesmos à época, como aconteceu após a resposta do Conselho Ultramarino que criminalizava os quilombos.

Já o segundo romance, “Os tambores de São Luís: a saga do negro brasileiro”<sup>12</sup>, publicado em 1975, apresenta uma visão ressignificada dos quilombos e inicia a narrativa com a história de um quilombo, prestigiando a descrição das relações mocambeiras e quilombolas. Veja-se um trecho do romance:

- Óia, Damião: home nenhum tem direito de fazer outro home seu escravo, só porque nasceu branco e o outro preto. Quarquer um nasce e morre do mesmo jeito. A doença que dá em preto, dá no branco. A vida é iguar para todo mundo. Ninguém quer ser escravo, tudo quer ser livre. Cativeiro de negro tem de acabar. Para acabar só tem um jeito: é os preto se juntar. No Brasil tem muito preto, mas tudo espaiado, uns aqui, outros ali. *Não há lugar sem quilombo.* E tudo no mato escondido, como nós. Tu te lembra: quando nós chegou não tinha ninguém. Hoje tem gente muita. Mas se véve assustado. Tudo com medo de vortar pro cativeiro. De noite eu sonho que os branco tão chegando e pulo da rede, cum a mão na espingarda. Não se tem sossego. O nego Cosme, que tinha mais gente que nós, não aguentou a guerra dos branco. O Balaio também acabou se entregando. Tou vendo a hora dos branco chegar aqui pra dar cabo da gente. Eu podia garrar tu, mais tua mãe e tua irmã, e ir embora. Só se eu não me chamasse Julião. Mas me chamo. Foi eu que fez o quilombo, tudo aqui tá dentro do meu corpo. Cheguei agora num ponto que não posso parar nem vortar: tenho que ir para frente. A arma que nós tem aqui é pouca. E a munição não dá para nada. Perto de nós não tem onde comprar. Também não tem de quem tumar. Tou pensando mandar o Samué a São Luís. Ele é arteiro, assunta tudo, vê as casas que vende arma, óia se nós pode comprar. Cum arma na mão, a gente também morre, mas morre pelejando, morre cumo home. Ou antão sai vivo, e junta mais preto, inté

<sup>11</sup> AZEVEDO, *Op. cit.* p. 61 e 192.

<sup>12</sup> Cf. BELFORT, Conceição. A construção de uma identidade nacional na obra “Os tambores de São Luís”, de Josué Montello. *Littera Online*, vol. 04, nº 06, p. 1-13, 2013; SOUSA, Meridalva Gonçalves de. *História e ficção: a representação do negro escravizado e liberto no Maranhão do século XIX*, na obra *Os Tambores de São Luís*, de Josué Montello. São Luís: Editora UEMA, 2015.

acabar com cativo. Se eu cair, tu fica no meu lugar. A gente não pode é fraquejar. Quem fraqueja, Deus não ajuda. Vai pro inferno aqui mesmo [*fala de Julião, personagem negro, fundador do quilombo e pai de Damião, homem negro, protagonista do romance*]<sup>13</sup> [Grifou-se]

É bem verdade que, conquanto o romance tenha privilegiado a luta do povo negro contra a escravidão e os efeitos do racismo na sociedade brasileira, a partir de exemplo da Província do Maranhão, a parte referente ao quilombo é apenas um pequeno elemento do romance, mas bastante significativo, ao dar lugar de representatividade à memória quilombola, constituindo uma forma de fortalecer as lutas por reconhecimento e inclusão da população negra e quilombola, que construiu este país, mas que costuma ter a sua contribuição diminuída na narrativa que, comumente, tem-se da construção do Estado-Nação brasileiro:

Como aceitar que no Brasil ainda subsistisse a propriedade do homem sobre o homem, através do cativo? E como admitir que, numa terra onde a maioria da população era constituída de negros, ou destes descendia a minoria branca que se mantinha quase sempre ociosa, continuasse a explorar a maioria cativa no regime do trabalho forçado [...]

Agora, pergunto a vocês: quando acabará em nossa pátria o crime contra a raça negra? Todos os dias, nas cidades e nas fazendas, há negros morrendo no cativo! Isso não pode continuar! Os negros ajudaram a construir esta Nação. A Independência foi também conquistada pelos homens de cor! Eles deram seu suor e seu sangue para que o Brasil prosperasse e se emancipasse. E esses negros continuam no relho. E esses negros são escravos!<sup>14</sup> [*Damião, negro, principal personagem, em momento já alforriado, em sua tomada de consciência*].

Portanto, esses dois textos literários evidenciam, de certa forma, o processo de ressignificação e ressemantização dos quilombos. O primeiro apresenta uma visão negativa, enquanto o segundo uma perspectiva de empoderamento. No entanto, em ambos, o termo quilombo foi usado para se referir às comunidades de escravizados que fugiam da opressão institucionalizada pelo sistema jurídico escravocrata. O que levou a essa mudança de visão a respeito dos quilombos?

Como já se mencionou, antes de 1988, a visão dos quilombos já vinha passando por um processo de transformação, mas sem nomeação jurídica. É com a Constituição de 1988 que se consagra esse processo, pois, ao apresentar uma visão positiva dos quilombos, o texto constitucional dá nova moldura jurídica para a defesa dos direitos das comunidades quilombolas, apesar das fortes controvérsias que se firmariam dali em diante. A partir da Constituição de 1988, à semelhança dos processos de reconhecimento e legitimação oficial de povos e terras indígenas<sup>15</sup>, antropólogos e juristas passaram a se deparar, na identificação e

<sup>13</sup> MONTELLO, Josué. *Os tambores de São Luís: a saga do negro brasileiro*. 1. ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005. p. 32.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 371 e 373.

<sup>15</sup> No contexto dos povos indígenas e comunidades quilombolas, categorizados por suas potenciais remanescências, a configuração desse lugar de transformação pode ser acionada pelo uso de uma noção positiva,

legitimação das comunidades negras rurais como remanescentes de quilombos, com certas ambiguidades teórico-metodológicas, presentes, na literatura referente ao tema, principalmente quando se tratou de precisar os contextos sócio-históricos nos quais tais grupos se constituíram e se consolidaram enquanto unidades discretas<sup>16</sup>.

No caso, a reconfiguração de direitos após 1988, fruto da luta do movimento negro e quilombola, criou novas possibilidades na defesa dos direitos territoriais e culturais das comunidades quilombolas no Brasil, em processo semelhante ao que ocorreu em outros países da América Latina. A aprovação, por exemplo, do artigo 68 do ADCT referenciou-se, em grande parte, em uma determinada estratégia de setores intelectuais do movimento negro organizado que, ao longo dos anos 1980, obtiveram um significativo deslocamento nas imagens mais correntes em relação à escravidão e à abolição no país, tendo se dado no auge de um processo de mobilização étnica, que conjugava a afirmação de uma identidade negra à difusão de uma memória da luta dos escravizados contra a escravidão<sup>17</sup>.

No Brasil, as reivindicações de organizações de movimentos negros e setores progressistas, como parte da própria reflexão sobre o Centenário da Abolição da Escravidão no País, levadas à Assembleia Constituinte de 1988<sup>18</sup>, favoreceram a aprovação dos dispositivos constitucionais concebidos como compensação e/ou reparação à opressão histórica sofrida; a ressemantização do termo “quilombo” pelos próprios movimentos sociais e como resultado de um longo processo de luta traduziu os princípios de liberdade e cidadania negados aos afrodescendentes<sup>19</sup>. Esse processo de ressignificação e ressemantização não está imune a críticas, pois,

De maneira invisível e às vezes cifrada, produziu-se um isolamento entre antropólogos e historiadores no campo do conhecimento (empírico e teórico) e na definição de evidências (tipo passado ausente versus presente emergente) sobre as comunidades quilombolas atuais. Houve mais discursos paralelos e divergências do que conexões – que ajudariam – nestes debates. Inclusive uma clássica e importante literatura sobre os quilombos históricos de Clóvis Moura, Décio Freitas, Artur Ramos, Edison Carneiro e Roger Bastide foi completamente omitida sob alegação que eram interpretações que substancializavam as definições “frigorificadas” do passado escravista e colonial. Uma leitura mais atenta da mesma verificaria que a realidade dos quilombos apontada nestes estudos mais clássicos já chamava atenção para a diversidade e complexidade do quilombo no passado, nunca limitado a uma definição única de ordem legal, e, portanto, ajudaria a pensar a realidade também complexa contemporânea. Talvez o que estivesse no “frigorífico”

---

ao serem identificadas como populações e territórios detentores de laços com o passado, reconhecidas como símbolos de uma identidade e possuidoras de um novo valor cultural (CUNHA, Felipe Gibson; ALBANO, Sebastião G. Identidades quilombolas: políticas, dispositivos e etnogêneses. *LatinoAmérica: Revista de Estudios Latinoamericanos*, México (UNAM), vol. 64, nº 01, p. 153-184, 2017)

<sup>16</sup> BRASILEIRO, Sheila. Sacutiaba e Riacho de Sacutiaba: notas sobre uma comunidade negra rural no oeste baiano. *Afro-Ásia*, nº 23, p. 325-337, 200, p. 325.

<sup>17</sup> MATTOS, Hebe Maria. “Remanescentes das comunidades dos quilombos”: memória do cativo e políticas de reparação no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, nº 68, p. 104-111, dez./fev. 2005-2006, p. 168-169.

<sup>18</sup> Cf. RODRIGUES, Bruno de Oliveira *et al.* Movimento Negro e pauta quilombola no Constituinte: ação, estratégia e repertório. *Direito & Práxis*, vol. 10, nº 01, p. 198-221, 2019; SOUSA, Bárbara Oliveira. *Aquilombar-se: panorama sobre o movimento quilombola brasileiro*. Curitiba: Appris, 2016.

<sup>19</sup> LEITE, Ilka Boaventura. O projeto político quilombola: desafios, conquistas e impasses atuais. *Estudos Feministas*, Florianópolis (UFSC), vol. 16, nº 3, p. 965-977, set./dez. 2008, p. 969-970.

não eram as experiências do quilombo no passado, as interpretações dos historiadores ou as possibilidades analíticas clássicas, mas sim a disposição para operar na perspectiva inter e multidisciplinar com outras ferramentas metodológicas e áreas do conhecimento<sup>20</sup>.

Assim, o avanço das discussões em torno da ressemantização e ressignificação dos quilombos contemporâneos contribuiu para o silenciamento dos conceitos de quilombos históricos, fazendo com que as discussões jurídicas em torno do dispositivo constitucional que trata do tombamento dos “sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (art. 216, § 5º) não avançassem, inclusive retrocedendo, impedindo-se a sua concretização, pois grande parcela dos estudos das Ciências Sociais relacionados aos quilombos foi centrado para os quilombos contemporâneos (art. 68 do ADCT).

No caso, o temor de se utilizar o conceito de quilombo histórico parte do pressuposto segundo o qual tal ideia pode dar margem a interpretações jurídicas que desconstruam a noção de quilombos contemporâneos, como ocorreu nas alegações contrárias à constitucionalidade do Decreto nº 4.887/04, no julgamento da ADI nº 3239/DF<sup>21</sup>. Os principais embates em torno da ação, movida pelo partido Democratas - DEM, giraram em torno do suposto caráter inconstitucional e a superposição legislativa da regulamentação; todavia, mais do que uma disputa política com desdobramentos parlamentares, estavam em jogo perspectivas de identidade, territorialização e auto reconhecimento das comunidades quilombolas, a fim de verificar quem define o que é uma comunidade rural negra, o que é remanescente de quilombo: é tão somente sua história, cultura, memória social e identidade autodeclarada de sua população ou a burocracia do Estado, com ações de comprovação documental, perícia e laudos antropológicos, históricos ou arqueológicos?<sup>22</sup>. A resposta a tal pergunta está em compreender a contribuição das Ciências Sociais para o tema.

## 2 A CONTRIBUIÇÃO DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA A DEFINIÇÃO DOS QUILOMBOS

Com a nomeação jurídica dos quilombos após 1988, há que se destacar o relevante papel que as Ciências Sociais têm prestado em favor das comunidades tradicionais, em particular aos povos indígenas e às comunidades quilombolas<sup>23</sup>, que passaram a ter forte

<sup>20</sup> YABETA, Daniela; GOMES, Flávio dos S. Memória, cidadania e direitos de comunidades remanescentes (em torno de um documento da história dos quilombolas de Marambaia). *Afro-Ásia*, nº 47, p. 79-117, 2013, p. 103.

<sup>21</sup> Alfredo Wagner Almeida (ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Nas bordas da política étnica: os quilombolas e as políticas sociais. *Boletim Informativo NUER: Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas*, Florianópolis, vol. 2, nº 2, p. 15-44, 2005. p. 23) registra que, nas peças dos processos judiciais, os advogados e peritos financiados por pessoas contrárias aos direitos das comunidades quilombolas, esmeram-se em insistir que os quilombos, além de estarem fora dos limites das fazendas, são em número extremamente reduzido e se localizariam apenas no que hoje constitui os sítios históricos, sendo exemplo disso a própria ADI 3239/DF, movida pelos Democratas - DEM (antigo Partido da Frente Liberal – PFL), quando buscaram impugnar o Decreto nº 4.887/03 e reproduziram semelhante argumentação; no caso, os quilombos são vistos sob um prisma, simultaneamente, de exceção e de monumentalidade, dispostos em terras públicas e dispensando o instrumento da desapropriação.

<sup>22</sup> YABETA; GOMES, *op. cit.*, 2013, p. 80.

<sup>23</sup> Na situação em que se encontram os debates sobre a relação do antropólogo e as políticas de preservação dos patrimônios imateriais, é oportuno lembrar que a Antropologia brasileira é marcada pela frequente atuação

disciplina constitucional, mas com uma série de conceitos os quais, originariamente, não eram trabalhados pelo Direito, mas pela Antropologia, pela História, pela Arqueologia etc. Todavia não se pode esquecer o histórico de formação das Ciências Sociais e, especialmente da Antropologia, em sua relação intensa com os discursos formadores da nacionalidade, no passado, assim como a revelação de um certo apetite normativo nesse processo<sup>24</sup>. Rita Laura Segato<sup>25</sup>, nesse sentido, argumenta que a Antropologia, desde sua fase pré-disciplinar, foi um campo que teve a seu cargo a formulação das bases da ideologia da Nação, ou seja, o braço armado das elites na tarefa de produzir a representação hegemônica e unitária da Nação brasileira.

O certo é que, nos debates contemporâneos sobre os direitos étnicos das comunidades quilombolas à terra, a ação dos antropólogos tem sido decisiva, seguindo, em parte, uma tradição acadêmica de estudos sobre sociedades indígenas e formas camponesas fundamentais na “tradução” pública das questões da identidade étnica e dos territórios<sup>26</sup>; mesmo diante da posição contrária de determinados partidos políticos, parlamentares conservadores e ruralistas, há, atualmente, uma definição consagrada de que é quilombola e remanescente de quilombo quem se reconhece como tal, a partir da sua história, identidade, territorialidade, uso da terra e recursos naturais, além da cultura material e imaterial; igualmente, o quilombo e/ou a comunidade remanescente não foi e nem é um território isolado, pois sempre houve conexões de produção e mercantilização de base camponesa, também com o caráter migratório, itinerante e nunca tão somente fixo, tanto no passado do quilombo histórico como na realidade atual das comunidades remanescentes<sup>27</sup>.

Assim, a partir da Constituição de 1988 e, sobretudo, do Decreto nº 4.887/2003, observa-se uma ampliação do conceito de quilombo, que deixa de se restringir aos locais de concentração de escravizados fugidos para designar grupos que desenvolvem em territórios próprios práticas de resistência, preservação e reprodução de modos de vida<sup>28</sup>, passando-se a considerar os quilombos contemporâneos ou terras de preto, como territórios de lutas dos sujeitos para fazer valer seus direitos, assim como conquistar outros e, neste caso, a luta pela propriedade da terra é apenas um dos aspectos dessa luta, pois o território se constitui como elemento aglutinador de identidades compartilhadas<sup>29</sup>.

Por consequência, os usos do termo “remanescente de quilombo” como categoria de auto atribuição identitária demarcam fronteiras étnicas que devem ser consideradas não

---

política de antropólogos em defesa de causas de grupos indígenas, negros, quilombolas etc., pois nossa Antropologia têm assumido o papel de mediadora em situações de conflito de interesses (TAMAZO, Izabela. A expansão do patrimônio: novos olhares sobre velhos objetos, outros desafios... *Sociedade e Cultura*, Goiânia (UFG), vol. 08, nº 02, p. 13-36, jul./dez. 2005. p. 26-27).

<sup>24</sup> PINHO, Osmundo de Araújo; FIGUEIREDO, Ângela. Ideias fora do lugar e o lugar do negro nas Ciências Sociais brasileiras. *Estudos Afro-Asiáticos*, ano 24, nº 1, p. 189-210, 2002, p. 204-205.

<sup>25</sup> SEGATO, Rita Laura. Los cauces profundos de la raza latinoamericana: una relectura del mestizaje. *Crítica y Emancipación: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, vol. 3, p. 11-44, jan./jun. 2010, p. 15.

<sup>26</sup> A respeito dos processos de disputa e do papel da Antropologia, cf. O'DWYER, Eliane Cantarino. Os antropólogos, as terras tradicionalmente ocupadas e as estratégias de redefinição do Estado no Brasil. *Revista de Antropologia*, vol. 61, nº 1, p. 33-46, 2018.

<sup>27</sup> YABETA; GOMES, *op. cit.*, 2013, p. 101-102.

<sup>28</sup> LOUREIRO, Maria L. de N. Matheus. A cidade e o quilombo: objeto, patrimônio e documento. *Revista Museologia e Patrimônio*, vol. 7 nº 1, p. 207-221, 2014, p. 215.

<sup>29</sup> SOUSA, José Reinaldo Miranda de. Quilombos (palenques), terras de pretos: identidades em construção. *Revista Brasileira do Caribe*, São Luís (UFMA), vol. XI, nº 22, p. 33-57, jan./jun. 2011, p. 51.

apenas em seus limites geográficos, mas também como sistemas sociais de classificação<sup>30</sup>; mesmo que produzidos contemporaneamente no âmbito do Estado-Nação, os grupos humanos assim definidos por um etnônimo (nome de um povo, quilombolas, no caso) retomado do período da história colonial até a abolição da escravidão no Brasil, dele se reapropriam como uma reivindicação legítima e passam a utilizá-lo como signo de reconhecimento<sup>31</sup>.

### 3 CRÍTICAS À E ANTICRÍTICAS À RESSIGNIFICAÇÃO E RESSEMANTIZAÇÃO

Ocorre que esse processo de ressignificação e ressemantização recebeu críticas. Nesse sentido Richard Price<sup>32</sup> (2000, p. 9) já argumentou que, apesar da existência de centenas de comunidades quilombolas durante o período da escravidão (incluindo, o grande quilombo dos Palmares), o Brasil de hoje não abrigaria os tipos de sociedades quilombolas, com evidente continuidade histórica das comunidades rebeldes do tempo da escravidão, e com profunda consciência histórica e organização política semi-independente, que ainda florescem em outras partes das Américas (Jamaica, Suriname, Guiana Francesa e Colômbia).

Adotando uma noção um tanto quanto essencialista, Richard Price<sup>33</sup> vai além e argumenta que seria seguro afirmar que, da perspectiva dos quilombolas do Suriname, que sempre viram o mundo dividido entre “nós” (quilombolas) e “eles” (todos os outros, incluindo escravizados e seus descendentes), poucos dos afro-brasileiros classificados como remanescentes de quilombos seriam vistos como quilombolas (da maneira como os Saramaka, Ndyuka, Aluku no Suriname, os povos Mooretown e Accompong na Jamaica, ou os Palenqueros de San Basílio da Colômbia o seriam); ainda assim, devido às peripécias da história do final do século XX, os “remanescentes” brasileiros e seus aliados políticos vieram a representar, potencialmente, um modelo poderoso para seus primos do Suriname; sem jamais anular as diferenças entre os quilombolas surinameses, cuja identidade permanece ancorada nos conflitos armados de seus ancestrais, e os “remanescentes” brasileiros (e sem tolerar a pesquisa pouco cuidadosa que eventualmente a eles se incorpora, em nome da militância política), ver-se-ia que, no final, seus destinos viriam a se entrelaçar<sup>34</sup>.

Contestando à crítica essencialista de Richard Price, Daniela Yabeta e Flávio dos Santos Gomes<sup>35</sup>, responderam nos seguintes termos:

Em 1996, o antropólogo Richard Price criticou a literatura antropológica no Brasil sobre as comunidades remanescentes de quilombo, especialmente em função do que considerava excessiva politização e pouco rigor acadêmico nas

<sup>30</sup> Não é demasiado lembrar que a maioria das perspectivas contemporâneas sobre quilombos, em verdade, direta ou indiretamente, estão ligadas aos conceitos lançados por Alfredo Wagner Berno de Almeida, *cf. Quilombolas e novas etnias*. Manaus: UEA Edições, 2011, p. 34-36.

<sup>31</sup> O'DWYER, Eliane Cantarino. Os antropólogos, as terras tradicionalmente ocupadas e as estratégias de redefinição do Estado no Brasil. *Revista de Antropologia*, vol. 61, nº 1, p. 33-46, 2018, p. 38.

<sup>32</sup> PRICE, Richard. Reinventando a história dos quilombos: rasuras e confabulações. *Afro-Ásia*, Salvador (UFBA), nº 23, p. 1-26, 2000.p. 9.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 2000, p. 25-26.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 2000, p. 25-26.

<sup>35</sup> YABETA; GOMES, *Op. cit.*, 2013. p. 107-108.



etnografias e estudos que procuravam demonstrar a existência delas em vários lugares. Consideramos que, talvez, Price tenha errado na mão, numa crítica que às vezes se aproximava de uma mistura de moralismo intelectual com argumento de autoridade acadêmica. O mais importante foi chamar atenção para as realidades conexas entre a luta por reconhecimento de territórios étnicos no Suriname, Colômbia e Brasil no século XX. As semelhanças do presente contêm diferenças no passado de quilombos, *maroons*, *cumbes*, *mocambos* e *palenques*. Provavelmente mais parecida com aquelas de áreas da Colômbia no pacífico ou com os grupos de fugitivos aparentemente isolados entre engenhos e conucos de Cuba, a história dos quilombos brasileiros, principalmente no século XIX, foi diferente da história daqueles coloniais, como Palmares, Quaritêre, Ambrósio ou seus semelhantes, como Saramakas no Suriname, São Basílio na Colômbia ou os quilombos jamaicanos. Em diversas áreas, na escravidão e no pós-Abolição, quilombos e “aquilombados” (termo sugestivo) podiam significar territórios movediços de complexas redes sociais, envolvendo práticas econômicas com interesses multifacetados. Assim, quilombos históricos continham e/ou estavam contidos nestes territórios – diversos “campos negros” – que se metamorfosearam em diferentes comunidades remanescentes quilombolas e comunidades negras rurais atuais.

Portanto, as discussões sobre os quilombos contemporâneos, ressignificados e ressemantizados, deu-se através de novas perspectivas da historiografia da escravidão e pós-Abolição e avançou em abordagens para entender processos históricos envolvendo quilombos, defesas de direitos costumeiros à terra e à economia própria dos escravizados (“roças”), gestação de populações camponesas ainda durante a escravidão e depois da Abolição, conectando experiências de quilombolas, ex-escravizados, libertos e população negra e “mestiça”, desde o século XVIII até o século XXI; houve, ainda, desde o final dos anos 90, um esforço de análise da diversidade da experiência histórica dos quilombos no Brasil; em termos da História como disciplina, também foi acionada a ideia de um “campo negro”, refletindo sobre a tradição de quilombos e suas complexas alianças, circunstanciais e permeadas de conflitos, com a sociedade envolvente, que ampliavam suas bases econômicas, autonomia e proteção através de verdadeiras redes de trocas, proteção e solidariedade junto a fazendas, povoados, feiras e vilas<sup>36</sup>.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a ressignificação e a ressemantização da terminologia quilombo não esteve longe de disputas no campo das Ciências Sociais<sup>37</sup>. Um dos frutos dos avanços das discussões

<sup>36</sup> Ibid., p. 103-104.

<sup>37</sup> Sintetizando as controvérsias em torno do conceito de quilombo, cf. CARVALHO, Roberta M. A.; LIMA, Gustavo F. da C. Comunidades quilombolas, territorialidade e a legislação no Brasil: uma análise histórica. *Revista de Ciências Sociais*, nº 39, p. 329-346, out. 2013; FIABANI, Adelmir. *Mato, palhoça e pilão: o quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes [1532-2004]*. São Paulo: Expressão Popular, 2012; HENRIQUES FILHO, Tarcísio. Quilombola: a legislação e o processo de construção de identidade de um grupo social negro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 48, nº 192, p. 147-170, out./dez. 2011; LIFSCHITZ, Javier A. Percursos de uma neocomunidade quilombola: entre a “Modernidade” afro e a “tradição” pentecostal. *Afro-Ásia*, nº 37, p. 153-

em torno da ressignificação e ressemantização da terminologia quilombo foi a crítica às expressões “reminiscências” e “remanescentes”<sup>38</sup> utilizadas pela Constituição Federal nas duas oportunidades que tratou dos quilombos (art. 216, §5º, ao tratar a patrimonialidade, e art. 68 do ADCT, ao abordar a contemporaneidade, respectivamente). Cientistas sociais criticaram tais expressões por entender que elas retiram das comunidades parte de sua historicidade.

Na visão de José Maurício Arruti<sup>39</sup>, a fórmula “remanescentes” funciona como solução classificatória que admite a existência dos grupos, mas considera a perda de traços originais, em narrativa que fala do destino daqueles em um processo evolutivo, do selvagem puro ao degradado<sup>40</sup>. Ademais, as expressões não englobariam as experiências particulares e lutas que envolveram todas as comunidades e a forma como as mesmas de enxergam e se denominam, considerando que,

Muitas dessas micro-sociedades com camponeses negros podiam ter ou não a sua formação a partir de antigos quilombos, mas tinham a experiência comum de formação de povoados com fugitivos dos mais diversos, libertos e regatões. Conformavam-se em áreas de fronteiras econômicas abertas. Muitas atualmente não estão localizadas em áreas de litígios e nem mesmo se reivindicam como remanescentes de quilombos, embora estejam expostas a expulsão e grilagem de madeireiros e projetos federais de extração mineral ou desapropriação para hidrelétricas<sup>41</sup>.

À luz da complexidade do que foi a experiência de aquilombamento no Brasil, pode-se entender a variedade de designações recebidas pelas comunidades remanescentes de quilombos: terras de preto, comunidades negras rurais, mocambos, quilombos e tantas outras; dessa forma, são designadas, pelos próprios protagonistas, porque encerram experiências particulares de lutas para se constituírem enquanto grupos que, por diferentes

---

173, 2008; SILVA, Anne E. F.; CARNEIRO, Leonardo O. Reflexões sobre o processo de ressemantização do conceito de quilombo. *Revista de Geografia*, vol. 6, nº 3, p. 293-304, 2016.

<sup>38</sup> Sobre a terminologia “remanescentes”: cf. ARRUTI, José Maurício A. A emergência dos “remanescentes”: notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas. *Mana*, vol. 3, nº 02, p. 7-38, 1997; CUNHA, Felipe G.; ALBANO, Sebastião G. Identidades quilombolas: políticas, dispositivos e etnogêneses. *LatinoAmérica*, vol. 64, nº 01, p. 153-184, 2017; LIMA, Fernanda da Silva; LOCH, Andriw de Souza. Quilombos e remanescentes quilombolas: a luta pela garantia de direitos humanos numa perspectiva crítica e intercultural. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, vol. 28, nº 02, p. 190-211, jul./dez. 2018; MATTOS, Hebe. “Remanescentes das comunidades dos quilombos”: memória do cativo e políticas de reparação no Brasil. *Revista USP*, nº 68, p. 104-111, dez./fev. 2005/2006; MATTOS, Hebe. Políticas de reparação e identidade coletiva no meio rural: Antônio Nascimento Fernandes e o quilombo São José. *Estudos Históricos*, nº 37, p. 167-189, jan./jun. 2006; VÉRAN, Jean-François. Rio das Rãs: memória de uma “comunidade remanescente de quilombo”. *Afro-Ásia*, nº 21-22, p. 295-323, 1998-1999.

<sup>39</sup> ARRUTI, José Maurício Andion. A emergência dos “remanescentes”: notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas. *Mana: estudos de Antropologia Social*, vol. 3, nº 02, p. 7-38, 1997, p. 7-38.

<sup>40</sup> CUNHA, Felipe Gibson; ALBANO, Sebastião G. Identidades quilombolas: políticas, dispositivos e etnogêneses. *LatinoAmérica: Revista de Estudos Latinoamericanos*, vol. 64, nº 01, p. 153-184, 2017, p. 173-174.

<sup>41</sup> GOMES, Flávio dos Santos. “No labirinto dos rios, furos e igarapés”: camponeses negros, memória e pós-emancipação na Amazônia, c. XIX-XX. *História Unisinos*, vol. 10, nº 3, p. 281-292, set./dez. 2006, p. 290.

meios, se confrontaram com os poderosos para sobreviver física e culturalmente<sup>42</sup> (SILVA, 2000, p. 276).

Uma outra crítica diz respeito ao fato de que a denominação adotada pelos constituintes de “remanescentes das comunidades dos quilombos”, inscrita no art. 68 do ADCT, seria inadequada porque desqualificaria essas formações enquanto um processo (“remanescente” sugeriria sobra, resto de algo do passado) que incorporou, ao longo da história, as mudanças internas e externas à cada formação, sendo que a literatura antropológica tem buscado uma conceituação mais apropriada para conhecimento desses grupos<sup>43</sup>.

Mesmo assim, as Ciências Sociais trataram de ressignificar e ressemantizar o conteúdo da terminologia “remanescentes” de forma positiva. Para alguns cientistas sociais, ao contrário do sentido de “sobra” ao qual pode ser associada, a palavra “remanescente” deve ser enxergada em uma ótica oposta, daquilo que se preservou e se manteve em condições de sobrevivência independente da atenção e de possíveis benefícios do Estado<sup>44</sup>, pois ao serem identificadas como “remanescentes”, os quilombolas, em lugar de representarem os que estão presos às relações arcaicas de produção e reprodução social passadas, passam a ser reconhecidas como símbolo de uma identidade, de uma cultura e de um modelo de luta e militância negra, dando ao termo uma positividade<sup>45</sup>.

Dessa forma, após a sua ressignificação e ressemantização, o conceito de quilombo remete a conceitos fortes e consistentes, com implicações nos campos da reforma agrária, da posse e uso de terras, pois tal conceito trabalha o campo das identidades culturais e dos direitos a elas referidos confrontando o campo da territorialidade e questões fundiárias, às áreas políticas de educação, cultura e saúde; esses conceitos têm implicações nas áreas do direito e das políticas públicas, já que as definições de quilombos remete à cultura, identidade, territórios, propriedades, bens econômicos, sociais, culturais e políticos, enquanto habitação, saúde e educação das comunidades de quilombos são mutáveis em função das produções conceituais<sup>46</sup>.

Nesse campo, as contribuições da História, para a compreensão do art. 216, § 5º, da Constituição, auxiliam o Direito a entender o real significado do referido dispositivo: inserção da resistência negra/quilombola na narrativa da Nação através da patrimonialidade dos sítios com reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Portanto, ao entender o sentido histórico do quilombo, o Direito poderá lidar melhor com a dualidade existente entre o art. 216, § 5º, da CF, e art. 68 do ADCT, mediando eventuais divergências entre os campos da História e da Antropologia no reconhecimento e inclusão dos direitos das comunidades quilombolas.

<sup>42</sup> SILVA, Valdélino Santos. Rio das Rãs à luz da noção de quilombo. *Afro-Ásia*, nº 23, p. 265-293, 2000, p. 276.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 276-277.

<sup>44</sup> CUNHA; ALBANO, *op. cit.*, 2017, p. 173-174.

<sup>45</sup> ARRUTI, *op. cit.*, 1997, p. 22.

<sup>46</sup> CUNHA JUNIOR, Henrique Antunes. Quilombo: patrimônio histórico e cultural. *Revista Espaço Acadêmico*, nº 129, p. 158-167, fev. 2012, p. 163.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Nas bordas da política étnica: os quilombolas e as políticas sociais. *Boletim Informativo NUER: Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas*, Florianópolis, vol. 2, nº 2, p. 15-44, 2005.
- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Quilombolas e novas etnias*. Manaus: UEA Edições, 2011, p. 34-36.
- ARCILA, María Teresa; GÓMEZ, Lucella. *Libres, cimarrones y arrojados en la frontera entre Antioquia y Cartagena: siglo XVIII*. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de Antioquia, 2009.
- ARRUTI, José Maurício Andion. A emergência dos “remanescentes”: notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas. *Mana: estudos de Antropologia Social*, Rio de Janeiro, vol. 3, nº 02, p. 7-38, 1997.
- AZEVEDO, Aluísio. *O Mulato*. Introdução e notas de Jomar Moraes e Sebastião Moreira Duarte. 2. ed. maranhense, evocativa do centenário da morte do autor. São Luís: Academia Maranhense de Letras - AML/Secretaria de Educação, 2013.
- BELFORT, Conceição. A construção de uma identidade nacional na obra “Os tambores de São Luís”, de Josué Montello. *Littera Online*, São Luís (UFMA), vol. 04, nº 06, p. 1-13, 2013.
- BRASILEIRO, Sheila. Sacutiaba e Riacho de Sacutiaba: notas sobre uma comunidade negra rural no oeste baiano. *Afro-Ásia*, Salvador (UFBA), nº 23, p. 325-337, 2000.
- CAMARGO, Moraima. Palenqueros en Barranquilla. Construyendo identidad y memorias urbanas. *Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, Barranquilla (Universidad del Norte), año 1, nº 1, p. 1-18, jul./dez. MMV.
- CARVALHO, Roberta Monique Amâncio; LIMA, Gustavo Ferreira da Costa. Comunidades quilombolas, territorialidade e a legislação no Brasil: uma análise histórica. *Revista de Ciências Sociais*, João Pessoa (UFPB), nº 39, p. 329-346, out. 2013.
- CUNHA, Felipe Gibson; ALBANO, Sebastião G. Identidades quilombolas: políticas, dispositivos e etnogêneses. *LatinoAmérica: Revista de Estudios Latinoamericanos*, México (UNAM), vol. 64, nº 01, p. 153-184, 2017.
- CUNHA JUNIOR, Henrique Antunes. Quilombo: patrimônio histórico e cultural. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá (UEM), nº 129, p. 158-167, fev. 2012.
- FERREIRA, Rebeca Campos. Identidades politizadas no reconhecimento jurídico da diferença: uma reflexão sobre o caso dos quilombos no Brasil. *Periféria: revista de pesquisa e formação em antropologia*, Barcelona (Universitat Autònoma de Barcelona – UAB), nº 15, p. 1-25, dec. 2011.
- FIABANI, Adelmir. *Mato, palhoça e pilão: o quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes [1532-2004]*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012.
- FREITAS, Joseania Miranda; FERREIRA, Luzia Gomes; JESUS, Priscila Maria de. Obras-Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade: o Carnaval de Barranquilla e o Palenque de San Basílio (Colômbia) e o Samba de Roda do Recôncavo Baiano (Brasil). *Revista Brasileira do Caribe*, São Luís (UFMA), vol. VII, nº 14, p. 501-531, 2007.

GOMES, Flávio dos Santos. “No labirinto dos rios, furos e igarapés”: camponeses negros, memória e pós-emancipação na Amazônia, c. XIX-XX. *História Unisinos*, Canoas (UNISINOS), vol. 10, nº 3, p. 281-292, set./dez. 2006.

GOMES, Flávio dos Santos. *Mocambos e quilombos: uma história do campesinato negro no Brasil*. São Paulo: Claro Enigma, 2015.

HENRIQUES FILHO, Tarcísio. Quilombola: a legislação e o processo de construção de identidade de um grupo social negro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília (Senado Federal), vol. 48, nº 192, p. 147-170, out./dez. 2011.

LEITE, Ilka Boaventura. O projeto político quilombola: desafios, conquistas e impasses atuais. *Estudos Feministas*, Florianópolis (UFSC), vol. 16, nº 3, p. 965-977, set./dez. 2008.

LIFSCHITZ, Javier Alejandro. Percursos de uma neocomunidade quilombola: entre a “modernidade” afro e a “tradição” pentecostal. *Afro-Ásia*, Salvador (UFBA), nº 37, p. 153-173, 2008.

LIMA, Fernanda da Silva; LOCH, Andriw de Souza. Quilombos e remanescentes quilombolas: a luta pela garantia de direitos humanos numa perspectiva crítica e intercultural. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, vol. 28, nº 02, p. 190-211, jul./dez. 2018.

LOUREIRO, Maria L. de N. Matheus. A cidade e o quilombo: objeto, patrimônio e documento. *Revista Museologia e Patrimônio*, Rio de Janeiro (UNIRIO), vol. 7 nº 1, p. 207-221, 2014.

MANTILLA OLIVEROS, Johana Caterina. Historias locales, historias de resistencia: una aproximación a la cultura material de San Basilio de Palenque, siglos XVIII-XX. *Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, Barranquilla (Universidad del Norte), año 4, nº 7, p. 76-92, maio 2007.

MARQUES, Carlos Eduardo. De quilombos a quilombolas: notas sobre um processo histórico-etnográfico. *Revista de Antropologia*, São Paulo (USP), vol. 52, nº 1, p. 339-374, 2009.

MATTOS, Hebe Maria. “Remanescentes das comunidades dos quilombos”: memória do cativo e políticas de reparação no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, nº 68, p. 104-111, dez./fev. 2005-2006.

MATTOS, Hebe Maria. Políticas de reparação e identidade coletiva no meio rural: Antônio Nascimento Fernandes e o quilombo São José. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro (FGV), nº 37, p. 167-189, jan./jun. 2006.

MONTELLO, Josué. *Os tambores de São Luís: a saga do negro brasileiro*. 1. ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

O'DWYER, Eliane Cantarino. Introdução: os quilombos e a prática dos antropólogos. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 13-41.

O'DWYER, Eliane Cantarino. Os antropólogos, as terras tradicionalmente ocupadas e as estratégias de redefinição do Estado no Brasil. *Revista de Antropologia*, São Paulo (USP), vol. 61, nº 1, p. 33-46, 2018.

PINHO, Osmundo de Araújo; FIGUEIREDO, Ângela. Ideias fora do lugar e o lugar do negro nas Ciências Sociais brasileiras. *Estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro (UCAM), ano 24, nº 1, p. 189-210, 2002.

PRICE, Richard. Reinventando a história dos quilombos: rasuras e confabulações. *Afro-Ásia*, Salvador (UFBA), nº 23, p. 1-26, 2000.

RODRIGUES, Bruno de Oliveira; REZENDE, Tayra Fonseca; NUNES, Tiago de Garcia. Movimento Negro e pauta quilombola no Constituinte: ação, estratégia e repertório. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro (UERJ), vol. 10, nº 01, p. 198-221, 2019.

SALGE FERRO, Manuel. El patrimonio cultural immaterial em San Basilio de Palenque, em busca de las representaciones de lo palenquero a través de la prensa nacional. *Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe, Barranquilla* (Universidad del Norte), año 7, nº 13, p. 225-253, nov. 2010.

SEGATO, Rita Laura. Los cauces profundos de la raza latinoamericana: una relectura del mestizaje. *Crítica y Emancipación: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, Buenos Aires (CLASCO), vol. 3, p. 11-44, jan./jun. 2010.

SILVA, Anne Elyse F.; CARNEIRO, Leonardo de Oliveira. Reflexões sobre o processo de ressemantização do conceito de quilombo. *Revista de Geografia, Juiz de Fora* (UFJF), vol. 6, nº 3, p. 293-304, 2016.

SILVA, Valdélío Santos. Rio das Rãs à luz da noção de quilombo. *Afro-Ásia*, Salvador (UFBA), nº 23, p. 265-293, 2000.

SOUSA, Bárbara Oliveira. *Aquilombar-se: panorama sobre o movimento quilombola brasileiro*. Curitiba: Appris, 2016.

SOUSA, José Reinaldo Miranda de. Quilombos (palenques), terras de pretos: identidades em construção. *Revista Brasileira do Caribe, São Luís* (UFMA), vol. XI, nº 22, p. 33-57, jan./jun. 2011.

SOUSA, Meridalva Gonçalves de. *História e ficção: a representação do negro escravizado e liberto no Maranhão do século XIX, na obra Os Tambores de São Luís, de Josué Montello*. São Luís: Editora UEMA, 2015.

TAMAZO, Izabela. A expansão do patrimônio: novos olhares sobre velhos objetos, outros desafios... *Sociedade e Cultura, Goiânia* (UFG), vol. 08, nº 02, p. 13-36, jul./dez. 2005.

VÉRAN, Jean-François. Rio das Rãs: memória de uma “comunidade remanescente de quilombo”. Traduzido por Álea Melo da Fonseca. *Afro-Ásia*, Salvador (UFBA), nº 21-22, p. 295-323, 1998-1999.

YABETA, Daniela; GOMES, Flávio dos Santos. Memória, cidadania e direitos de comunidades remanescentes (em torno de um documento da história dos quilombolas de Marambaia). *Afro-Ásia*, Salvador (UFBA), nº 47, p. 79-117, 2013.





# CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO: A ATUAÇÃO DO MUNICÍPIO NA ECONOMIA LOCAL POR MEIO DAS MOEDAS SOCIAIS

ECONOMIC CONSTITUTION AND DEVELOPMENT: THE MUNICIPALITY'S  
PERFORMANCE IN THE LOCAL ECONOMY THROUGH SOCIAL CURRENCIES

FERNANDO AFONSO M. DE MELO \* | WILLAME PARENTE MAZZA \*\* | RAFAEL DE SOUSA ARAÚJO \*\*\*

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo estabelecer uma interpretação da constituição econômica voltada para uma maior participação dos municípios no processo de desenvolvimento local. Dentre as possibilidades de atuação se evidenciam as moedas sociais. Desenvolve-se uma interpretação do conceito de constituição econômica e como a mesma se relaciona com a temática do desenvolvimento. Ao problematizar o modelo de federalismo brasileiro e a dependência entre os entes federados, buscou-se compreender o papel do município dentro do Estado brasileiro e as possibilidades de consecução de um projeto de desenvolvimento local. Ainda, ao se reconhecer que a constituição econômica pode ser direcionada para a ampliação das alternativas do poder público municipal no processo de desenvolvimento, assentou-se uma análise de como as moedas sociais podem ser um dos instrumentos dessa atuação. Conclui-se que diante de um quadro de dependência dos municípios em relação à União, a constituição econômica pode servir como instrumento de ampliação das competências municipais em matéria econômica relacionadas ao processo de desenvolvimento local. Nessa linha, as moedas sociais podem ser instrumentalizadas como elemento criativo, passível de implementação pelas gestões municipais. O trabalho consiste em uma revisão de literatura, tendo por base a doutrina e as diretrizes constitucionais relacionadas ao direito econômico e às competências dos entes federados.

**Palavras-chave:** Constituição Econômica; desenvolvimento; município.

## ABSTRACT

This article aims to establish an interpretation of the economic constitution aimed at greater participation of municipalities in the local development process. Among the possibilities of action, social currencies are evident. An interpretation of the concept of economic constitution is developed and how it relates to the theme of development. When problematizing the model of Brazilian federalism and the dependence among the federated entities, we sought to understand the role of the municipality within the Brazilian State and the possibilities of achieving a local development project. Still, when recognizing that the economic constitution can be directed towards the expansion of the alternatives of the municipal public power in the development process, an analysis was based on how social currencies can be one of the instruments of this action. It is concluded that in the face of a situation of dependence of the municipalities in relation to the Union, the economic constitution can serve as an instrument for the expansion of municipal competences in economic matters related to the local development process. Along these lines, social currencies can be used as a creative element that can be implemented by municipal administrations. The work consists of a literature review, based on the doctrine and constitutional guidelines related to economic law and the competences of federated entities.

**Keywords:** Economic Constitution; development; municipality.

\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI).  
*fernandoammelo96@gmail.com*

\*\* Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Sevilla (Espanha). Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Adjunto da UESPI. Auditor Fiscal.  
*willamemazza@uol.com.br*

\*\*\* Doutorando em Economia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).  
Mestre em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).  
*rafaelaraujo05@hotmail.com*

Recebido em 19-1-2020 | Aprovado em 26-5-2020



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO;  
2 O PAPEL DO MUNICÍPIO NO DESENVOLVIMENTO LOCAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO  
ECONÔMICA DE 1988; 3 INTERVENÇÃO DO MUNICÍPIO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E AS MOEDAS  
SOCIAIS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inicia com a forma de Estado adotada pelo constituinte, dispondo que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal<sup>1</sup>.

Segundo Luciano Ferraz “o Brasil desde a Constituição de 1891 adotou a forma federativa de Estado, substituindo o modelo unitário dos tempos imperiais”<sup>2</sup>. Este, tem suas primeiras origens nos Estados Unidos. Assim, “surgiu como resposta à necessidade de um governo eficiente em vasto território”<sup>3</sup>.

Impende reconhecer que o modelo de federalismo é pautado na convivência harmônica e na comunhão de interesses. Alicerçados em princípios e valores expressos no texto constitucional, todos os entes têm o papel de trilhar seu caminho rumo ao bem-estar comum.

Desse modo, a experiência de federalismo brasileiro demonstrou a adoção de uma forma cooperativa<sup>4</sup>, é o que sustenta Gilberto Bercovici. Logo, há uma repartição de atribuições e responsabilidades para cada ente. “O objetivo primordial da referida repartição é o desenvolvimento equilibrado do Estado brasileiro”<sup>5</sup>, sendo que em matéria econômica não poderia ser diferente.

Entretanto, a realidade destoa do modelo de cooperação anteriormente citado. Ocorre uma concentração exacerbada de competências em favor da União. Fazendo desta, a promotora da política econômica e social; que relega aos centros locais de poder, quais sejam, os municípios, competência extremamente residual que distancia sobremaneira a implementação de um plano de desenvolvimento próprio. A consequência direta é a dependência dos municípios em face da União.

Destaca-se que mesmo “com o crescimento das economias locais e consequente aumento das arrecadações municipais, a dependência de transferências intergovernamentais

<sup>1</sup> Artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>2</sup> FERRAZ, Luciano. Município e Federalismo. In: NASCIMENTO, C.V. et al (org.) *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 29.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 855.

<sup>4</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>5</sup> CLARK, Giovani. *O município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: DelRey, 2001.

continua sendo o traço marcante da situação financeira dos municípios brasileiros<sup>6</sup>: 94% têm nas transferências recebidas pelo menos 70% de suas receitas correntes<sup>7</sup>.

Desse modo, surge a necessidade de que gestores locais sejam responsáveis pelo desenvolvimento de políticas voltadas ao incremento da atividade produtiva e a uma melhora nos níveis de desenvolvimento local.

Na tentativa de desenvolver uma reflexão acerca da maior participação dos municípios no processo de desenvolvimento econômico, observa-se que uma interpretação lógica da constituição econômica permite uma ampliação das competências municipais. Assim, o município poderá intervir dentro das especificidades da economia local, ao passo em que poderá ocorrer significativa melhora nos índices de desenvolvimento econômico.

Nos últimos anos, alguns municípios instituíram moedas locais como resposta a um quadro de pouca dinâmica econômica. Buscando superar verdadeiro isolamento do ponto de vista do fluxo de negócios, gestores públicos encontraram na criação de moedas sociais uma ferramenta de incentivo ao comércio local, sendo, portanto, uma possibilidade de atendimento das diretrizes constitucionais voltadas ao desenvolvimento e aos ditames estabelecidos na constituição econômica de 1988.

Logo, o presente artigo visa desenvolver uma interpretação da constituição econômica com a ampliação das possibilidades de intervenção do município no domínio econômico. Propõe-se uma análise da constituição econômica em consonância com a necessidade de que os entes federados busquem o desenvolvimento.

Ainda, o estudo problematiza a dependência dos entes municipais, apontando que o modelo de federalismo brasileiro é um dos elementos intrínsecos à dependência em relação ao ente central. Indica ao final que a ampliação das competências municipais, permite reconhecer maior participação das municipalidades no processo de desenvolvimento local, tendo nas moedas sociais um dos instrumentos de sua atuação.

Por fim, o presente estudo possui caráter bibliográfico e documental, com ênfase na doutrina especializada em direito econômico e nas disposições constitucionais relacionadas à distribuição das competências entre os entes federados.

## 1 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO

O conceito de constituição econômica não é tema pacífico dentro da literatura jurídica, de modo que, as alterações sociais e econômicas influenciam diretamente a análise da mesma.

Nessa perspectiva, a Constituição econômica seria a decisão sobre o modelo econômico de uma sociedade, que reconheceria uma determinada ordem já existente

<sup>6</sup> ANDRADE, Mário Cesar da Silva. Dependência financeira dos municípios brasileiros: entre o federalismo e a crise econômica. *Revista Espaço Acadêmico* – n. 185 – outubro/2016.

<sup>7</sup> FIRJAN – Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. *IFGF 2015 – Índice FIRJAN de gestão fiscal: ano base 2013 – recorte municipal; abrangência nacional*. p. 06. Disponível em: <http://publicacoes.firjan.org.br/ifgf/2015/files/assets/basic-html/page-1.html>. Acesso em: 20 mai. 2018.

(mundo do ser) ou que pretende transformar a realidade (mundo do dever ser)<sup>8</sup>. Logo, a constituição como força instauradora e inaugural<sup>9</sup>, pode reconhecer a ordem econômica vigente (dando-lhe legitimidade e definindo meios de atuação no segmento econômico), ou partindo da realidade vivenciada, utilizar-se da economia como instrumento de consecução dos objetivos finalísticos do Estado.

A existência de um núcleo dentro do texto constitucional, responsável pela disciplina jurídica da economia, em especial, da conformação dos meios de produção ao sistema econômico é responsável por traçar os parâmetros de atuação dos diversos atores, seja o setor privado ou os entes federados.

O modelo inaugurado na ordem econômica de 1988 traduz essencialmente a intenção do constituinte de respeitar os limites da propriedade privada, da livre iniciativa e a defesa da concorrência, possibilitando assim, um capitalismo em que a produção de riqueza e distribuição da mesma não ocorra como apropriação exclusiva de uma classe, mas se traduza em garantia de existência digna, conforme os ditames da justiça social<sup>10</sup>.

Destaca-se que as discrepâncias entre os processos de desenvolvimento tornam-se evidentes, quando comparados os níveis de desenvolvimento econômico dos municípios das diversas regiões brasileiras<sup>11</sup>. O que aponta que a melhora no nível de inserção econômica da população apresentado nas últimas décadas, não atingiu de modo uniforme a federação em sua totalidade.

Portanto, o desenvolvimento deve ser observado como uma mudança estrutural, uma vez que se permite alterar as estruturas econômicas, sociais, políticas, institucionais, com melhoria da produtividade e da renda média dos agentes envolvidos no processo<sup>12</sup>.

Dentre os objetivos da constituição que apresentam sintonia direta com a condução da política econômica, destacam-se a garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização e a busca pela redução das desigualdades sociais e regionais<sup>13</sup>.

Assim, a atuação do Estado (incluindo-se os municípios) como condutor da política econômica se alicerça no texto constitucional, especificamente, no núcleo jurídico denominado constituição econômica. Cabendo ao referido núcleo, dispor das diretrizes a serem empreendidas pelos diversos entes que atuam na federação, com o objetivo de que o processo de desenvolvimento empreendido no Brasil seja uma política de Estado voltada para a coletividade.

<sup>8</sup>CYRINO, André. Análise Econômica da Constituição Econômica e Interpretação Institucional. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.- Dez. p. 492-515.

<sup>9</sup>SÁ, Ana Paula Babosa de. *O poder Constituinte Originário e sua Limitação Material pelos Tratados Internacionais de Direito Humanos*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1351/1140>. Acesso em: 02 jun. 2019.

<sup>10</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 202.

<sup>11</sup>PNUD. *Desenvolvimento Humano nas Macrorregiões Brasileiras*. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/IDH/undp-br-macrorregioesbrasileiras-2016.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

<sup>12</sup>SOUZA, Nali de Jesus. *Desenvolvimento Econômico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 22-23.

<sup>13</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 07 jun. 2019.

## 2 O PAPEL DO MUNICÍPIO NO DESENVOLVIMENTO LOCAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA DE 1988

No contexto da ordem econômica inaugurada pela Constituição de 1988, ao Estado (União) foi conferida *prima facie* a possibilidade de intervir no domínio econômico. Ocorre, que diante das peculiaridades trazidas pela carta de 1988, é possível relacionar também ao município – enquanto gestor de interesses locais – o papel de executor de política intervencionista própria<sup>14</sup>.

A intervenção anteriormente apontada pode ser definida como “qualquer atuação estatal que tenha efeitos diretos sobre a economia, sendo certo que o objetivo perseguido por essa intervenção necessariamente deve ser a efetivação e tutela do interesse público”<sup>15</sup>, bem como a superação da dependência econômica que se instaura entre municípios e a União.

Para que se possa compreender o papel do município dentro da federação e como o mesmo pode atuar na consecução de um projeto de desenvolvimento local, faz-se necessário elucidar as raízes do atual modelo de federalismo e como o mesmo apresenta percalços em sua estruturação.

O estudo do modelo de federalismo brasileiro e da evolução do papel do município nas constituições, permite a compreensão acerca do fenômeno da dependência (em relação à União) e do engessamento da atuação municipal na estrutura do Estado brasileiro. A partir disso, é possível uma interpretação ampliativa do texto constitucional, em que possam ser vislumbradas alternativas concretas de intervenção ou de incremento da atividade produtiva local.

A forma de Estado adotada no Brasil se consubstancia em um modelo de compartilhamento das competências, onde pode ser reconhecida uma significativa autonomia dos entes que compõe o Estado.

No Brasil, o modelo de federalismo apresenta uma adequação própria à sua realidade, a partir da experiência norte-americana. O federalismo brasileiro consiste em “um movimento de dentro para fora e não de fora para dentro; de força centrífuga e não centrípeta; de origem natural-histórica e não artificial”<sup>16</sup>.

Nessa perspectiva, o modelo de federalismo brasileiro destoa da realidade do modelo empregado nos Estados Unidos da América – EUA, uma vez que lá empreendeu-se uma agregação, uma construção para os fins do modelo federalista. No Brasil, a estrutura empregada partiu de um movimento desagregador<sup>17</sup>, em que as particularidades regionais e necessidades dos centros locais de poder não foram devidamente observadas.

<sup>14</sup> CLARK, Giovani. *O município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: DelRey, 2001.

<sup>15</sup> TOSTA, André Ribeiro. *A intervenção do Município no Domínio Econômico e o Regime Jurídico dos Contratos da Petrobrás*. São Paulo: PUC/SP, 2014.

<sup>16</sup> MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177.

<sup>17</sup> PACÍFICO, Andrea Pacheco. Os federalismos brasileiro e estadunidense na construção da democracia. *Revista de Estudos Internacionais (REI)*, Vol. 3 (1), 2012. Disponível em: <http://www.revistadeestudosinternacionais.com/uepb/index.php/rei/article/viewFile/108/pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

O resultado direto é que embora a constituição de 1891 tenha reproduzido a ideia de federalismo norte-americano, foi ajustado ao Brasil um sistema jurídico-constitucional, que resultou no desencontro (especialmente no que toca às competências e autonomia municipal) entre a constituição escrita e a constituição real do país<sup>18</sup>. Situação esta que se repete nas demais Constituições.

O modelo de federalismo brasileiro apresenta outra particularidade, o reconhecimento da atuação cooperativa. Por esta, os entes (Estados, municípios e a União) devem atuar de modo conjunto, com a finalidade de desempenhar as competências que lhe foram delegadas e harmonizá-las em prol do interesse do Estado como um todo.

Dentre as complexas relações de interdependência entre a União e os entes federados, no federalismo cooperativo devemos distinguir a coordenação da cooperação propriamente dita. A coordenação é, na realidade, um modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação. A vontade das partes é livre e igual, com a manutenção integral de suas competências. Na cooperação, nem a União, nem qualquer ente federado pode atuar isoladamente, mas todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais. O interesse comum viabiliza a existência de um mecanismo unitário de decisão, no qual participam todos os integrantes da Federação<sup>19</sup>.

Gilberto Bercovici assenta que no modelo de cooperação, a atuação dos entes federados se volta para a tomada de decisões conjuntas<sup>20</sup>. Essa tomada de decisões se apoiaria na distribuição das competências e na interdependência entre as mesmas. Ou seja, para cada ente há uma atribuição, que pode ser exercida também por outro (em uma atuação conjunta e interdependente).

Ocorre, que ao longo das constituições brasileiras e de modo prevalente na constituição de 1988, o modelo de federalismo empregado (em suas raízes históricas) conferiu ao ente central (União) inúmeras competências, relegando aos municípios pouco espaço de atuação.

Nesse sentido, destaca Giovanni Clark que mesmo tendo força econômica “alguns municípios brasileiros não desfrutam mais de real capacidade para realizar políticas econômicas próprias, em face de um federalismo desvirtuado, que mancha a autonomia de seus entes com uma histórica centralização de poder nas mãos da União”<sup>21</sup>.

A Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras competências a serem desenvolvidas de modo articulado e cooperado. Contudo, as atribuições não vieram acompanhadas de fomento à gestão local, seja administrativa ou fiscal. De modo que, foram

<sup>18</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

<sup>19</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 150 – 154.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>21</sup> CLARK, Giovanni. *O município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: DelRey, 2001. p. 85.



criados municípios sem que lhes fossem dadas condições mínimas de desenvolvimento das atividades que lhe são próprias<sup>22</sup>.

A atual Constituição embora textualmente tenha procedido a uma elevação do patamar dos municípios, não disciplinou efetivamente as possibilidades de atuação dos mesmos nas diversas esferas da atividade estatal. Assim, observa-se um quadro de dificuldades que impedem o atendimento das diretrizes constitucionais relacionadas ao desenvolvimento nas três esferas do Estado.

Nessa perspectiva, identifica-se que o processo de urbanização e a crescente complexidade das demandas sociais locais das últimas décadas, assim como o descompasso entre as competências atribuídas aos municípios e suas capacidades; fazem com que o avanço da gestão urbana das cidades se coloque como um desafio para a grande maioria dos municípios brasileiros<sup>23</sup>.

Ainda, a dependência fiscal dos municípios é evidenciada por alguns elementos ou fatores a ela intrínsecos. Inicialmente, a competência arrecadadora plena (maior número de impostos e taxas) é de responsabilidade da União. Poucos são os fatos geradores em que fica incumbido ao município seu lançamento e arrecadação. Ademais, a execução de serviços primordiais é realizada na esfera mais próxima da população, “a despeito de os recursos e suas transferências serem federais ou estaduais na sua origem ou de a execução orçamentária ser consolidada em outras escalas: estadual, regional ou federal (nacional) e exterior”<sup>24</sup>.

A efetiva distribuição de receitas dentro da federação é requisito inerente ao próprio modelo de federalismo. Nesse sentido, oportuno destacar que a importância da distribuição da receita fiscal é patente em um Estado Federal. A autonomia dos entes federados, frente à União, pode ser considerada apenas nominal quando faltam recursos financeiros necessários à sua manutenção<sup>25</sup>.

Estabelece Dalmo de Abreu Dallari:

Aí está um ponto de máxima relevância, que tem sido causa de intensos conflitos entre as diferentes esferas de poder político que compõem a federação brasileira. A União tem evidente superioridade financeira, por força dos próprios dispositivos constitucionais, o que se agrava ainda mais quando o governo federal abusa de suas competências e coloca em plano absolutamente superior seus próprios objetivos, ignorando as exigências constitucionais relacionadas com o federalismo e impondo decisões que representam enorme constrangimento financeiro dos Estados e Municípios e acarretam, na realidade, uma situação de submissão e dependência, anulados a autonomia política implica na organização federativa<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> ROSA, Ivandro Carlos. *O processo de emancipação municipal e a urbanização do município de Lajeado – RS*. 46 f. Dissertação de Mestrado – Centro Universitário UNIVATES, RS, 2012. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/279/1/IvandroRosa.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2019.

<sup>23</sup> PEREIRA, José Roberto; REZENDE, João Batista. *Gestão Pública Municipal*. Curitiba: CRV, 2017. p. 112.

<sup>24</sup> MENDES, Constantino Cronemberger. *Padrões regionais da despesa pública municipal*. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2089.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2089.pdf). Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>25</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 160.

<sup>26</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Implicações do Pacto Federativo. In RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalista atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 589-591.

A situação não se coaduna com o Estado Federal, uma vez que as unidades federadas ficam enfraquecidas, financeira e administrativamente, com a incerta e perigosa dependência da distribuição central<sup>27</sup>.

Assim, em uma perspectiva de dependência fiscal do ente central (União), especialmente, das transferências denominadas Fundo de Participação dos Municípios – FPM, de gestões marcadas pela ineficiência da gestão na consecução de políticas públicas essenciais e ausência de uma política de incentivo da atividade produtiva local, os municípios brasileiros (em sua maioria) agravam ainda mais sua situação de desequilíbrio nas contas públicas, marcadas por déficit na arrecadação e atraso no pagamento de sua folha.

Diante do quadro descrito, a apresentação de medidas criativas por parte da administração pública torna-se um imperativo. Dentre as mesmas destaca-se a intervenção por meio do incentivo às moedas sociais de âmbito local, que repercutem verdadeiramente em um processo de desenvolvimento. Assim, evidencia-se a competência do município para atuar na matéria. Afinal, a melhoria dos índices de desenvolvimento socioeconômico a nível municipal é um objetivo/assunto de interesse local.

Embora não haja a previsão expressa de atuação do município no domínio econômico na Constituição de 1988, mediante intervenção e incentivo à atividade produtiva, a mesma é possível.

Uma interpretação constitucional da ordem econômica desvinculada de pragmatismos, tal como a defendida por Giovani Clark em sua obra o município em face do direito econômico, apresenta um viés possível de planejamento e execução. Pelo mesmo, os princípios e regras norteadores da atividade econômica, podem ser aplicados aos municípios, cabendo a estes – enquanto gestores de interesses locais – atuarem no domínio econômico com o intento de desenvolver a economia local e ao mesmo tempo fomentar o desenvolvimento nacional, uma vez que a federação deve funcionar como um todo. Referida possibilidade se revela quando o município pode atuar na esfera da economia local com o incentivo à criação de moedas sociais. É o que se discutirá na próxima seção.

### 3 INTERVENÇÃO DO MUNICÍPIO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E AS MOEDAS SOCIAIS

O município pode intervir no domínio econômico, ao implementar dentro dos limites de sua competência, políticas econômicas locais, de fomento à atividade produtiva. A possibilidade de intervenção é uma resposta a um processo histórico de limitação da autonomia municipal, bem como a dependência financeira enfrentada pelas municipalidades.

Atuar dentro das especificidades locais é uma alternativa concreta e se coaduna com todos os princípios sob as quais se erige o Estado brasileiro. O Estado hoje deve ultrapassar os limites convencionais de sua atuação, servindo como indutor de transformações, de uma verdadeira mudança na perspectiva mantida entre a comunidade, o setor privado e o setor público.

---

<sup>27</sup> CARVALHO PINTO, Carlos Alberto. Apud BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 161.

Ante o exposto, observa-se a possibilidade de o município intervir no domínio econômico, a partir de uma interpretação lógica do texto constitucional, além de se constatar a competência municipal para legislar sobre matéria de direito econômico no tocante aos temas de seu interesse. Nessa linha, destaca-se a possibilidade de instituição das moedas sociais pelos municípios ao passo em que se desenvolve uma perspectiva jurídica e econômica que as afirme como uma das políticas de desenvolvimento local.

Na interpretação desenvolvida no presente trabalho, a capacidade interventiva pode ser estendida aos municípios, enquanto entes integrantes da organização administrativa brasileira e detentores de competência para legislar sobre direito econômico; não se afastando dos limites impostos na ordem jurídica, em especial na Constituição Federal de 1988. Destaca-se que as “intervenções econômicas realizadas pelo Estado, incluindo-se o município, devem balizar-se, logicamente, nos ditames da ordem jurídica, trazendo sempre as marcas da racionalidade, coerência e participação social”<sup>28</sup>.

Assim, os princípios constitucionais que regem a ordem econômica evidenciam que o poder constituinte originário levou em conta e foi influenciado pela concepção de constituição dirigente e com ela assumiu o entendimento de que o crescimento econômico deve estar voltado para o desenvolvimento.

Exige-se, portanto, uma atuação conjunta de todos os entes do Estado federal, que de modo uníssono devem perseguir os objetivos estabelecidos na constituição. Nesse contexto é flagrante o papel de direção e de indução do desenvolvimento econômico que cabe ao Estado e ao município<sup>29</sup>.

Nessa perspectiva de indução do desenvolvimento, as moedas sociais ou locais podem ser conceituadas como instrumentos paralelos à moeda oficial brasileira – o real – que têm oferecido alternativa importante ao desenvolvimento econômico e social de comunidades carentes<sup>30</sup>. Podendo ainda serem definidas como uma das ferramentas de atuação dos bancos comunitários na promoção do desenvolvimento de territórios de baixa renda, a partir do fomento à criação de redes locais de produção e consumo<sup>31</sup>.

Oportuno salientar que, a instituição de moedas no plano nacional é competência da União, consoante o previsto no artigo 21 da Constituição Federal. Entretanto consagrou-se nos últimos anos, a partir da experiência exitosa do Banco Palmas a instituição de moedas sociais ou locais pelo poder público municipal.

Atualmente, o Brasil convive com uma realidade na qual existem diversos meios utilizados como circulante monetário (moeda). Como anteriormente mencionado a competência de emissão de moeda é da União, que assim pode atuar defensivamente (proibindo a emissão de instrumentos semelhantes, o controle da sua emissão, ou mesmo regular e restringir a sua circulação).

<sup>28</sup> CLARK, Giovanni. *O município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: DelRey, 2001. p. 43.

<sup>29</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. TORELLY, Paulo Peretti. *Constituição Econômica e Pacto Federativo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015. p.120-125.

<sup>30</sup> FOBE, Nicole. *A regulação brasileira das moedas sociais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=066763a699f8e4dc>. Acesso em: 21 jun. 2018.

<sup>31</sup> INSTITUTO BANCO PALMAS. *Instituto Palmas de Desenvolvimento e Socioeconomia Solidária. Termo de Referência dos bancos comunitários de desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.institutobancopalmas.org/termo-de-referencia-dos-bancos-comunitarios-de-desenvolvimento/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

Contudo, o que a experiência de inúmeros bancos comunitários apresenta são os impactos socioeconômicos que as moedas de âmbito local têm trazido. São benefícios como o incentivo à circulação da riqueza, o investimento em setores deficitários da economia da região, criação de mecanismos de promoção do desenvolvimento humano e econômico, aumento do poder de compra e inclusão de indivíduos excluídos do processo econômico via concessão de micro empréstimos de caráter produtivo ou mesmo para o consumo<sup>32</sup>.

A disciplina da constituição de 1988<sup>33</sup>, no tocante a distribuição das competências entre os entes, confere à União a competência sobre a emissão de moeda (art. 21, VII, CRFB), cabendo ao Banco Central exercê-la com exclusividade nos termos do artigo 164 da CRFB e dos instrumentos normativos editados pelo congresso nacional, como é o caso da lei 13.416/2017<sup>34</sup>.

É importante deixar claro que, na teoria econômica moderna, “a moeda de curso legal nunca é definida unicamente como dinheiro (papel-moeda e moedas metálicas produzidas e emitidas pelo Banco Central em nome da União)”<sup>35</sup>, porque tanto o dinheiro como os depósitos em contas correntes fazem o mesmo: pagam bens e serviços.

Entre as várias moedas tidas como ativos circulantes, e submetidas à fiscalização e controle do Banco Central estão as denominadas moedas oficiais, exemplificadas pela moeda fiduciária (emitida pelo Bacen, não lastreada e monopolizada pelo Estado) e as moedas bancárias (invisível que não tem existência física, correspondendo aos lançamentos de débito e crédito nas contas correntes)<sup>36</sup>.

Por seu turno, as moedas sociais de circulação local, restritas a espaços comunitários previamente definidos e estabelecidos nas economias locais, não são incluídas entre os ativos definidos nos agregados monetários que são controlados pelo Banco Central<sup>37</sup>.

Assim, inexistente fiscalização ou intervenção das moedas sociais por parte do Banco Central, uma vez que as mesmas apresentam particularidades próprias, por dois motivos:

Primeiro, porque o poder emissor das moedas sociais não se agasalha e hospeda em instituições financeiras depositárias. Ou seja, não envolve, em geral, reservas prévias de recursos monetários captados do público destinados ao financiamento de terceiros. Segundo, pela sua reduzida dimensão tanto em termos de volume de transações como de valores individuais e agregados das transações que não ultrapassa percentual

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Marcos Prestes de. *Moedas sociais como mais um instrumento para potencializar o desenvolvimento da economia local*. Monografia (Curso de Bacharelado em Direito). Unijui: Ijuí, 2012. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1002>. Acesso em: 17 mai. 2018.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade Mecum JusPodivm OAB. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 40.

<sup>34</sup> Autoriza o Banco Central do Brasil a adquirir papel-moeda e moeda metálica fabricados fora do País por fornecedor estrangeiro.

<sup>35</sup> FREIRE, Marusa Vasconcelos. *Moedas Sociais: contributo em prol de um marco legal e regulatório para as moedas sociais circulantes locais no Brasil*. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9485/1/2011\\_MarusaVasconcelosFreire.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9485/1/2011_MarusaVasconcelosFreire.pdf). Acesso em: 08 mar. 2019.

<sup>36</sup> Ibid., p. 49.

<sup>37</sup> Ibid., p. 56.

mínimo, que certamente fica bem abaixo de 1% a 4%, representado pelo meio circulante (papel-moeda e moedas metálicas do poder público)<sup>38</sup>.

Embora a emissão de moeda seja de competência exclusiva da União, através do Banco Central do Brasil, o controle dos instrumentos a ela relacionados (emissão, fiscalizações e regulamentação) não se aplicam às moedas sociais.

Destaca-se que a natureza das moedas sociais é objeto de grande discussão, uma vez que ainda surgem inúmeras dúvidas acerca da viabilidade jurídica das mesmas, especialmente, no que toca a competência para sua emissão.

Na tentativa de afastar a celeuma quanto a matéria das moedas sociais, o Banco Central do Brasil, através da nota técnica PGBC – 387/2011, de 1º de setembro de 2011, consolidou inúmeras manifestações anteriores de sua procuradoria. Na referida nota técnica, as moedas sociais foram consideradas como um bônus, ou seja, a moeda social não é circulante efetivo. Após a troca pelos munícipes, podem ser adquiridos produtos e serviços locais com descontos. Por outro lado, os comerciantes quando necessitarem da moeda oficial (o real), efetuarão a respectiva troca junto ao banco comunitário local<sup>39</sup>.

A nota técnica aponta também que a “circulação da moeda social é livre no comércio local e, geralmente, quem compra com a moeda social recebe um desconto patrocinado pelos comerciantes”<sup>40</sup> com o intuito de fomentar a economia.

Ainda sobre as moedas sociais, é importante destacar que “ninguém pode ser obrigado a aceitá-la ou participar de um sistema de moedas sociais, pois elas não têm curso forçado, nem poder liberatório assegurado por lei”<sup>41</sup>.

Para concluir a discussão de que a política de instituição ou incentivo às moedas sociais não vai de encontro ao ordenamento nacional, a nota técnica 387/2011 arremata que:

A instituição de moedas sociais está associada a políticas públicas de combate à pobreza e de promoção do desenvolvimento local, apoiadas pela Secretaria Nacional de Economia Solidária do Ministério do Trabalho e Emprego, pelo Ministério de Desenvolvimento Social e pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário. Por esse motivo, desde que as regras constitutivas dos contratos (formais ou informais) nos programas de finanças solidárias com base em bancos comunitários e fundos rotativos não violem as disposições estabelecidas no ordenamento jurídico vigente (especialmente no que se refere à finalidade do uso de moedas sociais circulantes locais, à imagem das moedas sociais e aos limites estabelecidos pela Lei de Usura ou ao regime de juros específico, quando o programa estiver relacionado a algum projeto de microcrédito do banco comunitário), a emissão de moedas sociais circulantes locais não pode ser considerada, por si só, como uma prática ilegal<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Ibid., p. 76.

<sup>39</sup> BACEN. Banco Central do Brasil. Nota técnica 387/2011, de 1º de setembro de 2011. Nota técnica sobre finanças solidárias. *Anais II Fórum Banco Central sobre inclusão financeira, Brasília, 2010*. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/microfinancas/anais\\_II\\_forum\\_inclusao\\_financeira.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/microfinancas/anais_II_forum_inclusao_financeira.pdf). Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>40</sup> Ibid., p. 146.

<sup>41</sup> Ibid., p. 147.

<sup>42</sup> Ibid., p. 150.

Portanto, a instituição das moedas sociais pode ser objeto de política econômica local na modalidade de incentivo, sem que as mesmas se confundam com as moedas de curso oficial, no caso brasileiro, o real.

Ainda que ao município não tenha sido atribuída a competência para a emissão da moeda oficial (na perspectiva constitucional do art. 21, VII), a interpretação lógica da constituição permite inferir que ao tratar de direito econômico (matéria que pode ser regulada pelo município), o incentivo às moedas sociais pode ser instrumento de intervenção municipal. A política discutida se enquadra dentro da economia (economia solidária<sup>43</sup>), e, por conseguinte, dentro do direito econômico<sup>44</sup>. Ademais, não se pode ignorar a importante contribuição socioeconômica das supracitadas moedas.

A moeda local complementa a renda e permite o acesso imediato por parte dos consumidores a produtos básicos. Possui uma função redistributiva e de ativação da economia local; além de funcionar como meio capaz de incentivar e fortalecer o capital social da localidade, trazendo consigo a percepção de desenvolvimento local<sup>45</sup>.

O primeiro banco comunitário do Brasil, o Banco Palmas, surge em um bairro da periferia de Fortaleza – CE<sup>46</sup>. A história do Banco Palmas está alicerçada por uma construção longa e coletiva dos munícipes, em busca de condições dignas de moradia. Essa área, chamada de Conjunto Palmeiras, era um grande alagado distante do centro, que não tinha fornecimento de luz, água ou qualquer condição de urbanização<sup>47</sup>.

O Banco Palmas surge inicialmente, com a proposta de superar uma problemática definida, notadamente, o problema habitacional na área do conjunto Palmeiras. Contudo, a experiência é tão exitosa que as atividades da associação vinculada ao conjunto Palmeiras (Asmoconp), ampliam as respostas aos problemas locais. Destaca Adriano Borges que

<sup>43</sup> Segundo Paul Singer a economia solidária propõe outra organização da produção, à base da propriedade social dos meios de produção. Isso não quer dizer a estatização desta propriedade, mas a sua repartição entre todos os que participam da produção social. O desenvolvimento solidário não propõe a abolição dos mercados, que devem continuar a funcionar, mas sim a sujeição dos mesmos a normas e controles, para que ninguém seja excluído da economia contra a sua vontade (SINGER, Paul. *Desenvolvimento capitalista e desenvolvimento solidário*. Estudos Avançados 18, 2004).

<sup>44</sup> SOUSA, Thalyta Taumaturgo de. *A economia solidária como meio para o desenvolvimento sustentável – o caso do banco Palmas*. 67 f. Dissertação (Mestrado em economia e meio ambiente) – Universidade do Porto, Porto, 2011. Disponível em:

[http://base.socioeco.org/docs/a\\_economia\\_solid\\_ria\\_como\\_meio\\_para\\_o\\_desenvolvimento\\_sustent\\_vel\\_caso\\_do\\_banco\\_palmas-1.pdf](http://base.socioeco.org/docs/a_economia_solid_ria_como_meio_para_o_desenvolvimento_sustent_vel_caso_do_banco_palmas-1.pdf). Acesso em: 13 jun. 2019.

<sup>45</sup> PEREIRA, Wallace Marcelino; CROCCO, Marco Aurélio. Inclusão financeira a partir de moedas locais: um estudo exploratório do banco palmas, *Fortaleza – CE. Anais do I circuito de debates acadêmicos*, CODE 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area7/area7-artigo30.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

<sup>46</sup> FRIZON, Nayana; CARVALHO, Hilano José Rocha de; ZANIN, Maria. Bancos Comunitários de Desenvolvimento: tendências e lacunas nas publicações brasileiras. *Revista de Desenvolvimento Econômico – RDE - Ano XVII - Edição especial - Dezembro de 2015 Salvador, BA – p. 699 – 719*. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/rde/article/download/4005/2854>. Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>47</sup> MATURANA, André Vinícios Koltermann; COSTA, Luiza Gaiger da; KOHLER, Romualdo. Moeda social como instrumento de desenvolvimento local: um levantamento das práticas realizadas no território nacional. *Anais do XXVI Seminário de Iniciação Científica da Unijui*, SC, 2018. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/slaedr/article/view/10536>. Acesso em: 10 jun. 2019.



com o Conjunto Palmeiras urbanizado, a Asmoconp e seus associados definiram que o desenvolvimento econômico dos moradores era então o maior desafio do bairro, e motivação para criar um projeto que buscasse conceder pequenos créditos e fomentar a economia local – o Banco Palmas. A experiência se desenvolve, consegue captar um volume considerável de recursos para conceder crédito, cria empreendimentos de economia solidária, campanhas para incentivar o consumo de produtos do bairro e uma moeda social, o Palmas (P\$). Hoje se trata de uma experiência que engloba a Associação de Bairro, sua história, o Banco Palmas propriamente dito, e o Instituto Palmas, uma organização criada com o objetivo de reaplicar a tecnologia dos bancos comunitários e desenvolver formas de apoio a essas experiências<sup>48</sup>.

Dentre as inúmeras iniciativas do Banco Palmas, está a criação da moeda Palma, a primeira moeda social brasileira e que com o início das atividades do Instituto Palmas, passou a servir de modelo para as ações de fomento à economia local de inúmeros municípios.

Esclarece Arilsom Martins que:

a moeda (Palma) é um dinheiro alternativo, de uso exclusivo no Banco Palmas, que circula somente no bairro, paralelamente à moeda oficial brasileira. Quem compra com palmas nas lojas do comércio local tem um desconto que varia de 2% a 10%. A ideia da moeda surgiu da necessidade de fazer circular a riqueza gerada dentro do próprio bairro. Cada Palma equivale a R\$ 1,00 e os moradores conseguem a moeda com o próprio trabalho ou fazendo empréstimo no Banco. O empréstimo funciona num sistema de crédito e juros baixos (2% a 4% a.m.), porém evolutivos, de modo que os que dispõem de mais renda pagam mais, como forma de subsidiar o empréstimo dos menos favorecidos<sup>49</sup>.

Cabe destacar que, a iniciativa do Banco Palmas, influenciou diretamente a criação de inúmeras outras moedas sociais no Brasil, dentre as quais: o Cocal (São João do Arraial – PI), Gostoso (São Miguel do Gostoso – RN), a Opala (Pedro II – PI), a Mumbuca (Maricá – RJ), Concha (Matarandiba – BA), Santana (Santana do Acaraú – CE) e Palmeiras (Palmácia – CE)<sup>50</sup>.

Assim, é possível reconhecer que as moedas sociais são produto de atuação comunitária, formadas a partir de um vínculo jurídico estabelecido pela própria comunidade, “o que pressupõe uma participação democrática das pessoas em torno de uma organização da sociedade civil ou de outros grupos informais, em geral, sem fins lucrativos, formando circuitos econômicos comunitários”<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> MORAIS, Leandro; BORGES, Adriano. (orgs.) *Novos Paradigmas de produção e consumo: experiências inovadoras*. São Paulo: Instituto Polis, 2010.

<sup>49</sup> NASCIMENTO, Arilsom Martins. *Moeda Palma e o desenvolvimento sustentável do Conjunto Palmeiras através da economia solidária*. 131 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/6213> Acesso em: 12 jun. 2019.

<sup>50</sup> SILVA JÚNIOR, Jeová Torres; GONÇALVES, Sarah Maria da Silva; CALOU, Angela Lima. Os Bancos Comunitários como Instrumento de Desenvolvimento Socioeconômico de Territórios: Investigando as Singularidades destas Experiências de Finanças Solidárias. *Anais do XXXI Encontro da ANPAD*, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-C2557.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

<sup>51</sup> FREIRE, *Op. cit.*, p. 146.

Embora, em um primeiro momento, possa ser reconhecida à comunidade a iniciativa pela criação e implementação das moedas sociais, ressalta-se que o município enquanto parcela local do poder estatal, tem atuação decisiva no sentido de fomentar, aprimorar e regulamentar as moedas sociais. Podendo ainda, valer-se de instrumentos normativos próprios para consolidar sua participação nesse processo de desenvolvimento local.

Dentre as inúmeras moedas sociais existentes no Brasil, dois casos particulares podem ser tomados como exemplos de intervenção municipal. Onde os municípios agiram como verdadeiros “empreendedores”, ao disporem de leis para conceber, implementar e desenvolver as moedas sociais em seus respectivos espaços geográficos: os municípios de São João do Arraial – PI e Maricá –RJ.

No município de São João do Arraial – PI, através da lei municipal nº 114/2007 foi criado o Fundo Municipal de Microcrédito e Apoio à Economia Solidária – FUMAES, instituído o Conselho Gestor do FUMAES e destinados recursos orçamentários do município para o financiamento do fundo.

No caso de São João do Arraial, a economia do município vivia uma relação de dependência não só no quesito bancário (financiamentos e serviços), mas também no quesito consumo. O comércio local estagnava-se cada vez mais com a saída de dinheiro do município para os municípios vizinhos. Para completar essa situação de dependência, a capacidade de produção do município era reduzida e sem condições de atender às necessidades variadas da população<sup>52</sup>.

Por iniciativa do prefeito municipal, foi formada uma equipe para realizar o mapeamento do município, com o objetivo de identificar quais as necessidades, o que era produzido localmente e quais os potenciais de produção. O objetivo era investir em ações de fomento que propiciassem o crescimento do município<sup>53</sup>.

A partir de uma sistemática de planejamento voltado para as especificidades locais, foi editada a lei nº 114/2007, e implementada uma série de ações voltadas para a dinamização da economia local.

O objetivo primordial do fundo criado através da supracitada lei seria o de centralizar e gerenciar recursos orçamentários para os programas destinados a implementar políticas de geração de trabalho e renda direcionadas à população de menor renda<sup>54</sup>.

A atividade indutora do município se revela através da alocação de recursos para uma atividade econômica, que passaria a ser política econômica municipal, qual seja, o fortalecimento do crédito e da moeda social implementada no território, com a finalidade de gerar empregos e distribuir renda, uma vez que a moeda social contribui para que os produtos locais sejam valorizados, deixando a riqueza produzida no próprio município.

Ao longo da lei instituidora do fundo municipal de apoio à economia solidária, houve a preocupação em evidenciar os meios de recursos de garantia das atividades instituídas pelo mesmo, notadamente, os recursos delineados nos artigos 3º e 4º da lei 114/2007.

<sup>52</sup> PACHECO, *Op. cit.*, p. 149.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>54</sup> SÃO JOÃO DO ARRAIAL. Prefeitura Municipal de São João do Arraial - PI. *Lei Municipal 114 de 2007*. Artigo 2º da lei 114/2007 de São João do Arraial – PI.

Pelo que se depreende do instrumento legal aprovado pelo poder legislativo e sancionado pelo Prefeito Municipal, as atividades vinculadas à moeda social (cocal), passam a ter participação direta do poder público municipal, que dentro de sua competência para intervir em matéria econômica (nos limites de seus interesses) concebe e estrutura toda uma rede de fomento à economia da municipalidade.

Na mesma perspectiva, o poder público municipal de Maricá –RJ, apoiado pelo Instituto Palmas edita a lei nº 2448 de 2013. A partir da mesma, ficou instituído o programa de economia solidária, combate à pobreza e desenvolvimento econômico e social do município de Maricá, como forma de combater as desigualdades sociais, fomentar o desenvolvimento econômico e social das comunidades e estabelecer meios de erradicação da pobreza e a geração de emprego e renda para as camadas mais carentes do município<sup>55</sup>, através de inúmeras ações dentre as quais a de fortalecer a moeda social Mumbuca.

Além de destinar recursos, a lei nº 2.448 de junho de 2013 também definiu a forma como as atividades de economia solidária seriam desenvolvidas, como deveria ocorrer a política de incentivo à moeda Mumbuca (art. 1º) e de que modo o poder público deveria atuar junto à comunidade na consecução dos objetivos de erradicação da pobreza e fortalecimento da economia local (arts. 2º, 4º, 7º, 11 e 15).

A experiência brasileira demonstra que no sistema jurídico existe alguma possibilidade de criação e implantação das moedas sociais, sem desrespeitar a legislação específica sobre a moeda de curso legal (moedas oficiais)<sup>56</sup>, sendo aquelas um veículo de incentivo à uma economia própria, em que se produz e se consome localmente.

Portanto, as moedas sociais podem ser implementadas através de instrumentos legais de âmbito local, que não se restringem à instituição das mesmas. As leis anteriormente referidas demonstram que o poder público municipal pode desempenhar um papel fundamental de fomento à economia local, alicerçado em uma política complexa que envolve inúmeros sujeitos e cuja atuação é voltada para retirar o ente municipal da inércia econômica.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, trouxe entre seus inúmeros princípios, a responsabilidade em se construir uma sociedade justa, pautada pela redução das desigualdades e marginalização.

O quadro dos municípios no atual contexto da federação é marcado pela pouca obtenção de receita, pela dependência das transferências de recursos, pela exclusão financeira e pela pouca iniciativa de gestores em estabelecer políticas de diversificação da base econômica.

Embora o modelo de federalismo brasileiro tenha sido substancialmente afetado por um conjunto de fatores – históricos, fiscais, econômicos – concedendo à União maior campo

<sup>55</sup> MARICÁ. Prefeitura Municipal de Maricá – RJ. *Lei 2.448 de 26 de junho de 2013*. Artigo 1º da lei 2.448 de 26 de junho de 2013.

<sup>56</sup> FREIRE, *Op. cit.*, p. 338.

de atuação dentro da economia brasileira, os municípios enquanto gestores de interesses locais são responsáveis também por atuar em sua economia, desenvolvendo-a.

Uma interpretação lógica da constituição econômica permite conceber o desenvolvimento como um objetivo comum a ser perseguido por todos os entes. É certo afirmar que os municípios têm um papel fundamental nesse contexto. Estão na posição de maior proximidade da população e desempenham um grande leque de atribuições. Desse modo, urge necessária a defesa de uma maior participação dos municípios em suas economias com a finalidade de incremento das atividades produtivas e melhoria nas condições socioeconômicas.

Nessa perspectiva de ampliação das possibilidades de o município agir na esfera econômica, evidenciam-se as moedas sociais. As mesmas são importante instrumento de dinamização da economia. Promovem a inclusão das pessoas, fomentam o crédito e o consumo, ao tempo em que diversificam a base da produção local. Partindo da literatura pertinente, é possível afirmar que o município pode intervir no domínio econômico e se utilizar das moedas sociais como um desses instrumentos.

No contexto dessa atuação, o município pode atuar em três segmentos: articulação, incentivo e regulamentação. Articula como responsável pela aproximação entre as instituições, comunidade e as experiências exitosas de outros municípios. Incentiva ao atuar com uma política econômica de identificação das potencialidades e perspectivas de incremento da atividade produtiva. E regulamenta quando se vale de instrumentos legais para disciplinar o papel das moedas sociais em âmbito local e ao mesmo tempo dispor dos meios necessários à implementação das mesmas.

Logo, a atuação do município em sua economia com a finalidade de desenvolvê-la, representa o atendimento das diretrizes da constituição econômica. Não há qualquer descompasso na atuação municipal no tocante à matéria, em especial, quando se utiliza das moedas sociais como instrumento de sua política econômica. O que faz, portanto, é política de fomento à economia, voltada para fins de desenvolvimento socioeconômico.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mário Cesar da Silva. Dependência financeira dos municípios brasileiros: entre o federalismo e a crise econômica. *Revista Espaço Acadêmico* – n. 185 – outubro/2016.

BACEN. Banco Central do Brasil. *Banco Central do Brasil: fique por dentro*. 4. ed. Brasília, BACEN, 2008. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/sobre/bcuniversidade/cartilhaBancoCentral.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Banco Central do Brasil*. 2014. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Nor/relinfiiin/RIF2011.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Banco Central do Brasil. Nota técnica 387/2011, de 1º de setembro de 2011. Nota técnica sobre finanças solidárias. *Anais II Fórum Banco Central sobre inclusão financeira*, Brasília, 2010. Disponível em:



[https://www.bcb.gov.br/pre/microfinancas/anais\\_II\\_forum\\_inclusao\\_financeira.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/microfinancas/anais_II_forum_inclusao_financeira.pdf). Acesso em: 10 jun. 2019.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CARVALHO PINTO, Carlos Alberto. Apud BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CLARK, Giovani. *O município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: DelRey, 2001.

CROCCO, Marco Aurélio; SANTOS, Fabiana; FIGUEIREDO, Ana. Exclusão financeira no Brasil: uma análise regional exploratória. *Revista de Economia Política*, vol. 33, n. 3 (132), p. 505-526, julho-setembro/2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31572013000300008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572013000300008). Acesso em: 13 jun. 2019.

CYRINO, André. Análise Econômica da Constituição Econômica e Interpretação Institucional. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Implicações do Pacto Federativo. In RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalista atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

FERRAZ, Luciano. Município e Federalismo. In: NASCIMENTO, C.V. et al (org.) *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FIRJAN – Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. *IFGF 2015 – Índice FIRJAN de gestão fiscal: ano base 2013 – recorte municipal*; abrangência nacional. Disponível em: <http://publicacoes.firjan.org.br/ifgf/2015/files/assets/basic-html/page-1.html>. Acesso em: 20 mai. 2018.

FOBE, Nicole. *A regulação brasileira das moedas sociais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=066763a699f4dc>. Acesso em: 21 jun. 2018.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. *Moedas Sociais: contributo em prol de um marco legal e regulatório para as moedas sociais circulantes locais no Brasil*. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9485/1/2011\\_MarusaVasconcelosFreire.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9485/1/2011_MarusaVasconcelosFreire.pdf). Acesso em: 08 mar. 2019.

FRIZON, Nayana; CARVALHO, Hilano José Rocha de; ZANIN, Maria. Bancos Comunitários de Desenvolvimento: tendências e lacunas nas publicações brasileiras. *Revista de Desenvolvimento Econômico – RDE - Ano XVII - Edição especial - Dezembro de 2015* Salvador, BA – p. 699 – 719. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/rde/article/download/4005/2854>. Acesso em: 10 jun. 2019.

INSTITUTO BANCO PALMAS. *Instituto Palmas de Desenvolvimento e Socioeconomia Solidária*. Termo de Referência dos bancos comunitários de desenvolvimento. Disponível em:

<http://www.institutobancopalmas.org/termo-de-referencia-dos-bancos-comunitarios-de-desenvolvimento/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARICÁ. Prefeitura Municipal de Maricá – RJ. *Lei 2.448 de 26 de junho de 2013*.

MATURANA, André Vinícios Koltermann; COSTA, Luiza Gaiger da; KOHLER, Romualdo. Moeda social como instrumento de desenvolvimento local: um levantamento das práticas realizadas no território nacional. *Anais do XXVI Seminário de Iniciação Científica da Unijuí, SC, 2018*. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/slaedr/article/view/10536>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MENDES, Constantino Cronemberger. *Padrões regionais da despesa pública municipal. Brasília: IPEA, 2015*. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2089.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2089.pdf). Acesso em 10 jun. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Leandro; BORGES, Adriano. (orgs.) *Novos Paradigmas de produção e consumo: experiências inovadoras*. São Paulo: Instituto Polis, 2010.

NASCIMENTO, Arilsom Martins. *Moeda Palma e o desenvolvimento sustentável do Conjunto Palmeiras através da economia solidária*. 131 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/6213> Acesso em: 12 jun. 2019.

OLIVEIRA, Marcos Prestes de. *Moedas sociais como mais um instrumento para potencializar o desenvolvimento da economia local*. Monografia (Curso de Bacharelado em Direito). Unijuí: Ijuí, 2012. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1002>. Acesso em: 17 mai. 2018.

PACÍFICO, Andrea Pacheco. Os federalismos brasileiro e estadunidense na construção da democracia. *Revista de Estudos Internacionais (REI)*, Vol. 3 (1), 2012. Disponível em: <http://www.revistadeestudosinternacionais.com/uepb/index.php/rei/article/viewFile/108/pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

PACHECO, Françoise Wilhelm Fontenele e V. *A inserção social dos cocais no município de São João do Arraial – PI*. 301 f. Tese (Doutorado em Geografia) – Universidade Estadual Paulista, Rio Claro, 2016. Disponível em: [http://btdtd.ibict.br/vufind/Record/UNSP\\_68bda42db7152806179a994adc77d94f](http://btdtd.ibict.br/vufind/Record/UNSP_68bda42db7152806179a994adc77d94f). Acesso em: 13 jan 2019.

PEREIRA, José Roberto; REZENDE, João Batista. *Gestão Pública Municipal*. Curitiba: CRV, 2017.

PEREIRA, Wallace Marcelino; CROCCO, Marco Aurélio. Inclusão financeira a partir de moedas locais: um estudo exploratório do banco palmas, Fortaleza – CE. *Anais do I circuito de debates acadêmicos*, CODE 2011. Disponível em:



<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area7/area7-artigo30.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

PNUD. *Desenvolvimento Humano nas Macrorregiões Brasileiras*. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/IDH/undp-br-macrorregioesbrasileiras-2016.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

ROSA, Ivandro Carlos. *O processo de emancipação municipal e a urbanização do município de Lajeado – RS*. 46 f. Dissertação de Mestrado – Centro Universitário UNIVATES, RS, 2012. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/279/1/IvandroRosa.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2019.

SÁ, Ana Paula Babosa de. *O poder Constituinte Originário e sua Limitação Material pelos Tratados Internacionais de Direito Humanos*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1351/1140>. Acesso em: 02 jun. 2019.

SÃO JOÃO DO ARRAIAL. Prefeitura Municipal de São João do Arraial - PI. *Lei Municipal 114 de 2007*.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Thalyta Taumaturgo de. *A economia solidária como meio para o desenvolvimento sustentável – o caso do banco Palmas*. 67 f. Dissertação (Mestrado em economia e meio ambiente) – Universidade do Porto, Porto, 2011. Disponível em: [http://base.socioeco.org/docs/a\\_economia\\_solid\\_ria\\_como\\_meio\\_para\\_o\\_desenvolvimento\\_sustentavel\\_caso\\_do\\_banco\\_palmas-1.pdf](http://base.socioeco.org/docs/a_economia_solid_ria_como_meio_para_o_desenvolvimento_sustentavel_caso_do_banco_palmas-1.pdf). Acesso em: 13 jun. 2019.

SOUZA, Nali de Jesus. *Desenvolvimento Econômico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas; TORELLY, Paulo Peretti. *Constituição Econômica e Pacto Federativo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

TOSTA, André Ribeiro. *A intervenção do Município no Domínio Econômico e o Regime Jurídico dos Contratos da Petrobrás*. São Paulo: PUC/SP, 2014.



## AS HIDRELÉTRICAS DE SANTO ANTÔNIO E JIRAU: DANO SOCIOAMBIENTAL E SEUS REFLEXOS SOBRE O REASSENTAMENTO NOVA MUTUM PARANÁ

THE SANTO ANTÔNIO AND JIRAU HYDROELECTRIC: SOCIO-ENVIRONMENTAL  
DAMAGE AND ITS REFLECTIONS ON THE RESETTLEMENT OF NEW MUTUM  
PARANÁ.

ERIVALDO CAVALCANTI\* | CARLA CRISTINA A. TORQUATO\*\* | KELVIN WILLIAM DA S. DIAS\*\*\*

### RESUMO

Esta pesquisa aborda os impactos socioambientais ocasionados pelas hidrelétricas de Santo Antônio e Jirau, sobre diversas populações tradicionais residentes na Cregião. Nosso enfoque foi a comunidade de Mutum Paraná, que sofreu alagação de seu território e sua consequente desagregação sociocultural, onde eles chegaram à conclusão de que só perderam com tal transferência. Para ajudar a responder tal objetivo, respondemos o motivo da escolha da energia hidráulica para a geração de eletricidade, trouxemos os conceitos de estudo prévio de impacto ambiental e do relatório de impacto ambiental. Os relatos dos moradores foram pesquisados a partir a coleta de dados feita pelo projeto Nova Cartografia Social da Amazônia, realizado naquela comunidade nos anos de 2013 a 2014. Desse modo a metodologia foi uma revisão bibliográfica de caráter analítico, utilizando o método documental e pesquisa qualitativa.

**Palavras-chave:** Hidrelétrica de Santo Antônio e Jirau. Impactos socioambientais. Nova Mutum Paraná, Nova Cartografia Social da Amazônia.

### ABSTRACT

This research addresses the socioenvironmental impacts caused by the Santo Antônio and Jirau hydroelectric dams on several traditional populations living in the region. Our focus was on the Mutum Paraná community, which suffered flooding of its territory and its consequent socio-cultural breakdown, where they came to the conclusion that they only lost with such a transfer. To help answer this objective, answer or choose the hydraulic power option for electricity generation, see the concepts of a previous environmental impact study and environmental impact report. The residents' reports were researched based on a data collection made by the New Social Cartography of the Amazon project, carried out from 2013 to 2014. In this way, the methodology was reviewed by an analytical bibliographic analysis, using the method documentary and qualitative.

**Keywords:** Santo Antônio and Jirau hydroelectric plant. Socio-environmental impacts. Nova Mutum Paraná, Amazon's New Social Cartography.

\* Doutor em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Estadual do Amazonas (UEA).  
*erivaldofilho@hotmail.com*

\*\* Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito pela UEA.  
*carla\_torquato@hotmail.com*

\*\*\* Mestrando em Direito Ambiental pela UEA. Especialista em Direitos Humanos e Segurança Pública pela Escola Superior de Advocacia do Amazonas.

Recebido em 26-3-2020 | Aprovado em 26-5-2020



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A ESCOLHA DO RECORTE DE ESTUDO E PESQUISA; 2 A CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICAS COMO OPÇÃO PARA GERAÇÃO DE ENERGIA; 3 MORADORES ENFRENTANDO MUDANÇAS – O QUE ERA BOM FICOU RUIM; 4 NOVA MUTUM PARANÁ COMO MODELO DE REASSENTAMENTO SOCIOAMBIENTAL (IN)SUSTENTÁVEL; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

O Brasil detém uma bacia hidrográfica que escoar cerca de 1/5 de toda água doce do planeta Terra, sendo ela aproveitada economicamente para diversos fins, entre eles o industrial, agrário, turístico e para produção de energia.

O sistema brasileiro de energia elétrica é composto, em sua maioria, pela geração hidrelétrica, complementado por usinas térmicas (gás natural, biomassa, petróleo, carvão e outros), eólica, nuclear e solar. Dentre todas as fontes energéticas disponíveis, a hidrelétrica oferece as condições consideradas mais favoráveis para atender ao crescimento socioeconômico e à demanda energética, em termos de viabilidade ambiental, custo-benefício, índice de gases poluentes e confiabilidade de suprimento, uma vez que o Brasil é um país com enorme disponibilidade hídrica.

Porém, se dentro da perspectiva econômica destacam-se pontos positivos, por outro lado, a construção de uma hidroelétrica provoca uma série de danos ambientais e sociais, em especial, nas populações que vivem no entorno da usina.

Então, para discutir sobre este assunto, trouxemos o exemplo da Usina Hidrelétrica de Santo Antônio e Jirau, cujos moradores do Distrito Mutum Paraná e do reassentamento Nova Mutum Paraná. A partir daí nosso objetivo passou a ser demonstrar como foram descumpridas as promessas feitas às comunidades locais, apresentar a percepção ambiental do morador afetado pelo deslocamento causado pela construção da usina, sendo que, para nos auxiliar na resposta, foi necessário descrever o histórico das obras e caracterizar uma hidrelétrica, como funcionam, quais são suas vantagens, deficiências e limitações.

Muitas destas comunidades ribeirinhas foram totais ou parcialmente alagadas devido a construção das hidrelétricas, entre elas a do antigo distrito de Mutum Paraná, que foi gradativamente submerso entre 2008 e 2011. A medida em que as fases de operação e implantação da hidrelétrica foram se encerrando, parte dos moradores desta comunidade foram reassentados pelo consórcio responsável pela hidrelétrica de Jirau na localidade Nova Mutum Paraná, que também serviu de lar temporário para os trabalhadores da empresa enquanto desenvolviam-se as obras.

## 1 A ESCOLHA DO RECORTE DE ESTUDO E PESQUISA

Para tentar responder aos objetivos desta pesquisa, utilizamos o método de abordagem científico dialético que, segundo Gil:

[...] fornece as bases para uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade, uma vez que estabelece que os fatos sociais não podem ser entendidos quando considerados isoladamente, abstraídos de suas influências políticas, econômicas, culturais etc<sup>1</sup>.

Este estudo constitui-se numa revisão bibliográfica de caráter analítico a respeito da percepção de como as comunidades ribeirinhas lidaram com a transferência de moradia, para um local estranho à sua história de vida e cotidiano e a constatação de que as promessas feitas pelo empreendedor relativas à reconstrução desse modo de vida e estrutura de recomeço não foram cumpridas.

No que se refere aos procedimentos de coleta de dados, utilizou-se os métodos bibliográfico e documental. Segundo Prodanov e Freitas:

O método bibliográfico baseia-se em análise de “material já publicado, constituído principalmente de livros, revistas, publicações em periódicos e artigos científicos, jornais, boletins, monografias, dissertações, teses, material cartográfico, internet, com o objetivo de colocar o pesquisador em contato direto com todo material já escrito sobre o assunto da pesquisa<sup>2</sup>.

Quanto ao método documental, Severino afirma que:

tem-se como fonte documentos no sentido amplo, ou seja, não só de documentos impressos, mas sobretudo outros tipos de documentos, tais como jornais, fotos, filmes, gravações, documentos legais<sup>3</sup>.

Outrossim, em relação ao tipo de abordagem a ser utilizada, a pesquisa foi qualitativa, que, conforme lição de Prodanov e Freitas “na abordagem qualitativa, a pesquisa tem o ambiente como fonte direta dos dados”<sup>4</sup>. Desse modo procuramos delimitar nosso campo de observação aos moradores dos reassentamentos dos Distritos de Nova Mutum e do Mutum Paraná, tendo como base a coleta de dados feita dentro do Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia, foi realizada nos anos de 2013 a 2014.

---

<sup>1</sup> GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projeto de pesquisa*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 14.

<sup>2</sup> PRODANOV, Cléber Cristiano; FREITAS, Ernani César de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013, p. 54.

<sup>3</sup> SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 24. ed., São Paulo: Cortez, 2018, p. 122.

<sup>4</sup> PRODANOV, Cléber Cristiano; FREITAS, Ernani César de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013, p.70.

Tal projeto tem como objetivo dar ensejo à auto cartografia dos povos e comunidades tradicionais na Amazônia, estudando o processo de ocupação dessa região, colaborando para o fortalecimento dos movimentos sociais que nela existem, suas identidades coletivas e peculiares umas das outras, construindo territorialidades específicas.

Após a seleção dos textos, os conforme os critérios de inclusão previamente definidos, isto é, aqueles que se destacavam ao tratar sobre as percepções do passado, antes da hidrelétrica e o presente, após a instalação nos Distritos de Nova Mutum e do Mutum Paraná, foram seguidos, nessa ordem: a leitura exploratória; a leitura seletiva e a escolha do material que se adequam aos objetivos e tema deste estudo.

Figura 1<sup>5</sup>: ribeirinhos depois das barragens do Rio Madeira.



A Constituição Federal exige que para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, como é o caso da construção das hidrelétricas, seja feito um prévio estudo de impacto ambiental. Essa exigência está prevista no inciso IV, do § 1º, do art. 225 da Constituição Federal: “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

O termo “impacto” designa “qualquer efeito de uma atividade proposta sobre o meio ambiente, notadamente sobre a saúde e a segurança, a flora, a fauna, o solo, o ar, a água, o

<sup>5</sup> Disponível em: <https://journals.openedition.org/confins/13980?lang=pt>. Acesso em: 21 abr. 2020.

clima, a paisagem e os monumentos históricos ou outras construções ou a interação entre estes fatores"<sup>6</sup>.

Primeiramente são estabelecidas as diferenças encontradas entre o EIA e o RIMA, vez que há aparente semelhança entre tais fases pertinentes ao licenciamento ambiental. O EIA consiste num instrumento de exame dos impactos ambientais provocados pelas ações humanas voluntárias, sendo irrelevantes os impactos causados por acontecimentos naturais.

Seu objetivo é prevenir e prever o dano ambiental, avaliando a grandeza, o grau e a reversibilidade do impacto, indicando soluções que evitem ou atenuem essas degradações e, ainda, elaborando programas de acompanhamento e monitoramento à atividade a ser implementada.

Para Paulo Affonso Leme Machado:

As verificações e análises do estudo de impacto ambiental terminam por um juízo de valor, ou seja, uma avaliação favorável ou desfavorável ao projeto. Não se admite um estudo de impacto ambiental que se abstenha de emitir avaliação do projeto<sup>7</sup>.

Trata-se, portanto, de um documento complexo e detalhado, com linguagem técnica, trabalhos de campo e análises de laboratório, contendo dados e apresentações incompreensíveis para um leigo. Por isso, é preciso que ele seja acompanhado do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), o qual refletirá suas conclusões mediante uma linguagem acessível, ilustrada com mapas, quadros e gráficos, de forma a demonstrar à população as expectativas dos danos ambientais, suas alternativas e soluções.

Além da obrigatoriedade de ter linguagem clara e acessível, o RIMA deve retratar fielmente o conteúdo do estudo de impacto ambiental, de modo compreensível e menos técnico possível.

O RIMA e seu correspondente Estudo, depois de elaborados, deverão ser encaminhados ao órgão ambiental competente para que se proceda a análise sobre o licenciamento ou não da atividade. Destarte, sendo o EIA/RIMA favorável à implantação do projeto ambiental, ante a não constatação de danos ao meio ambiente, fica a cargo da Administração Pública outorgar a licença ambiental para a execução do respectivo projeto.

Sobre isso, Machado opina que:

O Estudo de Impacto Ambiental é um procedimento público. Dessa forma não é possível entender-se como tal, um estudo privado efetuado por uma equipe multidisciplinar sob encomenda do proponente do projeto, uma vez que é imprescindível a intervenção inicial do órgão público.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Convenção Relativa à Avaliação dos Impactos Ambientais num Contexto Transfronteiras. Art. 1. § 7º. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/convencao-relativa-a-avaliacao-dos-impactos-ambientais-num-contexto-transfronteiras.html>. Acesso em: 22.abr. 2020.

<sup>7</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 26 ed.2018. p. 265.

<sup>8</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 26 ed.2018. p. 269.



O processo de licenciamento ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico Jirau foi iniciado em 2003, quando foi requerida a Licença Prévia - LP. Em 2004, o IBAMA emitiu o Termo de Referência para os dois Aproveitamentos Hidrelétricos no rio Madeira, Jirau e Santo Antônio, no qual foi estabelecido que os empreendimentos deveriam ser tratados como um complexo e os estudos desenvolvidos de forma conjunta “abrangendo as duas usinas hidrelétricas e o sistema de transmissão associado”<sup>9</sup>.

O Estudo de Impacto Ambiental – EIA/RIMA foi concluído em maio de 2005.

Em 09 de julho de 2007, o IBAMA emitiu a Licença Prévia nº 251/2007 para os dois aproveitamentos do rio Madeira – AHE Jirau e AHE Santo Antônio.

De acordo com o relatório, abaixo segue tabela com a relação dos impactos positivos e negativos do empreendimento:

**Tabela 1 Principais Impactos Socioambientais - AHE Jirau e AHE Santo Antônio**

<b>Fase de Implantação</b>	<b>Impactos Socioambientais (positivos e negativos)</b>
<b>Fase 1 Planejamento e Projeto</b>	Intranquilidade da população Dinamização das atividades econômicas Aumento do conhecimento técnico-científico
<b>Fase 2 Construção</b>	Perda e/ou fuga de elementos da fauna Alteração na organização social e política da população Aumento da incidência de malária Comprometimento dos povoados de Teotônio e Amazonas Comprometimento das comunidades ribeirinhas Alterações na qualidade de vida da população Geração de novos postos de trabalho e aumento da renda Possibilidade de fortalecimento das organizações sociais
<b>Fase 3 Enchimento do reservatório e operação da usina</b>	Perda de ambientes específicos para a avifauna. Alteração na composição de espécies ictícolas Retenção de sólidos em suspensão. Diminuição dos níveis de oxigênio nos compartimentos laterais Perda local de biodiversidade de peixes Interrupção de rotas migratórias de peixes Queda no emprego e na renda dos garimpeiros Elevação da oferta de energia elétrica Alteração na qualidade de vida da população na fase de geração Elevação da renda do setor público Aumento da produção primária

**Fonte: Estudo de Impacto Ambiental – EIA, maio/2005.<sup>10</sup>**

<sup>9</sup>BRASIL. Ministério das Minas e Energia. *Análise do Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) e das Condicionantes da Licença Prévia*. Empresa de Pesquisa Energética. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-bertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-83/An%C3%A1lise%20do%20EIA-Rima%20e%20das%20Condicionantes%20da%20LP.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

<sup>10</sup> Tabela organizada pelos autores, de acordo com as informações disponibilizadas na Análise do Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) e das Condicionantes da Licença Prévia. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dadosbertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao->

## 2 A CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICAS COMO OPÇÃO PARA GERAÇÃO DE ENERGIA.

O alto potencial hídrico do país é usado para geração de energia elétrica, sendo este considerado por alguns como necessário e indispensável ao desenvolvimento, fazendo com que hidrelétricas sejam cada vez mais construídas no país.

A construção de hidrelétricas na Amazônia sempre foi um tema polêmico, contudo a implantação desse tipo de empreendimento geralmente vem apoiada pelo Estado, o qual tem grande papel na opção da construção de um grande projeto de investimento e favorecida pelo discurso, de que virá como forma de se levar o desenvolvimento às regiões de locação.

Para produzir a energia hidrelétrica é necessário integrar a vazão do rio, a quantidade de água disponível em determinado período e os desníveis do relevo, sejam eles naturais, como as quedas d'água, ou criados artificialmente.

Já a estrutura da usina é composta, basicamente, por barragem, sistema de captação e adução de água, casa de força e vertedouro, que funcionam em conjunto e de maneira integrada. A barragem tem por objetivo interromper o curso normal do rio e permitir a formação do reservatório.

Efetivamente existem vantagens e desvantagens na construção de hidrelétricas, pois é uma energia renovável, isto é, que não se esgota; não polui o ambiente; proporciona desenvolvimento local como por exemplo, através do estabelecimento de vias fluviais, o fomento de atividades de lazer e turismo e o seu custo de produção é baixo.

Já suas desvantagens são a de provocar o deslocamento de populações ribeirinhas; causar a erosão de solos, os quais consequentemente afetam a vegetação local; a sua construção exige a formação de grandes reservatórios de água que acabam por provocar profundas alterações nos ecossistemas; e os elevados custos de instalação e de desativação.

Os grandes projetos chegam às regiões através das promessas de modernização e desenvolvimento, mas o que se observa é que, ao invés da redução das diferenças regionais, o que temos é a desestruturação de atividades preexistentes e um crescimento populacional desordenado.

Uma parte dos problemas surgidos com a instalação de hidrelétricas vem da ausência de políticas integradas voltadas aos interesses da sociedade local, seu poder econômico ou a falta dele, tendo, entre outros fatores como a ausência de representação política, o que faz com que às decisões políticas locais não costumem ter relações com os outros poderes, evidenciando o despreparo dos administradores, e a subordinação a interesses que não são de interesse da comunidade.

Cada lugar recebe de forma diferente a notícia sobre a construção de uma hidrelétrica, essa percepção é um fator importante para se obter um posicionamento político em relação ao acontecimento. Os impactos alcançados pelas hidrelétricas acontecem por não serem “pensados” naqueles que sofrerão o impacto.

O complexo hidrelétrico do Madeira engloba duas usinas, as de Santo Antônio, localizada nas imediações de Porto Velho, capital do Estado de Rondônia, e Jirau que fica a 110 km de Porto Velho, sendo a primeira localizada à jusante, e a segunda, à montante do rio, isto é, no curso alto, e no curso baixo do rio Madeira, respectivamente.

A construção das referidas hidrelétricas foi anunciada pelo governo como extremamente necessária ao desenvolvimento do Brasil no que diz respeito a geração de energia elétrica, tendo sido incluídas no Programa de Aceleração do Crescimento - PAC em 2007.

A usina hidrelétrica de Santo Antônio é administrada pela empresa Santo Antônio Energia (SAE). São acionistas da empresa: a Furnas (39%), Caixa FIP (20%), Cemig (10%), SAAG - controlada por Andrade Gutierrez – (12,4%) e Odebrecht (18,5%), sendo a quinta maior geradora de energia elétrica do país<sup>11</sup>.

Já a usina hidrelétrica de Jirau é administrada pelo consórcio Energia Sustentável do Brasil (ESBR) composta pela transnacional francesa Suez (50,1%) pela Camargo Corrêa (9,9%), pela Eletrosul (20%) e pela companhia hidrelétrica do São Francisco (20%), sendo a quarta maior geradora de energia elétrica do Brasil <sup>12</sup>.

Estas hidrelétricas tendo superado todas as fases do processo de licenciamento ambiental, encontram-se, atualmente, em funcionamento sob o ponto de vista da geração de energia elétrica, o que, contudo, não excluem os impactos socioambientais que vem gerando desde a fase de implantação destes empreendimentos até o presente momento.

A respeito dos problemas ambientais que usualmente decorrem da construção de hidrelétricas, Bermann nos alerta:

Alteração do regime hidrológico, comprometendo as atividades a jusante do reservatório; comprometimento da qualidade das águas, em razão do caráter lântico do reservatório, dificultando a decomposição dos rejeitos e efluentes; assoreamento dos reservatórios, em virtude do descontrole no padrão de ocupação territorial nas cabeceiras dos reservatórios, submetidos a processos de desmatamento e retirada da mata ciliar; emissão de gases de efeito estufa, particularmente o metano, decorrente da decomposição da cobertura vegetal submersa definitivamente nos reservatórios; aumento do volume de água no reservatório formado, com conseqüente sobrepressão sobre o solo e subsolo pelo peso da massa de água represada, em áreas com condições geológicas desfavoráveis (por exemplo, terrenos cársticos), provocando sismos induzidos; problemas de saúde pública, pela formação dos remansos nos reservatórios e a decorrente proliferação de vetores transmissores de doenças endêmicas; dificuldades para assegurar o uso múltiplo das águas, em razão do caráter histórico de priorização da geração elétrica em detrimento dos outros possíveis usos como irrigação, lazer, piscicultura, entre outros <sup>13</sup>.

<sup>11</sup> SAE - SANTO ANTÔNIO ENERGIA. Disponível em: <http://santoantonioenergia.com.br>. Acesso em: 21 Jun. 2019.

<sup>12</sup> ESBR - ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL. Disponível em: <http://www.esbr.com.br>. Acesso em: 10 Nov. 2019.

<sup>13</sup> BERMANN, Célio. Impasses e controvérsias da hidreletricidade. *Estud. av.*, São Paulo, v. 21, n. 59, p. 139-153, Apr. 2007. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142007000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000100011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 09 Nov. 2019.

Vasconcellos<sup>14</sup>, se posiciona sobre os projetos de construção de hidrelétricas em geral, e especialmente, no Estado de Rondônia, explicitando o “modus operandi” destes grandes projetos de construção de usinas hidrelétricas, os quais são vendidos como “sonhos de desenvolvimento” utópicos, que irão supostamente beneficiar aquelas populações que serão afetadas pelo empreendimento, somado isto a uma grande influência e parceria com a mídia e inclusive com as instâncias governamentais, vendendo este “sonho” que mais tarde se transmuda em pesadelo, cercado de lutas, jogos de poder e impactos socioambientais negativos.

Desta forma, deslocaram-se muitas dessas populações e as realocaram em locais sem dar a possibilidade de sustento de uma grande parte de ribeirinhos, agricultores familiares, trabalhadores da terra, comunidades tradicionais, indígenas, e ainda, os habitantes das capitais, tanto direta quanto indiretamente, como no caso da cheia histórica do rio Madeira de 2014, que ocasionou diversos prejuízos a população de Porto Velho e em municípios e comunidades no entorno do citado rio<sup>15</sup>.

Em outro momento Almeida enumera, com auxílio de dados e informações científicos, uma série de efeitos ambientais que atingiram diretamente os povos e comunidades tradicionais e a população do Estado de Rondônia e Amazonas correlacionados a implantação das hidrelétricas:

1. Acúmulo de sedimentos e assoreamento nos reservatórios produzindo sobre inundações. Combinado com esses efeitos, o efeito remanso dos dois reservatórios produziu uma expansão gradual dos mesmos, alcançando uma mancha de inundação variável entre 350 e 500 km<sup>2</sup>, entre 50% e 80% superiores aos tamanhos previstos dos reservatórios. 2. Elevação do lençol freático produzindo encharcamento dos solos e contaminação da água potável em diversas regiões, como em Jaci Paraná, onde há mais de 16.000 habitantes. Perda de qualidade da água do rio Madeira e formadores devido à lentificação da vazão e redução de oxigênio. 3. Aumento do potencial erosivo das águas a jusante, produzindo extensos desbarrancamentos na orla da cidade de Porto Velho e desestabilização das margens do rio em dezenas de quilômetros abaixo. O bairro Triângulo, o mais tradicional da cidade, foi arrasado assim que as comportas de Santo Antônio foram abertas em 2012. No baixo Madeira, o que eram antes praias de várzea em que se praticava uma afluente agricultura de vazante, agora é área desbarrancada ou em desbarrancamento<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral de. *Quaestio Iuris*. vol. 11, nº. 04, Rio de Janeiro, 2018. pp. 3049-3068 DOI: 10.12957/rqi.2018.38053. Ano 2018, p. 3052. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/38053>. Acesso em: 21 Out 2019.

<sup>15</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Caderno de debates: nova cartografia social como instrumento de gestão territorial contra o desmatamento e a devastação - processo de capacitação de povos e comunidades tradicionais*. – N. 6 (ago. 2014) – Manaus: UEA Edições, 2014. p. 2.

<sup>16</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Caderno de debates: nova cartografia social como instrumento de gestão territorial contra o desmatamento e a devastação - processo de capacitação de povos e comunidades tradicionais*. – N. 6 (ago. 2014) – Manaus: UEA Edições, 2014. p. 5. Disponível em: <http://novacartografiasocial.com.br/download/06-desastres-socioambientais-das-hidreletricas-no-rio-madeira-e-a-grande-cheia-de-2014/>. Acesso em: 04 Nov. 2019.

### 3 MORADORES ENFRENTANDO MUDANÇAS – O QUE ERA BOM FICOU RUIM

Como se ver ocorreu um intenso impacto ambiental sobre os recursos naturais da região do complexo Madeira que produziram um efeito em cadeia sobre toda região, de modo que toda biodiversidade e até mesmo o ciclo hidrológico da área foram afetados, gerando este novo cenário de escassez e de modificações abruptas nos ciclos da natureza que está sendo vivenciado pelas populações ribeirinhas atualmente.

Vale ressaltar, também, que as comunidades ribeirinhas “eliminadas do mapa” por conta da implementação das hidrelétricas deste complexo, possuíam laços socioculturais e religiosos próprios que traduziam as suas identidades, laços estes que acabaram se desagregando, haja vista que estas populações deslocaram-se para outras comunidades que as dessem condições de sobrevivência, ou foram para reassentamentos, ou ainda, para cidades de maior porte que em nada se assemelham ao meio de vida ribeirinho.

Serão apresentadas as opiniões de alguns moradores oriundos das comunidades afetadas pelos empreendimentos citados extraídos de Almeida (2014) e de Baraúna, com as respectivas identificações destes populares, sendo o primeiro deles a Sra. Ana Célia Trindade Sena da comunidade Itacoã, localizada no baixo Madeira:

Olha antes da cheia chegar lá no Baixo Madeira a gente plantava, a gente colhia as plantação e a gente tirava os fruto e vendia na feira do produtor rural mas era uma vida de era uma alegria pra nós todos né que morava lá em Itacoã. [...] O peixe sumiu. O que era antes a gente não tem mais aquele peixe que tinha antes. Já começou o impacto logo nos começo dela [a usina]. A cheia antes enchia, mas não era o tanto que foi hoje. Hoje transpassou a calha do rio e pegou tudinho, tudo que era plano foi embora. Nós ficamo com medo logo que começou a encher que não era época de enchente. Foi dezembro e já começou a subir, aí eu até falei pro meu esposo “meu Deus do céu eu nunca tinha visto” já foi subindo, subindo, subindo aí quando a gente tentamo tirar as coisa de dentro da minha casa, não deu mais, já foi subindo de uma hora pra outra e não conseguiu tirar mais. Ficou tudinho lá dentro, minhas coisa que eu tinha. [...] A comunidade saiu sozinha: a comunidade de Itacoã não teve apoio da Defesa Civil. A gente veio cruzando, pegando as coisa de canoa, a gente cruzamos pra esse lado do rio que é a agrovila Aliança aí gente viemo de canoa, de rabeta que a gente não tinha embarcação grande. Por isso que a maioria das coisa ficou pra trás lá e perdeu (sic).<sup>17</sup>

O segundo trecho de fala pertence ao Sr. Alcinei dos Santos, da comunidade de Brasileira, no baixo Madeira:

Com a chegada das hidrelétricas aqui, aí ficou tudo difícil pra gente. Porque a gente plantava, hoje em dia a gente não pode mais plantar mais. A Brasileira antes da hidrelétrica era uma comunidade que era uma comunidade pequena, tava crescendo, mas tinha uma quantidade de 80 famílias e todo mundo vivia da agricultura, trabalhava e todo mundo sobrevivia da agricultura e hoje não dá mais pra sobreviver da agricultura. O peixe antes

<sup>17</sup> Ibid., p. 3.

tinha peixe e hoje não tem mais. O pouco que tem tá contaminado, tem muitas pessoas que come e começa a passar mal (sic)<sup>18</sup>.

Já a terceira entrevista foi realizada com Sra. Odenilza, oriunda da comunidade Joana D'arc:

Eu fui uma que saiu de lá hospitalizada, eu passei três dias, chorava igual a uma condenada pra sair do meu lugar. Teve uma senhora que nasceu e se criou, criou os filhos, tá criando os netos. Ela tava com oitenta e poucos anos, ela saiu de lá e foi hospitalizada. Mas ela tinha um pouco de dignidade, porque as coisas eu imagino assim, tu vai chegar aqui, eu tenho que sair dessa casa. Mas primeiro a pessoa vem fazer o meu espírito, vem pra conversar comigo: “dona Odenilza a casa vai ter que sair, mas a senhora vai ter outro lugar, a senhora vai escolher o lugar pra senhora morar, a senhora vai dizer onde que a senhora quer ficar”. Mas aqui eles deram um ano trabalhando socialmente com o pessoal. Então quando o pessoal saíram das suas casas pra outra casa nova foram felizes da vida, eu quando fui sair de lá, que eu decidi que eu não tive assentamento, eu comprei uma casa na cidade e me senti bem, mas eu já tinha o meu sitio no Joana Darc. Eles compraram na cidade tá ótimo. Agora que eles simplesmente chegam como eles fizeram agora: “vocês vão sair tal dia arrumem os panos de bunda e vão simbora”. É uma coisa assim, bruta, ignorante, aí você olha pra trás e vê seu trabalho de dez anos jogados fora. Eu tenho cinquenta e sete anos, eu tenho seis anos dentro do Joana Darc, trabalhando. Tu acha que eu vou recuperar meus seis anos que eu já passei? (sic)<sup>19</sup>.

O último trecho de fala pertence ao Sr. Davi Lima., oriundo da localidade denominada ramal do Zeca gordo também submersa e afetada diretamente pelos empreendimentos:

Ah mudou minha vida completamente ó! Minha vida depois desse processo de barragem, minha vida ela mudou tudo, tudo, tudo, tudo. Ficar na incerteza de como é que vai ser o amanhã, o futuro. Você começa a pensar no futuro não é? Porque quando você tá lá, você praticamente não pensa, mas pensa assim no futuro, mas não assim de esperar que vai acontecer. Você pensa que nem o sítio lá que era do meu pai, passou pra mim. No futuro aquilo ali ia passar pro meu filho e ia dar continuidade, mesmo que ele não fosse viver no sítio, mas ele pelo menos ia ter as terras pra sobreviver, porque hoje em dia tá difícil as terras, quanto mais o tempo passa vai ficando mais difícil. Lá não, ia dar continuidade na família (sic)<sup>20</sup>.

Dos relatos supramencionados depreende-se que:

---

<sup>18</sup> Ibid., p. 4.

<sup>19</sup> BARAÚNA, Gláucia Maria Quintino. *Atingidos por barragens: conflitos socioambientais no Rio Madeira*. 2014. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2014, p. 14.

<sup>20</sup> Ibid.



1) Houve um rompimento com o modo de vida destas populações, compreendendo uma ruptura nos campos social, cultural e de subsistência econômica e alimentar;

2) Este rompimento deu-se, em uma perspectiva comparativa com o passado antes das hidrelétricas, por outrora ter existido um cenário de fartura alimentar e comunhão social e cultural para estes comunitários, que retiravam o sustento dos recursos naturais há gerações, e que se viram, após muitos anos, desalentados e sem perspectiva, pelos relatos, mostra-se que o cenário parecia tão perene que muitos sequer pensavam no futuro, tamanha segurança e expectativa que existia sobre os diversos territórios afetados pelas hidrelétricas do complexo Madeira;

3) Não houve um processo efetivamente democrático e transparente dos consórcios responsáveis pelos empreendimentos hidrelétricos para com estes moradores, que se viram ora indenizados de maneira insuficiente, ora não indenizados, ora remanejados para reassentamentos que não foram capazes de proporcionar características sociais, culturais e econômicas necessárias ao modo de vida das populações ribeirinhas tradicionais do rio Madeira.

#### **4 NOVA MUTUM PARANÁ COMO MODELO DE REASSENTAMENTO SOCIOAMBIENTAL (IN) SUSTENTÁVEL**

O distrito de Mutum Paraná foi criado pelo Decreto nº. 57 de 11 de dezembro de 1985, e sua limitação geográfica foi definida pela Lei Nº 1.378 de 29 de novembro de 1999 (IBGE, 2011), sendo constituído em duas partes, quais sejam: uma área mais nova ao redor da BR 364, e outra às margens da ferrovia Madeira - Mamoré<sup>21</sup>.

Com a formação do reservatório de Jirau, Mutum Paraná foi atingido entre 2010 e 2011, o que levou ao deslocamento de aproximadamente 168 famílias de ribeirinhos. Estes moradores tiveram três opções de remanejamento: indenização; carta de crédito; ou reassentamento coletivo urbano (Nova Mutum Paraná) ou rural (lotes rurais e casas em Nova Mutum Paraná)<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> PASSOS, Rosália Maria; PRAXEDES, Nicolle S. L.F de Mores Brentan. *Reinserção em Nova Mutum Paraná e condições de vida dos atingidos pela construção da hidrelétrica de Jirau em Rondônia*. p. 6. 2013. Disponível em <http://www.periodicos.unir.br/index.php/rara/article/view/617/0>. Acesso em: 04 Nov. 2019.

<sup>22</sup> ESBR - ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL. Disponível em: <http://www.esbr.com.br>. Acesso em: 10 Nov. 2019.



Fonte: Disponível em: <https://journals.openedition.org/confins/13980>. Acesso em: 21 Abr. 2020.

Estas populações, que foram compulsoriamente deslocadas e reassentadas em Nova Mutum Paraná, mostrando como a localidade, em que pese tenha sido divulgada como um exemplo de sustentabilidade socioambiental, não se compatibilizou com o modo de vida daquelas populações, tendo inclusive muitos deslocados, após ocuparem as casas, desistido de permanecerem na localidade, por conta da ausência de meios de subsistência econômica e sociocultural, visto que a nova área fora construída sem levar em conta as particularidades da vida ribeirinha<sup>23</sup>.

Segundo Torresi, Pardini e Ferreira<sup>24</sup> para a consecução de um desenvolvimento efetivamente sustentável se deve “considerar a sustentabilidade ambiental, econômica e sociopolítica”, isto é, a presença associada destas três dimensões da sustentabilidade.

D’ísep discorre sobre esse princípio ambiental:

[...] o desenvolvimento sustentável enfatiza a sociabilidade do capitalismo, pois o condiciona a uma visão antropocêntrica. Tanto o “ecologismo” quanto o “capitalismo selvagem” excluem do ordenamento jurídico esta visão (antropocêntrica), que se traduz no homem (social, coletivamente abordado) e sua qualidade de vida<sup>25</sup>.

Desta forma, pode-se dizer que a Constituição Brasileira de 1988 buscou um meio termo entre o antropocentrismo extremo e o eco centrismo, chamado de “antropocentrismo moderado ou alargado”, pois, em que pese colocar o homem no centro do sistema, reconhece

<sup>23</sup> ALMEIDA, *Op. cit.*, p. 3.

<sup>24</sup> TORRESI, Susana I. Córdoba de; PARDINI, Vera L.; FERREIRA, Vitor F. O que é sustentabilidade? *Nova São Paulo*, v. 33, n. 1, p. 1, 2010. p. 10. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010040422010000100001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010040422010000100001&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 de Out 2019.

<sup>25</sup> D’ÍSEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14000*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 54-55.

que a qualidade de vida humana e sua sobrevivência depende da manutenção dos recursos naturais e do modo que os utilizamos e os produzimos nos dias de hoje.

Tal fato implica, necessariamente, que o padrão de desenvolvimento econômico atualmente adotado se enquadre nas exigências constitucionais de proteção a generalidade dos bens ambientais, ainda que isso, em última medida, implique em uma redução no ritmo do crescimento econômico, pois importaria muito mais, segundo a ótica da sustentabilidade, a manutenção do planeta com recursos ambientais suficientes tanto para as presentes quanto para as futuras gerações<sup>26</sup>.

A partir daí, transcrevemos relatos sequenciais de alguns dos atores sociais envolvidos, do antigo distrito de Mutum Paraná:

Na realidade minha mãe nasceu na beira da estrada de ferro lá perto de Guajará - Mirim, em uma localidade que hoje quase não existe, que existia, é que nem, era um ponte com um igarapé que chamava Pau Grande né, e minha mãe nasceu nesse local, registrada em Guajará - Mirim, em que a minha vó trabalhava pros lado do Seringal, essas coisas, registrou minha mãe em Guajará - Mirim. O padraço da minha mãe e o pai da minha mãe foram é, funcionários da estrada de ferro e a minha mãe tava em Porto Velho até 68. (Sic – Sra. Marlene)<sup>27</sup>.

Eu sinto falta de lá, que quando era época de castanha, eu pegava minha castanha, eu pescava, de um lado e de outro tinha lagoa, a gente pescava, tinha peixe, tudo que tem de peixe tinha lá, até pirarucu naquelas lagoas tinha. (Sic – Sr. Pancada)<sup>28</sup>.

Nosso Mutum velho... lá era respeitado, a gente saiu de lá, todo mundo sente falta porque nós era uma comunidade pequena, todo mundo era unido. Nós tinha muita caça, nós tinha muita pesca, tinha a serraria lá que tanto fazia homem como mulher trabalhava. Tinha uns comérciosinho, tinha uns restaurantes. Quando uma saía, uma outa que tava de folga, de férias, num faltava serviço pra nós lá. Por isso que todo mundo sente falta de lá no Mutum por causa disso (Sic – Sra. Telma)<sup>29</sup>.

Através dos relatos, que havia uma unidade na comunidade, um sentimento de coesão social tendo em vista a proximidade com que se davam as relações, e ainda, verificase a antiga pujança de recursos naturais, além de ficar clara a intrínseca relação econômica e

<sup>26</sup> ARAUJO, Neiva Cristina de Araújo; MORET, Artur de Souza Moret. Direitos Humanos e hidrelétricas: uma análise dos impactos sócio ambientais e econômicos gerados em Rondônia. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 167-194, out. 2016. ISSN 21798699. Disponível em:

<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/622>. Acesso em: 05 Nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v13i26.622>.

<sup>27</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Caderno de debates: nova cartografia social como instrumento de gestão territorial contra o desmatamento e a devastação - processo de capacitação de povos e comunidades tradicionais*. – N. 6 (ago. 2014) – Manaus: UEA Edições, 2014. p. 3. Disponível em: <http://novacartografiasocial.com.br/download/06-desastres-socioambientais-das-hidreletricas-no-rio-madeira-e-a-grande-cheia-de-2014/>. Acesso em: 04 Nov 2019.

<sup>28</sup> Idem, p. 4.

<sup>29</sup> Idem, p. 5.

cultural com a natureza, que constituía a principal e basilar fonte de subsistência e de lazer daqueles populares.

Barroso., bem acentua as informações acerca do reassentamento Nova Mutum Paraná “vendida” pela “Energia Sustentável do Brasil – ESBR”:

Projeto urbanístico construído pela Energia Sustentável do Brasil S.A. (ESBR) e entregue em janeiro de 2011 à administração da Prefeitura Municipal de Porto Velho, possui 1.600 casas em uma área total maior que dois milhões de metros quadrados e capacidade para receber até seis mil habitantes. Localizada na BR-364, a 120 Km da capital rondoniense, Nova Mutum Paraná oferece perspectivas de melhoria na qualidade de vida com total infraestrutura: ruas asfaltadas, escolas de ensino fundamental e médio, creche, posto de saúde, Centro Distrital Administrativo, Unidade Integrada de Segurança Pública (UNISP - Polícia Militar, Polícia Civil e Corpo de Bombeiros), sinal para telefonia celular e internet 3G, saneamento básico, coleta seletiva de lixo, energia elétrica, áreas de lazer e paisagismo, clube recreativo, além de centro comercial, rodoviária, entre outras comodidades, como o comércio local e feira livre. O principal objetivo da construção de Nova Mutum Paraná foi atender ao Programa de Remanejamento das Populações Atingidas, recebendo os antigos moradores do distrito de Mutum Paraná e de áreas rurais localizadas no entorno do reservatório da UHE Jirau, que optaram pelo Reassentamento Urbano ou Rural Coletivo. As outras modalidades de remanejamento foram carta de crédito ou indenização. Atualmente, Nova Mutum Paraná também abriga parte dos profissionais que trabalham na Hidrelétrica<sup>30</sup>.

A partir das informações supramencionadas nota-se que o reassentamento Nova Mutum Paraná, em tese, seria um ideal de modernidade e sustentabilidade socioambiental, inclusive com “coleta seletiva de lixo, áreas de lazer e paisagismo”, tudo isso aliado a uma série de outros itens de infraestrutura que dariam uma elevada qualidade de vida aos seus habitantes.

No entanto, a realidade mostrou-se outra para os ribeirinhos remanejados para o reassentamento Nova Mutum Paraná, senão vejamos:

O núcleo urbano de Nova Mutum foi apresentado pelo Consórcio Energia Sustentável do Brasil em 2008 como uma proposta de remanejamento-modelo para aqueles que não optaram por receber indenização do consórcio ou carta de crédito.

No entanto, os remanejados dividem o espaço com os funcionários de médio e alto escalão da empresa e com um distrito industrial que nunca chegou a se efetivar. Nova Mutum oferece serviços sociais básicos como ensino

<sup>30</sup> BARROSO, M. M. *Nova Mutum Paraná: uma company town ou uma vila para remanejados?* 2015. p. 55. Disponível em <http://www.ded.unir.br/uploads/99999999/dissertacoes/MESTRADO/TURMA%202013/Barroso,%20M%C3%A1rcia%20Moreira.%20Nova%20Mutum%20Paran%C3%A1.pdf>. Acesso em: 04 Nov 2019.

fundamental, posto policial, posto de saúde, mas muito aquém da demanda por tais serviços.

As casas de Nova Mutum para os reassentados foram feitas seguindo o modelo pré-fabricado com placas de concreto e forro de PVC, sem que tenha havido qualquer busca de equivalência com os usos e formas de viver da comunidade de Mutum-Paraná. O “modelo” de reassentamento inviabilizou as condições de reprodução material e simbólica da vida ribeirinha agroextrativista, assim como o comércio local. Dessa forma, ocorreu uma grande evasão e abandono de famílias ali reassentadas<sup>31</sup>.

Com a finalidade de expor alguns dos impactos socioambientais sofridos pelos antigos habitantes de Mutum Paraná, retornamos aos relatos dos moradores, havendo inclusive alguns remanejados que não se adaptaram ao formato do reassentamento “Nova Mutum Paraná, o qual foi vendido como um “bom lugar para morar, para realizar negócios, para produzir e gerar riquezas”, um exemplo de sustentabilidade e de aplicação das mais modernas tecnologias da construção civil mundial.

É o que eu tô dizendo, eu tive o direito de ganhar uma casa daquela lá. Mas não teve jeito! Ninguém vai roer parede! Eu não tenho ganho, não teve jeito, eu tive que vir pra cá. Aqui [em Jirau] eu sei plantar, sei colher, sei criar as criação e sei arrumar. Então hoje eu tenho de tudo! Minhas crianças hoje eu fico despreocupado (sic - Sr. Jorge)<sup>32</sup>.

É que tem uma questão em aberto, o pessoal que foi para Nova Mutum ficou com uma dívida, porque Nova Mutum não resolveu a vida das pessoas, então ficou em aberto e a empresa ficou com uma dívida social em aberto, então esse passivo não pode fechar, então a gente tá tentando traduzir em que palavra coloca para exigir da empresa esse passivo, ou seja, essa dívida que ela tem, principalmente com o pessoal que morava em Mutum e foi transferido, não conseguiu se reequilibrar em Nova Mutum, veio pro Jirau e precisa ser compensado, mas não necessariamente com dinheiro, mas com estrutura. (sic - Sr. Jackson)<sup>33</sup>.

Aqui não tem nada. Essa empresa não ofereceu nada para nós, até um balneário para nós... Tá lá... Nada fizeram e não vão fazer, diz que devido aos ‘carapanã’. Não fazem porque não querem mesmo... Então, aí nós estamos aqui, nessa selva de pedra, né? Aqui não tem água, não tem nada, agora que tá sendo arborizado, é um calor ó... se não for no “ar”, ninguém, dorme de noite, porque as casas são quentes... e lá, gente dormia tranquilo, todo mundo (Professor Pita)<sup>34</sup>.

O reassentamento Nova Mutum Paraná não foi um exemplo de reassentamento, pois que os moradores da antiga Mutum Paraná, constituída especialmente de pescadores e

<sup>31</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Caderno de debates: nova cartografia social e mapeamento social como instrumento de gestão territorial contra o desmatamento e a devastação - processo de capacitação de povos e comunidades tradicionais*. – N. 19, Ano: 2017 – Manaus: UEA Edições, 2017. p. 28. Disponível em: <http://novacartografiasocial.com.br/download/19-vila-jirau-ribeirinhos-extrativistas-e-moradores-das-comunidades-deslocadas-por-hidreletricas-rio-madeira-ro>. Acesso em: 04 Nov. 2019.

<sup>32</sup> Ibid., p. 10.

<sup>33</sup> Ibid., p. 11.

<sup>34</sup> BARROSO, *Op. cit.*, p. 44.

garimpeiros, não encontraram trabalho, exceto uma pequena parcela de habitantes reassentados que trabalham para o consórcio ESBR, comunitários estes que, não estão satisfeitos com a localidade, tendo em vista diversas razões, tais como deficiência no serviço a saúde, ausência de área de lazer compatível com o modo de vida ribeirinho, etc<sup>35</sup>.

Dos supramencionados relatos e informações trazidas, verifica-se que não houve a preocupação do consórcio responsável em construir um reassentamento em condições equivalentes àquelas que viviam em Mutum Paraná, ou seja, não houve pretensão de criar um reassentamento efetivamente sustentável do ponto de vista ambiental, social, econômico e cultural daquelas populações ribeirinhas.

Isso teve repercussão direta na vida de centenas de populares, os quais lembram com melancolia os tempos de outrora, desalentados com o que encontraram em Nova Mutum, posto que, se para o consórcio a prioridade era ter, entre outras, “internet 3G e clube recreativo”, para os populares o ponto elementar era a proximidade e acesso aos recursos naturais que, como dito, constituíam o elemento central daquele grupo social.

Desta forma, nota-se que, o ideal de sustentabilidade/desenvolvimento sustentável do constituinte brasileiro, que deveria compatibilizar o direito ao meio ambiente equilibrado com o desenvolvimento econômico não se mostrou concretizado no reassentamento Nova Mutum Paraná, havendo nítida prevalência dos valores da ordem econômica e do grande capital sobre o direito ao meio ambiente equilibrado dos reassentados, que foi minado não somente ao que se refere ao ponto de vista natural, como também na perspectiva cultural, tendo em vista ter sido sistematicamente desconsiderada a importância cultural imaterial da relação destas populações com os recursos naturais e do trabalho, posto que muitos dos reassentados (pescadores, garimpeiros e extrativistas) se viram sem condições de realizar suas atividades laborais diárias que garantiam a subsistência de grande parte dos residentes no antigo distrito de Mutum Paraná.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os planos de ação governamentais para geração de energia elétrica buscam alcançar o menor custo econômico produção. A energia gerada por hidrelétricas se apresenta como a mais limpa e barata, porém os danos por ela provocados são imensuráveis.

Seja dentro da perspectiva ambiental, quanto da visão social e econômica, a vida em comunidade, seja humana ou animal, sofre impactos que dificilmente poderão ser mitigados.

<sup>35</sup> CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS – CNDH (Brasil). Relatório da missão realizada em junho/2016 pelo grupo de trabalho sobre defensores de direitos humanos ameaçados no Estado de Rondônia, criado no âmbito da Comissão Permanente de Defensores de Direitos Humanos e Enfrentamento à criminalização dos Movimentos Sociais, do Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Brasília: CNDH, 2016. p. 15. Disponível em: [https://www.mdh.gov.br/informacao-ao\\_cidadao/participacaosocial/old/cndh/relatorios/relatorio-sobre-defensores-de-direitos-humanos-ameacados-no-estado-de-rondonia](https://www.mdh.gov.br/informacao-ao_cidadao/participacaosocial/old/cndh/relatorios/relatorio-sobre-defensores-de-direitos-humanos-ameacados-no-estado-de-rondonia). Acesso em: 07 Nov 2019; RELATÓRIO PRELIMINAR DE MISSÕES DE MONITORAMENTO. *Violações de direitos humanos nas hidrelétricas do rio Madeira*. Plataforma Dhesca Brasil, 2011. Disponível em: [http://global.org.br/wpcontent/uploads/2011/05/RelatoriaDhESCA\\_meioambiente\\_Jirau.pdf](http://global.org.br/wpcontent/uploads/2011/05/RelatoriaDhESCA_meioambiente_Jirau.pdf). Acesso em: 09 Nov. 2019.



Dentro do ponto de vista legal, o consórcio responsável pelas hidrelétricas de Santo Antônio e Jirau, conseguiu construí-las com sucesso, seja do ponto de vista empresarial e da geração de energia elétrica.

No entanto, este “sucesso” teve elevado passivo socioambiental não contabilizado e/ou minorado pelos agentes econômicos hegemônicos responsáveis pela implantação destes empreendimentos, custo este cobrado diuturnamente tanto pelos moradores que habitavam as terras alagadas em virtude da construção das barragens, quanto pelas populações que, apesar de não terem seus territórios totalmente alagados, foram atingidos diretamente em virtude da degradação que recaiu sobre os recursos naturais que lhes serviam como fonte de subsistência.

O projeto da Nova Cartografia da Amazônia, ao entrevistar com os reassentados, verificou a incompatibilidade da Nova Mutum Paraná com o modo de vida levado anteriormente pelos mesmos, bem como o não cumprimento das promessas feitas antes da remoção. Eles concluíram que a explicação para tal desrespeito foi a ausência de representatividade político-econômica dos afetados pelo empreendimento hidrelétrico, que tiveram pouca ou nenhuma força de opinar no local em que eles mesmos iriam residir e as compensações econômicas e sociais que teriam.

Os reflexos destas incompatibilidades e incongruências do modelo de reassentamento de Nova Mutum Paraná, sob a ótica da sustentabilidade/desenvolvimento, traduzem-se em uma insustentabilidade ambiental que remonta este tipo de empreendimento.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Caderno de debates: nova cartografia social como instrumento de gestão territorial contra o desmatamento e a devastação - processo de capacitação de povos e comunidades tradicionais*. – N. 6 (ago. 2014) – Manaus: UEA Edições, 2014. Disponível em: <http://novacartografiasocial.com.br/download/06-desastres-socioambientais-das-hidreletricas-no-rio-madeira-e-a-grande-cheia-de-2014/>. Acesso em: 04 Nov 2019.

\_\_\_\_\_. *Caderno de debates: nova cartografia social e mapeamento social como instrumento de gestão territorial contra o desmatamento e a devastação - processo de capacitação de povos e comunidades tradicionais*. – N. 19, Ano: 2017 – Manaus: UEA Edições, 2017. Disponível em: <http://novacartografiasocial.com.br/download/19-vila-jirau-ribeirinhos-extrativistas-e-moradores-das-comunidades-deslocadas-por-hidreletricas-rio-madeira-ro>. Acesso em: 04 Nov. 2019.

ARAUJO, Neiva Cristina de Araújo; MORET, Artur de Souza Moret. Direitos Humanos e hidrelétricas: uma análise dos impactos sócio ambientais e econômicos gerados em Rondônia. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 167-194, out. 2016. ISSN 21798699. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/622>. Acesso em: 05 Nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v13i26.622>.

BARAÚNA, Gláucia Maria Quintino. *Atingidos por barragens: conflitos socioambientais no Rio Madeira*. 2014. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2014.

BARROSO, M. M. *Nova Mutum Paraná: uma company town ou uma vila para remanejados?* 2015. Disponível em <http://www.ded.unir.br/uploads/99999999/dissertacoes/MESTRADO/TURMA%202013/Barr%20oso,%20M%20C3%A1rcia%20Moreira.%20Nova%20Mutum%20Paran%C3%A1.pdf>. Acesso em: 04 Nov. 2019.

BERMANN, Célio. Impasses e controvérsias da hidreletricidade. *Estud. av.*, São Paulo, v. 21, n. 59, p. 139-153, Apr. 2007. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142007000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000100011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 09 Nov. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União: Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm). Acesso em: 09 Nov. 2019.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro comum*. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod\\_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf). Acesso em: 10 Nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS – CNDH (Brasil). Relatório da missão realizada em junho/2016 pelo grupo de trabalho sobre defensores de direitos humanos ameaçados no Estado de Rondônia, criado no âmbito da Comissão Permanente de Defensores de Direitos Humanos e Enfrentamento à criminalização dos Movimentos Sociais, do Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Brasília: CNDH, 2016. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-aocidadao/participacaosocial/old/cndh/relatorios/relatorio-sobre-defensores-de-direitos-humanos-ameacados-no-estado-de-rondonia>. Acesso em: 07 Nov 2019.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14000*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ESBR - ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL. Disponível em: <http://www.esbr.com.br>. Acesso em: 10 Nov. 2019.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projeto de pesquisa*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – DadosMutumParana2011. Disponível em: <https://ibge.gov.br/>. Acesso em: 13 Jan 2020.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editora, 2018.

PASSOS, Rosália Maria; PRAXEDES, Nicolle S. L.F de Mores Brentan. *Reinserção em Nova Mutum Paraná e condições de vida dos atingidos pela construção da hidrelétrica de Jirau em Rondônia*. 2013. Disponível em <http://www.periodicos.unir.br/index.php/rara/article/view/617/0>. Acesso em: 04 Nov. 2019.

PRODANOV, Cléber Cristiano; FREITAS, Ernani César de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RELATÓRIO PRELIMINAR DE MISSÕES DE MONITORAMENTO. *Violações de direitos humanos nas hidrelétricas do rio Madeira*. Plataforma Dhesca Brasil, 2011. Disponível em: [http://global.org.br/wpcontent/uploads/2011/05/RelatoriaDhESCA\\_meioambiente\\_Jirau.pdf](http://global.org.br/wpcontent/uploads/2011/05/RelatoriaDhESCA_meioambiente_Jirau.pdf). Acesso em: 09 Nov. 2019.

SAE - SANTO ANTÔNIO ENERGIA. Disponível em: <http:santoantonioenergia.com.br>. Acesso em: 21 Jun. 2019.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 24. ed., São Paulo: Cortez, 2018.

TORRESI, Susana I. Córdoba de; PARDINI, Vera L.; FERREIRA, Vitor F. O que é sustentabilidade? *Nova São Paulo*, v. 33, n. 1, p. 1, 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.phpscript=sci\\_arttext&pid=S010040422010000100001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.phpscript=sci_arttext&pid=S010040422010000100001&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 de Out. 2019.

VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral de. *Quaestio Iuris*. vol. 11, nº. 04, Rio de Janeiro, 2018. pp. 3049-3068 DOI: 10.12957/rqi.2018.38053 Ano 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/38053>. Acesso em: 21 Out. 2019.