

S U P R E M A

REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

v. 5 | n. 1 | janeiro / junho 2025



S U P R E M A

REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

v. 5 | n. 1 | janeiro / junho 2025



Secretaria-Geral da Presidência

Aline Rezende Peres Osorio

Gabinete da Presidência

Fernanda Silva de Paula

Secretaria do Tribunal

Eduardo Silva Toledo

**Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas
e Gestão da Informação**

Patrícia Perrone Campos Mello

Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias

Livia Gil Guimarães

Renata de Jesus Ferreira

Marcella Cavalcante Pinto

Renata Rodrigues Praxedes

Raquel Beutel Semenzato Proazzi

Carolina Rezende Moraes

Luíza Palma Orenha

Nathany Dias de Araújo

Tamara Claudia Coimbra Pastro

Carlos Alberto de Jesus Rabelo

Eduarda Peixoto Cunha França

Alexandra Emanuela Novais Silva

Liciane Barbosa Richter

Maria Lúcia Alves Vieira

Ana Clara Bustamante Correia

Coordenadoria de Biblioteca

Luiza Gallo Pestano

Andréia Cardoso Nascimento

Gabriela Ayres Miranda Cunha

Haidéia Passos Oliveira

Luciana Araújo Reis

Coordenadoria de Difusão da Informação

Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf

Lilian Januzzi Vilas Boas

Aline da Silva Pereira

Ana Carolina Caetano

Camila Penha Soares

Coordenadoria de Gestão da Informação,

Memória Institucional e Museu

Ana Paula Alencar Oliveira

Assessoria de Assuntos Internacionais

Roberto Doring Pinho da Silva

André Nogueira Rangel Varanda Wollman

Assessoria de Cerimonial

Célia Regina de Oliveira Gonçalves

Secretaria de Tecnologia da Informação

Natacha Moraes de Oliveira

Secretaria de Comunicação Social

Mariana Araujo de Oliveira

Os trabalhos estão licenciados com uma Licença Creative Commons – Atribuição 4.0 Internacional. É autorizada a reprodução total ou parcial desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.



Endereço: Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias – COPJ, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação – SAE, Supremo Tribunal Federal – STF, Praça dos Três Poderes, Ed. Anexo II, Cobertura, sala 613, Brasília, DF, CEP 70175-900. Telefone: (61) 3217.3595 / (61) 3217.3500. E-mail: revistasuprema@stf.jus.br. Site: <https://suprema.stf.jus.br/>.

Os conceitos e as opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Suprema [recurso eletrônico] : revista de estudos constitucionais / Supremo Tribunal Federal. – V. 1, n. 1 (jan./jun. 2021) – . – Brasília : STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021 – .

1 recurso online (v.)

Semestral.

Modo de acesso: <https://suprema.stf.jus.br/>

ISSN 2763-7867

DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1>

1. Direito constitucional, periódico, Brasil. 2. Tribunal supremo, periódico, Brasil. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

CDDir-341.2

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro

LUÍS ROBERTO BARROSO

Presidente [26.6.2013]

Ministro

LUIZ EDSON FACHIN

Vice-presidente [16.6.2015]

Ministro

GILMAR FERREIRA MENDES

Decano [20.6.2002]

Ministra

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

[21.6.2006]

Ministro

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

[23.10.2009]

Ministro

LUIZ FUX

[3.3.2011]

Ministro

ALEXANDRE DE MORAES

[22.3.2017]

Ministro

KASSIO NUNES MARQUES

[5.11.2020]

Ministro

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA

[16.12.2021]

Ministro

CRISTIANO ZANIN MARTINS

[3.8.2023]

Ministro

FLÁVIO DINO DE CASTRO E COSTA

[22.2.2024]

EQUIPE TÉCNICA

Presidente da Revista

Ministro Luís Roberto Barroso

Editoras-chefes

Aline Rezende Peres Osorio
Patrícia Perrone Campos Mello
Lívia Gil Guimarães

Editoras-adjuntas

Renata de Jesus Ferreira
Marcella Cavalcante Pinto

Assistentes editoriais

Raquel Beutel Semenzato Proazzi
Carolina Rezende Moraes
Ana Clara Bustamante Correia

Revisão de normalização (bibliotecárias)

Luciana Araújo Reis
Andréia Cardoso Nascimento
Gabriela Ayres Miranda Cunha
Haidéia Passos Oliveira

Revisão de provas editoriais

Nathany Dias de Araújo
Bruno Arthur Hochheim

Revisão e preparação de originais

Nathany Dias de Araújo
Luíza Palma Orenha

Revisão de idiomas da Política Editorial e das Entrevistas

Roberto Doring Pinho da Silva
André Nogueira Rangel Varanda Wollman
Tamara Claudia Coimbra Pastro
Carlos Alberto de Jesus Rabelo

Projeto gráfico e capa

Flávia Carvalho Coelho

Diagramação

Aline da Silva Pereira
Ana Carolina Caetano
Camila Penha Soares

Estagiários

Luana Ainoã Viana de Souza
Beatriz de Araujo Roriz
Allan Haniel Alves
Isabela Frisso de Oliveira

Foto da capa

Bruno Moura/SCO/STF

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL – **Alexandre Reis Siqueira Freire** Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA, **Ana de Oliveira Frazão** Universidade de Brasília – Brasília/DF, **Ana Luiza Pinheiro Flauzina** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, **Ana Paula de Barcellos** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Antônio Gomes Moreira Maués** Universidade Federal do Pará – Belém/PA, **Beclaute Oliveira Silva** Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL, **Daniel Francisco Mitidiero** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Daniel Wunder Hachem** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Gustavo José Mendes Tepedino** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Heloisa Helena Gomes Barboza** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Joaquim Shiraishi Neto** Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia – Manaus/AM, **Judith Martins-Costa** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Lauane Braz Andrekowisk Volpe Camargo** Universidade Católica Dom Bosco – Campo Grande/MS, **Luciano Benetti Timm** Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP, **Misabel Abreu Machado Derzi** Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG, **Nelson Juliano Cardoso Matos** Universidade Federal do Piauí – Teresina/PI, **Nelson Nery Jr. Pontifícia** Universidade Católica de São Paulo – São Paulo/SP, **Oscar Vilhena Vieira** Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP, **Otavio Luiz Rodrigues Jr.** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Teresa Arruda Alvim Pontifícia** Universidade Católica de São Paulo – São Paulo/SP, **Vera Karam de Chueiri** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Vicente de Paulo Barretto** Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ e Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Porto Alegre/RS, **Virgílio Afonso da Silva** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL – **Andrea Pozas-Loyo** Universidad Nacional Autónoma de México – Ciudad de México, México, **Andreza Aruska de Souza Santos** University of Oxford – Oxford, Inglaterra, **Anne Levade** Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Paris, França, **Bruce Ackerman** Yale University – New Haven, Estados Unidos, **Christoph A. Kern** Universität Heidelberg – Heidelberg, Alemanha, **Eduardo Oteiza** Universidad Nacional de La Plata – La Plata, Argentina, **Ezequiel González Ocantos** University of Oxford – Oxford, Inglaterra, **Jaclyn Neo** National University of Singapore – Queenstown, Singapura, **Kendall Thomas** Columbia University – New York, Estados Unidos, **Lee Epstein** Washington University – St. Louis, Estados Unidos, **Murillo de Aragão** Columbia University – New York, Estados Unidos, **Octávio Luiz Motta Ferraz** King's College London – London, Inglaterra, **Paul Yowell** University of Oxford – Oxford, Inglaterra, **Paula Costa e Silva** Universidade de Lisboa – Lisboa,

Portugal, **Remo Caponi** Università degli Studi di Firenze – Firenze, Itália, **Rosalind Dixon** University of New South Wales – Sydney, Austrália, **Ruth Rubió Marin** Universidad de Sevilla – Sevilla, Espanha, **Shylashri Shankar** Centre for Policy Research – New Delhi, Índia, **Siri Gloppen** University of Bergen – Bergen, Noruega, **Yaniv Roznai** Interdisciplinary Center – Herzliya, Israel.

CONSELHO CIENTÍFICO – Ademar Borges de Sousa Filho Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF, **Adilson José Moreira** Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP, **Aluísio Gonçalves de Castro Mendes** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Ana Elisa Liberatore Silva Bechara** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Ana Teresa Silva de Freitas** Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA, **André Gustavo Corrêa de Andrade** Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ, **André Ramos Tavares** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Caitlin Sampaio Mulholland Pontifícia** Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Camilo Zufelato** Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto/SP, **Carina Barbosa Gouvêa** Universidade Federal de Pernambuco – Recife/PE, **Catarina Helena Cortada Barbieri** Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP, **Claudia Lima Marques** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Clemerson Merlin Clève** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Daniel Antônio de Moraes Sarmento** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Diogo Rosenthal Coutinho** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Fayga Silveira Bedê** Centro Universitário Christus – Fortaleza/CE, **Gisele Fernandes Góes** Universidade Federal do Pará – Belém/PA, **Gislene Aparecida dos Santos** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Gustavo Binenbojm** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Heleno Taveira Torres** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Henderson Fürst de Oliveira** Pontifícia Universidade Católica de Campinas – Campinas/SP, **Heron José de Santana Gordilho** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, **Humberto Dalla Bernardina de Pinho** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Ingo Wolfgang Sarlet** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Ives Gandra da Silva Martins** Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP, **Jorge Octávio Lavocat Galvão** Universidade de Brasília – Brasília/DF, **José Levi Mello do Amaral Jr.** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Juliana Cordeiro de Faria** Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG, **Katya Kozicki** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Leonardo Greco** Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Lia Carolina Batista Cintra** Universidade Federal de São Paulo – Osasco/SP, **Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro** Universidade

Federal do Pará – Belém/PA, **Luciana Yeung Luk Tai** Instituto de Ensino e Pesquisa – São Paulo/SP, **Luciano Vianna Araújo Pontificia** Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Luiz Alberto Gurgel de Faria** Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Natal/RN, **Luiz Henrique Volpe Camargo** Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS, **Luiz Rodrigues Wambier** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF, **Marcelo Leonardo Tavares** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Marcus Lívio Gomes** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Marcus Vinícius Furtado Coelho** Pesquisador independente – Brasília/DF, **Margarida Lacombe Camargo** Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Maria Celina Bodin de Moraes** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Néviton de Oliveira Batista Guedes** Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF, **Nina Beatriz Stocco Ranieri** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Paulo Cezar Pinheiro Carneiro** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Pedro Miranda de Oliveira** Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC, **Pierpaolo Cruz Bottini** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Reynaldo Soares da Fonseca** Universidade de Brasília – Brasília/DF, **Richard Paulro Pae Kim** Universidade de Santo Amaro – São Paulo/SP, **Roberto Carvalho Veloso** Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA, **Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF, **Sheila Neder Cerezetti** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Silvio Luiz de Almeida** Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP, **Suyene Monteiro da Rocha** Universidade Federal do Tocantins – Palmas/TO, **Thula Rafaela de Oliveira Pires** Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Trícia Navarro** Universidade Federal do Espírito Santo – Vitória/ES, **Valério de Oliveira Mazzuoli** Universidade Federal de Mato Grosso – Cuiabá/MT, **Valter Shuenquener de Araújo** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Vinicius Gomes de Vasconcellos** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP.

APRESENTAÇÃO

A *Suprema* – Revista de Estudos Constitucionais, com a publicação deste primeiro número do quinto volume, comemora quatro anos de história e, desde a sua fundação, expressa o compromisso do Supremo Tribunal Federal (STF) com a produção acadêmica e o fomento ao debate qualificado e respeitoso de ideias.

Esta edição, além de contar com os artigos de fluxo contínuo, traz o dossiê temático “Diversidade e Inclusão nas Instituições”, refletindo, de forma ainda mais significativa, a vocação constitucional do Tribunal, ao propor a discussão a respeito de políticas inclusivas em uma sociedade plural, complexa e diversa.

Os artigos que compõem o dossiê tratam de temas como: reconhecimento de direitos de minorias, políticas de inclusão e diversidade nos três Poderes, violência institucional, acesso de grupos vulneráveis ao Judiciário e participação cidadã nas instituições. A nova edição traz, ainda, a tradução de artigos de Vicki C. Jackson e Carlos Bernal Pulido sobre a aplicação da proporcionalidade no âmbito do Direito Constitucional, bem como de trabalho de Matthias Jestaedt sobre o funcionamento da dogmática constitucional na perspectiva alemã.

Ainda neste número, compartilho diálogo enriquecedor travado com o reitor e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Notre Dame, G. Marcus Cole, durante o evento “Democracia, Direitos Fundamentais e o Papel das Supremas Cortes”¹, realizado no salão nobre do Supremo Tribunal Federal. Além de refletir a respeito de questões centrais no momento atual, conversamos sobre temas menos convencionais, como religião e legalização de drogas, o que permitiu o desenvolvimento de uma análise comparada entre Brasil e Estados Unidos.

Este número conta também com a entrevista de Nilton Tubino, atual diretor da Casa de Governo no estado de Roraima e responsável pelos processos de monitoramento e enfrentamento da crise na Terra Indígena Yanomami. Tubino relembra suas experiências com povos indígenas e confirma a imprescindibilidade da defesa das suas terras, reiterando a relevância da atuação do STF em processos estruturais.

¹ Evento realizado em 12 de março de 2025, no salão nobre do Supremo Tribunal Federal.

Essa nova publicação segue contribuindo para a consolidação da *Suprema*, primeiro periódico científico deste Tribunal, como um trabalho de primeira linha, fruto da dedicação de editoras, conselheiras e conselheiros, pareceristas, servidores e servidoras, colaboradores e colaboradoras, estagiários e estagiárias do STF, a quem agradeço por toda a dedicação.

Com a certeza de que este número da Revista promoverá um rico diálogo acadêmico entre a ciência jurídica e outras áreas do conhecimento, convido a todos e todas a lerem a nova edição, que despertará reflexões valiosas.

Ministro Luís Roberto Barroso
Presidente do Supremo Tribunal Federal
e da *Suprema* – Revista de Estudos Constitucionais

SUMÁRIO

EDITORIAL.....15

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a565>

SUPREMA ENTREVISTA

Luís Roberto Barroso

Gilbert Marcus Cole 19

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a552>

SUPREMA INTERVIEW / SUPREMA ENTREVISTA (ENGLISH/ESPAÑOL)

Luís Roberto Barroso

Gilbert Marcus Cole 35

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a557>

SUPREMA ENTREVISTA

Nilton Luís Godoy Tubino 65

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a555>

SUPREMA INTERVIEW / SUPREMA ENTREVISTA (ENGLISH/ESPAÑOL)

Nilton Luís Godoy Tubino 77

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a556>

TRADUÇÕES

Dogmática constitucional

Verfassungsdogmatik

Constitutional dogmatical thought

Dogmática constitucional

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a542>

Matthias Jestaedt (autor convidado) 99

Direito Constitucional na era da proporcionalidade

Constitutional Law in the Age of Proportionality

El Derecho Constitucional en la Era de la Proporcionalidad

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a554>

Vicki C. Jackson (autor convidado) 171

Análise da proporcionalidade na proteção dos direitos econômicos e sociais constitucionais positivos

Proportionality analysis in the protection of positive constitutional economic and social rights

Análisis de proporcionalidad en la protección de los derechos económicos y sociales

constitucionales positivos

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a543>

Carlos Bernal (autor convidado) 303

DOSSIÊ TEMÁTICO “DIVERSIDADE E INCLUSÃO NAS INSTITUIÇÕES”

Ação afirmativa de gênero na carreira da magistratura brasileira: avanços e reveses da Resolução n.º 540/23 do Conselho Nacional de Justiça

Gender affirmative action in the brazilian judiciary career: advances and setbacks of

National Council of Justice Resolution no. 540/23

Acción afirmativa de género en la carrera judicial brasileña: progresos y desafíos de la

Resolución n.º 540/23 del Consejo Nacional de Justicia

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a500>

Mariana Rezende Ferreira Yoshida

Salise Monteiro Sanchotene 347

Constitucionalismo feminista e a “pergunta da mulher”: método de análise das decisões republicanas

Feminist constitutionalism and the woman question: a method for analyzing republican decisions

Constitucionalismo feminista y la pregunta de la mujer: método de análisis de las decisiones

republicanas

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a462>

Christine Oliveira Peter da Silva

Carolina Gomide de Araujo 393

Violência política de gênero, diversidade e inclusão: caso Benny Briolly

Gender political violence, diversity, and inclusion: Benny Briolly case

Violencia política de género, diversidad e inclusión: caso Benny Briolly

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a477>

Melina Girardi Fachin

Priscilla Conti Bartolomeu 425

A violência obstétrica no Poder Judiciário brasileiro: da (in)visibilidade à violação ao princípio da dignidade da pessoa humana

Obstetric Violence in the Brazilian Judiciary: From Invisibility to the Violation of Human Dignity

La violencia obstétrica en el Poder Judicial brasileño: de la invisibilidad a la violación del

principio de dignidad humana

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a492>

Lívia de Meira Lima Paiva

Adriana Ramos de Mello

Isadora Vianna Sento-Sé 455

Uma análise sobre as cotas raciais no serviço público brasileiro

An analysis of the racial quota in the brazilian public service

Un análisis sobre las cuotas raciales en el servicio público brasileño

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a449>

Gianmarco Loures Ferreira

Rebecca Lemos Igreja 489

Litigantes vulneráveis e acesso ao Poder Judiciário

Vulnerable litigants and access to the courts

Litigantes vulnerables y acceso al Poder Judicial

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a458>

Fredie Didier Jr

Leandro Fernandez 529

Controle jurisdicional da política pública de inclusão das pessoas com deficiência auditiva na ADO n.º 30/DF no contexto do constitucionalismo transformador

Jurisdictional control of the public policy for the inclusion of people with hearing disabilities in ADO n.º 30/DF in the context of transformative constitutionalism

Control jurisdiccional de la política pública de inclusión de las personas con discapacidad auditiva en la ADO n.º 30/DF en el contexto del constitucionalismo transformador

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a494>

Eliziane Fardin de Vargas

Mônia Clarissa Hennig Leal.....559

ARTIGOS - FLUXO CONTÍNUO

O salto qualitativo do papel do STF na proteção constitucional do meio ambiente

The qualitative leap of the STF's role regarding the constitutional protection of the environment

El salto cualitativo en el papel del STF en la protección constitucional del medio ambiente

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a270>

Marco Túlio Reis Magalhães.....585

A prova estatística em prol da eficiência na litigância estrutural

Statistical evidence on behalf of the efficiency in structural litigation

Evidencia estadística a favor de la eficiencia en en la litigiosidad estructural

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a351>

Bruno Freire e Silva

Ana Carolina do Couto e Silva.....633

POLÍTICA EDITORIAL.....661

Instruções editoriais para autores.....662

EDITORIAL POLICY 671

Editorial Guidelines for authors.....672

POLÍTICA EDITORIAL.....681

Instrucciones editoriales para autores..... 682

EDITORIAL

Diversidade e inclusão nas instituições públicas e privadas: um desafio persistente

Apresentamos, com alegria, mais um número da *Suprema* – Revista de Estudos Constitucionais, reforçando o compromisso do Supremo Tribunal Federal (STF) de fomentar tópicos contemporâneos e necessários ao amplo desenvolvimento de pesquisas e reflexões na área jurídica. Esta edição, em especial, traz o dossiê temático “Diversidade e Inclusão nas Instituições”, assunto muito significativo para a sociedade brasileira. O debate é atual e ainda carece de maiores transformações sociais.

Pode-se dizer que a discussão sobre diversidade e inclusão em instituições públicas e privadas não é necessariamente uma pauta nova nem no seio social nem no ambiente acadêmico. Por isso mesmo, precisa ser colocada em destaque, para que trocas de bons argumentos e dados qualificados possam ser objeto de exame por parte daqueles engajados na formulação de políticas públicas que possam avançar no tema.

Falar sobre diversidade e inclusão nas instituições exige necessariamente considerar os princípios do direito à igualdade e da participação democrática. Estes são valores essenciais em um Estado Democrático de Direito e, por isso, devem ser debatidos por qualquer sociedade pautada nos ideais de justiça. É fundamental, ainda, tratar da inclusão e da diversidade a partir da premissa interseccional. Isso significa considerar como os mais diversos marcadores sociais da diferença – raça, classe, gênero, capacidade, nacionalidade e tantos outros – atuam em conjunto na exclusão de grupos vulneráveis de determinados espaços.

É preciso entender, assim, os pontos de encontro desses marcadores como vias que produzem e perpetuam violências institucionais relevantes e que, portanto, precisam ser enfrentadas por meio de ferramentas eficazes. Tais violências têm como resultado imediato a produção de desigualdades sistêmicas, as quais se distribuem e se organizam de maneira estrutural nas mais diversas esferas sociais.

Logo, provocar o debate sobre quem ocupa ou deixa de ocupar posições formais na estrutura de poder nas instituições públicas e privadas engloba a dimensão do reconhecimento e do incentivo ao empoderamento de indivíduos marginalizados, mas também caminha no sentido de pensar e repensar as melhores soluções distributivas no combate a exclusões.

É diante desse cenário que as leitoras e os leitores da presente edição da Revista poderão encontrar, no mencionado dossiê, discussões que se movimentam tanto em relação ao campo das ações afirmativas e políticas públicas pensadas para remediar desigualdades de oportunidades quanto às formas de provocação e resposta dadas por agentes públicos para o enfrentamento de situações de injustiça.

Nesse sentido, no artigo “Ação afirmativa de gênero na carreira da magistratura brasileira: avanços e reveses da Resolução n.º 540/23, do Conselho Nacional de Justiça”, Mariana Rezende Ferreira Yoshida e Salise Monteiro Sanchotene apresentam pesquisa empírica voltada às recomendações e aos resultados concernentes à citada Resolução acerca da paridade de gênero, com perspectiva interseccional de raça e etnia, no âmbito do Poder Judiciário.

Em seguida, no artigo intitulado “Constitucionalismo feminista e a pergunta da mulher: método de análise das decisões republicanas”, Christine Peter da Silva e Carolina Freitas Gomide de Araujo partem do constitucionalismo feminista para detalhar a desigualdade de gênero nas instituições brasileiras. As autoras argumentam que, para a concretização de instituições de alta qualidade, acessíveis, plurais e democráticas, as dinâmicas de gênero precisam ser compreendidas e, por consequência, os desequilíbrios estruturais devem ser enfrentados.

Melina Girardi Fachin e Priscilla Conti Bartolomeu, por sua vez, em “Violência política de gênero, diversidade e inclusão: caso Benny Briolly”, realizam uma análise robusta quanto à violência política sofrida pela vereadora trans Benny Briolly. Mediante o paradigma da interseccionalidade, as autoras oferecem aportes às complexidades da inclusão no contexto da política institucional.

Outro ponto discutido diz respeito à problemática da violência obstétrica, da grave negligência e do desrespeito aos direitos reprodutivos e sexuais, com foco no tratamento que os tribunais dão ao tema. O referido debate é encontrado no artigo “A violência obstétrica no Poder Judiciário brasileiro: da (in)visibilidade à violação ao princípio da dignidade da pessoa humana”, de Isadora Vianna Sento Sé, Adriana Ramos de Mello e Lívia Meira de Paiva.

Em “Uma análise sobre as cotas raciais no serviço público brasileiro”, Gianmarco Loures Ferreira e Rebecca Lemos Igreja discorrem sobre a desigualdade racial no serviço público. O artigo é parte da pesquisa “Ações afirmativas e burocracia pública” e acompanha o processo de aplicação de políticas de ações afirmativas em instituições públicas brasileiras.

Freddie Didier Jr. e Leandro Fernandez, em “Litigantes vulneráveis e acesso ao Poder Judiciário”, dissertam a respeito da situação de vulnerabilidade e das técnicas e iniciativas institucionais empregadas para concretizar a igualdade de acesso à justiça. Entre essas, abordam a curatela especial e a própria perspectiva de adaptabilidade do processo judicial.

Na sequência, o artigo “Controle jurisdicional da política pública de inclusão das pessoas com deficiência auditiva na ADO n.º 30/DF no contexto do constitucionalismo transformador”, de Eliziane Fardin de Vargas e Mônia Clarissa Henning Leal, traz elementos motivadores do julgamento do caso, bem como avalia os reflexos do entendimento do STF em relação à política pública de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados para a aquisição de automóveis por Pessoas com Deficiência.

Além do dossiê, este número da Suprema inclui artigos resultantes do fluxo contínuo de submissões, sendo eles: “O salto qualitativo do papel do STF na proteção constitucional do meio ambiente” e “A prova estatística em prol da eficiência na litigância estrutural”. No primeiro, Marco Túlio Reis Magalhães trata do caráter protetivo constitucional atribuído ao meio ambiente e, sob esse panorama, direciona seu estudo à atuação do Supremo Tribunal Federal; já no segundo, Bruno Freire e Silva e Ana Carolina do Couto e Silva desenvolvem argumento quanto à relevância das provas estatísticas em cenários de litígios estruturais.

A Revista apresenta, ainda, três traduções de importantes artigos científicos, quais sejam: *Verfassungsdogmatik* (Dogmática constitucional), de Matthias Jestaedt; *Constitutional Law in the Age of Proportionality* (Direito Constitucional na era da proporcionalidade), de Vicki C. Jackson; e *Análisis de proporcionalidad en la protección de los derechos económicos y sociales constitucionales positivos* (Análise da proporcionalidade na proteção dos direitos econômicos e sociais constitucionais positivos), de Carlos Bernal. O primeiro trabalho recupera a importância e o funcionamento da dogmática constitucional no contexto da ciência jurídica alemã; o segundo discorre sobre a proporcionalidade como princípio e padrão de análise, propondo uma perspectiva cautelosa sobre o seu uso; e o último sugere a aplicação de um modelo dialógico de análise de proporcionalidade frente às violações de direitos econômicos e sociais.

Para além dos artigos e das traduções, a Revista traz duas entrevistas exclusivas. A primeira delas foi resultante de evento (*Fireside Chat*¹) realizado nesta Corte,

¹ Evento realizado no Salão Nobre do STF, em 12 de março de 2025, pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação (SAE), por meio de sua Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias (COPJ).

tendo como entrevistado o Ministro Presidente Luís Roberto Barroso e, como entrevistador, G. Marcus Cole, Reitor da Cátedra Joseph A. Matson e Professor na Faculdade de Direito da Notre Dame Law School. Nessa conversa dinâmica e descontraída, foram abordados temas como trajetória profissional; prática jurídica; papel das cortes constitucionais; relação entre política e Poder Judiciário; atuação judicial em casos complexos; papel de instrumentos de participação social (audiências públicas) nesse contexto, entre outros.

A segunda entrevista foi realizada com Nilton Tubino, Assessor da Secretaria-Executiva da Presidência da República e Chefe da Casa de Governo de Roraima, e teve como entrevistadora Carina Lellis, Assessora Especial da Presidência do STF. Tubino é um importante ator nas desintrusões de terras indígenas brasileiras e compartilhou seus pensamentos no que se refere à histórica disputa por terras no País, ao papel do STF nesse enfrentamento e, ainda, à pauta indígena de forma mais ampla.

Por fim, destacamos que a realização desta edição contou com o empenho, a confiança e o comprometimento de autoras e autores; entrevistados; equipe editorial; conselheiras e conselheiros; tradutoras e tradutores; servidoras e servidores; colaboradoras e colaboradores; e estagiárias e estagiários, os quais participaram de um trabalho complexo e meticuloso. Agradecemos imensamente a todo esse grupo pela dedicação e entusiasmo.

Certas de que os textos ora publicados têm o potencial de gerar ótimos debates e reflexões, desejamos uma ótima leitura a todas e todos e renovamos o convite para que mais pessoas participem dessa importante troca de ideias.

Equipe Editorial

Aline Rezende Peres Osorio

Editora-Chefe

Secretária-Geral da Presidência do STF

Patrícia Perrone Campos Mello

Editora-Chefe

Secretária de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do STF

Livia Gil Guimarães

Editora-Chefe

Coordenadora de Pesquisas Judiciárias do STF

SUPREMA ENTREVISTA¹⁻²

Luís Roberto Barroso³

Entrevistado por:

Gilbert Marcus Cole⁴



Foto: Gustavo Moreno (STF)

Ministro Luís Roberto Barroso: Bom dia a todos! Estamos muito felizes em receber o Reitor Gilbert Marcus Cole, da Notre Dame Law School, localizada nos Estados Unidos. Ele construiu uma carreira notável como professor, tendo atuado

¹ COLE, Gilbert Marcus. Entrevista com o Ministro Luís Roberto Barroso. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 19-34, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a552>.

² Originalmente publicada na *Suprema* – Revista de Estudos Constitucionais. Esta entrevista é baseada na transcrição do evento “Democracia, Direitos Fundamentais e o Papel das Cortes Supremas”, realizado em 12 de março de 2025, no Salão Nobre do Supremo Tribunal Federal, e organizado pela Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias/Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. Esta entrevista está sendo publicada de forma inédita. Sua transcrição foi realizada utilizando a ferramenta disponível no Microsoft Word. Após isso, foi feita uma minuciosa revisão manual, com base na escuta da gravação original, visando corrigir, formatar e adaptar o conteúdo para melhorar a clareza e a compreensão, eliminando vícios de linguagem, repetições, pausas e frases incompletas, de modo a proporcionar uma estrutura mais fluida e coerente. Ainda assim, o conteúdo das falas foi preservado da forma mais fiel possível. Gostaríamos de agradecer a Ana Luísa Pernambuco Parisi, Ernani da Costa e Silva Filho e Francisca Javiera Gallardo Conejera pela tradução; a Beatriz Araújo Roriz e Carolina Martins Marinho pela transcrição; a Patrícia Perrone Campos Mello, Lívia Gil Guimarães, Renata de Jesus Ferreira, Ana Clara Bustamante Correia e Carolina Rezende Moraes pela revisão do texto; e a Nathany Dias de Araújo pela revisão linguística.

³ Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Professor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Realizou estudos de Pós-Doutorado como Visiting Scholar na Harvard Law School (2011) e Senior Fellow na Harvard Kennedy School (2018). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2430424576721113>.

⁴ Joseph A. Matson Reitor e Professor de Direito na Notre Dame Law School. Possui bacharelado em economia aplicada pela Cornell University e doutorado em Direito (*Juris Doctor*) pela Northwestern University. Foi membro do corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade de Stanford, onde atuou como Reitor Associado de assuntos acadêmicos e curriculares por cinco anos. Sua experiência acadêmica e profissional inclui atuação no escritório de advocacia Mayer Brown; trabalho como assessor jurídico do juiz Morris Sheppard no Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Oitavo Circuito; bolsas de pesquisa na Hoover Institution e no Center for Law and Economics da Universidade de Amsterdã; e cargos como professor visitante em diversas instituições ao redor do mundo. Atuou no conselho editorial da *Cato Supreme Court Review*, no conselho consultivo da BARBRI e do Center on Culture and Civil Society do Independent Institute, além de ter integrado o comitê consultivo jurídico sobre falência nos Estados Unidos.



Foto: Gustavo Moreno (STF)

como advogado, lecionado em Stanford e atualmente exerce o cargo de Reitor na Universidade de Notre Dame. Nessa instituição, também lidera um programa por meio do qual ele viaja o mundo e conversa com juízes, debatendo sobre sua trajetória profissional e suas opiniões. Para aqueles que não sabem, a Notre Dame é uma faculdade de direito de muito prestígio nos Estados Unidos. Junto ao Reitor Cole, está também o meu querido amigo e ex-juiz da Corte Constitucional da Colômbia, Carlos Bernal. Estou muito feliz em vê-lo novamente. Quanto a mim, farei uma breve apresentação. Meu nome é Roberto Barroso e sou Ministro aqui na Suprema Corte. Reitor Cole, é um prazer tê-lo conosco e poder desenvolver esta conversa com o senhor.

Reitor Marcus Cole: Senhor Presidente, estamos muito honrados e

alegres por nos receber aqui hoje. Obrigado por separar um tempo para conversar conosco. Eu e meus colegas nos Estados Unidos estamos muito focados nas atividades de nossa própria Suprema Corte, mas acreditamos que será instrutivo se pudermos aprender, como estadunidenses, a partir das operações das Cortes em outros países. Então quero começar perguntando um pouco sobre a sua trajetória profissional, suas origens, seu interesse pelo direito e o que o trouxe até esse ponto em sua carreira.

Ministro Luís Roberto Barroso:

Bom, quando eu entrei na universidade, no final dos anos setenta, eu não tinha certeza do que queria fazer. Aqui o curso de direito é uma graduação, então eu estava estudando direito pelas manhãs, na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, e economia à noite, na



Foto: Gustavo Moreno (STF)

Universidade Católica, também no Rio. Estudei economia por cinco semestres, o que totalizou dois anos e meio. Cursei cálculo I, cálculo II, matemática financeira, estatística I, estatística II e um dia percebi que aquilo não era para mim, então eu abandonei o curso de economia e continuei cursando direito. Naquele tempo, o Brasil estava passando por um momento difícil, porque a ditadura militar ainda estava em vigor. Eu estava muito envolvido no movimento estudantil, que era uma resistência pacífica ao regime militar e eu era o editor do jornal da universidade. Quando me formei, comecei a fazer aquilo que eu mais desejava, que era ensinar. Também atuei como advogado por bastante tempo e estou na Suprema Corte há doze anos, mas minha profissão é ser professor de direito. Eu ainda leciono toda semana, dou aulas às sextas-feiras no Rio e vou para lá sempre que

posso. Então eu comecei minha carreira como professor e a conciliei com o início da minha prática na advocacia. Naquela época, eu tinha um professor de direito, Jacob Dollinger, que dizia: “você deveria estudar no exterior”. Eu não queria, queria ganhar dinheiro, mas ele insistiu muito, então, um dia, provavelmente mais para me livrar dele do que por qualquer outra coisa, enviei candidatura para várias universidades dos EUA, como Harvard, Yale, Cornell, Chicago e Michigan.

Reitor Marcus Cole: Não para a Notre Dame?

Ministro Luís Roberto Barroso: Não, eu não estava muito bem-informado naquela época. Para a minha surpresa, eu fui aceito por todas as universidades e eu não sabia como aquilo tudo funcionava, porque era um tempo anterior

à internet, então toda a comunicação com as universidades era por meio de cartas. A princípio, eu iria para Harvard, porque me parecia ser a escolha mais óbvia, mas alguém me disse “seu lugar é em Yale”, então eu pesquisei um pouco e percebi que, de fato, era a melhor opção para mim. Fui para lá e essa experiência mudou a minha vida. Eu continuei trabalhando como professor de direito e advogado. Fui advogado particular por muitos anos e, depois de ter o que eu chamaria de uma vida confortável, comecei a atuar em litígios de interesse público perante a Suprema Corte e foi assim que cheguei até aqui. Gosto de compartilhar uma das principais coisas que aprendi quando estava em Yale. Naquele tempo, Bruce Ackerman já era visto como uma referência no campo do direito constitucional e eu estava cursando uma de suas disciplinas enquanto ele estava escrevendo a trilogia *We the people*. Todas as manhãs, quando eu passava por seu escritório, ele estava lá estudando ou escrevendo. Isso foi uma coisa que aprendi: você precisa continuar a estudar, você precisa trabalhar duro mesmo depois de se tornar bem-sucedido e, por isso, eu tento estudar todos os dias. Considero que estou estudando sempre que estou fazendo algo que não seja lidar com processos judiciais, então, se estou lendo o *Economist*, um jornal ou um artigo, por exemplo, sempre penso: “estou estudando agora” e eu tento fazer isso diariamente. Além de ser Ministro, gosto de ser um intelectual público, é isso que mais gosto de fazer e por isso estou aqui. Em resumo, eu diria que

essa é a minha vida contada em alguns parágrafos.

Reitor Marcus Cole: Eu gostaria de perguntar sobre a sua carreira como um acadêmico jurídico. O senhor tem isso em comum com alguns dos nossos Ministros da Suprema Corte nos Estados Unidos. A Ministra Elena Kagan foi Reitora da Harvard Law School e a Ministra Amy Coney Barrett foi nossa colega na Universidade de Notre Dame por muitos anos, antes de integrar a Suprema Corte dos Estados Unidos. Como ser um acadêmico jurídico influencia a sua forma de julgar? Como impacta a sua escrita e os seus processos de tomada de decisão?

Ministro Luís Roberto Barroso: Acredito que impacta de várias maneiras. Em primeiro lugar, proporciona uma base teórica para o que se está fazendo, de modo que você se preocupa em justificar da melhor forma possível o que está decidindo e encaixar a decisão nas suas ideias fundamentais. Outra coisa que eu considero quando estou decidindo algo é: se eu precisasse explicar isso aos meus alunos, eu estaria confortável? Porque isto também é muito importante: a sua capacidade de fazer as pessoas entenderem o que você está fazendo e o porquê de estar atuando dessa forma, então me ajuda muito. É uma via de mão dupla. Ser juiz ou advogado auxilia a sua vida acadêmica, porque te dá noção da vida real, das coisas concretas. Acadêmi-

cos podem ter uma tendência a ver as coisas de forma idealizada e, às vezes, o mundo pode ser bem difícil, então acho que é muito bom para ambos. É proveitoso para um acadêmico atuar como advogado ou juiz, e é bom para um advogado ser um acadêmico. Eu tive um professor que costumava dizer: “não há nada mais prático que uma boa teoria”, e eu concordo com ele.

Reitor Marcus Cole: Uma das questões com as quais estamos lidando nos Estados Unidos é a percepção de que nosso judiciário, em particular, a Suprema Corte, está se tornando cada vez mais politizada. Há quem acredite que os juízes estão se distanciando do Estado de Direito e sendo guiados por ideologia, por partidos políticos ou por lealdade a determinados atores políticos. Em sua visão, qual é o papel da política no judiciário? O senhor considera que as críticas em relação à inserção da política na tomada de decisões judiciais são justas?

Ministro Luís Roberto Barroso: Eu acredito que, nos Estados Unidos, esse “carimbo político” é mais evidente do que em outras partes do mundo. As pessoas se identificam, claramente, como mais liberais ou mais conservadoras, e elas normalmente votam seguindo esses padrões. Isso não acontece da mesma forma na maior parte do mundo. Aqui no Brasil, há muitas nuances nesse sentido. Para dar um exemplo ao senhor: eu sou bastante progressista em questões sociais, então, nos meus votos em casos jurídicos, eu apoio os

direitos da comunidade LGBT e dos povos indígenas, a igualdade de gênero e até em questões mais controversas, como em relação ao aborto, eu tenho uma visão mais progressista. Entretanto, no que diz respeito ao campo econômico, eu sou muito a favor do empresariado. De uma maneira geral, penso que é mais difícil rotular alguém como progressista ou conservador aqui do que nos Estados Unidos devido a esses pormenores.

Quanto a ser um ator político, é claro que as Cortes Supremas e as Cortes Constitucionais, até certo ponto, são atores políticos, no sentido de que tudo o que fazem impacta a realidade política. Se você derruba uma estátua por ser inconstitucional, evidentemente existe uma dimensão política, não há como esconder isso. O que você não pode ser é partidário. Você não pode escolher lados, ser imparcial é a essência de ser um juiz. Dito isso, todos os juízes têm uma ideia do que é bom, do que é justo, do que é legítimo, e é claro que você projeta isso em tudo o que faz. Sendo assim, como o direito não é matemática e há subjetividade, pode-se dizer que a interpretação da lei tem uma dimensão política, mas, novamente, o juiz precisa ser o mais objetivo possível, sem escolher lados. Ser percebido como um ator político é ruim para a Corte de Justiça. No México, o que está acontecendo agora é que os Ministros da Suprema Corte e todos os juízes estão sendo eleitos por voto popular. Quando isso acontece, você impede as Cortes de fazerem seu

papel de interpretação imparcial da lei e da constituição, e um importante papel da Corte é proteger minorias. Se você transformar o sistema judiciário em um sistema majoritário, não haverá nenhuma instância para proteger os direitos fundamentais quando a maioria se posicionar contra eles, por exemplo. Por isso, acredito que é muito problemático ter tribunais e juízes sendo eleitos. Sei que isso acontece em alguns estados dos EUA, mas todas as pessoas com quem conversei a respeito parecem não gostar dessa opção.

Reitor Marcus Cole: Nos Estados Unidos, uma das vantagens de se ter sistemas judiciais paralelos — o estadual e o federal — é que, embora alguns juízes sejam eleitos em nível estadual, existe a possibilidade alternativa de os litigantes levarem os casos ao sistema federal, no qual os juízes são nomeados de forma imparcial. Essa estrutura paralela ajuda, a meu ver, a evitar os perigos que o senhor mencionou.

Ainda nesse tema da política, uma das doutrinas que tem se desenvolvido no sistema judicial estadunidense, e que certamente é empregada por todo o sistema federal e parte do estadual, desde os tribunais distritais até a Suprema Corte, é a ideia de que o judiciário não deve intervir em algumas questões. Há aquelas que são chamadas de “questões políticas” (*political questions*), o que definimos como doutrina da questão política (*political question doctrine*), em que os

tribunais se afastam e sugerem que a temática deve ser decidida pelo povo ou pelos representantes eleitos. Existe algo parecido aqui no Brasil? Qual é a sua opinião sobre a doutrina da questão política?

Ministro Luís Roberto Barroso: Nós temos a doutrina da questão política e eu a considero muito importante, ainda que, no Brasil, seja necessário compreender o papel distinto da Suprema Corte em contraste com as Cortes Supremas em outras partes do mundo. Existem algumas razões para esse papel diferenciado. Em primeiro lugar, a Constituição brasileira é bastante abrangente e lida com muitas questões que, em outras partes do mundo, ficam a cargo da política. Como toda constituição democrática, ela aborda a separação de poderes, tem uma carta de direitos e organiza o Estado, considerando que o Brasil é um país federativo. Entretanto, a Constituição brasileira também lida com o sistema tributário, educacional, de seguridade social e de saúde, com o papel do governo em questões econômicas, além de proteger os direitos dos povos indígenas, lidar com o sistema de proteção ambiental, proteger a família, a juventude, os direitos dos idosos e tem um capítulo abordando os meios de comunicação, isto é, a mídia. Consequentemente, quando você leva uma questão para a Constituição, até certo ponto, você a remove da política e a traz para a esfera da lei, abrindo uma via para a sua judicialização. Assim, no Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, é bem mais difícil

traçar o limite entre a lei e a política. Além disso, nos EUA, para alcançar a Suprema Corte, você geralmente precisa de um caso ou uma controvérsia. No Brasil, nós temos esse caminho, mas também temos a possibilidade de ações diretas. Podemos entrar com ação direta questionando uma lei ou uma política pública e essas ações podem ser propostas por uma gama de atores.

Reitor Marcus Cole: Na instância da Suprema Corte?

Ministro Luís Roberto Barroso:

Sim, na Suprema Corte. O Presidente pode entrar com ação judicial, ação direta; o Procurador-Geral também pode; os Governadores; a Assembleia Legislativa; a Câmara dos Deputados; o Senado; a Ordem dos Advogados do Brasil; os partidos políticos com representação no Congresso com mais de 20 membros, todos esses podem propor uma ação direta. Nesse sentido, é necessário que um interesse seja bastante irrelevante para que você não encontre nenhum ator disposto a entrar com uma ação aqui. Sendo assim, no Brasil, praticamente tudo acaba na Suprema Corte. Nós temos uma visibilidade na decisão de questões controversas que vocês não têm nos Estados Unidos. Decidimos assuntos que vão desde o aborto até a demarcação de terras indígenas. Além disso, Reitor Cole, tudo é transmitido e fica disponível na televisão aberta, o que torna os Ministros figuras públicas, uma vez que qualquer pessoa pode assistir ao que estamos

fazendo, e não estou falando da audiência, a própria deliberação é transmitida. Assim, você conversa com os seus colegas, tentando afirmar a sua posição, mas acaba falando também com o grande público. Eu acredito que essas características que acabei de descrever conferem ao Supremo Tribunal Federal do Brasil um papel distinto em comparação à maioria das Cortes do mundo.

Reitor Marcus Cole: Eu estava conversando com um advogado brasileiro ontem que me disse: “tome cuidado, não faça nenhuma pergunta sobre a Constituição, porque ele literalmente escreveu o livro pelo qual eu estudei na graduação em direito”, mas eu quero perguntar ao senhor sobre a abordagem brasileira ao constitucionalismo e à democracia. Nos Estados Unidos, temos todo um espectro de constituições, desde a Constituição Federal até as Constituições Estaduais, que assumem diferentes formas. Uma coisa que é perceptível sobre as constituições dos EUA é que, se você analisa a Constituição Federal, ela é incrivelmente curta, deixa muitas coisas de fora. No extremo oposto, temos a Constituição da Califórnia, que é tão extensa que estou convencido de que ninguém jamais a leu por inteiro. A Constituição brasileira está em algum lugar entre as duas. Um dos argumentos utilizados em relação à Constituição dos EUA é que, por ser tão curta, ela é mais acessível ao povo, o que a torna mais democrática. Em sua opinião, ter uma constituição detalhada como

a do Brasil enfraquece a democracia ou a reforça?

Ministro Luís Roberto Barroso: Eu não penso que há um impacto direto em qualquer um dos casos. Eu li, há certo tempo, um artigo escrito por Tom Ginsburg a respeito da durabilidade das constituições. Havia um mito que considerava constituições mais longas como mais instáveis e geradoras de democracias também mais instáveis. O autor argumentou, então, que isso não é verdade, e, segundo ele, a extensão de uma constituição não tem grande impacto sobre a sua durabilidade ou efetividade. O que é importante o senhor compreender, vindo de um país de *common law*, é que o nosso sistema de *civil law* é de lei escrita. Nesse sentido, ter as coisas escritas em papel é provavelmente mais importante para nós do que é para vocês. Adicionalmente, a Constituição brasileira tem uma característica que devo frisar aqui: foi redigida após mais de duas décadas de ditadura militar, então toda a sociedade brasileira estava no Congresso, na Assembleia Constituinte, tentando incluir seu dispositivo na Constituição. Os corredores da Assembleia Constituinte eram como um espetáculo antropológico, onde estavam povos indígenas, militares, empregadas domésticas, juízes, promotores, todos queriam estar na Constituição, o que levou a um texto mais longo do que era desejado, já que todos os segmentos queriam ser contemplados de alguma forma. Essa é uma das razões para a extensão da Constituição brasileira.

Embora tenha um aspecto positivo no sentido de que a população estava participando, o lado negativo foi que o texto ficou muito detalhado, fazendo com que a política comum no Brasil passasse a exigir emendas constitucionais. Se quer mudar algo no sistema de seguridade social, você precisa de uma emenda constitucional, no sistema tributário também, e isso cria entraves, porque, para aprovar uma emenda constitucional, é necessário maioria qualificada, então a governabilidade fica comprometida quando é preciso emendar a constituição com frequência. Essa é uma desvantagem. De maneira geral, o que a Assembleia Constituinte fez foi o seguinte: eles decidiram incluir tudo na Constituição, mas também tornaram relativamente fácil emendá-la. É por isso que, em trinta e seis anos, tivemos cento e trinta e cinco emendas constitucionais. Entretanto, eu não considero que isso seja um grande problema, penso que temos feito um bom trabalho aqui no Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação da Constituição, e isso tem servido bem à democracia brasileira. De fato, existem vários problemas e algumas pessoas defendem a convocação de uma nova assembleia constituinte, mas eu sou completamente contra, porque há um capital político nesta Constituição, principalmente em seu papel na preservação da democracia brasileira ao longo dos últimos trinta e seis anos — quase quarenta anos. Pode soar óbvio para o senhor, por ser um cidadão dos Estados Unidos, mas, na América Latina, ter

quarenta anos de estabilidade institucional é uma conquista que deve ser celebrada e eu acredito que a Constituição contribuiu para isso.

Reitor Marcus Cole: O senhor mencionou a distinção entre o seu sistema de *civil law* e o nosso sistema de *common law* e eu gostaria de perguntar a respeito de uma diferença específica. O senhor sugeriu que, no sistema de *civil law*, é necessário haver mais detalhes, porque há uma ênfase no direito positivo. Um dos teóricos fundadores da *civil law*, Hans Kelsen, sugeriu que o positivismo e o direito escrito limitam mais o poder e a autoridade dos juízes do que o sistema de *common law*, no qual os juízes têm a confiança de encontrar ou até mesmo criar regras jurídicas. Entretanto, aqui no Brasil, vocês têm a autoridade monocrática, a autoridade individual de juízes ou Ministros para decidir casos. Como conciliar isso com a ideia de que uma estrutura constitucional positiva, um direito positivo, limita o poder dos juízes?

Ministro Luís Roberto Barroso: Em primeiro lugar, eu não concordo completamente com a premissa de que ter uma lei escrita limita, necessariamente, o poder. Talvez um sistema baseado em precedentes limitaria mais, uma vez que isso dá menos liberdade de interpretação ao juiz do que interpretar um estatuto. Como o senhor deve saber, o Brasil recentemente passou a adotar um sistema baseado em precedentes.

O novo Código de Processo Civil⁵ prevê o respeito aos precedentes e, portanto, a maioria das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça agora são vinculantes. Se você não as obedecer, existe uma ação específica que permite pular todas as instâncias e ir diretamente ao Supremo Tribunal Federal para alegar que o juiz não está respeitando um precedente. Então isso mudou no Brasil, e mudou nos EUA também, vocês têm uma quantidade maior de legislação escrita atualmente. Para concluir, eu não diria que ser um país de *civil law* ou de *common law* tem um impacto direto na limitação do poder do governo.

No que diz respeito ao problema com decisões monocráticas, como são chamadas aqui na Suprema Corte, dois pontos precisam ser frisados. O primeiro é que nós decidimos setenta mil casos no ano passado. É claro que isso não significa que realmente analisamos todos, considerando que, na maior parte das vezes, o que acontece é que mantemos a decisão do tribunal inferior, então, quando dizemos setenta mil, é um número razoavelmente fictício, uma vez que não estamos realmente trabalhando em todos eles. Ainda assim, se você está lidando com esse quantitativo, você não pode decidir tudo em Plenário, é simplesmente impossível. Essa é, então, a primeira razão pela qual temos tantas

⁵ Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

decisões monocráticas: a quantidade de casos que recebemos. Além disso, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem jurisdição sobre questões que um tribunal constitucional típico não teria, especialmente em questões criminais. Nós conduzimos inquéritos ou investigações contra membros do parlamento ou relacionadas a altos funcionários do governo e, quando se está conduzindo um caso criminal, você também não pode decidir tudo em Plenário. Em casos constitucionais, eliminamos a possibilidade de decisão monocrática, isso foi possível fazer. De qualquer forma, em relação a casos criminais e decisões controversas, em qualquer lugar do mundo, é um juiz que conduz a investigação. Assim, existe uma confusão na interpretação do público sobre a ideia de voto monocrático.

Reitor Marcus Cole: Agora quero falar um pouco sobre a sua visão a respeito das drogas. Eu li recentemente que o senhor é a favor da descriminalização da maconha, e esse é um tema com o qual estamos lidando nos Estados Unidos. Atualmente, quase metade dos estados nos EUA descriminalizaram o uso e alguns estados a legalizaram completamente, ainda que o governo federal dos EUA continue classificando a maconha como uma droga ilegal. Qual é a sua opinião a respeito da legalização e sobre o fato de as Cortes terem decidido pela descriminalização da maconha ou de outras drogas, sem esperar que o Congresso ou o Legislativo tomem uma decisão?

Ministro Luís Roberto Barroso: Só para deixar claro, eu considero que as drogas são nocivas e tenho educado meus filhos em uma cultura de não utilização de drogas, logo, nada que vou dizer aqui deve ser interpretado como apoio ao consumo. Eu acredito que drogas ilegais são prejudiciais e precisam ser evitadas, mas a guerra contra elas no Brasil foi perdida. Este país tem combatido as drogas com a polícia, o exército, a prisão de milhares de pessoas, enquanto o consumo aumenta e o poder dos traficantes cresce. Nós temos um problema que não conseguimos resolver bem. O Brasil tem por volta de setecentos mil detentos no sistema prisional, e aproximadamente 30% deles estão lá por crimes relacionados a drogas. Temos um hiperencarceramento de jovens, sem nenhum resultado positivo na redução do consumo de drogas e do poder dos traficantes. Meu entendimento é: o que estamos fazendo não está funcionando, precisamos pensar em outra alternativa. Não tenho certeza se a legalização da maconha será positiva, mas posso dizer certamente que o que estamos fazendo agora não está sendo eficaz, então acredito que deveríamos tentar essa opção, monitorando bem para ver se funciona. Nos EUA e na Europa, quando as drogas foram criminalizadas, a principal preocupação era com a proteção do usuário. No Brasil, uma política de drogas deveria também, é claro, se preocupar com o usuário, mas nosso principal problema é o poder que a ilegalidade das drogas dá aos traficantes, que dominam parte do território brasileiro. Essa é uma grande

violação dos direitos humanos, porque você impede uma família, vivendo em uma comunidade pobre dominada por traficantes, de criar seus filhos em uma cultura de honestidade e trabalho duro, uma vez que eles são intimidados ou cooptados pelo tráfico. Ao levar isso em consideração, uma política brasileira de drogas precisa estar focada no enfraquecimento do poder dos traficantes e este parece vir da ilegalidade. Nessa conjuntura, eu daria uma chance à descriminalização das drogas, monitorando de perto todo o processo.

Em relação à sua segunda pergunta, referente ao papel dos tribunais nesse assunto, bem, no sistema brasileiro, nós recebemos milhares de pedidos de *habeas corpus* para jovens presos com pequenas quantidades de drogas. Nós não podemos descriminalizar – isso é atribuição do Congresso –, mas ainda que a legislação brasileira trate a posse de drogas para uso pessoal de forma diferente do tráfico, a lei não estabelece a quantidade de maconha nem distingue uma situação da outra. Assim, o que acontecia na realidade era: nas cidades menores, onde a maioria das pessoas vivia, ter 40 gramas era considerado tráfico de drogas, enquanto, em comunidades mais prósperas, essa mesma quantidade era considerada como consumo individual. A distinção ficava a cargo da polícia. Uma pessoa pobre era considerada traficante, e uma pessoa rica, um consumidor. Nesse contexto, o que a Corte decidiu fazer, e eu estava à frente na época, foi estabelecer a quantidade que distinguiria consumo de trá-

fico, e nós estabelecemos 40 gramas. Basicamente, queríamos evitar esse erro na política de combate às drogas, que prende jovens pobres e, ao mesmo tempo, acaba fortalecendo involuntariamente as organizações criminosas que dominam o sistema prisional. Então a Corte no Brasil tecnicamente não descriminalizou as drogas, mas fez uma distinção muito importante entre consumo e tráfico de drogas.

Reitor Marcus Cole: Eu gostaria de fazer duas últimas perguntas, e a primeira delas diz respeito à sua abordagem em relação à interpretação constitucional e interpretação legal. O senhor se formou em direito aqui no Brasil, mas também recebeu formação jurídica nos Estados Unidos, em Yale, o berço do que chamamos de Originalismo, então está ciente de que o grande debate sobre interpretação constitucional nos Estados Unidos, atualmente, é sobre o que significa essa teoria, se ela deve ser a única ou a principal abordagem para a interpretação constitucional ou se deveríamos adotar abordagens com mais nuance. Gostaria de lhe perguntar qual é o seu método de interpretação constitucional e se aspectos como o Originalismo, a história e a tradição são apropriados ou não ao contexto brasileiro.

Ministro Luís Roberto Barroso: Eu acredito que o Originalismo só faz sentido nos Estados Unidos, devido à idade da Constituição, que data de 1787, e porque essa foi a doutrina que os conservadores encontraram para

resistir e reagir ao que eles chamavam de ativismo judicial da *Warren Court*. Então essa teoria só é estudada como uma doutrina importante nos EUA, não tem papel significativo em outros lugares. A ideia de se ter uma constituição viva, entretanto, me parece bem mais razoável do que o Originalismo, ou até mesmo o Textualismo, que já é um pouco mais sofisticado que o primeiro, do meu ponto de vista. Quanto à forma como interpreto a Constituição e, de modo geral, o direito, eu costumo dividir tudo em três camadas: a primeira eu chamo de dimensão normativa, a segunda é a camada ontológica e a terceira, a camada pragmática. A normativa diz respeito ao fato de que, ao interpretar a Constituição, é preciso respeitar os limites do dispositivo que está sendo analisado, tanto textuais quanto semânticos. Então, se o texto diz não, você não pode dizer sim. Sua margem de interpretação está dentro dos limites do texto, esse é o primeiro nível. O segundo é quando o texto oferece apenas uma possível solução e você tem o dever de aplicá-la. Se o prazo prescricional já se esgotou, por exemplo, não há como dar prosseguimento, esse é o nível ontológico. Há coisas que você precisa fazer, ainda que não goste do resultado, o que inclui, na minha visão, proteger até mesmo direitos fundamentais impopulares. Por último, dentro dos limites do texto, se não se tem o dever de decidir de uma maneira específica, então se chega à terceira camada, o nível pragmático. Neste caso, você deve produzir a solução que melhor responda às necessidades da

sociedade, essa é a única camada de interpretação em que se pode ser utilitarista. Assim, primeiro é preciso saber os limites do texto, preservar direitos fundamentais e tudo mais que se tem o dever de fazer e depois há uma margem de escolha. Essa é a dimensão política da interpretação. Quando se tem uma escolha, decidir entre diferentes possibilidades é sempre uma decisão política. Eis a minha forma de interpretar. Sou leitor de Ronald Dworkin e adoto o que ele chama de leitura moral da constituição: buscar interpretar as disposições sob a luz mais favorável aos princípios de justiça e integridade. Eu acredito que as constituições são um produto do Iluminismo e que, ao interpretar uma constituição, você deve ter em mente os valores desse movimento intelectual, que são a razão, a ciência, o humanismo e a crença no progresso social. É isso que eu procuro fazer.

Reitor Marcus Cole: Sua resposta nos encaminha bem para a minha última pergunta, que é mais pessoal. Como o senhor sabe, a Universidade de Notre Dame é católica, nossa faculdade de direito leva muito a sério esse traço de identidade e somos um espaço que valoriza e reconhece a interseção entre fé e razão. O que eu gostaria de perguntar é se o senhor é uma pessoa de fé e, caso seja, se isso tem um papel na sua forma de julgar e interpretar a Constituição e, de modo geral, no seu papel como Ministro e líder nesta sociedade.

Ministro Luís Roberto Barroso: Tenho, sim, muita fé, porque eu nasci em

uma família de mãe judia e pai católico, então fui criado em ambas as tradições. Eu tive de ler a Torá e os Evangelhos, portanto eu provavelmente fiz mais esforço nessa área do que a maioria das pessoas que conheço. Tenho muito respeito pela fé, por diferentes religiões e pela tolerância. Sou muito plural, assim acabei desenvolvendo uma religião própria, que inclui a Torá, os Evangelhos, Buda, Aquino e, certamente, um pouco de Kant. Em uma perspectiva mais moderna, há algumas ideias de Rawls que também gosto muito, então eu tenho uma maneira ampla de enxergar a fé, mas, no geral, minha religião é fazer a coisa certa. Independentemente de qual religião ou quais rituais você pratica, se esse é o seu objetivo final, fico confortável. Eu também tenho ligação com uma instituição oriental chamada Brahma Kumaris, que é uma filosofia espiritual indiana. Em resumo, eu me sinto muito à vontade com a fé e as religiões das pessoas, porém acho que há uma questão mais controversa, eu não gosto de misturar religião e política, acredito que são diferentes dimensões da vida. Eu considero que a religião deve ficar na esfera privada e não ser levada para a vida pública. Essa foi, por bastante tempo, no meu entendimento, a prática nos Estados Unidos, mas, em um momento específico, isso mudou. Não sou especialista no assunto, mas o que li é que Obama percebeu, em dado momento, que a religião estava sendo apropriada pelos republicanos, e que os democratas estavam perdendo esse grupo de eleitores, por assim dizer, então ele voltou a

trazer a religião para a esfera pública. No Brasil, nos últimos anos, houve um aumento na população evangélica, que também representou uma novidade enquanto força política. É claro que respeito os valores e o direito das pessoas de estarem na política, mas se dizem “meu oponente é o demônio”, eu não acredito que isso se qualifique como um argumento de razão pública, e a razão pública (*public reason*) é um dos conceitos de John Rawls de que eu gosto bastante. O véu da ignorância foi um *insight* brilhante e eu acredito que a ideia de razão pública também é muito importante. Para finalizar, atribuo muito valor e respeito à religião, mas prefiro quando ela é mantida na esfera privada da vida.

Reitor Marcus Cole: Muito obrigado por essa resposta. Podemos abrir para perguntas da plateia?

Público (Carlos Bernal): Muito obrigado, Ministro, por nos acolher aqui e por esse diálogo maravilhoso. Uma coisa que é sempre muito interessante para nós, juízes constitucionais, e que eu gostaria de saber, é a sua opinião sobre a eficácia das decisões que uma Corte toma, particularmente em relação às decisões transformadoras. Eu estava conversando com a Livia [Gil Guimarães], Coordenadora de Pesquisas Judiciárias, antes desta sessão, sobre como é difícil para as Cortes transformar a realidade, mesmo quando os juízes têm esse desejo. Estávamos falando sobre os casos de prisão que, às vezes, são estruturais,

nos quais as ideias da Corte são planejadas e há um esforço para catalisar os poderes a fim de colaborarem com o plano. No entanto, ao final, há bons casos, mas também há aqueles em que os resultados não são os melhores. Eu gostaria de perguntar ao senhor sobre essa parte difícil de ser um juiz.

Ministro Luís Roberto Barroso: Eu acredito que uma Corte transformadora tem mais impacto em questões sociais do que em questões materiais e econômicas. No Brasil, foi o sistema judiciário que fez progressos importantes nos direitos, por exemplo, da comunidade LGBT, e a legalização do casamento homoafetivo nunca teria ocorrido se não fosse pelas Cortes. Eu também penso que algumas ações afirmativas para mulheres não teriam ocorrido sem a atuação do sistema judiciário. Por exemplo, na política, a Corte decidiu que ao menos 30% dos fundos públicos de campanha devem ser destinados às mulheres, e isso não teria acontecido [sem a atuação do sistema judiciário]. Também nas ações afirmativas para pessoas negras e na proteção de povos indígenas, eu acredito que a Corte teve um papel importante. Então, nessas questões, eu considero que a Corte pode ter uma atuação muito transformadora. Entretanto, no que diz respeito a mudanças na realidade social e combate à pobreza, em uma ótica mais geral, precisa ser por atuação política, não há outra forma. Claro, é possível tomar algumas medidas factuais e específicas, mas não se muda a realidade com decisões da Corte, precisamos ser modestos quanto a isso.

Agora trazendo a questão da litigância estrutural, eu sei que a Colômbia, de certa forma, espelhou o que aconteceu nos Estados Unidos, e nós, em troca, espelhamos o que aconteceu na Colômbia, tentando aprender com o que não funcionou por lá. Uma coisa que nunca devemos fazer na vida é pensar demais de nós mesmos e, por vezes, as Cortes supõem que podem consertar mais do que de fato conseguem. O que fizemos foi a criação da nossa própria doutrina de litigância estrutural e temos pessoas aqui que estão estudando isso profundamente. Eu acredito que um caso estrutural é dividido em três partes. Normalmente, quando se vai ao tribunal, você espera uma decisão, a qual será final e o juiz vai para casa após proferi-la. Na litigância estrutural, o sistema judiciário faz algo um pouco diferente. As três fases são as que seguem: na primeira, é feito o diagnóstico de que há um problema que fere profundamente a Constituição ou os direitos fundamentais, como foi o caso do sistema prisional no Brasil⁶ ou o da invasão das terras indígenas⁷, para dar dois exemplos. Você detecta que há um problema, essa é a primeira fase do caso. Percebe-se, então, que a Corte não tem meios para resolvê-lo, por isso, é emitida uma ordem para que o órgão competente, o Executivo, ou seja quem for, apresente um plano ou um conjunto de medidas para superar o problema diagnosticado. Essa é a segunda fase, é ordenada a elaboração de um plano e a

⁶ ADPF n.º 347/DF.

⁷ ADPF n.º 709/DF.

submissão dele para a ratificação pela Corte, o que significa que você não está agindo ou decidindo o que fazer e, sim, dizendo à outra pessoa: “faça o seu dever de casa, traga-o de volta para mim e eu vou te dizer se está bom”. Por fim, chega-se à terceira e mais difícil etapa, que é monitorar se o plano está sendo bem aplicado. Nós temos tentado fazer isso nos casos do sistema prisional, da questão indígena e de alguns casos ambientais. Está nos primeiros estágios, Carlos [Bernal], então não posso te dar certeza de que vai funcionar melhor do que na Colômbia, mas nós estamos sendo bastante cuidadosos para não tentar fazer mais do que o razoável. Eu fui o relator no caso do sistema prisional e disse que ninguém deveria pensar que iríamos consertar o sistema, nós apenas o tornaríamos melhor, porque, exceto a Noruega, nenhum país conseguiu resolver o sistema prisional, nem mesmo países ricos como os Estados Unidos. Eu sei que precisamos ser cautelosos quanto às nossas ambições, uma vez que há muitas coisas que não podemos fazer, mesmo querendo, e, muitas vezes, ainda que acreditemos saber qual é a coisa certa a se fazer, concretizá-la é difícil.

Reitor Marcus Cole: Outras perguntas?

Ministro Luís Roberto Barroso: Carlos [Bernal] tem um dos livros mais importantes já escritos sobre proporcionalidade, e todos nós aprendemos muito com ele.

Público: Obrigado, senhor Presidente. Tenho uma pergunta: o Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, aumentou o uso de mecanismos, como as audiências públicas, que vão além dos instrumentos tradicionais utilizados previamente para maior participação, como memoriais de *amicus curiae*. De que modo o senhor enxerga esse aumento no uso de audiências públicas e mecanismos afins? Acredita que isso ampliou a participação social em casos e julgamentos pelo Supremo Tribunal?

Ministro Luís Roberto Barroso: Como eu mencionei anteriormente, nós não somos tradicionais, fazemos coisas que outras Cortes geralmente não fariam, como audiências públicas. Nós as realizamos para ouvir especialistas sobre diferentes questões. Na minha experiência, o propósito da audiência pública pode ser educar um juiz em certa questão técnica, mas seu papel mais importante é dar visibilidade a uma discussão para que a opinião pública e a sociedade, de maneira geral, entenda o que está acontecendo e qual é a questão. Muitas pessoas vão dizer: “mas os juízes nem participam das audiências públicas”, no entanto, não é disso que se trata, porque o relator comparece e faz um relatório sobre o que foi discutido. À época em que eu era advogado, uma das primeiras audiências públicas foi um caso envolvendo

feto anencéfalo⁸. O Brasil é um país de cultura predominantemente católica e existe uma visão bastante restritiva do aborto, este é criminalizado no Código Penal, exceto no caso de estupro ou risco à vida da mãe. Nesse contexto, a discussão era o que fazer quando o diagnóstico laboratorial identificasse que um feto não seria viável, especialmente neste caso, porque há uma falha em sua formação e ele não teria cérebro. A doença é diagnosticada no terceiro mês de gravidez, então a discussão foi a seguinte: “se uma mulher descobre, no terceiro mês, que seu feto não é viável, ela pode ter um aborto?” Foi uma questão de grande peso. Audiência pública foi convocada para que as pessoas pudessem discuti-la, todos os diferentes pontos de vista foram apresentados, e eu acredito que o caso ficou mais maduro para o julgamento, porque as pessoas perceberam que não havia como essa mãe sair da maternidade com o berço, ela sairia com o caixão. Isso ajudou a criar um ambiente favorável à decisão, uma vez que as pessoas conseguiram entender melhor o que estava sendo discutido. Também houve grande discussão sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias⁹ quando eu era advogado. Naquele tempo, ninguém sabia realmente do que se tratava, então a audiência pública informou a população, dando às pessoas uma ideia do que estava acontecendo. Em última

análise, eu acredito que audiências públicas têm o papel de dar certa legitimidade a uma decisão, ao mostrarem que são baseadas em discussão prévia que foi aberta ao público e, assim, todos podem compreender o que está havendo. Eu considero esse um papel importante. Em um caso que envolveu o âmbito religioso¹⁰, eu estava na minoria aqui na Corte, embora muitas vezes eu esteja na maioria. A decisão teve divisão de seis votos contra cinco. Era a respeito do ensino religioso em escolas públicas. Minha visão era que deveriam ensinar a história da religião e diferentes doutrinas, mas não poderia haver um ensino confessional de religião, entretanto minha posição não prevaleceu. Eu convoquei uma audiência pública e a maioria das denominações foi contra, mas a Igreja Católica se posicionou a favor e sua posição acabou prevalecendo com a maioria da Corte. Assim, penso que as audiências públicas têm um papel significativo.

Reitor Marcus Cole: Mais alguma pergunta? Bom, já que não há, então, senhor Presidente, gostaria de agradecer por juntar-se a mim nesta conversa. Muito obrigado!

Ministro Luís Roberto Barroso: Conversas como esta nos fazem repensar coisas sobre as quais já nem refletimos mais. Obrigado por ter vindo! Foi um prazer recebê-lo aqui.

⁸ ADPF n.º 54/DF. Audiência pública disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C8aZ7jXdgj8>.

⁹ ADI n.º 3510/DF. Audiência pública disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=E-72dhUBb5g>.

¹⁰ ADI n.º 4439/DF. Audiência pública disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mNrmjzN5-c>.

SUPREMA INTERVIEW/ENTREVISTA¹⁻²

Luís Roberto Barroso³

Interviewed by/Entrevistado por:

Gilbert Marcus Cole⁴



Foto: Gustavo Moreno (STF)

Chief Justice Luís Roberto Barroso:
Good morning, everyone! We are very
happy to welcome Dean Gilbert Marcus

Ministro Luís Roberto Barroso: ¡Bue-
nos días a todos! Estamos muy contentos
de recibir al rector Gilbert Marcus Cole,

¹ COLE, Gilbert Marcus. Interview with Chief Justice Luís Roberto Barroso. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 35-64, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a557/>. COLE, Gilbert Marcus. Entrevista a Ministro Luís Roberto Barroso. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 35-64, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a557/>.

² Originally published in *Suprema – Constitutional Studies Law Review*. This interview is based on the transcription of the event “Democracy, Fundamental Rights and the Role of Supreme Courts”, held on 03/12/2025, at the Grand Hall of the Federal Supreme Court, organized by Coordination of Judicial Research/Secretariat of High Studies, Research and Information Management. This interview is being published in an unprecedented way. This transcription was carried out using the feature available in Microsoft Word. Following the automated transcription, a thorough manual review was conducted while listening to the original audio recordings, with the aim of correcting, formatting and adapting the content to enhance clarity and comprehension. This transcription was edited to eliminate verbal fillers, repetitions, pauses and incomplete sentences in order to provide a more fluid and coherent structure. Nevertheless, the substance of the speeches was preserved as faithfully as possible. We would like to thank Beatriz Araújo Roriz and Carolina Martins Marinho for transcribing the interview. We also thank Ana Luísa Pernambuco Parisi, Ernani da Costa e Silva Filho, Francisca Javiera Gallardo Conejera for the translation and Patrícia Perrone Campos Mello, Livia Gil Guimarães, Renata de Jesus Ferreira, Ana Clara Bustamante Correia and Carolina Rezende Moraes for the text review. Furthermore, we thank Nathany Dias de Araújo for the linguistic review. / Publicado originalmente en *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*. Esta entrevista se basa en la transcripción del evento “Democracia, Derechos Fundamentales y el Papel de las Cortes Supremas”, celebrado el 12 de marzo de 2025 en el Salón Noble del Supremo Tribunal Federal y organizado por la Coordinación de Investigaciones Judiciales/Secretaría de Estudios Avanzados, Investigaciones y Gestión de la Información. Esta entrevista se publica por primera vez. Esta transcripción se realizó utilizando la herramienta disponible en Microsoft Word. Tras la transcripción automática, se llevó a cabo una minuciosa revisión manual, basada en la escucha de la grabación original, con el fin de corregir, formatear y adaptar el contenido para mejorar la claridad y la comprensión. La transcripción se editó para eliminar vicios lingüísticos, repeticiones, pausas y frases incompletas, con el fin de proporcionar una estructura más fluida y coherente. Aun así, el contenido de las intervenciones se conservó de la forma más fiel posible. Nos gustaría dar las gracias a Beatriz Araújo Roriz y Carolina Martins Marinho por la transcripción de la entrevista. También agradecemos a Ana Luísa Pernambuco Parisi, Ernani da Costa e Silva Filho, Francisca Javiera Gallardo Conejera por la traducción y Patrícia Perrone Campos Mello, Livia Gil Guimarães, Renata de Jesus Ferreira, Ana Clara Bustamante Correia y Carolina Rezende Moraes por la revisión del texto. Además, agradecemos Nathany Dias de Araújo por la revisión lingüística.

³ Chief Justice of the Federal Supreme Court (STF) and President of the National Council of Justice (CNJ). Full Professor of Constitucional Law at the Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor of the Centro Universitário



Foto: Gustavo Moreno (STF)

Cole from Notre Dame Law School, in the United States. He has had a distinguished career as a professor, having been a lawyer, a teacher at Stanford, and now he is Dean at Notre

de la Notre Dame Law School, en Estados Unidos. Ha desarrollado una notable carrera como profesor, ha ejercido como abogado, ha impartido clases en Stanford y actualmente ocupa el cargo de rector en

de Brasília (Uniceub). Postdoctoral studies as a Visiting Scholar at Harvard Law School (2011) and Senior Fellow at Harvard Kennedy School (2018). Curriculum vitae: <http://lattes.cnpq.br/2430424576721113>. / Ministro Presidente del Supremo Tribunal Federal (STF) y del Consejo Nacional de Justicia (CNJ). Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro (UERJ). Profesor del Centro Universitario de Brasilia (Uniceub). Estudios de Posdoctorado como Visiting Scholar en la Harvard Law School (2011) y Senior Fellow en la Harvard Kennedy School (2018). Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2430424576721113>.

⁴ *Joseph A. Matson* Dean and Professor of Law at Notre Dame Law School. Bachelor's degree Applied Economics from Cornell University and a Juris Doctorate from Northwestern University. He was a faculty member at Stanford University Law School, where he served as Associate Dean for Academic and Curricular Affairs for five years. His academic and professional experience includes a tenure at the law firm of Mayer Brown; clerking for Judge Morris Sheppard of the U.S. Court of Appeals for the Eighth Circuit; fellowship at the Hoover Institution and the Center for Law and Economics at the University of Amsterdam; and visiting professorships at various institutions around the world. He served on the editorial board of the *Cato Supreme Court Review*, the advisory board of BARBRI and the Independent Institute's Center on Culture and Civil Society, and the legal advisory committee on the U.S. bankruptcy. / *Joseph A. Matson* Rector y profesor de Derecho en la *Notre Dame Law School*. Es licenciado en Economía Aplicada por la *Cornell University* y doctor en Derecho (*Juris Doctor*) por la *Northwestern University*. Fue miembro del cuerpo docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, donde ocupó el cargo de rector asociado de Asuntos Académicos y Curriculares durante cinco años. Su experiencia académica y profesional incluye su trabajo en el bufete de abogados Mayer Brown; su labor como asesor jurídico del juez Morris Sheppard en el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Octavo Circuito; becas de investigación en la *Hoover Institution* y en el *Center for Law and Economics* de la Universidad de Ámsterdam; y puestos como profesor visitante en diversas instituciones de todo el mundo. Ha formado parte del consejo editorial de *Cato Supreme Court Review*, del consejo asesor de BARBRI y del *Center on Culture and Civil Society* del *Independent Institute*, además de haber integrado el comité asesor jurídico sobre quiebras en Estados Unidos.



Foto: Gustavo Moreno (STF)

Dame and has this program through which he travels the world and talks to Justices, debating their careers and their views. For those who don't know, Notre Dame is a very prestigious Law school in the United States. Along with Dean Cole is my old friend, and former Colombian Constitutional Court Judge, Carlos Bernal, I am very happy to see you again. As for me, this is a short introduction, but my name is Roberto Barroso, and I'm a Judge here at the Supreme Court. Dean Cole, it's a pleasure to have you here and to hold this conversation with you.

Dean Marcus Cole: Mr. President, we are so honored and delighted that you hosted us here today, thank you for taking the time to speak with us. We in the United States are very focused on the activities of our own Supreme Court, but one of the

la Universidad de Notre Dame. En esta institución, también dirige un programa mediante el cual viaja por todo el mundo y conversa con jueces, debatiendo sobre sus trayectorias profesionales y sus opiniones. Para aquellos que no lo sepan, Notre Dame es una facultad de derecho muy prestigiosa en los Estados Unidos. Junto al rector Cole se encuentra también mi querido amigo y exjefe de la Corte Constitucional de Colombia, Carlos Bernal. Me alegra mucho volver a verlo. Permítame presentarme brevemente: mi nombre es Roberto Barroso y me desempeño como juez en esta Corte Suprema. Rector Cole, es un honor recibirlo y tener la oportunidad de conversar con Usted.

Rector Marcus Cole: Señor presidente, nos sentimos muy honrados y felices de recibirle aquí hoy, gracias por dedicarnos su tiempo para conversar con nosotros. Mis colegas y yo en Estados Unidos estamos muy centrados en las actividades

things we think is instructive is if we can learn, as Americans, from the operations of Courts elsewhere, and so I want to begin by asking you a little bit about your career, your origins, your interest in law, and what brought you to this point in your career.

Chief Justice Luís Roberto Barroso:

Well, when I went to college, back in the late seventies, I wasn't sure what I wanted to do. Here, law is undergrad, so I was studying law in the morning at the State University of Rio, and economics at night at Catholic University, also in Rio. I studied economics for five periods, which added up to two years and a half. I took calculus I, calculus II, financial math, statistics I, statistics II, and one day I realized I wasn't made of that stuff, so I withdrew from my economics program and kept pursuing law. While I was in law school, Brazil was going through a difficult time, because the military dictatorship was still ongoing. I was very much involved with the student movement, which was a peaceful resistance to the military regime, and I was the editor of the school newspaper. When I graduated, I started doing what I wanted to do the most, which was teaching. I was also a lawyer for quite some time, and I've been at the Supreme Court for twelve years now, but my profession is to be a teacher, to

de nuestra propia Corte Suprema, pero creemos que será instructivo si, como estadounidenses, podemos aprender el funcionamiento de los tribunales de otros países. Así que quiero empezar preguntándole un poco sobre su trayectoria profesional, sus orígenes, su interés por el derecho y lo que le ha llevado hasta este punto de su carrera.

Ministro Luís Roberto Barroso:

Bueno, cuando ingresé en la universidad, a finales de los años setenta, no tenía claro qué quería hacer. En nuestro país, la carrera de Derecho se cursa a nivel de licenciatura. En mi caso, asistía por las mañanas a la Universidad Estatal de Río de Janeiro, donde estudiaba Derecho, y por las noches a la Universidad Católica, también en Río, donde cursaba Economía. Estudié Economía durante cinco semestres, lo que sumó un total de dos años y medio. Cursé cálculo I, cálculo II, matemáticas financieras, estadística I, estadística II, y un día me di cuenta de que eso no era para mí, así que abandoné la carrera de Economía y continué estudiando Derecho. En aquella época, Brasil atravesaba un momento difícil, porque la dictadura militar aún estaba en vigor. Estaba muy involucrado en el movimiento estudiantil, que era una resistencia pacífica al régimen militar, y era el editor del periódico de la universidad. Cuando me gradué, comencé a dedicarme a aquello que más deseaba: enseñar. También ejercí la abogacía durante muchos años y formo parte de la Corte Suprema desde hace doce años. Sin embargo, mi verdadera vocación es la docencia en Derecho. Aún imparto clases cada semana; enseño los viernes en Río

be a law professor. I still teach every week, I teach on Fridays in Rio and I'm there whenever I can. So I started my teaching career and I combined it with starting a law practice. At the time, I had a law professor, Jacob Dollinger, who said: "you should study abroad". I didn't want to, I wanted to make money, but he really insisted, so one day, probably more to get rid of him than anything else, I applied to several U.S. universities such as Harvard, Yale, Cornell, Chicago and Michigan.

Dean Marcus Cole: But not Notre Dame?

Chief Justice Luís Roberto Barroso: No, I wasn't very well informed at the time. To my surprise, I was then accepted to all of them, and I didn't know how that worked because it was a time pre-internet, so the communication with universities was through letters. I was going to go to Harvard because that just sounded obvious to me, but then someone told me: "Yale is where you want to be". I then did some research, and I realized that in fact Yale was where I wanted to be. So I went to Yale, and it changed my life. I kept on being a law professor and a lawyer. I was a private lawyer for many years and then, after having what I would call a comfortable life, I started to do public interest litigation before the Supreme Court, and that's how I got here. One thing I like to share is one of the main things I learnt

y viajo allí siempre que me es posible. Así fue como inicié mi carrera como profesor, labor que concilié desde el principio con el ejercicio de la abogacía. En aquella época, tenía un profesor de Derecho, Jacob Dollinger, quien solía decirme: 'deberías estudiar en el extranjero'. Yo no tenía esa intención, prefería empezar a ganar dinero; sin embargo, él insistió con tanta determinación que, un día —probablemente más por librarme de su insistencia que por convicción propia— envié solicitudes de admisión a varias universidades de los Estados Unidos, entre ellas Harvard, Yale, Cornell, Chicago y Michigan.

Rector Marcus Cole: ¿No a Notre Dame?

Ministro Luís Roberto Barroso: No, en aquel entonces no estaba muy bien informado. Para mi sorpresa, fui aceptado por todas las universidades, pero no sabía bien cómo funcionaba todo ese proceso, ya que era una época anterior a la existencia de internet, y toda la comunicación con las universidades se realizaba por correspondencia. Al principio, iba a ir a Harvard, porque me parecía la opción más obvia, pero alguien me dijo: "Su lugar está en Yale", así que investigué un poco y me di cuenta de que, efectivamente, Yale era la mejor opción para mí. Fui a Yale y esa experiencia cambió mi vida. Seguí trabajando como profesor de derecho y abogado. Fui abogado en la práctica privada durante muchos años y, después de haber alcanzado lo que podría llamar una vida cómoda, comencé a actuar en litigios de interés público ante la Corte Suprema. Así fue como llegué hasta aquí. Una cosa que me gusta compartir es una de las principales cosas que aprendí

while at Yale. When I was there, Bruce Ackerman was already viewed as a star in constitutional law, and I was taking his course when he was writing the trilogy “We the people”. Every morning, when I passed by his office, he was there studying or writing. That was one thing I learnt: you need to keep on studying, you need to work hard even after you become successful, and so I try to study every day. I consider studying when I’m doing something that is not dealing with lawsuits. So if I’m reading the *Economist*, or reading the paper, or reading an article, I always think: “i’m studying right now”, and I try to do that every day. Besides being a judge, I like being a public intellectual, that’s what I like to do, and that’s why I am here. In summary, I’d say that’s my life told in a few paragraphs.

Dean Marcus Cole: I’d like to ask you about your career as a legal academic. You have that in common with a few of our Supreme Court Justices in the States: Justice Elena Kagan, was the Dean of Harvard Law School, Justice Amy Coney Barrett was our colleague at the University of Notre Dame for a long time before going to the Supreme Court of the United States. How does being a legal academic influence the way you approach judging? How does it impact your writing? How does it impact your decision making?

cuando estaba en Yale. En aquella época, Bruce Ackerman ya era considerado una referencia en el campo del derecho constitucional y yo estaba cursando una de sus asignaturas mientras él escribía la trilogía “We the people”. Todas las mañanas, cuando pasaba por su oficina, él estaba allí estudiando o escribiendo. Eso fue algo que aprendí: hay que seguir estudiando, hay que trabajar duro incluso después de alcanzar el éxito, y por eso intento estudiar todos los días. Considero que estoy estudiando siempre que hago algo que no sea ocuparme de procesos judiciales, así que, si estoy leyendo el *Economist*, un periódico o un artículo, por ejemplo, siempre pienso: a “ahora estoy estudiando”, e intento hacerlo a diario. Además de ser ministro, me gusta desempeñarme como intelectual público; eso es lo que más disfruto hacer y es precisamente por eso que estoy aquí. En resumen, podría decir que esta es mi vida contada en unos pocos párrafos.

Rector Marcus Cole: Quisiera preguntarle sobre su carrera como académico jurídico. Usted tiene eso en común con algunos de nuestros ministros de la Corte Suprema de los Estados Unidos: la ministra Elena Kagan fue rectora de la Harvard Law School y la ministra Amy Coney Barrett fue nuestra colega en la Universidad de Notre Dame durante muchos años, antes de formar parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos. ¿Cómo influye el hecho de ser académico en derecho en su forma de juzgar? ¿Cómo repercute en su forma de escribir y en sus procesos de toma de decisiones?

Chief Justice Luís Roberto Barroso:

I think it impacts in many ways. First, it gives you a theoretical background to what you're doing, so you have the concern of justifying in the best way what you are deciding, and fitting it into your basic ideas. Another thing I consider when I'm deciding something is: if I had to explain this to my students, would I be comfortable? Because that is also very important: your capacity to make people understand what you are doing and why you're doing it, so it does help me a lot. And it goes both ways. Being a judge or a lawyer helps your academic life because it gives you a sense of real life, of real things. Academics can tend to see things through rose-colored glasses, and sometimes the world gets pretty dark, so I think it's very good for both. It's good for an academic to be a practicing lawyer or a judge, and it's also good for a lawyer to be an academic. I had a professor who used to say: "there is nothing more practical in this life than a good theory", and I agree with him.

Dean Marcus Cole: One of the things that we are wrestling with in the United States is the perception that our judiciary and, in particular, our Supreme Court, is becoming increasingly political. There are those who believe that the justices are departing from the rule of law and they are being guided by ideology, or party politics, or allegiance to particular political actors. What is the role, in your view, of politics in the judiciary? Do you consider

Ministro Luís Roberto Barroso: Creo que tiene un impacto de múltiples formas. En primer lugar, proporciona una base teórica para aquello que uno hace, lo que lleva a preocuparse por justificar de la mejor manera posible las decisiones que se toman, procurando alinearlas con los principios fundamentales que uno sostiene. Otro aspecto que siempre considero al tomar una decisión es: si tuviera que explicársela a mis alumnos, ¿me sentiría cómodo haciéndolo? Porque eso también es muy importante: la capacidad de hacer que las personas comprendan lo que uno está haciendo y por qué actúa de determinada manera. Y esa reflexión me resulta de gran ayuda. Es una vía de doble sentido. Ser juez o abogado ayuda en la vida académica porque le da una noción de la vida real, de las cosas concretas. Los académicos pueden tener una tendencia a ver las cosas de forma idealizada, y a veces el mundo puede ser muy difícil, así que creo que es muy bueno para ambos. Es provechoso para un académico ejercer como abogado o juez, y también es bueno para un abogado ser académico. Tuve un profesor que solía decir: "No hay nada más práctico que una buena teoría", y estoy de acuerdo con él.

Rector Marcus Cole: Una de las cuestiones que estamos abordando en Estados Unidos es la percepción de que nuestro Poder Judicial, en particular la Corte Suprema, se está politizando cada vez más. Hay quienes creen que los jueces se están alejando del Estado de derecho y se están dejando guiar por la ideología, los partidos políticos o la lealtad a determinados actores políticos. En su opinión, ¿cuál es el

fair the criticisms, regarding the insertion of politics in judicial decision-making?

Chief Justice Luís Roberto Barroso:

Well, I think in the United States that political rubber stamp is more apparent than in other parts of the world. People are clearly identified as more liberal or more conservative, and they usually vote along these lines. It's not the same in most parts of the world. Here in Brazil, it's quite nuanced. Just to give you an example: I am very progressive in social matters, so, in my votes in legal cases, I support LGBT community rights, I support indigenous communities, gender equality, and even in more controversial issues, like abortion, I have a more progressive view. But when it comes to the field of economics, I am very pro-business. In sum, I believe it's harder to rubber stamp someone as progressive or conservative here than it is in the United States, as things are far more nuanced.

As for being a political actor, of course Supreme Courts and Constitutional Courts, to a certain extent, are political actors in the sense that whatever they do will impact the political reality. If you struck down a statute for been unconstitutional, of course that has a political dimension, you can't hide that. What you cannot be is partisan, you cannot have sides, being impartial is the essence of being a judge. That being said, all judges have an idea of what is good, of what

papel de la política en el Poder Judicial? ¿Considera justas las críticas relativas a la influencia de la política en la toma de decisiones judiciales?

Ministro Luís Roberto Barroso: Creo que en Estados Unidos ese “sello político” es más evidente que en otras partes del mundo. Las personas se identifican claramente como más liberales o más conservadoras, y suelen votar siguiendo esos patrones. Esto no ocurre de la misma manera en la mayor parte del mundo. Aquí en Brasil hay muchos matices en ese sentido. Por ponerle un ejemplo: soy bastante progresista en cuestiones sociales, por lo que, en mis votos en casos jurídicos, apoyo los derechos de la comunidad LGBT, de los pueblos indígenas, la igualdad de género e incluso en cuestiones más controvertidas, como el aborto, tengo una visión más progresista. Sin embargo, en lo que respecta al ámbito económico, soy bastante favorable al empresariado. En términos generales, considero que es más difícil etiquetar a alguien como progresista o conservador aquí que en los Estados Unidos, debido a esas sutilezas.

En cuanto a ser un actor político, está claro que las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales, hasta cierto punto, son actores políticos, en el sentido de que todo lo que hacen repercute en la realidad política. Si derribas una estatua por ser inconstitucional, evidentemente hay una dimensión política, no hay forma de ocultarlo. Lo que no se puede ser es partidista, no se puede tomar partido, ser imparcial es la esencia de ser juez. Dicho esto, todos los jueces tienen una idea de lo que es bueno, de lo que es justo, de lo que es legítimo, y es evidente que eso se proyecta en todo lo que se hace. Dado

is fair, of what is legitimate, and of course you project that in whatever you do. So, in the sense that law is not math, and there is some subjectivity, you can say that interpreting law has a political dimension. But again: the judge needs to be as objective as possible, without taking sides. Being perceived as a political actor is bad for the Court of Justice. In Mexico, what is happening is, now they are having the Supreme Court justices and all judges being elected by popular vote. When that happens, you preclude the Courts to do their role of interpreting the law and the constitution impartially, and one important role of Courts is protecting minorities. If you transform the Court system into a majoritarian system, you won't have any instance to protect fundamental rights when the majority is against it, for example. Therefore, I believe it's very problematic to have Courts and judges being elected. I know in some U.S. states they are elected, but everyone I've spoken to seems to dislike that option.

Dean Marcus Cole: One of the advantages in the United States of having parallel court systems - state court systems and federal court systems - is that even though some judges are elected at a state level, there is also the alternative possibility for litigants to remove cases to a federal system where you have impartially appointed judges, so there is that parallel structure that avoids the dangers that you point out, I think.

que el derecho no es una ciencia exacta y existe subjetividad, se puede decir que la interpretación de la ley tiene una dimensión política. Pero, nuevamente, el juez debe ser lo más objetivo posible, sin tomar partido. Ser percibido como un actor político es perjudicial para la Corte de Justicia. Ser percibido como un actor político es malo para la Corte de Justicia. En México, lo que está sucediendo ahora es que los ministros de la Corte Suprema y todos los jueces están siendo elegidos por voto popular. Cuando esto ocurre, se impide que los tribunales desempeñen su función de interpretación imparcial de la ley y la Constitución, y una función importante de la Corte es proteger a las minorías. Si se transforma el sistema judicial en un sistema mayoritario, no habrá ninguna instancia para proteger los derechos fundamentales cuando la mayoría se oponga a ellos, por ejemplo. Por eso, considero muy problemático que los tribunales y jueces sean elegidos. Sé que eso ocurre en algunos estados de los Estados Unidos, pero todas las personas con las que he conversado al respecto parecen no estar a favor de esta opción.

Rector Marcus Cole: Una de las ventajas de tener sistemas judiciales paralelos en Estados Unidos, el sistema judicial de los estados y el sistema judicial federal, es que, aunque algunos jueces son elegidos a nivel del estado, existe la posibilidad alternativa de que los litigantes lleven los casos al sistema federal, en el que los jueces son nombrados de manera imparcial. Esta estructura paralela ayuda, en mi opinión, a evitar los peligros que usted ha mencionado.

Continuing with this theme of politics, one of the doctrines that has developed in the American court system, that's employed by certainly all of the federal judiciary and some of the state judiciary, from the district courts all the way up to the Supreme Court, is the idea that for certain issues, the judiciary ought not to way in. There are things that are referred to as political questions, we call it the political question doctrine, where the Courts step aside, and suggest that the issue ought to be decided by the people or the people's elected representatives. Do you have anything like that here in Brazil, and what are your thoughts on the political question doctrine?

Chief Justice Luís Roberto Barroso:

We do have the political question doctrine, and I think it's very important, although in Brazil one needs to understand the distinct role that the Supreme Court plays in contrast with Supreme Courts in other parts of the world. There are a few reasons for this distinct role. Firstly, the Brazilian Constitution is very comprehensive, and it deals with many issues that in other parts of the world are left to politics. As any democratic Constitution, it addresses the separation of powers, it has a bill of rights and it organizes the state, Brazil is a federal state. But besides doing that, the Brazilian Constitution also deals with the social security system, with the tax system, with the public health care system, with the educational system, with the role of

Siguiendo con el tema de la política, una de las doctrinas que se ha desarrollado en el sistema judicial estadounidense, y que sin duda se aplica en todo el sistema federal y en parte del sistema de los estados, desde los tribunales de distrito hasta la Corte Suprema, es la idea de que, en algunas cuestiones, el poder judicial no debe intervenir. Hay cuestiones que se denominan “cuestiones políticas” (political questions), lo que llamamos doctrina de la cuestión política (political question doctrine), en las que los tribunales se apartan y sugieren que el tema debe ser decidido por el pueblo o por los representantes elegidos por el pueblo. ¿Existe algo similar aquí en Brasil? ¿Cuáles son sus opiniones sobre la doctrina de la cuestión política?

Ministro Luís Roberto Barroso:

Tenemos la doctrina de la cuestión política y la considero muy importante, aunque en Brasil es necesario comprender el papel distinto que desempeña la Corte Suprema, en contraste con las Cortes Supremas de otras partes del mundo. Hay varias razones que explican esta diferencia. En primer lugar, la Constitución brasileña es muy amplia y aborda muchas cuestiones que en otras partes del mundo son competencia de la política. Como toda constitución democrática, aborda la separación de poderes, contiene una carta de derechos y organiza el Estado, teniendo en cuenta que Brasil es un país federativo. Sin embargo, la Constitución brasileña también se ocupa del sistema de seguridad social, el sistema tributario, el sistema público

the government in economic matters, it protects indigenous peoples, it deals with the environmental protection system, it protects the family, it protects the youth, it protects the elderly, it has a chapter addressing the means of communication, the media. So, the Brazilian Constitution deals with many matters that in your country are left to politics. Consequently, when you bring a matter to the constitution, to a certain extent you've removed it from politics and brought it into law, opening an avenue for the judicialization of those matters. So in Brazil, unlike the United States, it is much more difficult to draw the border between law and politics. Besides that, in the United States, to reach the Supreme Court, you usually need a case or controversy. In Brazil we do have this track, however, we also have direct actions. We can file a direct action challenging a statute or challenging a public policy, and these direct actions can be filed by a whole lot of actors, they have standing.

Dean Marcus Cole: At the Supreme Court level?

Chief Justice Luís Roberto Barroso: At the Supreme Court. The President can file a lawsuit here – a direct action –, the Attorney General, the Governors, the State Legislature, the House of Representatives, the Senate, the National Bar Association, all political parties with representation in Congress, with more than 20 members, can all file a direct action. Considering that, it's necessary that an interest

de salud, el sistema educativo, el papel del gobierno en cuestiones económicas, además de proteger los derechos de los pueblos indígenas, ocuparse del sistema de protección ambiental, proteger a la familia, a la juventud, los derechos de los ancianos y tiene un capítulo que aborda los medios de comunicación. En consecuencia, cuando se lleva una cuestión a la Constitución, hasta cierto punto, se la retira de la política y se la lleva al ámbito de la ley, abriendo una vía para su judicialización. Así, en Brasil, a diferencia de los Estados Unidos, es mucho más difícil trazar la línea divisoria entre la ley y la política. Además, en los Estados Unidos, para llegar a la Corte Suprema, por lo general se necesita un caso o una controversia. En Brasil, tenemos esa vía, pero también tenemos la posibilidad de acciones directas. Podemos presentar una acción directa cuestionando una ley o una política pública, y estas acciones pueden ser propuestas por una amplia gama de actores.

Rector Marcus Cole: ¿En la instancia de la Suprema Corte?

Ministro Luís Roberto Barroso: Sí, en la Suprema Corte. El presidente puede presentar una acción judicial, una acción directa, el fiscal general también puede, los gobernadores, la Asamblea Legislativa, la Cámara de Diputados, el Senado, el Colegio de Abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso con más de 20 miembros, todos ellos pueden presentar una acción directa. En este sentido, es necesario que un interés sea bastante irrelevante

be quite unimportant for you not to find one of these actors ready to file a lawsuit here. So, in Brazil, just about everything ends up at the Supreme Court. We have a kind of visibility in deciding divisive issues that you don't have in the United States. We decide things ranging from abortion to the demarcation of indigenous lands. Besides all of that, Dean Cole, it's all broadcast and available on over-the-air television, which makes the judges public figures, in the sense that anyone can watch what we are doing, and I'm not talking about the hearing, the deliberation itself is broadcast. So, you talk to your colleagues, trying to make your point, but you end up talking to the broader public as well. These features that I just described I think give the Brazilian Supreme Court a distinct role compared to most Courts in the world.

Dean Marcus Cole: I was talking to a Brazilian lawyer yesterday who said to me: "Be careful, don't ask him any questions about the Constitution because he literally wrote the book that I studied from in law school". But I do want to ask you about the Brazilian approach to constitutionalism and democracy. In the United States, we have a whole spectrum of constitutions ranging from the U.S. Constitution to the state constitutions, that take different forms. One of the things that you notice about the constitutions of the United States is, if you look at the U.S. Constitution, it is incredibly short, it leaves a lot of

para que aquí no encuentre ningún actor dispuesto a presentar una demanda. Así que, en Brasil, prácticamente todo acaba en la Corte Suprema. Existe una visibilidad en la decisión de cuestiones controvertidas que no hay en Estados Unidos. Decidimos cuestiones que van desde el aborto hasta la demarcación de tierras indígenas. Además, rector Cole, todo se transmite y queda disponible en la televisión abierta, lo que convierete a los ministros en figuras públicas, ya que cualquier persona puede ver lo que estamos haciendo. Y no me refiero a la audiencia, la propia deliberación es transmitida. Así que habla con sus compañeros, tratando de hacer valer su posición, pero también acaba hablando con el público en general. Creo que estas características que acabo de describir dan al Tribunal Supremo de Brasil un rol distintivo en comparación con la mayoría de las Cortes a nivel del mundial.

Rector Marcus Cole: Ayer estuve hablando con un abogado brasileño que me dijo: "tenga cuidado, no le haga preguntas sobre la Constitución, porque literalmente escribió el libro que yo estudié en la facultad de Derecho". Pero quiero preguntarle por el enfoque brasileño del constitucionalismo y la democracia. En Estados Unidos tenemos todo un espectro de constituciones, desde la Constitución federal hasta las constituciones de los estados, que adoptan diferentes formas. Una cosa que llama la atención de las constituciones estadounidenses es que, si se analiza la Constitución Fede-

things out. At the far end of the other spectrum, we have the California Constitution, which is so long that I'm convinced that no one has ever read it. The Brazilian Constitution is somewhere in between the two. One of the arguments that's used with respect to the federal Constitution in United States is that, because it's so short, it's more accessible to the people, making it more democratic. But having a detailed constitution like Brazil does, does it undermine democracy, or does it reinforce democracy, in your opinion?

Chief Justice Luís Roberto Barroso:

I don't think there is a direct impact in either case. I read, some time ago, an article written by Tom Ginsburg about the endurance of constitutions. At the time, there was a myth that considered longer constitutions to be more unstable, and to generate more unstable democracies. Faced with that, the author made the point that it is not true. The length of a constitution doesn't make a big difference in its endurance or in its effectiveness. So, what you must understand, coming from a common law country, is that our civil law system is a system of written law. In that sense, having things written down on paper is probably more important to us than it is to you. Additionally, the Brazilian Constitution has one aspect that I should stress here: it was drafted after more than two decades of military dictatorship, therefore you had the entire Brazilian society in Congress, in the Constitutional

ral, es increíblemente corta, deja muchas cosas fuera. En el extremo opuesto tenemos la Constitución de California, que es tan extensa que estoy convencido de que nadie la ha leído en su totalidad. La Constitución brasileña se encuentra entre las dos. Uno de los argumentos utilizados en relación con la Constitución de los Estados Unidos es que, al ser tan breve, es más accesible al pueblo, lo que la hace más democrática. En su opinión, ¿una Constitución tan detallada como la brasileña debilita la democracia o la refuerza?

Ministro Luís Roberto Barroso:

No creo que haya un impacto directo en ninguno de los dos casos. Hace algún tiempo leí un artículo escrito por Tom Ginsburg sobre la durabilidad de las constituciones. Existía el mito de que las constituciones más largas eran más inconstantes y conducían a democracias más inestables. El autor argumentaba entonces que esto no era cierto y que, según él, la longitud de una constitución no tiene gran impacto en su durabilidad o eficacia. Lo que es importante que sepa, viniendo de un país de common law, es que nuestro sistema de civil law es un sistema de ley escrita. En ese sentido, tener las cosas escritas en papel es probablemente más importante para nosotros que para ustedes. Además, la Constitución brasileña tiene una característica que debo destacar aquí: fue redactada tras más de dos décadas de dictadura militar, por lo que toda la sociedad brasileña estuvo en el Congreso, en la Asamblea

Assembly, trying to get their provision into the Constitution. The corridors of the Constitutional Assembly were like an anthropological spectacle, where you had indigenous peoples, you had military, maids, judges, prosecutors, everyone wanted to be in the Constitution, which led to a longer constitution than it was desirable, because all those segments wanted to be addressed in some way. That is one of the reasons for the length of the Brazilian Constitution. While it was positive in the sense that people were participating, the downside was that it became too detailed, resulting in ordinary politics requiring constitutional amendments in Brazil. If you want to change something in the social security system, you need a constitutional amendment, in the tax system as well, and that poses challenges, because to approve a constitutional amendment you need the super majority, so governability is compromised when you need to amend the constitution quite often. That is a downside. In sum, what the Brazilian Constitutional Assembly did was this: they decided to include everything in the Constitution, but also made it fairly easy to amend, and that's the reason why in thirty-six years we've had a hundred and thirty-five constitutional amendments. However, I don't think this has been a major problem, I think we've done a good job here at the Supreme Court in interpreting the Constitution and it has served the Brazilian democracy well. It has many problems, though,

Constituyente, intentando incluir su disposición en la Constitución. Los pasillos de la Asamblea Constituyente eran como un espectáculo antropológico, con indígenas, militares, mucamas, jueces, fiscales, todos queriendo estar en la Constitución, lo que llevó a una Constitución más larga de lo deseado, ya que todos esos segmentos querían estar cubiertos de alguna manera. Esta es una de las razones de la extensión de la Constitución brasileña. Aunque tuvo un aspecto positivo en el sentido de que la población participaba, el lado negativo fue que el texto se volvió muy detallado, haciendo que la política común en Brasil requiriera enmiendas constitucionales. Si quieres cambiar algo en el sistema de seguridad social, necesita una enmienda constitucional, también en el sistema fiscal, y esto crea obstáculos, porque para aprobar una enmienda constitucional necesita una mayoría cualificada, así que la gobernabilidad se ve comprometida cuando tiene que enmendar la Constitución con frecuencia. Esto es una desventaja. En general, lo que hizo la Asamblea Constituyente fue lo siguiente: decidió incluir todo en la Constitución, pero también hizo que fuera relativamente fácil enmendarla, razón por la cual, en treinta y seis años, hemos tenido ciento treinta y cinco enmiendas constitucionales. Sin embargo, no creo que esto sea un gran problema, creo que hemos hecho un buen trabajo aquí en el Supremo Tribunal en términos de interpretación de la Constitución, y esto ha servido bien a la democracia brasileña. De hecho, hay varios problemas y algunas personas están a favor de convocar una

and some people call for the convening of a new constitutional assembly, but I am completely against it, because there is a political capital in this Constitution, mainly in its role of preserving Brazilian democracy over the past thirty-six years - almost forty years. This might sound obvious to you because you are a U.S. citizen, but in Latin America, to have forty years of institutional stability is an achievement that must be celebrated, and I think the Constitution helped this achievement.

Dean Marcus Cole: You mentioned the difference between your civil law system and our common law system, and I want to ask you about a particular difference. You suggested that in the civil law system there has to be more detail because there is more of an emphasis on positive law. One of the founding theorists of civil law, Hans Kelsen, suggested that positivism and written law limits the power and authority of judges more than what we experience in a common law system, where judges are trusted to find the law or make law. However, here in Brazil you have this monocratic authority, or the authority of single judges or justices to decide issues and cases. How do you reconcile that with the idea that a positive constitutional structure, a positive law, limits the power of judges?

Chief Justice Luís Roberto Barroso: First of all, I don't totally agree with the premise that having written law

nueva asamblea constituyente, pero yo estoy completamente en contra, porque hay capital político en esta Constitución, especialmente en su papel de preservar la democracia brasileña a lo largo de los últimos treinta y seis años, casi cuarenta años. Esto puede sonar obvio para usted como ciudadano de los Estados Unidos, pero en América Latina tener cuarenta años de estabilidad institucional es un logro que debe ser celebrado y creo que la Constitución ha contribuido a esta conquista.

Rector Marcus Cole: Usted mencionó la diferencia entre su sistema de Derecho Civil y nuestro sistema de common law y quisiera preguntarle sobre una diferencia específica. Ha sugerido que en el sistema de civil law es necesario ser más detallista porque se hace mayor hincapié en el derecho positivo. Uno de los teóricos fundadores de la civil law, Hans Kelsen, sugirió que el positivismo y el derecho escrito limitan el poder y la autoridad de los jueces más que el sistema de common law, en el que los jueces tienen confianza para encontrar o incluso crear normas jurídicas. Sin embargo, aquí en Brasil existe la autoridad monocrática, la autoridad individual de los jueces o ministros para decidir cuestiones y casos. ¿Cómo se concilia esto con la idea de que una estructura constitucional positiva, un derecho positivo, limita el poder de los jueces?

Ministro Luís Roberto Barroso: En primer lugar, no estoy totalmente de acuerdo con la premisa de que tener

will necessarily limit power. Maybe, a precedent-based system will limit it more, because it gives less leeway to the judge than interpreting a statute. As you might know, Brazil has recently moved to a precedent based system, the new Civil Procedure Code⁵ does provide for the respect for precedents, and so most of the Supreme Court decisions and the Superior Court of Justice⁶ decisions are binding now. If you don't abide by them, there is a specific action that allows you to bypass all instances and come directly to the Supreme Court and say that the judge is not respecting a precedent. So, this has changed in Brazil. And it has changed in United States too, you have much more written legislation these days than you used to have. In conclusion, I wouldn't say that being a civil law country or a common law country has a direct impact on limiting the power of government.

When it comes to the problem with monocratic decisions, as they are called here at the Supreme Court, there are two points to be stressed. First, we decided seventy thousand cases last year. Of course, that doesn't mean we actually analyzed all seventy thousand cases, given that most often what happens is we uphold the decision of the lower Court. So, when you say seventy thousand, it's a somewhat fictitious number, because

una ley escrita limite necesariamente el poder. Tal vez un sistema basado en precedentes lo limitaría más, ya que da al juez menos libertad de interpretación que la hermeneútica de un estatuto. Como quizá sepan, Brasil ha adoptado recientemente un sistema basado en precedentes. El nuevo Código de Procedimiento Civil⁵ prevé el respeto de los precedentes, por lo que la mayoría de las decisiones del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia⁶ son ahora vinculantes. Si no se acatan, existe una acción específica que permite saltarse todas las instancias y acudir directamente al Supremo Tribunal Federal para alegar que el juez no respeta un precedente. Así que esto ha cambiado en Brasil, y también ha cambiado en EE.UU., ahora tienes una mayor cantidad de legislación escrita que en el pasado. Para concluir, yo no diría que ser un país de Derecho Civil o de *common law* tenga un impacto directo en la limitación del poder gubernamental.

En cuanto al problema de las decisiones monocráticas, como las llaman aquí en la Suprema Corte, hay que destacar dos puntos. El primero es que el año pasado decidimos setenta mil casos. Por supuesto, esto no significa que realmente analizáramos los setenta mil casos, teniendo en cuenta que la mayoría de las veces lo que ocurre es que confirmamos la decisión del tribunal inferior, así que cuando decimos setenta mil, es

⁵ Civil Procedure Code of 2015. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

⁶ Superior Tribunal de Justiça (STJ).

⁵ Código de Procedimiento Civil de 2015. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

⁶ Superior Tribunal de Justiça (STJ).

you are not really actually working on them. But still, if you're dealing with seventy thousand cases, you cannot decide everything on full Court, it's just impossible. That's the first reason why we have so many monocratic decisions: the amount of cases that we get. Furthermore, the Brazilian Supreme Court has jurisdiction over matters that a typical Constitutional Court wouldn't have, especially in criminal matters. We conduct inquiries, or investigations against members of parliament, or relating to high officials in the government, and when you are conducting a criminal case, you cannot decide everything on full Court either. In constitutional cases, we have suppressed the possibility of monocratic decision, that's what it was possible to do. Nonetheless, in what concerns criminal cases, the controversial decisions, anywhere in the world it's a judge who conducts the investigation. So, there is a confusion when the public interprets the idea of monocratic.

Dean Marcus Cole: Now I want to talk about your views on drugs. I've read somewhere that you are a proponent of decriminalization of marijuana, and this is an issue that we are dealing with in the United States. Now almost half of the states in United States have decriminalized marijuana, and some states have completely legalized it, whereas the federal government in United States still classifies marijuana as illegal drug. What is your position on the legalization of

un número bastante ficticio, ya que en realidad no estamos trabajando en todos ellos. Aun así, si se trata de setenta mil casos, no se puede decidir sobre todos en el Pleno, es sencillamente imposible. Esa es, pues, la primera razón por la que tenemos tantas decisiones monocráticas: la cantidad de casos que recibimos. Además, Supremo Tribunal Federal brasileño tiene competencia sobre cuestiones que un tribunal constitucional típico no tendría, especialmente en materia penal. Llevamos a cabo pesquisas o investigaciones, contra miembros del parlamento o relacionadas con altos funcionarios del gobierno, y cuando se lleva un caso penal, tampoco se puede decidir todo en el Pleno. En los casos constitucionales, hemos eliminado la posibilidad de una decisión monocrática. En cualquier caso, en relación con casos penales, decisiones controvertidas, en cualquier parte del mundo es un juez quien dirige la investigación. Así que hay una confusión en la interpretación pública de la idea de decisión monocrática.

Rector Marcus Cole: Ahora quiero hablar un poco de su opinión sobre las drogas. Hace poco leí que está a favor de despenalizar la marihuana, y esta es una cuestión que estamos tratando en Estados Unidos. En la actualidad, casi la mitad de los estados de Estados Unidos han despenalizado su uso y algunos estados la han legalizado completamente, aunque el gobierno federal estadounidense sigue clasificando la marihuana como droga ilegal. ¿Cuál es su opinión sobre la legalización y el hecho de que los tri-

marijuana and whether Courts have rule in decriminalizing marijuana or other drugs without waiting for Congress or legislature to act?

Chief Justice Luís Roberto Barroso:

Sure. Just to make it clear, I consider drugs to be harmful, and I have educated my children in a culture of not consuming drugs, so nothing that I will say should be interpreted as supporting the consumption of drugs, I think illegal drugs are bad and need to be avoided. That being said, the war against drugs in Brazil was a lost war. This country has been fighting drugs with the police, with the army, with the arresting of thousands and thousands of people, while consumption rose, and the power of drug dealers grew. We have a problem that we have not been able to handle well. Brazil has around seven hundred thousand inmates in the prison system, and around 30% of them are there for crimes related to drugs. We have a hyper incarceration of young people, with no positive result in reducing the consumption of drugs and the power of drug dealers. My premise is: what we are doing is not working, we need to think of something else. I am not sure if legalizing marijuana will be a good thing, but I can tell you for sure that what we are doing is not a good thing, so I think we should try it, monitoring well to see if it works, because in the United States and in Europe, when drugs were criminalized, the concern was the protection of the user. In Brazil, a drug policy should, of course, also be

bunales de hayan decidido despenalizar la marihuana u otras drogas sin esperar a que el Congreso o el Poder Legislativo tomen una decisión?

Ministro Luís Roberto Barroso:

Para que quede claro, creo que las drogas son perjudiciales y he educado a mis hijos en una cultura de no consumo de drogas, por lo que nada de lo que diga aquí debe interpretarse como un apoyo al consumo. Creo que las drogas ilegales son perjudiciales y deben evitarse. Dicho esto, la guerra contra las drogas en Brasil ha sido una guerra perdida. Este país ha luchado contra las drogas con la policía, con el ejército, con el encarcelamiento de miles y miles de personas, mientras aumenta el consumo y crece el poder de los traficantes. Tenemos un problema al que todavía no podemos hacer frente. Brasil tiene cerca de setecientos mil presos en el sistema penitenciario, y aproximadamente un 30% de ellos están allí por delitos relacionados con las drogas. Tenemos un hiperencarcelamiento de jóvenes, sin resultados positivos en la reducción del consumo de drogas y del poder de los traficantes. Mi opinión es la siguiente: lo que estamos haciendo no funciona, tenemos que pensar en una alternativa. No estoy seguro de que legalizar la marihuana vaya a ser positivo, pero desde luego puedo decir que lo que estamos haciendo ahora no está siendo eficaz, por lo que creo que deberíamos probar esta opción, supervisándola bien para ver si funciona. En Estados Unidos y Europa, cuando se criminalizaron las drogas, la principal preocupación era proteger al usuario. En Brasil, una política de drogas también debería preocuparse, por supuesto, por

concerned with the user, but our main problem is the power that illegality gives to drug dealers, that dominate parts of the Brazilian territory. That is a major violation of human rights, because you preclude a decent family in a poor community dominated by drug dealers to raise their children in a culture of honesty and hard work, because they are intimidated or co-opted by drug dealers. Considering that, a drug policy in Brazil should be focused on dismantling the power of drug dealers and their power seems to come from illegality. I would therefore give decriminalizing drugs a try while closely monitoring the process.

Regarding your second question, pertaining to what Courts have to do with this, well, in the Brazilian system, we get thousands of habeas corpus for young people arrested with small amounts of drugs. We cannot decriminalize - that's the job of the Congress -, but even though Brazilian legislation treats drug possession for personal use differently from drug trafficking, the law doesn't establish what amount of marijuana nor distinguishes one situation from the other. Because of that, what happened in reality was: in smaller towns, where most people live, possessing 40 grams was considered drug dealing, while in more prosperous communities, that same amount was regarded as personal consumption. The police were the ones making the distinction. If you were poor, you were a drug dealer. If you were well-off, you were a consumer. Given that

el usuario, pero nuestro principal problema es el poder que la ilegalidad de las drogas da a los traficantes, que dominan parte del territorio brasileño. Esta es una grave violación de los derechos humanos, porque se impide que una familia que vive en una comunidad pobre dominada por el narcotráfico críe a sus hijos en una cultura de honestidad y trabajo duro, ya que son intimidados o cooptados por los traficantes. Teniendo esto en cuenta, una política de drogas brasileña debe centrarse en debilitar el poder de los traficantes y este parece provenir de la ilegalidad. En esta coyuntura, yo le daría una oportunidad a la despenalización de las drogas, supervisando de cerca todo el proceso.

En cuanto a la segunda pregunta, sobre el papel de los tribunales en este asunto, en el sistema brasileño recibimos miles de solicitudes de *habeas corpus* para jóvenes detenidos con pequeñas cantidades de drogas. No podemos despenalizar —eso es atribución del Congreso—, pero, aunque la legislación brasileña trata la posesión de drogas para uso personal de forma diferente al tráfico, la ley no establece una cantidad que permita distinguir la posesión para uso personal del tráfico. Así, lo que ocurría en la realidad era que, en las ciudades más pequeñas, donde vive la mayoría de la gente, tener 40 gramos se consideraba tráfico de drogas, mientras que en comunidades más prósperas esa misma cantidad se consideraba consumo personal. Esa distinción quedaba a cargo de la policía. Una persona pobre era considerada traficante, y una persona rica, consumidor. En ese contexto,

scenario, what the Court decided to do, and I was actually the one leading at the time, was to establish the amount that would distinguish consumption from drug dealing, and we established 40 grams. We basically wanted to avoid this mistake in policy of fighting drugs by arresting poor young people, putting them in jail, and at the same time unintentionally strengthening the criminal organizations that dominate the prison system. So, the Court in Brazil technically did not decriminalize drugs, but it made a very important distinction between consumption and drug dealing.

Dean Marcus Cole: I want to ask you two last questions, and the first of these refers to your approach towards interpretation: constitutional interpretation, statutory interpretation. You were legally trained here in Brazil, but you have also gotten legal training in the United States, at Yale, the birthplace of what we call Originalism. You also are aware that the big debate in constitutional interpretation in the United States, right now, is what does Originalism mean, and whether Originalism ought to be the only approach or the predominant approach towards constitutional interpretation, or whether we ought to adopt more nuanced approaches. I wanted to ask you about your method of constitutional interpretation and whether or not things like Originalism or history and tradition are appropriate or inappropriate in the Brazilian context?

lo que la Corte decidió hacer, y yo lideraba en ese momento, fue establecer la cantidad que distinguiría el consumo del tráfico, y establecimos 40 gramos. Básicamente, queríamos evitar ese error en la política de combate a las drogas, que arresta a jóvenes pobres y, al mismo tiempo, termina fortaleciendo involuntariamente a las organizaciones criminales que dominan el sistema penitenciario. Entonces, la Corte en Brasil técnicamente no despenalizó las drogas, pero hizo una distinción muy importante entre consumo y tráfico de drogas.

Rector Marcus Cole: Quisiera hacerle las dos últimas preguntas, la primera de las cuales se refiere a su enfoque de la interpretación: interpretación constitucional e interpretación legal. Usted se licenció en derecho en Brasil, pero también recibió formación jurídica en Estados Unidos, en Yale, la cuna de lo que llamamos originalismo. Usted también es consciente de que el gran debate sobre la interpretación constitucional en los Estados Unidos hoy en día es sobre lo que significa el originalismo y si debería ser el único o principal enfoque para la interpretación constitucional o si deberíamos adoptar enfoques más matizados. Me gustaría preguntarle cuál es su método de interpretación constitucional y si aspectos como el Originalismo, la historia y la tradición son apropiados o no en el contexto brasileño.

Chief Justice Luís Roberto Barroso:

I think Originalism only makes sense in the United States, because the Constitution is quite old, dating from 1787, and because that was the doctrine that conservatives could find to resist and to react against what they called the judicial activism of the Warren Court. So Originalism is only studied as an important doctrine in the United States, it doesn't have a main role in other places. The idea of a living Constitution, however, sounds much more reasonable to me than Originalism or even Textualism, which is a bit more sophisticated than Originalism in my view. As for the way I interpret the Constitution, the way I interpret law, I divide everything into three layers: the first layer I call the normative dimension, the second layer is the ontological layer, and the third one is the pragmatic layer. The first layer, the normative layer, concerns the fact that when you interpret the Constitution, you have the limits of the provision you are interpreting, the textual limits, the semantic limits. So, if the text says no, you cannot say yes. Your leeway in interpreting anything is within the boundaries of the text, that's the first level. The second level applies to when the text will offer only one possible solution, and you have the duty to apply it. If the statute of limitations has run, for instance, there's no way you can move on. That's the ontological level. There are things you ought to do, even if you don't like the result, which include, in my view, preserving even unpopular fundamental rights. Lastly,

Ministro Luís Roberto Barroso:

Creo que el Originalismo sólo tiene sentido en Estados Unidos por la antigüedad de la Constitución, que data de 1787, y porque fue la doctrina que los conservadores encontraron para resistir y reaccionar contra lo que llamaban el activismo judicial de la *Warren Court*. Así que el originalismo sólo se estudia como una doctrina importante en EE.UU., no desempeña un papel significativo en otros lugares. La idea de tener una Constitución viva, sin embargo, me parece mucho más razonable que el originalismo, o incluso que el textualismo, que ya es un poco más sofisticado que el primero, desde mi punto de vista. En cuanto a cómo interpreto la Constitución, y el derecho en general, suelo dividirlo todo en tres capas: la primera capa la llamo dimensión normativa, la segunda es la capa ontológica, y la tercera es la capa pragmática. El primer estrato, el normativo, se refiere al hecho de que, al interpretar la Constitución, hay que respetar los límites de la disposición analizada, sus límites textuales y semánticos. Así, si el texto dice no, no puedes decir sí. Tu margen de interpretación está dentro de los límites del texto, ese es el primer nivel. El segundo nivel se refiere a cuando el texto sólo ofrece una solución posible y tienes el deber de aplicarla. Si ha prescrito, por ejemplo, no hay forma de proceder, este es el nivel ontológico. Hay cosas que se tiene que hacer, aunque no nos guste el resultado, lo que incluye, en mi opinión, proteger incluso derechos fundamentales impopulares. Por último, dentro de los límites del texto, si no tienes el deber de decidir de

within the limits of the text, if you don't have a duty to decide in a certain way, there you have the third layer, the pragmatic level. In that case, you should produce the solution that better answers society's needs, that's the only layer of interpretation in which you can be utilitarian. So, first you must know the limits of the text, preserve fundamental rights or anything else you have the duty to do, and then you have a margin of choice. That's the political dimension of interpretation. When you have a choice, choosing between different possibilities is always political. That's my way of interpreting. I am a reader of Ronald Dworkin, and I practice what he calls the moral reading of the constitution: trying to read provisions in their best light. I believe constitutions are a product of Enlightenment, and when interpreting the constitution, you should have in mind the values of Enlightenment, which are reason, science, humanism and a belief in social progress. That's what I try to do.

Dean Marcus Cole: I think that answer actually leads nicely into my very last question, which is a personal one. As you know, the University of Notre Dame is a Catholic University, our Law School takes that Catholic identity very seriously, and we are a place where we honor and appreciate the intersection of faith and reason. What I want to ask you is whether you are a person of faith, and if you are, whether your faith plays a role in your approach to judging and inter-

una manera específica, entonces llegas al tercer nivel, el pragmático. En este caso, hay que producir la solución que mejor responda a las necesidades de la sociedad, es el único nivel de interpretación en el que se puede ser utilitarista. Así que primero tienes que conocer los límites del texto, preservar los derechos fundamentales y todo lo que tienes el deber de hacer, y luego tienes un margen de elección. Esta es la dimensión política de la interpretación. Cuando se tiene un margen de elección, decidir entre distintas posibilidades es siempre una elección política. Esa es mi manera de interpretar. Soy lector de Ronald Dworkin, y adopto lo que él llama una lectura moral de la constitución: tratar de interpretar las disposiciones a la luz más favorable a los principios de justicia e integridad. Creo que las constituciones son un producto de la Ilustración y que, al interpretar una constitución, hay que tener presentes los valores de la Ilustración, que son la razón, la ciencia, el humanismo y la creencia en el progreso social. Eso es lo que intento hacer.

Rector Marcus Cole: Su respuesta nos lleva directamente a mi última pregunta, que es más personal. Como Usted sabe, la Universidad de Notre Dame es una universidad católica. Nuestra Facultad de Derecho toma muy en serio este rasgo de su identidad y somos un espacio que valoriza y reconoce la intersección entre la fe y la razón. Lo que quisiera preguntarle es si Usted es una persona de fe, y en caso positivo, si su fe influye en su

preting the Constitution, and also in general, in your role as a judge and a leader in this society.

Chief Justice Luís Roberto Barroso:

I do have a lot of faith, because I was raised in a family where my mother was Jewish and my father was Catholic, so I was raised in both traditions. I had to read the Torah and I also had to read the Gospels, so I probably did more work in this area than most people I know. I have great respect for faith, for people's religion and for tolerance. I am very plural, my own developed religion includes the Torah, the Gospels, Buddha, Aquinas, certainly some Kant. More modernly, there are some insights by Rawls that I like a lot, so I have a very plural way of seeing faith, but overall, my religion is doing the right thing. No matter what religion or what rituals you practice, if that's your final aim, I am very comfortable with that. I have an affiliation with an Oriental Institution called Brahma Kumaris, which is a spiritual philosophy from India. So, I'm very comfortable with faith and with people's religions, however, I do think there might be a more controversial issue: I don't like mixing religion with politics, I think those are different spaces of life. I think religion should remain in the private sphere of life, and not be brought into public life. That was, for quite some time, as I understand, the practice in the United States, but at a certain point, it changed. I am not a scholar on this, but what I

forma de interpretar la Constitución y, en general, en su rol como juez y líder en esta sociedad.

Ministro Luís Roberto Barroso: Sí,

tengo mucha fe, porque nací en una familia con madre judía y padre católico, así que fui criado en ambas tradiciones. Tuve que leer la Torá y también tuve que leer los Evangelios, por lo tanto, yo, probablemente, me esforcé más en esta área que la mayoría de las personas que conozco. Respeto mucha la fe, las diferentes religiones y la tolerancia. Soy muy plural, por lo que acabé desarrollando una religión propia que incluye la Torá, los Evangelios, Buda, Aquino y, seguramente, un poco de Kant. Desde una perspectiva más moderna, hay algunas ideas de Rawls que también me gustan mucho, así que tengo una manera muy amplia de ver la fe, pero, en general, mi religión es hacer lo correcto. Independientemente de la religión o de los rituales que practique, si ese es su objetivo, me siento cómodo con ello. También tengo una conexión con una institución oriental llamada Brahma Kumaris, que es una filosofía espiritual de la India. En resumen, me siento muy a gusto con la fe y con las religiones de las personas, sin embargo, creo que hay una cuestión más controvertida: no me gusta mezclar con política, creo que son dimensiones diferentes de la vida. Considero que la religión debe permanecer en la esfera privada y no llevarse a la vida pública. Esta fue, durante mucho tiempo, según mi entender, la práctica en Estados Unidos, pero en un determinado momento eso cambió. No soy un experto en este tema, pero lo que he leído es que Obama

read was that Obama realized, at a certain point, that religion was being appropriated by the Republicans, and the Democrats were losing that constituency, so to speak, so then he went back to bringing religion into the public sphere. In Brazil, there has been a rise in the evangelical population, and that's a novelty also as a political force. Of course I respect their values and their right to be in politics, but if you say "my opponent is the demon", then I don't think that qualifies as a public reason argument anymore. And public reason is one of John Rawls' concepts that I really like. The veil of ignorance was a brilliant insight, and the idea of public reason I believe is very important. In sum, I think religion is very important, I respect religion. I prefer when it remains in private life, though.

Dean Marcus Cole: Thank you very much for that answer. Should we open it up for questions from the audience?

Audience (Carlos Bernal): Thank you so much, Chief Justice, for welcoming us here and for this wonderful dialogue. One thing that is always very interesting to us, constitutional judges, and what I would like to know is your opinion on the effectiveness of the decisions that a Court makes, particularly regarding the transformative decisions. We were talking with Livia [Gil Guimarães], Coordinator of Judicial Research, before this session, about how difficult it is for Courts to transform reality, even if judges have

percibió, en un dado momento, que los republicanos se estaban apropiando de la religión, y que los demócratas estaban perdiendo a ese grupo de votantes, por así decirlo, así que él volvió a llevar la religión a la esfera pública. En Brasil, en los últimos años hubo un aumento en la población evangélica, que también representó una novedad como fuerza política. Por supuesto respeto sus valores y su derecho de estar en la política, pero si me dices "mi oponente es el diablo", no creo que eso se pueda considerar un argumento de razón pública, y la razón pública (*public reason*) es uno de los conceptos de John Rawls que me gusta mucho. El velo de la ignorancia fue una percepción brillante y creo que la idea de la razón pública también es muy importante. Para terminar, le doy mucho valor y respeto a la religión, pero prefiero que se mantenga en la esfera privada de la vida.

Rector Marcus Cole: Muchas gracias por esta respuesta. ¿Podemos abrir para preguntas del público?

Público (Carlos Bernal): Muchas gracias, ministro, por recibarnos aquí y por este diálogo maravilloso. Algo que siempre es muy interesante para nosotros, jueces constitucionales, y que quisiera saber, es su opinión sobre la eficacia de las decisiones que toma una Corte, en particular, en relación con las decisiones transformadoras. Antes de esta sesión, estaba conversando con Livia [Gil Guimarães], Coordinadora de Investigaciones Judiciales, sobre cuán difícil es para las Cortes transformar la realidad, incluso cuando los

that desire, and we were talking about the jail cases that are sometimes structural, in which the Court ideas are planned and there's an effort to catalyze powers to collaborate with the plan, but in the end sometimes there are good cases but there are also cases in which the results are not the best. I wanted to ask you about that difficult part of the job of being a judge.

Chief Justice Luís Roberto Barroso:

I think a transformative Court has more impact in social issues than in more material, economic issues. Here in Brazil, it was the Court system that made important progress in the rights of, for example, the LGBT community, and the legalization of same-sex marriage would never have happened if it weren't for the Courts. I also think some affirmative actions for women would not have occurred without the Court system acting. For instance, in politics, the Court decided that at least 30% of public campaign funds should go to women, this wouldn't have happened [without the Court system acting]. For affirmative actions for Afro-Brazilians and the protection of indigenous communities as well, I think the Court had an important role. So, for these issues, I think the Court can play a very transformative role. But as for changing social reality and fighting poverty, more generally, it ought to be politics, there's no way. Of course, you can do some factual and specific things, but you don't change reality with Court decisions, we need to be modest about this.

jueces tienen ese deseo. Hablábamos sobre los casos de encarcelamiento que, en ocasiones, son de naturaleza estructural, en los que las ideas de la Corte están planificadas y existe un esfuerzo por catalizar la cooperación entre los poderes en torno al plan. Sin embargo, al final, a veces se logran buenos casos, pero también hay procesos en los que los desenlaces no son los más satisfactorios. Quisiera preguntarle a Usted sobre esta parte difícil de ser juez.

Ministro Luís Roberto Barroso: Creo que una Corte transformadora tiene más impacto en cuestiones sociales que en cuestiones materiales y económicas. Aquí en Brasil, fue el sistema judicial que logró avances importantes en los derechos, por ejemplo, de la comunidad LGBT, y la legalización del matrimonio homoafectivo nunca habría ocurrido si no fuera por las Cortes. Además, también creo que algunas acciones afirmativas dirigidas a mujeres no habrían ocurrido sin la actuación del sistema judicial. Por ejemplo, en la política, la Corte decidió que al menos el 30 % de los fondos públicos de campañas electorales deben destinarse a las mujeres, y ello no habría ocurrido [sin la actuación del sistema judicial]. También en las acciones afirmativas para personas negras y en la protección de los pueblos indígenas, creo que la Corte tuvo un rol importante. Así que, en estas cuestiones, considero que la Corte puede tener una actuación muy transformadora. Sin embargo, respecto a los cambios en la realidad social y a la lucha contra la pobreza, bajo una perspectiva más general, hay que ser por actuación política, no hay otra manera. Por supuesto, se pue-

Bringing up Structural Litigation, I know Colombia somewhat mirrored what happened in the United States, and in turn, we mirrored what happened in Colombia, while trying to learn with the things that did not work there. One thing we should never do in life is presume too much of ourselves, and sometimes the Courts presume that they can fix more than they can actually fix. What we did was, we created our own doctrine of Structural Litigation, and we have people here who are studying this deeply. I think a Structural Case is a case divided in three phases. Usually, when you go to Court, you expect a decision, that decision will be final, and the judge goes home after rendering the decision. In Structural Litigation, the Court system does something a bit different. The three phases are as follows: in the first phase, you diagnose that there is a problem that violates the Constitution massively or that violates fundamental rights massively, as was the case of the prison system in Brazil⁷, or the case of the invasion of indigenous lands in Brazil⁸, to give you two examples. You detect that there is a problem, that's the first phase of the case. Then, the Court has no means of fixing that problem, so you issue an order for the competent body, or the executive, or whoever, to present a plan or a set of measures to overcome the problem

den tomar algunas medidas concretas y específicas, pero no se cambia la realidad con las decisiones de la Corte, debemos ser modestos al respecto.

Ahora, sobre los litigios estructurales, sé que Colombia, en cierto modo, reprodujo lo que ocurrió en Estados Unidos, y nosotros, por otro lado, reproducimos lo que ocurrió en Colombia, tratando de aprender con lo que no funcionó por allá. Algo que nunca debemos hacer en la vida es pensar demasiado sobre nosotros mismos, y, muchas veces, las Cortes suponen que pueden arreglar más de lo que realmente pueden. Lo que hicimos fue la creación de nuestra propia doctrina de litigio estructural y hay personas aquí que la están estudiando en profundidad. Creo que un caso estructural es un caso dividido en tres partes. Por lo general, cuando usted va al tribunal, espera una decisión; esta decisión será definitiva y el juez se irá a casa después de dictarla. En un litigio estructural, el sistema judicial hace algo un poco diferente. Las tres fases son las siguientes: en la primera fase, usted diagnostica que hay un problema que viola, profundamente, la Constitución o los derechos fundamentales, como fue el caso del sistema penitenciario en Brasil⁷ o el caso de las invasiones de las tierras indígenas⁸, por citar dos ejemplos. Usted detecta que hay un problema, esta es la primera fase del caso. Se percibe, entonces, que la Corte no tiene medios para resolver este problema, por ello, se emite una orden para que el órgano competente, o el Poder Ejecutivo, o quien sea, presente

⁷ ADPF 347/DF.

⁸ ADPF 709/DF.

⁷ ADPF 347/DF.

⁸ ADPF 709/DF.

you diagnosed. That's the second phase, you order the elaboration of a plan and the submission of that plan for ratification by the Court. That means you are not acting or deciding what to do, but rather telling someone else: "you do your homework and bring it to me, and I'll tell you if it's okay". Then comes the third and more difficult phase, which is monitoring if the plan is being well applied. We have been trying to do this in the prison system cases, in the indigenous cases, in some environmental cases. It's in the early stages, Carlos [Bernal], so I cannot assure you that it will work better than it did in Colombia, but we've been very cautious not to try to do more than is reasonable. I was the rapporteur in the Prison System Case, and I said no one should think we are going to fix the system, we are just going to make it better than it is, because apart from maybe Norway, no country has been able to fix the prison system, not even rich countries like the United States. I know we must be cautious about our ambitions, because there are many things we cannot do even if we want to, and even when we think we know what the right thing to do is, achieving it is still hard.

Dean Marcus Cole: Other questions?

Chief Justice Luís Roberto Barroso: Carlos [Bernal] has one of the most important books on proportionality that was ever written, and we all learned from it.

un plan o un conjunto de medidas para superar el problema diagnosticado. Esta es la segunda fase, usted ordena la elaboración de un plan y el envío de este plan para que la Corte lo apruebe. Ello significa que no está actuando ni decidiendo qué hacer, sino que le está diciendo a otra persona: "haga su tarea y tráigamela, y le diré si está buena". Por último, se llega a la tercera y más difícil etapa, que es monitorear si el plan se está aplicando correctamente. Hemos intentado hacerlo en los casos del sistema penitenciario, en los casos de la cuestión indígena, en algunos casos sobre el medioambiente. Es algo que está en sus primeras etapas, Carlos [Bernal], así que no puedo asegurarle que va a funcionar mejor que en Colombia, pero, estamos siendo bastante cuidadosos de no intentar hacer más de lo razonable. Fui el ponente del Caso del Sistema Penitenciario, y dije que nadie debería pensar que iríamos a arreglar el sistema, solo lo mejoraríamos, porque, con excepción de Noruega, ningún país ha logrado resolver el sistema penitenciario, ni siquiera países ricos como Estados Unidos. Sé que debemos ser cautelosos con nuestras ambiciones, ya que hay mucho que no podemos hacer, aunque quisiéramos, y, muchas veces, aunque creamos saber qué es lo correcto a hacer, llevarlo a cabo todavía es difícil.

Rector Marcus Cole: ¿Otras preguntas?

Ministro Luís Roberto Barroso: Carlos [Bernal] tiene uno de los libros más importantes que se han escrito sobre la proporcionalidad, y todos hemos aprendido mucho con él.

Audience: Thank you, Mr. President! One question: the Supreme Court, in the last few years, has increased the use of mechanisms such as public hearings, which go beyond the traditional instruments previously used for greater participation, such as *amicus curiae* briefs. How do you see this greater use of public hearings and such instruments, do you think it has led to an increase in society's participation in cases and judgments by the Supreme Court?

Chief Justice Luís Roberto Barroso:

As I was saying previously, we are not traditional, we do things that other Courts would not usually do, such as public hearings. We convene public hearings here to listen to experts regarding different issues. In my experience, the purpose of a public hearing can be educating the judge on a technical issue, but the most important role of a public hearing is to give visibility to a discussion so that public opinion, and society more generally, will understand what's going on and what is at issue. Now, most people will say: "but the judges don't even attend the public hearings", but that's not the point, because the rapporteur does attend and he makes a report on what was discussed. Back when I was a lawyer, one of the first public hearings was a case involving an anencephalic fetus⁹. Brazil is a predominantly catholic culture and there is a very restrictive

Público: ¡Gracias, señor presidente! Tengo una pregunta: en los últimos años, el Supremo Tribunal Federal ha aumentado el uso de mecanismos como las audiencias públicas, que van más allá de los instrumentos tradicionales utilizados anteriormente para una mayor participación, como memorial de *amicus curiae*. ¿Cómo ve este aumento del uso de audiencias públicas y mecanismos similares? ¿Cree que ha aumentado la participación social en los casos y juicios del Supremo Tribunal?

Ministro Luís Roberto Barroso:

Como mencioné anteriormente, no somos tradicionales, hacemos cosas que otras Cortes normalmente no harían, como las audiencias públicas. Celebramos estas audiencias para escuchar a expertos sobre diferentes temas. En mi experiencia, el objetivo de una audiencia pública puede ser educar a un juez sobre una cuestión técnica, pero su rol más importante es dar visibilidad a una discusión para que la opinión pública y la sociedad en general entiendan lo que está pasando y cuál es el tema en cuestión. Muchas personas dirán: "pero los jueces ni siquiera participan en las audiencias públicas", pero no se trata de eso, porque el ponente comparece y elabora un informe sobre lo que se ha debatido. Cuando yo era abogado, una de las primeras audiencias públicas fue un caso relacionado con un feto anencefálico⁹. Brasil es un país de cultura predominantemente católica y hay una visión bastante restrictiva sobre el aborto, que está tipificado en el Cód-

⁹ ADPF 54/DF. Public Hearing available in: <https://www.youtube.com/watch?v=C8aZ7JXdgj8>.

⁹ ADPF 54/DF. Audiencia pública disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=C8aZ7JXdgj8>.

view of abortion, it is criminalized in the Criminal Code, except in the case of rape or risk to the mother's life. In this context, the discussion was what to do when laboratory diagnosis identifies that a fetus won't be viable, especially in this case, because there is a malfunction in its formation, and the fetus won't have a brain. This disease is diagnosed at the third month of pregnancy, which usually takes nine months, so the discussion was: if a woman gets to know in the third month that her fetus is not viable, can she have an abortion? This was a major issue. A public hearing was convened so that people could discuss it, all different points of view were presented, and I think the issue became riper for judgment after the public hearings, because then people realized that there was no way this mother would leave the maternity with the cradle, she would leave with the coffin. I think that helped create an environment favorable to the decision, since people were able to better understand what was being discussed. There was also a major discussion on Embryonic Stem Cell Research¹⁰ when I was a lawyer. At the time, no one actually knew what that was, so the public hearing informed the public, giving people a sense of what was being discussed. Ultimately, I think public hearings have this role of giving a certain legitimacy to a decision by showing it is based on a previous discussion which was open to the public, and that way everyone

go Penal, salvo en caso de violación o de riesgo para la vida de la madre. En este contexto, el debate se centraba en qué hacer cuando la prueba de laboratorio identifica que un feto no será viable, especialmente en este caso, porque hay un defecto en su formación y el feto no tendrá cerebro. Esta enfermedad se diagnostica en el tercer mes de embarazo, que normalmente dura nueve meses. Así que el debate se centró en lo siguiente: si una mujer descubre en el tercer mes que su feto no es viable, ¿puede ella abortar? Esta fue una cuestión de gran importancia. Se convocó una audiencia pública para que las personas la discutieran. Se presentaron todos los diferentes puntos de vista y creo que este contexto se ha hecho más prudente para su juicio tras las audiencias, porque las personas percibieron que no había manera de que esa madre saliera de la maternidad con la cuna, saldría con el ataúd. Ello ayudó a crear un entorno favorable a la decisión, una vez que las personas lograron entender mejor lo que se estaba debatiendo. Además, hubo un gran debate sobre la investigación con células madre embrionarias¹⁰ cuando yo era abogado. En aquella época, nadie sabía realmente de qué se trataba, así que la audiencia pública informó a la población, dando a las personas una idea de lo que estaba en cuestión. En última instancia, creo que las audiencias públicas tienen un rol de proporcionar una legitimidad a la decisión, al mostrar que se basa en un debate previo que fue abierto al público, de modo que todos puedan comprender lo que está pasando. Considero que este

¹⁰ ADI 3510/DF. Public Hearing available in: <https://www.youtube.com/watch?v=E-72dhUBb5g>.

¹⁰ ADI 3510/DF. Audiencia pública disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=E-72dhUBb5g>.

can understand what is going on. I consider that to be an important role. In one case involving religion¹¹ I was in the minority here at the Court, though quite often I am in the majority. The decision was a six to five split. This case was about religious teaching in public schools. My view was you should teach history of religion, different doctrines, but there shouldn't be a confessional teaching of religion, however, my position did not prevail. I held a public hearing, and most denominations were against it, but the Catholic Church was in favor of it, and its position actually prevailed with the majority of the Court. I think public hearings have a role and I don't dislike them.

Dean Marcus Cole: Any other questions? Well, if not, then, Mr. President, I'd like to thank you for joining me for this conversation. So, thank you!

Chief Justice Luís Roberto Barroso: Conversations like these make us rethink things we no longer think about because we've been doing them for so long. Thanks for coming. It was a pleasure to have you here.

es un rol importante. En un caso relacionado con la cuestión religiosa¹¹, yo estaba en minoría en la Corte, aunque a menudo estoy en mayoría. La decisión tuvo una división de seis votos contra cinco. Este caso trataba de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas. Mi punto de vista era que se debería enseñar la historia de la religión y diferentes doctrinas, pero que no podría haber una enseñanza confesional de la religión. Sin embargo, mi posición no prevaleció. Convoqué una audiencia pública y la mayoría de las confesiones se mostraron en contra, pero la Iglesia Católica se posicionó a favor y su posición prevaleció con la mayoría de la Corte. Por lo tanto, creo que las audiencias públicas tienen un rol importante y no me desagrada.

Rector Marcus Cole: ¿Alguna pregunta más? Bien, ya que no hay más preguntas, señor presidente, quisiera agradecerle por acompañarme en esta conversación. ¡Muchas gracias!

Ministro Luís Roberto Barroso: Conversaciones como estas nos hacen reconsiderar cosas sobre las que ya ni siquiera reflexionamos. Le agradezco que haya venido. Ha sido un honor recibirlo.

¹¹ ADI 4439/DF. Public Hearing available in: <https://www.youtube.com/watch?v=mNrmjzN5-c>.

¹¹ ADI 4439/DF. Audiencia pública disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=mNrmjzN5-c>.

SUPREMA ENTREVISTA¹⁻²

Nilton Luís Godoy Tubino

Entrevistado por:

Carina Lellis Nicoll Simões Leite³



Foto: Rosinei Coutinho (STF)

Nilton Luís Godoy Tubino é, desde fevereiro de 2024, diretor da Casa de Governo em Roraima, instituição voltada a solucionar a crise humanitária no território Yanomami, a maior reserva indígena em extensão territorial do Brasil³. Possui ampla trajetória dedicada à desintrusão de terras indígenas. Tubino atuou como Assessor na Secretaria-Geral da Presidência da República, entre janeiro de 2023 e fevereiro de 2024; trabalhou no Ministério do Desenvolvimento Agrário, de 2015 a 2016; e, como estrategista da retirada

de invasores, coordenou, entre outras ações, a desocupação pacífica da Terra Indígena (TI) Alto do Rio Guamá, localizada no estado do Pará, em 1993.

Carina Lellis: Em 29 de fevereiro de 2024, o Governo Federal instalou a Casa de Governo em Boa Vista, Roraima, com a missão de coordenar as ações para a proteção da Terra Indígena Yanomami. O escolhido para comandar a missão foi Nilton Tubino, à época, Assessor da Secretaria-Geral da Presidência da

¹ LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. Entrevista com Nilton Tubino. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 65-75, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a555>

² Esta publicação baseia-se na transcrição das entrevistas concedidas por Nilton Luís Godoy Tubino à Rádio Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

³ Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). LL.M. pela Faculdade de Direito da Universidade de Harvard. Assessora Especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal. Participa do Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC/STF) e da Coordenadoria de Acessibilidade Sustentabilidade e ODS (CODS). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6174580778049372>. E-mail: carinalellis@gmail.com.

⁴ Informação disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202501/acoes-federais-garantem-protecao-cidadania-e-preservacao-na-maior-terra-indigena-do-pais>.

República. É dele a incumbência de coordenar os 20 órgãos federais envolvidos nesse projeto. Como exemplos de tais órgãos, temos Ibama⁵, ICMBio⁶, Censipam⁷, Funai⁸, agências reguladoras, como Anatel⁹, ANTT¹⁰, ANAC¹¹ e ANP¹², além de forças de segurança pública, como Polícia Federal, Força Nacional de Segurança Pública e Polícia Rodoviária Federal.

Paralelamente à criação da Casa de Governo, foi lançada a Operação Catrimani II, das Forças Armadas. Nessa execução, o Exército, a Marinha e a Força Aérea Brasileira atuam em um esforço conjunto, com aproximadamente 500 servidores públicos, a fim de combater o garimpo ilegal.

No período de março de 2024 a julho de 2025, foi registrada a redução de 98% dos garimpos ativos dentro da TI Yanomami. A operação inutilizou 1.500 motores de atividade garimpeira, 520 acampamentos, 29 aeronaves, mais de 100 antenas de internet, 54 pistas de pouso clandestinas e 340 geradores de energia. A destruição dessa cadeia logística

criminosa também contribuiu para o enfrentamento do tráfico internacional de drogas, que utiliza a mesma infraestrutura.

Além da função na Casa de Governo em Boa Vista, Nilton Tubino foi o estrategista responsável por outras desintrusões, como são chamadas as operações de retirada de invasores do interior das terras indígenas.

O Ministro Luís Roberto Barroso também determinou a desintrusão de outras sete terras indígenas que se encontravam particularmente ameaçadas. A decisão foi proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 709). Desde então, o Supremo Tribunal Federal (STF) monitora a execução de planos de retirada de invasores das TIs Apyterewa, Trincheira/Bacajá, Karipuna, Kayapó, Munduruku, Araribóia e Uru-Eu-Wau-Wau. Em julho de 2025, Nilton Tubino e suas equipes já haviam concluído o processo junto a seis das oito terras indígenas.

⁵ Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

⁶ Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

⁷ Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia.

⁸ Fundação Nacional dos Povos Indígenas.

⁹ Agência Nacional de Telecomunicações.

¹⁰ Agência Nacional de Transportes Terrestres.

¹¹ Agência Nacional de Aviação Civil.

¹² Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

Vamos começar esta entrevista pela trajetória de Tubino. Em nossas pesquisas, identificamos que o senhor iniciou sua experiência profissional nas disputas pela reforma agrária no Rio Grande do Sul. Por mais que o recorte atual seja diferente, a questão indígena também é um tipo de disputa por terras. O senhor pode contar um pouco da sua história?

Nilton Tubino: Eu trabalhava, nos anos 2000, no governo do estado do Rio Grande do Sul, no Gabinete de Reforma Agrária. Quando a reforma foi concluída, fui convidado a vir para Brasília, trabalhar na Câmara dos Deputados com o então Deputado Federal Adão Pretto. Em 2010, o Ministro Gilberto Carvalho¹³ me convidou para atuar na Secretaria-Geral da Presidência. Eu era o responsável pela Coordenação dos Movimentos do Campo. Na realidade, não era uma atuação diretamente com os indígenas, mas, sim, com os movimentos tradicionais pela reforma agrária e agricultura familiar. No entanto, o nosso secretário, Paulo Maldos¹⁴, tinha uma relação muito forte com a questão indígena e, aos poucos, foi levando a pauta para a Secretaria-Geral. À época, servidores da Funai que trabalhavam na TI Kayabi, ainda não demarcada, foram retidos pela comu-

nidade indígena. Então, o secretário me pediu para fazer a intermediação e liberá-los – havia sete dias que eles estavam com os indígenas. Fizemos um compromisso, com apoio do Exército, para demarcar a terra deles e, assim, os servidores foram soltos.

A partir desse acontecimento, nós começamos a ter um envolvimento maior com o tema indígena. No entanto, o marco inicial dos processos de desintração foi o acordo que a Presidente Dilma firmou com o Ministro Gilberto Carvalho¹⁵. Eles se comprometeram com os indígenas Xavante, da TI Marãiwatsédé, no Mato Grosso, a reparar um processo histórico de usurpação daquele território. Há fotos da época dos Xavante sendo retirados do seu próprio território em um avião da Força Aérea e levados para o Parque Xingu. Houve conflito por vários anos, até que foi proferida uma decisão. Transitada em julgado, a Presidente Dilma assumiu o compromisso de retirar os invasores da terra indígena. Assim, foi a primeira operação que a gente planejou, utilizando uma base de operações e unindo diferentes órgãos para trabalhar. Tivemos êxito. Foi uma desintração tensa, com muita pressão política, porque algumas áreas dentro da TI eram ocupadas por autoridades públicas.

¹³ À época, ocupava o cargo de Chefe de Gabinete da Presidência da República (2003 a 2010), tornando-se Ministro-Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República (2011 a 2014) durante os Governos do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e da Presidente Dilma Rousseff, respectivamente.

¹⁴ Paulo Roberto Martins Maldos, Secretário Nacional de Articulação Social da Secretaria-Geral da Presidência da República de 2011 a 2014, durante o Governo da Presidente Dilma Rousseff.

¹⁵ Dilma Rousseff foi Presidente da República Federativa do Brasil de 2011 a 2016.

Posteriormente, nós fizemos a desintrusão da TI Awá, no Maranhão. Também começamos a fazer o mesmo com o território Apyterewa. Contudo, a ação foi interrompida pelo *impeachment* da Presidente¹⁶. Eu voltei a trabalhar na Câmara dos Deputados, nesse terceiro mandato do Presidente Lula¹⁷. Fui convidado a voltar para a Secretaria-Geral e, depois, fui trabalhar na Casa Civil.

Carina Lellis: O senhor poderia explicar o seu papel na Casa de Governo e as estratégias adotadas para retirar invasores das terras indígenas, a exemplo do sufocamento da logística do garimpo na TI Yanomami? Além disso, uma das maiores vitórias é que esse processo tem acontecido de maneira pacífica, de modo geral. Como o caminho da não violência foi construído?

Nilton Tubino: Desde 2023, quando ocorreu a emergência na TI Yanomami, houve muitas ações do Governo Federal, por meio do Ibama e da Polícia Federal, na repressão e no combate direto ao garimpo ilegal, como a destruição de acampamentos e de maquinários utilizados na extração de minério. Entretanto, ao final do referido ano, o Presidente Lula entendeu que a coordenação das operações precisava ser centralizada, o que era também uma

leitura feita pelas associações indígenas, tanto a Hutukara quanto a Urihi. Além disso, foi publicado um documento nesse sentido para que as operações tivessem maior efetividade.

Então o Ministro Rui¹⁸ propôs ao Presidente o modelo de Casa de Governo, com o objetivo de coordenar, de forma centralizada, as ações de repressão e algumas outras dentro do território indígena. A nossa prioridade foi o combate ao garimpo ilegal e, quando assumimos essa responsabilidade, discutimos uma estratégia com dois eixos: combate direto ao garimpo ilegal, com ações de repressão dentro do território, e combate à logística de abastecimento, como alimentos e combustível, por exemplo, a fim de dificultar o desenvolvimento da atividade e elevar o seu custo. A ideia era que itens de primeira necessidade ficassem tão onerosos que tornassem o investimento desinteressante. Essa foi a nossa estratégia de retirada, sem o uso direto da força sobre os invasores, para começar a atuação dentro do território, na parte externa e interna.

Além disso, quando necessário, as operações têm uma presença muito grande de efetivos policiais, o que ajuda a repelir resistências e enfrentamentos por parte dos garimpeiros. Desde que

¹⁶ No ano de 2016, Dilma Rousseff, então Presidente da República do Brasil, sofreu o *impeachment* que a afastou do cargo.

¹⁷ O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva exerce mandato iniciado em 2023 e ainda em curso.

¹⁸ Rui Costa, Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República no atual mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2023-presente).

a Casa de Governo foi instalada, não houve mais nenhum conflito direto dos garimpeiros contra as comunidades indígenas, diferentemente do que ocorria no ano de 2023.

Carina Lellis: Já ouvimos boas histórias de situações inusitadas nas quais o senhor esteve envolvido em suas operações. Destaco três delas: (i) o registro do pagamento de bens de consumo comuns, como frango e ovos, com gramas de ouro, dentro da TI Yanomami; (ii) a imagem de um avião do garimpo sendo transportado dentro de uma canoa; e (iii) a implosão de uma balsa de garimpo, em que o senhor precisou ser resgatado de helicóptero no meio do rio, porque não havia tempo hábil para retornar a Boa Vista antes do anoitecer, quando o percurso se tornaria muito perigoso, dada a falta de luminosidade. Como foi viver essas situações? Conte-nos um pouco mais sobre elas e quais outros episódios inusitados já vivenciou?

Nilton Tubino: Na realidade, nós acompanhamos os processos de desintrusão *in loco*. Mesmo com a estrutura da Casa de Governo, em Boa Vista, dentro do possível, eu sempre acompanho as operações no campo mesmo. Acontecem várias situações que precisamos administrar, como pular no rio e subir junto com os policiais para pegar barco, então todo dia há um elemento surpresa.

Quanto à história da implosão da balsa, nós conseguimos localizá-la no rio, mas não havia um local próximo para o pouso. Com isso, o piloto nos deixou na área mais próxima possível e então fizemos uma caminhada pela mata, sem trilha, abrindo o trecho da floresta até conseguirmos alcançá-la por volta das 14h. Nós estávamos caminhando desde as 10h. Quando conseguimos inutilizar a balsa, ainda teríamos mais quatro horas de caminhada para retornar ao local. Todavia, como o limite para chegar a Boa Vista é, em regra, às 18h, devido à baixa luminosidade que compromete o voo do helicóptero, ficaria muito tarde. Estávamos sem alimentos e água para passar a noite no meio da mata. O piloto, então, foi muito competente e nos tirou de uma situação complicada, pois ele conseguiu pousar em cima de um tronco de árvore que estava no rio. Retornamos à capital no mesmo dia.

Com os Yanomami, diferentemente do que ocorreu com outras terras indígenas, a gente centralizou as ações em Boa Vista. Nos outros locais em que atuamos, os quais estão nos processos da ADPF 709, temos uma base que o Exército montou e, assim, ficamos perto do território. Contudo, a TI Yanomami tem mais esta dificuldade: boa parte do acesso é aéreo, então dependemos desse tipo de deslocamento. Já pousei no meio do rio, porque deu pane na aeronave, e o piloto já teve que pousar em cima de pedra, mas isso é quase uma atividade diária.

Quando estamos no campo, temos um tempo muito curto para as operações, porque estas têm, em regra, a duração de um dia e as distâncias são grandes. Isso acontece a fim de possibilitar que a equipe possa fazer revezamentos, já que se trata de um trabalho muito cansativo, com várias horas de caminhada. Para se ter uma ideia, a distância de Boa Vista até o meio da terra indígena é a mesma entre as capitais de São Paulo e do Rio de Janeiro. Logo, como o que resta do garimpo está muito longe, isto é, dentro da selva, o piloto nos deixa em um determinado ponto e caminhamos por volta de dois a cinco km, a depender da região, até o acampamento. A operação diretamente no garimpo dura em torno de quatro a cinco horas, tendo em vista a luminosidade, o tempo de caminhada de ida e de retorno e o abastecimento da aeronave.

Carina Lellis: Poderia explicar um pouco a respeito do comércio com o ouro?

Nilton Tubino: Na atividade garimpeira, a moeda de troca é o ouro. Toda a economia é baseada em ouro, a exemplo de passagens aéreas, bebidas e alimentos. Quando nós começamos a atuar, ainda havia algumas estruturas bem montadas, principalmente de bares e boates, então vimos muitos preços cotados em gramas de ouro.

O garimpeiro da ponta (não o gerente, nem o que financia) vive em um trabalho análogo ao da escravidão. A pessoa fica endividada, porque, chegando lá,

parte do custo de alimentação, remédio e instrumentos de trabalho (como bota e munição) é paga pelos empregadores com base no ouro e, posteriormente, é cobrada dos trabalhadores. Os custos são impensáveis: uma bota de borracha custa o equivalente a mil reais; um frango custa R\$ 700,00; a calabresa, linguiça com mais durabilidade, custa R\$ 1.500,00; e uma garrafa de bebida alcoólica custa um grama de ouro, o que hoje está em torno de R\$ 600,00. Os valores consumidos são anotados em cadernos de controle e o indivíduo tem que trabalhar para pagar tudo isso, a fim de que não sofra riscos e possa sair do local futuramente. Com isso, o seu direito de ir e vir é afetado.

A última informação que nós tivemos, em uma operação realizada recentemente, é a de que um refrigerante e um pacote de bolacha estavam custando 1,5 g de ouro, algo em torno de R\$ 700,00. Essa dinâmica impacta também a parte externa, porque muitas vezes o custo de vida para a população é elevado nos distritos e nos municípios dessas regiões, onde o que circula é o ouro.

Carina Lellis: Na ADPF 709, o Ministro Luís Roberto Barroso, na qualidade de relator da ação, determinou a retirada de não indígenas de oito terras particularmente ameaçadas e, ao longo dos últimos dois anos, o STF acompanha e monitora o processo de desintrusão. Qual é a sua opinião a respeito da atuação da Suprema Corte nesse caso?

Nilton Tubino: O papel do Supremo é fundamental, pois oferece respaldo e segurança jurídica ao Executivo para agir. A postura do Presidente Lula de cumprir as decisões judiciais e retirar invasores das terras indígenas reforça esse papel, porque depende do tipo de conflito — ressaltando que nem tudo é garimpo. Na realidade, quanto à questão Yanomami, nós não temos nenhum problema de atuação, por ter sido um caso amplamente denunciado. Já em outros territórios, há processos mais complexos, com conflitos de posseiros e invasores, além de grilagem de áreas em terras indígenas. Principalmente em Trincheira/Bacajá e em Apyterewa, havia posseiros, como criadores de gado e grandes fazendeiros, que estavam invadindo as terras. Em Karipuna, o comum era o crime de roubo de madeira e o crime de pesca [ilegal]. Então, cada território tem um aspecto diferenciado.

O posicionamento do STF traz tranquilidade para quem está atuando, não só para as equipes de segurança, mas para a Funai e para o Ibama também, porque se trata do cumprimento de uma decisão judicial. As pessoas não questionam, e os próprios advogados, que fazem a defesa dos invasores, ficam constrangidos diante de uma decisão da Suprema Corte.

O Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC/STF) contribui muito com a interlocução entre o Executivo e o Judiciário. O Núcleo acompanha os processos de desintrusão e nos faz orientações, já que eles têm

mais contato com os petiçãoários do processo do que nós do Executivo. Essa troca de informações e a prestação de contas do Executivo [para o Núcleo] são passos importantes em direção ao avanço dos processos.

Em relação ao nosso contato com petiçãoários e comunidades indígenas, no caso dos Yanomami, nós fazemos reuniões periódicas com as associações, nas quais apresentamos dados e informações. Em outras operações, normalmente quando estão prestes a começar, o Ministério dos Povos Indígenas (MPI) faz o diálogo com as comunidades. Nesse momento, nós fazemos reunião com as associações ou com as principais lideranças para evitar ruídos e desinformações. Explicamos como será a operação, o que está previsto no plano e como foi a decisão do Supremo. Contudo, durante a ação em si, a gente tenta ao máximo não envolver as lideranças para preservá-las, já que elas ficam nos territórios e se trata de áreas muito sensíveis. Muitas vezes, essas lideranças são ameaçadas de morte, porque estão em conflito com quem tem poder econômico. Em alguns casos, a gente abre canais para eles mandarem informações. Ao final da operação, nós também fazemos uma prestação de contas sobre o que foi realizado e depois o MPI e a Funai mantêm o diálogo.

De todo modo, a gente sempre fala que, mesmo depois de terminada a operação, uma coisa são as ações que o Estado tem que manter no território para evitar a invasão de garimpeiros, e outra, as

ações que exigem o empoderamento da sociedade para serem feitas em relação ao monitoramento do território.

Carina Lellis: Ainda sobre a ADPF 709, boa parte da invasão de territórios por não indígenas está ligada às atividades ilegais de garimpo, ouro e cassiterita, extração de madeira e avanço da pecuária. Quais são, em sua opinião, os principais desafios enfrentados nesses processos de desintração?

Nilton Tubino: A disputa pelas terras é uma questão histórica, principalmente com o avanço da pecuária. Em alguns territórios, a gente até brinca que criado dentro da terra indígena é muito vantajoso, porque não se paga o pasto, não existe despesa nesse sentido, o que ajuda muito os criadores. Entretanto, a depender dos territórios, o que pesa muito é o envolvimento da política. Isso atrapalha bastante, porque existe um discurso, de políticos favoráveis ao garimpo, de que as decisões judiciais e os limites da terra indígena serão revertidos. Muitas vezes, a gente está falando de processos em que as terras foram demarcadas há vinte, trinta anos, e os invasores já saíram, voltaram ou nem sequer saíram. Já no caso de grilagem de terras para pecuária, o discurso político é um pouco diferente. É dito “nós vamos conseguir reduzir o território, porque o estudo¹⁹ feito estava errado

e será alterado”. Tal posicionamento envolve prefeitos, vereadores, deputados, entre outros, e se sustenta a partir da ideia de que “há muita terra para poucos indígenas”.

O modelo de desintração, que busca resgatar o território dos povos indígenas, começou a ser organizado pelo Governo Federal em 2012, porque, tradicionalmente, a Funai tinha um processo mais brando para isso: fazia os pagamentos de benfeitoria, indenizava quem estava ocupando terras e esperava que as pessoas saíssem espontaneamente. Por diversas vezes, isso acontecia e o Incra²⁰ até reassentava algumas famílias, mas, historicamente, as pessoas voltavam; outros invadiam com a promessa de que “você pode voltar, porque a gente vai remarcar”.

Essa fala de que “vai reduzir, porque são poucos indígenas e o território é muito grande” atrapalha muito nas ações, pois vira impasse. A operação começa, aparece o advogado e diz “a gente vai conseguir uma decisão”, em vez de reassentar, e isso eu sempre coloco nos processos. Quando vamos avisar sobre a desintração, somos sinceros, porque é preciso cumprir a decisão judicial, mas tentamos fazer da melhor forma possível, sem prejudicar ninguém. Alguns indivíduos são enganados e compram áreas dentro de terra indígena, porque sempre tem alguém que vende ou que

¹⁹ O entrevistado refere-se aos estudos técnicos feitos em processos de demarcação de terras indígenas ou de criação de unidades de conservação.

²⁰ Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

tenta ganhar algo em cima disso. Então, quando conseguimos ser francos e as pessoas entendem que aquele processo é irreversível, funciona bem.

Entre os desafios, cito também o caso de um funcionário da Funai que foi baleado no processo de desintrusão da TI Apyterewa. Houve agressões e viaturas depredadas, porque existia um discurso, de lideranças locais, de que os não indígenas iriam reverter a situação e retornar aos territórios, o que incentivava as pessoas a ficarem. Portanto, entende-se que esse componente da política no território atrapalha muito todo o trâmite para uma desintrusão pacífica.

Carina Lellis: Quais são, em sua opinião, os principais desafios pós-desintrusão? Existem estratégias sendo pensadas para evitar novas invasões? Quais?

Nilton Tubino: Dentro do nosso planejamento, a Casa Civil ficou a cargo de fazer a parte operacional da desintrusão, e o pós-desintrusão ficou em função do MPI e da Funai, sendo discutido com a Casa Civil. Nos territórios em que existe atividade garimpeira, nós fazemos o processo de manutenção; posteriormente à desintrusão, há discussões com as comunidades indígenas a respeito das atividades e do monitoramento.

Atualmente, o obstáculo para enfrentar a atividade garimpeira é o preço do ouro, que custa quase R\$ 640,00 o grama, incentivo muito grande para essas pessoas tentarem retornar ao

território. Desse modo, quanto maior for a atuação na desintrusão, inutilizando-se o máximo de equipamentos, estrutura e logística, menor será o risco do retorno. Em alguns lugares, estão sendo construídos planos de segurança envolvendo o governo dos estados e dos municípios.

Carina Lellis: Atualmente, existe um debate quanto ao dispositivo constitucional que visa regulamentar a exploração de recursos minerais em terras indígenas, previsto no artigo 231, parágrafo terceiro, da Constituição Federal. Os defensores dessa ideia afirmam que há uma parcela das comunidades que tem interesse e que isso poderia ser efetivo para os próprios indígenas. Por outro lado, o senhor já externalizou a opinião de que, ao menos na TI Yanomami, o garimpo só dá lucro porque é ilegal. Poderia explicar um pouco mais?

Nilton Tubino: Na realidade, trabalhando nesses territórios — Mundurucu, Kayapó e Yanomami —, o que nós identificamos é que existe uma cadeia logística que apoia o garimpo. Se a estrutura de transporte, combustível e aeronave, para funcionar legalmente, for cumprir a legislação, esse custo se torna inviável. Um acampamento, hoje, dentro das terras indígenas, é composto por uma lona, com chão batido, algumas prateleiras e cozinha com fogão de barro. Além disso, a jornada diária dos trabalhadores chega a ser de 16 horas. Se o empregador tiver que construir um alojamento para as pessoas trabalharem

e pagar os direitos trabalhistas, o dia de descanso, o imposto de CFEM²¹ e o transporte, a atividade se torna bem menos lucrativa.

Nessa linha, existe o fato histórico de Serra Pelada²², que é um exemplo dessa situação. Mesmo depois de a cooperativa canadense²³ realizar a parceria com os garimpeiros da região, não foi possível ter viabilidade econômica para explorar o território, porque ficava antieconômico. Por isso, caso ocorra a regularização da exploração de terras, o garimpo ilegal não será evitado, pois será difícil regularizar transporte, pistas de pouso e outros diversos elementos clandestinos dentro das terras indígenas. Toda a cadeia em volta deverá ser reavaliada.

Outro componente que pesa muito no que diz respeito à regularização do garimpo é a utilização do mercúrio. Hoje, grandes empresas têm outros processos para explorar sem o uso de mercúrio, no entanto, empresas de pequeno e médio porte não conseguem retirar ouro sem o uso desse elemento, mesmo sendo proibido²⁴; ou seja, não se pode apenas permitir a exploração, mesmo

que legal, dentro de terras indígenas ou unidades de conservação, sem considerar toda a cadeia que continuará acontecendo de forma irregular.

Carina Lellis: Durante séculos, os povos indígenas foram considerados um grupo sem voz nas instituições públicas brasileiras, mas esse cenário parece estar mudando. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) é quem fez surgir a ADPF 709, representada por advogados e organizações indígenas. Além disso, pela primeira vez, foi instituído um Ministério dos Povos Indígenas, hoje liderado pela Ministra Sônia Guajajara. Há, portanto, um processo de inclusão desses grupos nas pautas institucionais do Estado brasileiro. Como o senhor enxerga essa mudança de paradigma?

Nilton Tubino: Eu acho que é fundamental, até porque você tem a Presidente Joenia Wapichana, na Funai; o Ricardo Weibe, como Secretário da Saúde Indígena²⁵; e, nos estados, muitos órgãos têm indígenas em sua composição. É muito importante, porque eles

²¹ Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais.

²² Serra Pelada foi um garimpo de ouro localizado na Serra dos Carajás, no estado do Pará. Com início em 1980, a mineração na região atraiu milhares de pessoas e foi marcada por condições de trabalho precárias e por intensa devastação ambiental. Com o tempo, a inviabilidade econômica levou ao encerramento desse garimpo em 1992.

²³ No início dos anos 2000, a empresa canadense Colossus Minerals, em parceria com a Cooperativa de Mineração dos Garimpeiros de Serra Pelada (Coomigas), iniciou uma tentativa de reativar a mineração na Serra Pelada, mas o projeto fracassou após a empresa se tornar inadimplente em 2014.

²⁴ A proibição mencionada decorre da Convenção de Minamata sobre Mercúrio, promulgada por meio do Decreto n.º 9.470, de 2018.

²⁵ Ricardo Weibe Nascimento Costa, Secretário da Secretaria de Saúde Indígena do Ministério da Saúde.

conhecem o território e a demanda, além do fato de que cada povo tem a sua peculiaridade. Entre os Yanomami, há vários que têm contato recente com a sociedade, e o mesmo ocorre com os Apyterewa. Boa parte desses indígenas não falam português. Na atualidade, por meio de programas do governo, há um grande investimento nas terras indígenas, como, por exemplo, o trabalho de tradutores no atendimento médico. Para o empoderamento e a representatividade desses povos, existem entidades históricas, tal como a COIAB²⁶. Assim, eu acho que está havendo um avanço crescente nesse momento do Presidente Lula, que quer dar voz às comunidades indígenas. Logo, é fundamental a participação deles na discussão das políticas públicas.

Carina Lellis: Ainda sobre a pauta indígena, o senhor sabe como foi feito o trabalho antes e como está sendo feito o trabalho agora. Com isso, o que espera para o futuro?

Nilton Tubino: É um grande desafio, porque, na política, há essa questão de grupos favoráveis e contrários ao garimpo. Alguns acham que, porque o indígena comprou um celular, não tem direito a ter o território dele. Há, também, o crescimento de atividades econômicas com interesse em terras indígenas, pois são áreas planas e de boa produtividade. Na lista da Funai, temos,

no mínimo, 68 territórios que precisariam de operações de desintrusões, mas são muitos os territórios que ainda estão ocupados por invasores e que deveriam ser plenamente dos indígenas.

Dessa forma, acho que o grande desafio é continuar avançando na retirada de invasores e empoderar as comunidades indígenas para que façam o monitoramento e tenham autonomia de produção e segurança alimentar para a sustentabilidade de seus territórios. É importante lembrar que os territórios indígenas têm um papel significativo na discussão da mudança climática, uma vez que ainda têm números reduzidos de desmatamento e altos índices de preservação. A comunidade Apyterewa, por exemplo, nos últimos anos, era a área mais desmatada do Brasil. Depois da desintrusão, o desmatamento foi zerado. O papel das comunidades indígenas é fundamental para a economia verde e para a preservação do meio ambiente.

Carina Lellis: Tubino, muitíssimo obrigada por essa entrevista. Foi um prazer e uma honra ter o senhor aqui conosco.

Nilton Tubino: Obrigado! Eu que agradeço o espaço. É um trabalho coletivo. A gente coordena, mas há muitas pessoas envolvidas no processo.

²⁶ Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira.

SUPREMA INTERVIEW/ENTREVISTA¹⁻²

Nilton Luís Godoy Tubino

Interviewed by/Entrevistado por:

Carina Lellis Nicoll Simões Leite³



Foto: Rosinei Coutinho/STF

Nilton Luís Godoy Tubino has been, since February 2024, the Director of the Government House in Roraima, an institution committed to solving the humanitarian crisis in the Yanomami Indigenous land, the largest Indigenous reserve in Brazil in terms of land area⁴. He has extensive career dedicated to the disintrusion of Indigenous lands. Tubino served

Nilton Luís Godoy Tubino es, desde febrero de 2024, director de la Casa de Gobierno en Roraima, institución dedicada a resolver la crisis humanitaria en el territorio Yanomami, la mayor reserva indígena de Brasil por su extensión territorial⁴. Cuenta con una amplia trayectoria dedicada al desalojo de tierras indígenas. Tubino fue

¹ LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. Interview with Nilton Tubino. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 77-98, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a556>/ LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. Entrevista a Nilton Tubino. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 77-98, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a556>

² This publication is based on the transcription of the interviews granted by Nilton Luís Godoy Tubino to Rádio Justiça and the Brazilian Federal Supreme Court. / Esta publicación se basa en la transcripción de las entrevistas concedidas por Nilton Luís Godoy Tubino a la Radio Justicia y al Supremo Tribunal Federal.

³ PhD and Master in Constitutional Law from the State University of Rio de Janeiro (UERJ). LL.M. from Harvard Law School. Special Advisor at the Presidency of the Federal Supreme Court. Member of the Centre for Structural and Complex Processes (NUPEC/STF) and of the Coordination of Accessibility, Sustainability and SDGs (CODS). *Curriculum vitae*: <http://lattes.cnpq.br/6174580778049372>. E-mail: carinalellis@gmail.com. / Doctora y máster en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la Universidad Estatal de Río de Janeiro (UERJ). LL.M. en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Asesora especial de la Presidencia del Supremo Tribunal Federal. Participa en el Núcleo de Procesos Estructurales y Complejos (NUPEC/STF) y en la Coordinación de Accesibilidad, Sostenibilidad y ODS (CODS). Currículum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6174580778049372>. E-mail: carinalellis@gmail.com.

⁴ Information available at: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202501/acoes-federais-garantem-protecao-cidadania-e-preservacao-na-maior-terra-indigena-do-pais> / Información disponible en: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202501/acoes-federais-garantem-protecao-cidadania-e-preservacao-na-maior-terra-indigena-do-pais>

as Advisor at the General Secretariat of the Presidency of the Federative Republic of Brazil from January 2023 to February 2024; worked at the Brazilian Ministry of Agrarian Development between 2015 and 2016 and; as a strategist for the removal of invaders, coordinated, among other actions, the peaceful disintrusion of the Alto do Rio Guamá Indigenous land in the state of Pará in 1993.

Carina Lellis: On February 29, 2024, the Brazilian Federal Government inaugurated the Government House in Boa Vista, Roraima, with the mission of coordinating efforts to protect the Yanomami Indigenous land. Nilton Tubino, at the time Advisor at the General Secretariat of the Presidency of the Federative Republic of Brazil, was chosen to command that mission. He is responsible for overseeing the 20 federal government agencies involved in the project. Some examples include Ibama⁵, ICMBio⁶, Censipam⁷, Funai⁸, regulating agencies such as Anatel⁹, ANTT¹⁰, ANAC¹¹ and ANP¹², as well

Asesor de la Secretaría General de la Presidencia de la República entre enero de 2023 y febrero de 2024; trabajó en el Ministerio de Desarrollo Agrario de 2015 a 2016 y; como estratega de la expulsión de invasores, coordinó, entre otras acciones, la desocupación pacífica de la Tierra Indígena (TI) Alto do Rio Guamá, situada en el estado de Pará, en 1993.

Carina Lellis: El 29 de febrero de 2024, el Gobierno Federal instaló la Casa de Gobierno en Boa Vista, Roraima, con la misión de coordinar las acciones para la protección de la Tierra Indígena Yanomami. El elegido para dirigir la misión fue Nilton Tubino, en ese momento asesor de la Secretaría General de la Presidencia de la República. A él le corresponde la tarea de coordinar los 20 organismos federales que participan en este proyecto. Entre ellos se pueden citar los siguientes: Ibama⁵, ICMBio⁶, Censipam⁷, Funai⁸, agencias reguladoras como Anatel⁹, ANTT¹⁰, ANAC¹¹ y ANP¹², además de fuerzas de seguridad pública, como la

⁵ Brazilian Institute of Environment and Renewable Natural Resources.

⁶ Chico Mendes Institute for Biodiversity Conservation.

⁷ Management and Operational Center of the Amazon Protection System.

⁸ National Foundation of Indigenous Peoples.

⁹ National Telecommunications Agency.

¹⁰ National Land Transport Agency.

¹¹ National Civil Aviation Agency.

¹² National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels.

⁵ Instituto Brasileiro del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables.

⁶ Instituto Chico Mendes de Conservación de la Biodiversidad.

⁷ Centro Gestor y Operacional del Sistema de Protección de la Amazonía.

⁸ Fundación Nacional de los Pueblos Indígenas.

⁹ Agencia Nacional de Telecomunicaciones.

¹⁰ Agencia Nacional de Transportes Terrestres.

¹¹ Agencia Nacional de Aviación Civil.

¹² Agencia Nacional del Petróleo, Gas Natural y Biocombustibles.

as public safety forces, like the Brazilian Federal Police, the National Public Security Force and the Federal Highway Police.

In parallel with the establishment of the Government House, Operation Catrimani II was launched by the Armed Forces. In this operation, the Brazilian Army, Navy and Air Force work in a joint effort, with approximately 500 public servants, aiming to combat illegal mining.

Between March 2024 and July 2025, a 98% reduction in active mining sites was recorded within the Yanomami Indigenous land. The operation deactivated 1500 engines used in mining activities, 520 camping sites, 29 aircraft, more than 100 internet transmission antennas, 54 clandestine airstrips and 340 power generators. The destruction of that criminal logistics chain also contributed to the fight against international drug trafficking, which utilizes the same infrastructure.

Alongside his role at the Government House in Boa Vista, Nilton Tubino is the strategist responsible for other disintrusions, as the operations to remove intruders from within Indigenous lands are called.

Justice Luís Roberto Barroso also ordered the disintrusion of seven other Indigenous lands that were particularly threatened. The deci-

Policía Federal, la Fuerza Nacional de Seguridad Pública y la Policía Federal de Caminos.

Paralelamente a la creación de la Casa de Gobierno, se lanzó la Operación Catrimani II, de las Fuerzas Armadas. En esta operación, el Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea Brasileña actúan en un esfuerzo conjunto, con aproximadamente 500 funcionarios públicos, con el fin de luchar contra la minería ilegal.

Entre marzo de 2024 y julio de 2025, se registró una reducción del 98% de las explotaciones mineras ilegales activas dentro de la TI Yanomami. La operación inutilizó 1500 motores de actividad minera, 520 campamentos, 29 aeronaves, más de 100 antenas de Internet, 54 pistas de aterrizaje clandestinas y 340 generadores de energía. La destrucción de esta cadena logística delictiva también contribuyó a la lucha contra el tráfico internacional de drogas, que utiliza la misma infraestructura.

Además de su función en la Casa de Gobierno en Boa Vista, Nilton Tubino fue el estratega responsable de otros desalojos, como se denominan las operaciones de expulsión de invasores del interior de las tierras indígenas.

El ministro Luís Roberto Barroso también ordenó el desalojo de otras siete tierras indígenas que se encontraban particularmente amenazadas.

sion was ruled in the Action Against a Violation of a Constitutional Fundamental Right (ADPF n.º 709). Since then, the Federal Supreme Court of Brazil (STF) monitors the execution of plans for the removal of intruders from Apyterewa, Trincheira/Bacajá, Karipuna, Kayapó, Munduruku, Araribóia and Uru-Eu-Wau-Wau Indigenous lands. In July 2025, Nilton Tubino and his teams had already finalized the process in six out of the eight Indigenous lands.

Let's start this interview with Tubino's career trajectory. In our research, we identified that you began your professional path working on disputes for agrarian reform in Rio Grande do Sul. Although the current situation is different, the Indigenous issue is also a way of disputing land in Brazil. Could you tell us a little about your background?

Nilton Tubino: In the 2000s, I worked for the state government of Rio Grande do Sul, in the Cabinet of Agrarian Reform. When the reform was concluded, I was invited to come to Brasília to work in the Chamber of Deputies with then-Federal Deputy Adão Pretto. In 2010, Minister Gilberto Carvalho¹³ invited me to work in the

La decisión se dictó en la Argumen-
tación de Incumplimiento de un
Precepto Fundamental (ADPF 709).
Desde entonces, el Supremo Tribu-
nal Federal (STF) supervisa la ejecu-
ción de los planes de expulsión de los
invasores de las TI Apyterewa, Trin-
cheira/Bacajá, Karipuna, Kayapó,
Munduruku, Araribóia y Uru-Eu-
Wau-Wau. En julio de 2025, Nilton
Tubino y sus equipos ya habían con-
cluido el proceso en seis de las ocho
tierras indígenas.

Comencemos esta entrevista por la
trayectoria de Tubino. En nuestras
investigaciones, hemos identificado
que usted comenzó su experiencia
profesional en las disputas por la
reforma agraria en Rio Grande do
Sul. Aunque el contexto actual es dife-
rente, la cuestión indígena también es
un tipo de disputa por tierras. ¿Podría
contarnos un poco de su historia?

Nilton Tubino: En la década de 2000,
trabajaba en el gobierno del estado de
Rio Grande do Sul, en la Oficina de
Reforma Agraria. Cuando se comple-
tó la reforma, me invitaron a venir a
Brasília para trabajar en la Cámara de
Diputados con el entonces diputado
federal Adão Pretto. En 2010, el mi-
nistro Gilberto Carvalho¹³ me invitó

¹³ At the time, he occupied the position of Advisor of Presidential Cabinet of the Presidency of the Republic of Brazil (from 2003 to 2010) and later became Chief-Minister at the General Secretariat of the Presidency of the Republic of Brazil (from 2011 to 2014) during the administration of President Luiz Inácio Lula da Silva and President Dilma Rousseff, respectively.

¹³ En ese momento, ocupaba el cargo de jefe de gabinete de la Presidencia de la República (2003 a 2010), convirtiéndose en ministro jefe de la Secretaría General de la Presidencia de la República (2011 a 2014) durante los gobiernos del presidente Luiz Inácio Lula da Silva y la presidenta Dilma Rousseff, respectivamente.

General Secretariat of the Presidency of the Federative Republic. I was responsible for the Coordination of Rural Movements (*Movimentos do Campo*). As a matter of fact, it did not involve direct work with Indigenous peoples, but rather with traditional movements that advocated for agrarian reform and family farming. Nonetheless, our secretary, Paulo Maldos¹⁴, had a very strong connection to Indigenous matters, and little by little started to bring the agenda to the General Secretariat. At the time, Funai employees who worked at the Kayabi Indigenous land, not yet demarcated, were being held there by the Indigenous community. The secretary then asked me to mediate and release them – they had been there for seven days. We made a commitment, with the support of the Army, to demarcate their land, and thus the employees were released.

From that moment on, we started to become more involved with Indigenous matters. However, the initial milestone in the disintrusion processes was the agreement that President Dilma made with Minister Gilberto Carvalho¹⁵. They made a commitment to the Xavante Indigenous people of the Marãiwatsédé Indigenous land in Mato

a trabajar en la Secretaría General de la Presidencia. Yo era el responsable de la Coordinación de los Movimientos Campesinos. En realidad, no era un trabajo directamente relacionado con los indígenas, sino con los movimientos tradicionales por la reforma agraria y la agricultura familiar. Sin embargo, nuestro secretario, Paulo Maldos¹⁴, tenía una relación muy fuerte con la cuestión indígena y, poco a poco, fue llevando el tema a la Secretaría General. En ese momento, los funcionarios de la Funai que trabajaban en la TI Kayabi, aún sin demarcar, fueron retenidos por la comunidad indígena. Entonces, el secretario me pidió que mediara y los liberara, ya que llevaban siete días con los indígenas. Hicimos un compromiso, con el apoyo del Ejército, para demarcar sus tierras y, así, los funcionarios fueron liberados.

A partir de este hecho, empezamos a involucrarnos más en el tema indígena. Sin embargo, el punto de partida de los procesos del desalojo fue el acuerdo que la presidenta Dilma firmó con el ministro Gilberto Carvalho¹⁵. Se comprometieron con los indígenas xavante, de la TI Marãiwatsédé, en Mato Grosso, a reparar un proceso histórico de usurpación de ese territorio. Hay fotos

¹⁴ Paulo Roberto Martins Maldos, National Secretary of Social Coordination of the General Secretariat of the Presidency of the Republic of Brazil from 2011 to 2014, during President Dilma Rousseff's administration.

¹⁵ Dilma Rousseff was President of the Federative Republic of Brazil from 2011 to 2016.

¹⁴ Paulo Roberto Martins Maldos, secretario nacional de Articulación Social de la Secretaría General de la Presidencia de la República de 2011 a 2014, durante el Gobierno de la presidenta Dilma Rousseff.

¹⁵ Dilma Rousseff fue presidenta de la República Federativa de Brasil de 2011 a 2016.

Grosso to remedy a historical process of usurpation of that territory. There are photos from that time of the Xavante people being removed from their own territory in an Air Force plane and taken to the Xingu Reserve. There was conflict for many years, until a final decision was rendered. With the ruling now final, President Dilma committed to removing the intruders from the Indigenous land. That was, therefore, the first operation we crafted, leveraging an operations base and bringing together different agencies to work. We were successful. It was a tense process of disintrusion, with considerable political pressure, since a few areas inside the Indigenous land were occupied by public authorities.

Subsequently, we carried out the disintrusion of the Awá Indigenous land in Maranhão. We also began to do the same with the Apyterewa territory. Nevertheless, that action was interrupted by the impeachment of the President¹⁶. I rejoined the Chamber of Deputies during this third term of President Lula¹⁷. I was then invited to return to the General Secretariat and later began working at the President's Chief of Staff.

Carina Lellis: Could you explain your role in the Government House and the strategies adopted to remove

de la época en que los Xavante fueron sacados de su propio territorio en un avión de la Fuerza Aérea y llevados al Parque Xingu. Hubo un conflicto durante varios años, hasta que se dictó una sentencia. Una vez que la sentencia pasó a ser firme, la presidenta Dilma se comprometió a retirar a los invasores de la tierra indígena. Así, fue la primera operación que planificamos, utilizando una base de operaciones y uniendo diferentes organismos para trabajar. Tuvimos éxito. Fue un desalojo tenso, con mucha presión política, porque algunas áreas dentro de la TI estaban ocupadas por autoridades públicas.

Posteriormente, llevamos a cabo el desalojo de la TI Awá, en Maranhão. También comenzamos a hacer lo mismo con el territorio Apyterewa. Sin embargo, la acción se vio interrumpida por la destitución de la presidenta¹⁶. Volví a trabajar en la Cámara de Diputados, en el tercer mandato del presidente Lula¹⁷. Me invitaron a volver a la Secretaría General y, después, fui a trabajar a la Casa Civil¹⁸.

Carina Lellis: ¿Podría explicar su papel en la Casa de Gobierno y las estrategias adoptadas para expulsar a los invasores de las tierras indígenas, como por ejemplo el estrangula-

¹⁶ In 2016, Dilma Rousseff, then President of the Federative Republic of Brazil, was impeached and removed from office.

¹⁷ President Luiz Inácio Lula da Silva has held office since 2023 and continues to serve to the present day.

¹⁶ En 2016, Dilma Rousseff, entonces presidenta de la República de Brasil, sufrió un juicio político que la apartó del cargo.

¹⁷ El presidente Luiz Inácio Lula da Silva ejerce un mandato que comenzó en 2023 y aún está en curso.

¹⁸ Gabinete de la Presidencia de la República.

invaders from Indigenous lands, as in for example the suffocation of illegal mining logistics in the Yanomami Indigenous land? Furthermore, one of the biggest victories is that this process has been happening generally in a peaceful way. How was this path of non-violence built?

Nilton Tubino: Since 2023, when the emergency in the Yanomami Indigenous land arose, the Brazilian Federal Government has taken numerous actions through Ibama and the Federal Police in repressing and directly combating illegal mining, including the destruction of camps and machinery used for mineral extraction. However, at the end of the aforementioned year, President Lula understood that the coordination of operations should be centralized, which was also the view of the Indigenous associations, both Hutukara and Urihi. Additionally, a document to this effect was published to enhance the effectiveness of the operations.

Given the situation, Minister Rui¹⁸ proposed the Government House model to the President, with the aim of coordinating, in a centralized way, enforcement actions and other measures in the Indigenous territory. Our priority was the issue of combating illegal mining, and when we took on

miento de la logística de la minería ilegal en la TI Yanomami? Además, una de las mayores victorias es que este proceso se ha llevado a cabo de forma pacífica, en general. ¿Cómo se construyó el camino de la no violencia?

Nilton Tubino: Desde 2023, cuando se produjo la emergencia en el TI Yanomami, el Gobierno Federal, a través del Ibama y la Policía Federal, ha llevado a cabo numerosas acciones de represión y lucha directa contra la minería ilegal, como la destrucción de campamentos y maquinaria utilizada en la extracción de minerales. Sin embargo, a finales de ese año, el presidente Lula entendió que la coordinación de las operaciones debía centralizarse, lo que también era la opinión de las asociaciones indígenas, tanto Hutukara como Urihi. Además, se publicó un documento en este sentido para que las operaciones fueran más efectivas.

Entonces, el ministro Rui¹⁹ propuso al presidente el modelo de Casa de Gobierno, con el objetivo de coordinar de forma centralizada las acciones de represión y algunas otras dentro del territorio indígena. Nuestra prioridad era combatir la minería ilegal y, cuando asumimos esta responsabilidad, discutimos una estrategia con dos ejes: la lucha directa contra la minería ilegal, con acciones de represión dentro del territorio, y la lucha contra la logística

¹⁸ Rui Costa, Chief Minister of the President's Chief of Staff of the Federative Republic of Brazil in the current term of President Luiz Inácio Lula da Silva (2023-present day).

¹⁹ Rui Costa, ministro jefe de la Casa Civil de la Presidencia de la República en el actual mandato del presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2023-presente).

that responsibility, we discussed a two-pronged strategy: direct combat against illegal mining with enforcement actions inside the territory, and actions against the supply logistics, such as food and fuel, for example, in order to hinder the activity and increase its cost. The idea was that essential items would become so costly that the investment would be unappealing. That was our removal strategy, without the direct use of force against the intruders, to begin acting within the territory, both externally and internally.

Moreover, when needed, the operations have a significant police presence, which helps to repel resistance and confrontations from the miners. Ever since the Government House was installed, there has been no more direct conflict between the miners and the Indigenous communities, differently from what occurred in 2023.

Carina Lellis: We have heard remarkable stories of unusual situations in which you were involved during your operations. I highlight three of them: (i) the record of payment for regular consumer goods, such as chicken and eggs, with grams of gold, within the Yanomami Indigenous land; (ii) the image of a mining plane being transported inside a canoe; and (iii) the implosion of a mining raft, during which you had to be rescued by helicopter in the middle of the river because there was not enough time to return to Boa Vista before nightfall, when the

de abastecimiento, como alimentos y combustible, por ejemplo, con el fin de dificultar el desarrollo de la actividad y elevar su costo. La idea era que los artículos de primera necesidad se volvieran tan caros que la inversión dejara de ser interesante. Esa fue nuestra estrategia de retirada, sin el uso directo de la fuerza sobre los invasores, para comenzar a actuar dentro del territorio, tanto en la parte externa como en la interna.

Además, cuando es necesario, las operaciones cuentan con una gran presencia de efectivos policiales, lo que ayuda a repeler la resistencia y los enfrentamientos por parte de los mineros. Desde que se instaló la Casa de Gobierno, no ha habido más conflictos directos de los mineros contra las comunidades indígenas, a diferencia de lo que ocurría en el año 2023.

Carina Lellis: Ya hemos escuchado buenas historias sobre situaciones inusuales en las que usted se ha visto involucrado en sus operaciones. Destaco tres de ellas: (i) el registro del pago de bienes de consumo comunes, como pollo y huevos, con gramos de oro, dentro de la TI Yanomami; (ii) la imagen de un avión de minería ilegal siendo transportado dentro de una canoa; y (iii) la implosión de una balsa de minería ilegal, en la que tuvo que ser rescatado en helicóptero en medio del río, porque no había tiempo suficiente para regresar a Boa Vista antes del anochecer, cuando el trayecto se volvería muy peligroso, dada la falta de luz. ¿Cómo fue vivir esas situacio-

route would become too dangerous due to the lack of light. What was it like to experience those situations? Tell us a little more about them, and what other unusual episodes have you experienced?

Nilton Tubino: The truth is, we oversee the disintrusion processes *in loco*. Even with the Government House's structure, in Boa Vista, to the extent possible, I always monitor operations in the field. There are various situations we need to handle, such as jumping into the river and boarding a boat alongside the police, so every day brings an element of surprise.

Regarding the story of the implosion of the raft, we were able to locate it in the river, but there wasn't a close location for landing. The pilot dropped us off at the closest possible area, and then we hiked through the forest, off-trail, clearing a path until we reached the raft around 2 p.m. We were walking since 10 a.m. Once we managed to disable the raft, we still had another four hours of hiking to return to the site. However, since the usual cutoff for getting to Boa Vista is 6 p.m., due to low light conditions affecting the helicopter flight, it would have been too late. We had no food or water to spend the night in the middle of the forest. The pilot, therefore, was very competent and got us out of a difficult situation, managing to land on a tree branch that was in the river. We went back to the capital that same day.

nes? Cuéntenos un poco más sobre ellas y qué otros episodios insólitos há vivido.

Nilton Tubino: De hecho, acompañamos los procesos de desalojo *in situ*. Incluso con la estructura de la Casa de Gobierno, en Boa Vista, en la medida de lo posible, siempre acompañó las operaciones en el propio campo. Se dan varias situaciones que debemos gestionar, como saltar al río y subir junto con los policías para coger un bote, por lo que cada día hay un elemento sorpresa.

En cuanto a la historia de la implosión de la balsa, logramos localizarla en el río, pero no había un lugar cercano para aterrizar. Por ello, el piloto nos dejó en la zona más cercana posible y luego caminamos por el bosque, sin sendero, abriendo paso a través de la selva hasta que logramos llegar a ella alrededor de las 14:00 h. Llevábamos caminando desde las diez de la mañana. Cuando conseguimos inutilizar la balsa, aún nos quedaban cuatro horas más de caminata para regresar al lugar. Sin embargo, como la hora límite para llegar a Boa Vista es, por regla general, las 18:00 h, debido a la escasa luminosidad que compromete el vuelo del helicóptero, se haría muy tarde. No teníamos comida ni agua para pasar la noche en medio del bosque. El piloto, entonces, fue muy competente y nos sacó de una situación complicada, ya que logró aterrizar sobre un tronco de árbol que estaba en el río. Volvimos a la capital el mismo día.

With the Yanomami, unlike other Indigenous territories, we have centralized our activities in Boa Vista. In the other locations where we operate, which are in ADPF n.º 709 proceedings, we have a base set up by the Army, that way we can be close to that land. However, there is an additional difficulty in the Yanomami territory: most of the access is by air, so we depend on that type of transportation. I have landed in the middle of the river, because the aircraft I was in broke down, and the pilot has had to land on a rock, but that is almost a daily occurrence.

When we are in the field, we have very little time for operations, as they generally last a day and the distances involved are considerable. This is done to allow the team to rotate shifts, as it is very exhausting work, involving several hours of walking. For reference, the distance from Boa Vista to the middle of the Indigenous territory is the same as the one from São Paulo to Rio de Janeiro. Therefore, given that what is left of mining sites is very far away, that is, inside the rainforest, the pilot drops us off in a specific spot and we walk around two to five kilometers, depending on the region, to the camp. The operation carried out directly at the mining site takes around four to five hours, taking into account the light conditions, the hiking time for both the outbound and return trips, and the aircraft's refueling needs.

Carina Lellis: Could you explain a little about the gold trade?

Con los Yanomami, a diferencia de lo que ocurrió con otras tierras indígenas, hemos centralizado las acciones en Boa Vista. En los demás lugares en los que actuamos, que están incluidos en los procesos de la ADPF 709, contamos con una base que ha montado el Ejército, lo que nos permite estar cerca del territorio. Sin embargo, la TI Yanomami tiene otra dificultad: gran parte del acceso es aéreo, por lo que dependemos de este tipo de desplazamiento. Ya he aterrizado en medio del río, porque la aeronave sufrió una avería, y el piloto ha tenido que aterrizar sobre una roca, pero esto es casi una actividad diaria.

Cuando estamos en el campo, tenemos muy poco tiempo para las operaciones, porque estas suelen durar un día y las distancias son grandes. Esto se hace para que el equipo pueda turnarse, ya que se trata de un trabajo muy agotador, con varias horas de caminata. Para que se hagan una idea, la distancia entre Boa Vista y el centro de la tierra indígena es la misma que entre las capitales de São Paulo y Río de Janeiro. Por lo tanto, como lo que queda de la mina está muy lejos, es decir, dentro de la selva, el piloto nos deja en un punto determinado y caminamos entre dos y cinco kilómetros, dependiendo de la región, hasta el campamento. La operación en la minería ilegal dura entre cuatro y cinco horas, teniendo en cuenta la luz, el tiempo de ida y vuelta más el abastecimiento de la aeronave.

Carina Lellis: ¿Podría explicar un poco sobre el comercio con oro?

Nilton Tubino: In mining, gold is the currency of exchange. The entire economy is based on gold, for example airfare, beverages, and food. When we started our activities, there were still some well-established structures, mainly bars and nightclubs, so we saw many prices given in grams of gold.

The miner at the bottom of the chain (not the manager, not the one who finances it) lives in conditions of slave labor. The person gets into debt, because when they get there, part of the expenses for food, medicine and work tools (such as boots and ammunition) is covered by the employers in gold and subsequently charged to the workers. The cost is unthinkable: a pair of rubber boots costs the equivalent of one thousand reais; a chicken costs 700 reais (BRL); *calabresa*, a longer-lasting sausage, is one thousand five hundred reais (BRL); and a bottle of alcoholic beverage costs a gram of gold, which is currently worth about 600 reais (BRL). The amounts consumed are recorded in control notebooks, and the individual must work to pay off all of it in order to avoid risks and eventually be able to leave the site. As a result, their freedom of movement is affected.

The latest information we received, in an operation we carried out recently, is that a soft drink and a packet of cookies cost one and a half grams of gold, which is around 700 reais (BRL). This dynamic also has an impact on the outside world, because the cost of living for the population is often higher in the districts

Nilton Tubino: En la actividad de minería ilegal, la moneda de cambio es el oro. Toda la economía se basa en el oro, como los pasajes aéreos, las bebidas y los alimentos. Cuando comenzamos a operar, todavía había algunas estructuras bien establecidas, principalmente bares y discotecas, por lo que vimos muchos precios cotizados en gramos de oro.

El minero ilegal de primera línea (no el gerente ni el que financia) vive en condiciones de trabajo análogas a la esclavitud. La persona se endeuda porque, al llegar allí, parte del costo de la comida, los medicamentos y los instrumentos de trabajo (como botas y municiones) lo pagan los empleadores en función del oro y, posteriormente, se cobra a los trabajadores. Los costos son impensables: unas botas de hule cuestan el equivalente a mil reales; un pollo cuesta 700 reales; la calabresa, una salchicha con mayor durabilidad, cuesta 1500 reales; y una botella de bebida alcohólica cuesta un gramo de oro, que hoy en día ronda los 600 reales. Los valores consumidos se anotan en cuadernos de control y el individuo tiene que trabajar para pagarlo todo, con el fin de no correr riesgos y poder salir del lugar en el futuro. Con ello, su derecho a libre circulación se ve afectado.

La última información que tuvimos, en una operación realizada recientemente, es que un refresco y un paquete de galletas costaban 1,5 g de oro, algo así como 700 reales. Esta dinámica también repercute en el exterior, porque a menudo el costo de vida para la

and cities of these regions where gold is the currency that circulates.

Carina Lellis: In ADPF n.º 709, Justice Luís Roberto Barroso, as rapporteur of the case, ordered the removal of non-Indigenous people from eight particularly threatened lands and, over the last two years, the STF has been overseeing and monitoring the processes of disintrusion. What is your opinion regarding the action of the Supreme Court in this case?

Nilton Tubino: The role of the Supreme Court is fundamental, because it provides support and legal certainty for the Executive to act. President Lula's stance of complying with judicial decisions and removing invaders from Indigenous lands reinforces that role, because it depends on the type of conflict — and I emphasize that not everything is illegal mining. In reality, when it comes to the Yanomami issue, we don't have any problems operating, as it was a widely reported case. In other territories, however, there are more complex matters, such as conflicts with squatters (*posseiros*) and invaders, and additionally land grabbing (*grilagem*) of areas in Indigenous lands. Especially in Trinchira/Bacajá and Apyterewa, there were squatters, among them cattle ranchers and large farmers, who were invading the lands. In Karipuna, timber theft and [illegal] fishing were common offences. Each territory has a particular aspect.

The Supreme Court's position gives peace of mind to those working,

población es elevado en los distritos y municipios de estas regiones, donde lo que circula es el oro.

Carina Lellis: En la ADPF 709, el ministro Luís Roberto Barroso, en calidad de ponente de la acción, determinó la retirada de los no indígenas de ocho tierras particularmente amenazadas y, a lo largo de los últimos dos años, el STF ha acompañado y supervisado el proceso de desalojo. ¿Cuál es su opinión sobre la actuación de la Suprema Corte en este caso?

Nilton Tubino: El papel del Supremo es fundamental, ya que ofrece respaldo y seguridad jurídica al Ejecutivo para actuar. La postura del presidente Lula de cumplir las decisiones judiciales y expulsar a los invasores de las tierras indígenas refuerza este papel, porque depende del tipo de conflicto, destacando que no todo es minería artesanal. En realidad, en lo que respecta a la cuestión Yanomami, no tenemos ningún problema para actuar, ya que se trata de un caso ampliamente denunciado. Sin embargo, en otros territorios hay procesos más complejos, con conflictos entre ocupantes ilegales e invasores, además de la apropiación indebida de áreas en tierras indígenas. Principalmente en Trinchira/Bacajá y en Apyterewa, había ocupantes ilegales, como ganaderos y grandes terratenientes, que estaban invadiendo las tierras. En Karipuna, lo habitual era el delito de robo de madera y el deli-

not only for safety teams, but also Funai and Ibama, because there is a judicial decision being complied with. People don't question it, and the very lawyers defending the invaders are left embarrassed when confronted with the Supreme Court ruling.

The Centre for Structural and Complex Processes (NUPEC/STF) plays a significant role in facilitating communication between the Executive and the Judiciary. The Centre oversees disintrusion processes and advises us, since they have more direct contact with the petitioners in the case than we, in the Executive branch, do. This exchange of information and the Executive's accountability [to the Center] are important steps toward advancing the proceedings.

Regarding our contact with petitioners and Indigenous communities, in the Yanomami case, we hold regular meetings with the associations, during which we present data and information. In other operations, usually when they are about to begin, the Ministry of Indigenous Peoples (MPI) is responsible for the dialogue with the communities. At that point, we hold meetings with the associations and the main community leaders, to avoid confusion and misinformation. We explain how the operation will proceed, what is outlined in the plan, and how the Supreme Court's decision was made. However, during the operation itself, we try our best not to involve the leaders in order to protect them,

to de pesca [ilegal]. Por lo tanto, cada territorio tiene un aspecto diferente.

La postura del STF tranquiliza a quienes están actuando, no solo a los equipos de seguridad, sino también a la Funai y al Ibama, porque se trata del cumplimiento de una decisión judicial. Nadie lo cuestiona, y los propios abogados que defienden a los invasores se sienten incómodos ante una decisión del Supremo Tribunal.

El Núcleo de Procesos Estructurales y Complejos (NUPEC/STF) contribuye en gran medida al diálogo entre el Ejecutivo y el Poder Judicial. El Núcleo supervisa los procesos de desalojo y nos orienta, ya que tiene más contacto con los demandantes del proceso que nosotros, el Ejecutivo. Este intercambio de información y la rendición de cuentas del Ejecutivo [al Núcleo] son pasos importantes para el avance de los procesos.

En cuanto a nuestro contacto con los demandantes y las comunidades indígenas, en el caso de los Yanomami, celebramos reuniones periódicas con las asociaciones, en las que presentamos datos e información. En otras operaciones, normalmente cuando están a punto de comenzar, el Ministerio de los Pueblos Indígenas (MPI) mantiene un diálogo con las comunidades. En ese momento, nos reunimos con las asociaciones o con los principales líderes para evitar rumores y desinformación. Les explicamos cómo será la operación, que prevé el plan y cuál ha sido la decisión del Supremo. Sin em-

since they remain in the territories and these are very sensitive areas. These community leaders often receive death threats because they are in conflict with those who hold economic power. In some cases, we establish channels for them to send information. At the end of the operation, we also provide accountability for what has been done, after which the MPI and Funai maintain ongoing communication.

In any case, we always say that even after the operation is completed, there is a distinction between the actions the State must maintain in the territory to prevent illegal mining incursions, and the actions that require the empowerment of society to carry out, particularly regarding territory monitoring.

Carina Lellis: Still on the subject of ADPF n.º 709, a large part of the invasion of territories by non-Indigenous people is linked to illegal gold and cassiterite mining activities, logging, and the advance of livestock farming. In your opinion, what are the main challenges faced in these processes of disintrusion?

Nilton Tubino: The dispute over land is a historical issue, especially with the expansion of livestock farming. In some territories, we even joke that raising cattle on Indigenous land is very convenient, because you don't pay for the pasture, you don't have any such expenses, and that benefits the breeders a lot. However, depending on the territory, what weighs heavily is the

bargo, durante la acción en sí, intentamos al máximo no involucrar a los líderes para protegerlos, ya que permanecen en los territorios y se trata de zonas muy sensibles. A menudo, estos líderes reciben amenazas de muerte, porque están en conflicto con quienes tienen poder económico. En algunos casos, abrimos canales para que puedan enviar información. Al final de la operación, también rendimos cuentas sobre lo que se ha realizado y, después, el MPI y la Funai mantienen el diálogo.

De todos modos, siempre decimos que, incluso después de terminar la operación, una cosa son las acciones que el Estado debe mantener en el territorio para evitar la invasión de mineros ilegales, y otra son las acciones que requieren el empoderamiento de la sociedad para llevarse a cabo, en relación con la vigilancia del territorio.

Carina Lellis: Siguiendo con la ADPF 709, gran parte de la invasión de territorios por parte de personas no indígenas está relacionada con actividades ilegales de minería de oro y casiterita, tala de madera y expansión de la ganadería. En su opinión, ¿cuáles son los principales retos a los que se enfrentan estos procesos de desalojo?

Nilton Tubino: La disputa por las tierras es una cuestión histórica, sobre todo con el avance de la ganadería. En algunos territorios, incluso bromeamos diciendo que criar ganado dentro de las tierras indígenas es muy ventajoso, porque no hay que pagar por el pasto, no hay gastos

involvement of politics. This gets in the way, because there is a discourse from politicians in favor of mining activities suggesting that the judicial decisions and the boundaries of the Indigenous land will be overturned. In many cases, we are dealing with processes in which the lands were demarcated twenty or thirty years ago, and the invaders have already left, returned, or never even left in the first place. When it comes to the land grabbing for livestock farming, the political discourse is a little different. It is said that “we will be able to reduce the territory, because the study¹⁹ done was wrong and will be altered”. Such a stance involves mayors, city councilors, deputies, among others, and it is grounded on the idea that “there is too much land for a small number of Indigenous people”.

The disintrusion model, which aims to reclaim the Indigenous people’s territory, began to be organized by the Brazilian Federal Government in 2012 because, traditionally, Funai had a more flexible process for it: it made payments for improvements, compensated those occupying the land, and hoped that people would leave voluntarily. Often this would happen, and Incra²⁰ would even resettle some of the families, but historically, people would come back; others would invade with the promise

en ese sentido, lo que ayuda mucho a los ganaderos. Sin embargo, dependiendo de los territorios, lo que más pesa es la implicación de la política. Esto supone un gran obstáculo, porque existe un discurso, por parte de los políticos favorables a la minería, de que las decisiones judiciales y los límites de las tierras indígenas se revertirán. A menudo, estamos hablando de procesos en los que las tierras fueron demarcadas hace veinte o treinta años, y los invasores ya se han ido, han vuelto o ni siquiera se han ido. Ahora bien, en el caso de la apropiación indebida de tierras para la ganadería, el discurso político es un poco diferente. Se dice: “Vamos a conseguir reducir el territorio, porque el estudio²⁰ realizado era erróneo y se modificará”. Esta postura involucra a alcaldes, concejales, diputados, entre otros, y se sustenta en la idea de que “hay mucha tierra para pocos indígenas”.

El modelo de desalojo, que busca recuperar el territorio de los pueblos indígenas, empezó a ser organizado por el Gobierno Federal en 2012, porque, tradicionalmente, la Funai tenía un proceso más flexible para ello: pagaba las bienhechurías, indemnizaba a los que estaban ocupando las tierras y esperaba que las personas se fueran espontáneamente. Varias veces, esto pasaba y el Incra²¹ incluso realojaba algunas familias, pero, históricamente,

¹⁹ The interviewee refers to technical studies conducted in the processes of Indigenous land demarcation or the creation of conservation units.

²⁰ National Institute for Colonization and Agrarian Reform.

²⁰ El entrevistado se refiere a los estudios técnicos realizados en los procesos de demarcación de tierras indígenas o de creación de unidades de conservación.

²¹ Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria.

that “you can come back, because the land will be re-demarcated”.

The statement that “the land will be reduced, because there are few Indigenous people and the territory is very large” greatly hinders the actions, because it creates a deadlock. The operation begins, the lawyer turns up and says: “we are going to get a decision”, instead of resettling, and that is something I always include in the processes. When we give notice about the disintrusion, we are honest, because we must comply with the judicial decision, but we try to do it in the best possible way, without harming anyone. Some people are deceived into buying areas inside Indigenous territory, because there is always someone selling or trying to get something out of it. Ultimately, when we are able to be frank and people understand that the process is irreversible, things work out well.

Among the challenges, I also mention the case of a Funai employee who was shot in the disintrusion process of the Apyterewa Indigenous land. There were assaults and damaged vehicles, because there was a narrative from local authorities claiming that the non-Indigenous people would reverse the situation and retake the territories, which encouraged people to stay. Thus, it is understood that this political component in the territory greatly hinders the entire process of achieving a peaceful disintrusion.

las personas volvían; otros invadían con la promesa de que “puedes volver, porque vamos a demarcar nuevamente”.

Esta afirmación de que “se va a reducir, porque son pocos indígenas y territorio es muy grande” realmente obstaculiza las acciones, porque eso se convierte en un estancamiento. Cuando la operación empieza, surge el abogado y dice “vamos a conseguir una decisión”, en lugar de realojar, y ello siempre lo registro en los procesos. Cuando comunicamos sobre el desalojo, somos sinceros, porque es necesario cumplir la decisión judicial, pero intentamos hacerlo de la mejor manera posible, sin perjudicar a nadie. Algunas personas son engañadas y compran áreas dentro de las tierras indígenas, porque siempre hay quienes los ofrecen a la venta o intentan obtener algún beneficio económico con estas transacciones ilegales. Cuando podemos ser sinceros y las personas entienden que tal proceso es irreversible, todo funciona bien.

Entre los retos, menciono también el caso de un funcionario de la Funai que recibió un disparo en el proceso de desalojo de la TI Apyterewa. Hubo agresiones y se dañaron vehículos de la policía, porque había un discurso, de los líderes locales, de que los no indígenas iban a revertir la situación e iban a volver a los territorios, lo que estimulaba a las personas a quedarse. Por lo tanto, se entiende que este elemento de la política en el territorio estorba mucho todo el trámite de un desalojo pacífico.

Carina Lellis: What are, in your opinion, the main challenges post-disintruision? Are there any strategies being devised to prevent further invasions? What are they?

Nilton Tubino: Within our planning, the President's Chief of Staff was responsible for carrying out the operational part of the disintruision, and the post-disintruision phase was managed by the MPI and Funai, in discussion with the President's Chief of Staff. In the territories where there is mining activity, we carry out the maintenance process; following the disintruision, discussions are held with the Indigenous communities about the activities and the ongoing monitoring.

Currently, the main obstacle to tackling illegal mining activity is the price of gold, which costs almost 640 reais (BRL) a gram, a significant motivation for people to attempt to come back to the territory. In that sense, the greater the action taken in the disintruision, rendering as much equipment, structure and logistics unusable as possible, the lower the risk of a return. In some places, security plans are being drawn up, involving the state and municipal governments.

Carina Lellis: There is currently a debate about the constitutional provision that aims to regulate the exploitation of mineral resources on Indigenous lands, provided for in article 231, paragraph three of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Proponents of this idea claim that there is a segment of

Carina Lellis: ¿Cuáles cree usted que son los principales retos tras el desalojo? ¿Se están planificando estrategias para evitar nuevas invasiones? ¿Cuáles son?

Nilton Tubino: Como parte de nuestra planificación, la Casa Civil está encargada de hacer la parte operativa del desalojo, y la parte tras el desalojo es de responsabilidad del MPI y de la Funai, siendo discutida con la Casa Civil. En los territorios en que hay actividad de minería ilegal, hacemos el proceso de mantenimiento; tras el desalojo, hay discusiones con las comunidades indígenas sobre las actividades y el monitoreo.

Actualmente, el obstáculo para hacer frente a la actividad de minería ilegal es el precio del oro, que cuesta casi 640,00 reales por gramo, un gran incentivo para que estas personas intenten volver al territorio. De esta forma, cuanto mayor sea la actuación en el desalojo, haciendo inútiles la mayor cantidad posible de equipos, estructuras y logística, menor será el riesgo de regreso. En algunos lugares, se están elaborando planes de seguridad en los que participan el gobierno de los estados y de los municipios.

Carina Lellis: Actualmente, existe un debate sobre el dispositivo constitucional que pretende regular la explotación de recursos minerales en tierras indígenas, previsto en el artículo 231, párrafo 3, de la Constitución Federal. Los defensores de esta idea afirman que parte de las comunidades está interesada y que

the communities that is interested, and that it could be effective for the Indigenous people themselves. On the other hand, you have already externalized the opinion that, at least on Yanomami land, mining only makes a profit because it is illegal. Could you explain a little more?

Nilton Tubino: As a matter of fact, working in these territories — Munduruku, Kayapó and Yanomami —, what we have identified is that there is a logistics chain that supports illegal mining. If the transport, fuel, and aircraft structure, in order to operate legally, were to start complying with the legislation, the costs would become unviable. Today, a camp inside Indigenous lands consists of a tarp shelter with a dirt floor, a few shelves and a kitchen with a clay stove. Additionally, the laborers work up to 16 hours a day. If the employer has to build accommodation for workers, pay labor rights, provide rest days, cover the CFEM²¹ tax, and transport, the activity becomes significantly less profitable.

Along these lines, there is the historical case of Serra Pelada²², which is an example of this situation. Even after the Cana-

ello podría ser efectivo para los propios indígenas. Por otro lado, usted ya ha expresado la opinión de que, al menos en la TI Yanomami, la minería ilegal solo genera beneficios porque es ilegal. ¿Puede usted explicarlo un poco mejor?

Nilton Tubino: En verdad, trabajando en estos territorios —Munduruku, Kayapó y Yanomami—, lo que identificamos es que hay una cadena logística que apoya la minería ilegal. Si la estructura de transporte, combustible y aeronaves, para funcionar legalmente, cumpliera con la legislación, este costo se volvería inviable. Un campamento, hoy en día, dentro de las tierras indígenas, está compuesto de una lona, en un suelo de tierra compactada, algunas repisas y una cocina con hornillo de barro. Además, el turno diario de los trabajadores llega a ser de 16 horas. Si el empleador tiene que construir un alojamiento para que las personas trabajen y pagar sus derechos laborales, el día de descanso, el impuesto de CFEM²² y el transporte, la actividad resulta mucho menos rentable.

En este sentido, está el hecho histórico de Serra Pelada²³, que es un ejemplo de esta situación. Incluso después de que

²¹ Financial Compensation for Mineral Exploration.

²² Serra Pelada was a gold mine located in Serra dos Carajás, in the state of Pará. Beginning in 1980, the mining in the region attracted thousands of people and was marked by precarious working conditions and intense environmental devastation. Over time, economic unviability led to the closure of the mining in 1992.

²² Compensación Financiera por Explotación de Recursos Minerales.

²³ Serra Pelada fue un área minera ubicada en Serra dos Carajás, en el estado de Pará. A partir de 1980, la minería en esta región atrajo a miles de personas y se caracterizó por la precariedad de las condiciones de trabajo y por la intensa devastación medioambiental. Con el tiempo, la inviabilidad económica resultó en el cierre de esta área en 1992.

dian cooperative²³ established a partnership with miners in the region, it was still not possible to achieve economic viability in exploiting the territory, because it became unprofitable. That is why, should land exploitation be regularized, illegal mining will still not be avoided, because it will be difficult to regularize transportation, airstrips, and various other clandestine elements within Indigenous lands. The entire surrounding chain will need to be reassessed.

Another significant factor concerning the regulation of mining is the use of mercury. Nowadays, large companies employ alternative methods of extraction that do not rely on mercury, however, small and medium-sized companies are not able to extract gold without the use of this element, even though it is forbidden²⁴; that is, one cannot simply allow mining, even if legal, within Indigenous lands or conservation units, without taking into account the entire chain that will continue to operate irregularly.

Carina Lellis: For centuries, Indigenous peoples were considered a group without a voice in Brazilian Public Institutions, but that scenario seems to be changing. The Articula-

la cooperativa canadiense²⁴ se asociara con los mineros de la región, no ha sido económicamente viable explotar el territorio, porque se volvió una actividad antieconómica. Por ello, si se regulariza la explotación de las tierras, la minería ilegal no será evitada, ya que será difícil regularizar el transporte, las pistas de aterrizaje y otros diversos elementos clandestinos dentro de las tierras indígenas. Toda la cadena deberá ser reevaluada.

Otro elemento que pesa mucho en relación con la regularización de la minería es la utilización del mercurio. Hoy en día, las grandes empresas tienen otros procesos de explotación sin el uso de mercurio, pero las pequeñas y medianas empresas no logran extraer el oro sin el uso de este elemento, aunque esté prohibido²⁵; es decir, no se puede simplemente permitir la explotación, aunque sea legal, dentro de tierras indígenas o de unidades de conservación, sin considerar toda la cadena que seguirá ocurriendo de forma irregular.

Carina Lellis: Durante siglos, los pueblos indígenas han sido considerados un grupo sin voz en las instituciones públicas brasileñas, pero este escenario parece estar cambiando. La Articulación de los Pueblos Indígenas de

²³ In the early 2000s, the Canadian company Colossus Minerals, in partnership with the Serra Pelada Mining Cooperative (Coomigasp), initiated an attempt to reactivate mining in Serra Pelada, but the project failed after the company defaulted in 2014.

²⁴ The mentioned prohibition stems from the Minamata Convention on Mercury, enacted in Brazil by Decree n.º 9,470, of 2018.

²⁴ Al inicio de los 2000, la empresa canadiense Colossus Minerals, en asociación con la Cooperativa de Minería de los Mineros de Serra Pelada (Coomigasp), inició un intento de reactivar la minería en Serra Pelada, pero el proyecto fracasó tras el impago de la empresa en 2014.

²⁵ La prohibición mencionada deriva de la Convención de Minamata sobre el Mercurio, promulgada por el Decreto n.º 9.470, de 2018.

tion of Indigenous Peoples of Brazil (APIB) was responsible for bringing about the ADPF n.º 709, represented by lawyers and Indigenous organizations. In addition, for the first time, a Ministry of Indigenous Peoples has been set up, currently led by Minister Sônia Guajajara. There is, therefore, a process of including these groups in the institutional agenda of the Brazilian State. How do you see this paradigm shift?

Nilton Tubino: I believe it is fundamental, after all, you have President Joenia Wapichana, at Funai; Ricardo Weibe as Secretary of Indigenous Health²⁵; and, in the states, many government agencies have Indigenous people in their composition. It is very important, because they know the territory and the demand, as well as the fact that each Indigenous people has its own peculiarities. Among the Yanomami, there are several who have had recent contact with our society, and the same is true of the Apyterewa. A considerable number of these Indigenous individuals do not speak Portuguese. Currently, through government programs, there is a lot of investment going into Indigenous lands, such as, for example, the work of translators for medical care. To empower and represent these peoples, there are historical organizations,

Brasil (APIB) es quien inició la ADPF 709, representada por abogados y organizaciones indígenas. Además, por primera vez, se ha instituido un Ministerio de los Pueblos Indígenas, actualmente dirigido por la ministra Sônia Guajajara. Hay, por lo tanto, un proceso de inclusión de estos grupos en las agendas institucionales del Estado brasileño. ¿Cómo ve usted este cambio de paradigma?

Nilton Tubino: Creo que es fundamental, incluso porque tenemos a la presidente Joenia Wapichana, en la Funai; a Ricardo Weibe, como secretario de Salud Indígena²⁶; y, en los estados, muchos órganos tienen indígenas en su composición. Es muy importante, porque ellos conocen el territorio y la demanda, además de que cada pueblo tiene sus peculiaridades. Entre los Yanomami, hay varios que han tenido un contacto reciente con la sociedad, y lo mismo pasa con los Apyterewa. Gran parte de estos indígenas no hablan portugués. Actualmente, a través de programas del gobierno, se invierte mucho en las tierras indígenas, por ejemplo, con el trabajo de los traductores en la atención médica. Para empoderar y representar a estos pueblos, existen entidades históricas, como la COIAB²⁷. De esta forma, creo que hay un avance creciente durante el actual mandato del presidente Lula, que quiere dar voz

²⁵ Ricardo Weibe Nascimento Costa, secretary of the Indigenous Health Secretariat at the Ministry of Health.

²⁶ Ricardo Weibe Nascimento Costa, Secretario de la Secretaría de Salud Indígena del Ministerio de Salud.

²⁷ Coordinación de las Organizaciones Indígenas de la Amazonía Brasileña.

including COIAB²⁶. Therefore, I believe there is a growing momentum under President Lula, who wants to give Indigenous communities a voice. Their participation is essential in the discussion of public policies.

Carina Lellis: Still on the Indigenous agenda, you know how the work was done before and how it is being done now. Considering that, what do you hope for the future?

Nilton Tubino: It is a big challenge, because in politics there is this issue of having groups in favor and against mining. Some believe that because an Indigenous person bought a cell phone, they do not have the right to their territory. There is also a growth of economic activities interested in Indigenous lands, as they are flat areas with high productivity. On Funai's list, we have at least 68 territories that would need to have disintrusion operations, but many are still occupied by invaders while they should belong fully to the Indigenous peoples.

To conclude, I think the greater challenge is to continue making progress in removing invaders, and empowering Indigenous communities to monitor and ensure that they have autonomy in terms of production and food security for the sustainability of their territories. It is also important to note that Indigenous territories play

a las comunidades indígenas. Por lo tanto, es fundamental la participación de los indígenas en la discusión de las políticas públicas.

Carina Lellis: Aún sobre la agenda indígena, usted sabe cómo se trabajaba antes y cómo se trabaja ahora. Así, ¿qué espera para el futuro?

Nilton Tubino: Es un gran reto, porque en la política hay esta cuestión de grupos favorables y contrarios a la minería. Algunos creen que porque un indígena compró un celular no tiene el derecho a su territorio. También está el crecimiento de las actividades económicas con interés en las tierras indígenas, porque son áreas planas con buena productividad. En la lista de la Funai, hay por lo menos 68 territorios que necesitan operaciones de desalojo, pero todavía hay muchos territorios que deberían ser de plena propiedad de los indígenas y están ocupados por invasores.

De esta forma, creo que el gran desafío es seguir avanzando en la retirada de los invasores y empoderar a las comunidades indígenas para que monitoreen y tengan autonomía de producción y seguridad alimentaria para la sostenibilidad de sus territorios. Es importante recordar que los territorios indígenas desempeñan un rol importante en la discusión del cambio climático, ya que aún presentan bajas tasas de deforestación y altos índices de preservación. Por ejemplo, la comunidad Apyterewa era la zona más deforestada de Brasil

²⁶ Coordination of Indigenous Organizations of the Brazilian Amazon.

an important role in the discussion on climate change, since Indigenous areas still have low deforestation rates and high preservation rates. The Apyterewa community, for example, was the most deforested area in Brazil in recent years. After the disintrusion, deforestation was brought to zero. The role of Indigenous territories is fundamental to the green economy and the preservation of the environment.

Carina Lellis: Tubino, thank you very much for this interview. It was a pleasure and an honor to have you here with us.

Nilton Tubino: Thank you, I appreciate the space you've given me. It is a collective effort. We coordinate it, but there are many people involved in the process.

en los últimos años. Tras el desalojo, la deforestación se redujo a cero. El rol de las comunidades indígenas es fundamental para la economía verde y para la preservación del medioambiente.

Carina Lellis: Señor Tubino, le expreso mi más sincero agradecimiento por concedernos esta entrevista. Ha sido un auténtico privilegio y un honor contar con su presencia.

Nilton Tubino: Le agradezco a usted la oportunidad. Soy yo quien debe manifestar su gratitud por este espacio. Este es, ante todo, un esfuerzo colectivo: nosotros nos encargamos de la coordinación, pero son numerosas las personas que participan de manera activa en todo el proceso.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

TRADUÇÃO

Dogmática constitucionalⁱ⁻ⁱⁱ

Verfassungsdogmatik

Constitutional dogmatical thought

Dogmática constitucional

Matthias Jestaedtⁱⁱⁱ

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Friburgo, Alemanha)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6793-4519>

E-mail: matthias.jestaedt@jura.uni-freiburg.de

Tradução do texto:

Rodrigo Garcia Cadore^{iv}

Resumo

Na Alemanha, a dogmática constitucional ocupa posição central no discurso sobre o direito constitucional, especialmente como instância de mediação entre a doutrina acadêmica e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. A distinção entre dogmática voltada à prática e dogmática acadêmica, bem como entre dogmática produzida por operadores e por estudiosos do direito, permite reconstruir a genealogia do pensamento jurídico-dogmático desde o século XIX. A dogmática caracteriza-se por quatro traços fundamentais: toma como

ⁱ JESTAEDT, Matthias. Dogmática constitucional. Tradução de Rodrigo Garcia Cadore. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 99-169, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a542>.

ⁱⁱ Publicação original: JESTAEDT, Matthias, *Verfassungsdogmatik*, in: KISCHEL, Uwe; KUBE, Heiko (Org.). *Handbuch des Staatsrechts*. vol 1: Grundlagen, Wandel und Herausforderungen. Neuausgabe. Heidelberg: C.F. Müller, 2023, 1100 pp., § 6. Tradução para o português de *Rodrigo Garcia Cadore* (Freiburg im Breisgau). Atualizações pontuais para a publicação brasileira discutidas com o autor e consentidas por ele.

ⁱⁱⁱ Matthias Jestaedt é diretor do departamento de Teoria do Direito e Direito Público do Instituto de Filosofia do Direito e Ciências do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de Freiburg (Alemanha). Também é editor das obras completas de Hans Kelsen.

^{iv} Dr. Rodrigo G. Cadore (LL.M.) é pesquisador e docente (Lehrbeauftragter) na Faculdade de Direito da Universidade de Freiburg e membro do Centro de Pesquisas Hans Kelsen em Freiburg. Atualmente, dedica-se à elaboração de sua tese de livre-docência, a ser defendida na respectiva Universidade. E-mail: rodrigo.cadore@jura.uni-freiburg.de. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8199459071472725>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7282-5568>.

objeto apenas o direito vigente; orienta-se à aplicação do direito; parte da ideia de um sistema normativo abrangente; e é focada em regras. Tais elementos lhe conferem a capacidade de produzir saber prático, ainda que seu estatuto, como fonte do direito, permaneça controverso. Sua influência contingente na jurisprudência constitucional alemã decorre também da atuação de juízes com perfil acadêmico. Frente à incorporação do direito europeu e às tensões com a política constitucional, o discurso dogmático revela seus limites – e, com eles, distintas concepções de função, alcance e força transformadora.

Palavras-chave

Dogmática constitucional; doutrina do direito público; Tribunal Constitucional Federal alemão; metodologia jurídica; saber jurídico prático.

Sumário

A. Dogmática (constitucional) como língua franca da ciência jurídica (constitucional) alemã. I. Meio de comunicação no modelo das três colunas. II. Meio de comunicação entre a ciência jurídica e a prática jurídica. 1. Dogmática jurídica acadêmica e prática. 2. Dogmática de aplicação e dogmática científica. 3. Liberdade acadêmica e autoridade judicial. III. Meio de conciliação entre cosmovisões jurídicas. B. Dogmática constitucional como diferenciação historicamente contingente da dogmática jurídica. I. Tornando o direito ensinável e aprendível: Escola Histórica do Direito e Pandectística. 1. “Direito científico” e “jurisprudência superior”. 2. Dogmática e “método jurídico”. II. Tornando o direito aplicável por meio de tratamento científico: a formação científica dos juristas. 1. O surgimento do direito codificado e da judicatura padronizada. 2. Educação jurídica alemã: o jurista universal com formação acadêmica. III. Juridicização do direito constitucional I: positivismo juspublicista e controvérsia metodológica de Weimar. 1. A consolidação da ciência do direito constitucional. 2. A disputa de Weimar em torno dos fundamentos do direito. IV. Juridicização do direito constitucional II: o Tribunal Constitucional Federal como guardião da constituição. 1. A decisão estrutural em favor de um “guardião judicial da constituição”. 2. O papel (*sui generis*) da doutrina do direito público. 3. Desenvolvimento de uma linguagem constitucional. C. Características da dogmática jurídica. I. Pensando a partir do direito válido. II. Pensando em termos de aplicação do direito. III. Pensando a partir do sistema. IV. Pensando a partir da regar. D. Resumo e recapitulação em teses. E. Bibliografia recomendada. F. Bibliografia utilizada.

Abstract

In Germany, constitutional dogmatics occupy a central position in the discourse concerning constitutional law, especially as a mediation instance between the academic doctrine and the jurisprudence of the Federal Constitutional Court. The distinction between practice-oriented legal dogmatics and academic dogmatics, as well as the one between dogmatics produced by legal practitioners and scholars, allows a reconstruction of the genealogy of legal-dogmatic thought since the 19th century. Dogmatics is characterized by four fundamental traits: it takes as its object only the prevailing law, it is oriented towards the application of the law, it is based on the idea of a broad normative system and it is centered on rules. These elements grant it the capacity of producing practical knowledge, although its standing as a source of law remains controversial. Its contingent influence on German constitutional jurisprudence also stems from the role played by judges with an academic profile. Given the incorporation of European law and the tensions with constitutional politics, dogmatic discourse reveals its limits – and along with them, distinct conceptions of its role, reach and transformative force.

Keywords

Constitutional dogmatics; public law doctrine; Federal Constitutional Court of Germany; juridical methodology; practical juridical knowledge.

Contents

A. Constitutional Dogmatics as the Lingua Franca of German (Constitutional) Legal Science. I. Means of Communication in the Triple Bottom Line. II. Means of Communication Between the Legal Science and the Legal Practice. 1. Academic and Practice Legal Dogmatics. 2. Dogmatics of Application and Scientific Dogmatics. 3. Academic Freedom and Judicial Authority. III. Means of Conciliation Between Legal Worldviews. B. Constitutional Dogmatics as a Historically Contingent Differentiation of Legal Dogmatics. I. Making Law Teachable and Learnable: The Historical School of Law and Pandectism. 1. “Scientific Law” and “Higher Jurisprudence”. 2. Dogmatics and “Legal Method”. II. Making Law Applicable based on science: The Scientific Legal Training. 1. The Rise of Codified Law and Standardized Judiciary. 2. German Legal Education: The Universal Legal Professional with Academic Training. III. Juridicization of Constitutional Law I: Legal Positivism and the Weimar Methodological Controversy. 1. The Consolidation of the Science of Constitutional Law. 2. The Weimar Dispute over

the Foundations of Law. IV. Juridicization of Constitutional Law II: The Federal Constitutional Court as Guardian of the Constitution. 1. The Structural Decision in Favor of a “Judicial Guardian of the Constitution”. 2. The (Sui Generis) Role of Constitutional Legal Doctrine. 3. Development of a “Constitutional Language”. C. Characteristics of Legal Dogmatics. I. Thinking from the Standpoint Valid Law. II. Thinking in Terms of the Application of Law. III. Thinking from the System. IV. Thinking from The Rule. D. Summary and Recapitulation in Theses. E. Recommended Reading. F. Bibliography.

Resumen

En Alemania, la dogmática constitucional ocupa una posición central en el discurso sobre el derecho constitucional, especialmente como instancia de mediación entre la doctrina académica y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La distinción entre dogmática orientada a la práctica y dogmática académica, así como entre la dogmática producida por operadores y por estudiosos del derecho, permite reconstruir la genealogía del pensamiento jurídico-dogmático desde el siglo XIX. La dogmática se caracteriza por cuatro rasgos fundamentales: toma como objeto únicamente el derecho vigente, se orienta hacia la aplicación del derecho, parte de la idea de un sistema normativo abarcador y se centra en reglas. Tales elementos le confieren la capacidad de producir saber práctico, aunque su estatus como fuente del derecho permanezca controvertido. Su influencia contingente en la jurisprudencia constitucional alemana también se debe a la actuación de jueces con perfil académico. Frente a la incorporación del derecho europeo y a las tensiones con la política constitucional, el discurso dogmático revela sus límites – y con ellos distintas concepciones de su función, alcance y fuerza transformadora.

Palabras clave

Dogmática constitucional; doctrina del derecho público; Tribunal Constitucional Federal alemán; metodología jurídica; saber jurídico práctico.

Índice

A. Dogmática (constitucional) como lengua franca de la ciencia jurídica (constitucional) alemana. I. El medio de comunicación en el modelo de Triple resultado. II. El medio de comunicación entre la ciencia jurídica y la práctica jurídica. 1. Dogmática jurídica académica y práctica. 2. Dogmática de aplicación

y dogmática científica. 3. Libertad académica y autoridad judicial. III. Medio de conciliación entre cosmovisiones jurídicas. B. Dogmática constitucional como diferenciación históricamente contingente de la dogmática jurídica. I. Haciendo el derecho enseñable y aprendible: Escuela Histórica del Derecho y Pandectística. 1. “Derecho científico” y “jurisprudencia superior”. 2. Dogmática y “método jurídico”. II. Haciendo el derecho aplicable a través de un tratamiento científico: la formación científica de los juristas. 1. La aparición del derecho codificado y de la judicatura estandarizada. 2. Educación jurídica alemana: el jurista universal con formación académica. III. Juridización del derecho constitucional I: positivismo juspublicista y controversia metodológica de Weimar. 1. La consolidación de la ciencia del derecho constitucional. 2. La disputa de Weimar en torno a los fundamentos del derecho. V. Juridización del derecho constitucional II: el Tribunal Constitucional Federal como guardián de la constitución. 1. La decisión estructural a favor de un “guardián judicial de la constitución”. 2. El papel (*sui generis*) de la doctrina del derecho público. 3. Desarrollo de un lenguaje constitucional. C. Características de la dogmática jurídica. I. Pensando a partir del derecho vigente. II. Pensando en términos de aplicación del derecho. III. Pensando a partir del sistema. IV. Pensando a partir de las reglas. D. Resumen y recapitulación en tesis. E. Bibliografía recomendada. F. Bibliografía utilizada.

Zusammenfassung

In Deutschland nimmt die Verfassungsdogmatik eine zentrale Stellung im verfassungsrechtswissenschaftlichen Diskurs ein, insbesondere als Verständigungsmedium zwischen der akademischen Lehre und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Die Unterscheidungen, erstens, zwischen Wissenschafts- und Gebrauchsdogmatik sowie, zweitens, zwischen von Rechtsanwendern und von Rechtswissenschaftlern entwickelter Dogmatik ermöglicht eine Rekonstruktion der Genealogie dogmatischen Rechtsdenkens seit dem 19. Jahrhundert. Die Dogmatik ist durch vier Grundmerkmale gekennzeichnet: Sie bezieht sich ausschließlich auf das geltende Recht, will Rechtsanwendung anleiten, basiert auf der Idee eines umfassenden normativen Systems und ist regelgeleitet strukturiert. Diese Elemente verleihen ihr die Fähigkeit, Verfügungswissen hervorzubringen, auch wenn ihr Status als Rechtsquelle umstritten bleibt. Ihre kontingente Wirkmacht in der deutschen Verfassungsrechtsprechung erklärt sich auch durch die Tätigkeit akademisch geprägter Richter. Angesichts der Einbindung des europäischen Rechts und der Spannungen mit der Verfassungspolitik stößt der

dogmatische Diskurs an seine Grenzen – und offenbart dabei unterschiedliche Vorstellungen über seine Funktion, Reichweite und transformative Kraft.

Schlüsselwörter

Verfassungsdogmatik; staatsrechtslehre; Bundesverfassungsgericht; juristische methodenlehre; rechtsanwendungswissen.

Inhaltsverzeichnis

A. (Verfassungs-)Dogmatik als Lingua franca deutscher (Verfassungs-) Rechtswissenschaft. I. Verständigungsmedium im Drei-Säulen-Modell. II. Verständigungsmedium zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. 1. Rechtswissenschaftliche und rechtspraktische Dogmatik. 2. Gebrauchs- und Wissenschaftsdogmatik. 3. Wissenschaftliche Freiheit und richterliche Autorität. III. Verständigungsmedium über juridische Weltanschauungen hinweg. B. Verfassungsdogmatik als historisch kontingente Ausdifferenzierung der Rechtsdogmatik. I. Recht lehr- und lernbar machen: Die Historische Rechtsschule und die Pandektistik. 1. „Wissenschaftliches Recht“ und „höhere Jurisprudenz“ 2. Dogmatik und „juristische Methode“. II. Recht wissenschaftsgeleitet anwendbar machen: Wissenschaftliche Juristenausbildung. 1. Der Aufstieg kodifizierten Rechts und standardisierter Rechtsprechung 29 Rn. 2. Deutsche Juristenausbildung: Der akademisch gebildete Einheitsjurist. III. Rechtswerdung des Verfassungsrechts I: Staatsrechtlicher Positivismus und Weimarer Richtungsstreit. 1. Die Konsolidierung der Verfassungsrechtswissenschaft. 2. Weimarer Ringen um die Grundlagen des Rechts. IV. Rechtswerdung des Verfassungsrechts II: Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung. 1. Die Strukturentscheidung für einen richterlichen „Hüter der Verfassung“. 2. Die (Sonder-)Rolle der Staatsrechtslehre. 3. Herausbildung einer „Constitutional Language“. C. Charakteristika juridischer Dogmatik. I. Denken vom geltenden Recht her. II. Denken von der Anwendung her. III. Denken vom System her. IV. Denken von der Regel her. D. Summary. E. Bibliographie. F. Verwendete Bibliographie.

A. Dogmática (constitucional) como língua franca da ciência jurídica (constitucional) alemã

Qualquer pessoa que compare os estudos de direito constitucional sob a Lei Fundamental (*Grundgesetz*) alemã com os de outros sistemas constitucionais desenvolvidos perceberá o papel de singular destaque da dogmática constitucional entre as (sub)disciplinas do referido ramo¹. A dogmática constitucional, que, assim como sua disciplina-mãe, a dogmática jurídica, não pode ser adequadamente traduzida para os dois idiomas de circulação global, inglês e francês, ocupa o centro do discurso sobre o direito constitucional na Alemanha, tanto em termos de percepção externa quanto de autopercepção². Todos os demais tipos de estudos jurídicos dedicados à constituição, seja em termos históricos, filosóficos ou teóricos, seja em termos comparativos ou sociológicos, são relegados à periferia da economia da atenção e sua importância é regularmente determinada, sobretudo, em função de sua relação com o centro dos

¹ Saber se consideramos a(s) ciência(s) jurídica(s) como uma disciplina dividida em várias subdisciplinas ou se interpretamos as ciências jurídicas como um grupo disciplinar abrangendo disciplinas independentes é uma questão de conveniência do conceito de disciplina a ser escolhido em cada caso.

² Isso se aplica apesar do fato de que raramente se encontra uma declaração explícita de compromisso com a dogmática ou uma descrição da própria metodologia como dogmática. Por mais que essa perspectiva sobre o direito constitucional seja reconhecida, tanto interna quanto externamente, como o *german approach*, chama atenção o fato de que a função e o significado da dogmática tenham recebido, até hoje, uma atenção apenas marginal – quando muito – nas exposições gerais da ciência jurídica quanto ao direito constitucional alemão, mais especificamente o direito constitucional sob a Lei Fundamental. A grande obra doutrinária de Klaus Stern, dividida em cinco volumes – *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (1977/1984-2000) – dedica ao tema apenas algumas páginas, com enfoque predominantemente histórico-evolutivo. Já o *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, dividido em dois volumes, editado por Ernst Benda, Werner Maihofer e Hans-Jochen Vogel (1ª ed. 1983, 2ª ed. 1994), simplesmente não trata da temática como um tópico autônomo. O mesmo se aplica ao *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, editado por Josef Isensee e Paul Kirchhof, com dez volumes na 1ª edição (1987–2000) e treze volumes na 3ª edição (2003–2015). Mesmo o recentemente publicado *Handbuch des Verfassungsrechts* (2020), organizado por Matthias Herdegen, Johannes Masing, Ralf Poscher e Klaus Ferdinand Gärditz – obra que, como indicado programaticamente no subtítulo, compromete-se com uma “perspectiva transnacional” – dedica apenas algumas páginas ao tema. Até mesmo o artigo sobre a “ciência do direito constitucional” na Alemanha, publicado em moldes comparativos no âmbito do *Ius Publicum Europaeum*, adota majoritariamente uma perspectiva histórico-evolutiva e trata das peculiaridades da dogmática constitucional sob a Lei Fundamental apenas em poucas passagens (Walter Pauly, Deutschland, in: *IPE* II, § 27, número de margem 14 ss., cf. também número de margem 16). A situação é visivelmente distinta na produção científica jurídica fora dessas obras de referência. Aqui se destaca o número relativamente elevado de textos recentes – ainda que na maioria não voltados exclusivamente à dogmática constitucional – que se dedicam à autorreflexão metodológica. Exemplos representativos: Christoph Schönberger, *Der “German Approach”. Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich* (2015); Christian Bumke, *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten* Friedrich Carl von Savignys (2017); Wolfgang Kahl, *Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht* (2020); Alexander Stark, *Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik* (2020). Também o novo *Handbuch des Verwaltungsrechts*, publicado desde 2021, responde a essa tendência com uma contribuição específica: Anna-Bettina Kaiser, *Juristische Methode, Dogmatik und System*, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Org.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, vol. I, 2021, § 24, em especial número de margem 17 ss.; veja-se, também, Miller, *HSr* vol. I, § 22, número de margem 3.

estudos de direito constitucional, isto é, de sua proximidade com a dogmática constitucional e contribuição com ela. Às vezes, como o exemplo da teoria constitucional demonstra de forma contundente, nega-se a determinadas abordagens mesmo a autonomia disciplinar em relação à dogmática constitucional³.

Essa compreensão dogmático-cêntrica do direito constitucional não segue, de jeito algum, uma lógica científica endógena. Em termos de teoria da ciência, isto é, independentemente do ponto de vista e do interesse epistemológico, nem a primazia nem mesmo a posição central de uma das (sub)disciplinas jurídicas relacionadas à constituição sobre as outras podem ser justificadas. Em termos de história da ciência, a predominância do estudo dogmático da constituição mostra-se igualmente contingente, como um fenômeno que depende de inúmeros pressupostos e é relativamente recente⁴. A importância primordial da dogmática constitucional nos estudos atuais de direito constitucional se deve, sobretudo, à sua adequação prática, ou mais precisamente: ao seu valor explicativo, caráter de estímulo e utilidade para a prática constitucional profissionalizada, no centro da qual está o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Sem considerar o papel e a atuação concreta dessa corte, a ascensão da dogmática constitucional só pode ser explicada de modo insuficiente⁵.

I. Meio de comunicação no modelo das três colunas

Se se amplia o foco para incluir (sub)disciplinas da ciência jurídica relacionadas a outras áreas e estratos do direito positivo, em uma espécie de observação comparada das disciplinas jurídicas em âmbito nacional-interno, a posição proeminente e singular da dogmática constitucional, isto é, da dogmática especificamente relacionada à Lei Fundamental, não é, de forma alguma, algo único. Pelo contrário, o papel dominante da dogmática se verifica, em maior ou menor medida, em todas as áreas do direito e, portanto, em todos os ramos do conhecimento jurídico na Alemanha. Por vezes, chega-se ao ponto de equiparar a dogmática jurídica – explícita ou implicitamente – à ciência jurídica em si⁶.

³ Nesse sentido, a saber, Uwe Volkmann, Zur heutigen Situation einer Verfassungstheorie, in: *Der Staat* 51 (2012), 601 (603); veja-se também: Uwe Volkmann, Rechts-Produktion oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt, in: *Der Staat* 54 (2015), p. 35 e ss.

⁴ Veja, abaixo, B.

⁵ Veja, abaixo, A.II.2. e seguintes; B.IV. e seguintes.

⁶ De modo influente: Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed. 1991, p. 5.

A importância formadora de identidade da dogmática para a ciência jurídica na Alemanha torna-se evidente também pelo fato de que ela subordina e, assim, relativiza o segundo traço central, de forma alguma exclusivo, da ciência jurídica alemã. Trata-se da diferenciação ainda hoje concebida e praticada como *summa divisio* dos discursos jurídicos em direito civil, direito público e direito penal – ou seja, o modelo das três grandes colunas da ciência jurídica⁷. Essa divisão, típica do pensamento jurídico europeu ocidental e das tradições inspiradas por ele, é, por um lado, em grande parte, um princípio orientador para a diferenciação da prática jurídica judicial, e, por outro, para a estruturação do ensino e da pesquisa em direito (alocação de cursos e classificação de exames; denominação de cadeiras e organização de faculdades de direito; demarcação de associações especializadas e *layout* específico de órgãos de publicação). O discurso acadêmico, bem como os colegiados de tomada de decisão na prática jurídica, se organiza – independentemente do fato de que o direito constitucional (bem como o direito da União Europeia), em particular, por conta da ideia de supremacia da constituição, dificilmente se conforma a esse esquema de classificação concebido horizontalmente – com base na divisão tripartite e estanque em direito civil, direito público e direito penal. A independência dos discursos resultantes, que é acompanhada por elementos de alienação recíproca, avançou a tal ponto que a inter-relação dessas disciplinas tem sido discutida sob o rótulo da intradisciplinaridade, em clara alusão à noção de interdisciplinaridade⁸. Nesse contexto, a dogmática funciona como um momento centrípeto de conexão e relativização da separação disciplinar: Afinal, a dogmática não apenas se apresenta como formato disciplinar central para cada uma das três principais áreas do direito e da ciência jurídica, como também fornece um modo comum de compreensão, um meio de comunicação compartilhado para além de todas as diferenças e peculiaridades. Consideradas as ambições de pervasividade e superioridade do direito constitucional em relação ao restante do direito,⁹ não se trata de um papel insignificante, pois na linguagem comum da dogmática tem-se à disposição um meio de penetração ampliador de impacto.

Como corolário do acima exposto, adiante abordarei a dogmática constitucional tanto enquanto manifestação do *genus proximum* da dogmática jurídica,

⁷ Sobre isso e o que irá se seguir, veja: Matthias Jestaedt, Die Dreiteilung der juristischen Welt. Plädoyer für ihre intradisziplinäre Relationierung und Relativierung, in: *FS für Rolf Stürner*, vol. 1, 2013, p. 917 e ss.

⁸ Cf. Oliver Lepsius, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Org.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, p. 1 e ss.

⁹ Para mais detalhes, consulte: Matthias Jestaedt, Selbstand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalem und internationalem Recht, in: *HSR XII*, 2014, § 264, número de margem 18 e ss.

comum a todas as áreas do direito, quanto em sua *differentia specifica*, como forma de conhecimento jurídico referente à constituição. Abre-se mão, aqui, de uma definição preliminar de dogmática jurídica (constitucional), a fim de se evitar perspectivas predeterminadas que excluam alternativas, tendo em vista o grande número de definições em circulação e suas ênfases bastante distintas¹⁰.

II. Meio de comunicação entre a ciência jurídica e a prática jurídica

1. Dogmática jurídica acadêmica e prática

Entre as (sub)disciplinas reunidas sob o telhado comum do direito (constitucional), a dogmática jurídica (constitucional) assume caráter exclusivo também sob o ponto de vista institucional. Ela não é levada a cabo apenas pela ciência jurídica institucionalizada (principalmente em universidades e estabelecimentos de pesquisa não universitários, como os Institutos Max Planck), mas também pela própria prática jurídica, entendendo-se esta como a aplicação profissionalizada do direito realizada por juristas com formação acadêmica, especialmente na forma da judicatura. Do ponto de vista institucional, a dogmática jurídica é, assim, um formato híbrido, que tem as características tanto de uma (sub)disciplina acadêmica quanto de um arsenal de reflexão e argumentação jurídico-prático, embora nem sempre se apresente como sendo as duas coisas ao mesmo tempo. Portanto, ela tem seu lugar tanto no registro do objeto do próprio direito quanto no registro de observação do direito pela ciência jurídica. Mais precisamente: além da dogmática acadêmica, há também a dogmática jurídico-prática. Ambas têm – como condição necessária para uma dogmática bem-sucedida – inúmeros pontos de contato, ou seja, em termos de teoria dos sistemas, elas estão em uma relação de acoplamento estrutural entre si, mas não se fundem uma na outra¹¹.

¹⁰ Veja, abaixo, C. e ss. Tentativas de definição, por exemplo, em: Winfried Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: *VVDStRL* 30 (1972), p. 245 (246 s., 251); Josef Esser, Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, in: *FS Raiser*, 1974, p. 517 e ss.; Larenz (n. 6), 5; Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 2ª ed. 1994, p. 382; Bumke (n. 2), p. 1 com inúmeras referências na nota 1; Kahl (n. 2), p. 65 s. com inúmeras referências nas notas 5–15; Kaiser (n. 2), § 24 número de margem 19. Sobre essa questão, em detalhes, veja-se ainda: Christian Waldhoff, Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Org.), *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, 2012, p. 17 (21 e ss.); Philipp Sahm, *Elemente der Dogmatik*, 2019, p. 34 e ss.

¹¹ Veja, abaixo, A.II.3. Consulte também: Stark (n. 2), p. 141 e ss.

A orientação jurisprudencial da academia e a orientação acadêmica da jurisprudência são características do modelo de dogmática jurídica predominante na Alemanha¹². Apesar de todas as diferenças entre a dogmática jurídica acadêmica e a dogmática jurídico-prática em termos de existência, função e uso, a ciência jurídica e a prática jurídica compartilham a convicção de que as profissões jurídicas devem andar mais ou menos de mãos dadas com a ciência do direito. Em outras palavras: a dogmática jurídica ambiciona guiar a realização do direito (*Rechtsgewinnung*), entendendo-se por realização do direito (ou concretização do direito) tanto o conhecimento jurídico – a aquisição de conhecimento sobre o direito por meio da interpretação – quanto a criação do direito – a criação de novo direito¹³. Nesse sentido, a dogmática jurídica pode ser caracterizada como um formato de comunicação partilhado pela ciência e pela prática jurídicas. Uma forma de comunicação e publicação que reforça essa interligação entre prática e academia, e que reflete a peculiaridade no plano institucional e material, é o comentário legislativo, elaborado, por vezes, por profissionais do direito (o exemplo mais espetacular talvez seja o “RGRK” [*Reichsgerichtsräte-Kommentar*]¹⁴), por acadêmicos e, em outras ocasiões, por ambos em conjunto¹⁵. Não parece ser mera coincidência o fato de que a difusão do comentário legislativo — voltado para operadores e teóricos do direito — esteja praticamente restrita àquelas ordens jurídicas que, conforme sua autocompreensão, trabalham de maneira dogmática¹⁶.

¹² Que para a ciência do direito, nomeadamente a jurisprudência constitui um objeto central de reflexão e de formação de critérios, é algo que, dado que e porque a primeira exerce uma função (de) formativa para a prática jurídica, mal merece menção adicional; somente com a orientação complementar da prática jurídica (profissionalizada) pela ciência do direito é que a dogmática jurídica desenvolve, de fato, o caráter híbrido que fundamenta sua eficácia específica (veja, abaixo, B.IV.2).

¹³ Veja, abaixo, C.II.

¹⁴ O “RGRK” – BGB-RGRK. O Código Civil Alemão – com especial consideração da jurisprudência do Tribunal Imperial (*Reichsgericht*) e do Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*) – é, como o nome indica, um grande comentário ao BGB iniciado por conselheiros do Tribunal Imperial em Leipzig e posteriormente editado por juizes do Tribunal Federal de Justiça em Karlsruhe; esse grande comentário, que por fim contava com 20 volumes e milhares de páginas, foi descontinuado com a publicação da 12ª edição na década de 1990.

¹⁵ Sobre isso, com nuances: David Kästle-Lamparter, *Die Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart*, 2016, p. 1 e ss.

¹⁶ Ainda que outros sistemas jurídicos também reconheçam o formato do comentário jurídico, lá ele não desempenha qualquer papel na prática, não é considerado um estudo sério ou até mesmo ambos – França e Itália, Brasil, Estados Unidos da América e Japão podem ser lembrados aqui como exemplos. No caso da França, podemos mencionar dois comentários concisos que servem mais a propósitos didáticos do que propriamente acadêmicos ou práticos: Guy Carcassonne/Marc Guillaume, *La Constitution*, 16ª ed. 2022 (496 páginas); Simon-Louis Formery, *La Constitution commentée article par article*, 25ª ed. 2022 (191 páginas). Para a Itália, podemos mencionar o comentário que, embora abrangente, ainda não está completo e não é considerado significativo em termos acadêmicos ou práticos: Giuseppe Branca/Alessandro Pizzorusso (Org.), *Commentario della Costituzione*, 1975 e segs. Enquanto no Brasil os comentários (constitucionais) costumavam ter um significado bastante respeitável, sua relevância em termos acadêmicos e práticos tem diminuído constantemente sob a constituição vigente e diante da dominância do Supremo Tribunal Federal

Certamente, o modo de uso acadêmico e o modo de uso prático do espaço comum de comunicação, oferecido pela dogmática jurídica, se diferem típico-idealmente. A tarefa do juiz é conduzir uma disputa jurídica concreta a uma solução vinculante. A dogmática é usada, aqui, para tomar e/ou justificar uma decisão judicial específica com base no direito aplicável. A abordagem do juiz é, antes de tudo, instrumental: ele recorre ao arsenal de figuras dogmáticas – geralmente já existentes – para se blindar e convencer os demais da conformidade jurídica de um julgamento. Em contraste, a pesquisa acadêmica tem em vista, também e especialmente, o nível meso ou até macro do direito, que transcende os casos individuais: a dogmática, nesse ponto, serve principalmente para colocar em evidência a interconexão estruturada e coerente de um grande número de disposições individuais, bem como para construir uma totalidade formada a partir delas. O acadêmico usa a dogmática como uma lente interpretativa que, antes de tudo, precisa ser identificada. Nessa contraposição – *nota bene*: típico-ideal e não restrita ao direito constitucional¹⁷ – a prática jurídica (especialmente a judicativa) aparece como um usuário do sistema, enquanto a ciência jurídica aparece como um construtor do sistema¹⁸.

2. Dogmática de aplicação e dogmática científica

Com base nisso, estabeleceu-se uma distinção entre dogmática de aplicação (*Gebrauchsdogmatik*) – que reduz a complexidade, e dogmática científica

(o Tribunal Constitucional Federal brasileiro), ou seja, desde 1988. Um comentário ainda relativamente influente, já contando com segunda edição, é: J. J. Gomes Canotilho/Gilmar Ferreira Mendes/Ingo Wolfgang Sarlet/Lênio Luiz Streck (Org.), *Comentários à Constituição do Brasil*, 2014 (2380 páginas); J. J. Gomes Canotilho/Gilmar Ferreira Mendes/Ingo Wolfgang Sarlet/Lênio Luiz Streck (Org.), *Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª ed. 2019 (2504 páginas); mais relevante do que qualquer comentário constitucional parece ser hoje a constituição (por assim dizer) anotada pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF), continuamente atualizada e disponibilizada *online*: trata-se, na prática, de uma atribuição “oficial” de enunciados constitucionais provenientes da jurisprudência do tribunal às respectivas disposições constitucionais de direito positivo, que busca estabilizar o significado da constituição por meio da sistematização e da divulgação da interpretação autêntica feita pelo próprio tribunal (cf. “A Constituição e o Supremo”, <https://constituicao.stf.jus.br> [último acesso em 15 de abril de 2025]). Para os EUA, o único comentário que provavelmente é comparável a um comentário da *Grundgesetz*, em termos de ambição e escopo (embora não em termos de importância na academia e na prática), é aquele mantido pelo *Congressional Research Service* e publicado em forma de livro a cada 10 anos: *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation*. Para a edição atual: <https://shorturl.at/ZfjbD> (último acesso: 15 de junho de 2025). Por fim, os comentários desempenham um papel comparativamente mais importante no Japão, apesar de também estarem atrás dos manuais, tanto na academia quanto na prática. O comentário mais atualizado e abrangente, embora ainda não completo, sobre a constituição japonesa é: Yasuo Hasebe (ed.), *Chūshaku nihonkoku kenpō* [Commentary on the Japanese Constitution], vol. II, 2017 (548 páginas); vol. III, 2020 (906 páginas) (os vols. I e IV ainda não foram publicados).

¹⁷ Veja, imediatamente abaixo, A.II.2.

¹⁸ Para contraposição entre a utilização do sistema e a construção do sistema: Eberhard Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ª ed. 2004, cap. I, § 3.

(*Wissenschaftsdogmatik*) – que amplia a complexidade¹⁹⁻²⁰. No caso da primeira, o foco reside na capacidade de conformar a tomada e a fundamentação de decisões da maneira mais eficiente e eficaz possível, levando em conta a vinculação ao direito, as diversas instâncias decisórias e a inevitabilidade da decisão judicial²¹. Dessa forma, as figuras da dogmática de aplicação estão sujeitas à demanda pela maior simplicidade e concisão possíveis, replicabilidade e precisão, isto é, pela maior facilidade de utilização e segurança possíveis para o participante da prática jurídica chamado a tomar uma decisão (como o juiz, em particular). Categorias peculiares como “opinião dominante” ou “a melhor doutrina” também encontram seu devido lugar aqui, ao passo que não teriam espaço em um discurso conduzido de acordo com padrões estritos de argumentação científica. A cientificidade da abordagem, caracterizada precisamente pela abertura a uma diversidade de perspectivas e pelo modo de questionamento constante em detrimento do modo de resposta, desempenha apenas um papel acessório, se é que desempenha algum. Algo diverso se passa com a dogmática científica: o valor da elaboração sistemática do direito a serviço do propósito de sua aplicabilidade deve ser avaliado conforme parâmetros que refletem o estado da arte da filosofia da ciência, que não podem ser determinados isoladamente pela própria ciência jurídica e que estão sujeitos à inovação permanente. Em função disso, atribui-se grande importância à utilização dogmática de conhecimento jurídico propedêutico²². A teoria constitucional funciona, nesse contexto, como uma disciplina de canalização e processamento diante da dogmática constitucional, com uma sofisticação que não se encontra à disposição de outras dogmáticas.

A contraposição entre dogmáticas de aplicação e científica não deve ser entendida no sentido de uma alternatividade estrita e estanque; ao contrário, há transições fluidas entre as duas e, portanto, elas funcionam meramente como termos

¹⁹ Cf. Rolf Stürner, *Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik*, in: *JZ* 2012, p. 10 e ss.; depois dele: Anna-Bettina Kaiser, *Die Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität*, in: *DVBl.* 2014, p. 1102 e ss. Com ênfase diferente, Stark (n. 2), p. 81 e ss., distingue dogmática jurídica teórica e prática; enquanto a dogmática prática une ciência e prática, a teórica seria um traço característico exclusivo da ciência (145).

²⁰ A contraposição entre dogmática de aplicação e científica lembra, em sua intuição básica, a contraposição de “jurisprudência inferior” e “superior” propagada por *Rudolf von Jhering* (veja, abaixo, B.I.1).

²¹ No entendimento tradicional, a dogmática de aplicação é, quando observada à luz do dia, uma dogmática de aplicação *judicial*; o seu uso visa à produção e/ou justificação de uma decisão autorizada (um ato legislativo) pelos tribunais. A dogmática de aplicação judicial pode ser complementada pela dogmática de aplicação *jurídica ou advocatícia*; esta última assume a posição de aconselhamento prático, tipicamente jurídico. Além da orientação para a jurisprudência do tribunal chamado a decidir sobre a disputa específica, um uso estratégico-tático de figuras dogmáticas em favor do cliente determina essa forma de dogmática de aplicação (e possivelmente até científica).

²² Esse é um dos eixos centrais da declaração do Conselho Alemão de Ciências e Humanidades: *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 2012.

de escala indicadores de tendências. Ademais, deve-se evitar a conclusão apressada de que a contraposição entre dogmática jurídico-prática e jurídico-acadêmica²³, orientada a partir da diferença de atores, coincide com a contraposição entre dogmática de aplicação e dogmática científica, guiada pela diferença de usos. Isso porque nem todos os trabalhos dogmáticos apresentados por acadêmicos (em seu papel de acadêmicos e não de práticos do direito), por si só, ultrapassam o nível de um sólido trabalho jurídico-manual que lhes permita ingressar no registro da dogmática acadêmica (científica) em termos de sistematicidade²⁴. Assim, um ou outro comentário jurídico escrito por acadêmicos tem, na melhor das hipóteses, em função da estrutura predominantemente compilatória, um caráter científico apenas marginal²⁵. A falta de congruência também se verifica na outra direção: um *habitus* marcado pela dogmática de aplicação é típico – embora, é claro, não seja obrigatório – para as instâncias decisórias inferiores; para resolver a grande parte dos casos cotidianos, os juízes de primeira instância recorrem a conceitos dogmáticos estabelecidos, já muitas vezes testados e aprovados. A situação é diferente quanto mais alto se escala na hierarquia das instâncias. Os tribunais superiores e, em particular, os tribunais supremos, encarregados da uniformização da ordem jurídica, costumam se dedicar muito mais à coerência sistemática da realização do direito e, em termos relativos, são confrontados com muito mais frequência com os chamados *casos difíceis*, que não podem ser resolvidos com simples recurso aos instrumentos doutrinários tradicionais (oriundos da dogmática de aplicação). Aqui, o uso da dogmática estabelecida é acompanhado, em maior ou menor grau, pelo desenvolvimento de nova dogmática²⁶.

A participação da prática jurídica na dogmática científica pode ser demonstrada de forma nítida em relação ao direito constitucional (federal): uma proporção muito significativa do que hoje faz parte do corpo da doutrina constitucional – por exemplo, a dimensão de proteção dos direitos fundamentais, o esquema “âmbito de proteção–restrição–defesa” ou a teoria do conteúdo essencial – deve-se direta ou indiretamente à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal²⁷. Uma propor-

²³ Veja, acima, A.II.1.

²⁴ Apontando caminhos: Paul Hoyningen-Huene, *Systematicity. The Nature of Science*, 2013.

²⁵ Cf. também – usando o exemplo dos comentários sobre o GDPR – Kaiser (n. 2), número de margem 40.

²⁶ Christoph Schönberger, *Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen*, in: *VVDStRL* 71 (2012), p. 296 e ss.

²⁷ A adesão do BVerfG ao *modus operandi* dogmático é, em grande parte, implícita. Ela pode ser percebida na forma como as decisões são fundamentadas. Posicionamentos explícitos em favor da dogmática são raros na jurisprudência de Karlsruhe. O BVerfG fala em “dogmático” (adjetivo) ou em “dogmática” (substantivo), até onde se pode verificar, em cinco contextos: (1) ao reproduzir as alegações das partes no relatório fático do caso (ex.: BVerfGE 153, 182 Rn. 100); (2) ao referir-se à dogmática do direito infraconstitucional (ex.: BVerfGE 126, 170 Rn. 110, 121, 135 s., 144); (3)

ção considerável das inovações dogmáticas mais discutidas e de maior repercussão – exemplos recentes incluem a responsabilidade na integração europeia²⁸, o controle de normas com recurso aos direitos fundamentais da União Europeia (“direito a ser esquecido I e II”)²⁹ e a obrigação objetiva de proteção às gerações futuras³⁰ – pode ser reconduzida às decisões de Karlsruhe. O Tribunal Constitucional Federal está, portanto, envolvido na *definição da pauta* da dogmática científica, ainda que não intencionalmente.

A influência do Tribunal Constitucional Federal no discurso dogmático (acadêmico) é tão pronunciada em sentido negativo quanto em sentido positivo, afinal, soluções dogmáticas alternativas costumam encontrar dificuldades para se afirmarem contra os modelos dogmáticos favorecidos pelo Tribunal Constitucional Federal – uma constatação que se deve à extraordinária autoridade e reputação do Tribunal Constitucional Federal e à atitude reinante na dogmática acadêmica de direito constitucional, que lhe rendeu a caracterização de “positivismo de matriz jurisdicional-constitucional”³¹. Seja como for, o fato de que a prática jurídica – na forma do Tribunal Constitucional Federal – conversa com a ciência jurídica – na forma da dogmática do direito constitucional – em pé de igualdade demonstra o hibridismo influente da dogmática jurídica (constitucional), capaz de conectar prática e ciência³².

3. Liberdade acadêmica e autoridade judicial

Por mais importante que seja a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal para o discurso científico-dogmático dentro da doutrina do direito público (*Staatsrechtslehre*), não se deve negligenciar a diferença entre a dogmática jurídico-prática e a jurídico-acadêmica, que, em última análise, está ancorada no próprio direito positivo: a diferença decorre do fato de que o discurso da dogmática prática faz parte

em contexto diretamente constitucional (ex.: BVerfGE 137, 108 Rn. 168; 148, 296 Rn. 138; 150, 1 Rn. 214; 158, 1 Rn. 64); (4) ao considerar decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e, em especial, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no direito constitucional alemão (ex.: BVerfGE 148, 296 Leitsatz 3.c) e Rn. 135, 138; 154, 17 Rn. 126; 156, 354 Rn. 124, 126, 129); e (5) em votos vencidos (ex.: BVerfGE 132, 1 Rn. 86).

²⁸ Cf. BVerfGE 123, 267 (351); 134, 366 Rn. 47 s.; 142, 123 Rn. 170; BVerfG, julgamento de 26.10.2022, 2 BvE 3/15 Rn. 78.

²⁹ BVerfGE 152, 152 e ss. – Direito a ser esquecido I; BVerfGE 152, 216 e ss. – Direito a ser esquecido II.

³⁰ BVerfGE 157, 30 e ss. – Proteção climática.

³¹ Cf. Bernhard Schlink, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Der Staat* 28 (1989), p. 161 (163); Christoph Schönberger, Bundesverfassungsgerichtspositivismus: Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks, in: *FS für Bernhard Schlink* 2014, p. 41 e ss.

³² Veja, abaixo, B.IV.2 e seguintes.

do processo de realização do direito respaldado pelo direito positivo enquanto tal, ou seja, ocorre no nível do objeto, enquanto o discurso dogmático *acadêmico* não consegue transcender o nível teórico por conta própria devido à falta de *status* de participante na prática jurídica que caracteriza a ciência do direito³³. A circunstância de a dogmática do direito constitucional não estar autorizada a produzir direito válido, enraizada no direito positivo, “liberta-a” da limitação estrita do raciocínio jurídico-dogmático àquilo que pode ser descrito como direito positivo (constitucional), ou seja, liberta-a da demonstração de positividade (“teste de pedigree”)³⁴. Ela não está impedida – nem do ponto de vista do direito, nem da ciência – de se valer de quaisquer associações pertinentes e consultar qualquer disciplina vizinha relevante, como se demonstra de forma particularmente clara em teses de qualificação (dissertações, livre-docências) sobre temas dogmáticos, que amparam amplamente as considerações dogmáticas em sentido mais restrito com reflexões históricas, filosóficas e teóricas, comparativas, empíricas e advindas de outras disciplinas.

O preço do possível “distanciamento” do direito positivo – também seria possível dizer: de sua contextualização intra e interdisciplinar e, portanto, de sua cientificização – é “meramente” a irrelevância ou a compatibilidade cada vez menor com o discurso dogmático da prática jurídica. Esse preço, ou seja, o abandono mais ou menos abrangente da pretensão de ser compatível com a prática jurídica – e isso também significa a pretensão de ser reconhecida por ela em suas próprias decisões e ser citada como par (*peer*) no esforço de interpretação e aplicação do direito vigente – é algo que a dogmática jurídica (constitucional) alemã, obviamente, não está disposta a pagar. Em virtude de pretensões definidas, aplicam-se a ela – dessa vez de modo não voluntário – os limites impostos comumente à dogmática jurídico-prática³⁵.

A situação do Tribunal Constitucional Federal é diversa daquela da doutrina do direito público, já que sua posição como fonte autorizada de direito constitucional e de todo direito relacionado à constituição resulta de competência a ele conferida pela Lei Fundamental (e pela Lei do Tribunal Constitucional Federal [*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*]). Consequência e expressão disso é que o Tribunal

³³ Da mesma forma, Stark (n. 2), p. 142 ss., 144 ss. Patrick Hilbert, *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften*, 2015, também demonstra a necessidade e a eficácia da distinção entre os níveis do objeto e da teoria.

³⁴ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 17, que considera o *teste de linhagem* (*pedigree*) como uma das três “proposições centrais e organizadoras” do positivismo jurídico que ele rejeita.

³⁵ Cf. o apelo de Christoph Schönberger para que a dogmática do direito constitucional redescubra sua “tradicional competência propositiva” (*Entwurfskompetenz*) – que teria sido perdida em grande parte devido à fixação com tribunal constitucional: Schönberger (n. 2), p. 50 e ss.

Constitucional Federal terminaria por se mover *ultra vires*, ou seja, abandonaria o papel que lhe cabe segundo o direito positivo, caso abandonasse a pretensão de colocar seu raciocínio dogmático a serviço da aplicação do direito constitucional válido (ou do direito federal como parâmetro vinculante em relação ao direito estadual). O privilégio da dogmática jurídico-prática de fazer parte do discurso autoritativo do direito positivo acaba por comprometê-la com um “*ponto de vista estritamente jurídico*”³⁶. Essa restrição, por sua vez, só se aplica à dogmática jurídico-acadêmica na medida em que esta pretende orientar a realização do direito positivo (o que ocorre em grande medida). Um exemplo – retirado não do direito constitucional, mas do direito administrativo, com ele relacionado em vários aspectos – da maior liberdade (embora com menor repercussão jurídico-prática) da doutrina jurídica que trabalha dogmaticamente em relação à prática jurídica é a empreitada da chamada “nova ciência do direito administrativo” (*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*), que também procura atender às necessidades da prática de aplicação do direito, mas não se esgota nisso³⁷.

A diferença de pontos de partida entre a dogmática jurídico-acadêmica e a jurídico-prática é evidente na questão de como elementos de um sistema de validação distinto do direito positivo podem ser integrados à realização do direito. No nível acadêmico, esse problema levanta questões de interdisciplinaridade e intradisciplinaridade, entre outros. Já o nível do direito também é afetado quando se discute a abertura a decisões estrangeiras, que é regularmente abordada no contexto do direito comparado. O “regime de zonas de contato”³⁸ se apresenta de forma diferente em relação à dogmática acadêmica – a princípio, considerando-se apenas as leis endógenas à ciência – do que em relação à dogmática jurídico-prática. Isso ocorre porque a ciência como tal está sujeita “meramente” à lei de coletar e formular suas descobertas de maneira metodologicamente apropriada – em outras palavras: não comparar maçãs com laranjas. O procedimento cognitivo – o(s) método(s) – é orientado pelo objeto de conhecimento, que é livremente selecionável pela ciência. Somente no momento em que essa se compromete com um interesse cognitivo específico é que as limitações do(s) método(s) associado(s) entram em vigor. Para a dogmática jurídico-prática, por outro lado, suas zonas de contato – além das leis aplicáveis da epistemologia – são determinadas principalmente pelo próprio direito válido.

³⁶ Wolfgang Ernst, *Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht eines Zivilrechtslehrers*, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Org.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, p. 3 (15 e ss.).

³⁷ Em caráter programático: Andreas Voßkuhle, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Org.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3ª ed., vol. 1, 2022, § 1.

³⁸ Sobre o conceito de zonas de contato: Thomas Vesting, *Die Fachgrenze als Kontaktzone. Plädoyer für eine kulturwissenschaftliche Öffnung der Rechtswissenschaft*, in: Andreas Funke/Konrad Lachmayer (Org.), *Formate der Rechtswissenschaft*, 2016, p. 237 e ss.

III. Meio de conciliação entre cosmovisões jurídicas

Entretanto, o formato da dogmática conecta a doutrina do direito público, ao longo das colunas, com o direito civil e o penal, de modo imanente às disciplinas jurídicas, e com a prática jurídica, de forma transcendente a elas. Além disso, fornece uma estrutura comum para o discurso, ou seja, para a reflexão e conciliação, para esforços em matéria constitucional oriundos de diferentes matrizes ideológicas. A dogmática (constitucional) não está vinculada a uma cosmovisão jurídica específica, isto é, a uma visão “correta” – em conformidade com a preferência, por exemplo, por leituras positivistas, antipositivistas ou pós-positivistas – tampouco está vinculada a uma configuração metodológica específica. Em geral, ela pode partir de diferentes concepções de direito, de sua validade, interpretação ou aplicação, o que pode ser nitidamente percebido no exemplo das diferentes concepções sobre o modo de realização do direito (*Rechtsgewinnung*), que pode ser e é operacionalizado dogmaticamente tanto com base em leituras integrativistas (fundindo interpretação e criação jurídicas na noção de realização do direito) quanto em leituras diferencialistas (distinguindo interpretação e criação/aplicação do direito)³⁹. No que diz respeito à elaboração dogmática da constituição, também é importante lembrar a estreita relação entre a dogmática constitucional e a teoria constitucional (que é reconhecidamente controversa em termos de demarcação disciplinar mais precisa), cuja pretensão de explicação mira, em maior ou menor medida, para além do direito constitucional positivo de um sistema jurídico específico e abre a dogmática para outros horizontes, dimensões e contextos⁴⁰. Resumindo: a dogmática forma o ponto de referência comum para diferentes modos de compreensão do direito e, portanto, torna-os comunicáveis entre si, em termos de discurso e pesquisa. Essa vantagem de um *quadro de referência comum* dificilmente pode ser superestimada, caso se entenda a ciência como um processo de descoberta coletivo no qual a pluralidade de interesses, intuições e ideias fornece uma caixa de ressonância para a busca do melhor argumento e dos conceitos com maior poder explicativo.

A abertura para uma variedade de cosmovisões jurídicas não significa, entretanto, que qualquer concepção arbitrária de direito, validade jurídica e realização do direito se encaixe no *modus operandi* da dogmática. No início da década de 1920,

³⁹ Veja, abaixo, C.II. e seguintes.

⁴⁰ Desenvolvido com mais detalhes em: Matthias Jestaedt, *Verfassungstheorie als Disziplin*, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Org.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 1, número de margem 13 e ss., 28 e ss., 53 e ss. Crítico da referência – de forma alguma necessária ou mesmo exclusiva, mas ainda assim central – da teoria constitucional à dogmática constitucional: Jens Kersten, *Die Notwendigkeit der Zuspitzung. Anmerkungen zur Verfassungstheorie*, 2020.

Hans Kelsen encarou uma disputa famosa, hoje em grande parte esquecida, com seu aluno Fritz Sander, sobre a alternativa “dogmática jurídica ou teoria da experiência jurídica?”⁴¹. Em seu programa tão radical-positivista quanto radical-realista da “experiência jurídica”, Sander negava qualquer papel produtivo à ciência do direito – e se recusava a aceitar o consenso, que prevalecia na ciência jurídica de língua alemã, de que a dogmática poderia fazer uma contribuição importante para a realização do direito⁴². Uma tal crítica fundamental, que coloca em xeque a própria razão de ser da dogmática – acadêmica –, não é mais encampada por nenhum ator relevante no campo do direito constitucional alemão.

A abertura – de largo alcance, ainda que não ilimitada – da dogmática jurídica a diferentes concepções de direito, validade jurídica e realização do direito significa que a dogmática assume uma coloração diferente a depender da cosmovisão jurídica em que se baseia, ou, mais precisamente, assume variáveis tarefas, potenciais e campos de ação. A pluralidade de cosmovisões jurídicas encontra sua contrapartida na pluralidade de leituras da dogmática jurídica⁴³. Isso se manifesta, por exemplo, no grau de influência concedido à dogmática sobre a criação do direito *in concreto*, em particular na questão do caráter de fonte jurídica da dogmática ou, de forma mais geral, na questão de se é como, em caso afirmativo, a dogmática pode orientar a realização do direito (no sentido da criação de novo direito)⁴⁴. Intimamente relacionada a isso está a questão de saber se a política jurídica – que se vê como científica – é parte da dogmática jurídica ou, como se supõe na oposição comum “dogmática jurídica *versus* política jurídica”, é antes uma contraparte da dogmática jurídica⁴⁵. As maneiras como se compreende o grau de referibilidade ao sistema jurídico, inerente ao trabalho dogmático, também podem divergir, com consequências para a compreensão dos limites ou mesmo do significado próprio do trabalho dogmático⁴⁶. Uma questão espe-

⁴¹ Esse é o título principal da contribuição de Fritz Sander, com o subtítulo “Kritische Studien zur Rechtslehre Hans Kelsens”, publicada na *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2 (1921), p. 511 e ss.; para a resposta (também quase monográfica) de Kelsen, veja-se: Hans Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der “Rechtsdogmatik”*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 3 (1922/1923), p. 101 ss. De modo aprofundado: Rodrigo Cadore, “*Rechtswidriges Recht: Die Merkl-Sander-Kontroverse innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie*”, Tübingen 2024 (open-access: https://viewer.content-select.com/pdf/viewer?id=1&id_type=isbn&identifiers=9783161620683&signature=8d2201a52ccfd9c9eb565132557e05b8a70fbf7d&session=00000000-0000-0000-0000-000000000000 [último acesso: 15 de abril de 2025]).

⁴² Veja, acima, A.II.

⁴³ Veja, acima, A.I.; abaixo, C. e seguintes.

⁴⁴ Veja, abaixo, C.II.

⁴⁵ Veja, abaixo, C.II.

⁴⁶ Veja, abaixo, C.III. e seguintes.

cificamente voltada para a dogmática constitucional consiste em saber se e, em caso afirmativo, como o fenômeno da mutação constitucional – seja em função de atuação institucional (por exemplo, do Tribunal Constitucional Federal) seja concebido de modo não institucional – pode ser integrado dogmaticamente⁴⁷. E, finalmente, a questão de saber se a teoria constitucional forma um complemento disciplinar ou um subconjunto da dogmática também pertence a esse contexto⁴⁸.

Nessas e em outras questões semelhantes, todas objeto de debate intenso, o que está em jogo – e talvez valha a pena enfatizar isto – é encontrar a leitura mais convincente da dogmática, que faça jus às ambições e à funcionalidade. Não é o “se”, mas o melhor “como” possível da dogmática que está sendo discutido. Uma crítica fundamental que questione o papel (central) da dogmática não encontra, atualmente, ressonância na ciência jurídica alemã⁴⁹. Nesse contexto é que tanto a crítica recente de um conceito supostamente irrefletido, internacional e interdisciplinarmente pouco comunicável⁵⁰ de dogmática quanto as tentativas de expandir e complementar a abordagem dogmática com outras perspectivas (científicas)⁵¹ se tornam compreensíveis.

B. Dogmática constitucional com diferenciação historicamente contingente da dogmática jurídica

Apesar de todas as diferenças no detalhe, as concepções atuais de dogmática (constitucional) se fundamentam em premissas compartilhadas que refletem um desenvolvimento tão complexo quanto contingente, o qual não pode ser traçado aqui em todos os seus pormenores e nuances⁵². Todavia, podem ser identificadas vertentes de desenvolvimento especialmente marcantes – seria possível falar em

⁴⁷ Positivo com relação à mutação constitucional: Uwe Volkmann, *Verfassungsänderung und Verfassungswandel. Beobachtungen zum Verhältnis von Statik und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik*, JZ 2018, p. 265 (265 e ss.); crítico: Andreas Voßkuhle, *Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?*, in: *Der Staat* 43 (2004), p. 450 (450 e ss.).

⁴⁸ Veja, abaixo, C.I. e C.III.

⁴⁹ Com detalhes: Kaiser (n. 2), § 24 e 32 e ss.

⁵⁰ Proeminentemente: Oliver Lepsius, *Kritik der Dogmatik*, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Org.), *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, 2012, p. 39 e ss.

⁵¹ Veja-se: Kaiser (n. 2), número de margem 38 e ss.

⁵² Histórias do desenvolvimento da dogmática jurídica são abundantes; na maioria das vezes, elas contemplam apenas a dogmática como disciplina jurídico-acadêmica; a variante jurídico-prática da dogmática recebe, geralmente, atenção menor. Exemplificativamente: Bumke (n. 2), p. 16 e ss.

condições de incubação – sem as quais as particularidades atuais da dogmática em geral e da dogmática constitucional em especial, em sua historicidade e contingência, de um lado, e sua condicionalidade e trajetória singulares de outro, não poderiam ser entendidas. Trata-se de cesuras ou densificações marcantes, que determinaram a direção do desenvolvimento histórico no que diz respeito ao modo de lidar com o direito (constitucional). Os quatro estágios de desenvolvimento a serem abordados a seguir marcam um ciclo duplo, cada um partindo da academia para desaguar na prática, sendo que o primeiro se aplica ao direito privado e tem início no século XIX, enquanto o último trata do direito constitucional e começa nas últimas décadas do século XIX. Começando em épocas diferentes e se desdobrando em ondas diferentes, essas vertentes individuais de desenvolvimento se baseiam umas nas outras, conectando-se e se reforçando, influenciando-se e mudando reciprocamente.

I. Tornando o direito ensinável e aprendível: Escola Histórica do Direito e Pandectística

O conceito de dogmática jurídica está intimamente relacionado à “jurisprudência dos conceitos”⁵³ (*Begriffsjurisprudenz*), a qual se esforçou por definir as especificidades do estudo acadêmico do direito. O jovem Rudolf von Jhering é geralmente considerado como aquele que conferiu à dogmática jurídica e ao seu congêneres o “método jurídico”, sua forma canônica, por assim dizer. O ano de 1857 marcou o *annus mirabilis*, no qual Jhering redefiniu a “tarefa” do “direito privado romano e alemão atual” de uma maneira que marcaria o futuro⁵⁴. Contudo, Jhering, por sua vez, baseia-se em desenvolvimentos mais antigos, citando explicitamente Friedrich Carl von Savigny e Georg Friedrich Puchta como fiadores, colocando-se assim na tradição estabelecida uma geração antes pela Escola Histórica do Direito, que enfatizava o papel especial da ciência do direito em trazer o direito à tona, insistindo na historicidade (e na variabilidade cultural) do direito.

1. “Direito científico” e “jurisprudência superior”

O desenvolvimento da dogmática está intimamente ligado a uma questão que surgiu em vista do *usus modernus pandectarum*, particularmente na Alemanha,

⁵³ *Faute de mieux* usa-se esse termo aqui que, ao contrário do que acontece no presente texto, era empregado de forma pejorativa por seus primeiros usuários.

⁵⁴ Rudolf von Jhering, *Unsere Aufgabe*, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 1 (1857), p. 1 e ss.

consistente em saber qual conteúdo e de que maneira o digesto (pandectas) – bem como o direito germânico – haveria de ser tomado como direito comum (ainda) válido. Um aspecto essencial do cenário institucional, à época, é que a resposta não poderia e não pôde ser dada em virtude de um decreto legislativo arbitrário, mas, antes de tudo, teria de ser elaborada pela ciência do direito – que, em alguns casos, também se posicionava frontalmente contra a codificação. Com a Escola Histórica do Direito, lançaram-se as bases para a poderosa tese de que o direito (privado) – comparável à linguagem – não seria o resultado de uma razão inerente ou da vontade política de uma época, mas estaria antes enraizado no “espírito do povo” (*Volksgeist*), ou seja, seria algo que cresce e se desenvolve de acordo com suas próprias leis iminentes, as quais só poderiam ser expressas por meio da observação histórico-jurídica e do raciocínio jurídico-dogmático⁵⁵. De acordo com a convicção estabelecida por Savigny e seu aluno Georg Friedrich Puchta, a pesquisa acadêmica realizada nas universidades teria um papel fundamental a desempenhar. No século XIX, o “direito erudito” da Alta Idade Média foi, até certo ponto, substituído pelo “direito científico” ou “direito dos professores”⁵⁶.

Com base nisso, Jhering irá definir a função e a natureza da dogmática como “jurisprudência prática”⁵⁷ de uma forma que moldará o discurso. A “jurisprudência inferior” (*niedere Jurisprudenz*), que se preocupa com o “estado agregado inferior do direito”, é contrastada com a “jurisprudência superior” (*höhere Jurisprudenz*), que lida com o “estado agregado superior do direito”⁵⁸. A última necessariamente pressupõe a primeira e se baseia nos resultados dela. Enquanto a “jurisprudência inferior” é caracterizada por “uma atitude puramente receptiva com relação às fontes”⁵⁹ e abrange todas as operações “que preservam o material jurídico em sua forma original e imediatamente prática, ou seja, que não ultrapassam os limites das proposições e princípios jurídicos, sejam eles originariamente descobertos, ou estabelecidos pelo legislador”⁶⁰, a “jurisprudência superior” culmina, por meio de uma “elaboração intelectual do material [jurídico]”⁶¹, com “criação artística... ideal”, possibilitando

⁵⁵ Aprofundamento em: Hans-Peter Haferkamp, *Die Historische Rechtsschule*, 2018, esp. p. 171 e ss.

⁵⁶ Ver: Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840, Livro I, Capítulo 2, § 14, p. 45 e ss.; Georg Friedrich Puchta, *Pandekten*, 5ª ed. 1850, § 16, p. 26 e ss. Veja-se, ainda: Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 3ª ed. 2020, vol. 1, p. 203 e ss., 212.

⁵⁷ Jhering (n. 54), p. 19.

⁵⁸ Jhering (n. 54), p. 8.

⁵⁹ Jhering (n. 54), p. 7.

⁶⁰ Jhering (n. 54), p. 9.

⁶¹ Jhering (n. 54), p. 13.

que a “ordem e harmonia”, a “simplicidade e beleza” das “formas ideais”⁶² do direito venham a emergir de um modo inacessível ao “leigo” em direito. A “transformação” do material jurídico conducente à “elaboração intelectual” ocorre por meio da “constituição jurídica”, no curso da qual a “massa total do direito” “não aparece mais como um sistema de proposições ou pensamentos, mas como um epítome de existências jurídicas, formas vivas, criaturas espirituais, por assim dizer”⁶³. Jhering enfatiza que essa operação “não é meramente científica [...], mas prática no mais elevado grau”⁶⁴, e encerra seu tratado com o significativo “lema de nossa jurisprudência contemporânea”: “com o direito romano para além do direito romano”⁶⁵.

Traduzido para as categorias atuais e para o mundo jurídico de hoje, o lema dessa “jurisprudência prática” – que continua a caracterizar a (auto)compreensão da dogmática – poderia ser relido por meio do sistema “interno”, latente e superior da dogmática, para além do sistema “externo”, superficial e inferior do direito positivado⁶⁶⁻⁶⁷. A partir da segunda metade do século XIX, com Jhering, se inicia um discurso interno à ciência do direito privado – geralmente não praticado sob esse rótulo – sobre a natureza e o valor da dogmática, um discurso que posteriormente rejeitará não poucos dos postulados de Jhering, ou ao menos os obscurecerá, como no caso da distinção entre jurisprudência “inferior” e “superior”⁶⁸. Independentemente disso, a ideia de um caráter construtivo da dogmática jurídica, que seria capaz de captar o “eu” ideal do direito válido, ainda é amplamente difundida e defendida.

⁶² Jhering (n. 54), p. 13.

⁶³ Jhering (n. 54). Com efeito, Jhering observa que a tarefa da jurisprudência superior, diante do “mundo inferior e substancial da matéria positiva” (13) do direito romano, “consiste não apenas em construir [...], mas também em destruir” (30), ou seja, na “eliminação contínua da matéria romana incapaz de vida” (40).

⁶⁴ Jhering (n. 54), p. 11.

⁶⁵ Jhering (n. 54), p. 52.

⁶⁶ Para uma comparação entre “sistema interno” e “sistema externo” veja, abaixo, C.III.

⁶⁷ O trabalho com dois mundos – um visível, superficial, inferior e outro invisível, profundo, superior – não é apenas um motivo antigo do platonismo, mas reaparece também no pensamento constitucional justamente da época de Weimar. Esse modo de pensar, que inicialmente duplica o fenômeno e, em seguida, coloca os dois fenômenos assim obtidos em uma relação de níveis – de inferior e superior, de secundário e primário –, manifesta-se com maior clareza na *Teoria da Constituição (Verfassungslehre)* de Carl Schmitt, na qual a *lei constitucional* (a constituição em sentido jurídico-positivo) aparece como o elemento inferior e derivado em relação à *constituição em sentido positivo* (a “decisão global sobre a natureza e a forma da unidade política”), enquanto elemento superior e originário: Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, p. 20 e ss.

⁶⁸ Cf. a esse respeito, com foco na metodologia jurídica, J. Schröder (n. 56), p. 285 e ss.

2. Dogmática e “método jurídico”

Como “método jurídico” característico da “jurisprudência superior”, Jhering estabelece, em referência ao trabalho da Escola Histórica do Direito, o que chama de “método histórico-natural”, que visa “à captação da necessidade interna, à investigação da natureza da matéria”⁶⁹. As “leis da construção jurídica”⁷⁰, a saber, a “lei do tratamento do material positivo”, a “lei da não-contradição ou unidade sistemática” e a “lei da elegância jurídica”⁷¹, têm em comum com o entendimento atual da metodologia jurídica o fato de que elas – em um sentido amplo – “contêm declarações sobre o procedimento para determinar o direito aplicável”⁷², mas quase não têm pontos de contato com os chamados “métodos canônicos”, que são referidos hoje por meio do acrônimo *juristische Methodenlehre*, isto é, os métodos “canônicos” de interpretação jurídica, dos quais Savigny costuma ser considerado, em uma leitura pouco historicamente sensível, como pioneiro.

Não é coincidência o fato de que a nova definição da ligação entre direito e ciência, expressa na relação entre dogmática jurídica e “método jurídico”, baseia-se em estudos de direito privado orientados para o *usus modernus pandectarum*. Afinal, ao se referir ao direito romano compilado no Corpus Iuris Civilis de Justiniano, o *usus modernus* se refere a um objeto que é, em si mesmo, expressão e consequência dos esforços de compilação, estruturação e sistematização que, com as institutas, por um lado, e o digesto e as novelas, por outro, se apresenta como combinação híbrida de livro-texto e coleção de materiais jurídicos. Além disso, a Pandectística do século XIX pôde, em grande parte, dar sequência à ocupação acadêmica com o “direito erudito” que se iniciou com o surgimento das universidades⁷³. A linha de continuidade entre tradição dos glosadores e comentaristas da Baixa e da Alta Idade Média e a jurisprudência dogmática moderna, cuja publicação central e meio de referência iria se tornar o comentário jurídico, é inconfundível – apesar de todas as diferenças⁷⁴. E,

⁶⁹ Jhering (n. 54), pp. 17, 21.

⁷⁰ Jhering (n. 54), p. 11; Jhering se refere aqui à sua obra principal, publicada na mesma época: Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Zweiter Teil, Zweite Abteilung (= 2, 2), 1858, p. 384 e ss.

⁷¹ Jhering (n. 70), p. 398 e ss., 400 e ss., 405 e ss.

⁷² J. Schröder (n. 56), p. 1 – sem ênfase no original.

⁷³ Para uma visão geral, consulte: Martin Avenarius, *Gelehrtes Recht*, in: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, 2ª ed. 2009, p. 31 e ss.; de modo detalhado: Nils Jansen, *Recht und gesellschaftliche Differenzierung. Fünf Studien zur Genese des Rechts und seiner Wissenschaft*, 2019, § 2, p. 27 e ss.

⁷⁴ Veja, acima, A.II.

assim como o estudo do “direito erudito” se baseava no método escolástico, a dogmática jurídica pode ser descrita, de modo justificado, como escolasticismo jurídico, já que é caracterizada – como o original da Alta Idade Média⁷⁵ – pela proximidade com a retórica (antiga) e a dialética aristotélica, a comunicabilidade acadêmica (ensinabilidade e capacidade de aprendizado), a crença na racionalidade e objetividade da argumentação estruturada e padronizada, o modo fundamentalmente dedutivo e o recurso probatório às luzes das autoridades.

II. Tornando o direito aplicável por meio de tratamento científico: a formação científica dos juristas

A consolidação de uma abordagem e uma contribuição próprias da ciência jurídica para a aplicação do direito válido representará, ainda que com pequenos descompassos, um impulso de profissionalização e mapeamento da judicatura, que, por sua vez, favorece e promove a compreensão da dogmática como um formato que combina ciência do direito e prática jurídica. Esse desenvolvimento é alimentado tanto pelas mudanças drásticas na estrutura e nas condições de impacto da judicatura quanto pela reorganização da formação dos juristas, intimamente ligada a essas mudanças.

1. O surgimento do direito codificado e da judicatura padronizada

Na segunda metade do século XIX, a prática judicial se modifica de modo substancial e, com ela, a compreensão do processo de realização do direito. Tal desenvolvimento pode ser descrito sob a rubrica de uma sistematização abrangente da jurisprudência⁷⁶. Isso se refere à convergência e à interação de diferentes inovações. Três dos fatores relevantes devem ser destacados.

Em primeiro lugar, no decorrer da unificação do Reich, a legislatura empreendeu a codificação do direito relacionado à jurisdição em um sentido mais restrito, ou seja, o direito orgânico da magistratura e o direito processual. Ao fazer isso, pôde-se aproveitar a experiência de alguns reinos específicos. Com as leis judiciais do Reich (*Reichsjustizgesetze*) de 1877 – a Lei de Constituição do Tribunal⁷⁷, o Código

⁷⁵ Clássico: Martin Grabmann, *Die Geschichte der scholastischen Methode*, 1909; introdutório: Leo J. Elders, *Scholastische Methode*, in: *Lexikon des Mittelalters*, vol. 7, 1995, p. 1526 e ss.

⁷⁶ Jan Schröder fala em “ascensão da jurisprudência” para a fase de 1850 a 1933: (n. 56), p. 283 e ss. Consulte também: Jansen (n. 73), § 7, pp. 279 e ss. e 297 e ss.

⁷⁷ Lei de Organização Judiciária (*Gerichtsverfassungsgesetz*) de 27 de janeiro de 1877, RBG. p. 41.

de Processo Civil⁷⁸, o Código de Processo Penal⁷⁹ e o Código de Falências⁸⁰ –, os tribunais comuns foram organizados e padronizados, hierarquizados e centralizados em termos de sua estrutura e métodos de trabalho. Com os novos tribunais superiores e supremos – como o Tribunal Imperial (alemão), a partir de 1879, ou o Tribunal Administrativo de Baden, a partir de 1864, e o Superior Tribunal Administrativo da Prússia, a partir de 1875; para desdobramentos paralelos na Áustria, poderiam ser mencionados o Tribunal Imperial (austriaco), a partir de 1869, e o Tribunal Administrativo (austriaco), a partir de 1876 – *em segundo lugar*, o desenvolvimento iniciado pelas leis judiciais torna-se particularmente visível e tangível na medida em que esses tribunais serão regularmente responsáveis por preservar a unidade do direito e desenvolver o direito de uma maneira que preserve e moldure o sistema. Durante esse desdobramento histórico, *em terceiro lugar*, as sentenças (principalmente as de tribunais superiores e supremos) serão publicadas e coletadas em coleções mais ou menos oficiais ou em periódicos recém surgidos. Essa visibilização das decisões judiciais, para além do círculo dos envolvidos no processo, constitui o fundamento e, ao mesmo tempo, a motivação para uma articulação ordenadora, que fornece a base para um debate crítico ou estabilizador com a prática jurídica.

2. Educação jurídica alemã: o jurista universal com formação acadêmica

A nova compreensão da educação universitária que surgiu no início do século XIX, sob o paradigma da unidade de pesquisa e ensino, coincidiu com os esforços intensificados no século XVIII em alguns territórios do Sacro Império Romano-Germânico no sentido de regulamentar os requisitos de admissão ao judiciário de forma detalhada e centralizada. Inicialmente, entretanto, esses dois desenvolvimentos apontavam para direções diferentes, com a ciência jurídica universitária carecendo de uma orientação prática em seus esforços para se tornar mais acadêmica, e o treinamento prático de juízes demonstrando pouco interesse em envolver professores que estavam tão distantes da prática⁸¹. Em meados do século XIX, os professores de direito foram integrados aos exames como avaliadores, em caráter experimental. Até onde se pode ver, foi a Lei Prussiana sobre Exames Jurídicos e

⁷⁸ Código de Processo Civil de 30 de janeiro de 1877, RGBl. p. 83.

⁷⁹ Código de Processo Penal de 1º de fevereiro de 1877, RGBl. p. 253.

⁸⁰ Código de Falências de 10 de fevereiro de 1877, RGBl. p. 351.

⁸¹ Sobre isso e o que se segue: Hans Dölle, *Die Ausbildung der deutschen Juristen. Darstellung, Kritik, Reform*, 1960, p. 52 e ss.; Ina Ebert, *Die Normierung der juristischen Staatsexamina und des juristischen Vorbereitungsdienstes in Preußen (1849–1934)*, 1995; Tobias Nasr, *Staatliche Juristenleitbilder von Weimar bis zur Bundesrepublik*, 2021, p. 33 e ss.

Preparação para o Serviço Judicial Superior, de 6 de maio de 1869, que provocou uma reviravolta duradoura, estabelecendo estreita cooperação entre a ciência do direito e a prática jurídica no treinamento de juízes. O § 1º (1) dessa lei tornou “a conclusão de três anos de estudos jurídicos em uma universidade e a aprovação em dois exames jurídicos” um pré-requisito para a nomeação de juízes, promotores públicos, advogados e notários⁸². O § 2º da Lei de Organização Judiciária (LOJ), que foi aprovada quase oito anos depois, estipulava, de forma semelhante, que a “capacidade de ocupar o cargo de juiz... é adquirida com a aprovação em dois exames” (parágrafo 1º), sendo que o primeiro deveria ser “precedido por três anos de estudos jurídicos em uma universidade” (parágrafo 2º, sentença 1)⁸³. Assim se estabeleceu a base para o modelo alemão do jurista universal ou universalmente qualificado, que todos os estados federais adotaram gradualmente. O § 2º da LCT permanecerá longo tempo em vigor, sobrevivendo às mudanças de regime de 1918/1919, 1933 e 1945, até ser substituído a partir de 1º de julho de 1962. Em seu lugar, entrará em vigor o § 5º (1) e (2) da Lei Geral da Magistratura (chamada: LGD [DRiG]), que é praticamente idêntico a ele na redação⁸⁴.

A versão atualmente vigente do § 5º (1), primeira metade da frase, da LGD, afirma de forma compacta: “a qualificação para o serviço judicial é adquirida por qualquer pessoa que conclua um curso de direito em uma universidade, culminando com o primeiro exame, e um serviço preparatório subsequente, culminando com o segundo exame estadual”⁸⁵. O fato de a qualificação para ocupar o cargo de juiz estar vinculada à conclusão bem-sucedida de um curso de direito não significa que ela esteja voltada exclusivamente às necessidades da prática judicial (as tarefas típicas em exames de direito público ou trabalhos de conclusão de curso também perguntam como o tribunal administrativo ou constitucional em que o caso foi apresentado decidirá o caso); ele também exige que a ciência jurídica dogmática, a jurisprudência e outras práticas jurídicas profissionais falem a mesma linguagem (de realização do direito) e que sejam mutuamente perceptivas e capazes de dialogar⁸⁶.

⁸² Lei sobre os exames jurídicos e a preparação para o serviço judicial superior (*Gesetz über die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienste*) de 6 de maio de 1869, Coleção de Leis dos Estados Reais da Prússia de 1869 (*Gesetzessammlung für die Königlich-Preussischen Staaten* 1869), p. 656.

⁸³ Lei de Organização Judiciária (*Gerichtsverfassungsgesetz*) de 27 de janeiro 1877, RBG1, p. 41.

⁸⁴ Lei Orgânica da Magistratura Alemã (*Deutsches Richtergesetz – DRiG*) de 8 de setembro de 1961, BGBl. I, p. 1665.

⁸⁵ Lei Orgânica da Magistratura Alemã (*Deutsches Richtergesetz – DRiG*) na versão publicada em 19 de abril de 1972 (BGBl. I, p. 713), com a última redação dada pelo artigo 4 da Lei de 25 de junho de 2021 (BGBl. I p. 2154).

⁸⁶ Retomando a Alta Idade Média e o início da Época Moderna, que conhecem, com o *juiz erudito* (*Gelehrter Richter*), um julgador formado academicamente, ou seja, instruído nos *direitos eruditos* (*Gelehrte Rechte*), poder-se-ia caracterizar

III. Juridicização do direito constitucional I: positivismo juspublicista e controvérsia metodológica de Weimar

No mesmo ano em que Friedrich Carl von Savigny, com sua obra “Da vocação de nosso tempo para a legislação e a ciência do direito”⁸⁷, desencadeia a disputa sobre a codificação e estabelece os fundamentos da Escola Histórica do Direito e da ciência pandectista – aquele espaço primário de ressonância da dogmática jurídica e do conceito de “método jurídico” –, o duque Friedrich August de Nassau-Usingen promulga a constituição estamental do Ducado de Nassau, a primeira pré-constitucionalista dos territórios alemães, por meio do edito de 1º/2 de setembro de 1814⁸⁸ – e antes do início do Congresso de Viena, que, no art. XIII do Ato Confederativo Alemão de 8 de junho de 1815⁸⁹, viria a estabelecer a obrigação de os estados federados adotarem uma constituição com representação dos estados estamentais. Outros Reinos seguiram esse exemplo em rápida sucessão, como o Grão-Ducado de Baden e o Reino da Baviera em 1818, os Reinos de Württemberg e Hanover em 1819, o Grão-Ducado de Hesse em 1820 e o Reino da Saxônia em 1831. O fato de o Reino da Prússia e o Império Austríaco não terem se juntado ao movimento do constitucionalismo incipiente até 1848 e 1849, respectivamente, atrasou a implementação do pensamento constitucional e o esforço para pesquisar e lidar com o direito constitucional por décadas.

Em medida considerável, devido à resistência prussiana e austríaca em matéria constitucional (bem como à ausência de unidade imperial) é que, apesar de a constituição, como ordem jurídica fundamental da coletividade, ter-se estabelecido gradualmente nos territórios alemães ao longo da primeira metade do século XIX, ainda teria de se passar cerca de meio século até que, deixando para trás a tradição da doutrina geral do direito público (*Allgemeines Staatsrecht*)⁹⁰, uma ciência do direito constitucional de cunho dogmático conseguisse se afirmar sob a forma de um positivismo jurídico constitucional. Para além das diferentes preparações científicas e trajetórias de cunho particular nas ciências do direito privado (e penal), por um lado,

a evolução no sentido de que, a partir do século XIX, apenas *juizes eruditos* estariam autorizados a exercer funções jurisdicionais.

⁸⁷ Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

⁸⁸ Edito sobre a constituição estamental do Ducado de Nassau de 1./2. de setembro de 1814 (Edikt über die landständische Verfassung des Herzogtums Nassau v. 1./2. September 1814), *Verordnungsblatt des Herzogthums Nassau* 1814, n.º 18, p. 67.

⁸⁹ Lei Federal Alemã de 8 de junho de 1815, in: *Gesetz-Sammlung für die Königlich-Preußischen Staaten* 1818, Apêndice, n.º 23, p. 143.

⁹⁰ Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 2, 1992, p. 322 e ss.

e do direito público, por outro, é sobretudo o diferente – para não dizer inferior – estatuto jurídico da constituição, em comparação ao direito privado e penal vigentes, que dificultará a formação, no mesmo ritmo, de um formato científico orientado à aplicação. Os tribunais constitucionais estabelecidos em alguns estados federados desempenham papel pouco relevante na prática constitucional; as constituições pré-constitucionalistas não previam, de todo modo, tribunais constitucionais com competência de controle normativo. A justiciabilidade da constituição ainda não era um tema. Por isso, não é por acaso que a autonomização disciplinar da ciência do direito constitucional (e administrativo) vigente se realize, em grande medida, por meio da apropriação, por parte da doutrina do direito público em geral e do direito constitucional em particular, da noção de dogmática e de “método jurídico” desenvolvida na disciplina jurídica então dominante: a Pandectística. Essa função de parteira exercida por essa, no entanto, não impede que, já na ciência do direito constitucional e administrativo do Reino Alemão, surjam conceitos publicísticos próprios sobre a natureza e o valor da dogmática, os quais, sob a Constituição de Weimar, desembocarão em uma “disputa metodológica e direcional”.

1. A consolidação da ciência do direito constitucional

A consolidação de uma ciência dogmática do direito constitucional (e administrativo) está intimamente ligada às contribuições pioneiras voltadas à transferência do enfoque científico-jurídico do direito privado — sobretudo aquele fundado por Jhering⁹¹ — para o campo do direito público, notadamente por Carl Friedrich von Gerber, nas décadas de 1850 e 1860, e aos esforços subsequentes de apropriação publicística e positivista realizados por Paul Laband (e, no caso da doutrina do direito administrativo, por Otto Mayer)⁹². De acordo com Gerber, o direito constitucional deveria ser “expurgado de todas as questões não jurídicas, puramente éticas e políticas”⁹³. Essa manobra de descontextualização – Otto Mayer fala programaticamente de “ímpeto de resoluto unilateralidade”⁹⁴, que representa uma versão inicial do “*ponto de vista estritamente jurídico*” (*strictly legal point of view*)⁹⁵ – abre o horizonte para uma mirada ao direito constitucional positivo em sua autonomia. Por sua vez, a ciência do direito constitucional experimenta uma diferenciação, na

⁹¹ Veja, acima, B.I.I.

⁹² Kaiser (n. 2), número de margem 4 e ss. com outras referências.

⁹³ Carl Friedrich von Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3ª ed. 1880, p. 237.

⁹⁴ Otto Mayer, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im Öffentlichen Recht*, in: *FG für Paul Laband*, vol. 1, 1908, p. 1 (3).

⁹⁵ Cf. Ernst (n. 36), p. 15 e ss.

medida em que as reflexões histórico-constitucionais e filosóficas não mais têm lugar no novo formato, que se concentra no direito constitucional em sua validade e aplicação, ou seja, em sua dimensão dogmática. O direito constitucional, assim entendido, é, então, avaliado “dogmaticamente”, o que, nas palavras de Laband, tem como objetivo a “construção de instituições jurídicas, [a] recondução de proposições individuais a conceitos mais gerais e, por outro lado, [a] derivação das conclusões decorrentes desses conceitos”⁹⁶.

Com a fundação do Reich, a doutrina alemã do direito constitucional, na forma da Constituição do Império Alemão de 16 de abril de 1871⁹⁷, passa a dispor, do ponto de vista temporal, antes mesmo da ciência jurídica privada — metodológica e disciplinarmente superior —, de um direito com validade unificada em todo o território do Reich e consegue realizar a transição do positivismo científico-jurídico (*rechtswissenschaftlicher Positivismus*) para o legalista (*Gesetzespositivismus*)⁹⁸. Contudo, enquanto a ciência do direito privado, ao menos desde as leis judiciais do Reich (*Rechtsjustizgesetze*) de 1877⁹⁹ e da entrada em vigor do Código Civil em 1º de janeiro de 1900, realiza uma espécie de virada jurídico-prática, passando a colocar no centro de sua atividade o trabalho com e sobre as novas codificações, voltando-se cada vez mais para a jurisprudência que as desenvolve e elevando o comentário legislativo a meio central de comunicação, observa-se, na dogmática legalista-publicística, seu caráter teórico-acadêmico relativamente marcado — o que, dado o ausente profissionalismo jurídico da prática constitucional, na forma de jurisprudência constitucional, tampouco causa espanto. Desse modo, a dogmática jurídica acadêmica na área do direito público — diferentemente do que ocorre no direito privado — não se confronta com uma dogmática jurídico-prática de peso; em consequência, ainda falta aquele diálogo mutuamente estimulante entre ciência do direito e prática jurídica, que caracteriza a dogmática nos moldes atuais¹⁰⁰. Em lugar do comentário constitucional, é o grande manual e tratado doutrinário o formato de publicação mais afim ao positivismo juspublicista (*staatsrechtlicher Positivismus*)¹⁰¹. Ao lado disso, por assim

⁹⁶ Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5ª ed. vol. 1, p. IX (prefácio).

⁹⁷ Lei referente à Constituição do Reich Alemão de 16 de abril de 1871, RGBL. 1871, nº 16, p. 63.

⁹⁸ Cf. Kaiser (n. 2), número de margem 3; sobre a doutrina do direito público após a fundação do Reich em 1871, veja-se: Di Fabio, in: *HStR*, vol. 1, § 1, número de margem 6 e seguintes.

⁹⁹ Veja, acima, B.II.1.

¹⁰⁰ Apesar de seu nome, o *positivismo legalista*, na doutrina do direito público do final do século XIX e início do século XX, representa, portanto, uma variedade de dogmática jurídica *acadêmica* e não *prática* (veja, acima, A.II.1.).

¹⁰¹ Nenhum comentário sobre a constituição imperial de Bismarck chegou a ser publicado. Uma exceção muito tardia, mas significativa, é o comentário de Gerhard Anschütz sobre a constituição prussiana revisada de 31 de janeiro de

dizer, compensando a “unilateralidade disciplinar” (como diria *Otto Mayer*) e dando continuidade, em forma modificada, à tradição do direito público geral (*Allgemeines Staatsrecht*), desenvolve-se a teoria geral do estado (*Allgemeine Staatslehre*), na qual seu principal expoente, Georg Jellinek, percebe uma conexão entre teoria geral do direito público e teoria geral social do Estado, mediada pela “força normativa do fático”¹⁰².

2. A disputa de Weimar em torno dos fundamentos do direito

Embora a transição do Reino Alemão para a República de Weimar não tenha acarretado nenhuma mudança fundamental ou abrupta para as doutrinas do direito privado (e criminal) ou do direito administrativo – pense-se no famoso ditado de Otto Mayer de que o direito constitucional passa, enquanto o direito administrativo permanece¹⁰³ –, os estudiosos do direito constitucional se viram em uma situação completamente nova, no verdadeiro sentido da palavra. Isso porque a Constituição da Federação Alemã de 11 de agosto de 1919¹⁰⁴ difere de sua antecessora de 1871 em pelo menos dois aspectos que são centrais para o estudo do direito constitucional: por um lado – materialmente, por assim dizer –, ela tem uma função de política estatal muito mais abrangente e, por outro – formalmente, por assim dizer –, uma pretensão de regulamentação muito mais pronunciada. Na medida em que, com a abdicação do imperador e o fim da monarquia, o símbolo e a figura de identificação da unidade e da existência contínua do Reino Alemão deixaram de existir, a constituição teve que preencher esse vazio. Ela assume o papel de código-fonte¹⁰⁵ da política republicana. Seu sistema regulatório corresponde a isso: em vez de um *status* puramente organizacional, como a constituição imperial de Bismarck, a constituição federal de Weimar é uma constituição total, perversa, amparada por uma espécie de otimismo quanto às suas capacidades de guiar a prática, com uma segunda parte que define os direitos e deveres fundamentais e dali os espalha para todos os setores da sociedade¹⁰⁶.

1850, escrito “para a ciência e a prática”: Gerhard Anschütz, *Die Verfassungsurkunde fuer den Preussischen Staat vom 31. Januar 1850. Ein Kommentar fuer Wissenschaft und Praxis*, 1912.

¹⁰² Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed. 1914, p. 337 e ss.; para mais informações sobre a “Allgemeine Staatslehre” de 1850 a 1914, consulte: Stolleis (n. 90), vol. 2, 1992, p. 423 e ss.

¹⁰³ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3ª ed. 1924, vol. 1, prefácio.

¹⁰⁴ A Constituição do Reich Alemão de 11 de agosto de 1919, RGBl. 1919 p. 1383.

¹⁰⁵ Sobre a metáfora: Andreas Voßkuhle, *Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das BVerfG*, in: *JZ* 2009, p. 917 e ss.

¹⁰⁶ Sobre as peculiaridades da segunda parte principal da constituição: Matthias Jestaedt, *Inkubationszeit der Grundrechte. Der Zweite Hauptteil der Weimarer Reichsverfassung zwischen Herausforderung und Überforderung*, in: Horst Dreier/Christian Waldhoff (Org.), *Weimars Verfassung. Eine Bilanz nach 100 Jahren*, 2020, p. 217 e ss.

Em ambos os aspectos – a função de política de estado e a ambição regulatória –, a Constituição de Weimar apresenta novos desafios para a doutrina do direito público, que terão de ser enfrentados, em grande parte, por conta própria. Embora a Constituição Federal de 1919, com o Tribunal de Estado do Reich Alemão (*Staatsgerichtshof für das deutsche Reich*), tenha previsto, pela primeira vez, em nível nacional, um tribunal com jurisdição sobre disputas constitucionais¹⁰⁷, os esforços judiciais em torno do desenvolvimento de uma dogmática constitucional permanecem escassos. Isso se deve à jurisdição extremamente limitada do Tribunal de Estado que, em particular, não abrange qualquer poder de revisão de normas; bem como ao fato de o tribunal não desempenhar, na vida constitucional, qualquer papel relevante em torno da interpretação e da aplicação da Constituição Federal – com exceção dos casos em torno do “*Preußenschlag*” de 1932¹⁰⁸. Mesmo o Tribunal Imperial (*Reichsgericht*) e – na ausência de um Tribunal Administrativo Federal – os Tribunais Administrativos Superiores dos estados (*Länder*) não foram capazes de preencher essa lacuna de uma dogmática constitucional jurídico-prática. O fato de a doutrina do direito público não ter podido contar com o auxílio de um tribunal constitucional em sua luta para interpretar e aplicar a Constituição de Weimar se revelará fatal, porque, para muitos, a constituição incorporava a própria República de Weimar, que não poucos juspublicistas criticavam ou até mesmo rejeitavam¹⁰⁹.

Característico para o discurso de Weimar não é apenas a relativa irrelevância dos esforços dogmáticos da prática judicial ou mesmo da prática de jurisdição em matéria constitucional, mas também uma crise na dogmática constitucional acadêmica. A abordagem dogmático-acadêmica tradicional, emprestada do direito privado e desenvolvida sob os auspícios do positivismo legalista, tal qual sintetizada por Gerhard Anschütz e Richard Thoma na doutrina do direito público de Weimar, foi acusada de estar desatualizada e de ser incapaz de enfrentar adequadamente os novos desafios constitucionais. A “disputa metodológica e direcional” que surgiu em meado da década de 1920¹¹⁰, que de fato representou uma discordância fundamental sobre a política e a teoria constitucional, dificilmente seria concebível sem a fundação, em 1922, da Associação de Professores Alemães de Direito Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*), que se reunirá anualmente a partir de 1924. Afinal, a Associação dos Professores de Direito Público, como principal associação profissional existente, colocará em contato todos os professores de direito público que atuam em

¹⁰⁷ Se se desconsidera o Tribunal Imperial, tal qual previsto na Seção V (§§ 125–128) da Constituição do Reich Alemão de 28 de março de 1849 (“*Paulskirchenverfassung*”).

¹⁰⁸ Cf. *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*, RGZ 137, 69* e ss.; 138, 1* e ss.

¹⁰⁹ De modo aprofundado: Stolleis (n. 90), vol. 2, 1999, pp. 90 e ss. 153 e ss.

¹¹⁰ *Pars pro toto*: Stolleis (n. 90), vol. 2, 1999, pp. 153 e ss., 158 e ss.

universidades alemãs e austríacas (mais tarde também suíço-alemãs) sob um único guarda-chuva disciplinar e oferecerá espaço singular para discursos e confrontos, testes e reconfigurações¹¹¹.

A disputa por uma redefinição das funções e dimensões, da interpretação e da aplicação da constituição coloca em xeque a pretensão jurídica hegemônica da dogmática constitucional até então existente – seja porque o modelo positivista-legalista de realização do direito e o imaginário dominante sobre o estado serão desconstruídos como ideologicamente enviesados e metodologicamente sincréticos (Hans Kelsen)¹¹², porque se passa a colocar a “constituição positiva” como um fenômeno político-existencial à frente do direito constitucional positivo (Carl Schmitt)¹¹³, seja porque, no lugar de um método jurídico¹¹⁴ “resolutamente unilateral” para o direito constitucional, passa-se a propagar um “método de humanidades” capaz de promover e desenvolver a função integrativa da constituição (Rudolf Smend)¹¹⁵, isto é, para fazer justiça às respectivas multidimensionalidades, estado e constituição passam a ser avaliados nos termos de estudos orientados para a realidade material (Hermann Heller)¹¹⁶. Os trabalhos mais inovadores no âmbito da doutrina do direito público de Weimar não são classificáveis como dogmática constitucional, mas incorporam o novo formato de uma teoria da constituição (*Verfassungslehre*), ou, de forma mais geral, da teoria do direito (*Reine Rechtslehre*). A competição entre interpretações mutuamente incompatíveis sobre o que a constituição é e deve ser, o que ela pode e não deve fazer, para que pode ser usada, como deve ser entendida e tratada, atrairá grande atenção acadêmica tanto na Alemanha quanto no exterior e, nesse aspecto, ofuscará as abordagens dogmáticas tradicionais sem, no entanto, ser capaz de substituí-las na linha de frente da aplicação cotidiana da constituição¹¹⁷.

¹¹¹ Com detalhes: Pascale Cancik/Andreas Kley/Helmuth Schulze-Fielitz/Christian Waldhoff/Ewald Wiederin (Org.), *Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022*, 2022.

¹¹² Obra central de Kelsen: Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925.

¹¹³ Obra central de Schmitt: Schmitt (n. 67).

¹¹⁴ Cf. Mayer (n. 94).

¹¹⁵ Obra central de Smend: Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928.

¹¹⁶ Obra central de Heller – publicada apenas postumamente: Hermann Heller, *Staatslehre*, 1934; contribuição contemporânea e influente: Hermann Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 55 (1926), p. 289 e ss.

¹¹⁷ Isso também pode ser visto nos poucos comentários sobre a Constituição de Weimar, sobretudo no comentário de Anschütz, publicado em 14 edições: Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14ª ed. 1933; a respeito dos comentários sobre a Constituição de Weimar, veja: Stolleis (n. 90), vol. 2, 1999, p. 95 e ss.

A República de Weimar terminou sem que uma decisão sobre a direção da disputa metodológica e constitucional pudesse ter sido alcançada e sem que disso fosse possível extrair consequências para a dogmática constitucional. Sob o regime nacional-socialista, o constitucionalismo e o estado de direito foram rápida, radical e completamente desmantelados. Sob as novas condições, essencialmente niilistas, a continuação de um estudo científico do processo de realização constitucional, digno do nome “dogmática constitucional”, se torna impensável, mesmo porque¹¹⁸ o “direito constitucional do Grande Reich Alemão” não conhece qualquer lei reconhecível como constitucional em função de elementos formais. O art. 4º da “Lei sobre a Reconstrução do Reich”, de 30 de janeiro de 1934¹¹⁹, com sua formulação destituída de elementos processuais e institucionais, é demonstração cabal disso: “o Governo do Reich está autorizado a criar novo direito constitucional”¹²⁰. O entendimento nacional-socialista de constituição é bem resumido pelo líder jurídico nazista Hans Frank: “a constituição da Alemanha é o programa do partido nacional-socialista”¹²¹. A ruptura com a tradição representada pelo entendimento nacional-socialista de direito (constitucional) será tão radical quanto a rejeição irrestrita dela após o fim do regime nacional-socialista.

IV. Juridicização do direito constitucional II: o Tribunal Constitucional Federal como guardião da constituição

Os tempos de rarefação constitucional chegam ao fim no nível central do estado com a entrada em vigor da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha em 23 de maio de 1949¹²²⁻¹²³. A emergente teoria jurídica do estado se baseia, como a própria Lei Fundamental, em grande parte, nas tradições de Weimar

¹¹⁸ Sobre a “destruição e autodestruição de uma disciplina”: Stolleis (n. 90), vol. 3, 1999, p. 316 e ss.; com detalhes: Horst Dreier, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, in: *VVDStRL* 60 (2001), p. 9 e ss.

¹¹⁹ *RGBl.* 1934 I p. 75.

¹²⁰ A esse respeito, também com referência ao art. 4º da Lei de Reconstrução do Estado (*Neuaufbaugesetz*): Ernst Rudolf Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2. ed., 1939, pp. 55 e 57: “Não existe qualquer documento constitucional escrito do novo Reich, mas essa nova constituição existe como a ordem fundamental política não escrita do Reich. É preciso reconhecê-la nas forças espirituais que animam o nosso povo, na configuração real em que se move a nossa vida política, nas leis fundamentais da organização estatal que até agora foram promulgadas. [...] O núcleo da constituição é a ordem viva e não escrita, na qual a comunidade política do povo alemão encontra sua unidade e totalidade. [...] As leis constitucionais não se distinguem exteriormente das leis ordinárias; seu estatuto especial decorre unicamente do seu conteúdo”.

¹²¹ Hans Frank, *Die Zeit des Rechts*, in: *Deutsches Recht* 6 (1936), p. 1 (3).

¹²² Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949, *BGBI.* p. 1.

¹²³ Sobre a República Democrática Alemã, veja, abaixo, B.IV.2.

e pré-Weimar¹²⁴, mas, ainda assim, vê-se diante de uma inovação no direito constitucional positivo que irá alterar decisivamente a estrutura, bem como os participantes do discurso, o significado e o conteúdo da dogmática constitucional: enquanto, sob a Constituição de Weimar, a questão do “guardião da constituição” foi objeto de controvérsia notória entre Carl Schmitt, que argumentava a favor do chefe de estado, e Hans Kelsen, que defendia um tribunal constitucional¹²⁵, a Lei Fundamental, ao estabelecer um Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), decidirá claramente essa disputa. O Tribunal Constitucional Federal torna-se um *divisor de águas* em termos de dogmática constitucional, pois, pela primeira vez na história constitucional alemã, surge um órgão judicial que interpreta e aplica a constituição existente se valendo do pensamento dogmático jurídico de forma abrangente e prática¹²⁶. Isso terá efeitos de longo alcance sobre o discurso acadêmico da dogmática do direito constitucional.

1. A decisão estrutural em favor de um “guardião judicial da constituição”

Em termos de jurisdição constitucional, a Lei Fundamental se decide contra o modelo norte-americano de um tribunal constitucional integrado ao judiciário na forma de uma Suprema Corte e opta pelo modelo de tribunal constitucional independente e especializado em direito constitucional, nos moldes do Tribunal Constitucional Austríaco (*Verfassungsgerichtshof*)¹²⁷. Além disso, conferem-se ao Tribunal Constitucional Federal, com a competência de controle abstrato e concreto, bem como com a reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), amplos poderes de revisão de normas legais, que darão especial efetividade à primazia da constituição. A reclamação constitucional, que representa mais de 90% do volume de processos no Tribunal Constitucional Federal^{128-v}, permite que o tribunal não apenas entre em

¹²⁴ Anna-Bettina Kaiser, “Arbeits- oder Bekenntnisgemeinschaft”? A refundação da Staatsrechtslehrervereinigung 1949 und ihre Konsolidierung bis 1970, in: *Streitsache Staat* (n. 111), p. 75 e ss.

¹²⁵ Cf. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, in: *AöR N.F. XVI* (1929), p. 161 e ss; Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931; Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in: *Die Justiz* 6 (1931), p. 576 e ss.

¹²⁶ Cf. Florian Meinel (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik. Aspekte einer Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*, 2019, p. 1 e ss.; sobre a percepção externa do Tribunal Constitucional Federal, veja: Miller, in: *HStR*, vol. 1, § 22, número de margem 3.

¹²⁷ Sobre os dois modelos: Matthias Jestaedt, *Integrierte und isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit. Eingliederungs- und Verselbständigungsmodell in ihrer Wirkung auf die Verfassungsentwicklung*, in: Matthias Jestaedt/Hidemi Suzuki (Org.), *Verfassungsentwicklung II. Verfassungsentwicklung durch Verfassungsgerichte*, 2019, p. 3 (3 e ss.).

¹²⁸ No período de 7 de setembro de 1951 a 31 de dezembro de 2020, a proporção de processos instaurados por meio de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante o TFC foi de 96,48% (240.251 de um total de 249.023); a proporção de processos concluídos foi praticamente a mesma, 96,51% (desse total, apenas 5.372

diálogo constitucional – no nível abstrato-geral da lei – com os poderes legislativos (revisão abstrata das normas legais) e com os tribunais interpelantes (revisão concreta das normas legais), mas que também desenvolva a força normativa da constituição em casos individuais e em diálogo com os tribunais ordinários. Assim, criam-se as condições para implementação da justiciabilidade da constituição, que, nesse aspecto, vale como direito “normal”, e para “pervasividade” (*Allbezüglichkeit*)¹²⁹, ou seja, para a compreensão e o uso como direito que se irriga por toda a ordem jurídica.

O recrutamento de juízes constitucionais desempenha papel relevante na forma de trabalho e operação do Tribunal Constitucional, que não pode ser subestimado. Nesse contexto, o procedimento de seleção e nomeação para juízes constitucionais federais, de acordo com o Art. 94, § 1º da Lei Fundamental ou com os §§ 5º e seguintes da Lei do Tribunal Constitucional Federal (LTCF), não ocupam o primeiro plano em termos de elaboração dogmática. Muito mais decisivas são as qualificações profissionais prescritas e a prática de seleção de pessoal. O Tribunal Constitucional Federal foi concebido desde o início como puramente jurídico. O § 3º (2) da LTCF exige que todos os juízes sejam “qualificados para exercer funções judiciais de acordo com a Lei Orgânica da Magistratura Alemã”¹³⁰. A circunstância de que o Tribunal Constitucional Federal seja composto, segundo o art. 94, (1), frase 1 da Lei Fundamental, por “juízes federais e outros membros” (complementando-se: que, no entanto, devem igualmente possuir a habilitação para o exercício da magistratura, cf. § 3º (2) da LTCF) e de que, conforme o § 3º (3), frase 1 da LTCF, em cada uma das duas Câmaras, ao menos três dos oito juízes e juízas devem possuir experiência em um dos tribunais superiores federais, nos termos do art. 95, § 1

reclamações foram julgadas procedentes [2,3%]). Consulte: BVerfG, Jahresstatistik 2020: Hohe Verfahrenszahlen und Herausforderungen in der Corona-Pandemie, A.I.1., disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Mediathek/Jahresberichte/Jahresstatistiken/2020/gb2020/Gesamtstatistik-2020.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (último acesso: 15 de abril de 2025).

¹²⁹ O número de processos iniciados apresentou uma leve queda em 2024, mas ainda permanece em um nível consistentemente alto, com 4.640 casos. As reclamações constitucionais representaram novamente, em 2024, a maior parte dos novos processos, correspondendo a 96% do total; apenas 1,56% das reclamações foram julgadas procedentes nos últimos dez anos. Consulte: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/jahresbericht_2024.pdf?__blob=publicationFile&v=2&utm_source=chatgpt.com (último acesso 15 de abril de 2025). [NT]

¹²⁹ Sobre o conceito da pervasividade da constituição: Alexander Hollerbach, *Ideologie und Verfassung*, in: Werner Maihofer (ed.), *Ideologie und Recht*, 1969, p. 37 (51).

¹³⁰ Até a entrada em vigor da Lei Orgânica da Magistratura Alemã (*DRiG*) em 1961, também era suficiente, de forma alternativa, a habilitação para o serviço superior da administração pública (*höherer Verwaltungsdienst*). Desde 2007, o § 3 (2) da Lei do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGG*) contém uma norma especial, cada vez menos aplicável com o passar do tempo, para pessoas que tenham obtido, na República Democrática da Alemanha (RDA), a habilitação como jurista diplomado (*Diplomjurist*) “e que, de acordo com o Tratado de Unificação, tenham autorização legal para exercer uma profissão jurídica” (§ 3 [2], segunda alternativa, da *BVerfGG*).

da Lei Fundamental, levou, desde o início, ao fato de que também — e em número expressivo — “professores de direito em universidades alemãs” (§ 3º [4], frase 1 da LTCF) tenham sido nomeados membros do Tribunal Constitucional Federal. Na mais das vezes, esses docentes vieram e vêm do direito público, em um número menor de casos, do direito privado e do direito penal. A influência dos chamados juízes catedráticos, ou seja, professores de direito em geral e de direito constitucional em particular, é considerável tanto na produção quanto na fundamentação das decisões do Tribunal Constitucional Federal, mesmo que seja difícil comprovar isso em detalhes devido ao sigilo das deliberações — ainda que a proporção de juízes catedráticos, ao contrário do que ocorre atualmente (2022)^{131-vi}, nem sempre seja tão grande quanto a metade de todos os 16 membros.

Em contraste, o exemplo do *Conseil Constitutionnel* francês, cujos membros regularmente não têm diploma de direito nem são qualificados para ocupar cargos judiciais, mostra como essa dupla decisão¹³² — legal — por um tribunal exclusivamente de juristas e, especificamente — em função do recrutamento —, de professores, pode ser determinante com relação à compreensão do alcance e do modo de efetivação do direito constitucional; o *Conseil Constitutionnel* não é apenas um tribunal não-jurídico — é ainda menos um tribunal de professores (de direito). Mesmo que o estilo de fundamentação decididamente reservado e totalmente não dogmático do *Conseil Constitutionnel* se deva, em grande parte, à tradição judicial francesa geral, a falta de membros com formação acadêmica e prático-jurídica na sua composição favorece tanto o estilo de raciocínio, às vezes errático, quanto a posição de destaque do *secrétaire général*, que não está formalmente envolvido no processo de tomada de decisão e que, até o momento, tem sido recrutado quase que exclusivamente junto ao *Conseil d'Etat*.

2. O papel (*sui generis*) da doutrina do direito público

A doutrina do direito público, sob a Lei Fundamental de Bonn, se vincula, em muitos aspectos, à tradição de Weimar, não apenas por questões de necessidade — em

¹³¹ Em novembro de 2022, quatro professores de direito público e um professor de direito penal (que foi nomeado em razão de sua função de juiz federal) faziam parte do Primeiro Senado e quatro professores de direito público também faziam parte do Segundo Senado.

^{vi} Em abril de 2025, eram quatro professores no Primeiro Senado: três professores de direito público e um professor de direito penal; e três professores no Segundo Senado, sendo todos estes de direito público. [NT]

¹³² Sobre isso e o que se segue: Ruth Katharina Weber, *Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht. Eine vergleichende Analyse der Spruchpraxis*, 2019.

termos de pessoal¹³³, mas também em termos substanciais. Importantes características da ciência do direito constitucional de Weimar reaparecem sob a égide da Lei Fundamental; podem ser mencionados, de um lado, os efeitos remanescentes de uma dogmática constitucional positivista legal à la Anschütz/Thoma e, de outro, há por vezes forte fixação com conceitos da teoria da constituição. A dogmática constitucional de Bonn não pode, portanto, negar uma forte afinidade estrutural com Weimar.

E, todavia, em dois aspectos, a ciência do direito constitucional passou por uma reorientação que modifica sua relação com a dogmática constitucional e sua compreensão dela. Os estudos de direito constitucional – em contraste com a doutrina do direito público de Weimar – são caracterizados por uma atitude pronunciadamente afirmativa em relação ao seu objeto (primário), a constituição; a doutrina do direito público é amplamente entendida como uma forma de ajudar a Lei Fundamental a alcançar a maior eficácia possível¹³⁴. A dogmática constitucional irá se mostrar justamente como meio adequado para isso. Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, que iniciou seu trabalho em 1951, tornou-se não o único, mas de longe o mais importante ponto de referência para os estudos de direito constitucional. Assim, os conflitos fundamentais sofreram um deslocamento para longe das grandes teorias mais ou menos inspiradas pela constituição atual, como nos dias da “disputa metodológica e direcional” de Weimar, rumo a um debate sobre e com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, que, como um tribunal de juristas¹³⁵, opera nos termos da dogmática constitucional. Essa mudança de perspectiva é resumida, de forma sucinta, pelo dito frequentemente citado de Rudolf Smend, um dos protagonistas da disputa constitucional de Weimar, na ocasião do décimo aniversário do Tribunal Constitucional Federal em 1962: “A Lei Fundamental agora vale, na prática, tal qual interpretada pelo Tribunal Constitucional Federal, e a literatura [ou seja, a dogmática do direito constitucional] segue”¹³⁶.

¹³³ Embora Heinrich Triepel (falecido em 1946), Hans Kelsen (emigrado para os Estados Unidos em 1940) e Hermann Heller (falecido em 1933), três protagonistas centrais da “disputa metodológica e direcional” (*Methoden- und Richtungsstreit*) da era de Weimar, assim como Gerhard Anschütz (falecido em 1948), elo fundamental entre a doutrina do direito público do Império e a da República de Weimar, já não tenham participado da construção da dogmática constitucional sob a *Grundgesetz*.

¹³⁴ Stolleis (n. 90), vol. 4, 2012, 115 e ss., especialmente p. 125 e ss. (para os primeiros anos da Lei Fundamental).

¹³⁵ Veja, acima, B.IV.1.

¹³⁶ Rudolf Smend, Das Bundesverfassungsgericht (1962), in: Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 4ª ed. 2010, p. 581 (582).

Finalmente, a doutrina do direito público – assim como o direito privado, penal e administrativo em seus respectivos campos – pode então desenvolver e testar a dogmática jurídica em diálogo com a jurisprudência constitucional, principalmente com o Tribunal Constitucional Federal, mas gradualmente também com os tribunais constitucionais estaduais. Se a doutrina do direito público foi ou não “detrônada” no decorrer do processo¹³⁷ é algo que se pode deixar em aberto; de qualquer forma, o foco não é mais o trabalho autocentrado, ou seja, o trabalho com termos, conceitos e teorias que foram desenvolvidos pela própria doutrina, mas a ocupação com o trabalho de terceiros, ou seja, com a jurisprudência de Karlsruhe. Entretanto, tal reorientação não é e não permanecerá unilateral. Um diálogo de duas vias está se desenvolvendo entre a dogmática constitucional acadêmica, orientada para o tribunal constitucional, e o Tribunal Constitucional Federal, com sua afinidade com a dogmática constitucional acadêmica, em uma relação de respeito recíproco que propicia crescimento mútuo¹³⁸. Na medida em que ambos usam a mesma linguagem da dogmática¹³⁹ e contribuem conjuntamente para a dogmática acadêmica¹⁴⁰, o relacionamento pode ser caracterizado como simbiótico, especialmente porque o Tribunal Constitucional Federal recruta seus membros, em uma extensão não desprezível, do campo da doutrina do direito público¹⁴¹.

A guinada da doutrina do direito público, sob a égide da Lei Fundamental, em direção a um positivismo de matriz jurisdicional-constitucional (*Bundesverfassungsgerichtspositivismus*)¹⁴², que se manifesta no aumento constante de comentários sobre a Lei Fundamental e visa ao aperfeiçoamento do sistema dogmático, sempre mais diferenciado, atrai críticas que, desde a virada do milênio, desencadeiam um discurso de autocondolência do direito constitucional, emanado a partir da doutrina do direito público, mas de forma alguma limitado a ela¹⁴³.

¹³⁷ Cf. Schlink (n. 31), p. 161 e ss.

¹³⁸ Veja, por exemplo, Frieder Günther, Wer beeinflusst hier wen? Die westdeutsche Staatsrechtslehre und das Bundesverfassungsgericht während der 1950er und 1960er Jahre, in: Robert Chr. van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Org.) *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, p. 129 e ss.

¹³⁹ Veja, acima, A.II.1.

¹⁴⁰ Veja, acima, A.II.2. e seguintes.

¹⁴¹ Veja, acima, B.IV.1.

¹⁴² O termo “positivismo de matriz jurisdicional-constitucional” não é usado aqui com uma conotação pejorativa, mas com uma intenção neutra e descritiva.

¹⁴³ As contribuições em quatro antologias da última década e meia são representativas: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Org.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007; Rolf Stürner (ed.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*. Ein japanisch-deutsches Symposium, 2010; Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider

Esse discurso é alimentado por várias preocupações¹⁴⁴: a orientação prática, se não exclusiva, mas eminentemente forte, dos estudos de direito constitucional, em comparação aos estudos de direito constitucional no exterior, por um lado, e a considerável participação do Tribunal Constitucional Federal na dogmática acadêmica relacionada à constituição por outro¹⁴⁵, provocam a pergunta sobre o *proprium* dos estudos de direito *constitucional* praticados neste país, ou, ainda mais radicalmente, sobre a natureza científica da dogmática em geral. A introversão inerente ao ofício de arredondamento do sistema (*Abschließungsleistung*) da dogmática¹⁴⁶, que se vê como produto de foco no “*ponto de vista estritamente jurídico*”¹⁴⁷, levanta a questão da conectividade interdisciplinar – e, não menos importante, a questão do lugar da ciência do direito no círculo de outras ciências¹⁴⁸.

O grau de sofisticação e a complexidade que foram alcançados colocam à prova a capacidade de inserção internacional da dogmática constitucional. Isso se torna evidente no contexto da emergência de uma Rede Europeia de (Tribunais) Constitucionais¹⁴⁹ que, entre outras coisas, é caracterizada pela crescente influência de dois sistemas jurídicos (direito da União Europeia e direito da Convenção Europeia de Direitos Humanos) que não operam dogmaticamente, ou pelo menos não tão dogmaticamente, sobre os sistemas jurídicos nacionais, e representa, não exclusivamente, um desafio *acadêmico*, mas também um desafio jurídico *prático*, pois a hibridização do direito aplicável implica igualmente uma hibridização das abordagens teóricas desse direito. Em contraste, a reunificação e a integração do direito da antiga República Democrática da Alemanha (RDA), bem como dos acadêmicos e profissionais do direito que trabalhavam na RDA, no sistema jurídico constitucional alemão, não acarretaram mudanças significativas na dogmática constitucional acadêmica ou na prática jurídica.

(Org.), *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, 2012; Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz (Org.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2ª ed. 2021.

¹⁴⁴ Kaiser (n. 2), número de margem 30 e ss.

¹⁴⁵ Veja, acima, A.II.2. e seguintes.

¹⁴⁶ Christoph Möllers, Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Org.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, p. 151 (163).

¹⁴⁷ Veja, acima, A.II.3.

¹⁴⁸ Desenvolvido com mais detalhes em: Matthias Jestaedt, Die deutsche Staatsrechtslehre im europäischen Rechtswissenschaftsdiskurs – Kennzeichen, Kernkompetenzen, Rezeptionshindernisse, in: *JZ* 2012, p. 1 e ss. Monograficamente: Stark (n. 2), esp. pp. 173 e ss. e 233 e ss. (“Kartierung der Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik”); veja também Michael Grünberger, Ein Plädoyer für eine normativ gewendete Rechtsdogmatik, in: *Rechtsgeschichte* (Rg) 30 (2022), p. 305 e ss.

¹⁴⁹ Cf. Andreas Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, in: *NVwZ* 2010, p. 1 e ss.

3. Desenvolvimento de uma “linguagem constitucional”

Expressão e consequência dessa simbiose entre ciência e prática é o desenvolvimento de uma “linguagem constitucional” específica¹⁵⁰. Aqui, características especiais da doutrina do direito público que remontam ao Reino Alemão ou à República de Weimar são combinadas com características especiais de uma jurisdição constitucional especializada e decisiva, representada pela prática do Tribunal Constitucional Federal¹⁵¹. Como no modelo de jurisdição constitucional isolada (*isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit*), a constituição — à parte das particularidades federativas — constitui o parâmetro exclusivo, um tribunal desse tipo tende, muito mais do que uma corte suprema com funções constitucionais, a atribuir ao direito constitucional um caráter normativo regular e, portanto, operacionalizável judicialmente, na maior medida possível. A primazia da constituição e sua efetivação assumem, em um sistema de jurisdição constitucional deslocada, um significado diferente e muito mais relevante do que no modelo alternativo, no qual a unidade da ordem jurídica não é — ou não precisa ser — concebida tão fortemente centrada na constituição. Dessa forma, o incentivo para que um tribunal constitucional independente, como o Tribunal Constitucional Federal, atue como um motor para a constitucionalização da ordem jurídica e, por exemplo, use o instrumento de interpretação conforme à constituição, ou exija seu uso de outros tribunais¹⁵², é muito maior do que no contexto de um modelo de jurisdição constitucional integrada (*integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit*).

A singularidade e a exclusividade da norma no modelo independente, que regularmente andam de mãos dadas com uma monopolização e/ou gradação mais ou menos pronunciada da natureza vinculativa das conclusões baseadas na constituição, também podem – como pode ser demonstrado de forma impressionante pelo exemplo do Tribunal Constitucional Federal – fazer com que o tribunal constitucional desenvolva seu próprio estilo (nem sempre exclusivo) de interpretação tomada de decisões e fundamentação. O Tribunal Constitucional Federal

¹⁵⁰ Jestaedt (n. 127), p. 3 e ss.

¹⁵¹ Veja, acima, B.IV.1.

¹⁵² Afirmativamente, por exemplo: Wolfgang Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: HStR, 3ª edição, vol. 3, 2005, § 70, p. 126 s.; criticamente, entretanto: Andreas Voßkuhle, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, in: AöR 125 (2000), p. 177 e ss; Ulrike Lembke, *Einheit aus Erkenntnis? Die Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation*, 2009; Matthias Jestaedt, Verfassungskonforme Auslegung – Kollisionsvermeidung durch Konformauslegung, in: *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Jahresband 2016*, p. 1 e ss.

– diferentemente dos tribunais constitucionais em um sistema de *case-law* – se vale da técnica usual, pelo menos entre os tribunais superiores da federação, de prefaciá-la a decisão propriamente dita com princípios orientadores (*Leitzsätze*) que contêm a substância dogmática da fundamentação. Uma característica específica do Tribunal Constitucional Federal é a subdivisão recorrente da fundamentação em uma seção dedicada à construção do parâmetro normativo (*Maßstäbeteil*) e uma seção dedicada à subsunção (*Subsumtionsteil*)¹⁵³; a seção dedicada ao parâmetro, que, a princípio, não contém referências relacionadas a casos, mas incorpora, em maior ou menor extensão, contribuições acadêmicas juntamente à jurisprudência do próprio tribunal, poderia ser encontrada, em termos de estilo e nível de detalhes, dessa mesma forma, em um comentário sobre a Lei Fundamental, representando por vezes a dogmática acadêmica em estado mais puro. Os índices que têm sido prefixados em decisões particularmente longas há alguns anos e cuja extensão e detalhamentos podem, às vezes, rivalizar com os de um trabalho de qualificação acadêmica, também guardam feições de um tratamento científico da matéria¹⁵⁴.

C. Características da dogmática jurídica

A dogmática constitucional (como a dogmática jurídica em um todo) deve ser distinguida de um grande número de fenômenos semelhantes, vizinhos ou concorrentes. Alguns desses fenômenos pertencem claramente ao nível objetivo do direito vigente, outros, de forma igualmente clara, ao nível teórico das ciências do direito constitucional¹⁵⁵, contudo alguns oscilam entre ambos. No nível do objeto, por exemplo, uma abordagem dogmática da constituição compete, entre outras, com uma de tipo *case-law*. Aqui também se coloca a questão sobre o *status* da dogmática como fonte do direito. Do ponto de vista da ciência jurídica, deve-se perguntar pela

¹⁵³ Sobre o conceito e a distinção entre seções dedicadas à construção do parâmetro normativo e à subsunção nas decisões do Tribunal Constitucional Federal, consulte: Oliver Lepsius, Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgsgerichtsentscheidungen, in: Rupert Scholz/Dieter Lorenz/Christian Pestalozza/Michael Klopfer/Hans D. Jarass/Christoph Degenhart/Oliver Lepsius (Org.), *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht*, 2008, p. 103 (111 e ss.).

¹⁵⁴ O exemplo mais notável a esse respeito é o julgamento do Segundo Senado sobre os “procedimentos de proibição de partidos (NPD)” de 17 de janeiro de 2017, BVerfGE 144, 20 e ss.: A decisão, que compreende cerca de 349 páginas impressas e 1010 números de margem, contém um índice de nada menos que 23 páginas impressas com 9 níveis de estrutura (BVerfGE 144, 20 [24–47]). Evidentemente, há de se ressaltar que índices podem aparecer em decisões longas mesmo em sistemas jurisprudenciais de *case-law*, como mostra o exemplo do TEDH. Veja: TEDH (GC), 13 de dezembro de 2012, El-Masri ./ Antiga República Iugoslava da Macedônia, nº 39630/09 (índice de 6 páginas); (GC), 21 de janeiro de 2021, Geórgia ./ Rússia (II), nº 38263/08 (índice de 3,5 páginas).

¹⁵⁵ Sobre a distinção entre dogmática jurídico-prática e dogmática jurídico-acadêmica, veja, acima, A.II.1, A.II.3. e seguintes acima; quanto à importância da dogmática constitucional para a irradiação do direito alemão: Kischel, in: *HSIR*, vol. 1, § 10, número de margem 83.

delimitação da dogmática constitucional frente a outras subdisciplinas jurídicas vinculadas à constituição, especialmente frente à teoria da constituição, à história constitucional e à sociologia da constituição. A relação da dogmática constitucional com a política constitucional (científica), bem como com o direito constitucional comparado, não pode ser atribuída exclusivamente nem ao plano prático do direito, nem ao plano estritamente científico, apesar de dizer respeito a ambos. Se reunirmos os elementos que distinguem a dogmática constitucional desses outros fenômenos, é possível identificar cinco características fundamentais que, ao mesmo tempo, oferecem importantes indícios quanto à sua capacidade de inserção internacional, bem como de conexão interdisciplinar e intradisciplinar. Ainda que provavelmente não haja dissenso no que concerne a esses atributos, existem divergências na interpretação específica de alguns de seus traços. A dogmática se caracteriza por:

- funcionar como plataforma de comunicação comum, embora, não igualmente utilizada, para a prática jurídica e o conhecimento jurídico¹⁵⁶;
- pensamento a partir do direito válido (ver I.);
- pensamento voltado para a aplicação do direito (ver II.);
- pensamento a partir do sistema (ver III.);
- pensamento a partir da regra (ver IV.).

I. Pensando a partir do direito válido

A dogmática é – entendida em um sentido amplo – uma forma de assessoramento científico à aplicação do direito¹⁵⁷. Como tal, ela necessariamente pressupõe uma referência ao direito válido¹⁵⁸. Se levarmos em conta que a validade, como pertencimento de uma norma a um ordenamento jurídico específico, é característica vinculada a um sistema jurídico e, portanto, relativa a este, o alcance da dogmática se estende apenas até os limites do ordenamento jurídico em cuja cobertura ela pretende ser útil. Nesse sentido, a dogmática não pode ser separada do ordenamento jurídico específico para o qual e no qual foi desenvolvida. Dessa forma, não existe uma dogmática geral, transversal aos diferentes ordenamentos jurídicos. A dogmática da Lei Fundamental ou do ordenamento jurídico constitucional se detém,

¹⁵⁶ Veja, acima, A.II.1. e seguintes.

¹⁵⁷ Sobre a orientação para a aplicação da dogmática: veja, abaixo, C.II.

¹⁵⁸ Cf. também Stark (n. 2), p. 30 e ss. (“referência à norma jurídica”).

caso se prefira, aos limites do âmbito de validade da referida Lei. Para outros ordenamentos jurídicos, ela não tem significado como tal – isto é, não o tem sem um ato de recepção ou tradução que emane desses ordenamentos jurídicos (ou culturas acadêmicas). Isso fornece uma explicação estrutural para o fato de que a dogmática constitucional alemã não poder ser transferida para outros sistemas constitucionais sem maiores problemas. A sua vinculação ao direito válido – reforçado pela referência à aplicação dele – significa que a comunicação dogmática usa regularmente a linguagem do direito que, por sua vez, representa um artefato cultural ao qual ela se refere. A referência necessária ao direito válido não se aplica, é claro, à direção oposta: nem todo direito válido clama por dogmática ou a pressupõe e, portanto, nem todo direito válido é, nesse sentido, passível de tratamento pela dogmática ou mesmo precisa dela. Pelo contrário, uma medição e preparação dogmática do direito é uma rara exceção em comparação global. Isso não causa surpresa, pois a dogmática pressupõe condições de incubação jurídicas, institucionais e cultural-científicas tão específicas quanto contingentes¹⁵⁹.

O fato de que a dogmática está vinculada a um direito válido concreto e de que nem todo direito positivo é apto a ser tratado dogmaticamente¹⁶⁰ tem como consequência que normas oriundas de outros ordenamentos jurídicos, às quais o ordenamento jurídico da Lei Fundamental faz referência, devem ser examinadas quanto à forma como sua recepção no direito positivo se efetiva. Aqui se impõe distinção análoga àquela entre uma mera remissão a efeitos jurídicos e uma remissão abrangente ao fundamento jurídico – é apenas a “nua” disposição normativa, desprovida de cultura de aplicação, que é recepcionada, ou é a norma na sua “vestimenta” jurídico-cultural de aplicação? Este último é o caso, por exemplo, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), integrada ao ordenamento jurídico da Lei Fundamental na leitura e, portanto, na linguagem não dogmática da *case-law* do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Essa forma de hibridização do direito positivo acarreta também uma hibridização de sua aplicação. No exemplo citado, sempre que o Tribunal Constitucional Federal se pronuncia sobre os direitos fundamentais da Lei Fundamental, é utilizada a linguagem dogmática autóctone. Contudo, deve-se recorrer — ressalvada a questão da adaptação metodológica — à linguagem do “*case-law approach*” de Estrasburgo, quando e na medida em que se refere às garantias da CEDH, conforme interpretadas pelo tribunal de Estrasburgo. O próprio Tribunal Constitucional formula essa postura — compreensivelmente,

¹⁵⁹ Veja, acima, B. e seguintes.

¹⁶⁰ Veja, acima, C.I., primeiro parágrafo.

do ponto de vista de sua própria norma de referência autóctone — de modo cauteloso, ao afirmar: “as possibilidades de uma interpretação conforme à convenção terminam onde esta já não se mostra justificável segundo os métodos reconhecidos de interpretação do direito e da constituição [...]. Além disso, mesmo no contexto de uma interpretação favorável à convenção da Lei Fundamental, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos deve ser integrada ao ordenamento jurídico nacional existente, dogmaticamente diferenciado, da forma mais cuidadosa possível”¹⁶¹. No mérito, contudo, o Tribunal Constitucional Federal também reconhece que, em princípio, as garantias da Convenção Europeia dos Direitos Humanos devem ser integradas à interpretação em conformidade com a jurisprudência de Estrasburgo (e, com isso, com a sua “linguagem”). Algo análogo aplica-se, com base na jurisprudência sobre o “direito a ser esquecido”¹⁶², às garantias fundamentais da União Europeia, que podem ser eventualmente adotadas pelo Tribunal Constitucional Federal como parâmetro normativo. O aprofundamento da integração na “rede constitucional europeia”¹⁶³ (*europäischer Verfassungsverbund*) tornará a hibridização da aplicação jurídica anteriormente descrita ainda mais perceptível.

A referência constitutiva à validade jurídica que caracteriza o trabalho dogmático confere às reflexões de direito (constitucional) comparado dentro da dogmática uma direção específica de indagação: todas as figuras e os conceitos jurídicos que não se originam da elaboração dogmática do ordenamento constitucional da Lei Fundamental devem ser examinados quanto à possibilidade — e à forma — de sua tradução para a linguagem da dogmática. E isso depende, de modo central, de em que medida é possível encontrar, no ordenamento jurídico da Lei Fundamental, um ponto de referência suficiente no direito positivo. Se, ao contrário, essa referência ao direito válido sob a égide da Lei Fundamental for abandonada, as reflexões comparativas deixam de ser dogmáticas em sentido constitucional e adentram o vasto campo da teoria da constituição para a qual a vinculação ao direito constitucional válido de um determinado ordenamento jurídico não é constitutiva¹⁶⁴. Sem um ponto de referência vinculante — e, portanto, sem as restrições correspondentes —, a teoria da constituição pode operar comparativamente tanto em perspectiva sincrônica quanto diacrônica. Caso se deseje integrar os conhecimentos da teoria constitucional à

¹⁶¹ BVerfGE 148, 296 Leitsatz 3.c) — proibição de greves para funcionários públicos.

¹⁶² Cf. BVerfGE 152, 152 e ss. — direito a ser esquecido I; 152, 216 e ss. — direito a ser esquecido II.

¹⁶³ Ver Ingolf Pernice, *Der Europäische Verfassungsverbund. Ausgewählte Schriften zur verfassungstheoretischen Begründung und Entwicklung der Europäischen Union*, 2020, em particular: *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes* (2007), p. 625 e ss. e *Der Europäische Verfassungsverbund in der Bewährung* (2014), p. 1323 e ss.

¹⁶⁴ Jestaedt (n. 40), § 1, pp. 23 e ss., 31 e s.

dogmática constitucional e deles extrair proveito, será necessário demonstrar que tais conhecimentos permitem uma apreensão adequada de fenômenos do direito constitucional concretamente válido. A forma como essa demonstração deve ser realizada depende, dentre outras coisas, do conceito de direito, da noção de validade jurídica e da compreensão do processo de realização do direito — e, por isso mesmo, não há uma resposta uniforme para essa questão¹⁶⁵. *Mutatis mutandis*, o mesmo se aplica às aberturas inter e intradisciplinares da dogmática¹⁶⁶.

II. Pensando em termos de aplicação do direito

A referência ao direito válido é uma condição necessária, mas não suficiente, para a dogmática jurídica. É preciso acrescentar que esta não se esgota na perspectiva do observador, voltada apenas à análise e explicação do direito (constitucional) válido. Ao conhecimento de orientação (*Orientierungswissen*) (*ex post*) assim obtido, deve-se acrescentar um conhecimento operativo (*Verfügungswissen*) (*ex ante*), voltado à prática, isto é, formulado com vistas à aplicação¹⁶⁷. A dogmática gera conhecimento jurídico operativo para os participantes do direito¹⁶⁸. Isso não significa, é claro, que cada enunciado da dogmática possa ser empregado diretamente na produção jurídica por quem aplica o direito, sem qualquer mediação reflexiva. Em especial, reflexões da dogmática científica¹⁶⁹, sobretudo quando se dedicam aos níveis meso e macro do direito vigente, provavelmente requerem etapas intermediárias de mediação. Contudo, todas têm em comum o fato de que — independentemente da mediação — visam orientar a produção do direito. Que a dogmática se dirija prioritariamente à produção jurídica por parte de juristas formados (juízes, promotores, advogados, juristas da administração pública etc.) é a regra, mas não a condição necessária. Se faltar ao raciocínio sobre o direito constitucional

¹⁶⁵ Veja, imediatamente abaixo, C.II. e seguintes.

¹⁶⁶ Consulte a monografia de Stark (n. 1), pp. 233 e ss., 313 e ss.

¹⁶⁷ Sobre a distinção entre conhecimento de orientação e operativo: Jürgen Mittelstraß, *Wissenschaft als Kultur*, in: *Heidelberger Jahrbücher* 30 (1986), p. 51 (65); Jürgen Mittelstraß, *Bildung und ethische Maße*, in: Nelson Killius/Jürgen Kluge/Linda Reisch (Org.), *Die Zukunft der Bildung*, 2002, p. 151 (164): “o conhecimento operativo é um conhecimento de causas, efeitos e meios; é o conhecimento que a ciência e a tecnologia disponibilizam para determinados fins. O conhecimento de orientação é um conhecimento de propósitos e metas justificados; refere-se a percepções que fornecem orientação na vida (por exemplo, orientação em uma paisagem, em um assunto, em relacionamentos pessoais), mas também aquelas que orientam a vida (e, por exemplo, constituem o “significado” da própria vida). O conhecimento operativo é, portanto, um conhecimento positivo, e o conhecimento de orientação é um conhecimento regulador”.

¹⁶⁸ Stark (n. 1), p. 60 e ss.

¹⁶⁹ Veja, acima, A.II.2.

vigente a relação com a aplicação e com a prática, então não se trata de dogmática constitucional, mas, na melhor das hipóteses, de teoria da constituição, a qual, como disciplina voltada à observação e reflexão, é alheia à dimensão da aplicação.

A pretensão da dogmática de guiar a realização do direito fez com que ela fosse caracterizada como uma “ciência dirigente” (*Steuerungswissenschaft*)¹⁷⁰. A isso se conecta a questão de saber quais funções de tomada de decisão e direcionamento podem ser atribuídas à dogmática ou, pontualmente, se ela pode ser considerada uma fonte de direito – ou mais precisamente: uma fonte de *criação* do direito. Essa questão é particularmente importante no direito constitucional alemão, porque a constitucionalização do ordenamento jurídico se deve, em grande parte, à diferenciação da dogmática constitucional. A resposta há de se basear na percepção de que a qualidade de ser uma fonte (de criação) do direito é atribuída taxativamente pelo direito positivo, que regula sua própria criação de forma conclusiva. Com isso em mente, uma distinção deve ser feita: a dogmática constitucional *acadêmica*, desenvolvida pela doutrina do direito público – que opera no nível teórico da ciência –¹⁷¹, não tem qualquer significado como fonte (de criação) do direito, sob a perspectiva do direito constitucional positivo. O mesmo não se aplica à dogmática jurídica *prática*¹⁷² – que se move no nível do objeto do próprio direito –, usada ou desenvolvida pelos participantes do direito para apresentar suas decisões criadoras, na medida em que o direito (constitucional ou legislado) válido atribui uma eficácia normativa correspondente às razões para a decisão (uma “eficácia de orientação e direcionamento”¹⁷³ que não seja fundamentada em termos normativos não seria suficiente aqui). Em geral, esse não é o caso no ordenamento sob a Lei Fundamental, que, em particular, não reconhece uma *regra de precedentes*¹⁷⁴. No que diz respeito às decisões do Tribunal Constitucional Federal, no entanto, o § 31 da LTCF deve ser levado em conta; dependendo da interpretação do § 31 (1) da LTCF, em particular, o efeito vinculante – *nota bene*: não constitucional – dos julgamentos de Karlsruhe também se estende às razões decisórias determinantes (*tragende Gründe*) – e deve-se acrescentar, portanto, às construções dogmáticas envolvidas.

¹⁷⁰ Programaticamente: Schmidt-Aßmann (n. 18), capítulo I, § 33 e ss.; Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, 2013, p. 18 e ss.

¹⁷¹ Veja, acima, A.II.1., A.II.3. e seguintes.

¹⁷² Veja, acima, A.II.1., A.II.3. seguintes.

¹⁷³ BVerfGE 148, 296, Leitsatz 3.b) e número de margem 173 – proibição de greves para funcionários públicos.

¹⁷⁴ Sobre a *regra do precedente*, consulte o texto clássico de Frederick G. McKean, *The Rule of Precedents*, in: *University of Pennsylvania Law Review* 76 (1928), p. 481 e ss.

Intimamente relacionada à eficácia decisória e de direcionamento da dogmática está a questão de como a dogmática jurídica (constitucional) se relaciona com a política jurídica (constitucional) – de modo mais preciso: com uma política jurídica ancorada cientificamente. Isso é tanto mais verdade quanto se reconhece que todo ato de aplicação do direito (constitucional) tem um elemento volitivo inerente por parte do aplicador do direito, o qual, independentemente do modelo interpretativo da teoria do direito adotado, não está já contido, de forma plena, no próprio direito a ser aplicado, sendo, portanto, um “ingrediente” não juridicamente vinculado do aplicador do direito e podendo, nesse sentido, ser qualificado como elemento político. Embora essa seja uma questão potencialmente fundamental da definição da dogmática jurídica (constitucional), declarações mais detalhadas e diferenciadas a esse respeito são extremamente raras. Por um lado, aspectos de política jurídica e de dogmática jurídica não raro são separados uns dos outros como formas categoricamente diferentes de argumentação, sem que isso seja fundamentado em detalhes¹⁷⁵. Por outro, a razão de existir da política jurídica como área separada ao lado da dogmática jurídica é colocada em dúvida – por exemplo, com base na interpretação do ato de realização do direito constitucional como mera concretização constitucional¹⁷⁶. Idealmente, três variantes de categorização da dogmática e da política jurídica podem ser identificadas¹⁷⁷.

(1) Na medida em que a dogmática jurídica se limita à ordenação sistematizadora dos resultados de interpretação compatíveis com a conjuntura jurídica atual, concentra-se exclusivamente no estabelecimento da estrutura dentro da qual o profissional do direito pode agir em termos de política jurídica. A dogmática jurídica e a política jurídica, assim, dizem respeito a dois elementos diferentes da realização do direito, aquele se refere ao conhecimento do direito, esta, à criação do direito em um

¹⁷⁵ Cf. por exemplo, Kaiser (n. 2), número de margem 23 com nota de rodapé 112.

¹⁷⁶ Apontando caminhos: Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed. 1995, § 60 e ss.

¹⁷⁷ Em contraste com as três variantes apresentadas a seguir, está a tentativa de contrapor à “produção jurídico-política” – notadamente pelos legisladores de leis e decretos, ou seja, pelos poderes “políticos” – a “produção jurídico-dogmática”, notadamente pela jurisprudência, ou seja, por um poder “não político”. Por mais inegável que seja o fato de que os discursos de produção do direito nas comissões parlamentares e nas salas de deliberação dos tribunais diferem fundamentalmente quanto à forma de tomada e fundamentação das decisões, isso não basta, por si só, para demonstrar que a argumentação dogmática, por seu caráter científico, seja politicamente neutra (e, por conseguinte, possa ser praticada pela ciência do direito com a mesma pretensão jurídica que a jurisprudência judicial). Cf. Ralf Poscher, *Rechtsprechung und Verfassungsrecht*, in: Wilfried Erbguth / Johannes Masing (orgs.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht*, 2005, p. 127 (127 e ss.); como complemento: Ralf Poscher, *Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin: Zum interpretativen Charakter der Rechtsfortbildung*, in: *Festschrift für Bernhard Schlink*, 2014, p. 203 (203 e ss.).

sentido mais restrito. Embora essa visão seja confirmada pela contraposição amplamente difundida “dogmática jurídica *versus* política jurídica”, a tradicional ciência do direito (constitucional), que adere à chamada interpretação objetiva da constituição e das leis, não tem quase nenhuma ferramenta à sua disposição para fazer uma distinção significativa entre esses dois âmbitos do processo de realização do direito.

(2) Se, em contrapartida, não se considera possível ou útil a cisão da produção do direito em interpretação da situação jurídica vigente e aplicação em sentido estrito – isto é, em conhecimento jurídico, de um lado, e produção jurídica em sentido estrito, de outro –, então a produção do direito, enquanto objeto da mensuração dogmático-jurídica, é sempre objeto de atuação político-jurídica¹⁷⁸. A política jurídica então se funde com a dogmática jurídica (ou vice-versa). Dessa forma, a questão da existência e da função de uma política jurídica independente (ancorada cientificamente) parece inútil. Com isso, torna-se difícil distinguir a *lex lata* da *lex ferenda*, bem como entender a vinculação à constituição ou ao direito como formas de programação heterônoma das decisões jurídicas. Finalmente, não está claro como, com base nesse entendimento, pode-se fazer jus ao fato de que, de *constitutione et lege lata*, a dogmática acadêmica sempre, e a dogmática prática no mais das vezes, carecem do caráter de fontes do direito¹⁷⁹.

(3) Finalmente, a percepção de que o conhecimento jurídico, enquanto tal, não confere ao intérprete uma competência valorativa autorizada pelo direito, mas que essa reside exclusivamente na função de produção jurídica em sentido estrito, pode também ser contemplada na medida em que a dogmática jurídica represente e compreenda a dupla estrutura ideal-típica do processo de realização do direito de tal forma que ela própria se divida em uma dogmática orientada ao conhecimento jurídico e uma dogmática voltada à criação do direito (em sentido estrito)¹⁸⁰. Esses dois ramos da dogmática – um relativo à *lex lata* (ou *ius latum*), o outro à *lex ferenda* (ou *ius ferendum*) – não estariam desconectados entre si, mas se distinguiriam de forma clara e inequívoca em razão de seus diferentes pontos de referência na prática jurídica e da distinta validade científica e alcance de suas proposições. Tal formulação seria particularmente adequada ao direito constitucional, pois ofereceria um mecanismo de seleção tão transparente quanto sólido para distinguir entre (o conhecimento de) normas

¹⁷⁸ Uma base teórica seria, por exemplo: Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1982.

¹⁷⁹ Veja, imediatamente acima, C.II.

¹⁸⁰ Fiz uma proposta correspondente em: Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, 1999, pp. 320 e ss., 328 e ss.

constitucionais e (a produção de) normas apenas compatíveis com a constituição. O problema central dessa terceira posição talvez consista no fato de que ela dificilmente se compatibiliza com o paradigma vigente de interpretação “objetiva”.

Ao lado da dogmática – e em estreita relação com ela –, a metódica (*Methodik*) constitui a segunda subdisciplina da ciência jurídica voltada à aplicação do direito. Ela descreve os caminhos pelos quais têm lugar a realização do direito e, por conseguinte, se apresenta de maneira diversa conforme a respectiva compreensão do funcionamento do processo de realização do direito. Ainda é comum – e frequentemente de forma não refletida – a identificação entre metodologia jurídica (*Methodenlehre*) e teoria da interpretação das leis (ou da constituição) ([*Verfassungs-*] *Gesetzesauslegung*). No entanto, praticamente não existe uma metodologia jurídica relevante da produção do direito (como da elaboração de leis ou do processo constituinte) que vá além da legística. Isso favorece uma forma de pensar que não distingue o conhecimento e a criação do direito. Tal confusão revela-se especialmente problemática no âmbito do direito constitucional, no qual é importante distinguir entre: (1) o conhecimento de normas com hierarquia constitucional (realizado de forma autoritativa¹⁸¹, por exemplo, pelo Tribunal Constitucional Federal); (2) a criação de normas com hierarquia constitucional (pelo legislador constituinte derivado – e somente por ele); e (3) a criação de normas que, embora não possuam hierarquia constitucional, sejam conformes à constituição (como no caso da atuação do legislador ordinário).

III. Pensando a partir do sistema

Dogmática e pensamento sistêmico caminham juntos. Aquela pode ser caracterizada como um pensamento voltado ao sistema e a partir dele. Nada está mais intimamente associado à dogmática do que a formação e a manutenção do sistema, a racionalidade sistemática e a produtividade do sistema. Em poucas palavras: onde não há sistema, não há dogmática. Esta cumpre as funções que lhe são atribuídas, que incluem racionalização, consistência, explicação, transparência, armazenamento, padronização, desoneração, comunicação, mediação e naturalização¹⁸² – antes de tudo, com a ajuda da referência ao sistema, que funciona como cifra para uma unidade estruturada. Isso é indiscutível. O que é questionável, entretanto, é de que tipo

¹⁸¹ A interpretação autoritativa (vinculante) não deve ser confundida com a chamada interpretação autêntica. Para distinguir entre as duas (usando o exemplo da interpretação constitucional): Jestaedt (n. 180), p. 363 e ss.

¹⁸² Mais sobre as funções da dogmática: Bumke (n. 2), p. 45 e ss.; Kahl (n. 2), p. 78 e ss.; Stark (n. 2), p. 115 e ss.; Kaiser (n. 2), número de margem 23 e ss., cada um com referências adicionais.

de sistema estamos falando¹⁸³, o que é ainda mais importante, porque sistema é um homônimo que admite vários significados. No discurso jurídico, não é incomum fazer referência ao sistema axiomático, que se caracteriza pela ausência de contradição, independência e integridade. No entanto, a questão cardeal sobre a referência do próprio sistema permanece em aberto.

O pensamento sistemático, tradicionalmente associado ao direito privado, baseia-se, seguindo Karl Larenz, no “sistema interno”¹⁸⁴ e não apenas no “sistema externo”¹⁸⁵ do direito. Larenz caracteriza este último como o “sistema abstrato-conceitual”; ele se refere de forma puramente descritiva à conexão entre normas no direito positivo (às estruturas de criação ou de revogação de normas), ou seja, à relação contingente das regras jurídicas umas com as outras, ou, em termos da teoria dos sistemas, à unidade por meio de fechamento operativo. Em contraste, o “sistema interno” busca captar as verdadeiras leis materiais de movimento ou, nas palavras de Larenz, a “relação de sentido com a ideia do direito”¹⁸⁶. No direito constitucional, é geralmente esse “sistema interno” que se tem em mente quando se fala da “unidade da constituição”.

Qual dos dois conceitos de sistema é tomado como base é algo que tem consequências de longo alcance para a compreensão da dogmática jurídica, pois a dogmática que se refere ao “sistema externo” não tem *status* independente em relação ao direito positivo (constitucional)¹⁸⁷, é “meramente” uma ferramenta heurística, um auxílio para a cognição jurídica e a criação do direito; uma hipótese de ordenação. O sistema não figura aqui como um padrão independente em relação ao direito (constitucional), mas como uma imagem deste último comunicada em categorias de unidade e ordem.

¹⁸³ Referências nuançadas em Stark (n. 2), p. 66 e ss.; veja também Hilbert (n. 33), pp. 48 e ss. 63 e ss., 132 e ss.

¹⁸⁴ Larenz (n. 6), além de Larenz, *Karl Engisch*, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium Generale 10 (1957), p. 173 (180, 188), também pode-se mencionar: Kaiser (n. 2), números de margem 45 e ss., esp. 46.

¹⁸⁵ Raramente se distingue se o sistema é algo que se apresenta apenas no plano teórico da ciência ou é algo que pertence ao plano objetivo do próprio direito. Tanto a dogmática jurídica como disciplina científica quanto o direito positivo, estruturado segundo funções distintas, podem ser descritos e mensurados como sistemas. No centro das operações dogmáticas, está justamente a ideia de sistema, expressa na *consistencialização* das proposições dogmáticas, só que esses sistemas – o da dogmática e o do direito positivo – diferem profundamente em origem e racionalidade própria, em modo de funcionamento e em efeitos; estão longe de ser congruentes, quanto mais idênticos. De forma pontuada: enquanto o sistema do direito revela, com maior ou menor grau de (in)consistência e contingência, as concepções de ordem de seus criadores heterogêneos, o sistema da ciência respira, no melhor dos casos, a “*estética da inteligência*” (Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, 2004, p. 13: “*la science est l'esthétique de l'intelligence*”).

¹⁸⁶ Larenz (n. 6), p. 474.

¹⁸⁷ Deixando de lado, por ora, a constelação em que o direito positivo atribuiu significado jurídico-positivo à dogmática jurídico-prática por meio do efeito vinculante das fundamentações das decisões; veja, acima, C.II.

Diferente é o caso da dogmática constitucional, que se orienta pelo “sistema interno”: ela é que atribui às disposições constitucionais individuais seu verdadeiro lugar no contexto (externo) de regulação denominado constituição; ela é a matriz interpretativa estendida por trás ou acima das normas de direito positivo, que lhes confere sentido e significado. Com isso, a dogmática constitucional se eleva a critério do próprio direito (constitucional) positivo. Não por acaso, talvez, a distinção entre “sistema externo” e “sistema interno” lembra a oposição proposta por Jhering entre “jurisprudência inferior” e “jurisprudência superior”¹⁸⁸, uma distinção que se baseia no desprezo pelo direito positivo em sua contingência, inconsistência e arbitrariedade.

O pensamento teleológico, amplamente difundido também – e especialmente – no direito constitucional, tende – ainda que de forma não explícita – a pressupor a existência de um “sistema interno”, que se manifesta, de forma metodológica, na *ratio legis* (ou *ratio constitutionis*) que orienta a *lex* (ou a *constitutio*). A figura da “interpretação conforme à constituição”, empregada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, respira o espírito desse modo de pensar voltado à consistência material do “sistema interno” da ordem jurídica — um pensamento capaz de superar barreiras funcionais e de competência. Uma concepção jurídica que não reconhece lugar, no direito válido, para essa segunda constituição – ideal – por trás da primeira – positivada e real –, deve se contentar, no plano da dogmática, com o “sistema externo”; o “sistema interno” permanece, nessa perspectiva, reservado à teoria da constituição, cujo objetivo não é propriamente a aplicação do direito constitucional válido¹⁸⁹.

IV. Pensando a partir da regra

A dogmática pensa – isso é expressão e consequência de sua orientação sistemática¹⁹⁰ – a partir da regra geral, ou seja, da constituição ou da lei, e não do caso individual. Congênito à dogmática é o legicentrismo¹⁹¹, que, no processo de realização do direito, atribui papel central à norma (constitucional) a ser aplicada, o que também se reflete metodologicamente. Em contraste, encontra-se o

¹⁸⁸ Veja, acima, B.II.1.

¹⁸⁹ Veja Jestaedt (n. 40), número de margem 28 e ss. e, ainda, 76 e ss.

¹⁹⁰ Veja, imediatamente acima, C.III.

¹⁹¹ Legicentrismo é aqui entendido – diferentemente do *légicentrisme* francês, que afirmava uma posição especial da lei (parlamentar) como expressão da vontade soberana do povo – como referido primariamente à lei em sentido material, caracterizando uma concepção segundo a qual o direito (constitucional) legislado ocupa o centro da produção jurídica.

judicatucentrismo, que dirige a atenção não tanto à norma (constitucional) a ser aplicada, mas, sim, ao juiz que a aplica; trata-se de uma característica típica dos sistemas de *case law*. Ao pensamento orientado pela lei contrapõe-se, assim, o pensamento orientado pelo caso. No entanto, esse contraste – relativo – não deve ser exagerado, pois existem inúmeras variações de pensamento legalista e casuístico, bem como diversas formas híbridas. Apesar disso, o pensamento dogmático tal como se desenvolveu na Alemanha mostra-se, em grande medida, inadequado a um sistema de *case law*. Isso pode ser demonstrado de forma bastante expressiva por meio da comparação entre a Convenção Europeia de Direitos Humanos (na forma da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos) e a Lei Fundamental alemã (na forma da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal).

O Tribunal de Estrasburgo, apesar do fato de que a *rule of precedent* típica do *common law* não se aplica formalmente e de que sua jurisprudência se dirige majoritariamente a estados pertencentes à tradição do *civil law*, adere a uma lógica de pensamento própria do *case law*¹⁹². Isso se manifesta no fato de que o tribunal recorre, em sua atividade decisória, a seus próprios julgados como fontes jurídicas autônomas, bem como tematiza e reflete abertamente seu papel ativo no processo de realização do direito. No centro da fundamentação das decisões estão, por um lado, a coleta e sistematização dos julgados anteriores e, por outro, a discussão crítica desses precedentes – seja para reafirmá-los, desenvolvê-los, seja para deles se afastar¹⁹³. Dentro dessa perspectiva centrada no ator (o tribunal), torna-se naturalmente inviável que o tribunal fundamente suas decisões com base em vozes externas – especialmente da ciência jurídica. Em consequência, a ciência jurídica voltada à Convenção Europeia de Direitos Humanos desempenha, fora do meio acadêmico, um papel bastante limitado, a menos que se trate de contribuições oriundas do próprio tribunal ou de seu entorno. Por isso, ganham importância ainda maior, diante do papel relativamente fraco da doutrina como instância corretiva ou inspiradora, os votos paralelos anexados a quase todas as decisões relevantes — seja sob a forma de *dissenting opinions*, seja de *concurring opinions*.

A situação sob a égide da Lei Fundamental alemã apresenta-se de modo distinto. Embora o Tribunal Constitucional Federal também cite prioritariamente suas próprias decisões, ele o faz – além do efeito de autolegitimação institucional

¹⁹² Sobre isso e o que se segue: Matthias Jestaedt, *Case-law à la Strasbourg*, in: *FS für Stephan Breitenmoser*, 2022, pp. 973 e ss.

¹⁹³ Essa descrição superficial não leva em conta a distinção dos colegiados em *câmaras/chamber/chambre* e a *grande câmara/grand chamber/grande chambre*.

que isso acarreta – sobretudo com o intuito de reafirmar interpretações anteriores da constituição e, ao mesmo tempo, encurtar e fundamentar a argumentação atual por meio da remissão a entendimentos já consolidados. As decisões anteriores são, assim, utilizadas nas decisões atuais como meras fontes de conhecimento jurídico da Lei Fundamental. No entanto, enquanto tais fontes de conhecimento, essas decisões anteriores não gozam de uma autoridade estruturalmente superior à dogmática constitucional. Por isso, propostas interpretativas oriundas da ciência do direito constitucional também podem, em princípio, ser consideradas pelo tribunal. Não raramente encontram-se, nas decisões do Tribunal Constitucional Federal, citações tanto de sua própria jurisprudência quanto da dogmática constitucional. Nisso se pode ver mais um indício da relação simbiótica entre o Tribunal Constitucional Federal e a ciência do direito constitucional¹⁹⁴.

A contraposição não deve, contudo, exagerar nas diferenças, até porque estas, na compreensão do papel da jurisprudência, não são muito maiores do que as convergências. Já foram tematizados, no caso do Tribunal Constitucional Federal, os desafios surgidos com o advento da rede europeia de tribunais constitucionais¹⁹⁵. Além disso, na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, é possível identificar elementos que funcionam como equivalentes funcionais a figuras e procedimentos dogmáticos “propriamente ditos”¹⁹⁶. Como exemplo emblemático, pode-se mencionar a sistematização e a antecipação dos “princípios gerais” (*general principles*)¹⁹⁷, que guardam certa semelhança com a parte dos “critérios normativos” (*Maßstäbeteil*)¹⁹⁸ das decisões do Tribunal Constitucional Federal. Por outro lado, merecem destaque os guias de jurisprudência (*Case-law guides*) elaborados pela assessoria do tribunal (*Registry/greffe*), que reúnem a jurisprudência de Estrasburgo para cada direito protegido de forma separada e com estrutura semelhante a de um comentário legal, sendo amplamente utilizados inclusive dentro do próprio tribunal na análise dos casos¹⁹⁹. A tensão entre convergência e divergência manifesta-se claramente no esforço comum dos dois tribunais por assegurar o máximo de consistência possível: enquanto o

¹⁹⁴ Veja, acima, A.II.2. e seguintes, B.IV.2 e seguintes, B.IV.3.

¹⁹⁵ Veja, acima, C.II.

¹⁹⁶ De modo aprofundado: Angelika Nußberger, *The European Court of Human Rights*, 2020, p. 73 e ss., que atesta ao tribunal uma “doutrina não-doutrinária”.

¹⁹⁷ Sobre os *princípios gerais*: Jestaedt (n. 192), p. 982 e s.

¹⁹⁸ Veja, acima, B.IV.3.

¹⁹⁹ Os (atualmente 39) *guias de jurisprudência* podem ser encontrados no site do TEDH: <https://ks.echr.coe.int/web/echr-ks/all-case-law-guides> (último acesso: 15 de abril de 2025).

objetivo é o mesmo, o ponto de referência principal difere – no caso do Tribunal Constitucional Federal, trata-se do sistema dogmático da Lei Fundamental; no caso do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da sua própria jurisprudência.

D. Resumo e recapitulação em teses

1. Entre as disciplinas acadêmicas que se dedicam à constituição alemã, isto é, à *Grundgesetz*, a *Verfassungsdogmatik* – que, embora insatisfatoriamente, pode ser traduzida por “dogmática constitucional” – desempenha um papel central.
2. A dogmática constitucional deve essa posição proeminente principalmente ao fato de funcionar como meio de comunicação entre a academia e a prática, ou seja, entre a doutrina do direito público (*Staatsrechtslehre*) e o Tribunal Constitucional Federal.
3. A dogmática constitucional, em particular, e a dogmática jurídica, em geral, partem da suposição de que a ciência do direito e a prática jurídica se beneficiam de um formato comum de comunicação, embora o utilizem de maneira distinta.
4. Com base no modo de utilização, pode-se distinguir entre “dogmática voltada à prática” e “dogmática acadêmica”. Enquanto a primeira opera com conceitos doutrinários existentes (usa o sistema), a segunda visa a examinar criticamente esse acervo conceitual e, se necessário, desenvolver novos conceitos (constrói o sistema).
5. Em relação aos atores, pode-se contrastar a “dogmática produzida por juízes” com a “dogmática produzida por acadêmicos”. A primeira é desenvolvida sobretudo pelo Tribunal Constitucional Federal no exercício de sua atividade jurisdicional, enquanto a segunda é conduzida por estudiosos do direito que observam, analisam e criticam a prática constitucional.
6. O formato da dogmática constitucional pode ser combinado com diferentes compreensões do conceito, da função e do caráter evolutivo da constituição. Assim, há diferentes concepções sobre o que é a dogmática constitucional, o que ela deve ser e o que é capaz de realizar.
7. A dogmática constitucional alemã contemporânea deve ser compreendida como resultado de desenvolvimentos históricos contingentes que remontam ao início do século XIX (ou até antes).

8. No centro desse desenvolvimento, encontra-se um ciclo no qual a dogmática acadêmica se forma primeiro, seguida pela jurisprudencial, e ambas acabam por fundir-se. Esse ciclo tem início no direito privado, mas mais tarde também se verifica no direito público.
9. Sob a vigência da *Grundgesetz*, a dogmática constitucional propiciou um intercâmbio notavelmente intenso – e, em certos aspectos, até mesmo simbiótico – entre o Tribunal Constitucional Federal e a doutrina do direito público.
10. A orientação marcadamente teórica da dogmática constitucional sob a *Grundgesetz* pode ser interpretada também como um legado da doutrina do direito público de Weimar, desenvolvida em uma época em que não havia tribunal constitucional comparável ao atual Tribunal Constitucional Federal.
11. A influência particular da dogmática constitucional decorre também do fato de que muitos juízes do Tribunal Constitucional Federal – composto exclusivamente por profissionais do direito – também são professores de direito público.
12. A dogmática é caracterizada pelo fato de ser moldada tanto pela prática jurídica (jurisprudência) quanto pela ciência jurídica. Ela se define por meio da interação de quatro fatores: refere-se apenas ao direito válido, trata da aplicação do direito, baseia-se na ideia de um sistema normativo abrangente e é orientada por regras.
13. Em sua vinculação estrita ao direito válido, a dogmática está atrelada ao respectivo ordenamento jurídico – ou seja, a dogmática constitucional alemã contemporânea está vinculada à *Grundgesetz*. Se, sob o conceito de “rede constitucional europeia” (*europäischer Verfassungsverbund*), o direito da União Europeia for integrado ao ordenamento jurídico alemão, as “regras” da dogmática alemã não se aplicam a ele.
14. Ao explicar e orientar a aplicação do direito, a dogmática produz conhecimento prático sobre como aplicá-lo. No entanto, não há clareza quanto a saber se a dogmática (seja oriunda da prática ou da academia, seja de ambas) constitui ela própria uma fonte do direito. Em particular, é discutido se, em que medida, dogmática constitucional e política constitucional se sobrepõem.
15. A dogmática consiste na ideia de construir um sistema no interior do direito com vistas à sua aplicação. Nesse ponto, faz grande diferença se o sistema é entendido como “interno” e substancial ou como “externo” e estrutural.
16. A construção dogmática parte da regra geral (a lei ou a constituição), e não de casos individuais. Isso a distingue da abordagem baseada em precedentes.

E. Bibliografia recomendada

BROHM, Winfried. Kurzlebigkeit und Langzeitwirkung der Rechtsdogmatik. In: *FESTSCHRIFT für Hartmut Maurer*. 2001. p. 1079–1090.

BUMKE, Christian. *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys*. 2017.

DREIER, Horst (Org.). *Rechtswissenschaft als Beruf*. 2018.

ENGEL, Christoph; SCHÖN, Wolfgang (Org.). *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. 2007.

HARENBURG, Jan. *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis*. 1986.

HERBERGER, Maximilian. *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*. 1981.

HILGENDORF, Eric; SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (Org.). *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*. 2. ed. 2021.

JANSEN, Nils. Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis. Zum gesellschaftlichen Ort und wissenschaftlichen Selbstverständnis universitärer Dogmatik. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 143, p. 623–658, 2018.

JESTAEDT, Matthias. Wissenschaftliches Recht. Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. In: *FESTSCHRIFT für Heinz Mayer*. 2011. p. 169–187.

JESTAEDT, Matthias. Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich. In: *Juristenzeitung*, 2014, p. 1–12.

JHERING, Rudolf von. Unsere Aufgabe. In: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, v. 1, 1857, p. 1–52.

KAHL, Wolfgang. *Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht*. 2020.

KAISER, Anna-Bettina. Die Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität. In: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2014, p. 1102–1108.

KAISER, Anna-Bettina. Juristische Methode, Dogmatik und System. In: KAHL, Wolfgang; LUDWIGS, Markus (Org.). *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2021. § 24.

KIRCHHOF, Gregor; MAGEN, Stefan; SCHNEIDER, Karsten (Org.). *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?* 2012.

KRÜPER, Julian; MERTEN, Heike; MORLOK, Martin (Org.). *An den Grenzen der Dogmatik*. 2010.

LAHUSEN, Benjamin. *Rechtspositivismus und juristische Methode. Betrachtungen aus dem Alltag einer Vernunfttheorie*. 2011.

LENNARTZ, Jannis. *Dogmatik als Methode*. 2017.

LEPSIUS, Oliver. Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft. *Juristenzeitung*, 2019, p. 793–802.

SAHM, Philipp. *Elemente der Dogmatik*. 2019.

SCHÖNBERGER, Christoph. Der „German Approach“. *Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich*. 2015. p. 1–53.

STARK, Alexander. *Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik*. 2020.

STÜRNER, Rolf. Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik. In: *Juristenzeitung*, 2012, p. 10–24.

VOßKUHLE, Andreas. Neue Verwaltungsrechtswissenschaft. In: VOßKUHLE, Andreas; EIFERT, Martin; MÖLLERS, Christoph (Org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 3. ed. Bd. I. 2022. § 1.

WISSENSCHAFTSRAT. *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*. 2012.

F. Bibliografia utilizada

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 123, 267.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 126, 170.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 132, 1.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 134, 366.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 137, 108.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 142, 123.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 144, 20 – *Verbot der NPD* (Decisão de 17 de janeiro de 2017).

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 148, 296 – *Verbot von Streiks für Beamte*.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 148, 296.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 150.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 152, 152 – *Recht auf Vergessen I*.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 152, 152.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 152, 216 – *Recht auf Vergessen II*.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 152, 216.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 153, 182.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 154, 17.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 156, 354.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 157, 30.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. Decisão de 26 out. 2022. 2 BvE 3/15.

ALEMANHA. *Deutsches Richtergesetz – DRiG*, de 8 de setembro de 1961. *Bundesgesetzblatt I*, p. 1665.

ALEMANHA. *Deutsches Richtergesetz – DRiG*, versão de 19 de abril de 1972. Última alteração pela Lei de 25 de junho de 2021, Art. 4. *Bundesgesetzblatt I*, p. 2154.

ALEMANHA. *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (BVerfGG) com redação consolidada até a Lei de 2007.

ALEMANHA. *Gesetz über den Neuaufbau des Reiches (Neuaufbaugesetz)*, de 30 de janeiro de 1934. *Reichsgesetzblatt*, 1934 I, p. 75.

ALEMANHA. *Gesetz über die Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit (Gerichtsverfassungsgesetz – GVG)*, de 27 de janeiro de 1877. *Reichs-Gesetzblatt*, p. 41.

ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha), de 23 de maio de 1949. *Bundesgesetzblatt*, p. 1.

ALEMANHA. *Konkursordnung*, de 10 de fevereiro de 1877. *Reichs-Gesetzblatt*, p. 351.

ALEMANHA. *Strafprozessordnung – StPO*, de 1. fevereiro de 1877. *Reichs-Gesetzblatt*, p. 253.

ALEMANHA. *Verfassung des Deutschen Reiches* (Paulskirchenverfassung), de 28 de março de 1849. §§ 125–128.

ALEMANHA. *Verfassung des Deutschen Reiches* (Weimarer Reichsverfassung), de 11 de agosto de 1919. *Reichsgesetzblatt*, 1919, p. 1383.

ALEMANHA. *Verfassung des Deutschen Reiches*, de 16 de abril de 1871. *Reichsgesetzblatt*, 1871, n.º 16, p. 63.

ALEMANHA. *Zivilprozessordnung – ZPO*, de 30 de janeiro de 1877. *Reichs-Gesetzblatt*, p. 83.

ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*. 14. ed. Berlin: Stilke, 1933.

ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassungs-Urkunde fuer den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850: Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*. Berlin: Verlag von O. Härgin, 1912.

AVENARIUS, Martin. Gelehrtes Recht. In: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2. 2. ed. Berlin: Erich Schmidt, 2009, p. 31–35.

BACHELARD, Gaston. *La formation de l'esprit scientifique: contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*. Paris: Vrin, 2004.

BGB-RGRK – *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*. Diversas edições (especialmente até a 12ª, anos 1990). Editado originalmente por conselheiros do Reichsgericht e posteriormente por juízes do Bundesgerichtshof.

BRANCA, Giuseppe; PIZZORUSSO, Alessandro (Org.). *Commentario della Costituzione*. Roma: Zanichelli, 1975.

BROHM, Winfried. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, v. 30, p. 245–266, 1972.

BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1982.

BUMKE, Christian. *Rechtsdogmatik: Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise: zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Jahresstatistik 2020: Hohe Verfahrenszahlen und Herausforderungen in der Corona-Pandemie, A.I.1*. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/statistik_2020_node.html. Acesso em: 15 abr. 2025.

CADORE, Rodrigo. “Rechtswidriges Recht”: Die Merkl–Sander-Kontroverse innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2024. Disponível em: https://viewer.content-select.com/pdf/viewer?id=1&id_type=isbn&identifiers=9783161620683&signature=8d2201a52ccfd9c9eb565132557e05b8a70fbf7d&session=00000000-0000-0000-0000-000000000000. Acesso em: 15 abr. 2025.

CANČIK, Pascale; KLEY, Andreas; SCHULZE-FIELITZ, Helmuth; WALDHOFF, Christian; WIEDERIN, Ewald (Org.). *Streitsache Staat: Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 16. ed. Paris: Seuil, 2022.

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*. Washington, D.C.: Library of Congress, publicação periódica (edição atual acessada em abril de 2025). Disponível em: <https://constitution.congress.gov>. Acesso em: 15 abr. 2025.

DÖLLE, Hans. *Die Ausbildung der deutschen Juristen: Darstellung, Kritik, Reform*. Karlsruhe: Müller, 1960.

DREIER, Horst. Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, v. 60, 2001, p. 9–55.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

EBERT, Ina. *Die Normierung der juristischen Staatsexamina und des juristischen Vorbereitungsdienstes in Preußen (1849–1934)*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995.

ELDERS, Leo J. Scholastische Methode. In: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 7. München: LexMA, 1995. p. 1526–1528.

ENGEL, Christoph; SCHÖN, Wolfgang (Org.). *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

ENGISCH, Karl. Sinn und Tragweite juristischer Systematik. In: *Studium Generale*, v. 10, 1957, p. 173–188.

ERNST, Wolfgang. Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht eines Zivilrechtslehrers. In: ENGEL, Christoph; SCHÖN, Wolfgang (Org.). *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 3–28, 2007.

ESSER, Josef. Dogmatik zwischen Theorie und Praxis. In: *Festschrift für Raiser*, p. 517–533, 1974.

FORMERY, Simon-Louis. *La Constitution commentée article par article*. 25. ed. Paris: Gualino Lextenso, 2022.

FRANK, Hans. Die Zeit des Rechts. In: *Deutsches Recht*, v. 6, 1936, p. 1–10.

GERBER, Carl Friedrich von. *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*. 3. ed. Leipzig: Hirzel, 1880.

GRABMANN, Martin. *Die Geschichte der scholastischen Methode*. Freiburg im Breisgau: Herder, 1909.

GRÜNBERGER, Michael. Ein Plädoyer für eine normativ gewendete Rechtsdogmatik. In: *Rechtsgeschichte (Rg)*, n. 30, p. 305–320, 2022.

GÜNTHER, Frieder. Wer beeinflusst hier wen? Die westdeutsche Staatsrechtslehre und das Bundesverfassungsgericht während der 1950er und 1960er Jahre. In: VAN OUYEN, Robert Chr.; MÖLLERS, Martin H. W. (Org.). *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag, 2006. p. 129–150.

HAFERKAMP, Hans-Peter. *Die Historische Rechtsschule*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2018.

HASEBE, Yasuo (Org.). *Chûshaku Nihonkoku Kenpô*. Tóquio: Yuhikaku, 2017–2020. v. II–III.

HELLER, Hermann. *Staatslehre*. Leiden: Sijthoff, 1934.

HERDEGEN, Matthias; MASING, Johannes; POSCHER, Ralf; GÄRDITZ, Klaus Ferdinand (Org.). *Handbuch des Verfassungsrechts*. München: C.H. Beck, 2020.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

HILBERT, Patrick. *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

HILGENDORF, Eric; SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (Org.). *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.

HOLLERBACH, Alexander. Ideologie und Verfassung. In: MAIHOFER, Werner (Org.). *Ideologie und Recht*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1969. p. 37–64.

HOYNINGEN-HUENE, Paul. *Systematicity: The Nature of Science*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HUBER, Ernst Rudolf. *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*. 2. ed. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1939.

JANSEN, Nils. *Recht und gesellschaftliche Differenzierung: Fünf Studien zur Genese des Rechts und seiner Wissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. ed. Berlin: Verlag von O. Häring, 1914.

JESTAEDT, Matthias. Case-law à la Strasbourg. In: HEINZ, Andreas *et al.* (Org.). *Festschrift für Stephan Breitenmoser*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2022. p. 973–993.

JESTAEDT, Matthias. Die deutsche Staatsrechtslehre im europäischen Rechtswissenschaftsdiskurs – Kennzeichen, Kernkompetenzen, Rezeptionshindernisse. In: *JuristenZeitung (JZ)*, v. 67, p. 1–10, 2012.

JESTAEDT, Matthias. Die Dreiteilung der juridischen Welt: Plädoyer für ihre intradisziplinäre Relationierung und Relativierung. In: STÜRNER, Rolf. *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*. Vol. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 917–942.

JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

JESTAEDT, Matthias. Inkubationszeit der Grundrechte: Der Zweite Hauptteil der Weimarer Reichsverfassung zwischen Herausforderung und Überforderung. In: DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (Org.). *Weimars Verfassung: Eine Bilanz nach 100 Jahren*. Göttingen: Wallstein Verlag, 2020. p. 217–238.

JESTAEDT, Matthias. Integrierte und isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit: Eingliederungs- und Verselbständigungsmodell in ihrer Wirkung auf die Verfassungsentwicklung. In: JESTAEDT, Matthias; SUZUKI, Hidemi (Org.). *Verfassungsentwicklung II: Verfassungsentwicklung durch Verfassungsgerichte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019. p. 3–28.

JESTAEDT, Matthias. Selbstand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalem und internationalem Recht. In: *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. Heidelberg: Müller, 2014. § 264.

JESTAEDT, Matthias. Verfassungskonforme Auslegung – Kollisionsvermeidung durch Konformauslegung. *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, Jahresband 2016, p. 1–24, 2016.

JESTAEDT, Matthias. Verfassungstheorie als Disziplin. In: DEPENHEUER, Otto; GRABENWARTER, Christoph (Org.). *Verfassungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. § 1.

KAHL, Wolfgang. *Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.

KAISER, Anna-Bettina. “Arbeits- oder Bekenntnisgemeinschaft”? In: CANCEK, Pascale *et al.* (Org.). *Streitsache Staat: Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. p. 75–102.

KAISER, Anna-Bettina. Die Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität. In: *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)*, v. 129, p. 1102–1108, 2014.

KAISER, Anna-Bettina. Juristische Methode, Dogmatik und System. In: KAHL, Wolfgang; LUDWIGS, Markus (Org.). *Handbuch des Verwaltungsrechts*, v. 1. München: C.H. Beck, 2021. § 24.

KÄSTLE-LAMPARTER, David. *Die Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer, 1925.

KELSEN, Hans. Rechtswissenschaft und Recht: Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der “Rechtsdogmatik”. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, v. 3, p. 101–235, 1922/1923.

KELSEN, Hans. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? In: *Die Justiz*, v. 6, p. 576–628, 1931.

KERSTEN, Jens. *Die Notwendigkeit der Zuspitzung: Anmerkungen zur Verfassungstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2020.

KIRCHHOF, Gregor; MAGEN, Stefan; SCHNEIDER, Karsten (Org.). *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

KISCHEL, Uwe. Die Wirkung des deutschen Verfassungsrechts. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 3. ed. vol. 1. Heidelberg: C.F. Müller, 2003. § 10.

LABAND, Paul. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. 5. ed. vol. 1. Freiburg i. Br.: Mohr, 1911.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. Berlin: Springer, 1991.

LEMBKE, Ulrike. *Einheit aus Erkenntnis? Die Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

LEPSIUS, Oliver. Kritik der Dogmatik. In: KIRCHHOF, Gregor; MAGEN, Stefan; SCHNEIDER, Karsten (Org.). *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 39–62.

LEPSIUS, Oliver. Themen einer Rechtswissenschaftstheorie. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Org.). *Rechtswissenschaftstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 1–49.

LEPSIUS, Oliver. Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen. In: SCHOLZ, Rupert *et al.* (Org.). *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht: Festschrift für Peter Badura*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. p. 103–117.

LÖWER, Wolfgang. Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 3. ed. vol. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2005. § 70, p. 126–154.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1924. Vol. 1.

MAYER, Otto. Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im Öffentlichen Recht. In: *Festschrift für Paul Laband*. Vol. 1. Berlin: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1908. p. 1–25.

McKEAN, Frederick G. The Rule of Precedents. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 76, p. 481–510, 1928.

MEINEL, Florian (Org.). *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik: Aspekte einer Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

MITTELSTRASS, Jürgen. Bildung und ethische Maße. In: KILLIUS, Nelson; KLUGE, Jürgen; REISCH, Linda (Org.). *Die Zukunft der Bildung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002. p. 151–170.

MITTELSTRASS, Jürgen. Wissenschaft als Kultur. In: *Heidelberger Jahrbücher*, v. 30, p. 51–68, 1986.

MÖLLERS, Christoph. Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Org.). *Rechtswissenschaftstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 151–174.

MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

NASR, Tobias. *Staatliche Juristenleitbilder von Weimar bis zur Bundesrepublik: Kontinuitäten und Umbrüche 1920–1975*. Berlin: Duncker & Humblot, 2021.

NASSAU. *Edikt über die landständische Verfassung des Herzogtums Nassau*, de 1./2. setembro de 1814. In: *Verordnungsblatt des Herzogthums Nassau*, n.º 18, p. 67, 1814.

NUßBERGER, Angelika. *The European Court of Human Rights: Its Doctrine and Case-Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

PAULY, Walter. Deutschland. In: *Ius Publicum Europaeum* (IPE), vol. 2, Heidelberg: C.F. Müller, 2008, § 27.

PERNICE, Ingolf. *Der Europäische Verfassungsverbund: Ausgewählte Schriften zur verfassungstheoretischen Begründung und Entwicklung der Europäischen Union*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.

POSCHER, Ralf. Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin: Zum interpretativen Charakter der Rechtsfortbildung. In: *Festschrift für Bernhard Schlink*. Heidelberg: C.F. Müller, 2014. p. 203–219.

POSCHER, Ralf. Rechtsprechung und Verfassungsrecht. In: ERBGUTH, Wilfried; MASING, Johannes (Org.). *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht*. Stuttgart, 2005. p. 127–150.

PRÚSSIA. *Bundesgesetz vom 8. Juni 1815*. In: *Gesetz-Sammlung für die Königlich-Preußischen Staaten*, Apêndice, n.º 23, p. 143, 1818.

PRÚSSIA. *Gesetz über die Prüfung und Vorbereitung zum höheren Justizdienst*, de 6 de maio de 1869. In: *Gesetz-Sammlung für die Königlich-Preußischen Staaten*, p. 656, 1869.

PUCHTA, Georg Friedrich. *Pandekten*. 5. ed. Leipzig: Engelmann, 1850.

SAHM, Philipp. *Elemente der Dogmatik*. Velbrück Wissenschaft, 2019.

SANDER, Fritz. Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studien zur Rechtslehre Hans Kelsens. In: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, v. 2, p. 511–670, 1920/1921.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. vol. 1. Berlin: Veit, 1840. Livro I, cap. 2, § 14.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

SCHLINK, Bernhard. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. In: *Der Staat*, v. 28, p. 161–178, 1989.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2004.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*. 1a ed. Heidelberg: Springer 2013 (2a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023).

SCHMITT, Carl. Der Hüter der Verfassung. In: *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, N.F. v. XVI, p. 161–237, 1929.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. München: Duncker & Humblot, 1928.

SCHÖNBERGER, Christoph. Bundesverfassungsgerichtspositivismus: Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks. In: *Festschrift für Bernhard Schlink*. Heidelberg: F.C. Müller, 2014. p. 41–49.

SCHÖNBERGER, Christoph. *Der „German Approach“. Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

SCHÖNBERGER, Christoph. Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, v. 71, p. 296–335, 2012.

SCHRÖDER, Jan. *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)*. Vol. 1., 3. ed. München: C.H. Beck, 2020.

SMEND, Rudolf. Das Bundesverfassungsgericht (1962). In: SMEND, Rudolf. *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 581–590.

SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*. München: Duncker & Humblot, 1928.

Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich. RGZ 137, p. 69* ss.

Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich. RGZ 138, p. 1* ss.

STARK, Alexander. *Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 5 v. München: C.H. Beck, 1977/1984–2000.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Vol. 2: *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914*. München: C.H. Beck, 1992.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Vol. 2: *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914*. 2. ed. München: C.H. Beck, 1999.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Vol. 3: *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945*. München: C.H. Beck, 1999.

STÜRNER, Rolf (Org.). *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung: Ein japanisch-deutsches Symposium*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

STÜRNER, Rolf. Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik. In: *JuristenZeitung (JZ)*, v. 67, p. 10–17, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <https://constituicao.stf.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2025.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Guides to the Case-Law*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c>. Acesso em: 15 abr. 2025.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). Grande Câmara. *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, decisão de 13 de dezembro de 2012, n.º 39630/09.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH). Grande Câmara. *Georgia v. Russia (II)*, decisão de 21 de janeiro de 2021, n.º 38263/08.

VESTING, Thomas. Die Fachgrenze als Kontaktzone: Plädoyer für eine kulturwissenschaftliche Öffnung der Rechtswissenschaft. In: FUNKE, Andreas; LACHMAYER, Konrad (Org.). *Formate der Rechtswissenschaft*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2016. p. 237–254.

VOLKMANN, Uwe. Rechts-Produktion oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt. In: *Der Staat*, v. 54, 2015, p. 35–62.

VOLKMANN, Uwe. Verfassungsänderung und Verfassungswandel: Beobachtungen zum Verhältnis von Statik und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik. In: *JuristenZeitung (JZ)*, v. 73, p. 265–271, 2018.

VOLKMANN, Uwe. Zur heutigen Situation einer Verfassungstheorie. In: *Der Staat*, v. 51, p. 601–615, 2012.

VON JHERING, Rudolf. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 2. Teil, 2. Abteilung. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1858.

VON JHERING, Rudolf. Unsere Aufgabe. In: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, v. 1, p. 1–60, 1857.

VOßKUHLE, Andreas. Der europäische Verfassungsgerichtsverbund. In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, p. 1–6, 2010.

VOßKUHLE, Andreas. Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel? In: *Der Staat*, v. 43, p. 450–471, 2004.

VOßKUHLE, Andreas. Neue Verwaltungsrechtswissenschaft. In: VOßKUHLE, Andreas; EIFERT, Martin; MÖLLERS, Christoph (Org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 3. ed. München: C.H. Beck, 2022. vol. 1, § 1.

VOßKUHLE, Andreas. Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte: Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung. In: *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, v. 125, p. 177–222, 2000.

VOßKUHLE, Andreas. Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das BVerfG. In: *JuristenZeitung (JZ)*, v. 64, p. 917–926, 2009.

WALDHOFF, Christian. Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung. In: KIRCHHOF, Gregor; MAGEN, Stefan; SCHNEIDER, Karsten (Org.). *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 17–40.

WEBER, Ruth Katharina. *Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht: Eine vergleichende Analyse der Spruchpraxis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

WISSENSCHAFTSRAT. *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*. Köln: Wissenschaftsrat, 2012. Disponível em: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2412-12.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2025.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

TRADUÇÃO

Direito Constitucional na era da proporcionalidade^{i-ii-iii-iv}

Constitutional Law in the Age of Proportionality

El Derecho Constitucional en la Era de la Proporcionalidad

Vicki C. Jackson^v

Harvard Law School (Cambridge, Massachusetts, EUA)

Tradução do texto:

David Sobreira^{vi}

Universidade Christus (Fortaleza, CE, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3648-8496>

E-mail: david.sobreirabm@gmail.com

ⁱ JACKSON, Vicki C. Direito Constitucional na era da proporcionalidade. Tradução de David Sobreira e Juliana Fonseca Pontes. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 171-302, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a554>.

ⁱⁱ Tradução realizada de forma independente, com autorização da Professora Vicki C. Jackson, bem como de Matt Beattle-Callahan e Ako Ndefo-Haven. *Managing editors* do *The Yale Law Journal*, vol. 135, sem participação dos citados autores na revisão ou na supervisão da tradução.

ⁱⁱⁱ Artigo originalmente publicado em inglês. Vicki C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, 124 Yale L. J. 3094 (2015).

^{iv} Agradecimentos da autora: uma versão anterior deste artigo foi apresentada como minha *Chair Lecture* em outubro de 2013 na Faculdade de Direito de Harvard. Agradeço profundamente aos amigos e colegas pelos comentários úteis em rascunhos e pelas discussões ao longo dos anos sobre esses temas, incluindo Aharon Barak, David Cole, Richard Fallon, David Fontana, Nancy Gertner, Tom Ginsburg, Jamal Greene, Dick Howard, David Law, Jud Mathews, Martha Minow, Iddo Porat, Judith Resnik, Fred Schauer, Kim Lane Scheppele, Mike Seidman, Greg Shaffer, Joseph Singer, Gerry Spann, Carol Steiker, Nick Stephanopoulos, Geoff Stone, David Strauss, Laurence Tribe, Mark Tushnet, Barbara Underwood e Katharine Young. Agradeço também pelas oportunidades de apresentar versões precursoras deste artigo na Mesa Redonda de Direito Constitucional Comparado da Faculdade de Direito da Universidade George Washington, em um encontro da *Law and Society* em Boston, e em um seminário docente na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Expresso minha grande gratidão pela excelente assistência de pesquisa prestada por estudantes de Direito de Harvard, incluindo Tom Burnett, Abby Collela, Jess Eisen, Dylan Lino, Ezra Marcus, Karthik Reddy, Andres Salinas e Jason Shaffer.

^v Professora Laurence H. Tribe (antes Thurgood Marshall) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard. Foi *clerk* do Juiz Thurgood Marshall na Suprema Corte dos Estados Unidos.

^{vi} *Master of Laws* (LL.M.) pela Harvard Law School. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Christus. Fundador e apresentador do “Onze Supremos Podcast”. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6713649253136013>.

Juliana Fonseca Pontes^{vii}

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7551-0855>E-mail: advjulianafpontes@gmail.com**Resumo**

A proporcionalidade, aceita como princípio geral do direito constitucional por muitos países, exige que as interferências do governo nas liberdades individuais sejam justificadas, que interferências mais intensas tenham justificativas robustas e que as punições reflitam a gravidade relativa da infração. A proporcionalidade, enquanto doutrina desenvolvida pelas Cortes, como no Canadá, forneceu um quadro metodológico estável, promovendo decisões estruturadas e transparentes, até mesmo sobre valores constitucionais fortemente contestados. Outros benefícios incluem o potencial de aproximar o direito constitucional da justiça constitucional, fornecer um discurso comum sobre direitos para todos os ramos do governo e ajudar a identificar os tipos de falhas no processo democrático que justificam um escrutínio judicial mais rigoroso. Nos Estados Unidos, debates anteriores acerca da “ponderação” (*balancing*) não levaram em conta a recente experiência comparada à doutrina estruturada da proporcionalidade e dos seus benefícios. Muitas áreas do direito constitucional estadunidense incluem alguns elementos que, em outros contextos, são chamados de análise de proporcionalidade. Defendo aqui um uso mais amplo dos princípios e da doutrina, bem como argumento que a análise judicial de proporcionalidade não é a resposta para todas as questões relativas a direitos constitucionais. A liberdade de expressão pode se beneficiar de presunções categóricas, mas, em sua aplicação e formulação, a proporcionalidade pode ser relevante. A Quarta Emenda, que garante um “direito” contra “buscas e apreensões irrazoáveis”, está repleta de regras categóricas que protegem a conduta policial do escrutínio judicial. Uma análise mais casuística da “irrazoabilidade” ou desproporcionalidade da conduta policial protegeria melhor os direitos e o Estado de Direito. Demandas por igualdade baseadas em “impacto desproporcional” poderiam ser mais bem avaliadas por meio de padrões de análise mais proporcionais; a revisão de sentenças prisionais, à luz da Oitava Emenda, iria se beneficiar de um uso maior dos princípios da proporcionalidade. Assim, reconhecer as vantagens – e os limites – da proporcionalidade permitiria ao direito constitucional dos Estados Unidos da

^{vii} Mestre em Direito Constitucional (Direito do Estado) na Universidade de São Paulo (USP) e bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Pesquisadora do grupo de pesquisa Constituição, Política e Instituições (CNPq/USP). Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2941229677884603>.

América (EUA), ao mesmo tempo, proteger direitos e favorecer uma autogovernança democrática eficaz.

Palavras-chave

Revisão judicial; proporcionalidade; ponderação; adjudicação constitucional.

Sumário

Introdução. 1. A proporcionalidade no constitucionalismo dos EUA e no exterior. 1.1 Princípios da proporcionalidade já reconhecidos no direito constitucional dos EUA. 1.2 Governo proporcional como objetivo do *design* constitucional. 1.3 A proporcionalidade em outros contextos: os Estados Unidos em perspectiva comparada. 2. Textos antigos, interpretação vinculada às cláusulas e precedentes negativos. 3. Benefícios da análise de proporcionalidade para o direito constitucional dos EUA. 3.1 Regulação da conduta policial sob normas constitucionais. 3.1.1 *Atwater v. City of Lago Vista* e a jurisprudência da Quarta Emenda. 3.1.2 Uma comparação com o Canadá. 3.2 “Escrutínio estrito” e a Primeira Emenda. 3.3 Benefícios teóricos da análise de proporcionalidade na resolução de reivindicações de direitos. 3.3.1 Fundamentação estruturada e transparente com apelo justificatório amplo. 3.3.2 Ponte entre cortes e legislaturas. 3.3.3 Justiça, direito e julgamento. 3.3.4 Falhas processuais que justificam controle mais rigoroso. 4. Objeções e respostas. 4.1 “Objeções gerais à proporcionalidade como padrão decisório judicial. 4.2 Argumentos com base na incompatibilidade com o constitucionalismo dos EUA. 5. Definindo os limites da análise judicial por proporcionalidade. 5.1 Diferentes direitos, funções e textos. 5.2 Limitações quanto às medidas reparatórias. 5.2.1 A regra de exclusão. 5.2.2 Proteção igualitária. 5.2.3 Sentenciamento criminal. 5.3 Direitos frágeis, regimes frágeis. Conclusão.

Abstract

Proportionality, accepted as a general principle of constitutional law by many countries, requires that government intrusions on freedoms be justified, that greater intrusions have stronger justifications, and that punishments reflect the relative severity of the offense. Proportionality as a doctrine developed by courts, as in Canada, has provided a stable methodological framework, promoting structured, transparent decisions even about closely contested constitutional values. Other benefits of proportionality include its potential to bring constitutional law closer to constitutional justice, to provide a common discourse about rights for all branches of government, and to help identify the kinds of failures in democratic process warranting heightened judicial scrutiny. Earlier U.S. debates over “balancing” were not informed by recent comparative experience with structured

proportionality doctrine and its benefits. Many areas of U.S. constitutional law include some elements of what is elsewhere called proportionality analysis. I argue here for greater use of proportionality principles and doctrine; I also argue that proportionality review is not the answer to all constitutional rights questions. Free speech can benefit from categorical presumptions, but in their application and design proportionality may be relevant. The Fourth Amendment, which secures a “right” against “unreasonable searches and seizures,” is replete with categorical rules protecting police conduct from judicial review; more case-by-case analysis of the “unreasonableness” or disproportionality of police conduct would better protect rights and the rule of law. “Disparate impact” equality claims might be better addressed through more proportionate review standards; Eighth Amendment review of prison sentences would benefit from more use of proportionality principles. Recognizing proportionality’s advantages, and limits, would better enable U.S. constitutional law to at once protect rights and facilitate effective democratic self-governance.

Keywords

Judicial review; proportionality; balancing; constitutional adjudication.

Contents

Introduction. 1. Proportionality in U.S. constitutionalism and abroad. 1.1 Proportionality principles already recognized in U.S. constitutional law. 1.2 Proportionate government as a goal of constitutional design. 1.3 Proportionality elsewhere: the United States in comparative perspective. 2. Of older texts, clause-bound interpretation, and negative precedents. 3. Benefits of proportionality review for U.S. constitutional law. 3.1 Regulating police behavior under constitutional norms. 3.1.1 *Atwater v. City of Lago Vista* and Fourth Amendment case law. 3.1.2 A Canadian comparison. 3.2 “Strict scrutiny” and the First Amendment. 3.3 Theoretical benefits of proportionality review in deciding rights claims. 3.3.1 Structured and transparent reason-giving with broad justificatory appeal. 3.3.2 Bridge between courts and legislatures. 3.3.3 Justice, law, and judgment. 3.3.4 Process failures warranting heightened scrutiny. 4. Objections and responses. 4.1 General objections to proportionality as a judicial decision-making standard. 4.2 Arguments from lack of fit with U.S. constitutionalism. 5. Defining the limits of judicial analysis by Proportionality. 5.1 Different rights, different roles, different texts. 5.2 Remedial constraints. 5.2.1 The exclusionary rule. 5.2.2 Equal protection. 5.2.3 Criminal sentencing. 5.3 Fragile rights, fragile regimes. Conclusion.

Resumen

La proporcionalidad, aceptada como un principio general del derecho constitucional por muchos países, exige que las injerencias del gobierno en las libertades estén justificadas, que las injerencias más graves cuenten con justificaciones más sólidas, y que las sanciones reflejen la gravedad relativa de la infracción. La proporcionalidad, como doctrina desarrollada por los tribunales – como en el caso de Canadá –, ha proporcionado un marco metodológico estable que promueve decisiones estructuradas y transparentes, incluso respecto de valores constitucionales profundamente controvertidos. Otros beneficios de la proporcionalidad incluyen su potencial para acercar el derecho constitucional a la justicia constitucional, ofrecer un discurso común sobre los derechos para todos los poderes del Estado, y ayudar a identificar los tipos de fallos en el proceso democrático que justifican un mayor escrutinio judicial. Los debates anteriores en Estados Unidos sobre la “ponderación” (*balancing*) no se beneficiaron de la experiencia comparada más reciente con la doctrina estructurada de la proporcionalidad y sus ventajas. Muchas áreas del derecho constitucional estadounidense ya contienen elementos de lo que en otros contextos se denomina análisis de proporcionalidad. Aquí sostengo la necesidad de un uso más amplio de los principios y la doctrina de la proporcionalidad; aunque también argumento que la revisión por proporcionalidad no es la solución a todas las cuestiones relativas a derechos constitucionales. La libertad de expresión puede beneficiarse de presunciones categóricas, pero en su aplicación y diseño, la proporcionalidad puede ser relevante. La Cuarta Enmienda, que garantiza un “derecho” contra “registros e incautaciones irrazonables”, está repleta de reglas categóricas que protegen la actuación policial del control judicial; un análisis más casuístico de la “irrazonabilidad” o desproporcionalidad de la conducta policial protegería mejor los derechos y el Estado de Derecho. Las demandas por igualdad basadas en “impacto dispar” podrían abordarse mejor mediante estándares de revisión más proporcionales; la revisión de sentencias penitenciarias a la luz de la Octava Enmienda también se beneficiaría de un mayor uso de los principios de proporcionalidad. Reconocer tanto las ventajas como los límites de la proporcionalidad permitiría que el derecho constitucional estadounidense proteja los derechos de manera más eficaz al mismo tiempo que facilita una gobernanza democrática efectiva.

Palabras-clave

Control judicial; proporcionalidad; ponderación; adjudicación constitucional.

Índice

Introducción. 1. La proporcionalidad en el constitucionalismo de EE. UU. y en el extranjero. 1.1 Principios de proporcionalidad ya reconocidos en el derecho constitucional de EE. UU. 1.2 Gobierno proporcional como objetivo del diseño constitucional. 1.3 La proporcionalidad en otros contextos: los Estados Unidos en perspectiva comparada. 2. Textos antiguos, interpretación vinculada a las cláusulas y precedentes negativos. 3. Beneficios del control de proporcionalidad para el derecho constitucional de EE. UU. 3.1 Regulación de la conducta policial bajo normas constitucionales. 3.1.1 *Atwater v. City of Lago Vista* y la jurisprudencia de la Cuarta Enmienda. 3.1.2 Una comparación con Canadá. 3.2 “Scrutinio estricto” y la Primera Enmienda. 3.3 Beneficios teóricos del control de proporcionalidad en la resolución de reclamaciones de derechos. 3.3.1 Fundamentación estructurada y transparente con amplio poder justificativo. 3.3.2 Puente entre tribunales y legislaturas. 3.3.3 Justicia, derecho y juicio. 3.3.4 Fallas procesales que justifican un control más riguroso. 4. Objeciones y respuestas. 4.1 Objeciones generales a la proporcionalidad como modelo decisorio judicial. 4.2 Argumentos basados en la incompatibilidad con el constitucionalismo de EE. UU. 5. Definiendo los límites del análisis judicial por proporcionalidad. 5.1 Diferentes derechos, diferentes funciones, diferentes textos. 5.2 Limitaciones en cuanto a medidas reparadoras. 5.2.1 La regla de exclusión. 5.2.2 Protección igualitaria. 5.2.3 Sentencia penal. 5.3 Derechos frágiles, regímenes frágiles. Conclusión.

Introdução

A “proporcionalidade” é hoje aceita como um princípio geral do direito por cortes constitucionais e tribunais internacionais ao redor do mundo¹. A “análise de

¹ Em 2004, o acadêmico canadense David Beatty afirmou que a análise de proporcionalidade era a “regra suprema” do Estado de Direito para resolver questões constitucionais sobre direitos. Do ponto de vista positivo, era o método dominante de interpretação constitucional no mundo e, do ponto de vista normativo, era superior a outros métodos como o originalismo ou o textualismo. BEATTY, David M. *The ultimate rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 159-188. Em 2005, o jurista estadunidense David Law identificou a proporcionalidade como um componente “genérico” da jurisdição constitucional ao redor do mundo. LAW, David S. Generic constitutional law. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 89, p. 652-748, 2005. Sobre o papel da proporcionalidade no direito internacional e no direito administrativo, ver, por exemplo, ISRAEL. Supreme Court. HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, 58(5) PD 807, 2004. Tradução em: *Israel Law Reports*, Jerusalem, v. 2004, p. 264. Ver também BÚRCA, Gráinne de. The principle of proportionality and its application in EC law. *Yearbook of European Law*, Oxford, v. 13, p. 105-113, 1993.

proporcionalidade” (*proportionality review*), uma forma de doutrina^{viii} estruturada, agora atravessa fronteiras nacionais, constituindo uma metodologia aparentemente comum para a avaliação de muitas reivindicações constitucionais e de direitos humanos². Os Estados Unidos são frequentemente vistos como ponto fora da curva nessa aceitação transnacional da proporcionalidade no direito constitucional³. No entanto, algumas áreas do direito constitucional estadunidense adotam a proporcionalidade como princípio, conforme ocorre na jurisprudência da Oitava Emenda⁴, ou contêm outros elementos da “análise de proporcionalidade” estruturada amplamente utilizada na jurisprudência constitucional estrangeira⁵, incluindo a análise de “adequação estrita” (*narrow tailoring*) ou de “alternativas menos restritivas” presentes no escrutínio estrito (*strict scrutiny*) estadunidense⁶.

Stephen Breyer, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, sugeriu que existem outras áreas nas quais o padrão apropriado de revisão judicial envolveria o exame da proporcionalidade da regulamentação governamental⁷. Por exemplo,

^{viii} No direito estadunidense, *doctrine* refere-se a um conjunto de princípios e critérios consolidados pela jurisprudência – algo próximo a uma “linha decisional” ou “construção jurisprudencial” – e não à doutrina em sentido brasileiro (literatura acadêmica especializada). Optou-se por manter a palavra “doutrina” para preservar a terminologia do original, ressaltando, entretanto, a diferença conceitual. [NT]

² O Tribunal Constitucional Alemão tem sido particularmente influente, assim como a Suprema Corte do Canadá, no desenvolvimento da “análise de proporcionalidade” de forma que influencia outros países. Sobre como abordagens aparentemente semelhantes podem ser aplicadas ou compreendidas de maneira diferente em países distintos, ver BOMHOFF, Jacco. *Balancing constitutional rights: the origins and meaning of the postwar legal discourse*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 (comparando concepções estadunidenses e alemãs de ponderação); e GRIMM, Dieter. *Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence*. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, v. 57, p. 383-397, 2007.

³ Ver COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. The hidden foreign law debate in Heller: the proportionality approach in American constitutional law. *San Diego Law Review*, San Diego, v. 46, p. 367-409, 2009; ver também COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *Proportionality and constitutional culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 14-16.

⁴ Ver, por exemplo, *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 59 (2010); ver também casos citados nas notas 43 e 44.

⁵ Ver, de modo geral, GARDBAUM, Steven. The myth and reality of American constitutional exceptionalism. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 107, p. 391-466, 2008.

⁶ Ver, de modo geral, FALLON JR., Richard H. Strict judicial scrutiny. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 54, p. 1267-1336, 2007.

⁷ Ver BREYER, Stephen. *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*. 2006. p. 49. O interesse do Juiz [da Suprema Corte] Breyer pela proporcionalidade como abordagem para análise de direitos remonta a um período anterior. Ver, por exemplo, *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 535-41 (2001) (Breyer, J., voto concorrente); *Nixon v. Shrink Mo. Gov't PAC*, 528 U.S. 377, 399-405 (2000) (Breyer, J., voto concorrente); *United States v. Playboy Entm't Grp.*, 529 U.S. 803, 835-47 (2000) (Breyer, J., voto dissidente); ver também GEWIRTZ, Paul. *Privacy and*

em *United States v. Alvarez*⁸, o voto concorrente do juiz Breyer, com a adesão da juíza Kagan, associou a análise de proporcionalidade ao escrutínio intermediário e aplicou esse padrão para avaliar uma contestação baseada na Primeira Emenda contra a Lei de Valor Roubado (*Stolen Valor Act*)⁹. Em sua dissidência em *District of Columbia v. Heller*¹⁰, Breyer trouxe explicitamente a ideia de proporcionalidade como guia para regulamentações permissíveis à luz da Segunda Emenda¹¹. Essa invocação levou alguns estudiosos a considerar, de forma crítica, as possibilidades de que a análise de proporcionalidade, tal como desenvolvida em outras partes do mundo, viesse a ser mais plenamente incorporada nos Estados Unidos¹².

Ao considerar os desdobramentos dentro e fora dos Estados Unidos, o momento é oportuno para lançar um novo olhar sobre a proporcionalidade, tanto como princípio geral de análise constitucional quanto como doutrina estruturada de benefício potencial para áreas específicas do direito constitucional estadunidense. Em 1987, T. Alexander Aleinikoff criticou o direito constitucional dos EUA por sua excessiva dependência da ponderação em doutrinas como o escrutínio estrito e em casos como *Tennessee v. Garner*¹³ ou *Mathews v. Eldridge*¹⁴, nos quais a Corte buscou equilibrar diferentes interesses¹⁵. Logo surgiram outros trabalhos, contrastando abordagens mais categóricas e baseadas em regras, de um lado, e padrões, de outro¹⁶. A produção acadêmica do final dos anos 1980 pode ter influenciado a jurisprudência

speech. *Supreme Court Review*, Chicago, 2001. p. 157-166. (descrevendo o voto concorrente do Juiz Breyer em *Bartnicki v. Vopper*, no qual Breyer analisou se as “restrições à liberdade de expressão... são desproporcionais”, demonstrando uma abordagem mais “flexível” no reconhecimento de “interesses constitucionais concorrentes” entre privacidade e liberdade de expressão); cf. *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 520 U.S. 180, 227 (1997) (Breyer, J., voto concorrente em parte) (argumentando que a corte revisora deveria considerar “se há maneiras significativamente menos restritivas de atingir os objetivos do Congresso em relação à programação aberta, e... se a legislação... estabelece um equilíbrio razoável entre consequências potencialmente restritivas e incentivadoras da liberdade de expressão”).

⁸ *United States v. Alvarez*, 132 S. Ct. 2537 (2012).

⁹ Ver *ibid.*, p. 2551-52 (Breyer, J., voto concorrente no julgamento).

¹⁰ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

¹¹ *Ibid.*, p. 682, 690 (Breyer, J., voto dissidente).

¹² Ver COHEN-ELIYA; PORAT (2009), nota 3, p. 378-84, 395-408 (discutindo “ponderação” como “a exceção”, e não “a regra”, nos Estados Unidos); ver também COHEN-ELIYA; PORAT (2013), nota 3.

¹³ *Tennessee v. Garner*, 471 US 1 (1985).

¹⁴ *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976).

¹⁵ ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 96, p. 943-991, 1987. p. 943-948, 968, 982-983, 989-991.

¹⁶ Ver, de modo geral, e.g., SCALIA, Antonin. The rule of law as the law of rules. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 56, p. 1175-1188, 1989; SULLIVAN, Kathleen M. The Supreme Court, 1991 Term—Foreword: the justices of rules and standards. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 106, p. 22-123, 1992.

em algumas áreas no sentido de adotar regras mais categóricas¹⁷. No entanto, esses debates anteriores nos EUA não poderiam ter sido informados pelo curso posterior da análise de proporcionalidade em outros países. A experiência das cortes estrangeiras com a referida análise lança nova luz sobre essas questões persistentes, sugerindo que o direito constitucional dos EUA iria se beneficiar de um aumento moderado no uso da proporcionalidade.

A proporcionalidade pode ser compreendida como princípio jurídico, objetivo de governo e abordagem estruturada específica de revisão judicial (*judicial review*). Como princípio e objetivo do governo constitucional, a proporcionalidade é um “preceito de justiça”¹⁸, incorporando a ideia de que danos maiores impostos pelo governo devem ser justificados por razões robustas e que transgressões graves da lei sejam sancionadas mais severamente do que as menos danosas¹⁹. A proporcionalidade como princípio está presente em várias áreas do direito constitucional estadunidense, por exemplo, na jurisprudência da Oitava Emenda sobre “penas cruéis e incomuns” e “multas excessivas”; como limite imposto pela Cláusula do Devido Processo (*Due Process Clause*) à concessão de indenizações punitivas; e em casos envolvendo a Cláusula de Expropriação (*Takings Clause*), que requerem uma “proporcionalidade aproximada” entre as condições para a concessão de variações urbanísticas e os benefícios dessa variação ao proprietário. Em todas essas áreas, o princípio da proporcionalidade impõe alguma barreira à atuação governamental que, de outra forma, seria autorizada, limite o qual é conectado a um senso de justiça para com os indivíduos ou a um desejo de evitar o abuso de poder por parte do governo. A proporcionalidade tem como preocupação central a forma como, em uma “sociedade democrática, ... o respeito à dignidade de todos os homens é central”²⁰, refletido na “crença [antiga] da nossa Nação na ‘individualidade e na dignidade do ser humano’”²¹.

¹⁷ Ver nota 307. Compare-se, e.g., *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 402-03, 406-07 (1963) (aplicando o padrão decisório do interesse [estatal] imperioso para revisar reivindicações de acomodação religiosa em relação a leis de aplicação geral), com *Emp’t Div. v. Smith*, 494 U.S. 872, 890 (1990) (rejeitando alegações de “acomodação” de práticas religiosas frente a leis de aplicação geral).

¹⁸ *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 367 (1910) (associando “justiça” e sua exigência de que as punições sejam proporcionais à gravidade do crime à proibição da Oitava Emenda contra punições cruéis e incomuns).

¹⁹ Ver *ibid.*; ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Tradução de Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 102-104. (descrevendo a “Lei da Ponderação” como se segue: “quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, ou de prejuízo a ele, maior deve ser a importância de satisfazer o outro”).

²⁰ *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332, 343 (1943).

²¹ *Elk Grove Unified Sch. Dist. v. Newdow*, 542 U.S. 1, 41 (2004) (O’Connor, J., voto concorrente no julgamento) (citação omitida).

A proporcionalidade como doutrina jurídica estruturada é utilizada por algumas (mas não todas) Cortes que a tratam como princípio geral. Em países como Alemanha, Canadá e Israel, utiliza-se um conjunto semelhante de questões sequenciais em múltiplas etapas²²; em outros lugares, tais questões são consideradas, mas de maneira menos sequencial²³. No Canadá, por exemplo, a análise estruturada da proporcionalidade começa com a atenção ao escopo da proteção conferida por um direito. Se um direito foi violado, a análise passa para a autoridade da ação e para a importância e legitimidade do objetivo governamental; se for demonstrada uma violação de interesses protegidos por um direito e se a ação impugnada tiver sido “prescrita por lei” de forma suficientemente precisa e para um objetivo legítimo e importante, então a constitucionalidade dos meios utilizados é examinada por meio de uma análise tripla sobre: (a) racionalidade; (b) menor restrição possível; e (c) proporcionalidade em sentido estrito²⁴. Vários desses critérios correspondem a elementos dos escrutínios “estrito”, “intermediário” ou de “base racional” nos EUA – a necessidade de um objetivo governamental importante ou “imperioso”; a conexão racional exigida entre os meios escolhidos e o fim; e a análise de “menor restrição” sobre a existência de meios menos restritivos para atingir o mesmo objetivo.

A análise estruturada da proporcionalidade em países como Canadá, Alemanha ou Israel inclui uma etapa adicional – a “proporcionalidade em sentido estrito” – que pergunta se a restrição dos direitos do impugnante pode ser justificada por meio dos benefícios decorrentes da realização de um objetivo público importante. Essa etapa exige uma avaliação judicial independente para compreender se as razões apresentadas pelo governo, em relação à limitação de direitos, são suficientes para justificar a restrição. Embora tal fase às vezes seja chamada de “ponderação”, a

²² Ver BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 179-181, 188-189, 208-210 (descrevendo a doutrina da proporcionalidade na Alemanha, no Canadá e em Israel); ver também páginas 181-87, 190-206 (descrevendo os princípios ou a doutrina da proporcionalidade em dois tribunais europeus transnacionais, Irlanda, Inglaterra, Nova Zelândia, Austrália, África do Sul, Europa Central e Oriental, Ásia e América do Sul); KIEFEL, Susan. *Proportionality: a rule of reason*. *Public Law Review*, Sydney, v. 23, p. 85-94, 2012. p. 86. (descrevendo como a proporcionalidade na Austrália não é considerada um princípio geral, como em muitas partes do mundo, mas é utilizada no direito constitucional para testar os limites da autoridade legislativa constitucional). Sobre a proporcionalidade na União Europeia, ver BÚRCA, nota 1.

²³ Ver PETERSEN, Niels. *Proportionality and the incommensurability challenge—some lessons from the South African Constitutional Court*. New York: New York University School of Law, 2013. (Public Law Research Paper, No. 13-07). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2228854. [<http://perma.cc/936Y-HTYG>] (descrevendo como a África do Sul rejeitou a abordagem “estruturada” e sequenciada ao afirmar que os fatores listados na Seção 36 de sua Constituição devem ser “considerados em uma avaliação geral” [citação omitida]).

²⁴ Ver CANADA. Supreme Court. *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, p. 139. Às vezes, a proporcionalidade é utilizada em análises menos formalmente estruturadas, concentrando-se mais amplamente na razoabilidade dos meios escolhidos à luz da natureza do direito e da justificativa do governo para suas ações. Ver notas 116, 194-95, 198, 201 e o texto correspondente.

questão da “proporcionalidade em sentido estrito”, na doutrina da proporcionalidade estruturada, difere dos testes de “ponderação”, que tendem a se concentrar primariamente na quantificação do bem social líquido, como em *Dennis v. United States*²⁵ ou *Mathews v. Eldridge*²⁶.

Tomemos o Canadá como exemplo de análise estruturada e sequencial de proporcionalidade. Em primeiro lugar, a “proporcionalidade em sentido estrito” integra uma doutrina que, como um todo, prioriza o direito, atribuindo ao governo o ônus da justificação²⁷. Nesse aspecto, a análise estruturada da proporcionalidade difere das análises “multifatoriais”, como se vê em alguns países, incluindo a África do Sul²⁸, ou de parte da jurisprudência estadunidense que adota a abordagem de “ponderação de interesses”. Em segundo lugar, a análise de proporcionalidade no estilo canadense constitui uma sequência lógica de perguntas que limita a necessidade de considerar se os interesses governamentais justificam a restrição aos interesses protegidos por direitos. Isso é feito inicialmente examinando se a ação impugnada está autorizada por lei, e depois se o objetivo do governo é suficientemente importante para justificar qualquer limitação ao direito. Se os parâmetros desses testes iniciais forem alcançados, a análise de proporcionalidade canadense examinará a racionalidade e a necessidade dos meios escolhidos antes de chegar à questão final da “proporcionalidade em sentido estrito”. Assim, se os meios escolhidos não forem adequados ou necessários para prosseguir com o interesse governamental, o caso pode ser resolvido em uma dessas etapas. As cortes não precisam chegar à questão da “proporcionalidade em sentido estrito” a menos que haja um conflito genuíno

²⁵ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 510 (1951) (decisão da pluralidade) (sugerindo que a acusação viola a Primeira Emenda dependendo de “se a gravidade do ‘mal’, descontada por sua improbabilidade, justifica tal invasão da liberdade de expressão na medida necessária para evitar o perigo”).

²⁶ *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976) (estabelecendo que a resolução de questões de devido processo legal processual “requer a consideração de três... fatores: Primeiro, o interesse privado... afetado...; segundo, o risco de uma privação errônea... pelos procedimentos utilizados, e o valor provável... de [outras] garantias processuais; e finalmente, o interesse do Governo, incluindo a função envolvida e os encargos fiscais e administrativos que o[s] requisito[s] adicional[is] acarretariam”). Uma característica significativa dessa formulação é a aparente ausência de qualquer priorização do direito subjacente a uma audiência justa; o teste de *Mathews* sugere uma espécie de análise quantificável de custo-benefício, sem atribuir peso claro aos valores processuais básicos de audiências justas para aqueles que são alvo de tratamento governamental adverso. Ver MASHAW, Jerry L. The Supreme Court’s due process calculus for administrative adjudication in *Mathews v. Eldridge*: three factors in search of a theory of value. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 44, p. 28-59, 1976. (sugerindo que a falha de *Mathews* reside em “sua ênfase em questões técnicas em vez de questões de valores”, *ibid.*, p. 30).

²⁷ CANADÁ. Supreme Court. *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, p. 136-37.

²⁸ ÁFRICA DO SUL. Constituição da República da África do Sul, 1996. § 36; ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. *S. v. Manamela and Another*, 2000 (3) SA 1 (CC), § 32, p. 29.; ver PETERSEN, nota 23.

entre o interesse do governo e os interesses protegidos por um direito²⁹. Em terceiro lugar, a “proporcionalidade em sentido estrito” leva as cortes à consideração tanto do direito violado quanto dos objetivos do governo, não apenas em termos de sua gravidade teórica, mas quanto ao peso relativo ou à relevância das razões do governo em relação ao prejuízo aos direitos do impugnante, em um contexto específico, e à luz dos valores constitucionais. Dessa forma, as cortes não estão “substituindo” seu julgamento pelo do legislador³⁰, estão exercendo um papel judicial valioso, assegurando a devida atenção aos direitos dentro de um marco de justiça constitucional.

A Seção 1 oferece o contexto necessário para considerar a proporcionalidade nos Estados Unidos. Destacam-se várias áreas do direito constitucional estadunidense nas quais a proporcionalidade já é um elemento da análise constitucional e argumenta-se que um dos objetivos da Constituição é produzir um governo justo, disposto a evitar arbitrariedades e a agir de forma proporcional. Como complemento, a Seção 1 descreve, com mais detalhes, a forma estruturada da análise de proporcionalidade como existente em diversos países, com especial foco no Canadá.

A Seção 2 explora por que a proporcionalidade não foi adotada como princípio geral do direito constitucional nos Estados Unidos. Sugere que o impacto negativo de casos como *Lochner v. New York*³¹ e *Dennis v. United States*³², enquanto “precedentes negativos”³³, levou à busca por abordagens categóricas que limitassem a discricionariedade judicial. Além disso, a antiguidade da Constituição e das práticas

²⁹ Ver MÖLLER, Kai. *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 193-194.

³⁰ Sobre quanta atenção os legisladores podem dar aos valores constitucionais, existe uma ampla variedade de opiniões. Compare, e.g., NEDELSKY, Jennifer. Legislative judgment and the enlarged mentality. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (ed.). *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 95. (esperando uma “reflexão consciente intermitente” por parte dos legisladores em relação aos valores constitucionais), com GAVISON, Ruth. Legislatures and the phases and components of constitutionalism. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (ed.). *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 198-199. (tratando a interpretação constitucional como algo primariamente voltado às cortes, e não aos legisladores).

³¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

³² *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

³³ Ver BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. Thirteen ways of looking at *Dred Scott*. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 82, p. 49-88, 2007. p. 76. (descrevendo precedentes negativos como esclarecedores quanto a “como os juízes não devem decidir os casos, o que a Constituição não significa, e o que nós, enquanto americanos, não apoiamos”); ver também PRIMUS, Richard A. Canon, anti-canon and judicial dissent. *Duke Law Journal*, Durham, v. 48, p. 243-321, 1998. p. 245. (descrevendo precedentes negativos como “textos que são importantes, mas normativamente desaprovados”); cf. GREENE, Jamal. The anticanon. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 125, p. 379-475, 2011. p. 388-389. (oferecendo uma análise de citações de precedentes negativos que coloca *Lochner* e *Dennis* entre os seis casos mais frequentemente citados negativamente, mas argumentando que o “anticanone” é na verdade menor e depende mais de contingências históricas do que de raciocínios ou resultados incorretos ou imorais).

interpretativas a ela relacionadas ajudam a explicar a ausência de qualquer aceitação geral da proporcionalidade. Por exemplo, a brevidade da Constituição e, correlatamente, a escassez relativa de direitos vistos como em tensão uns com os outros, tendem a reforçar a visão dos direitos como absolutos³⁴ ou como razões proibidas para ações governamentais³⁵. Essas concepções contrastam com entendimentos alternativos dos direitos como proteções presuntivas de interesses humanos³⁶ ou como valores a serem otimizados³⁷, que alguns dos principais teóricos vinculam à análise de proporcionalidade. Ao contrário dos países europeus, que têm incentivos para harmonizar o direito constitucional nacional com regimes internacionais de direitos que se baseiam na proporcionalidade, os Estados Unidos não se sentem à vontade em tratar suas obrigações internacionais de direitos humanos como judicialmente exequíveis no âmbito doméstico³⁸.

A Seção 3 apresenta um argumento afirmativo a favor de um maior uso da proporcionalidade como princípio e da proporcionalidade estruturada como padrão de análise judicial nos Estados Unidos. Começo analisando áreas específicas do direito constitucional estadunidense, iniciando por casos relacionados à Quarta Emenda, como *Atwater v. City of Lago Vista*³⁹, com regras rígidas que permitem à polícia deter e revistar, independentemente da gravidade da infração, regras que

³⁴ Esta é uma ideia associada a Ronald Dworkin, ver DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. xi, 90-100, 190-197, embora talvez, de maneira contestável, ver GARDBAUM, Stephen. A democratic defense of constitutional balancing. *Law and Ethics of Human Rights*, [S.l.], v. 4, p. 78-104, 2010. Nota 29, p. 85, ver também NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. New York: Basic Books, 1974. p. 26-53 (discutindo direitos como “restrições laterais” [side constraints]).

³⁵ Ver PILDES, Richard H. Avoiding balancing: the role of exclusionary reasons in constitutional law. *Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 45, p. 711-758, 1994.; ver também KAGAN, Elena. Private speech, public purpose: the role of governmental motive in First Amendment doctrine. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 63, p. 413-516, 1996. p. 414. (argumentando que o propósito da presunção contra regulamentações baseadas no conteúdo é a probabilidade de que haja uma finalidade governamental ilícita para tal regulamentação).

³⁶ Ver SCHAUER, Frederick. A comment on the structure of rights. *Georgia Law Review*, Athens, GA, v. 27, p. 415-428, 1993. (concebendo os direitos como “escudos”, protegendo os titulares de direitos contra intrusões, salvo se a ação governamental estiver suficientemente justificada).

³⁷ Ver ALEXYY, nota 19, p. 47-50 (descrevendo a maioria dos direitos constitucionais não como “regras”, mas como “princípios” que requerem otimização). O trabalho de Alexy tem sido amplamente influente. Ver, e.g., STONE SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality balancing and global constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, v. 47, p. 72-164, 2008. p. 93-96. (discutindo as contribuições de Alexy).

³⁸ Ver, e.g., ESTADOS UNIDOS. *Declaration 1, U.S. reservations, declarations, and understandings: International Covenant on Civil and Political Rights*. *Congressional Record*, Washington, D.C., v. 138, p. S4781, edição diária de 2 abr. 1992. (“[A]s disposições dos artigos 1 a 27 do Pacto não são autoexecutáveis.”); *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008); *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006).

³⁹ *Atwater v. City of Lago Vista*, 532 U.S. 318 (2001); ver também *Florence v. Bd. of Chosen Freeholders*, 132 S. Ct. 1510 (2012), discutido na nota 176.

favorecem condutas policiais humilhantes e mal-intencionadas. Excluir considerações de proporcionalidade não cumpre o propósito da Quarta Emenda nem promove o respeito pela Constituição como norma jurídica. A jurisprudência canadense sobre direitos análogos oferece uma abordagem alternativa. Em seguida, considero um caso recente da Primeira Emenda, *Holder v. Humanitarian Law Project*⁴⁰, que parece divergir das regras categóricas existentes. A aplicação da análise de proporcionalidade estruturada nesse caso, sugiro, exigiria uma atenção mais disciplinada tanto aos interesses da liberdade de expressão quanto aos de segurança nacional, a fim de esclarecer quais considerações devem prevalecer.

Em seguida, discuto alguns argumentos normativos^{xi} gerais a favor da análise de proporcionalidade estruturada e de seus princípios. Em primeiro lugar, a análise de proporcionalidade no estilo canadense promove decisões estruturadas e transparentes por meio de um arcabouço metodológico estável. Em segundo, a proporcionalidade como princípio ajuda a aproximar o direito constitucional da justiça constitucional. Em terceiro lugar, os princípios de proporcionalidade e a sua análise oferecem uma ligação mais aprimorada entre as cortes e os demais poderes do Estado, fornecendo critérios de conduta constitucional que podem ser utilizados pelos legislativos e executivos, além de serem abertos à sua contribuição. Por último, a análise de proporcionalidade pode revelar falhas processuais, incluindo afastamentos de uma governança imparcial que justificam um escrutínio judicial mais rigoroso.

A Seção 4 aborda várias objeções à análise de proporcionalidade – de que seria irracional; protegeria direitos de forma insuficiente; invadiria, de forma excessiva, as competências do poder legislativo; ou empoderaria demais as cortes – e responde a cada uma delas. Dou atenção especial à preocupação de que a análise de proporcionalidade se concentre muito nas justificativas governamentais para seus meios, e não o suficiente em concepções deontológicas dos direitos. Acho que compreensões mais deontológicas dos direitos e atenção aos textos constitucionais específicos e às linhas jurisprudenciais são apropriadas tanto na definição inicial sobre se um direito foi violado e quais fins são legítimos quanto na avaliação da “proporcionalidade em sentido estrito.” A referida Seção também considera argumentos baseados no excepcionalismo americano que impediriam um uso mais amplo da análise de proporcionalidade. Tais alegações excepcionalistas, no entanto, não podem ser

⁴⁰ *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010).

^{xi} Normativo (*normative*), na tradição estadunidense, se refere a uma leitura de como o direito deveria ser, traduzindo ideias de justificação, e não de regulação, prevista em um texto jurídico. [NT]

formuladas ou respondidas de maneira genérica; de fato, argumento que a história e a experiência dos EUA sustentam uso mais amplo da proporcionalidade.

Embora alguns estudiosos vejam a aplicação casuística da análise de proporcionalidade como quase sempre normativamente superior a outras abordagens de adjudicação de direitos⁴¹, a Seção 5 adota uma visão diferente. Texto, história e precedentes importam. Nem todos os direitos possuem a mesma estrutura ou servem aos mesmos propósitos. Reivindicações de liberdade de expressão, que se beneficiam de uma estrutura presumivelmente categórica, são diferentes de condutas policiais ou sentenças criminais, áreas que se beneficiariam de maior atenção à proporcionalidade. Mesmo na adjudicação de uma única reivindicação, diferentes questões podem exigir tratamentos distintos. No direito à proteção igualitária, dar mais atenção a efeitos desproporcionais não implica necessariamente em adotar todos os elementos da doutrina da proporcionalidade estruturada. Ademais, às vezes, os resultados mais “proporcionais” serão alcançados por meio de regras categóricas, especialmente quando se consideram os regimes de reparação⁴². Ao menos alguns desses regimes baseados em regras podem ser justificados em termos de análise de proporcionalidade no nível da regra. Ser proporcional em relação à proporcionalidade significa reconhecer que a história e o texto têm papéis a desempenhar, bem como que a proporcionalidade enquanto princípio nem sempre é atendida pela proporcionalidade como doutrina.

1. A proporcionalidade no constitucionalismo dos EUA e no exterior

A proporcionalidade, como elemento da doutrina constitucional, já foi reconhecida em diversas áreas do direito constitucional contemporâneo nos Estados Unidos. Isso não é surpreendente, uma vez que constituições bem elaboradas são geralmente concebidas para promover comportamentos governamentais proporcionais e não arbitrários. O que os Estados Unidos atualmente não utilizam é a “doutrina da proporcionalidade” estruturada, descrita na Subseção 1.3.

⁴¹ Ver BEATTY, nota 1; cf. MÖLLER, nota 29, p. 24, 75-90, 180 (descrevendo o propósito dos direitos constitucionais como a garantia de que interesses de autonomia sejam protegidos por meio de justificações baseadas em testes de proporcionalidade e ponderação [*balancing*], embora observando áreas limitadas que não estão sujeitas à análise de proporcionalidade ou a todos os seus subtestes).

⁴² Além disso, a distinção entre aplicação caso a caso e formulação de regras mais gerais é exagerada em qualquer sistema jurídico comprometido com a consistência. Ver nota 343.

1.1 Princípios da proporcionalidade já reconhecidos no direito constitucional dos EUA

Os estadunidenses já estão familiarizados com o princípio jurídico da proporcionalidade no direito constitucional. A jurisprudência da Oitava Emenda há muito reconhece que punições flagrantemente desproporcionais à gravidade do delito são proibidas como penas cruéis e incommuns⁴³, embora a disposição da Corte para de fato examinar a proporcionalidade das sentenças tenha variado ao longo do tempo e dos contextos⁴⁴. A Cláusula de Multas Excessivas (“*Excessive Fines Clause*”) da Oitava Emenda também tem sido entendida como uma imposição de limites de proporcionalidade⁴⁵. Desde a década de 1990, a Corte tem invocado a proporcionalidade em vários outros contextos constitucionais. Sob a Cláusula do Devido Processo, as cortes devem agora garantir que o valor das indenizações punitivas em ações civis “seja tanto razoável quanto proporcional ao dano sofrido pelo autor e aos danos gerais concedidos”⁴⁶. Sob a Cláusula de Expropriação, as condições para concessão de licenças de zoneamento devem ter uma “proporcionalidade aproximada” em

⁴³ Ver, e.g., *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 59 (2010) (“O conceito de proporcionalidade é central para a Oitava Emenda.”); *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983) (avaliando a proporcionalidade de uma sentença de prisão perpétua); *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982) (avaliando a proporcionalidade de uma sentença de pena de morte); *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 367 (1910) (argumentando que a proibição da Oitava Emenda contra punições cruéis e incommuns incorpora o “preceito de justiça de que a punição pelo crime deve ser graduada e proporcional ao delito”). Embora os juízes que compuseram a maioria em *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991) tenham divergido sobre se a análise de proporcionalidade se aplica a casos não capitais, *Weems* havia aplicado tal revisão a uma punição de trabalhos forçados por um período de anos. Ao fazê-lo, *Weems* foi consistente, com comentários anteriores da Suprema Corte sobre o significado da Oitava Emenda. Ver *Pervear v. Massachusetts*, 72 U.S. (5 Wall.) 475, 480 (1867) (sugerindo que as cláusulas da Oitava Emenda como um todo proibiam punições que fossem “excessivas, ou cruéis, ou incommuns”); cf. *O’Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323, 331 (1892) (citando uma decisão de corte inferior interpretando a Oitava Emenda e uma disposição constitucional análoga estadual como proibindo punições “excessivas”, “opressivas” ou “irrazoavelmente severas”, mas, por outros motivos, rejeitando ataque a uma sentença longa, impondo tempo cumulativo em múltiplas condenações); ver também notas 425-426.

⁴⁴ Por exemplo, de 1983, quando *Solem*, 463 U.S. 277, foi decidido, até *Graham*, 560 U.S. 48 (2010), a Corte não invalidou nenhuma sentença de prisão por desproporcionalidade sob a Oitava Emenda, mas, desde 1977, a Corte invalidou sentenças de morte pelo estupro de um adulto, *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977); por homicídio qualificado cometido por alguém que não foi o autor direto do homicídio nem teve a intenção ou tentou matar, *Enmund*, 458 U.S. 782; por estupro de criança, *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008); e para pessoas com deficiência intelectual, *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), ou que eram adolescentes no momento do crime pelo qual foram condenadas, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005). Em *Graham*, a Corte considerou inconstitucional uma sentença de prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional para um adolescente condenado por crime não homicida; em *Miller v. Alabama*, 132 S. Ct. 2455 (2012), a Corte considerou inconstitucionais as sentenças obrigatórias de prisão perpétua sem liberdade condicional para adolescentes condenados por homicídio, concluindo que a imposição de tal sentença exigia consideração individualizada.

⁴⁵ Ver *United States v.ajakajian*, 524 U.S. 321 (1998).

⁴⁶ *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 426 (2003) (ênfase adicionada). Ver, no geral, *BMW of N. Am. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996) (limitando danos punitivos sob a cláusula do devido processo legal).

relação aos efeitos do uso proposto da propriedade⁴⁷. Além disso, o parâmetro do “ônus excessivo” é agora o critério balizador nos casos de aborto julgados pela Corte, incorporando, em sua linguagem e aplicação, uma preocupação com a razoabilidade das regulamentações que afetam as escolhas das mulheres de interromper a gravidez antes da viabilidade fetal⁴⁸. Todos esses critérios invocam a proporcionalidade na resolução de questões envolvendo direitos individuais, assim como as opiniões do juiz Breyer sobre a Primeira Emenda⁴⁹. Outrossim, a Corte estendeu os padrões de proporcionalidade a questões de federalismo: desde 1997, a legislação, com base na Seção 5 da Décima Quarta Emenda, deve apresentar “congruência e proporcionalidade” em relação à conduta proibida pela Seção 1⁵⁰.

Como esses exemplos sugerem, as cortes estadunidenses têm achado o conceito de proporcionalidade cada vez mais atraente para resolver desafios interpretativos, levando estudiosos a identificar as raízes das doutrinas da proporcionalidade no direito constitucional dos EUA. Richard Fallon, a título de exemplificação, traçou comparações entre a doutrina europeia da proporcionalidade e o escrutínio estrito estadunidense tal como surgiu na década de 1960 (e tem sido aplicado desde então)⁵¹, enquanto Alec Stone Sweet e Jud Mathews identificam a análise de proporcionalidade em casos do século XIX sobre a Cláusula de Comércio Dormente (*Dormant Commerce Clause*)⁵². A atração pela proporcionalidade, tanto nas cortes quanto na academia, não é surpresa, já que a aspiração por um governo proporcional, como aspecto importante da justiça, está implícita no desenho constitucional.

1.2 Governo proporcional como objetivo do design constitucional

O Preâmbulo da Constituição declara que um de seus objetivos é “estabelecer a Justiça”, ecoando os compromissos definidores dos principais instrumentos

⁴⁷ Ver, e.g., *Koontz v. St. Johns River Water Mgmt. Dist.*, 133 S. Ct. 2586, 2591 (2013); *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374, 391, 398 (1994).

⁴⁸ Ver *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 878 (1992) (voto de O'Connor, Kennedy & Souter, JJ.).

⁴⁹ E.g., *United States v. Alvarez*, 132 S. Ct. 2537, 2551-52 (2012) (Breyer, J., concordando com o julgamento).

⁵⁰ Ver *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

⁵¹ Ver FALLON JR., nota 6, p. 1295-96, 1330-34.

⁵² Ver MATHEWS, Jud; STONE SWEET, Alec. All things in proportion? American rights review and the problem of balancing. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 60, p. 797-868, 2011. p. 814-824.; cf. SULLIVAN, E. Thomas; FRASE, Richard S. *Proportionality principles in American law: controlling excessive government actions*. New York: Oxford University Press, 2009 (defendendo maior reconhecimento da proporcionalidade como princípio em diversas áreas do direito).

constitucionais estaduais da época⁵³. A “Justiça” tem sido, ao menos desde Aristóteles, associada à proporcionalidade⁵⁴. Embora o Preâmbulo não contenha concessões de poder com efeito jurídico autônomo, fornece, ainda assim, um importante pano de fundo para a compreensão dos propósitos constitucionais relevantes à interpretação das disposições operativas que o seguem⁵⁵. Da mesma forma, há alusões à proporcionalidade nos Artigos Federalistas, nas quais o desenho constitucional é descrito, de forma mais geral, voltado à produção de “um governo sábio e equilibrado para um povo livre”⁵⁶, de modo a ajudar a controlar os “abusos”⁵⁷ e evitar o exercício de “poderes arbitrários e vexatórios”⁵⁸.

⁵³ Ver HOWARD, A. E. Dick. *The road from Runnymede: Magna Carta and constitutionalism in America*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1968. p. 454. (“[N]enhuma forma livre de governo, ou as virtudes da liberdade, pode ser preservada para um povo senão por meio de firme adesão à justiça, moderação, temperança, frugalidade e virtude, bem como por uma recorrência a princípios fundamentais.” [citação da VIRGÍNIA. *Declaration of Rights*, § 15, 1776]); *Ibid.*, p. 458 (“Todo sujeito da comunidade política... deve obter direito e justiça livremente....” [citação da MASSACHUSETTS. *Declaration of Rights*, § XI, 1780]); *Ibid.*, p. 459 (“Uma recorrência aos princípios fundamentais da constituição e uma adesão constante à piedade, justiça, moderação, temperança, indústria e frugalidade são absolutamente necessárias para preservar as vantagens da liberdade e para manter um governo livre.” [citação da MASSACHUSETTS. *Declaration of Rights*, § XVIII, 1780]).

⁵⁴ Sobre proporcionalidade na justiça distributiva, ver ARISTOTLE. *Nichomachean Ethics*. Edição de Sarah Broadie. Tradução de Christopher Rowe. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 162-163. (c. 384 a.C.); na justiça corretiva, *Ibid.*, p. 163-67; BARAK, nota 22, p. 175-78 (identificando as origens filosóficas e históricas da proporcionalidade como parte da justiça); ver também ENGLE, Eric. The general principle of proportionality and Aristotle. In: HUPPES-CLUYSENAER, Liesbeth; COELHO, Nuno M. M. S. (ed.). *Aristotle and the philosophy of law: theory, practice and justice*. Dordrecht: Springer, 2013. p. 265-279. Nota 2, p. 265. (“As ideias de Aristóteles sobre a justiça como razão (*ratio*) e a virtude como meio explicam a aplicação da... proporcionalidade à justiça distributiva e comutativa – respectivamente, justiça social (participações proporcionais na constituição da Pólis, isto é, do Estado), por um lado, e a punição proporcional dos crimes, por outro.”). Sobre o conhecimento dos Fundadores acerca da proporcionalidade como elemento da justiça penal na aplicação de penas, ver STACY, Tom. Cleaning up the Eighth Amendment mess. *William and Mary Bill of Rights Journal*, Williamsburg, v. 14, p. 475-534, 2005. p. 515; e STINNEFORD, John F. Rethinking proportionality under the Cruel and Unusual Punishments Clause. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 97, p. 899-947, 2011. p. 927-947.

⁵⁵ A referência do Preâmbulo à “Justiça” tem sido invocada pelos juízes Stevens e Scalia em opiniões da Suprema Corte. *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914, 953 (2000) (Scalia, J., voto dissidente) (citando a referência do Preâmbulo ao objetivo de “estabelecer Justiça” como propósito da Constituição); *Hess v. Port Auth. Trans-Hudson Corp.*, 513 U.S. 30, 54-55 (1994) (Stevens, J., concordando) (“[É] totalmente apropriado que uma corte dê peso controlador à visão dos Fundadores sobre o propósito de ‘estabelecer Justiça.’”); Ver também STEVENS, John Paul. Is justice irrelevant? *Northwestern University Law Review*, Evanston, v. 87, p. 1121-1130, 1993.

⁵⁶ JAY, John. *The Federalist*, no. 2. In: ROSSITER, Clinton (ed.). *The Federalist Papers*. New York: New American Library, 1961. p. 39.

⁵⁷ HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, no. 9. In: ROSSITER, Clinton (ed.). *The Federalist Papers*. New York: New American Library, 1961. p. 75.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 94 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961); ver também *Ibid.*, num. 23 (notando que “os meios devem ser proporcionais ao fim” no desenho dos poderes governamentais); *Ibid.*, num. 28 (“Os meios a serem empregados devem ser proporcionais à extensão do mal.”); *Ibid.*, num. 31 (afirmando que, com relação à tributação, “os meios devem ser proporcionais ao fim”).

Esses tipos de compromisso com um governo justo e com a proporcionalidade no tratamento dos cidadãos por parte do governo tem raízes profundas nos antecedentes da Constituição dos EUA, incluindo a Magna Carta. Os artigos desta sobre as “*Amercements*”^x expressavam claramente uma exigência de proporcionalidade na imposição de multas⁵⁹; outras disposições exigiam que a “justiça” fosse garantida pelos tribunais⁶⁰. Como demonstrou Dick Howard, a influência da Magna Carta foi sentida nas reivindicações dos colonos americanos por reconhecimento de seus direitos como cidadãos ingleses, conforme estabelecido nas cartas coloniais⁶¹. A influência da Magna Carta e da Declaração de Direitos inglesa⁶² também se reflete nas constituições estaduais do período fundacional, com exigências de que não fossem impostas “penas cruéis e incomuns” nem “multas excessivas”⁶³, bem como

^x No texto original, *amercements* designa multas arbitradas “à mercê do rei” pelos tribunais ingleses medievais – penalidades determinadas após a infração, variáveis conforme a gravidade do ato e a capacidade econômica do condenado, distintas dos fines (pagamentos negociados ou previamente fixados). [NT]

⁵⁹ Ver MAGNA CARTA. Cap. 20 (1215). In: HOWARD, A. E. Dick. *Magna Carta: text and commentary*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1998. p. 42. (“Nenhum homem livre será multado senão de acordo com a medida da infração e por um grande crime de acordo com sua gravidade, preservando a sua posição...”); *Ibid.*, cap. 21 (“Condados e barões serão multados... apenas na medida proporcional à gravidade da infração.”); *Ibid.*, cap. 22 (prevendo limitações semelhantes a multas sobre “propriedade de um escrivão”); o trabalho de Howard reproduz a tradução inglesa da versão da Magna Carta de 1215 encontrada no British Museum, Cotton MS August II.106, com “emendas destinadas principalmente a facilitar a legibilidade sem sacrificar a autenticidade.” *Ibid.*, p. 34. Para um argumento de que a Cláusula de Multas Excessivas da Oitava Emenda deveria ser entendida de forma mais ampla do que é atualmente, ver COLGAN, Beth A. Reviving the Excessive Fines Clause. *California Law Review*, Berkeley, v. 102, p. 277-330, 2014.

⁶⁰ Ver Magna Carta, cap. 40 (1215), HOWARD, nota 59, p. 45 (determinando que a justiça não deve ser vendida, negada nem retardada); ver também *Ibid.*, cap. 39 (afirmando que nenhum homem livre será processado, “exceto pelo julgamento legal de seus pares e pela lei da terra”).

⁶¹ HOWARD, nota 53, p. 14-132, 170-87; ver também HOWARD, A. E. Dick. The bridge at Jamestown: the Virginia Charter of 1606 and constitutionalism in the modern world. *University of Richmond Law Review*, Richmond, v. 42, p. 9-21, 2007.

⁶² A Carta de Direitos inglesa de 1689 é uma importante fonte para o texto da Oitava Emenda. Ver BILL OF RIGHTS. *An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*. 1 W. & M., c. 2, § 10, 1689 (Inglaterra). (“Que nenhuma fiança excessiva seja exigida, nem multas excessivas sejam impostas, nem punições cruéis e incomuns sejam aplicadas...”).

⁶³ Ver HOWARD, nota 53, p. 206-11 (discutindo a declaração de direitos da Virgínia e a constituição de Massachusetts). Ao menos nove das constituições dos treze estados originários incluíam tal proibição. Ver DELAWARE. *Declaration of Rights*, § 16, 1776.; MASSACHUSETTS. *Declaration of Rights*, art. XXVI, 1780. (proibindo qualquer magistrado ou corte de “infligir punições cruéis ou incomuns”); MASSACHUSETTS. *Body of Liberties*, § 46, 1641.; MARYLAND. *Declaration of Rights*, art. XXII, 1776.; NEW HAMPSHIRE. *Bill of Rights*, art. 33, 1784.; NEW YORK. *Bill of Rights*, § 8, 1787.; CAROLINA DO NORTE. *Declaration of Rights*, art. X, 1776.; PENSILVÂNIA. *Constituição da Pensilvânia*, art. IX, § 13, 1790.; PENSILVÂNIA. *Constituição da Pensilvânia*, § 38, 1767. (punições devem ser tornadas “menos sangrentas e, em geral, mais proporcionais ao crime”); CAROLINA DO SUL. *Constituição*, art. IX, § 4, 1790 (proibindo “punições cruéis”); VIRGÍNIA. *Declaration of Rights*, § 9, 1776 (proibindo “multas excessivas” e “punições cruéis e incomuns”). Para uma discussão sobre os requisitos de proporcionalidade de punições nas constituições estaduais, ver BALMER, Thomas A. Some thoughts on proportionality. *Oregon Law Review*, Eugene, v. 87, p. 783-804, 2008. p. 793-795. Como observa Balmer, algumas constituições estaduais que proíbem punições desproporcionais foram revisadas para proibir punições “cruéis e incomuns”; ao menos uma corte estadual concluiu que a mudança na redação não tinha

no direito ao acesso às cortes⁶⁴. Tanto a constituição de Massachusetts quanto a da Virgínia, no período pós-revolucionário, enfatizavam “justiça” e “moderação” como virtudes fundamentais dos governos que buscavam estabelecer⁶⁵. Requisitos semelhantes são evidentes na maioria das constituições modernas em democracias constitucionais e, mesmo quando não explícitos, o objetivo da proporcionalidade está implícito em qualquer constituição que vise produzir justiça tanto limitando quanto conferindo poderes ao governo⁶⁶.

A proporcionalidade mantém uma relação especial com o governo em uma democracia constitucional, pois uma ideia essencial da democracia constitucional é que, em embates entre cidadãos e governo, o governo é contido e evita ações opressivas e arbitrárias⁶⁷. Os meios para alcançar esse objetivo são variados, mas exigir a proporcionalidade das ações é uma das formas pelas quais a ideia de governo limitado pode ser concretizada⁶⁸. Em segundo lugar, a legitimidade das democracias constitucionais baseia-se na responsabilidade perante o povo, o que inclui o consentimento majoritário, mas não se limita a ele. As eleições oferecem uma fonte de responsabilização, no entanto, garantir que o governo apresente razões justificadas para suas ações (sejam legislativas, sejam executivas) contribui para promover uma

como intenção abandonar o requisito de proporcionalidade. Ver *Ibid.*, p. 794 nota 46 (citando *People v. Sharpe*, 839 N.E.2d 492, 500 [Ill. 2005]).

⁶⁴ Ver HOWARD, nota 53, p. 284-94; Ver também William C. KOCH JR., William C. Reopening Tennessee's open courts clause: a historical reconsideration of Article I, Section 17 of the Tennessee Constitution. *University of Memphis Law Review*, Memphis, v. 27, p. 333-385, 1997. p. 367.; PHILLIPS, Thomas R. The constitutional right to a remedy. *New York University Law Review*, New York, v. 78, p. 1309-1338, 2003. p. 1321. Sobre o significado contemporâneo das cláusulas de acesso à justiça, ver RESNIK, Judith. Constitutional entitlements to and in courts: remedial rights in an age of egalitarianism. *Saint Louis University Law Journal*, St. Louis, v. 56, p. 917-1034, 2012. Apêndices 1 e 2, p. 999-1034.

⁶⁵ HOWARD, nota 53, p. 454 (reproduzindo a VIRGÍNIA. *Declaration of Rights*, § 15, 1776; *Ibid.*, p. 459 (reproduzindo a MASSACHUSETTS. *Declaration of Rights*, art. XVIII, 1780).

⁶⁶ Ver LAW, nota 1, p. 687-93; ver também RISTROPH, Alice. Proportionality as a principle of limited government. *Duke Law Journal*, Durham, v. 55, p. 263-327, 2005. p. 284-291.

⁶⁷ Ver MILLER, Charles A. The forest of due process of law: the American constitutional tradition. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (ed.). *Due process: Nomos XVIII*. New York: New York University Press, 1977. p. 3-38. (argumentando que a “ideia de devido processo que perdura” é “de liberdade individual contra imposição governamental arbitrária”; rastreando essa ideia desde a Magna Carta até o pensamento contemporâneo; e concluindo que a “durabilidade do devido processo ao longo de mais de sete séculos e meio... é um tributo àqueles com aspirações por uma vida justa... atentos à relação entre liberdade individual e bem-estar social”).

⁶⁸ Cf. SULLIVAN; FRASE, nota 52 p. 169, 175 (argumentando que a proporcionalidade é um “método instrumental de revisão de medidas governamentais excessivas” e recomendando seu uso no direito constitucional como um “padrão geral de revisão”); Ristroph, nota 66., p. 265 (conceitualizando a proporcionalidade “como uma limitação do poder estatal em uma democracia constitucional liberal”).

responsabilização contínua⁶⁹. Portanto, democracias constitucionais não são apenas governos limitados; são governos limitados por um compromisso com a igualdade humana fundamental. É sobre esse compromisso com a igualdade normativa de todos os membros do corpo político que repousa a autogovernança democrática⁷⁰. Reconhecer que cada pessoa é dotada de uma qualidade de humanidade igualmente merecedora de respeito implica, possivelmente, na exigência de uma justificativa razoável para a imposição de encargos ou restrições especiais⁷¹.

Reconhecer a proporcionalidade como objetivo do governo constitucional não implica necessariamente que a análise judicial seja o melhor método para alcançar decisões proporcionais. Por exemplo, *McCulloch v. Maryland* concluiu que a principal proteção contra a tributação abusiva é o vínculo entre representação e população tributada⁷². Legisladores e atores do Executivo podem ser entendidos, em regra, como detentores de obrigações de agir proporcionalmente, mesmo que tais obrigações não sejam justiciáveis. Qual é, então, o papel dos juízes na implementação do valor constitucional da proporcionalidade? Considero essa questão primeiro fora dos Estados Unidos e, em seguida, dentro do contexto estadunidense.

⁶⁹ Cf. BARAK, nota 22, p. 472-73 (argumentando que limitações aos direitos devem ser devidamente justificadas para serem compatíveis com a democracia e que a análise de proporcionalidade é uma “forma significativa” de fazer isso).

⁷⁰ Ver, e.g., HENKIN, Louis. Human dignity and constitutional rights. In: MEYER, Michael J.; PARENT, William A. (ed.). *The constitution of rights: human dignity and American values*. Ithaca: Cornell University Press, 1992, p. 210-223. p. 214-215.; NEUMAN, Gerald L. Human dignity in United States constitutional law. In: SIMON, Dieter; WEISS, Manfred (ed.). *Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum for Spiros Simitis*. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 249-272. p. 250-252, 270.

⁷¹ Cf. EYLON, Yuval; HAREL, Alon. The right to judicial review. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 92, p. 991-1069, 2006. p. 1018-1019 (argumentando que os “valores subjacentes” ao direito de participação democrática igualitária, incluindo “o ideal de uma comunidade política de iguais”, em que cada pessoa merece “respeito semelhante”, sustentam o direito à revisão judicial); MURPHY, Walter F. Consent and constitutional change. In: O'REILLY, James (ed.). *Human rights and constitutional law*. New York: Garland Publishing, 1992. p. 123-144. (argumentando que o fundamento moral da legitimidade do consentimento também implica limites ao que maiorias democráticas podem fazer). Para um argumento de que os direitos humanos são fundamentados em direito moral de justificação, isto é, de explicar por que “os seres humanos [são apenas] ... tratados de modo que... possa ser justificado a ele ou ela como pessoa igual às demais”, ver FORST, Rainer. The justification of human rights and the basic right to justification: a reflexive approach. *Ethics*, Chicago, v. 120, p. 711-740, 2010.

⁷² *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 430 (1819); ver também *United States v. Cnty. of Fresno*, 429 U.S. 452, 458-59 (1977) (“Os constituintes de um Estado podem confiar em votar contra qualquer legislador que imponha sobre eles um imposto excessivamente alto.”).

1.3 A proporcionalidade em outros contextos: os Estados Unidos em perspectiva comparada

Tendo sugerido que o princípio da proporcionalidade faz parte da Constituição dos EUA, passo agora à proporcionalidade como doutrina estruturada desenvolvida no período pós-Segunda Guerra Mundial na Alemanha, no Canadá, em Israel e em outros países⁷³. Embora existam diferenças nos termos doutrinários e em suas aplicações entre as diversas cortes,⁷⁴ para fins de comparação com as abordagens dos EUA, concentro-me principalmente no Canadá⁷⁵, recorrendo a outras jurisdições para ilustrar pontos específicos. Em 1982, após um longo processo público, o Canadá adotou, como parte de sua Constituição, a Carta de Direitos e Liberdades, que, na Seção 1, garantiu que os direitos ali previstos estavam “sujeitos apenas a tais limites razoáveis prescritos por lei que possam ser demonstravelmente

⁷³ A origem da “doutrina da proporcionalidade” é frequentemente atribuída ao direito administrativo e policial alemão do século XIX. Ver, e.g., COHEN-ELIYA; PORAT (2013), nota 3, p. 24-32. Se o direito alemão inspirou o direito canadense nesse aspecto, é incerto. Ver SHARPE, Robert J.; ROACH, Kent. *Brian Dickson: a judge's journey*. Toronto: University of Toronto Press, 2003. p. 334. (sugerindo que o teste *Oakes* pode ter derivado da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos); GRIMM, nota 2, p. 383-84 (levantando a possibilidade de que o teste *Oakes* tenha derivado de *Central Hudson Gas & Electric Co. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980), mas sugerindo alternativamente que poderia ter vindo da Alemanha); COHN, Margit. Legal transplant chronicles: the evolution of unreasonableness and proportionality review of the administration in the United Kingdom. *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, v. 58, p. 583-630, 2010. Nota 134, p. 620. (observando fortes semelhanças entre os testes alemão e canadense e a possibilidade de que *Oakes* tenha sido inspirado pela lei constitucional alemã por meio do assistente jurídico do juiz Dickson, Joel Bakan, que havia recentemente estudado o direito europeu dos direitos humanos).

⁷⁴ Ver nota 84; notas 23 e 28.

⁷⁵ O Canadá é um ponto de comparação particularmente apropriado. Há muito tempo, o país adota a revisão judicial dos limites constitucionais ao governo. Seu Ato Constitucional de 1867 distribuiu competências entre os governos central e provinciais e conferiu um número limitado de direitos para proteger religiões e línguas minoritárias. Ver UNITED KINGDOM. *Constitution Act*, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3, §§ 91-93, 133. Reimpresso em: CANADA. *Revised Statutes of Canada*, 1985, app. III, no. 5. A Suprema Corte do Canadá foi estabelecida em 1875 e, reconhecendo a influência dos casos estadunidenses, começou a resolver controvérsias constitucionais logo em seguida. Os primeiros casos constitucionais no Canadá focavam principalmente na divisão de competências entre os governos provinciais e federal. Ver, por exemplo, *Citizens & Queen Ins. Co v. Parsons*, [1880] 4. S.C.R. 215, 277-82 (Fournier, J.), 287-88 (Henry, J.), 298-301, 304-06 (Taschereau, J.) (discutindo *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. [4 Wheat.] 316, e *Paul v. Virginia*, 75 U.S. [8 Wall.] 168 [1869]); *Severn v. The Queen*, [1878] 2 S.C.R. 70, 120-29 (Fournier, J.) (discutindo *Brown v. Maryland*, 25 U.S. 419 [1827]). Ademais, mesmo antes da adoção de sua Declaração de Direitos legal em 1960 ou de sua Carta de Direitos e Liberdades constitucional em 1982, a Corte canadense limitava o governo por meio da interpretação legal à luz de princípios constitucionais não escritos. Ver, por exemplo, WILLIS, John. Administrative law and the British North America Act. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 53, p. 251-278, 1939. p. 275 (observando a “interpretação espúria” de estatutos para proteger direitos ao devido processo legal, apesar da ausência de uma base constitucional); ver também *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, 142 (Rand, J.) (afirmando que o dever de boa-fé, implícito no Estado de Direito, vincula os funcionários públicos). E, como nos Estados Unidos (e ao contrário da Alemanha), no Canadá, a revisão judicial de questões constitucionais é “descentralizada” – isto é, não está limitada a um único tribunal constitucional especializado, de modo que muitas cortes no país podem tratar de demandas constitucionais.

justificados em uma sociedade livre e democrática”⁷⁶. Essa disposição pode ser referida como uma cláusula de “limitações”, pois reconhece que os direitos podem ser limitados por razões suficientemente fortes, ou como uma cláusula de “salvaguarda”, pois leis que, de outra forma, infringiriam direitos estão suscetíveis a ter sua validade preservada se atenderem aos critérios da Seção 1. A doutrina canadense desenvolveu um teste de proporcionalidade para determinar se esse padrão é cumprido⁷⁷. Cláusulas de limitações em outros países também têm sido compreendidas como convites às cortes para avaliar as justificativas da ação governamental por meio de análise de proporcionalidade⁷⁸.

No Canadá, quando uma ação governamental é contestada por violar um direito da Carta, cabe ao impugnante demonstrar a violação do direito, e os juízes canadenses inicialmente analisam o escopo dos interesses protegidos. Ao fazê-lo, a Corte geralmente adota uma visão ampla do escopo do que é protegido pelo direito⁷⁹.

⁷⁶ CANADA. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, § 1. Parte I do *Constitution Act*, 1982, conforme incluído no *Canada Act*, 1982, c. 11 (U.K.).

⁷⁷ Ver nota 24 e o texto correspondente. Testes semelhantes são usados na Alemanha, Israel e outras jurisdições; a analogia dessas abordagens atesta a difusão global das análises de proporcionalidade no direito constitucional. Ver nota 73. Ver, no geral, STONE SWEET; MATHEWS, nota 37, p. 72-164, 2008. Sobre por que semelhanças aparentes podem conter diferenças importantes, ver BOMHOFF, Jacco. *Balancing constitutional rights: the origins and meaning of the postwar legal discourse*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 (comparando análises de “ponderação” nos Estados Unidos e na Alemanha).

⁷⁸ Ver, e.g., ISRAEL. *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, 5752-1992. *Sefer Ha-Chukkim*, no. 1391, p. 150, § 8 (“não haverá violação de direitos sob esta lei básica, exceto por uma lei que se adeque aos valores do Estado de Israel, promulgada para uma finalidade adequada e na medida do necessário.”); ÁFRICA DO SUL. *Constituição da República da África do Sul*, 1996, § 36(1). (“Os direitos previstos na Declaração de Direitos podem ser limitados apenas por leis de aplicação geral, na medida em que a limitação seja razoável e justificável em uma sociedade aberta e democrática baseada na dignidade humana, igualdade e liberdade, levando em conta todos os fatores relevantes...”). Os direitos também podem ter limitações “internas” que adotam princípios de proporcionalidade, como ocorre com os “direitos qualificados” do Canadá. Ver HOGG, Peter W. *Constitutional law of Canada*. 5. ed. suplemento. Toronto: Thomson Carswell, 2007. cap. 38-14. Esses direitos incluem as proteções contra buscas ou apreensões “irrazoáveis”, detenções “arbitrárias” e tratamento ou punição “cruel e inumano”, cada um dos quais será discutido abaixo. Ver notas 189-201, 430-431.

⁷⁹ Ver JACKSON, Vicki C. Ambivalent resistance and comparative constitutionalism: opening up the conversation on “proportionality,” rights and federalism. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Philadelphia, v. 1, p. 583-629, 1999. p. 606. (notando a tendência no Canadá de interpretar amplamente o escopo do direito e decidir casos na fase justificatória da análise); ver também HOGG, Peter W. Interpreting the Charter of Rights: generosity and justification. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 28, p. 817-836, 1990. p. 819-820. (identificando e criticando essa abordagem). Essa diferença entre as abordagens canadense e estadunidense pode ser ilustrada pela comparação de três casos: as cortes canadenses interpretam “liberdade de expressão” para incluir qualquer atividade expressiva, exceto violência física, que “transmita ou tente transmitir um significado,” *Irwin Toy Ltd. v. Quebec*, [1989] 1 S.C.R. 927, 968, 969 (Can.), e não excluem categorias de discurso geralmente não protegido, como ocorre na jurisprudência dos EUA. Compare, e.g., Reference §§ 193 & 195.1(1)(c) do Código Penal (Prostitution Reference Case), [1990] 1 S.C.R. 1123, 1125 (Can.) (decidindo que a solicitação da prostituição está incluída no escopo da liberdade de expressão protegida pela Carta em seu § 2(b), mas que a infração legislativa aos direitos de expressão foi justificada sob o § 1), com *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 469-70 (2010) (discutindo “categorias historicamente não protegidas” de discurso), e *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm’n on Human Relations*, 413 U.S. 376, 388 (1973) (“Não temos dúvida

A Corte então considera se o governo demonstrou estar agindo sob autoridade legal clara⁸⁰ e por razões que sejam “urgentes e substanciais em uma sociedade livre e democrática”⁸¹; caso contrário, a análise é encerrada⁸². Se a violação do direito decorre de ação governamental autorizada por lei e tem um objetivo “urgente e substancial”, a Corte então considera se o governo demonstrou que a ação contestada é “justificada de forma demonstrável”⁸³.

Neste estágio de justificação, as cortes empregam uma análise tripartida, centrando-se nos meios utilizados para alcançar o objetivo governamental e perguntando se: (1) os meios escolhidos estão racionalmente relacionados ao fim

de que um jornal constitucionalmente poderia ser proibido de publicar um anúncio defendendo a venda de narcóticos ou solicitando prostitutas”). Mais recentemente, a Suprema Corte do Canadá considerou que certas restrições à prostituição violavam a proteção da Carta em seu § 7 ao “direito à segurança da pessoa” que não foi salva pelo § 1, pois, ao impedir prostitutas de filtrar os clientes em função de sua própria segurança, a proibição da comunicação relacionada à prostituição era “grosseiramente desproporcional” ao objetivo válido da lei. *Canada v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, §§ 22-23, 69-72, 108-09, 120-22, 133-34, 159, 161-63 (Can.).

⁸⁰ Uma limitação de direitos só pode ser justificada se for “prescrita por lei.” CANADA. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, § 1. Parte I do *Constitution Act*, 1982, conforme incluído no REINO UNIDO. *Canada Act*, 1982, c. 11. Ver *Greater Vancouver Trans. Auth. v. Can. Fed’n of Students*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, §§ 70-73 (Can.) (decidindo que uma política que restringia anúncios na lateral de ônibus públicos era “prescrita por lei” por ser obrigatória, adequadamente promulgada, precisa e acessível ao público); *Little Sisters Book & Art Emporium v. Canada*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, §§ 85, 141 (Can.) (decidindo que a discriminação por parte de funcionários alfandegários contra materiais de temática homossexual não poderia ser justificada, pois resultava de decisões internas administrativas e não era “prescrita por lei”). Limitações de direitos com base em uma autoridade excessivamente vaga não constituem limite “prescrito por lei”: “quando não há padrão inteligível e a legislatura deu uma discricionariedade ampla para fazer o que parecer melhor em uma variedade de circunstâncias, não há ‘limite prescrito por lei’”. *Irwin Toy*, [1989] 1 S.C.R. p. 983.

⁸¹ *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, 138-39 (Can.) (explicando que, para justificar a limitação de direitos sob o § 1, o objetivo da lei deve ser “urgente e substancial,” ou “de importância suficiente para justificar a limitação de um direito ou liberdade constitucionalmente protegido”). Na prática, a Corte rejeitou a suficiência de objetivos governamentais sempre que eles foram considerados ilegítimos ou inexistentes. Ver nota 82. A formulação canadense distinta é frequentemente comparada ao teste alemão, que requer apenas uma “finalidade legítima.” Ver, e.g., BILCHITZ, David. *Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine*. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 14, p. 710-737, 2014. p. 735.

⁸² Ver, e.g., *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, §§ 113-15 (Can.) (invalidando a omissão da orientação sexual como categoria protegida no código de direitos humanos, ao concluir que o governo não havia apresentado objetivo articulado para justificar a omissão); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 (Can.) (invalidando um estatuto que exigia o fechamento da maioria das lojas aos domingos por considerar que sua finalidade – tentar forçar a observância religiosa – era ilegítima). Para uma decisão inferior, depois anulada, de que um estatuto cumpria a finalidade “urgente e substancial” exigida sob o teste *Oakes*, ver *Canada (A.G.) v. Somerville*, [1996] 184 A.R. 241 (Can. Alta. C.A.), segundo o qual disposições da *Canada Elections Act* que impunham restrições à publicidade durante campanhas eleitorais e despesas de terceiros tinham o intuito inadequado de favorecer a posição dos partidos políticos e de seus candidatos e, portanto, violavam a Carta. Entretanto, o raciocínio do tribunal de Alberta a esse respeito foi rejeitado no caso *Libman v. Quebec (A.G.)* [1997] 3 S.C.R. 569, §§ 55-56, 79.

⁸³ Juristas canadenses enfatizam a conexão entre a proteção de direitos e os tipos de justificativas que podem apoiar sua limitação. Ver, e.g., *Oakes*, [1986] 1 S.C.R. p. 135; cf. FALLON JR., Richard H. Individual rights and the powers of government. *Georgia Law Review*, Athens, GA, v. 27, p. 343-362, 1993. p. 344. (argumentando que direitos e preocupações consequencialistas que justificam limitações de direitos são conceitualmente interdependentes).

legítimo; (2) os meios escolhidos “afetam em grau mínimo” os direitos protegidos; e (3) os benefícios da medida para alcançar o objetivo governamental são suficientes para justificar o prejuízo aos interesses protegidos por direitos (etapa chamada de “proporcionalidade em sentido estrito”)⁸⁴. A etapa da racionalidade é semelhante à análise de base racional dos EUA⁸⁵. Embora esse elemento seja comumente considerado presente, no caso *Oakes*, a Suprema Corte do Canadá concluiu que uma presunção refutável de que quem possuía qualquer quantidade de droga também estaria traficando na era racional⁸⁶.

Se a lei for considerada (como a maioria é) um meio “racional” de avançar em direção ao objetivo governamental, as cortes passam a considerar se ele afeta o direito “na menor medida razoavelmente possível para atingir o objetivo legislativo”⁸⁷. Essa etapa da afetação mínima é, às vezes, descrita como semelhante ao

⁸⁴ Ver, e.g., *Oakes*, [1986] 1 S.C.R. p. 139 (decidindo que existem “três componentes importantes de um teste de proporcionalidade”): Primeiro, as medidas adotadas devem ser cuidadosamente desenhadas para alcançar o objetivo em questão. Elas não devem ser arbitrárias, injustas ou baseadas em considerações irracionais. [...] Segundo, os meios [...] devem afetar “o mínimo possível” o direito ou a liberdade em questão. Terceiro, deve haver proporcionalidade entre os efeitos da medida [...] e o objetivo que foi identificado como de “importância suficiente.” *Ibid.* (citação omitida). A linguagem usada para descrever esse teste é articulada e aplicada de forma um pouco diferente em várias jurisdições. Ver, e.g., ISRAEL. Supreme Court. *HCJ 2056/04 Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, 58(5) PD 807, 2004. Tradução em: *Israel Law Reports*, Jerusalem, v. 2004, p. 264-297. (referindo-se ao teste da “medida proporcional” ou proporcionalidade “em sentido estrito”); BARAK, nota 22, p. 340 (descrevendo o terceiro teste como sendo o da “proporcionalidade em sentido estrito,” exigindo uma “relação adequada (proporcional no sentido estrito do termo)” entre os benefícios alcançados e os danos causados ao direito constitucional); *Ibid.*, p. 350-65 (distinguindo sua abordagem quanto à etapa final do teste alemão, que analisa a importância marginal da finalidade e da limitação dos direitos considerando outras alternativas da abordagem do teórico alemão Robert Alexy); MÖLLER, nota 29, p. 193-99 (equiparando “racionalidade” com “adequação”, “necessidade” com “meios menos restritivos, mas igualmente eficazes”, e proporcionalidade “em sentido estrito” com “ponderação”); ZOLLER, Elisabeth. *Congruence and proportionality for congressional enforcement powers: cosmetic change or velvet revolution?* *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 78, p. 567-601, 2003. p. 582. (descrevendo o teste de proporcionalidade alemão exigindo que “(1) o ato deve ser adequado (*geeignet*)...; (2) o ato deve ser necessário (*erforderlich, notwendig*), o que não seria o caso se os fins pudessem ser alcançados com meios menos onerosos; e (3) o ato deve ser proporcional em sentido estrito (*verhältnismässig*), o que significa que seus custos não devem ultrapassar os benefícios obtidos por seus fins”).

⁸⁵ Ver MATHEWS; STONE SWEET, nota 52, p. 802 (chamando a etapa da racionalidade de “amplamente semelhante ao que os estadunidenses chamam de revisão por ‘base racional’”, mas observando que “sob [a análise de proporcionalidade], a avaliação das motivações governamentais e da escolha dos meios é mais rigorosa”). Para uma discussão sobre a etapa da racionalidade (“conexão racional,” “adequação” ou “idoneidade”) feita por um ex-presidente da Suprema Corte de Israel, Ver BARAK, nota 22, p. 303-16.

⁸⁶ *Oakes*, [1986] 1 S.C.R. p. 142. Cf. *Mounted Police Ass’n of Ont. v. Canada* (A.G.), 2015 SCC 1, §§ 145-53 (Can.) (McLachlin, C.J. & LeBel, J.) (decidindo que a proibição de sindicato policial não estava racionalmente conectada ao objetivo de promover uma “força policial estável, confiável e neutra”, mas concluindo também que o estatuto falhava no teste de “restrição mínima”).

⁸⁷ *RJR-MacDonald Inc. v. Canada* (A.G.), [1995] 3 S.C.R. 199, 342-43 (Can.) (McLachlin, J.) (destacando também que “a lei deve ser cuidadosamente desenhada para que os direitos sejam limitados apenas na medida do necessário”, reconhecendo que pode haver “uma gama de alternativas razoáveis”, mas indicando que “se o governo falhar em explicar por que não foi escolhida uma medida significativamente menos invasiva e igualmente eficaz, a lei pode falhar”).

requisito de “alternativa menos restritiva” do escrutínio estrito estadunidense; a segunda etapa é, por vezes, descrita na literatura acadêmica como um teste de “necessidade”⁸⁸. Todavia, o teste de afetação mínima não implica necessariamente que, se puder ser imaginada qualquer abordagem menos restritiva, a lei deva ser invalidada⁸⁹; e o governo “não é obrigado a adotar o meio menos drástico para alcançar seu objetivo”, desde que “adote uma medida que se enquadre em um leque de alternativas razoáveis”⁹⁰. As cortes canadenses buscam verificar se há uma alternativa óbvia e viável recorrendo a abordagens já utilizadas por outros governos, como em um caso recente envolvendo procedimentos para provas sigilosas em processos de imigração⁹¹. A presidente da Suprema Corte, McLachlin, enfatizou que o “ponto importante” é saber se os meios alternativos propostos (e menos prejudiciais aos direitos) seriam “menos eficazes” na promoção do objetivo do governo⁹².

⁸⁸ STONE SWEET; MATHEWS, nota 37, p. 75, 78-79 (descrevendo, de forma genérica, as etapas da análise de proporcionalidade).

⁸⁹ *RJR-MacDonald*, [1995] 3 S.C.R. p. 342-43.

⁹⁰ *Mounted Police Ass’n of Ont.*, 2015 SCC § 149.

⁹¹ Ver, e.g., *Charkaoui v. Canada*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, §§ 85-87 (Can.) (concluindo que os procedimentos os quais o juiz considera provas secretas sem acesso do réu ou de alguém que o represente violavam o teste de restrição mínima, dada a existência de alternativas, como defensores especiais com acesso a informações confidenciais utilizados em outros regimes no Canadá e no Reino Unido). Outras formulações também são por vezes usadas. Em *Quebec (Attorney General) v. A.*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, § 439 (Can.) (citações omitidas), a Juíza Chefe McLachlin, escrevendo apenas por si, afirmou que, ao aplicar o teste da restrição mínima, as cortes reconhecem a “margem de apreciação do governo na escolha dos meios para alcançar seu objetivo” e se concentram em saber se a medida contestada “se enquadra dentro de uma gama de alternativas razoáveis”, especialmente “quando as medidas impugnadas ‘tentam equilibrar as reivindicações legítimas, porém conflitantes, de valores sociais’”. Ver também *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, 784-85 (Can.) (argumentando que o critério de menor restrição não exige que as leis sejam as “menos intrusivas” e afirmando que, à luz das diferentes opções e objetivos, “o governo pode legitimamente empregar uma medida mais restritiva... se essa medida... promover o objetivo de forma que respostas alternativas não conseguiriam”, desde que seja, de outro modo, proporcional a um objetivo válido). Os estudiosos canadenses estão divididos quanto à questão de saber se o relaxamento do critério de menor restrição “é algo bom ou ruim”. JACKSON, nota 79, p. 608.

⁹² *Quebec (Att’y Gen.) v. A.*, [2013] 1 S.C.R. § 442; ver nota 87. *Quebec (Attorney General) v. A.* envolveu uma contestação com base na Carta (*Charter challenge*) à falha de Quebec em tratar os casamentos de fato como portadores da gama completa de direitos patrimoniais e de sustento no término da relação, tal como ocorria com os casamentos formalizados ou uniões civis. Quatro juízes não encontraram violação de direitos de igualdade; cinco encontraram violação da Seção 15 quanto aos direitos de igualdade. No entanto, a Juíza Chefe McLachlin (uma das cinco) concluiu que o estatuto ainda assim poderia ser salvo sob a Seção 1. Para McLachlin, o objetivo do esquema de Quebec era “escolha e autonomia para todos os cônjuges de Quebec... estruturarem sua relação fora... do regime obrigatório aplicável a cônjuges casados e em união civil,” [2013] 1 S.C.R. § 435 (McLachlin, C.J.), sustentado por considerações de federalismo, *Ibid.*, §§ 439-49; ver *Ibid.*, § 447 (descrevendo Quebec como buscando “maximiz[ar] a autonomia e a escolha). Três outros juízes que também encontraram violação da Seção 15 teriam mantido todas as disposições, exceto as disposições de apoio, sob a Seção 1. A Juíza [da Suprema Corte do Canadá] Abella, que, de forma isolada, reconheceu que nenhuma das violações de igualdade poderia ser justificada sob a Seção 1, discordou de McLachlin quanto à restrição mínima e à proporcionalidade, ver *Ibid.*, §§ 358-80 (Abella, J. divergindo) (argumentando que uma abordagem de “autoexclusão” (opt-out), com aplicação presumida das mesmas regras ao casamento formal era, de fato, menos restritiva, pois protegeria melhor o parceiro economicamente vulnerável e promoveria igualmente o objetivo pretendido). Essa discordância pode ilustrar a importância de como a finalidade do governo é articulada.

Em casos que envolvem interesses mais policêntricos, a análise de “afetação mínima” pode permitir uma latitude considerável às escolhas legislativas. Em *Edwards Books*⁹³, a Suprema Corte do Canadá manteve uma lei de Ontário que estabelecia o domingo como dia comum de descanso, no qual a maioria dos estabelecimentos comerciais deveria fechar. A lei previa uma exceção para empregadores que fechassem aos sábados por motivos religiosos e que tivessem menos de sete empregados trabalhando no domingo⁹⁴, mas vários lojistas de Ontário, incluindo alguns de origem judaica praticante, contestaram a lei. Conforme alegaram, a abordagem adotada em New Brunswick era menos prejudicial aos direitos de liberdade religiosa. New Brunswick previa uma isenção para qualquer comerciante com crença religiosa sincera que precisava fechar em outro dia que não o domingo⁹⁵. A Corte não se convenceu de que essa abordagem fosse menos restritiva: a Província tornava a isenção disponível independentemente do número de empregados, mas Ontário não exigia que o empregador alegasse uma crença religiosa sincera. Assim, um pequeno comerciante que empregasse judeus praticantes poderia se beneficiar da isenção sem levar em conta as crenças do empregador⁹⁶. Da mesma forma, concluiu a Corte, uma alternativa proposta – permitir que a isenção fosse invocada por empregados individualmente – não era necessariamente menos prejudicial, devido a sutis pressões sociais sobre os empregados para que não reivindicassem tal isenção⁹⁷. Dada a complexidade dos interesses dos titulares de direitos – como proprietários, empregados e consumidores –, a Corte não pôde concluir que uma abordagem fosse menos restritiva aos direitos que a outra; a violação da liberdade religiosa foi considerada não desproporcional ao objetivo legislativo, e a lei de Ontário foi mantida⁹⁸.

Para Abella, o objetivo era simplesmente “liberdade de escolha,” *Ibid.*, § 358, um objetivo que também poderia ser atendido com menos prejuízo ao parceiro vulnerável pela abordagem de exclusão. *Ibid.*, §§ 377-79. Sobre os riscos de adotar “maximização” como parte de uma finalidade governamental, ver *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, §§ 147, 149 (Abella, J. divergindo); e *Ibid.*, §§ 195 (LeBel, J. divergindo). Essas discordâncias podem ser entendidas tanto como discussão do conceito de objetivo governamental, quanto como sobre o que constitui uma “alternativa razoável” para fins da análise de restrição mínima.

⁹³ *R. v. Edward Books & Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (Can.).

⁹⁴ *Ibid.*, p. 727.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 773.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 774.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 773 (decidindo que “[um] esquema o qual exige que um empregado reivindique seus direitos perante uma corte para obter folga aos domingos é uma substituição inadequada para o regime selecionado pela legislatura de Ontário”).

⁹⁸ *Ibid.*, p. 779. A Corte acrescentou: “[A]s cortes devem ter cautela para garantir que [a Carta] não se torne simplesmente um instrumento para indivíduos em posição mais favorecida revogarem legislações cujo objetivo seja a melhoria das condições de pessoas menos favorecidas.” *Ibid.*

A última etapa da análise é por vezes chamada de “proporcionalidade em sentido estrito”⁹⁹. Nessa fase, a corte avalia se as razões do governo para regulamentar e o grau em que elas provavelmente serão alcançadas podem justificar o prejuízo aos interesses protegidos constitucionalmente. Ao ir além da racionalidade e da afetação mínima, o teste da “proporcionalidade em sentido estrito” pode tornar a doutrina mais rigorosa do que o escrutínio estrito dos EUA, que termina após o teste da “alternativa menos restritiva”. Em *Oakes*, o presidente da Corte, Dickson, explicou que:

Algumas limitações aos direitos e liberdades [da Carta] ... serão mais graves do que outras em termos da natureza do direito ou liberdade violados, da extensão da violação e do grau em que as medidas que impõem a limitação comprometem os princípios essenciais de uma sociedade livre e democrática. Mesmo que um objetivo seja suficientemente importante, e que os dois primeiros elementos do teste de proporcionalidade sejam presentes, ainda é possível que, devido à gravidade dos efeitos prejudiciais de uma medida sobre indivíduos ou grupos, a medida não seja justificada pelos propósitos que pretende alcançar. *Quanto mais severos forem os efeitos prejudiciais de uma medida, mais importante deverá ser o objetivo para que a medida seja razoável e justificada de forma demonstrável em uma sociedade livre e democrática*¹⁰⁰.

A análise da afetação mínima é definida pelo escopo do objetivo governamental; apenas a proporcionalidade em sentido estrito “leva plenamente em conta a gravidade dos efeitos prejudiciais de uma medida sobre indivíduos ou grupos”¹⁰¹.

Raramente os casos canadenses são decididos com base nessa terceira etapa, sendo as leis geralmente consideradas inconstitucionais por falharem na etapa da afetação mínima¹⁰². Outras jurisdições, contudo, por vezes concluem que uma lei

⁹⁹ Esta etapa também é referida como “proporcionalidade em sentido estrito” ou proporcionalidade *stricto sensu*. Ver ALEXANDER, Robert. *Constitutional rights, balancing, and rationality*. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003. p. 135; STONE SWEET; MATHEWS, nota 37, p. 75; ver também nota 84.

¹⁰⁰ *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, 139-40 (Can.) (ênfase adicionada).

¹⁰¹ *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, § 76 (Can.) (McLachlin, C.J.). A Juíza Chefe McLachlin cita o argumento de Aharon Barak: “Enquanto o teste de conexão racional e o de meio menos danoso são determinados essencialmente em função do contexto do objetivo adequado, e são derivados da necessidade de realizá-lo, o teste de proporcionalidade (*stricto sensu*) examina se a realização desse objetivo adequado é compatível com os efeitos deletérios sobre o direito humano.” *Ibid.*, § 76 (citando BARAK, Aharon. *Proportional effect: the Israeli experience*. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, v. 57, p. 369-384, 2007. p. 374).

¹⁰² Ver *Ibid.*, §§ 75-78 (reconhecendo que a proporcionalidade como tal não teve, até então, um papel independente e forte na jurisprudência canadense, mas sugerindo que isso deveria mudar no futuro). A Juíza Chefe McLachlin

que passa pela etapa da afetação mínima ainda assim falha na “proporcionalidade em sentido estrito”. Na Alemanha, essa última etapa tem sido utilizada com mais frequência do que no Canadá¹⁰³.

Embora a “análise de proporcionalidade” exija uma determinação inicial sobre se o objetivo governamental é significativo para justificar qualquer restrição a direitos, na etapa final, avalia-se a força relativa desse interesse em relação ao dano específico aos direitos¹⁰⁴ – quanto maior a restrição sobre os direitos, maior deve ser a necessidade e melhor a justificativa para a medida impugnada. Considere-se um exemplo de Israel, cuja jurisprudência por vezes adota uma forma particularmente rigorosa de análise dessa última etapa. No caso *Beit Sourik*¹⁰⁵, a Suprema Corte de Israel concluiu que o governo tinha um objetivo legítimo ao construir uma cerca para proteger israelenses de ataques violentos oriundos de territórios ocupados¹⁰⁶. A Corte entendeu que a escolha da localização da cerca, próxima ao topo de uma montanha, era uma medida racional quanto aos objetivos de vigilância e proteção das forças de segurança e viajantes em uma rodovia próxima¹⁰⁷. A linha traçada também afetava, em grau mínimo, os direitos dos palestinos separados de suas terras, pois nenhuma outra rota poderia alcançar um nível de segurança equivalente¹⁰⁸. A decisão explicou que uma “alternativa menos restritiva” se refere apenas a uma alternativa que promova

explicou: “porque as análises de restrição mínima e de proporcionalidade de efeitos envolvem diferentes tipos de ponderação, a clareza analítica e a transparência são bem atendidas quando se faz uma distinção entre elas. Quando nenhuma alternativa razoável é capaz de atender ao objetivo governamental, a verdadeira questão é se o impacto da limitação de direitos é desproporcional em relação aos possíveis benefícios da medida impugnada. Em vez de reinterpretar o objetivo governamental dentro da análise de restrição mínima, a corte deveria reconhecer que não há meios menos drásticos disponíveis e prosseguir para a etapa final do teste de Oakes.” *Ibid.*, § 76.

¹⁰³ GRIMM, nota 2, p. 393-94 (argumentando, antes de Hutterian Brethren, que as cortes canadenses tendem a incorporar a proporcionalidade como tal nas etapas anteriores da análise de proporcionalidade). Em resposta ao argumento do jurista alemão Bernard Schlink de que não deve haver proporcionalidade na legislação, mas que a análise deve parar com a restrição mínima, Grimm argumenta que é necessário poder avaliar a terceira etapa a fim de ter base para invalidar, por exemplo, um estatuto que autoriza proprietários a matar outra pessoa se não houver outro modo de proteger sua propriedade. *Ibid.*, p. 395-96.

¹⁰⁴ Ver, e.g., BARAK, Aharon. Proportionality and principled balancing. *Law and Ethics of Human Rights*, v. 4, p. 1-18, 2010. p. 7.

¹⁰⁵ ISRAEL. Supreme Court. *HCI 2056/04 Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, 58(5) PD 807, 2004. Tradução em: *Israel Law Reports*, Jerusalem, v. 2004, p. 264.

¹⁰⁶ Para uma crítica à corte por aceitar que esse era o único propósito, ver COHEN-ELIYA, Moshe. The formal and the substantive meanings of proportionality in the Supreme Court’s decision regarding the security fence. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 38, p. 262-279, 2005.

¹⁰⁷ Ver nota 105, p. 308.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 308-10.

igualmente o propósito da lei ao mesmo tempo que interfira menos nos direitos¹⁰⁹. Contudo, a Corte decidiu que a cerca deveria ser transferida para uma localização menos elevada, permitindo maior acesso dos palestinos às suas terras, pois a localização inicial não passava no teste final da “proporcionalidade em sentido estrito”: a melhoria marginal na segurança – e na proteção da vida do civil israelense – proporcionada pela linha escolhida pelas forças militares, em comparação a uma linha localizada em uma área mais baixa, era, na visão da Corte, muito inferior à restrição marginalmente maior sobre os direitos humanitários dos palestinos¹¹⁰.

Não surpreende que a jurisprudência estadunidense sobre “meios menos restritivos” obscureça a distinção entre estes, que são igualmente eficazes, e aqueles que não o são, em parte devido à ausência de qualquer análise separada de “proporcionalidade em sentido estrito”. Diferentes formulações podem elidir se uma “alternativa menos restritiva” precisa alcançar o progresso equivalente em relação ao objetivo legítimo do governo¹¹¹. De fato, as cortes estadunidenses que mencionam “alternativas menos restritivas” tendem a não especificar se essa análise exige que as medidas comparadas “promovam igualmente” o interesse governamental imperioso. Em *United States v. Alvarez* (caso da “Lei de Valor Roubado” (*Stolen Valor Act*)), a maioria aceitou que um banco de dados *online*, no qual se pudesse verificar declarações falsas, era menos restritivo do que a proibição criminal de mentir sobre ter recebido a Medalha de Honra¹¹². A análise não deixou claro se a maioria concluiu que um banco de dados seria igualmente eficaz para promover os interesses legitimamente relevantes do governo, ou se, mesmo que fosse menos eficaz, seria uma alternativa

¹⁰⁹ *Ibid.* (observando que, na investigação sobre os meios menos restritivos (ou “menos prejudiciais”), “[a] questão... é se essa rota [alternativa] satisfaz o objetivo de segurança subjacente à cerca de separação na mesma medida que a rota determinada pelo comandante militar”); ver também BARAK, nota 22, p. 323.

¹¹⁰ *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, 58(5) PD 807, 2004. p. 310-14.

¹¹¹ Em certos momentos, os juízes discutem “meios menos restritivos” em termos de saber se as alternativas são igualmente eficazes (como fez a Corte Israelense em *Beit Sourik*); em outros, os juízes estadunidenses colocam ênfase no grau menor em que uma alternativa intrusiva afetaria os direitos. Ver nota 113; SYKES, Alan O. The least restrictive means. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 70, p. 403-419, 2003; ver também MARKS, Noah. Case comment: “Least Restrictive Means: *Burwell v. Hobby Lobby*.” *Harvard Law and Policy Review*, Cambridge, MA, v. 9, suplemento, p. S15-S20, 2015. Compare, e.g., *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 712 (2008) (Breyer, J. divergindo) (“[A]inda que possa haver substitutos menos restritivos e menos eficazes para uma proibição total, não existe um equivalente menos restritivo de uma proibição total...”), e *Reno v. Am. Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 874 (1997) (afirmando que uma “alternativa menos restritiva” deve ser “pelo menos tão eficaz quanto para alcançar a finalidade legítima para a qual o estatuto foi promulgado”), com *United States v. Playboy Entm’t Grp., Inc.*, 529 U.S. 803, 813 (2000), (“Se uma alternativa menos restritiva atender ao propósito do Governo, a legislatura deve usar essa alternativa.”), e *Sable Commc’ns of Cal. v. FCC*, 492 U.S. 115, 128-30 (1989) (concluindo que existiam alternativas menos restritivas à proibição total de comunicações telefônicas indecentes, mesmo que não impedissem todos os menores de acessar tais comunicações).

¹¹² Ver *United States v. Alvarez*, 132 S. Ct. 2537, 2551 (2012).

suficiente, dado o peso maior das preocupações com a liberdade de expressão¹¹³. De modo semelhante, em *McCullen v. Coakley*¹¹⁴, a Suprema Corte dos EUA, ao compreender que uma zona de exclusão de trinta e cinco pés não era adequada ao objetivo legítimo do governo de manter a segurança pública e garantir o acesso às clínicas de aborto, não deixou claro se existiam alternativas igualmente eficazes ou se o benefício adicional marginal da medida, em comparação às alternativas, era injustificável diante do grau de restrição aos direitos¹¹⁵. Entretanto, a importância relativa dos direitos e valores em jogo pode ser avaliada distintamente na análise de proporcionalidade estruturada na etapa da “proporcionalidade em sentido estrito”.

Um aspecto notável da jurisprudência canadense tem sido a estabilidade da doutrina da proporcionalidade e sua utilidade como método para uma análise decisória estruturada, na qual os juízes geralmente se concentram nas mesmas questões, na mesma ordem¹¹⁶. (Como veremos, as preocupações canadenses com a proporcio-

¹¹³ Ver *Ibid.* (rejeitando o argumento do governo de que um banco de dados seria “impraticável e insuficientemente abrangente” por carecer de explicação adequada). Laurence Tribe reconheceu que, às vezes, a conclusão de que existe uma alternativa menos restritiva representa uma ponderação oculta da proporcionalidade relativa entre as duas abordagens. Ver TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. Mineola, NY: Foundation Press, 1978. p. 722-723. (“Implícito em qualquer decisão desse tipo... está o julgamento de que a redução de eficácia gerada por uma alternativa menos restritiva é compensada pelo incremento de... proteção obtida ao exigir tal alternativa.”); cf. SYKES, *op cit.*, p. 415-16 (argumentando que, em decisões da OMC, o teste de meios menos restritivos opera como uma forma grosseira de análise de custo-benefício). Alguns casos canadenses, talvez refletindo relutância em se basear na “proporcionalidade como tal” enquanto fundamento para invalidar um estatuto, podem combinar preocupações de proporcionalidade com a análise de restrição mínima, ver GRIMM, nota 2, p. 394-95, embora a Corte tenha recentemente pedido maior clareza entre as duas, ver notas 102 e 103.

¹¹⁴ *McCullen v. Coakley*, 134 S. Ct. 2518 (2014).

¹¹⁵ Ver, e.g., *ibid.*, p. 2540 (“[O] governo deve demonstrar que medidas alternativas que onerem substancialmente menos a liberdade de expressão falhariam em alcançar os interesses do governo...”).

¹¹⁶ Isso é verdade mesmo quando a Corte Canadense está fortemente dividida. Ver, e.g., *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, 734-38, 744-89, 790-96 (Can.) (Dickson, C.J.); *ibid.*, p. 844-67 (McLachlin, J., divergindo); *Quebec (Att’y Gen.) v. A.*, [2013] 1 S.C.R. 61, §§ 432-49 (Can.) (McLachlin, C.J.); *ibid.*, §§ 358-80 (Abella, J. divergindo do resultado). De fato, houve divergências quanto ao rigor com que as categorias de análise são aplicadas e no desenvolvimento de abordagens mais ou menos deferentes para aplicar os elementos do teste de proporcionalidade. Ver CHOUDHRY, Sujit. So what is the real legacy of *Oakes*? Two decades of proportionality analysis under the Canadian Charter’s Section 1. *Supreme Court Law Review*, Toronto, v. 34, 2.^a série, p. 501-536, 2006. Choudhry argumenta que *Oakes* “criou um enorme dilema institucional para a Corte ao estabelecer um conflito entre a exigência de prova definitiva para sustentar cada etapa da análise e a realidade da formulação de políticas sob condições de incerteza factual”, levando ao desenvolvimento de diferentes padrões de deferência em áreas de incerteza factual, aplicados de forma inconsistente. *Ibid.*, p. 503. Mesmo que a crítica de Choudhry esteja correta, o teste *Oakes* ainda assim restringiu e estruturou, de forma considerável, a análise da Corte canadense quanto aos problemas relacionados à Carta. Há, entretanto, alguns casos nos quais a Corte canadense dividiu-se no que diz respeito à própria aplicabilidade do teste *Oakes*; Nesses casos, diferentes abordagens são aplicadas por distintos juízes no mesmo caso. Compare e.g., *Multani v. Comm’n Scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256 (aplicando a análise da Seção 1 em vez dos princípios de revisão administrativa), com *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12 [2012] 1 S.C.R. 395 (rejeitando a análise do teste de *Oakes* da Seção 1 para a revisão de ato administrativo contestado). Segundo *Doré*, as cortes de revisão devem questionar se as “decisões administrativas refletem uma ponderação proporcional das proteções da Carta em jogo”.

nalidade aparecem não apenas nas análises formais da Seção 1, mas também nas definições do escopo de certos direitos¹¹⁷). Embora os três componentes doutrinários da análise da proporcionalidade dos meios sejam formulados de maneira semelhante na maioria das jurisdições que utilizam a doutrina, esses elementos podem ser aplicados de modo um tanto diferente por cortes ou juízes¹¹⁸. Ainda assim, a doutrina da proporcionalidade demonstrou ser capaz de fornecer um marco estável em meio a muitas questões controversas e em jurisdições amplamente reconhecidas como Estados constitucionais livres e democráticos.

2. Textos antigos, interpretação vinculada às cláusulas e precedentes negativos

Apesar do apelo da proporcionalidade em outros países e de sua presença parcial em algumas áreas do direito constitucional dos EUA¹¹⁹, a Suprema Corte trata a proporcionalidade em diferentes âmbitos constitucionais como desconectados. Diversas explicações foram oferecidas para a ausência relativa da proporcionalidade

Id. § 57. A investigação na revisão de um ato administrativo específico é, portanto, estruturada para refletir os valores da Carta previstos na Seção 1: o agente decisor administrativo deve “perguntar como o valor da Carta em questão será melhor protegido tendo em vista os objetivos estatutários..., [uma investigação] que está no cerne do exercício de proporcionalidade [e que] exige que o agente decisor pondere a severidade da interferência na proteção da Carta com os objetivos estatutários”. *Id.* § 56. Análises mais flexíveis baseadas nos “valores da Carta”, em substituição à análise formal do teste *Oakes*, ocorrem também em outras áreas. Ver, e.g., *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130 (defendendo que a Carta não se aplica diretamente ao *common law* que rege disputas entre particulares, mas que os valores da Carta devem orientar o processo de ponderação inerente ao desenvolvimento do *common law* privado); cf. *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. (adotando uma abordagem de *common law* para a definição dos limites da Seção 9 quanto aos poderes de detenção não previstos em lei, pressupondo que tal abordagem considera, de forma suficiente, os valores da Carta em oposição a um voto concorrente que defendia a aplicação integral da análise da Seção 1 segundo o teste de *Oakes*).

¹¹⁷ Ver nota 116 (descrevendo Clayton); ver notas 194-195, 198, 201.

¹¹⁸ Ver, e.g., JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 57-62 (observando a doutrina da “margem de apreciação” da Corte Europeia de Direitos Humanos, que dá aos Estados maior margem de atuação no cumprimento das obrigações da Convenção Europeia); GRIMM, nota 2, p. 389-95 (explorando por que casos canadenses são menos propensos do que os alemães a se basearem na “proporcionalidade como tal”); PETERSEN, nota 23 (observando que a Corte Constitucional da África do Sul trata os diferentes elementos não como um conjunto logicamente sequenciado de perguntas, como no Canadá ou na Alemanha, mas, sim, como “parte do exercício geral de ponderação”); ver também nota 84. Da mesma forma, há debate considerável mesmo entre estudiosos de jurisdições que invocam proporcionalidade quanto aos seus méritos. Ver Seção 4.1; JACKSON, nota 79, p. 608-09 (observando um debate precoce entre estudiosos canadenses sobre o desenvolvimento do teste *Oakes* pela Corte).

¹¹⁹ Ver MATHEWS; STONE SWEET, nota 52, p. 800 (“juízes estadunidenses escolheram a proporcionalidade no passado e a introduziram no nosso DNA doutrinário.”); ver também texto correspondente às notas 43-52.

no direito constitucional estadunidense¹²⁰. Como será argumentado nas seções posteriores, essa ausência relativa não significa que a situação atual deve permanecer como está nem que as razões históricas dessa ausência constituem motivos contra a ampliação de seu uso hoje¹²¹. Nessa parte, procuro explicar por que a proporcionalidade, como princípio ou doutrina geral, não emergiu nos Estados Unidos.

Há muitos fatores que contribuem para a relativa escassez da análise de proporcionalidade na jurisprudência estadunidense, entre eles, a propensão geral ao que John Hart Ely criticamente denominou de interpretação “vinculada à cláusula”¹²². Diferentemente de alguns tribunais europeus, a jurisprudência constitucional dos EUA, em sua maioria, não aspira a conexões teóricas gerais que vinculem doutrinas constitucionais de uma área a outra¹²³. Além disso, de uma perspectiva comparada, estudiosos observaram que a ponderação ou proporcionalidade na Alemanha está associada à proteção de direitos dentro de um quadro de perfeccionismo constitucional, enquanto nos EUA a ponderação está associada ao pragmatismo *ad hoc* e à limitação de direitos¹²⁴.

Diversas razões adicionais relacionadas à antiguidade da Constituição dos EUA também ajudam a explicar por que a proporcionalidade não emergiu como princípio ou doutrina constitucional geral articulada. A antiguidade da Constituição afeta tanto o momento do desenvolvimento jurisprudencial quanto o conteúdo do texto constitucional. Ao contrário da Carta Canadense de Direitos (1982) ou da Lei

¹²⁰ Para dois estudos recentes comparando os desenvolvimentos nos EUA e na Alemanha, Ver BOMHOFF, nota 2; e COHEN-ELIYA; PORAT (2013), nota 3. Bomhoff observa que seu estudo da cultura jurídica alemã se concentra na ponderação em períodos anteriores, ao mesmo tempo em que destaca a conexão entre ponderação e análise de proporcionalidade, e os argumentos de Robert Alexy.

¹²¹ Cf. FALLON JR., nota 6, p. 1285 (argumentando que a doutrina do “escrutínio estrito” “não é uma característica atemporal do direito constitucional, mas, sim, um dispositivo desenvolvido judicialmente, de origem recente, que mesmo agora pode ser abandonado pela Suprema Corte a qualquer momento”); TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 108, p. 1225-1320, 1999. p. 1227-1228, 1280 (discutindo a possibilidade de comparação para iluminar percepções equivocadas de necessidade, ao mesmo tempo em que destaca a dificuldade de distinguir necessidade verdadeira de falsa).

¹²² ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980. p. 12; Ver também AMAR, Akhil Reed. *The Bill of Rights: creation and reconstruction*. New Haven: Yale University Press, 1998. p. 29; BOMHOFF, nota 2, p. 196.

¹²³ Ver AMAR, Akhil Reed. Intratextualism. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 112, p. 747-823, 1999. p. 788. (“A argumentação textual conforme praticada hoje é limitada [‘presa à cláusula’ na terminologia de Ely], focando intensamente nas palavras de uma determinada disposição constitucional em esplêndido isolamento” [citando Ely, nota 122, p. 12]).

¹²⁴ Ver BOMHOFF, nota 2; COHEN-ELIYA; PORAT (2013), nota 3, p. 42-43; ver também texto correspondente às notas 139-161.

Fundamental Alemã (1949), muitas das disposições de direitos da Constituição dos EUA datam do final do século XVIII e meados do século XIX. Essas disposições se tornaram objeto de interpretação da Suprema Corte no final do século XIX e início do século XX. Uma jurisprudência em evolução já havia se desenvolvido nos EUA muito antes das atrocidades da Segunda Guerra Mundial e da subsequente explosão do direito internacional dos direitos humanos. Em contraste, na Alemanha (após 1949) e no Canadá (após 1982), as cortes superiores se depararam com novos instrumentos de proteção de direitos, moldados por compromissos internacionais com os direitos humanos, o que proporcionou a oportunidade de interpretação coerente desses novos instrumentos constitucionais¹²⁵. Ademais, a Constituição dos EUA não contém uma cláusula geral de limitações, ao contrário de muitas constituições modernas¹²⁶. Tais cláusulas podem fornecer base textual para uma doutrina geral de como justificar a limitação de direitos, embora não sejam necessariamente o fundamento para que as Cortes a façam¹²⁷.

Por ser mais antiga, a Constituição dos EUA (na interpretação convencional) contém menos direitos e, portanto, franqueia menos chances para conflitos entre princípios constitucionais do que muitas constituições mais recentes. Isso é especialmente verdadeiro nas constituições modernas que fazem valer tanto direitos liberais mais antigos quanto direitos positivos mais recentes¹²⁸. Onde há muitos direitos constitucionais, os quais são vistos como “princípios” a serem otimizados, como na Alemanha, abordagens que buscam dar a cada princípio seu devido peso

¹²⁵ Ver, e.g., WEINRIB, Lorraine. A Carta do Canadá: proteção de direitos no mosaico cultural. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, New York, v. 4, p. 395-420, 1996. p. 403-410. (ênfase na interpretação inicial finalística e coerente da Carta); BOMHOFF, nota 2, p. 105-12 (ênfase nos objetivos harmônicos da interpretação da Basic Law alemã).

¹²⁶ Ver, no geral, RAO, Neomi. Sobre o uso e o abuso da dignidade no direito constitucional. *Columbia Journal of European Law*, New York, v. 14, p. 201-237, 2008. p. 204-205, 227-237 (argumentando que as cláusulas de limitação das constituições modernas convidam à ponderação entre direitos e outros interesses, de forma que diminui o significado especial de se possuir um direito). Sobre a influência da cláusula de limitação na Declaração Universal dos Direitos Humanos (para a qual um comitê do *American Law Institute* pode ter contribuído) em constituições pós-Segunda Guerra Mundial, ver JACKSON, nota 118, p. 86-87.

¹²⁷ Ver GRIMM, nota 2, p. 384-86 (observando a importância da Seção 1 no desenvolvimento da doutrina da proporcionalidade no Canadá, bem como a relativa insignificância das cláusulas textuais de limitação nos tribunais alemães no desenvolvimento de doutrinas proporcionais comparáveis).

¹²⁸ Ver LIPTAK, Adam. ‘We the People’ loses appeal with people around the world. *The New York Times*, New York, 6 fev. 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/02/07/us/we-the-people-loses-appeal-with-people-around-the-world.html> [<http://perma.cc/PD8S-LR5F>] (identificando a escassez relativa de garantias de direitos individuais como uma das razões pelas quais os países não estão mais modelando suas constituições com base na Constituição dos EUA).

proporcional tendem a ser de grande apelo¹²⁹. Nos Estados Unidos, os conflitos entre valores constitucionais – como liberdade de imprensa *versus* julgamento justo (*fair trial*) – existem, mas são percebidos como menos frequentes. Isso reflete, em parte, a relativa concisão da Constituição e sua falha em incluir direitos positivos propriamente ditos. Todavia, também reflete a visão contemporânea predominantemente negativa dos direitos existentes¹³⁰. A Corte tem resistido a argumentos que imporiam obrigações positivas ao governo para permitir a realização de direitos, exceto em categorias limitadas, como direitos à defesa e ao recurso em processos criminais. Assim, há menos conflitos percebidos entre direitos e, conseqüentemente, menos necessidade de reconciliação¹³¹. A ausência de obrigações positivas também afeta outros aspectos da doutrina estadunidense, o que exige cautela ao considerar mudanças metodológicas que sejam mais que incrementais¹³².

Para além do texto e da antiguidade da Constituição dos EUA, há outros fatores que contribuem para esse fenômeno. Ao contrário de países da Europa, os Estados Unidos não estão inseridos em uma estrutura supranacional de união econômica fortemente integrada nem estão engajados em uma convenção regional eficaz de direitos humanos, aplicada por um tribunal transnacional. Os tribunais europeus têm incentivos para se apoiarem e até anteciparem as decisões das duas cortes europeias, que utilizam formas de análise por proporcionalidade. Ao contrário do Canadá, os EUA não fazem parte da *Commonwealth*, o que, pode-se argumentar, tem promovido um maior compartilhamento de jurisprudência entre países. Assim, as cortes estadunidenses não vivenciam, na mesma medida, o fluxo de casos de cortes nacionais para supranacionais nem o intercâmbio regular que ocorre entre juízes das nações da

¹²⁹ Ver STONE SWEET; MATHEWS, nota 37, p. 97-111 (descrevendo a teoria dos direitos na Alemanha e a ascensão histórica da análise de proporcionalidade nos tribunais alemães).

¹³⁰ Essa visão “exclusivamente negativa” dos direitos protegidos nem sempre foi claramente dominante. Ver, e.g., COX, Archibald. *The Supreme Court, 1965 Term — Foreword: constitutional adjudication and the promotion of human rights*. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 80, p. 91-118, 1966 (argumentando que um tema dos casos recentes foi a necessidade de ação afirmativa, em contraste com práticas anteriores, para promover o objetivo da igualdade); MICHELMAN, Frank I. *The Supreme Court, 1968 Term — Foreword: on protecting the poor through the Fourteenth Amendment*. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 83, p. 7-59, 1969 (argumentando que decisões recentes devem ser entendidas como reflexo de um dever de garantir níveis mínimos de bem-estar).

¹³¹ Talvez não seja coincidência que o juiz Breyer, em casos nos quais defendeu algum tipo de revisão de proporcionalidade sobre estatutos, também tenha reconhecido interesses da Primeira Emenda em ambos os lados. Ver, e.g., *Nixon v. Shrink Mo. Gov't PAC*, 528 U.S. 377, 400 (2000) (Breyer, J., voto concorrente) (“Os interesses constitucionalmente protegidos situam-se em ambos os lados da equação legal...”).

¹³² Nos Estados Unidos, mesmo “interesses imperiosos”, suficientes para superar proteções presumidas de direitos, são opcionais, no sentido de que os governos podem escolher se os promoverão ou não; na Alemanha, por outro lado, a Lei Fundamental é entendida como aquela que impõe certos deveres afirmativos ao governo. Ver JACKSON, nota 118, p. 222-23.

*Commonwealth*¹³³. Seu relativo isolamento frente a essas influências – ou a tribunais internacionais – reflete tanto na hesitação dos ramos políticos em ratificar convenções de direitos humanos¹³⁴ quanto na jurisprudência recente da Suprema Corte¹³⁵.

Ao longo do tempo, a Suprema Corte dos EUA desenvolveu discursos distintos sobre os direitos. O direito estadunidense geralmente não os discute como sendo sujeitos a limitações externas. Quando juristas, advogados ou estudiosos estadunidenses dizem que um “direito” foi “violado”, essa é tipicamente a conclusão da análise¹³⁶. No Canadá, o escopo dos interesses protegidos por um direito é determinado inicialmente mediante a perspectiva do titular do direito; se o “direito” é violado, a análise não se encerra, mas passa à consideração das razões governamentais para a limitação. Do mesmo modo, na Alemanha, segundo um dos principais estudiosos da análise de proporcionalidade, os direitos, considerados como “princípios”, são entendidos como mandados de “otimização” que devem ser protegidos ao máximo, mas podem ser limitados se houver razões suficientemente fortes por parte do governo¹³⁷. Nos Estados Unidos, as cortes muitas vezes mesclam as duas ideias – quais interesses pessoais um direito protege e como o governo pode legitimamente agir para limitar a liberdade – e

¹³³ Ver *ibid.* p. 40-41, 55-57, 91-94, 95-97, 99-102, 154, 261 (discutindo a integração europeia e a Commonwealth).

¹³⁴ Ver nota 38; HENKIN, Louis. Editorial comment: U.S. ratification of human rights conventions: the ghost of Senator Bricker. *American Journal of International Law*, Washington, D.C., v. 89, p. 341-350, 1995.

¹³⁵ Ver, e.g., casos citados na nota 38.

¹³⁶ Essa abordagem é frequentemente associada à ideia de que os direitos funcionam como “trunfos” sobre outros interesses contra ações governamentais. Ver Dworkin, nota 34, p. xi (chamando os direitos de “trunfos políticos detidos por indivíduos”); DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 153-167. p. 166 (descrevendo direitos como “trunfos contra alguma justificativa de fundo para decisões políticas, que estabelece um objetivo para a comunidade como um todo” e argumentando que os direitos são necessários “apenas quando alguma decisão que prejudica certas pessoas ainda assim encontra apoio *prima facie* na alegação de que tornará a comunidade como um todo melhor”); ver também WEBBER, Grégoire. On the loss of rights. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire (ed.). *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 123-140. Mas cf. Fallon, nota 6, p. 1316-17 (diferenciando “direitos acionadores”, que exigem exame estrito, de “direitos absolutos”); Gardbaum, nota 5, p. 423-25 (observando casos em que a Suprema Corte dos EUA identificou uma “análise em duas etapas” da violação de direitos e justificações para limites). Gardbaum sugere que, sem uma cláusula textual de limitação, “[o]nde todos os limites são judicialmente implícitos, é muito mais fácil justificar essa implicação se todos os limites forem considerados parte da primeira etapa, parte da função judicial indubitavelmente legítima de interpretar o significado e o âmbito de um direito constitucional, e não... parte da segunda etapa de especificação de quando o direito, conforme definido, pode ser restringido”).

¹³⁷ Robert Alexy notoriamente caracterizou a maioria dos direitos como princípios, que devem ser compreendidos enquanto “requisitos de otimização,” cuja função – proteger da melhor forma possível tais direitos – deve ser avaliada em contraposição aos esforços ou deveres do governo de promover e proteger contra outros direitos e interesses. Alexy, nota 19, p. 47-50.

articulam um “direito” apenas após levar em consideração as limitações consideradas justificáveis pelos interesses governamentais¹³⁸.

Ao mesmo tempo, há temores tipicamente estadunidenses quanto ao julgamento e ao papel dos juízes, em parte como herança do realismo jurídico e dos estudos jurídicos críticos – *Critical Legal Studies* (CLS). Esse tipo de ceticismo em relação ao direito, à jurisdição e aos juízes contrasta com as formas alemãs (e europeias) de otimismo quanto à possibilidade do direito como prática distinta da política¹³⁹. Se o realismo jurídico e os CLSs contribuem para um ceticismo geral no que diz respeito à capacidade do direito de impor limites, o temor em relação ao papel dos juízes também foi reforçado pelo que podemos chamar de “os fantasmas de *Lochner*¹⁴⁰ e *Dennis*”¹⁴¹, dois casos que passaram a ser vistos como “precedentes negativos” ou advertências sobre o que não repetir¹⁴².

Como argumenta Richard Fallon, *Carolene Products* lançou as bases para a Corte desenvolver categorias bifurcadas de revisão, incluindo análise mais deferente da regulação econômica e revisão mais rigorosa de leis que afetam negativamente as minorias discretas e isoladas, o processo representativo ou as proteções contidas nas

¹³⁸ Ver, e.g., *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 275 (2003) (perguntando o que exige a Décima Quarta Emenda e determinando que “porque a política de admissões da Universidade não é suficientemente específica para alcançar o interesse em diversidade dos demandados, a política de admissões viola a cláusula de proteção igualitária da Décima Quarta Emenda”). No Canadá, por outro lado, a Corte primeiro verifica se os interesses alegados pelo impugnante são protegidos pela disposição substantiva da *Carta* invocada antes de analisar as justificativas do governo para sua ação (embora haja debate sobre o papel de considerações específicas na análise da igualdade da Seção 15 em comparação à análise de justificação da Seção 1). Ver, e.g., *Quebec (Attorney General) v. A.*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61 (Can.); Ver também WEINRIB, Lorraine E. Constitutional conceptions and constitutional comparativism. In: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark (ed.). *Defining the field of comparative constitutional law*. Westport: Praeger, 2002, p. 3-25. p. 17 (explicando que as cortes no Canadá primeiro examinam “os próprios direitos” sob uma perspectiva finalística e, se há uma violação, o governo tem a oportunidade de justificar essa intrusão nos direitos); WEINRIB, Lorraine E. The Supreme Court of Canada in the age of rights: constitutional democracy, the rule of law and fundamental rights under Canada’s Constitution. *Canadian Bar Review*, Ottawa, v. 80, p. 699-754, 2001. p. 737 (afirmando que, sob a *Charter*, “[a] interpretação finalística é a abordagem padrão” e que “[e]la explicita os princípios e valores normativos que legitimamente elevam certos interesses fundamentais ao status de lei suprema e, assim, os colocam além do alcance do processo político ordinário”).

¹³⁹ Ver Bomhoff, nota 2, p. 54-56; Cohen-Eliya; Porat (2013), nota 3, p. 82-93 (contrastando os “otimismo epistemológicos” europeus com o “ceticismo epistemológico” estadunidense); cf. RUBENFELD, Jed. Unilateralism and constitutionalism. *New York University Law Review*, New York, v. 79, p. 1971-2027, 2004 (contrastando o compromisso dos EUA com a vontade popular e o compromisso europeu com a razão).

¹⁴⁰ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Com agradecimento ao título do artigo de Henkin, nota 134; ver também Fallon, nota 6, p. 1293 (“não há muita dúvida de que o fantasma de *Lochner* assombrou o direito constitucional durante o período em que o escrutínio estrito se desenvolveu.”).

¹⁴¹ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

¹⁴² Ver nota 33.

oito primeiras emendas¹⁴³. Os vícios de *Lochner* são debatidos¹⁴⁴, mas *Carolene Products* e a bifurcação subsequente dos padrões de análise judicial em base racional e escrutínio estrito responderam a duas críticas principais, criando uma hierarquia clara de direitos: rejeitou-se a liberdade contratual como objeto merecedor de atenção majorada (*heightened*) e aparentemente limitou-se a interferência judicial nas escolhas políticas, restringindo a discricionariedade judicial ao “comprometer” a Corte com dois padrões distintos de análise¹⁴⁵, cada qual próximo de um resultado pré-determinado — o escrutínio estrito quase sempre é fatal; a base racional raramente o faz¹⁴⁶.

Com o tempo, no entanto, a força persuasiva, preditiva e limitante dessa bifurcação diminuiu. O conceito de uma divisão rígida entre padrões de revisão foi implicitamente questionado na divergência do juiz Thurgood Marshall, em 1970, no caso *Dandridge v. Williams*¹⁴⁷, o qual argumentou que definir o nível de benefícios para crianças de famílias pobres não era o tipo de regulação econômica sobre empresas comerciais em que se baseava a distinção de *Carolene Products*¹⁴⁸. O questionamento sobre os níveis rígidos de análise se estendeu a debates mais recentes que buscam entender se a orientação sexual constitui uma categoria suspeita ou quase

¹⁴³ *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

¹⁴⁴ “*Lochnerismo*” pode se referir a uma preocupação com o papel do Judiciário em relação ao Legislativo, ou a uma preocupação com a incorreção da teoria econômica substantiva da decisão *Lochner*. Ver HORWITZ, Morton J. *The transformation of American law, 1870–1960: the crisis of legal orthodoxy*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 197, 263; CHOUDHRY, Sujit. The *Lochner* era and comparative constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 2, p. 1-15, 2004 (observando a condenação quase unânime de *Lochner* e argumentando que seus críticos tinham, além das duas preocupações anteriores, uma preocupação com crises de governança geradas por decisões judiciais, como supostamente ocorreu no início do *New Deal*). Em releituras revisionistas, *Lochner* pode ser entendido como um esforço principista de manter categorias legais de longa data, ver ROWE, Gary D. *Lochner* revisionism revisited. *Law and Social Inquiry*, Oxford, v. 24, p. 221-240, 1999 (discutindo trabalhos de Fiss, Gilman e Horwitz).

¹⁴⁵ Ver Fallon, nota 6, p. 1270-71; ver também STRAUSS, David A. Is *Carolene Products* obsolete? *University of Illinois Law Review*, Champaign, v. 2010, n. 4, p. 1251-1276. p. 1267-1269 (argumentando pela importância e vitalidade contínua de *Carolene Products*).

¹⁴⁶ GUNTHER, Gerald. The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: in search of evolving doctrine on a changing Court: a model for a newer equal protection. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 86, p. 1-48, 1972. p. 8.

¹⁴⁷ *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970).

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 519-25 (Marshall, J., divergindo). Poucos anos depois, o juiz Stevens também criticou os padrões escalonados de análise. Ver *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 211-12 (1976) (Stevens, J., voto concorrente).

suspeita¹⁴⁹. Com a adição do escrutínio intermediário¹⁵⁰, bem como das variações difíceis de justificar na aplicação dos diferentes níveis de análise judicial¹⁵¹, a previsibilidade dessas categorias foi, em certa medida, diminuída¹⁵². Nos últimos anos, também houve o ressurgimento da proteção constitucional ampliada para direitos econômicos, como na jurisprudência sobre expropriações¹⁵³ e nos casos de liberdade comercial de expressão¹⁵⁴.

Se uma reação ao *Lochnerismo* ajuda a explicar o desenvolvimento inicial da estrutura de análise judicial em dois níveis apontada em *Carolene Products*, o fracasso percebido na ponderação de proteger adequadamente os interesses da Primeira Emenda em *Dennis*¹⁵⁵ pode ter contribuído para o desenvolvimento de abordagens

¹⁴⁹ Ver, e.g., *Massachusetts v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, 682 F.3d 1, 10 (1st Cir. 2012) (recusando aplicar “fórmulas rígidas e categóricas” para invalidar o Defense of Marriage Act); ver também um caso recente, *Equal protection – sexual orientation – First Circuit invalidates statute that defines marriage as legal union between one man and one woman. Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 126, p. 611-620, 2012. Seção citada: p. 614 (argumentando que Massachusetts deveria ser lido como uma forma “contextualmente sensível” de ponderação, não sujeita à rigidez tradicional). A Corte foi repetidamente ambígua quanto ao padrão de revisão aplicável à discriminação baseada em orientação sexual, em *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), e *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013), cada um dos quais invalidou leis que prejudicavam minorias sexuais e identidades de gênero.

¹⁵⁰ Ver *Craig*, 429 U.S. 190; *ibid.*, p. 218 (Rehnquist, J., divergindo) (usando o termo “escrutínio de nível intermediário” para descrever a abordagem da Corte).

¹⁵¹ Compare *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982) (aplicando exame de base racional para invalidar uma lei do Texas que impunha taxa para educar crianças imigrantes ilegais), com *N.Y.C. Transit Auth. v. Beazer*, 440 U.S. 568 (1979) (aplicando exame de base racional para validar a proibição de contratação de usuários de metadona); compare *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996) (aplicando exame intermediário para considerar inconstitucional a proibição de admissão de mulheres no *Virginia Military Institute* e exigindo alternativa remediadora com instalação separada), com *Nguyen v. I.N.S.*, 533 U.S. 53 (2001) (aplicando exame intermediário para validar diferenças de gênero no tratamento de crianças nascidas no exterior entre mães e pais cidadãos americanos).

¹⁵² Ver GOLDBERG, Suzanne B. Equality without tiers. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 77, p. 481-543, 2004. p. 482 (argumentando que disputas sobre a severidade do exame rigoroso e a deferência no exame de base racional “abalaram os alicerces da estrutura de análise de igualdade em três níveis da Corte”); ver também WINKLER, Adam. Fatal in theory and strict in fact: an empirical analysis of strict scrutiny in the federal courts. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 59, p. 793-870, 2006 (argumentando que o “exame rigoroso” é aplicado de forma variável em diferentes contextos e muitas vezes não é “fatal”).

¹⁵³ Ver, e.g., *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374 (1994); *Lucas v. S.C. Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992). As conclusões de ambos os casos parecem ter sido preservadas em *Lingle v. Chevron U.S.A.*, 544 U.S. 528, 546-48 (2005).

¹⁵⁴ Ver, e.g., *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653 (2011); *Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n*, 447 U.S. 557 (1980).

¹⁵⁵ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 510 (1951) (decisão plural da Corte) (adotando a fórmula de ponderação de Learned Hand, segundo a qual as cortes, em cada caso, devem perguntar se a gravidade do “mal”, descontada por sua improbabilidade, justifica tal invasão da liberdade de expressão como necessária para evitar o perigo); *ibid.*, p. 525 (Frankfurter, J., voto concorrente no julgamento) (sugerindo deferência à ponderação legislativa, perguntando “quem irá ponderar os fatores relevantes e determinar qual interesse prevalecerá nas circunstâncias? Toda a responsabilidade pela escolha não pode ser atribuída às cortes”). *Dennis* tem sido amplamente condenado por não fornecer proteção

mais categóricas de restrições à liberdade de expressão incitadora de violência, como em *Brandenburg v. Ohio*¹⁵⁶. Esses desdobramentos, por sua vez, contribuíram para a noção de que o direito constitucional dos EUA, de modo geral, repousa – ou deveria repousar – sobre regras categóricas¹⁵⁷. No entanto, preocupações com a ação governamental proporcional podem ter influenciado o desenvolvimento da regra categórica de *Brandenburg*¹⁵⁸. Exceções às regras de liberdade de expressão nos últimos anos, incluindo *Holder v. Humanitarian Law Project*¹⁵⁹, criaram uma estrutura geral mais complexa e menos determinável¹⁶⁰. Outras regras constitucionais categóricas adotadas, por exemplo, na área de processo penal, incluindo a jurisprudência da Quarta Emenda, foram seguidas por exceções ainda mais complexas¹⁶¹.

adequada à liberdade de expressão. Ver, e.g., WELLS, Christina E. Fear and loathing in constitutional decision-making. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 2005, p. 115-164. p. 117-119, notas 16-17.

¹⁵⁶ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) (*per curiam*). A Corte afirmou que “as garantias constitucionais de liberdade de expressão e imprensa livre não permitem que um Estado proíba ou penalize a defesa do uso da força ou violação da lei, exceto quando tal defesa for dirigida a incitar ou produzir ação ilegal iminente e for provável que incite ou produza tal ação.” *Ibid.*, p. 447. O teste parece focar inicialmente na natureza da defesa, e não em algum cálculo de custos e benefícios como aparecia em *Dennis*. Ver também SCHWARTZ, Bernard. *Holmes versus Hand: clear and present danger or advocacy of unlawful action? Supreme Court Review*, Chicago, 1994, p. 209-251. p. 240-242 (interpretando *Brandenburg* como exigindo defesa expressa de ação ilegal iminente, que é provável que ocorra). Para uma abordagem categórica na regulação de expressões racistas, ver *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

¹⁵⁷ Ver Bomhoff, nota 2, p. 122-89 (argumentando que o debate nos EUA sobre “ponderação” em oposição a abordagens “categóricas” ou “definicionais” estava centrado em disputas sobre a Primeira Emenda emergindo da Guerra Fria e dos temores de comunismo).

¹⁵⁸ Ou seja, o padrão decisório estabelecido em *Brandenburg* pode ser entendido como tendo sido projetado, em parte, para ajudar a prevenir reações exageradas que restrinjam desnecessariamente as liberdades de expressão. Ver FARBER, Daniel A. The categorical approach to protecting speech in American constitutional law. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 84, p. 917-938, 2009. p. 930 (“O teste de *Brandenburg* ... poderia ser visto como definindo quais regulamentações são suficientemente específicas para atender ao interesse governamental em prevenir a violência...”); ver também VOLOKH, Eugene. Freedom of speech, permissible tailoring and transcending strict scrutiny. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 144, p. 2417-2481, 1996. p. 2454.

¹⁵⁹ 561 U.S. 1 (2010); ver também *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703, 719-25 (2000) (tratando uma lei que proíbe a aproximação de pessoas, dentro de 30 metros, de clínicas de aborto para fins de educação ou protesto como uma regulação neutra quanto ao conteúdo, não sujeita ao escrutínio estrito); cf. *R.A.V.*, 505 U.S. 377 (reconhecendo uma exceção à exceção de “palavras de combate” à regra presumida de regulação neutra quanto ao conteúdo da fala).

¹⁶⁰ Ver, e.g., FIELD, Martha A. *Holder v. Humanitarian Law Project: Justice Breyer, dissenting. Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 128, p. 434-456, 2014. p. 439 (“[*Humanitarian Law Project* (HLP)] nos obriga a reavaliar toda a nossa compreensão atual da jurisprudência da Primeira Emenda. Onde está a linha divisória entre os casos que serão regidos por *Brandenburg* e nossos entendimentos estabelecidos da Primeira Emenda dos casos a serem analisados de acordo com o HLP?”). Sobre a questão mais geral da clareza e estabilidade dos precedentes da Primeira Emenda que protegem a fala, Ver CHEMERINSKY, Erwin. Not a free speech court. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 53, p. 723-741, 2011; e HUQ, Aziz Z. Preserving political speech from ourselves and others. *Columbia Law Review Sidebar*, New York, v. 112, p. 16-32, 2012. p. 17, 23-26, que nota a “descontinuidade” entre financiamento de campanha e decisões sobre apoio a organizações e expressa “ceticismo” sobre justificações possíveis para as variações.

¹⁶¹ A Corte Warren viu o desenvolvimento de várias regras constitucionais profiláticas no procedimento penal, incluindo *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 655 (1961), aplicando a exclusão da Quarta Emenda aos estados para manter que “todas as provas obtidas em buscas e apreensões em violação da Constituição são... inadmissíveis,” e *Miranda v. Arizona*,

Dado que mesmo as regras constitucionais mais categóricas se tornaram gradativamente incertas e complexas¹⁶², seria este o momento para uma reorientação do direito estadunidense em direção à proporcionalidade?

3. Benefícios da análise de proporcionalidade para o direito constitucional dos EUA

Nesta parte, argumento que, em ao menos duas áreas do direito constitucional, uma maior ênfase na proporcionalidade beneficiaria a proteção dos direitos individuais. Partindo dos fatos para o direito, conforme a tradição do *common law*, a Subseção 3.1 analisa a jurisprudência recente da Quarta Emenda, na qual a Suprema Corte rejeitou argumentos de que prisões ou buscas relacionadas à detenção pré-julgamento deveriam ser limitadas por princípios de proporcionalidade e contrasta tais decisões com a jurisprudência canadense. A Subseção 3.2 explora como a ausência de uma análise de “proporcionalidade em sentido estrito” enfraquece a força das regras estadunidenses contra regulamentações baseadas em conteúdo sob escrutínio estrito, utilizando o caso *Humanitarian Law Project* como exemplo. Por fim, a Subseção 3.3 apresenta alguns argumentos teóricos mais gerais a favor do uso amplo da análise estruturada de proporcionalidade e desta como princípio na adjudicação constitucional.

384 U.S. 436 (1966), fornecendo regras claras para o tratamento de suspeitos sob custódia antes de serem interrogados. Ver, no geral, STRAUSS, David A. The ubiquity of prophylactic rules. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 55, p. 190-224, 1988 (descrevendo a abordagem profilática da Corte de *Miranda*). Regras categóricas semelhantes para proteger os direitos constitucionais dos réus criminais se desenvolveram em outras áreas. Ver FISHER, Jeffrey L. Categorical requirements in constitutional criminal procedure. *Georgetown Law Journal*, Washington, D.C., v. 94, p. 1493-1520, 2006. p. 1500-1501. No entanto, essas regras se tornaram complicadas por inúmeras exceções (e por uma retórica de ponderação cada vez maior), ver *ibid.*, p. 1502-03, especialmente nas exceções à regra de exclusão da Quarta Emenda, ver STEIKER, Carol S. Counter-revolution in constitutional criminal procedure? Two audiences, two answers. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 94, p. 2466-2520, 1996. p. 2504-2520. Se as decisões procedimentais da *Warren Court* se afastaram dos padrões para aqueles que buscavam facilitar a administração da justiça e detectar má conduta policial, casos mais recentes desenvolveram regras claras para proteger contra má conduta policial a partir de revisão judicial. Ver, e.g., *Atwater v. City of Lago Vista*, 532 U.S. 318 (2001) (decidindo que outras circunstâncias são irrelevantes para a validade de uma prisão, uma vez que um policial tem causa provável com base no que viu para acreditar que um delito foi cometido); *Whren v. United States*, 517 U.S. 806 (1996) (decidindo que a intenção subjetiva de um policial é irrelevante para avaliar a constitucionalidade de uma parada de trânsito, assim como é para a validade da violação de regulamentos locais).

¹⁶² Ver Fallon, nota 6, p. 1297-1300, 1302-03 (observando inconsistências na aplicação do escrutínio estrito e o desenvolvimento de testes de escrutínio intermediário em várias áreas, comentando que “a introdução de um teste intermediário de escrutínio sinaliza que a Suprema Corte já não sente a necessidade do grau de autodisciplina que ela antes desenvolveu como fornecimento de estrutura doutrinária” e argumentando que agora existem três testes diferentes de “escrutínio estrito”, apenas um dos quais é próximo de ser categórico); ver também nota 152.

3.1 Regulação da conduta policial sob normas constitucionais

3.1.1 *Atwater v. City of Lago Vista* e a jurisprudência da Quarta Emenda

Em *Atwater v. City of Lago Vista*¹⁶³, a Corte não encontrou violação da Quarta Emenda na prisão de uma motorista por infração de trânsito que não previa pena de prisão¹⁶⁴. *Atwater* estava dirigindo com seus dois filhos pequenos em seu bairro quando foi parada por um policial por não estar usando cinto de segurança e por não ter colocado os cintos nos filhos¹⁶⁵. Ao prendê-la, o policial negou sua solicitação para pedir a um vizinho que cuidasse das crianças, indicando que as levaria para a delegacia¹⁶⁶. As mãos de *Atwater* foram algemadas por trás; ela foi colocada no banco traseiro do carro da polícia — sem cinto de segurança — e levada à delegacia¹⁶⁷. Foi libertada cerca de uma hora depois, pagou uma multa de 50 dólares pela infração de trânsito e descobriu que seu carro havia sido guinchado¹⁶⁸. Ela requereu indenização pelos danos sofridos, incluindo despesas médicas dela e de um de seus filhos relativas a sofrimento emocional¹⁶⁹.

A Suprema Corte descreveu que a conduta do policial ao prender a motorista incorreu em “humilhações gratuitas” e infligiu “indignidade e confinamento sem sentido”¹⁷⁰. De fato, escreveu a Corte, sua reivindicação “claramente supera qualquer argumento específico que a cidade possa levantar contra ela”¹⁷¹. Reconhecendo que

¹⁶³ *Atwater v. City of Lago Vista*, 532 U.S. 318 (2001).

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 323.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 323-24. O policial gritou para a Sra. *Atwater*: “Já nos encontramos antes” e “Você vai para a cadeia!”; ele já a havia parado anteriormente no mesmo bairro, pensando, por engano, que ela havia cometido uma infração pelo não uso do cinto de segurança. *Ibid.*, p. 324 e nota 1; *Atwater v. City of Lago Vista*, 195 F.3d 242, 252 (5th Cir. 1999) (Dennis, J., divergindo); ver também *ibid.*, p. 248 (Wiener, J. divergindo) (afirmando que os fatos sustentariam um veredicto do júri de que o policial tinha “uma cruzada pessoal ou talvez até mesmo uma vingança”); *ibid.*, p. 246 (Garza, J. divergindo) (afirmando que, como advogado no Texas por sessenta anos e juiz do Artigo III no Texas por trinta e oito anos, ele sabia que normalmente uma abordagem de trânsito como essa resultaria em uma multa, concluindo que o policial agiu de forma irrazoável e em violação da Quarta Emenda).

¹⁶⁶ *Atwater*, 532 U.S. p. 368-69 (O’Connor, J., divergindo). Um vizinho então apareceu e assumiu o cuidado das crianças. *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 369.

¹⁶⁸ *Atwater v. City of Lago Vista*, 532 U.S. 318, 324 (2001) (opinião da maioria).

¹⁶⁹ *Atwater v. City of Lago Vista*, 165 F.3d 380, 383 (5th Cir. 1999).

¹⁷⁰ *Atwater*, 532 U.S. p. 346-47.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 347.

“[s]e fôssemos elaborar uma regra exclusivamente para lidar com os fatos incontestes deste caso, *Atwater* provavelmente venceria”, a Corte observou que *Atwater* era uma “residente estabelecida de Lago Vista, sem lugar para se esconder e sem incentivo para fugir, e o bom senso indica que ela quase certamente teria colocado o cinto como condição para sair dirigindo com uma advertência”¹⁷².

Ainda assim, a Corte rejeitou a alegação de violação da Quarta Emenda por parte de *Atwater*. A história sugeria, e considerações funcionais exigiam, que os policiais fossem tratados como detentores de discricionariedade legal para realizar prisões devido a qualquer ofensa com causa provável¹⁷³. Segundo a Corte, decidir de outra forma importaria encargos indevidos aos policiais, exigindo que conhecessem detalhes dos códigos penais e antecipassem decisões futuras de acusação, criando, assim, incentivos para a aplicação da lei penal por parte de agentes que tomam decisões em frações de segundo¹⁷⁴. (Uma estrutura de análise semelhante é encontrada em *Florence v. Board of Chosen Freeholders*¹⁷⁵, envolvendo revistas visuais e íntimas em centros de detenção provisória¹⁷⁶).

Se um caso como *Atwater* tivesse surgido no Canadá, a primeira pergunta que a Corte canadense provavelmente faria seria se a autora tinha interesses protegidos por disposições análogas à Quarta Emenda¹⁷⁷. A primeira questão de fato abordada

¹⁷² *Ibid.*, p. 346 (ênfase adicionada).

¹⁷³ *Ibid.*, p. 342-45, 347-54.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 348-51.

¹⁷⁵ *Florence v. Board of Chosen Freeholders*, 132 S. Ct. 1510 (2012).

¹⁷⁶ A Corte em *Florence* descreveu como, após passar por um detector de metais, todos os detentos recém-chegados “foram instruídos a remover suas roupas enquanto um policial verificava a presença de marcas corporais, feridas e contrabando. Aparentemente sem tocar nos detentos, um policial examinava orelhas, nariz, boca, cabelo, couro cabeludo, dedos, mãos, braços, axilas e outras aberturas do corpo. Essa política era aplicada independentemente das circunstâncias da prisão, da infração suspeita ou do comportamento, da conduta ou dos antecedentes criminais do detento. O peticionário alega que foi obrigado a levantar seus genitais, virar-se e tossir em posição de cócoras como parte do processo.” *Ibid.*, p. 1514 (citações omitidas). O peticionário argumentou que a unidade de detenção deveria diferenciar os detentos em prisão preventiva acusados de delitos mais graves daqueles acusados de ofensas menos graves e graduar a intrusividade das buscas, a menos que houvesse alguma base específica de suspeita de que o detido poderia estar escondendo substâncias perigosas. Em *Florence*, como em *Atwater*, a Corte rejeitou os argumentos de que uma abordagem mais individualizada seria constitucionalmente necessária para evitar tratamento desproporcionalmente humilhante ou intrusivo. Ver *ibid.*, p. 1517-18 (citando *Atwater*, 532 U.S. p. 347, para a proposição de que “o equilíbrio da Quarta Emenda não é bem servido por padrões que exigem determinações sensíveis e caso a caso das necessidades governamentais”).

¹⁷⁷ Ao resolver a questão preliminar da Seção 8 da Carta, sobre se houve uma “busca” ou “apreensão”, a Corte canadense considerou se o impugnador tinha uma “expectativa razoável de privacidade,” *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, §§ 30-39 (Can.); para a Seção 9, ao resolver a questão preliminar de saber se um impugnador foi “detido”, a Corte pergunta se uma pessoa razoável na posição do acusado se sentiria livre para ir embora ou teria de cumprir os pedidos

pela Corte foi o escopo da autoridade de *common law* para efetuar uma prisão¹⁷⁸. Caso a Corte dos EUA tivesse seguido a abordagem estruturada de análise de proporcionalidade, teria considerado se os interesses de *Atwater* estavam dentro do escopo daqueles protegidos pela Quarta Emenda antes de passar a considerar se a busca ou apreensão foi justificada, isto é, razoável. O texto da Emenda sugere claramente isto: “[o] direito do povo de estar seguro em sua pessoa... contra buscas e apreensões irrazoáveis, não será violado, e nenhum mandado será emitido, senão por causa provável...”¹⁷⁹. A Suprema Corte dos EUA não conduziu a análise nessa ordem e não abordou os possíveis danos às crianças de *Atwater*¹⁸⁰.

A questão de saber se “o povo” consegue se sentir “seguro em sua pessoa” sabendo que qualquer infração de trânsito pode resultar em prisão merece mais atenção. Justificativas as quais se baseiam apenas na autoridade, derivadas da prática do *common law*, não são tão persuasivas para a mentalidade moderna, e testes de proporcionalidade não se limitam à questão da autorização¹⁸¹. A metodologia da Corte, que definiu os direitos em jogo apenas com base em uma história ambígua do *common law* e na análise dos interesses governamentais, deixou um aspecto essencial da questão subexplorado.

A Corte em *Atwater*, de fato, realizou uma ponderação das necessidades governamentais ao decidir entre abordagem caso a caso ou baseada em regras e optou por

da polícia, considerando tanto coerções físicas quanto psicológicas. Ver *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, §§ 20-21, 24-29 (Can.).

¹⁷⁸ *Atwater*, 532 U.S. p. 326-40.

¹⁷⁹ UNITED STATES. *Constituição (emenda IV)*. (Ênfase adicionada).

¹⁸⁰ Embora o dano a terceiros possa parecer obviamente relevante para determinar a razoabilidade de uma busca ou apreensão, em *Plumhoff v. Rickard*, 134 S. Ct. 2012, 2022 (2014), a Corte decidiu que a presença de passageiro em carro dirigido por um criminoso em fuga era irrelevante para saber se os direitos da Quarta Emenda do criminoso foram violados quando a polícia disparou quinze vezes contra o veículo. O raciocínio foi que os direitos da Quarta Emenda são pessoais, não vicários. *Ibid.* Sob a análise de proporcionalidade, ou qualquer análise substantiva de razoabilidade, é difícil não considerar que a possibilidade de dano “colateral” pesa na “razoabilidade” das ações dos policiais. Ver, e.g., *R. v. Thompson*, [1990] S.C.R. 1111, 1143-45 (Can.) (observando que não tomar medidas para evitar a interceptação de muitas conversas públicas é uma base para considerar “irrazoável” uma busca sob a Seção 8). A jurisprudência canadense subsequente agora sustenta que os interesses de terceiros não são relevantes para saber se o requerente foi submetido a “busca ou apreensão” – apesar de que podem ser relevantes no “segundo estágio da análise [da Seção 8]” –, ou seja, se a busca foi conduzida de forma razoável. *Edwards*, [1996] 1 S.C.R. §§ 34-38.

¹⁸¹ Ver Barak, nota 22, p. 107-24 (discutindo o requisito de autoridade para limitar direitos, como uma questão que precede a análise de proporcionalidade dos meios utilizados); *ibid.*, p. 243-454 (discutindo os elementos de propósito legítimo, conexão racional, interferência mínima e proporcionalidade como tais); cf. Beatty, nota 1, p. 45-46 (discutindo como o Tribunal Constitucional Alemão busca “avaliar e reconciliar os interesses concorrentes” em vez de se apoiar na exegese textual ou em precedentes). Em comunidades minoritárias, a necessidade de justificativas adequadas pode ser particularmente aguda. Ver texto que acompanha a nota 249.

uma regra categórica. Os policiais foram tratados como sujeitos que precisam de proteção preventiva, argumentando que “uma ponderação responsável da Quarta Emenda não pode ser bem atendida por meio de padrões que exijam determinações delicadas das necessidades governamentais, sob pena de cada julgamento discricionário em campo ser convertido em uma ocasião para adjudicação constitucional”¹⁸². A Corte fez julgamentos empíricos – sobre a suposta escassez de prisões abusivas e a necessidade de evitar “um desincentivo sistemático para prender” – a fim de alcançar “uma ponderação... responsável” por meio de sua regra categórica¹⁸³.

Como argumentaram os divergentes, a doutrina da imunidade qualificada já protege os policiais da responsabilidade sob padrões legais pouco claros¹⁸⁴. Um foco na proporcionalidade da conduta do policial, examinando as razões para essa conduta, teria pouco potencial de interferência na aplicação da lei e protegeria melhor os direitos dos cidadãos de estarem seguros em si próprios¹⁸⁵. No entanto, a Corte ofereceu pouca elaboração sobre o escopo dos interesses protegidos pelos direitos da Quarta Emenda ou em relação ao porquê de o policial não ter utilizado alternativas menos restritivas razoavelmente disponíveis a ele. A sugestão de que o processo político poderia controlar os abusos¹⁸⁶ e a referência a uma possível abordagem diferente em circunstâncias “extraordinárias”¹⁸⁷ deixaram a decisão parcialmente justificada e transparente.

3.1.2 Uma comparação com o Canadá

Para fins de comparação, voltemo-nos brevemente a uma decisão canadense recente¹⁸⁸ relativa às proteções constitucionais da Carta Canadense ao “direito de estar protegido contra buscas ou apreensões irrazoáveis”¹⁸⁹ e ao “direito de não ser detido ou preso arbitrariamente”¹⁹⁰. Em *Aucoin*, um policial canadense realizou uma abordagem de trânsito devido a certa irregularidade na placa de um veículo.

¹⁸² *Atwater*, 532 U.S. p. 347.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 347, 351.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 367 (O'Connor, J., divergindo).

¹⁸⁵ Ver *ibid.* (“[A imunidade qualificada] dissipa quaisquer preocupações sobre responsabilidade ou desincentivos para prender.”).

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 353 (opinião da maioria).

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 353-54.

¹⁸⁸ *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408 (Can.).

¹⁸⁹ CANADA. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, § 8. Parte I do *Constitution Act*, 1982, constante do *Schedule B* do *Canada Act*, 1982, c. 11 (U.K.).

¹⁹⁰ *Ibid.*, § 9.

Ao interrogar o motorista de dezenove anos, o policial constatou que ele havia consumido álcool, em violação às leis de trânsito que proíbem motoristas recém-habilitados de beber¹⁹¹. Quando decidiu aplicar multa, o policial também resolveu colocar o motorista no banco de trás da viatura enquanto redigia a autuação¹⁹². Por razões de segurança, foi realizada uma revista corporal antes de colocar o motorista no carro e, no durante, encontrou drogas ilegais¹⁹³. As partes e a Corte concordaram que a detenção inicial do motorista na abordagem foi legal. A questão era se a decisão de o colocar no banco traseiro da viatura foi um exercício razoável da autoridade de detenção¹⁹⁴.

Nas palavras da Corte canadense, a questão não era se havia autoridade para deter, mas se o policial estava justificado ao exercer essa autoridade da forma como fez¹⁹⁵. Foi a “mudança na natureza e na extensão da... detenção” por “duas infrações relativamente menores de trânsito” que criou a violação constitucional¹⁹⁶. Colocar o motorista no banco traseiro da viatura, especialmente com a revista corporal que o acompanhou, “aumentou as restrições aos interesses do recorrente em sua liberdade... [e] alterou a natureza e a extensão da detenção de forma bastante dramática – especialmente quando se leva em consideração que as infrações pelas quais ele estava sendo detido consistiam em duas infrações de trânsito relativamente leves”¹⁹⁷. Dado o caráter leve da infração, a decisão de detê-lo no carro não atendeu ao critério de se mostrar “razoavelmente necessária” à luz de todas as circunstâncias, e,

¹⁹¹ Aucoin, [2012] 3 S.C.R. §§ 2-3, 55.

¹⁹² *Ibid.*, § 4.

¹⁹³ §§ 5-7.

¹⁹⁴ Ver *ibid.*, § 30. Aucoin contestou a legalidade da revista corporal, que neste contexto factual dependia de saber se, sob a Seção 9 da Carta canadense, “manter o apelante no banco traseiro do carro da polícia... era razoavelmente necessário”; a Corte concluiu que não era e, portanto, não havia autoridade para a revista. *Ibid.*, §§ 30, 44; ver nota 201. A questão no caso era a razoabilidade das ações do policial, não se uma lei que violasse certo direito da Carta poderia ser “salva” por uma análise de proporcionalidade da Seção 1; a aplicação pela Corte do requisito de necessidade razoável para detenções sob a Seção 9 incorpora a preocupação com a proporcionalidade das ações policiais. Ver Aucoin, [2012] 3 S.C.R. § 44; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725, § 21 (Can.).

¹⁹⁵ Aucoin, [2012] 3 S.C.R. § 35 (“não vejo este caso como dependendo de saber se o policial Burke tinha a autoridade para deter o apelante na traseira de seu carro da polícia, tendo-o parado legalmente por uma infração administrativa. Em vez disso, a questão é se ele estava justificado ao exercer essa autoridade como o fez nas circunstâncias deste caso.”); cf. *R. v. Collins*, [1987] S.C.R. 265, 278 (Can.) (afirmando que uma busca é irrazoável e viola a Seção 8 da Charter, a menos que a busca “seja autorizada por lei[,]... a própria lei seja razoável [,] e... a forma como a busca foi conduzida seja razoável”).

¹⁹⁶ Aucoin, [2012] 3 S.C.R. § 34.

¹⁹⁷ *Ibid.*

portanto, a detenção e a revista corporal foram consideradas inconstitucionais¹⁹⁸. A decisão da Corte canadense foi unânime¹⁹⁹.

A lei canadense, dessa forma, adota uma abordagem alternativa, insistindo em uma análise mais caso a caso para compreender se a autoridade policial foi exercida de maneira razoável e proporcional²⁰⁰. A comparação com *Atwater* sugere que algum tipo de análise de proporcionalidade mais individualizada pode produzir decisões

¹⁹⁸ Ver *Ibid.*, §§ 36-42 (avaliando a necessidade razoável “na totalidade das circunstâncias” do caso específico). A Corte também observou que havia alternativas menos intrusivas disponíveis, incluindo esperar apoio (que estava “próximo”) antes de aplicar a multa. *Ibid.*, § 42. Acrescentou que “uma matriz fática diferente poderia muito bem apoiar uma conclusão de necessidade razoável,” *Ibid.*, § 43, consistente com a ênfase da jurisprudência canadense de que a questão de saber se uma detenção é “razoavelmente necessária” é altamente contextual. Ver *Clayton*, [2007] 2 S.C.R. § 31 (explicando a necessidade de considerar “a natureza da situação, incluindo a gravidade da infração,... informações conhecidas pela polícia sobre o suspeito ou o crime e o grau em que a detenção foi razoavelmente responsiva ou ajustada a essas circunstâncias,” a fim de “ponderar a gravidade do risco à segurança pública ou individual com os interesses de liberdade dos membros do público para determinar se, dado o grau do risco, a natureza da abordagem não é mais intrusiva aos interesses de liberdade do que o razoavelmente necessário para lidar com o risco”).

¹⁹⁹ Notadamente, a Corte se dividiu sobre se a cocaína obtida na revista deveria ser admitida como prova, com a maioria decidindo pela admissibilidade. Ver infra Parte 5.2 (discutindo a norma de reparação mais flexível do Canadá, como ela difere da regra de exclusão dos EUA e as possíveis implicações para fins comparativos). Comentários acadêmicos, até hoje, sobre *Aucoin*, concentraram-se principalmente na questão da exclusão da prova e criticam a maioria por permitir sua admissibilidade. Ver FRIEDMAN, Solomon; JOHNSTON, Michael A. A Supreme Court that is granting power to the state, not the man. *Criminal Law Quarterly*, Toronto, v. 60, p. 555-582, 2014. p. 567-570; CLIFFORD, W. Vincent. *R. v. Aucoin: attenuating circumstances or a right without a remedy? For the Defence* (Criminal Lawyers’ Association), Toronto, jun. 2013, p. 2; cf. COUGHLAN, Steve; CURRIE, Robert J. Sections 9, 10 and 11 of the Canadian Charter. In: MENDES, Errol; BEAULAC, Stéphane (ed.). *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. 5. ed. Markham: LexisNexis Canada, 2013. p. 801-802, nota 28 (discutindo *Aucoin* como uma decisão rara no direito comum que limita o poder da polícia).

²⁰⁰ Embora a preocupação com o controle eficaz do crime esteja por trás da análise da Suprema Corte dos EUA em muitos casos, incluindo *Atwater*, é difícil determinar a relação entre abordagens jurídicas específicas e o controle eficaz do crime ou os níveis de atividade criminosa. Para uma análise comparativa dos sistemas de justiça criminal dos EUA e do Canadá, ver, por exemplo, OUIMET, Marc. Crime in Canada and the United States: a comparative analysis. *Canadian Review of Sociology*, Toronto, v. 36, p. 389-405, 2008 (descrevendo o papel da posse de armas e dos padrões residenciais como determinantes da atividade criminosa). Embora as taxas de crimes contra o patrimônio possam ser mais altas no Canadá, Ouimet, supra, p. 405, os canadenses são menos propensos a serem vítimas de homicídio, agressão agravada ou roubo do que os residentes dos Estados Unidos, ver GANNON, Maire. *Crime comparisons between Canada and the United States*. Juristat, Canadian Centre for Justice Statistics, Ottawa, 18 dez. 2001. p. 2, 4; Ouimet, supra, p. 405, e têm maior confiança e fé na polícia do que os estadunidenses, ver IVKOVIĆ, Sanja Kutnjak. A comparative study of public support for the police. *International Criminal Justice Review*, Thousand Oaks, v. 18, p. 406, 422-425, 2008; ROBERTS, Julian V. Public confidence in criminal justice in Canada: a comparative and contextual analysis. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, Ottawa, v. 49, p. 153, 167-168, 2007. Em contraste, foi relatado que os governos dos EUA gastam mais per capita com policiamento e justiça criminal do que o Canadá. Ver VAN DIJK, Frans; DE WAARD, Jaap. Key findings from the study legal infrastructure of the Netherlands in international perspective: crime control. *European Journal on Criminal Policy and Research*, Dordrecht, v. 8, p. 517, 523, 2000.

simultaneamente melhor fundamentadas e mais protetoras de direitos do que a “abordagem categórica” adotada pela Corte estadunidense²⁰¹.

3.2 “Escrutínio estrito” e a Primeira Emenda

A Primeira Emenda é uma área na qual o direito estadunidense é geralmente descrito como baseado em categorias presumidas ou definicionais²⁰². O direito da Primeira Emenda nos EUA iria se beneficiar ao dedicar mais atenção à proporcionalidade? Por exemplo, se, ao aplicar a presunção categórica contra regulamentações baseadas em conteúdo, as cortes utilizassem como teste adicional a questão da “proporcionalidade em sentido estrito” da doutrina estruturada? Ou se, ao definir exceções à presunção categórica contra regulamentações baseadas em conteúdo, dedicasse mais atenção ao princípio da proporcionalidade? Para começar a responder a essas perguntas, consideremos inicialmente a recente decisão da Corte em *Holder v. Humanitarian Law Project*²⁰³.

O referido caso envolveu a contestação de uma lei penal que proibia o apoio material a grupos terroristas designados. A ação foi movida por ONGs sediadas nos EUA que buscavam, entre outras coisas, oferecer treinamento a certos grupos considerados terroristas, como o Partido dos Trabalhadores do Curdistão (PKK), na Turquia, quanto a como invocar procedimentos do direito internacional para promover suas reivindicações. Reconhecendo que a lei envolvia uma regulamentação baseada no conteúdo do discurso, a Corte ainda assim manteve sua validade à luz do interesse do governo em combater o terrorismo²⁰⁴.

²⁰¹ Aucoin identificou violações das Seções 8 e 9 da Carta, mas não prosseguiu para verificar se as ações estavam, mesmo assim, justificadas pela Seção 1. A violação da Seção 9 decorreu do fato de que a detenção no carro e a revista subsequente não foram razoavelmente necessárias; portanto, a Seção 8 foi violada porque a busca não foi autorizada por lei, o que também exclui a possibilidade de justificação pela Seção 1. O principal tratado canadense de direito constitucional afirma que, embora o autor acredite que a Seção 1 possa ser aplicada para salvar uma violação da Seção 8, “não há nenhum caso ilustrativo.” HOGG, Peter. *Constitutional Law of Canada*. 5. ed. Toronto: Thomson Carswell, 2007. v. 1, p. 48-2. Para sustentar tal violação da Seção 8 com base na Seção 1, seria necessário concluir que foi “justificadamente demonstrado” que se agiu de forma considerada irrazoável – um enigma lógico.

²⁰² Ver, por exemplo, Farber, nota 158; GREENAWALT, Kent. Free speech in the United States and Canada. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 55, p. 5, 1992; SCHAUER, Frederick. Categories and the First Amendment: a play in three acts. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 34, p. 265, 1981; cf. *Denver Area Educ. Telecomm. Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727, 774 (1996) (Souter, J., voto concorrente) (discutindo a importância de “manter o amido [keep(ing) starch in]” na doutrina da liberdade de expressão).

²⁰³ *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010).

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 39-40.

O poder protetivo da abordagem categórica é posto em dúvida por essa decisão. Em *Humanitarian Law*, a Corte sequer mencionou uma decisão aparentemente vinculante de 1969, *Brandenburg v. Ohio*²⁰⁵, segundo o qual só se pode proibir uma fala tida como incitadora de violência quando seu teor constituir incitamento à ação iminente e ser provável que resulte em ilegalidade imediata. Sob *Brandenburg*, teria sido difícil sustentar a lei de apoio material aplicada a discursos que apenas buscavam promover a invocação lícita de procedimentos internacionais, já que o discurso não tinha nem o propósito de incitar nem a probabilidade de causar ilegalidade iminente²⁰⁶.

Como observado, a Corte em *Humanitarian Law* concluiu que a lei regulava o discurso com base em seu conteúdo, portanto a submeteu ao escrutínio estrito, rejeitando o pedido do governo por um escrutínio intermediário²⁰⁷. A Corte indicou que o padrão correto seria “o escrutínio mais rigoroso”, conforme encontrado em casos como *Cohen v. California*²⁰⁸, *Texas v. Johnson*²⁰⁹ e *R.A.V. v. City of St. Paul*²¹⁰. Embora não

²⁰⁵ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). *Brandenburg* aparentemente pôs fim, de forma estável, à luta de meio século da Corte para reconciliar os esforços governamentais de suprimir discursos considerados perigosos para o governo com as proteções da Primeira Emenda à liberdade de expressão. Para um relato dessa luta, ver STONE, Geoffrey R. et al. *Constitutional Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2013. p. 1070-1076 e fontes citadas.

²⁰⁶ Ver *Humanitarian Law Project*, 561 U.S. em 44 (Breyer, J., voto divergente) (“ninguém afirma que os discursos dos autores da ação para essas organizações possam ser proibidos como incitação segundo *Brandenburg*.”); Field, nota 160, p. 438. Outra linha de casos, originada das leis anticomunistas dos anos 1950, sugeria que, sob a liberdade de associação da Primeira Emenda, a constitucionalidade de punir a filiação a uma organização com objetivos ilícitos dependia de saber se a filiação era “ativa,” no sentido de ter a intenção de auxiliar na concretização desses objetivos ilícitos. *Scales v. United States*, 367 U.S. 203, 229-30 (1961); ver também Field, nota 160, p. 437. Com base nessa linha de casos, argumentou-se em *Humanitarian Law Project* que os autores da ação não poderiam ser punidos por fornecer assistência aos objetivos lícitos de organizações terroristas designadas; a Corte, no entanto, não aplicou essa linha de precedentes, sugerindo que o estatuto não proibia a “filiação” nem a discussão, mas apenas a oferta de “treinamento” ou outros “serviços,” 561 U.S. p. 18.

²⁰⁷ *Humanitarian Law Project*, 561 U.S. em 26-27 (“O’Brien não fornece o padrão aplicável para a análise de uma regulação de discurso baseada em conteúdo, e o § 2339B regula o discurso com base em seu conteúdo.” [citações omitidas]).

²⁰⁸ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 26 (1971) (exigindo uma justificativa mais “específica e imperiosa” para suprimir o discurso e revertendo a condenação por perturbação da ordem por usar casaco com uma expressão vulgar em uma corte); *Humanitarian Law Project*, 561 U.S. em 27-28.

²⁰⁹ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 412 (1989) (submetendo proibições de conduta expressiva baseadas em conteúdo — profanação de um objeto venerado, a bandeira americana — ao escrutínio “mais rigoroso” de *Boos v. Barry*, o qual o alegado interesse estatal de promover a unidade nacional não conseguiu satisfazer); *Humanitarian Law Project*, 561 U.S. em 28. Segundo *Boos v. Barry*, o “escrutínio mais rigoroso,” quando aplicado a discursos políticos em fóruns públicos, exigia a satisfação do padrão de interesse governamental imperioso e de norma redigida de modo restrito. 485 U.S. 312, 321 (1988). Mas cf. *Humanitarian Law Project*, 561 U.S. em 26 (negando que a proibição fosse uma regulação pura de discurso político, porque era uma proibição de apoio material, embora baseada em conteúdo).

²¹⁰ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 395 (1992) (decidindo que a proibição de queima de cruzes e outras condutas expressivas que causassem incômodo ou ofensa com base em raça ou cor era uma forma de regulação baseada em

tenha sido clara quanto ao padrão exato, parecia tratar-se de “escrutínio estrito”²¹¹. As partes concordaram que combater o terrorismo era um interesse governamental imperioso e a Corte enfatizou que a proibição era restrita, pois não vedava a “defesa independente” e aplicava-se apenas ao apoio “consciente”²¹². Quanto ao ensino a grupos terroristas sobre como peticionar aos órgãos internacionais, a Corte concluiu que a proibição estava suficientemente relacionada ao combate ao terrorismo por três razões: impedir a liberação de recursos “fungíveis” que poderiam ser direcionados a atos ilegais; impedir que os grupos terroristas adquirissem “legitimidade”²¹³; e evitar dificuldades nas relações com aliados na luta contra o terrorismo²¹⁴. Ao responder ao argumento dos autores de que não havia necessidade de proibir suas atividades educacionais e de treinamento não violentas, a Corte aceitou a conclusão do Congresso de que “qualquer contribuição” a uma organização terrorista facilita sua atividade terrorista — conclusão que a Corte considerou “justificada” em um contexto no qual informações estão frequentemente indisponíveis, mas os riscos são reais²¹⁵. Essa deferência ao governo remete a *Dennis* e lança novas dúvidas quanto ao caráter limitador da abordagem “categórica” à liberdade de expressão.

conteúdo que só poderia ser justificada por interesse governamental imperioso e norma redigida de forma estrita, padrão não atendido naquele caso); *Humanitarian Law Project*, 561 U.S. em 27.

²¹¹ Ver notas 208–210.

²¹² *Humanitarian Law Project*, 561 U.S. p. 26, 30, 39.

²¹³ *Ibid.*, p. 30. Ademais, a Corte argumentou que ensinar direito internacional a grupos terroristas poderia ser proibido porque “[uma] organização terrorista estrangeira introduzida nas estruturas do sistema jurídico internacional pode usar a informação para ameaçar, manipular e perturbar.” *Ibid.*, p. 37. O potencial de uso manipulativo e disruptivo do conhecimento jurídico é, no entanto, persistentemente presente.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 32–33. Como observam os votos divergentes, prevenir a “legitimação” é um objetivo duvidosamente legítimo de estatutos que proíbem discurso; e os outros dois objetivos tinham pouco respaldo empírico em relação às atividades dos autores da ação. *Ibid.*, p. 47–52 (Breyer, J., divergente). Além disso, não está claro se o Congresso pretendia que o estatuto fosse aplicado às atividades dos autores da ação. O próprio estatuto, 18 U.S.C. § 2339B(i) (2012), afirma que “[n]ada nesta seção deve ser interpretado ou aplicado de modo a restringir o exercício dos direitos garantidos pela Primeira Emenda.” O governo argumentou fortemente que o estatuto não era uma regulação de discurso baseada em conteúdo, mas de conduta com efeitos incidentais, sujeita a um escrutínio intermediário. Cf. *Humanitarian Law Project*, 561 U.S. em 26. A Corte discordou, concluindo que o estatuto era uma regulação de discurso baseada em conteúdo. *Ibid.*, p. 27. Dada a argumentação do governo, entretanto, o Congresso pode não ter percebido que o estatuto poderia ser aplicado como uma regulação de discurso baseada em conteúdo. É, portanto, incerto se suas disposições foram concebidas para se aplicar a essas atividades. Cf. Weinrib, nota 138, p. 740 (argumentando que a exigência canadense de que uma contestação seja autorizada ou “prescrita por lei” em um estatuto garante que a deliberação democrática seja mobilizada para incidir sobre leis que limitam o exercício de direitos).

²¹⁵ *Humanitarian Law Project*, 561 U.S. em 28–30. Mas cf. supra nota 214 (questionando se o Congresso pretendia tal interpretação do estatuto).

Há muito a ser debatido sobre a análise da Corte em *Humanitarian Law*. Aqui, eu me concentro apenas em dois pontos metodológicos relacionados à análise estruturada de proporcionalidade.

Primeiro, é possível entender que a Corte estava afirmando ser a lei suficientemente adequada ao interesse imperioso do governo em combater o terrorismo²¹⁶. No entanto, não está claro até que ponto a Corte levou a sério a ideia de ajuste estrito (análogo ao teste de afetação mínima). Não foi explicado, por exemplo, como o “treinamento” em direito internacional poderia ser “fungível”, com apoio a atividades terroristas, da mesma forma que contribuições financeiras poderiam ser. Argumenta-se que a Corte aplicou um teste de meios e fins menos exigente, perguntando se a proibição poderia ser entendida como racionalmente relacionada aos interesses afirmados pelo governo²¹⁷. O que a Corte pode ter expressado foi a importância predominante do interesse governamental em relação aos interesses de liberdade de expressão afetados pela proibição específica. Se tivesse seguido uma análise mais estruturada²¹⁸, seria mais fácil entender se estava modificando (ou abandonando) o requisito de escrutínio estrito em certos casos de segurança nacional. Em segundo lugar, abordar todos esses elementos não apenas poderia esclarecer a doutrina, como também proteger melhor a liberdade de expressão, que está sempre sob tensão especial em tempos de guerra ou ameaças à segurança. Governos que serão responsabilizados por falhas de segurança podem acreditar, de boa-fé,

²¹⁶ *Ibid.*, p. 26 (“[O] estatuto é cuidadosamente redigido para abranger apenas uma categoria restrita de discurso para grupos estrangeiros os quais o orador sabe serem organizações terroristas.”).

²¹⁷ Ver *ibid.*, p. 28-32 (explicando várias razões pelas quais o Congresso estava “justificado” em pensar que cortar todo o apoio material ajudaria a enfraquecer ou deslegitimar grupos terroristas); *Ibid.*, p. 33-35 (explicando por que a Corte aceitou as declarações do Poder Executivo de que não é “praticamente possível distinguir apoio material a atividades violentas de um grupo terrorista estrangeiro de suas atividades não violentas,” sem exigir que o governo demonstre que o uso da fala para treinar pessoas em direito internacional tem o mesmo potencial para apoiar atividades violentas que outras formas de apoio material voltadas à atividade não violenta, por exemplo, contribuição de recursos para alimentação).

²¹⁸ Segundo *Oakes*, mesmo que uma restrição à expressão esteja racionalmente relacionada a um interesse governamental importante e urgente, e mesmo que a restrição prejudique minimamente os direitos de expressão do autor da ação, as cortes devem, para sustentá-la, concluir que o estatuto é proporcional como tal – ou seja, que o objetivo promovido foi mais significativo do que o dano aos direitos expressivos do autor. Sob o “escrutínio estrito” dos EUA, um estatuto que satisfaz as duas primeiras perguntas seria mantido, independentemente de o dano aos direitos ser maior ou menor do que o benefício frente aos interesses imperiosos. *Humanitarian Law Project* pode ser compreendido como um relaxamento do teste de delimitação estrita/alternativa menos restritiva, à luz da avaliação implícita da “proporcionalidade como tal” em questões envolvendo terrorismo. Ver nota 223. Alternativamente, *Humanitarian Law Project* pode ser entendido como aceitando que não havia outra maneira de promover os interesses do governo em impedir que grupos terroristas obtivessem legitimidade ou convencessem aliados da seriedade dos compromissos antiterroristas dos EUA. Mas, segundo o teste de *Oakes*, mesmo que não existam alternativas menos restritivas e igualmente eficazes para esses fins, as cortes, ainda assim, em teoria, questionariam se o avanço relativo dos objetivos do governo justificaria uma limitação tão severa sobre atividades de expressão e associação.

que proibições amplas ao “apoio” a organizações terroristas são necessárias para oferecer a maior garantia contra futuros atos de terrorismo, sem considerar necessariamente se algum ganho marginal justifica o prejuízo aos valores da liberdade de expressão. A análise da “alternativa menos restritiva” pode ser compreendida como o aceite dos objetivos do governo (supondo que sejam “imperiosos”) sem avaliar a força relativa em relação ao prejuízo a direitos. A questão adicional da “proporcionalidade em sentido estrito” permite à Corte, mesmo deferindo a especialização do governo sobre os riscos à segurança, exercer um julgamento independente para entender se as reduções de risco justificam o prejuízo aos direitos de liberdade de expressão²¹⁹. Como as cortes dos EUA não utilizam a doutrina da proporcionalidade estruturada em sua jurisprudência constitucional, talvez sequer considerem a relação adequada entre os objetivos governamentais e os direitos de liberdade de expressão, capturada pela “proporcionalidade em sentido estrito”, ou o façam *sub silentio*, em detrimento tanto da proteção dos direitos quanto do desenvolvimento transparente e consistente do direito constitucional.

Considere, novamente, o caso *United States v. Alvarez*²²⁰ sobre a Lei de Valor Roubado. Uma avaliação separada dos testes de “meios menos restritivos” e de “proporcionalidade em sentido estrito” poderia ter esclarecido a decisão. Embora a opinião da maioria e a do juiz Breyer tenham afirmado que a lei penal não poderia ser mantida porque o interesse do governo em proteger a integridade das condecorações militares poderia ser promovido por outros meios, não foi clara sobre se esses outros mecanismos deveriam ser vistos como igualmente eficazes²²¹. Argumenta-se que tais posicionamentos combinaram o teste de “meios menos restritivos” com uma avaliação *sub silentio* da “proporcionalidade em sentido estrito”²²². Por mais impor-

²¹⁹ Cf. BARAK, nota 22, p. 414 (argumentando que, embora o governo tenha expertise e competência quanto a riscos de segurança, a corte tem expertise na proteção de direitos); ver também *HCI 2056/04 Beit Sourik Vill. Council v. Gov't of Israel*, 58(5) PD 807, 845 [2004] (Isr.), traduzido em 2004 ISR. L. REP. 264, 304 (“O comandante militar determina se a cerca de separação passará por colinas ou planícies. Essa é sua especialidade. Nós [os juízes] examinamos se o dano causado por esse traçado aos habitantes locais é proporcional. Essa é a nossa especialidade.”).

²²⁰ *United States v. Alvarez*, 132 S. Ct. 2537 (2012).

²²¹ *Ibid.*, p. 2551 (opinião da pluralidade) (afirmando que, quando o Governo busca regular discurso protegido, a restrição deve ser o “meio menos restritivo entre alternativas disponíveis e eficazes,” mas sem indicar se os outros meios devem ser igualmente eficazes) (citação omitida); ver também *ibid.*, p. 2555 (Breyer, J. concordando com o julgamento) (questionando “se é possível alcançar substancialmente o objetivo do Governo de formas menos onerosas”).

²²² A opinião do juiz Breyer é explícita ao aplicar uma forma “intermediária” de escrutínio, porque as proibições governamentais de mentiras intencionais não são tão prejudiciais quanto outros tipos de distinções baseadas em conteúdo. *Ibid.*, p. 2551-52. Ele conclui que “o Estado corre riscos ao prejudicar interesses protegidos apenas para atingir um objetivo contrabalanceador substancial” e passa a analisar a questão para saber se existem meios menos onerosos disponíveis, concluindo que o governo não cumpriu o ônus de demonstrar que tais alternativas não estavam

tante que seja a integridade das honrarias militares, pode não justificar, *ex ante*, a supressão de discursos falsos por meio de sanção penal ampla se o objetivo de proteger essas honrarias puder ser alcançado por meios menos restritivos — mesmo que estes não sejam tão eficazes quanto a sanção penal para dissuadir declarações falsas. Caso isso reflita o raciocínio da maioria dos juízes, então a “proporcionalidade em sentido estrito” poderia ter explicado melhor o que motivou a decisão²²³. Mesmo que o resultado não fosse alterado pela adoção de uma abordagem de proporcionalidade estruturada, o raciocínio dos juízes teria sido mais claro.

3.3 Benefícios teóricos da análise de proporcionalidade na resolução de reivindicações de direitos

Esta subseção identificará agora, em um nível mais geral, diversos benefícios decorrentes da aplicação, por parte dos juízes, da doutrina ou dos princípios da proporcionalidade na avaliação de reivindicações de direitos. Primeiro, a experiência em outras jurisdições sugere que a análise estruturada da proporcionalidade fornece um arcabouço estável para a justificação persuasiva das decisões, aumentando a transparência, ao contrário de formas mais opacas de ponderação²²⁴. Em seguida, a análise de proporcionalidade contribui para a articulação entre os papéis das cortes e dos legislativos, pois exige autorização legal para a restrição de direitos. Além disso, identifica critérios — sobre os quais os legislativos têm competência para se pronunciar — que integram o processo de justificação. Em terceiro lugar, a ênfase nos princípios de proporcionalidade pode aproximar o direito do senso de justiça

disponíveis. Se seu padrão de “alcançar substancialmente” o objetivo do governo pretende transmitir que a alternativa é “igualmente” eficaz permanece incerto. Ver *ibid.*, p. 2556 (afirmando que “é provável que [alternativas] sirvam efetivamente ao objetivo do Congresso”). A opinião do juiz Breyer pode talvez ser mais bem compreendida à luz do ônus de persuasão, o qual ele considerou não ter sido cumprido pelo governo.

²²³ Cf. *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, § 149 (Can.) (Abella, J., voto divergente) (“É possível [...] que uma lei, que não seja minimamente restritiva, mas, no balanço, dada a importância do objetivo governamental, seja proporcional”). O comentário da juíza Abella, que não interpreto como sugerindo um afastamento da sequência estruturada de perguntas do Canadá, é instigante. Embora sob aplicações convencionais da doutrina estruturada da proporcionalidade, o uso de um meio mais abrangente do que o necessário levar à invalidação da norma com base nessa fundamentação, quando o estatuto for, de outro modo, proporcional, pode parecer excessivo frente aos problemas de inércia legislativa. Ou seja, mesmo que um legislador aprove nova lei mais restrita para substituir uma antiga muito ampla, isso pode não ocorrer — especialmente em um sistema de separação de poderes —, porque outras questões sobrecarregam a agenda legislativa devido a conflitos entre o Legislativo e o Executivo, por exemplo. Uma abordagem mais flexível à “restrição mínima”, em que a interferência nos direitos é relativamente pequena e o benefício para um objetivo governamental muito importante é significativo, pode ser, em certo sentido, mais proporcional do que invalidar a lei, uma vez que os riscos de inércia legislativa são considerados.

²²⁴ Ver Aleinikoff, nota 15, p. 976 (discutindo a “caixa preta” da ponderação).

da comunidade, em parte, ao cultivar a arte do julgamento por parte de juízes e advogados. Por último, a atenção à proporcionalidade pode ajudar a identificar – e responder a – deficiências processuais na governança.

3.3.1 Fundamentação estruturada e transparente com apelo justificatório amplo

A análise de proporcionalidade no Canadá e em algumas outras jurisdições oferece um modo estruturado e transparente de justificação, que gera fundamentos provavelmente significativos – ou ao menos compreensíveis – para as partes e os demais públicos das decisões dos tribunais constitucionais. A sequência e a ordem definida da análise por proporcionalidade, em casos de direitos constitucionais no Canadá, têm proporcionado um arcabouço doutrinário mais ou menos estável dentro do qual se realizam os dissensos²²⁵. Isso também contribui para a acessibilidade e a transparência relativa do raciocínio da Corte. A estabilidade da metodologia, e sua ampla aceitação, permite que os dissensos entre os juízes canadenses se concentrem em aspectos compreensíveis como substantivamente relevantes à controvérsia. Tais opiniões também tornam acessível ao leitor a natureza do desacordo entre os juízes, bem como as diferentes avaliações que podem ser dadas aos mesmos fatores²²⁶. A ordem sequencial da análise contrasta com as avaliações mais “livres” encontradas em casos conhecidos de ponderação nos EUA²²⁷, onde diferentes juízes podem continuar a adotar metodologias distintas, de modo que alguns dos ganhos de transparência e consistência estruturadas proporcionados por uma abordagem ao estilo canadense talvez não se concretizem.

²²⁵ Ver, por exemplo, JACKSON, Vicki C. Being proportional about proportionality. *Constitutional Commentary*, v. 21, p. 803-832, 2004 (resenha de livro); STONE SWEET; MATHEWS, nota 37, p. 90 (“[A análise de proporcionalidade] indica claramente às partes em litígio o tipo e a sequência de argumentos que podem e devem ser feitos e o caminho pelo qual os juízes raciocinarão para chegarem à decisão”).

²²⁶ Ver Jackson, nota 225, p. 831; Stone Sweet; Mathews, nota 37, p. 96-97. Essa análise estruturada também pode ter o efeito benéfico de encorajar os juízes a articularem as razões reais de suas opiniões. Ver COFFIN, Frank M. Judicial balancing: the protean scales of justice. *New York University Law Review*, v. 63, p. 16-23, 1988 (ênfase na importância das “razões reais” que “refletem os processos de pensamento do redator e daqueles colegas que aderem à sua opinião”). De forma mais especulativa, a sequência de perguntas na proporcionalidade estruturada pode ter um efeito de “redução de vieses”: juízes cujo instinto aponta para a inconstitucionalidade de uma lei contestada ainda precisam abordar sua “adequação” – isto é, se ela de fato avança no objetivo do governo, uma questão que será respondida afirmativamente. Juízes cuja opinião é que uma regulamentação é justificada mesmo que interfira em determinada esfera de direitos precisam parar e considerar, na etapa da menor restrição possível, se existem meios menos intrusivos que atendam igualmente bem aos objetivos do governo. Ao decompor os elementos analíticos mais do que o *strict scrutiny* dos EUA, essa abordagem em teoria proporciona uma consideração mais completa dos pontos de vista concorrentes.

²²⁷ Ver, por exemplo, *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); ver também Coffin, nota 226, p. 29-30 (criticando casos nos quais não há “discussão responsiva iluminadora” nas opiniões da maioria e das minorias).

Além de seus benefícios em estruturar e tornar mais transparente o raciocínio dos diferentes juízes, a análise por proporcionalidade – ao incorporar razões mais amplas do que aquelas que se limitam ao texto, ao precedente e à história – pode aumentar o valor persuasivo das decisões, tanto para as partes²²⁸ quanto para o público em geral. Como escreveu Cass Sunstein, “[n]o direito constitucional americano, o governo deve sempre ter uma razão para o que faz”²²⁹. O trabalho de Frank Michelman enfatiza a conexão entre a justificação governamental e a igualdade das pessoas²³⁰. A autoridade para agir não equivale a uma razão para agir; a autoridade, por si só, não satisfaz as exigências por justificativas. Ademais, diferentes razões podem ser mais eficazes para públicos distintos²³¹. Mesmo na formulação de regras categóricas, como em *Atwater*, a Corte normalmente invoca algum entendimento consequencialista – naquele caso, foi a necessidade de permitir a aplicação da lei sem impedimentos. Apesar da visão, às vezes expressa, de que a proporcionalidade envolve apenas avaliações arbitrárias²³², não há nada de “não jurídico” em esforços para promover a proporcionalidade da ação governamental mediante a consideração de seus efeitos sobre valores constitucionais relevantes²³³.

²²⁸ Sobre o papel dos julgamentos judiciais em persuadir os perdedores de que sua derrota foi legítima, ver, por exemplo, *Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*, [1999] 1 W.L.R. 377 (Inglaterra) (relacionando “dever de dar razões” à “justiça... às partes – especialmente à parte perdedora”, que “não deve ficar com dúvida sobre por que ganhou ou perdeu”); *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, § 60 (Canadá) (explicando que “quando decisões difíceis precisam ser tomadas, [as razões] podem proporcionar um mínimo de conforto, especialmente à parte perdedora, de que o processo operou de forma justa” [citação omitida]); cf. PERJU, Vlad. Proportionality and freedom – an essay on method in constitutional law. *Global Constitutionalism*, v. 1, p. 334, 2012 (argumentando que os múltiplos e cuidadosos passos da análise de proporcionalidade ajudam a promover um senso de justiça processual em perdedores, os quais podem ver que suas alegações foram levadas a sério). De fato, pode-se até argumentar que a análise de proporcionalidade caso a caso oferece esperança aos “perdedores” de que, em outro contexto, sua demanda poderia “vencer”.

²²⁹ SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 17.

²³⁰ Ver MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court, 1985 Term–Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4, 1986 (discutindo a liberdade como “autodireção por normas conscientes de convivência com outros igualmente autodirecionados” e afirmando que “[c]ada norma, cada vez, exige explicação e justificação no contexto... [uma tarefa convocando] a razão prática e... envolv[endo] diálogo”); ver também MASHAW, Jerry L. Small Things Like Reasons Are Put in a Jar: Reason and Legitimacy in the Administrative State. *Fordham Law Review*, v. 70, p. 17-29, 2001 (enfatizando a importância de dar razões que “respeitem nossa humanidade... [e] atendam à gama de razões... que nos importam”); texto que acompanha as notas 70–71.

²³¹ Cf. Michelman, nota 230, p. 30–34 (descrevendo certos testes de balanço como compromisso com “uma prática comunicativa de prestação de razões aberta e inteligível”).

²³² Ver, por exemplo, STUNTZ, William. The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice. *Yale Law Journal*, v. 107, p. 1-73, 1997.

²³³ Ver também notas 251–258 e texto acompanhante (discutindo “julgamento constitucional”). Como principais estudiosos do constitucionalismo reconhecem fontes legítimas em direito constitucional, as quais incluem múltiplas formas de argumentação – como formas “ethos” e “prudential” de argumento –, preocupadas com valores e consequências. Ver BOBBITT, Phillip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 1982; BOBBITT, Phillip. *Constitutional Interpretation*. New York: Blackwell, 1991 (descrevendo e explorando várias formas de interpretar a Constituição); ver também POST, Robert. *Theories of Constitutional Interpretation*. In: POST, Robert (ed.). *Law and the Order of Culture*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991. p. 13–41 (descrevendo interpretação doutrinária, histórica e responsiva); FALLON JR., Richard H. A Constructivist Coherence

3.3.2 Ponte entre cortes e legislaturas

Um segundo benefício da análise estruturada de proporcionalidade é que esta pode servir como ponte entre a tomada de decisão nas cortes e a tomada de decisão pelo povo, pelos poderes legislativos e pelos agentes públicos. A doutrina da proporcionalidade pode ser entendida como um convite à deliberação mais participativa sobre os direitos constitucionais e pode alcançar uma maior conformidade dos poderes legislativos e de outros agentes com os valores constitucionais ao oferecer um critério de decisão²³⁴.

As análises preliminares quanto ao fato de a ação contestada ser autorizada por lei e possuir um propósito legítimo podem ser entendidas não apenas como formas de controle judicial sobre a ação governamental, mas também como oportunidades para que o poder legislativo reflita e aprimore seu produto normativo. Insistir na existência de um propósito adequado e de autoridade legal concentra a atenção no papel central dos poderes legislativos na autorização e limitação das condutas governamentais que afetam direitos²³⁵. Supondo-se que haja autoridade e finalidade adequadas, o legislativo também pode influenciar e ser levado em consideração nas determinações judiciais relacionadas ao cumprimento dos testes dos meios proporcionais. Assim, a doutrina da proporcionalidade pode ser compreendida como reflexo dos dois compromissos centrais das democracias constitucionais: a proteção dos direitos e a autogovernança democrática – esta última podendo, por sua vez, ser concebida como um direito²³⁶.

Theory of Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 1189, 1987 (descrevendo como diferentes modos de interpretação operam em conjunto).

²³⁴ Mas cf. *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 628 n.27 (2008) (“[B]ase racional’ não é apenas o padrão de escrutínio, mas a própria substância da garantia constitucional.”); POWELL, H. Jefferson. Reasoning About the Irrational: The Roberts Court and the Future of Constitutional Law. *Washington Law Review*, v. 86, p. 217, 2011 (criticando a Corte por equiparar “base racional” a um padrão de revisão com a substância da garantia constitucional).

²³⁵ Veja também Weinrib, nota 138, p. 17 (argumentando que a exigência de que limitações sejam “prescritas por lei” significa que o cerceamento de direitos deve ser “autorizado... por meio dos canais regulares de elaboração de leis, de modo que seja produto de um processo público representativo, responsável e deliberativo”, ao mesmo tempo reconhecendo que a “elaboração principiada do *common law* também satisfaz” o padrão formal); cf. GARDBAUM, Stephen. Proportionality and democratic constitutionalism. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire C. N. (org.). *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 259-261. (advogando uma “concepção ampla e fundamentada de um teste semelhante à proporcionalidade para limitar direitos” que “busca acomodar e temperar preocupações democráticas duradouras e legítimas.”). Para argumento de que os legislativos constituem direitos ao decidirem sobre suas limitações, veja WEBBER, Grégoire C. N. *The negotiable constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

²³⁶ Stephen Garbbaum argumentou que a revisão pela proporcionalidade pode ser entendida como reforço, e não restrição, à democracia. Veja, de um modo geral, Garbbaum, nota 235. A sugestão de Garbbaum é que a revisão pela proporcionalidade reforça a democracia na medida em que permite aos legislativos democráticos limitar direitos. Meu

Além disso, em situações de incerteza epistêmica ou normativa, os poderes legislativos podem ser mais capacitados empiricamente e mais legítimos democraticamente do que as cortes para fazer previsões factuais e acomodações entre valores em conflito²³⁷. Como expressou Robert Alexy, quando os julgamentos sobre “adequação” (racionalidade) ou “necessidade” (análogos à afetação mínima) se situam em uma zona de “incerteza epistêmica”, o fato de o legislativo ser eleito constitui motivo para aceitar a decisão sobre tais questões²³⁸. Quando há incerteza epistêmica – por exemplo, se a descriminalização da maconha seria tão eficaz quanto a criminalização para prevenir os perigos associados ao seu uso e comércio –, prevalecem os juízos legislativos sobre a necessidade da proibição penal²³⁹. Quando há impasse “normativo” – envolvendo, por exemplo, princípios concorrentes a serem otimizados, como a proteção dos direitos dos trabalhadores e dos pequenos empregadores em situações de demissão –, o Poder Legislativo possui poder discricionário para fazer escolhas diferentes²⁴⁰. Em teoria, a estrutura sequenciada da proporcionalidade permite deferência judicial quanto às decisões legislativas de algumas questões, como a da afetação mínima.

Uma das críticas de Laurence Tribe à teoria de John Hart Ely quanto à revisão judicial como reforço da representação foi que não oferecia orientação aos legisladores ou aos agentes do Executivo²⁴¹ no que diz respeito ao significado constitucional. Em contraste, as questões levantadas pela análise de proporcionalidade ressoam com as competências do Poder Legislativo, especialmente em suas indagações sobre a relação racional e a afetação mínima, ambas com componentes factuais “preditivos”

argumento é levemente diferente: a revisão pela proporcionalidade pode ser simultaneamente reforço à democracia e aos direitos, à proporção que envolve os legislativos na compreensão e proteção de direitos no processo legislativo.

²³⁷ Algumas cortes têm, por exemplo, indicado que os legislativos vêm considerável a discricionariedade sobre a racionalidade dos meios, contemplando que o Judiciário raramente não aceita a constatação presumida de racionalidade do legislativo, exceto em casos de corrupção. Veja, por exemplo, Barak, nota 22, p. 311 (discutindo o caso do conselho regional da *Gaza Coast*); veja também *ibid.*, p. 312 (“[O] julgamento do legislador ao determinar seu prognóstico legislativo é amplo.”) Para Barak, os legisladores tomam decisões dentro de uma “zona de proporcionalidade”, enquanto as cortes zelam para que as escolhas legislativas permaneçam dentro dessa zona. *Ibid.* p. 397–411.

²³⁸ Alexy, nota 19, p. 399–401, 411–18.

²³⁹ *Ibid.*, p. 399–400. Mas cf. *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, 136–37 (colocando o “ônus” da justificação sobre a parte que busca sustentar a limitação).

²⁴⁰ Alexy, nota 19, p. 415–416. Discorda da sugestão de que a análise de proporcionalidade alemã contempla uma única resposta perfeita, ideal, para questões de direitos. Cf. Bomhoff, nota 2, p. 103–119 (descrevendo a teoria alemã da perfeição jurídica constitucional).

²⁴¹ Veja TRIBE, Laurence H. The puzzling persistence of process-based constitutional theories. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 89, p. 1063–1080, 1980.

acerca da conexão entre os meios escolhidos e o objetivo legislativo²⁴². Legisladores os quais compreendem que a legislação será avaliada sob padrões de proporcionalidade, caso contestados por infringirem direitos constitucionais individuais, terão razão para prestar atenção à racionalidade dos meios escolhidos, à existência de meios alternativos menos prejudiciais a direitos e à importância dos benefícios pretendidos em comparação aos ônus impostos às liberdades protegidas²⁴³. Como escreveu Mattias Kumm, o foco dos agentes públicos nos elementos da análise de proporcionalidade pode ter um

efeito disciplinador sobre as autoridades públicas e ajudar a fomentar uma atitude de confiança civil entre os cidadãos. A institucionalização jurídica da contestação socrática ajuda a manter viva a ideia de que atos das autoridades públicas que impõem ônus aos indivíduos devem ser compreensíveis como juízos coletivos razoáveis sobre o que a justiça e uma boa política exigem para serem legítimos²⁴⁴.

A proporcionalidade considerada nas cortes e nos poderes legislativos pode divergir. Estes podem se concentrar em achar as melhores soluções viáveis; para aquelas, a “análise de proporcionalidade” pode funcionar como um controle contra desproporções graves²⁴⁵. Para as cortes, a estrutura sequencial da doutrina da proporcionalidade oferece os benefícios da consistência e da transparência

²⁴² Alexy, nota 19, p. 399 (observando os “problemas difíceis de prognóstico” colocados pelas análises de “adequação” e “necessidade”); cf. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn’t such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, p. 75-104, 1995 (argumentando que “[a] linguagem das leis pós-Carta... sugere que os legisladores canadenses estão engajados em um diálogo autoconsciente com o Judiciário”).

²⁴³ Em uma cultura jurídica que valoriza os direitos, legisladores podem ter incentivos políticos para proteger direitos, especialmente quanto a legislações de alta visibilidade pública. Para uma discussão relacionada, veja WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999 (discutindo o papel do legislador como “jugador” do que é justo ou compatível com a concepção da sociedade sobre o direito natural); Webber, nota 235, p. 149–159 (argumentando que “[p]ara um legislador, o fundamento para uma decisão política deve sempre ser sua justificação em uma sociedade livre e democrática” e que decisões legislativas devem ser guiadas por padrões de razão pública).

²⁴⁴ KUMM, Mattias. The idea of Socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review. *Law and Ethics of Human Rights*, v. 4, p. 141-163, 2010.

²⁴⁵ Veja Sullivan; Frase, nota 52, p. 8 (sugerindo que a metáfora do “balanço” implica um ponto ótimo, enquanto a revisão por proporcionalidade foca em saber se a ação é desproporcional, reconhecendo os legisladores e os oficiais do Executivo como os “principais tomadores de decisão”). Mas cf. RIVERS, Julian. Proportionality and variable intensity of review. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 65, p. 174-206, 2006 (diferenciando “otimização” dos usos “limitadores do Estado” da proporcionalidade e argumentando que a “otimização” facilita abordagens “ordenadas” quanto à deferência).

metodológica, mas, tanto para os poderes legislativos quanto para as cortes, há vantagens em considerar a proporcionalidade, ainda que de forma menos estruturada, como princípio de justiça.

3.3.3 Justiça, direito e julgamento

A proporcionalidade, como princípio ou doutrina, constitui um meio de aproximar as demandas de justiça dos direitos constitucionais²⁴⁶. Justiça não é sinônimo de direito; ela oferece uma plataforma crítica a partir da qual se pode avaliar o direito. Há valor em um sistema jurídico que aspire realizar justiça, conforme compreendido em sociedade. A atenção a diferentes contextos fáticos e à necessidade de enfrentar o impacto de regras gerais nos casos particulares, em termos de proporcionalidade, pode contribuir para aprimorar o senso de justiça de uma comunidade jurídica e política²⁴⁷.

Sistemas jurídicos nos quais decisões não ressoam com concepções amplamente partilhadas de justiça podem, a longo prazo, falhar no desempenho de funções básicas. Tais decisões minam o respeito pelo direito e pela legitimidade das cortes. No contexto do direito relacionado à Quarta Emenda, estudiosos observaram que a Corte tem rejeitado regras categóricas e aplicado testes do tipo “totalidade das circunstâncias” quando tais regras beneficiam os alvos de buscas policiais, e preferido as categóricas quando são permissivas ao comportamento policial²⁴⁸. Esse padrão, aliado à exclusão do intuito dos agentes (ou do pretexto) e das normas estaduais ou

²⁴⁶ Para uma defesa da capacidade da revisão por proporcionalidade de alinhar os direitos constitucionais com a justiça, veja KUMM, Matthias. Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, p. 574-596, 2004 (resenha de Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* [trad. Julian Rivers, 2002]). Sobre a relação entre direitos e justiça, veja também Webber, nota 136, p. 126-129.

²⁴⁷ Kumm, nota 244, p. 147 (a revisão por proporcionalidade é “o meio pelo qual os valores são relacionados às possibilidades do mundo normativo e factual”). Um dos benefícios pretendidos da independência das cortes sob o Artigo III era “mitigar” e “moderar” legislações que fossem “injustas” ou “parciais.” Veja “Os Artigos Federalistas” nº 78 (Alexander Hamilton) (argumentando que cortes independentes cumpririam essas funções tanto na aplicação das leis já promulgadas quanto como mecanismo de controle contra legislações inequitativas futuras).

²⁴⁸ Veja ALSCHULER, Albert W. *Bright line fever and the Fourth Amendment*. University of Pittsburgh Law Review, Pittsburgh, v. 45, p. 227-242, 1984 (“[A] maioria das regras de linha clara atuais da Suprema Corte dizem aos policiais: ‘sim, você pode revistar’, em vez de ‘não, você não pode.’”); SKLANSKY, David A. Traffic stops, minority motorists, and the future of the Fourth Amendment. *Supreme Court Review*, Chicago, 1997, p. 271-308 (contrastando a rejeição, pela Corte, de uma regra de “primeiro ordena, depois pergunta” como linha clara, projetada para aumentar a pressão policial para que suspeitos consentam em buscas, com “um padrão pronunciado de decisões favoráveis ao governo” em casos relacionados à Quarta Emenda).

locais na definição do que é razoável²⁴⁹, tende a alimentar desconfiança em relação à polícia, hoje predominante em muitas comunidades de grupos minoritários. Nessa seara, avançar em direção a uma doutrina que permita um conjunto mais amplo de fatores – aqueles que as pessoas comuns consideram razoáveis – ajudaria a restabelecer a conexão do direito com a justiça. É certo que a justiça constitucional será frequentemente objeto de disputas. Ainda assim, a doutrina da proporcionalidade contribui para esclarecer os fundamentos da decisão e a importância relativa dos diferentes elementos da justiça, oferecendo, assim, uma estrutura de análise para resolver o que está em jogo²⁵⁰.

Uma vantagem correlata da proporcionalidade está nas oportunidades que ela oferece para o desenvolvimento do que se pode chamar de juízo constitucional ou “senso de situação” (*situation sense*)²⁵¹. Mark Tushnet argumentou que a divergência do juiz Breyer em *Heller* não deve ser entendida como relativa à proporcionalidade

²⁴⁹ Veja, por exemplo, *Virginia v. Moore*, 553 U.S. 164, 168–73 (2008) (tratando a violação, por parte de policiais, de uma lei estadual que autorizava apenas a emissão de uma multa, e não uma prisão, como irrelevante para a contestação do peticionário à razoabilidade de busca incidental àquela prisão e notando amplamente que a Quarta Emenda não foi entendida como incluindo as limitações de estatutos promulgados posteriormente); *Whren v. United States*, 517 U.S. 806, 815–16 (1996) (rejeitando o argumento de que “a insistência no cumprimento das práticas padrão” é uma meta objetiva para eliminar o uso de pretextos e aparentemente tratando como irrelevante os policiais cumprirem práticas locais que variam conforme o local, porque a lei da Quarta Emenda não pode “ser feita para depender de tais trivialidades”).

²⁵⁰ Veja Jackson, nota 79, p. 613–19. Como justiça e o peso relativo de diferentes valores constitucionais são contestáveis, a aplicação da análise de proporcionalidade frequentemente resultará em conclusões diferentes até em um mesmo sistema, de formas que a proporcionalidade estruturada pode ajudar a tornar mais transparentes. Veja notas 449–451 e o texto que as acompanha (discutindo as opiniões majoritárias e divergentes no caso canadense *Keegstra* sobre discurso de ódio). Compare *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) (aplicando o “escrutínio estrito” para estabelecer uma abordagem trimestral na regulação do aborto), com *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (rejeitando a abordagem trimestral e estabelecendo o teste de “ônus indevido” para a constitucionalidade de regulações destinadas a proteger a vida fetal antes da viabilidade). Ao observar a regulação do aborto de forma transnacional, uma série de abordagens possivelmente atende aos requisitos de proporcionalidade em contextos nacionais distintos. Frente ao que uma corte se posiciona depende, em parte importante, dos valores constitucionais substantivos de sua jurisdição, o que engloba se a jurisdição reconhece um direito fetal à vida protegido pela constituição, como no Canadá, veja *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (Can.), ou nos Estados Unidos. Todavia, em qualquer sistema que respeite a igualdade das mulheres, a aplicação da análise de proporcionalidade irá impor restrições quanto à intensidade que abortos podem ser proibidos. Veja, de modo geral, JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative constitutional law*. 3. ed. 2014 p. 1–158, 210, 219–221 (descrevendo a jurisprudência da Alemanha, do Canadá, da Colômbia e da Corte Europeia de Direitos Humanos e observando que as restrições permissíveis, sob a jurisprudência europeia, podem depender, em parte, dos recursos sociais disponíveis para serviços médicos e outros, bem como da facilidade de deslocamento). A ênfase da proporcionalidade em uma compreensão clara dos direitos em questão e na justificação das restrições permite que tanto proponentes quanto opositores à regulação do aborto formulem seus argumentos perante os legislativos de forma compreensível e que as cortes considerem desafios legais com base em valores constitucionais e experiências vividas.

²⁵¹ Veja Jackson, nota 118, p. 151–52 (discutindo a “aquisição de senso de julgamento jurídico”, a ideia de “sentido de situação” de Karl Llewellyn e bom julgamento, tudo no contexto do direito constitucional); veja também TUSHNET, Mark. *Heller and the critique of judgment*. *Supreme Court Review*, p. 61–102, 2008; TUSHNET, Mark. *The First Amendment and political risk*. *Journal of Legal Analysis*, v. 4, p. 103–134, 2012.

ou à ponderação, apesar do uso do vocabulário da “proporcionalidade”; deve ser compreendida, antes, como aplicação de um julgamento jurídico a contextos complexos²⁵². Tushnet também argumentou que decisões da Corte em casos da Primeira Emenda, como *Snyder v. Phelps*²⁵³, *United States v. Stevens*²⁵⁴ e *Sorrell v. IMS Health Inc.*²⁵⁵, representam uma forma de “patologia judicial”, caracterizada pela superestimação dos danos que as proibições à fala causariam e por insensibilidade à sua distribuição²⁵⁶. Tal patologia, segundo Tushnet, está ligada à “regrificação” (*rule-ification*) desse campo e ao “medo” correspondente de realizar julgamentos óbvios sobre questões de grau²⁵⁷. Uma vez anunciada certa “regra”, a função passa a ser focar a atenção judicial apenas nela (por exemplo, se uma regulação é “baseada em conteúdo”), em vez de ser nos propósitos da disposição constitucional que esse princípio pretende implementar. Os argumentos a favor da “regrificação” são mais fortes no que diz respeito a múltiplos tomadores de decisão, como juízes de instâncias inferiores e autoridades administrativas, do que em relação à Suprema Corte, que sempre pode considerar uma “exceção” à regra. Em decisões recentes sobre liberdade de expressão, no entanto, a Corte parece ter se privado da oportunidade de engajar com os propósitos subjacentes à regra contra regulações baseadas em conteúdo, chegando a resultados que podem ser inconsistentes com as percepções constitucionais de longo prazo da população²⁵⁸.

Em *Stevens*, por exemplo, a Corte rejeitou o pedido do governo por uma “ponderação categórica do valor da fala em relação ao seu custo social”, negando que possuía uma “autoridade arbitrária para declarar novas categorias de discurso fora

²⁵² TUSHNET (2008), nota 251, p. 71, 76–84.

²⁵³ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

²⁵⁴ *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010).

²⁵⁵ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653 (2011).

²⁵⁶ TUSHNET (2012), nota 251, p. 105–06.

²⁵⁷ *Ibid.*; veja também Sullivan, nota 16, p. 68 (discutindo algumas das patologias associadas ao “julgamento por regra”).

²⁵⁸ Veja, por exemplo, *Brown v. Entm’t Merchs. Ass’n*, 131 S. Ct. 2729, 2732 (2011) (invalidando uma lei estadual que proibia a venda de videogames violentos a menores de dezoito anos); *Stevens*, 559 U.S. 460, 469 (rejeitando a possibilidade de uma exceção categórica à proteção da Primeira Emenda para, pelo menos, algumas representações de crueldade animal); mas veja *Entm’t Merchs.*, 131 S. Ct. em 2766 (Breyer, J. divergindo) (indicando que, ao aplicar o escrutínio estrito, ele “avaliaria o grau com que o estatuto prejudica interesses relacionados à liberdade de expressão, a natureza dos interesses potencialmente imperiosos, o grau com que o estatuto avança em tais interesses, a natureza e efetividade das alternativas possíveis e, à luz dessa avaliação, se, no geral, ‘o estatuto prejudica a liberdade de expressão... de forma desproporcional aos benefícios que o estatuto busca proporcionar’” [citando *United States v. Playboy Entm’t Grp., Inc.*, 529 U.S. 803, 841 [2000]]).

do escopo da Primeira Emenda”²⁵⁹. Suponha-se que, em sentido contrário, a questão fosse saber se a lei atendia a um padrão de proporcionalidade em etapas múltiplas, como o utilizado no Canadá. Presumivelmente, a Corte teria concluído que não, uma vez que a lei ser tão “ampla” não atendia ao requisito de “afetação mínima”. No entanto, também teriam de ser abordados assuntos para compreender se o objetivo do governo de reduzir a crueldade contra animais era legítimo e suficientemente importante para justificar alguma limitação à atividade expressiva e se a proibição do desenvolvimento e da distribuição comercial de vídeos com crueldade animal era um meio racional de alcançar aquilo que se almejava²⁶⁰. A análise dessas questões poderia ter orientado esforços legislativos posteriores para enfrentar o problema por meio de legislação mais bem calibrada²⁶¹. Em resumo, a análise de proporcionalidade poderia promover o engajamento judicial com temas fundamentais de justiça constitucional, refletidas em juízos sobre o propósito legítimo ou imperioso e sua relação com os danos resultantes da limitação das formas de expressão presumidamente protegidas pela Primeira Emenda.

3.3.4 Falhas processuais que justificam um escrutínio mais rigoroso

Um tipo diferente de argumento decorre da precisão de saber se as desproporcionalidades nos efeitos da ação governamental podem ser indicativas de falhas no processo legislativo que justificariam um escrutínio mais rigoroso por parte das

²⁵⁹ *Stevens*, 559 U.S. p. 470 (citando o Memorial do Peticionário em 8, *Stevens*, 559 U.S. 460 [No. 08–769]); *Ibid.*, p. 472 (derrubando uma lei que proibia a criação, venda ou posse comercial de certas representações de crueldade animal). Concluindo que a lei não se enquadrava nas “categorias históricas e tradicionais” de restrições permissíveis à liberdade de expressão, veja *ibid.*, p. 468 (citação omitida) e, após rejeitar o argumento do governo por um teste de balanço amplo para identificar novas áreas de regulação permissível, a Corte aplicou sua “doutrina existente”, *ibid.*, p. 472, e declarou a lei inconstitucional por excesso. A Corte foi imediatamente à análise de excesso sem considerar, por exemplo, os propósitos do estatuto ou a racionalidade de seus meios. Veja nota 260.

²⁶⁰ Apenas o voto dissidente do juiz Alito em *Stevens* tratou do propósito da lei, sua conexão este e se o dano suprimido era uma intrusão justificada em interesses relacionados à liberdade de expressão. Veja 559 U.S. p. 491–99 (Alito, J., divergindo) (discutindo os “interesses governamentais imperiosos” defendidos pela lei); cf. *ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Brief for a group of American law professors in support of neither party, United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (No. 08–769), 2010. (instando a Corte a rejeitar a conclusão do Terceiro Circuito de que a prevenção da crueldade animal não era um “interesse governamental imperioso”).

²⁶¹ O Congresso respondeu a *Stevens* aprovando rapidamente a legislação que proibia “vídeos de crueldade animal” com elementos de “obscenidade” e incluindo exceções explícitas para representações de caça e abate de animais para alimentação. Veja *ESTADOS UNIDOS. Congress. Public Law No. 111–294*, § 3(a), 124 Stat. 3178, 2010. A referência à “obscenidade” foi uma tentativa evidente de se enquadrar em uma exceção “categórica” estabelecida para obscenidade. Veja *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973). Em ao menos um desafio constitucional à nova legislação, aceito pela corte distrital, a decisão foi revertida pelo Quinto Circuito. Veja *United States v. Richards*, 940 F. Supp. 2d 548 (S.D. Tex. 2013), rev’d, 755 F.3d 269 (5th Cir. 2014), cert. denied, 83 U.S.L.W. 3742, 2015 WL 1280267 (Mar. 23 2015).

cortes²⁶². Na teoria de John Hart Ely, falhas processuais decorrentes de preconceito consciente e discriminação intencional contra grupos minoritários exigem níveis elevados de justificação e de escrutínio judicial²⁶³. Um espectro mais amplo de falhas processuais pode ser sinalizado por desproporcionalidades na aplicação da lei. Estas – como aquelas que ocorrem quando uma lei é mais restritiva do que o necessário para atingir os fins declarados – podem sinalizar um problema subjacente, relacionado não apenas a preconceitos conscientes, mas a falhas relativas à igualdade de tratamento. Algumas dessas podem derivar da pouca preocupação dos legisladores com efeitos desproporcionais sobre os relativamente desprovidos de poder; outras podem refletir preconceitos inconscientes ou não articulados; e, ainda, podem decorrer da simples incapacidade de antecipar os efeitos da legislação. Cada hipótese dessas pode ser compreendida como falha de processo – uma falha, nos termos de John Paul Stevens, juiz da Suprema Corte, no cumprimento do dever governamental de imparcialidade perante o povo²⁶⁴. Algumas são capazes de justificar atenção judicial intensificada ou mesmo intervenção²⁶⁵.

²⁶² Ver JACKSON, nota 225, p. 830 nota 82 (“[A proporcionalidade] pode ser usada com o intuito de ajudar a filtrar legislações para finalidades que são consideradas inadmissíveis com base em outros fundamentos.”).

²⁶³ Ver ELY, nota 122, p. 102–04. Para uma crítica da teoria do processo político enquanto base para a revisão judicial como sendo “radicalmente indeterminada e fundamentalmente incompleta”, ver TRIBE, nota 241, p. 1064. Tais objeções, em minha visão, não se aplicam à consideração dos efeitos desproporcionais das leis como sinal de um possível fracasso processual que pode conflitar com compromissos constitucionais substantivos mais amplos.

²⁶⁴ O juiz Stevens articulou um “dever de governar com imparcialidade” em várias opiniões. Ver, por exemplo, *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267, 341 (2004) (Stevens, J., divergindo); *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 357 (1980) (Stevens, J., divergindo); ver também WALDRON, Jeremy. Principles of legislation. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (org.). *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 21–42 (discutindo a importância da imparcialidade e da justiça na legislação).

²⁶⁵ Conforme discutido mais adiante na Seção 5, aplicações desproporcionais são uma característica necessária das regras profiláticas; mas, se houver uma boa razão para manter tal regra, algumas desproporcionalidades devem ser aceitas ou seus objetivos profiláticos seriam comprometidos. Interesses possivelmente dentro do escopo de proteção de direitos podem ser *subprotegidos* por regras profiláticas concebidas, por exemplo, para prevenir interferência judicial equivocada com legislação em áreas onde intervenções judiciais passadas foram consideradas intrusões errôneas na tomada de decisão democrática com base em uma interpretação equivocada dos direitos. Ver *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938) (indicando que a Corte, dali em diante, sustentaria “legislação regulatória afetando transações comerciais ordinárias” a menos que os fatos fossem tais “a ponto de afastar a suposição de que ela repousa sobre alguma base racional dentro do conhecimento e experiência dos legisladores”). Outros interesses somente discutivelmente dentro do escopo de proteção de direitos podem ser superprotegidos para evitar erros de subproteção; a liberdade de expressão é uma área na qual presunções categóricas profiláticas podem ser justificadas. Ver, por exemplo, BLASI, Vincent. The pathological perspective and the First Amendment. *Columbia Law Review*, v. 85, p. 449–499, 1985. p. 474 (enfatizando a importância de “limitar o campo de discricionariedade deixado aos tomadores de decisão que serão chamados a tomar julgamentos quando as pressões patológicas forem mais intensas”); cf. KREIMER, Seth F. Good enough for government work: two cheers for content neutrality. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 16, p. 1261–1292, 2014. Seções citadas: p. 1264, 1279–1287 (argumentando que a doutrina da neutralidade de conteúdo é mais importante para evitar que tiranos locais ajam contra vozes dissidentes idiossincráticas).

Nos Estados Unidos, a estrutura escalonada de análise aplicável a reivindicações de direitos sob as cláusulas do devido processo legal e da proteção igualitária já incorpora, até certo ponto, a ideia de proporcionalidade, uma vez que se exige mais para justificar leis pertencentes a categorias consideradas de maior preocupação constitucional. O mesmo vale para o papel de alternativas menos restritivas em certos campos da doutrina americana²⁶⁶. Contudo, pode haver grande diferença nos resultados da análise de “escrutínio estrito” e de “base racional”, como se observa no tratamento contrastante entre classificações raciais explícitas e leis neutras com impacto desproporcional e foco na raça. O *princípio* da proporcionalidade corrobora a sugestão do juiz Thurgood Marshall de que a determinação sobre se uma classificação viola a proteção igualitária não deveria depender de categorias rígidas e pré-estabelecidas, mas, sim, de abordagem mais flexível e proporcional²⁶⁷, como será discutido mais adiante na Seção 5.

Alguns desses benefícios estão mais diretamente relacionados ao uso da doutrina estruturada da proporcionalidade, como aplicada no Canadá e em sistemas semelhantes; outros – como a aproximação entre o direito e a justiça – decorrem de uma maior utilização dos princípios da proporcionalidade, mesmo em contextos diferentes ou menos estruturados²⁶⁸.

²⁶⁶ Veja, por exemplo, Sullivan; Frase, nota 52, p. 53–66 (descrevendo “princípios implícitos de proporcionalidade” nos padrões de revisão utilizados em casos de proteção igualitária, devido processo substantivo, Primeira Emenda e cláusula do comércio dormente).

²⁶⁷ *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471, 521 (1970) (Marshall, J. divergindo) (enfatizando “o caráter da classificação em questão, a importância relativa para os indivíduos na classe discriminada quanto aos benefícios governamentais que não recebem e a justificativa alegada no apoio à classificação”). Embora eu ocupe atualmente uma cátedra nomeada em homenagem ao juiz Marshall e tenha atuado como sua assessora (*Law Clerk*) no período de outubro de 1977, minha apreciação por seus pontos de vista se formou plenamente depois que estudei direito constitucional comparado.

²⁶⁸ Cf. Sullivan; Frase, nota 52, p. 6–7 (sugerindo que existem três testes distintos de proporcionalidade – a “limitadora retributiva”, que restringe responsabilidade e sanções; a de “meios alternativos”, que avalia se existem meios menos intrusivos; e a de “fins-benefícios”, que “compar[a] uma única medida com os benefícios esperados”). Eles argumentam que “toda intrusão governamental na autonomia individual [deve] passar por alguma forma de análise de proporcionalidade, a menos que se aplique *strict scrutiny* ou outro padrão mais restritivo.” *Ibid.*, p. 11.

4. Objeções e respostas

Algumas objeções à proporcionalidade como padrão decisório judicial seriam aplicáveis, de modo geral, em qualquer democracia constitucional. Essas serão discutidas na Subseção 4.1, incluindo indeterminação, suposto caráter intrusivo, potencial para aplicações inconsistentes e alegadas irracionalidade e incompatibilidade com concepções fortes de direitos. Outras preocupações em relação à proporcionalidade dizem respeito a aspectos específicos do direito constitucional e da cultura jurídica dos Estados Unidos, as quais serão abordadas na Subseção 4.2.

4.1 Objeções gerais à proporcionalidade como padrão decisório judicial

Embora a capacidade do padrão estruturado de proporcionalidade de responder a justificativas governamentais legítimas possa ajudar a proteger direitos ao mesmo tempo em que mantém a governança democrática eficaz, alguns argumentam que essa mesma flexibilidade compromete a qualidade enquanto norma jurídica, criando um nível inaceitável de indeterminação²⁶⁹. O peso dessa crítica depende, em grande medida, do que a análise de proporcionalidade substituiria. Seria aceitável se ela substituísse um teste categórico aparentemente determinante²⁷⁰; mas, se ela substituísse uma abordagem menos estruturada, baseada em avaliação “de todas as circunstâncias relevantes” (*“all things considered” approach*), ou um conjunto de regras categóricas repletas de exceções, poderia produzir uma jurisprudência mais disciplinada. Além disso, a proporcionalidade estruturada pode coexistir com entendimentos dos direitos como “princípios” que exigem otimização²⁷¹, ou como “escudos”, os quais requerem razões legítimas e fortes para intervenção²⁷².

²⁶⁹ Ver, por exemplo, WEBBER, nota 235, p. 89-115; TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: an assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, p. 468-490, 2009. p. 470-472.

²⁷⁰ Tal mudança pode ainda melhorar a qualidade geral das decisões; se um padrão de proporcionalidade mais flexível seria melhor do que uma regra categórica específica depende da qualidade das decisões produzidas sob cada uma delas.

²⁷¹ Ver nota 37 (observando as posições de Robert Alexy).

²⁷² Ver, por exemplo, SCHAUER, nota 36, p. 429-31.

Outro argumento é que a análise de proporcionalidade seria excessivamente intrusiva nas legislaturas ao estabelecer um padrão que não pudesse ser alcançado²⁷³. Uma versão dessa objeção, que Alexy denomina “tese do ponto mais alto” (“*highest point thesis*”), contemplaria a existência de uma única resposta correta²⁷⁴, o que é inconsistente com o reconhecimento, por parte dos principais defensores da proporcionalidade, da existência de significativas “zonas” de “discrecionariedade” legislativa²⁷⁵, nas quais prevalecerá o juízo do legislador. Outrossim, essa objeção é incompatível com o reconhecimento generalizado de que a análise de proporcionalidade, com seus passos sequenciais, pode ser aplicada com “intensidade variável”²⁷⁶. A alegação correlata de que a proporcionalidade, como a ponderação, seria mais uma competência legislativa do que judicial²⁷⁷, ignora o fato de que, enquanto os Poderes Legislativo e Executivo podem ter conhecimento e competência particulares sobre, por exemplo, os riscos à segurança nacional e os melhores meios para minimizá-los, os tribunais têm mais capacidade para decidir questões relativas a direitos individuais²⁷⁸.

²⁷³ Ver, por exemplo, Choudhry, nota 116, p. 504 (argumentando que a armadilha da análise de proporcionalidade é que ela não responde ao “problema geral de como moldar a adjudicação em uma democracia que protege os direitos, onde os governos frequentemente legislam com informações imperfeitas”).

²⁷⁴ ALEXY, nota 19, p. 396-97. Sobre as concepções de proporcionalidade baseadas em “uma resposta correta”, ver Rivers, nota 245, p. 192-93. Ver também nota 237.

²⁷⁵ Ver ALEXY, nota 19, p. 396-415 (discutindo o julgamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre cannabis); KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 114-115 (discutindo o julgamento sobre cannabis, no qual o grau de interferência na liberdade individual era claro, mas havia considerável incerteza empírica sobre os efeitos do uso de cannabis na saúde e estabelecendo uma zona na qual a decisão do legislativo não seria perturbada); BARAK, nota 22, p. 379, 384 (discutindo a “zona de proporcionalidade” e a “discrecionariedade” legislativa para escolher entre alternativas proporcionais); ver também ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht* (Segundo Senado). Decisão de 9 mar. 1994. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE), v. 90, p. 145 (em alemão). Tradução em: *Decisions of the Federal Constitutional Court, German Law Archive*, p. 173. Tradução de Michael Jewell, 2001. Disponível em: <http://www.iuscomp.org/gla/judgments/bverfg/v940309.htm> [<http://perma.cc/PBJ4-3DKH>] (afirmando que, ao escolher meios adequados e necessários, “o legislador tem um certo grau de discrecionariedade”).

²⁷⁶ Ver Rivers, nota 245, p. 202-06. 277.

²⁷⁷ Ver Aleinikoff, nota 15, p. 981-86.

²⁷⁸ Sobre algumas razões para a competência judicial especial em questões de justiça, moralidade e direitos constitucionais, ver, por exemplo, EISGRUBER, Christopher. *Constitutional self-government*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001. p. 3, 52-64; e SAGER, Lawrence G. *Justice in plainclothes: a theory of American constitutional practice*. New Haven: Yale University Press, 2004. p. 72-76, 199-201. Vale ressaltar que a tarefa de um tribunal revisor pode ser conceituada não como a de tomar a decisão primária sobre as questões de proporcionalidade, mas como a de verificar se um governo razoável poderia ter chegado à conclusão que chegou, possivelmente com vários graus de deferência, dependendo da questão. Ver, por exemplo, Gardbaum, nota 34, em 102 (“[O]s tribunais de revisão devem perguntar se a avaliação de um legislador quanto aos meios escolhidos [atendem aos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade] são razoáveis. (...) [A]s questões envolvidas tendem a ser relativamente indeterminadas no sentido de que geralmente não há uma única resposta correta, mas (a) uma série de respostas razoáveis e (b) uma ou mais respostas erradas ou irrazoáveis. Particularmente neste contexto, a tarefa de revisão judicial deve ser limitada a eliminar essas últimas.”); *ibid.*, p. 89 (defendendo maior deferência aos legisladores do que aos tomadores de decisão do poder executivo); ver também KAVANAGH, Aileen. *Constitutional review under the UK Human Rights Act*. Cambridge:

É certo que há preocupações institucionais relacionadas ao uso de “padrões” como o da proporcionalidade, em vez de “regras”. Atores não judiciais, como a polícia, podem ter mais facilidade para aplicar uma regra do que um padrão²⁷⁹. Contudo, aquelas podem perder a clareza à medida que suas exceções se multiplicam²⁸⁰. Mesmo que “regras categóricas” resultem em menos erros, um padrão pode trazer menos erros “graves”, ou desvios de senso comum de justiça constitucional, do que seu correspondente “categórico”²⁸¹.

Até onde a análise de proporcionalidade permite aos tribunais considerar mais fatores, o intervalo de aplicações razoáveis pode ser mais amplo, o que possivelmente resultará em mais problemas de consistência nos tribunais inferiores dentro do sistema jurisdicional descentralizado dos Estados Unidos²⁸². A experiência recente com regras categóricas nos Estados Unidos sugere que nem o caráter determinado nem o respeito aos resultados legislativos são necessariamente protegidos por tais regras²⁸³. Além disso, a “pauta reduzida” (*shrunk docket*) da Suprema Corte dos EUA²⁸⁴ indica que esta possui uma capacidade não utilizada considerável para

Cambridge University Press, 2009. p. 240 (argumentando que os tribunais não devem avaliar a proporcionalidade como se fossem os principais tomadores de decisão, mas, sim, como “secundários”, devendo alguma deferência ao Parlamento); Búrca, nota 1, 147-48 (resumindo abordagens quanto à deferência); Rivers, nota 245, págs. 205-06 (sugerindo que a intensidade da revisão da proporcionalidade deve depender da gravidade da violação dos direitos).

²⁷⁹ Ver *Atwater v. City of Lago Vista*, 532 U.S. 318, 347 (2001).

²⁸⁰ Ver Alschuler, nota 248, p. 287 (argumentando que a Quarta Emenda é incompreensível porque nela há muitas regras detalhadas).

²⁸¹ Agradeço aos estudantes de Direito de Harvard, no meu seminário sobre “Proporcionalidade como Princípio Transnacional”, na primavera de 2013, por ajudarem a cristalizar essa ideia.

²⁸² Ver Scalia, nota 16, pp. 1178-1183 (favorecendo “princípios claros e gerais de decisão” para promover a “previsibilidade”); Sullivan, nota 16, pp. 62-66 (discutindo por que as regras podem ajudar a promover uniformidade e previsibilidade). Enquanto há um interesse importante na consistência, se os resultados de tal uniformidade são positivos em geral, depende, em parte, da qualidade da regra articulada e de como os resultados sob essa regra diferem dos resultados sob um padrão redigido de forma diferente – nem toda regra é superior.

²⁸³ Para casos que criaram exceções ou produziram resultados inesperados sob regras “categóricas”, ver, por exemplo, *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010), que abandona o escrutínio verdadeiramente rigoroso na avaliação de limitações à liberdade de expressão no contexto de segurança nacional; e *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), que cria uma exceção à exceção à proibição de regulamentação de conteúdo para “palavras provocativas” (*fighting words*). Para uma crítica à afirmação de que regras categóricas no contexto da Quarta Emenda são guias úteis e restritivos para a polícia, ver Alschuler, nota 248, p. 231, que argumenta que os tribunais produzem “uma multiplicidade incontrolável de regras” as quais não podem humanamente serem lembradas, apresentam inúmeras escolhas quanto à regra aplicável e cuja artificialidade gera regras que “confundem mais do que esclarecem” e se afastam tanto da justiça quanto da previsibilidade.

²⁸⁴ HELLMAN, Arthur D. The shrunken docket of the Rehnquist Court. *Supreme Court Review*, p. 403-441, 1996. Hellman sugeriu que o declínio da pauta de casos deferidos resultou, parcialmente, da visão de juízes recentes de que a correção de erros não é uma tarefa significativa, refletindo a visão de uma “Corte Olímpica” preocupada apenas em decidir grandes questões. *Ibid.*, p. 432-38. Ele também observou possíveis desvantagens de um processo menor, incluindo a falha da Corte em “se envolver no processo de desenvolvimento da lei por meio de uma sucessão de casos

controlar erros e promover consistência nos tribunais inferiores – o acervo processual é, hoje, metade do que era há algumas décadas²⁸⁵. A Corte poderia expandir sua pauta e utilizar parte dessa capacidade para minimizar inconsistências na aplicação da proporcionalidade nos tribunais inferiores.

O elemento da “proporcionalidade em sentido estrito” tem sido o mais amplamente criticado, como uma forma não estruturada de “ponderação” entre valores frequentemente incomensuráveis, baseada apenas nas preferências dos juízes²⁸⁶. De fato, alguns, como Jürgen Habermas, consideram esse teste essencialmente irracional por exigir a ponderação de elementos incomensuráveis carentes de uma métrica comum²⁸⁷. Mesmo sem isso, juízos sobre a prioridade relativa de dois valores podem ser racionais²⁸⁸. Um exemplo são as compensações de perdas e ganhos, que envolvem

na tradição do *common law*”, “criando lacunas na lei”, “prejudic[ando] a qualidade do trabalho da Corte nos casos que ela aceita”, privando-se do conhecimento de como uma questão específica “se encaixa em seu contexto mais amplo” e fomentando o “distanciamento do trabalho de tribunais inferiores”, citando, como exemplo, a decisão em *Whren v. United States*, 517 U.S. 806 (1996). *Ibid.*, p. 433-36. *Whren* é discutido nas notas 161, 249 e 325. Para uma perspectiva um pouco diferente sobre o mesmo fenômeno, ver TUSHNET, Mark. The Supreme Court, 1998 Term – Foreword: the new constitutional order and the chastening of constitutional aspiration. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 29-96, 1999. Seções citadas: p. 63-96 (argumentando que a Corte promoveu um “encolhimento administrativo” (“*administrative downsizing*”), *ibid.*, p. 68, ao reduzir sua pauta de casos de uma forma consistente com “nova autoconcepção”, *ibid.*, p. 82).

²⁸⁵ Ver OWENS, Ryan J.; SIMON, David A. Explaining the Supreme Court’s shrinking docket. *William and Mary Law Review*, v. 53, p. 1219-1248, 2012. p. 1228-1229. A crença na capacidade da Suprema Corte de decidir mais casos é destacada em várias propostas de reforma. Ver, por exemplo, STARR, Kenneth W. The Supreme Court and its shrinking docket: the ghost of William Howard Taft. *Minnesota Law Review*, v. 90, p. 1363-1390, 2006. p. 1382-1385; ver também TYLER, Amanda L. Setting the Supreme Court’s agenda: is there a place for certification? *George Washington Law Review*, v. 78, p. 1310-1349, 2010. Ver, de modo geral, BLOCH, Susan Low et al. *Inside the Supreme Court: the institution and its procedures*. 2. ed. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2008. p. 449-497 (seção do capítulo intitulada “The Incredible Shrinking Caseload”).

²⁸⁶ Bernard Schlink, um importante crítico alemão de Alexy, teria defendido um teste de “proporcionalidade reduzida”, que terminaria após a etapa de redução mínima do valor recuperável. Ver PETERSEN, Niels. How to compare the length of lines to the weight of stones: balancing and the resolution of value conflicts in constitutional law. *German Law Journal*, v. 14, p. 1387-1408, 2013. p. 1394-1395. Para uma resposta a esse argumento, ver nota 103.

²⁸⁷ Ver HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 253-261; Tsakyrakis, nota 269, pp. 473-75. O juiz Scalia declarou certa vez que equilibrar direitos é como tentar decidir “se uma determinada linha é mais longa ou se uma determinada rocha é pesada”. *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enters., Inc.*, 486 U.S. 888, 897 (1988) (Scalia, J., voto concorrente com o julgamento); ver também Aleinikoff, nota 15, p. 972-76 (discutindo o problema da comparação e o desenvolvimento de uma escala comum).

²⁸⁸ Ver Aleinikoff, nota 15, p. 972 (descrevendo as críticas à incomensurabilidade como exageradas, visto que escalas comuns podem às vezes ser encontradas e “esperamos que os tribunais façam [tais] julgamentos ao elaborar a jurisprudência em sistemas *common law*”); SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. *Law and Ethics of Human Rights*, v. 4, p. 35-48, 2010. p. 36-39 (concordando com Alexy que o equilíbrio na forma de revisão de proporcionalidade “é essencialmente um processo racional”).

pequeno sacrifício de valor em um para grande ganho em outro²⁸⁹. É equivocado compreender a ponderação em termos matemáticos: a proporcionalidade em sentido estrito deve implicar processo de raciocínio sobre a prioridade de um valor constitucional em relação a outro em um contexto particular²⁹⁰. Também é relevante observar que a proporcionalidade em sentido estrito é a última de uma sequência de etapas e, portanto, faz parte de um processo decisório mais estruturado do que uma ponderação “de todas as circunstâncias” (*all things considered balancing*)²⁹¹.

Um conjunto final e significativo de preocupações sustenta que aplicar a doutrina da proporcionalidade seria incompatível com o conceito básico de direito constitucional²⁹², ou poderia enfraquecer o caráter principiológico dos direitos²⁹³. Carol Steiker, por exemplo, sugeriu que compreender a proporcionalidade como uma condição *necessária* para a ação estatal que invade direitos poderia levar à ideia de que seria *suficiente*, “ocupando o campo da justificação”²⁹⁴. Todavia, segundo alguns autores, mesmo em jurisdições que aplicam a análise de proporcionalidade, é possível reconhecer aspectos “nucleares” dos direitos que são considerados totalmente

²⁸⁹ LUBAN, David. Incommensurable values, rational choice, and moral absolutes. *Cleveland State Law Review*, v. 38, p. 65–90, 1990. p. 78. Sobre a diferença entre uma análise que considera apenas o grau em que um direito é limitado e um propósito governamental é promovido e uma que também avalia a importância relativa tanto do direito quanto do propósito, no estágio da proporcionalidade como tal, ver BARAK, nota 22, p. 364-365.

²⁹⁰ Para uma taxonomia complexa da ponderação, ver MÖLLER, nota 29, em 137-73.

²⁹¹ Ver *ibid.*, p. 178-200 (ênfase na importância da sequência estruturada para garantir que apenas “um conflito genuíno... de interesses que não possa ser resolvido de forma menos restritiva, mas igualmente eficaz”, atinja o estágio de proporcionalidade em sentido estrito); LÜBBE-WOLFF, Gertrude. The principle of proportionality in the case-law of the German Federal Constitutional Court. *Human Rights Law Journal*, v. 34, p. 12–20, 2014. p. 16 (discutindo a importância de “distinguir os três níveis do teste [de meios] e aplicá-los na devida ordem”); WEINRIB, Lorraine. Canada’s constitutional revolution: from legislative to constitutional state. *Israel Law Review*, v. 33, p. 13–60, 1999. p. 33–34 (ênfase na importância de começar com o requisito “prescrito por lei”).

²⁹² Webber, nota 136, p. 125 (argumentando que a proporcionalidade “não é capaz de capturar a prioridade moral dos direitos”). Para uma objeção diferente à análise de proporcionalidade relacionada ao caráter dos direitos, ver HUSCROFT, Grant. Proportionality and the relevance of interpretation. In: HUSCROFT, Grant et al. (org.). *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 186–202. p. 190–193, 202 (ênfase na qualidade particular e negociada dos direitos originalmente incluídos nas constituições, escrevendo que “[focar] na proporcionalidade em detrimento da interpretação” é “reconhecer direitos... não... parte do acordo constitucional”). Para minha resposta a argumentos que se baseiam em teorias originalistas ou contratualistas de interpretação, ver JACKSON, Vicki C. Multi-valenced constitutional interpretation and constitutional comparisons: an essay in honor of Mark Tushnet. *Quinnipiac Law Review*, v. 26, p. 599–626, 2008.

²⁹³ Ver Aleinikoff, nota 15, p. 998-99 (argumentando que casos constitucionais envolvendo interesses conflitantes podem ser “resolvidos... por um princípio” não derivado da ponderação).

²⁹⁴ STEIKER, Carol S. Proportionality as a limit on preventive justice: promises and pitfalls. In: ASHWORTH, Andrew et al. (ed.). *Prevention and the limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 194–213. p. 212; ver também Aleinikoff, nota 15, p. 987, 991 (argumentando que a ponderação “transform[a] o discurso constitucional em uma discussão geral sobre a razoabilidade da conduta governamental”, ao invés de focar na interpretação de “normas peremptórias”).

irrenunciáveis e não sujeitos a limitação por argumentos de proporcionalidade²⁹⁵. As elaborações judiciais sobre a dignidade humana na Alemanha, como na decisão que invalidou uma lei que autorizava o abate de aeronaves civis sequestradas, ou em Israel, proibindo a privatização de prisões, mostram que uma análise deontológica pode coexistir com o uso extensivo da referida doutrina²⁹⁶. Ademais, a própria análise estruturada deixa espaço para a conclusão de que uma norma possui um objetivo inaceitável, incompatível com os compromissos de proteção de direitos em uma sociedade livre e democrática²⁹⁷. Iniciar a análise com a investigação do propósito e, depois, concentrar-se na natureza do direito e na gravidade de sua violação pode ajudar a mitigar preocupações importantes com o estreitamento do “campo justificatório”²⁹⁸.

²⁹⁵ Ver RIVERS, nota 245, p. 180 (observando que a “concepção de proporcionalidade limitadora do Estado às vezes pressupõe que há um mínimo absoluto para cada direito, um conteúdo essencial, que não pode ser violado de forma alguma”); ver também BARAK, nota 22, p. 27 (discutindo direitos “absolutos”, como a proibição da escravidão), *ibid.*, p. 497-98 (discutindo a relação entre o “núcleo” de um direito e a desproporcionalidade); GRIMM, nota 2, p. 386 (observando a disposição da Lei Fundamental alemã de que “nenhuma limitação pode afetar a própria essência do direito fundamental”); ÖRÜCÜ, Esin. The core of rights and freedoms: the limit of limits. In: CAMPBELL, Tom et al. (org.). *Human rights: from rhetoric to reality*. Oxford: Basil Blackwell, 1986. p. 37-53. p. 45-53 (descrevendo o “núcleo” de direitos na Alemanha e na Turquia). Mas cf. ALEXY, nota 19, p. 192-196 (argumentando que não há outro “núcleo” além daquele constituído pela aplicação da análise de proporcionalidade). Para um esforço de conciliar essas visões, ver KLATT; MEISTER, nota 275, p. 66-68.

²⁹⁶ O caso da segurança da aviação alemã sinaliza que, apesar das cláusulas de limitação na Constituição alemã e do amplo recurso do Tribunal Constitucional Alemão à análise de proporcionalidade, “os bens coletivos não podem, em nenhuma circunstância, sobrepor-se aos direitos individuais”. LEPSIUS, Oliver. Human dignity and the downing of aircraft: the German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the new Air-Transport Security Act. *German Law Journal*, v. 7, p. 761-778, 2006. p. 772. A decisão israelense sobre a privatização das prisões também argumenta que não é “a natureza da prisão ou da concessão”, mas, sim, o “próprio princípio da privatização das prisões” que “viola o cerne da liberdade individual”. GOLAN, Avirama. Beinisch drops a bombshell. *Haaretz*, Tel Aviv, 20 nov. 2009. Disponível em: <http://www.haaretz.com/print-edition/news/beinisch-drops-a-bombshell-1.3776> [<http://perma.cc/F3BJ-ZBT6>]; ver também MEDINA, Barak. Constitutional limits to privatization: the Israeli Supreme Court decision to invalidate prison privatization. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 4, p. 690-707, 2010. p. 690-691 (observando que a decisão “estipula que... a privatização de prisões é inconstitucional *per se*”).

²⁹⁷ Ver, por exemplo, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] S.C.R. 295 (Can.) (invalidando uma lei considerada detentora de finalidade ilegítima (coagir a observância religiosa), sem nenhuma análise adicional da Seção 1); ver também os casos citados nota 82.

²⁹⁸ Ver Perju, nota 228, p. 352 (argumentando que a investigação sobre a finalidade do governo no início da análise de proporcionalidade oferece uma possibilidade teórica de restrição deontológica). A investigação deontológica também pode ser necessária para determinar a natureza do direito e a gravidade de sua violação. Ver BARAK, nota 22, p. 45-51 (descrevendo como o escopo do direito é determinado pela interpretação do texto constitucional e observando a distinção entre o “núcleo” e a “penumbra” do direito); ver também notas 295-296; cf. Perju, nota 228, p. 354 (discutindo o “núcleo” e a “margem” dos direitos). Perju argumenta que, na prática, o potencial das investigações sobre a finalidade para impor restrições não foi concretizado. *Ibid.*, p. 352-53, mas ver notas 82, 297 (discutindo casos canadenses que encontraram finalidade insuficiente). Determinar o que é finalidade suficiente para justificar uma violação de direitos e se esta está, por si só, conectada à compreensão conceitual do direito e de sua finalidade. Cf. BARAK, nota 22, p. 248 (argumentando que propósitos suficientes para justificar a intrusão em direitos “podem variar... de um direito para outro”). Alguns críticos argumentam que a análise de proporcionalidade, junto a cláusulas de limitação que reconhecem expressamente que os direitos podem ser limitados com justificativa suficiente, diminuirá a proteção dos direitos como um todo. Ver, por exemplo, Rao, nota 126, p. 227-237. Se a revisão da proporcionalidade teria esse

4.2 Argumentos com base na incompatibilidade com o constitucionalismo dos EUA

Argumenta-se, por vezes, que as abordagens canadense ou europeia relacionadas à análise de direitos não se ajustariam bem ao direito constitucional estadunidense já consolidado. Com efeito, uma análise altamente contextualizada é necessária para avaliar se abordagens adotadas em um sistema jurídico podem ser adaptadas a outro. Ao mesmo tempo, é importante reconhecer os múltiplos caminhos possíveis para mudanças dentro de culturas jurídicas particulares²⁹⁹. A jurisprudência constitucional dos Estados Unidos já incorpora diversas linhas influenciadas pela ideia básica – e por alguns dos componentes doutrinários – da análise judicial por proporcionalidade. Embora seja improvável que os Estados Unidos a adotem como princípio geral aplicável a todos os desafios quanto à ação estatal, há bons motivos para se pensar que, em áreas específicas, o direito constitucional estadunidense poderia se beneficiar do maior uso tanto do princípio quanto da doutrina estruturada da proporcionalidade.

Ainda que os Estados Unidos não disponham de cláusula geral de limitações, como as constituições pós-Segunda Guerra Mundial, sua jurisprudência reconhece que limites a direitos tradicionalmente protegidos podem por vezes ser constitucionalmente justificados. De fato, o direito constitucional estadunidense contempla, em muitas áreas, “direitos de gatilho” (*triggering rights*), os quais geram uma análise judicial rigorosa, mas que podem não ser “direitos finais”, uma vez que talvez estejam sujeitos a limitações³⁰⁰. As cláusulas de limitação contemporâneas possuem múltiplas influências, entre elas, o artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)³⁰¹, cuja linguagem foi influenciada por proposta de um comitê do American

efeito, provavelmente dependerá muito do contexto. No cenário de regras categóricas que, como em *Atwater* ou *Florence*, podem proteger direitos de forma insuficiente, a análise de proporcionalidade provavelmente promoveria a proteção de direitos.

²⁹⁹ Ver JACKSON, Vicki C.; GREENE, Jamal. Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts? In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (orgs.). *Comparative constitutional law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 599–622.

³⁰⁰ FALLON, nota 6, p. 1316–17.

³⁰¹ A DUDH dispõe: “[n]o exercício de seus direitos e liberdades, todos estarão sujeitos apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o propósito de assegurar o devido reconhecimento e respeito pelos direitos e pelas liberdades de outrem e de atender às justas exigências de moralidade, ordem pública e bem-estar geral em uma sociedade democrática”. UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. Resolution 217 A (III), United Nations General Assembly, 10 dez. 1948.

Law Institute (ALI)³⁰². A doutrina influente de proporcionalidade do Tribunal Constitucional alemão não se originou principalmente das cláusulas expressas da Lei Fundamental, mas, sim, da elaboração judicial de restrições à regulamentação estatal ao interpretar o direito policial (*police law*) no século XIX³⁰³. Como argumentou Stephen Gardbaum, apesar da ausência de uma cláusula explícita de limitações, as abordagens básicas à interpretação de direitos nos Estados Unidos se parecem muito com as de países que aplicam diretamente a análise de proporcionalidade³⁰⁴.

Ainda assim, estudiosos sugerem que a cultura jurídica estadunidense é hostil à análise judicial por esse prisma. Argumenta-se que a ponderação nos Estados Unidos se desenvolveu como um esforço para limitar o poder dos tribunais (atuando em nome dos direitos) de interferir nos resultados legislativos, ao invés de, como na Alemanha, servir para formalizar e proteger direitos³⁰⁵. *Dennis* é às vezes descrito como “símbolo até os dias atuais do risco mais problemático da ponderação: o perigo de capitulação judicial diante da avaliação legislativa do equilíbrio de interesses em tempos de crise de segurança nacional”, um caso cujo “estigma” levou a Corte a posteriormente se “distanciar” da ponderação³⁰⁶. Essa reação negativa à ponderação foi, em grande parte, contingente do ponto de vista histórico³⁰⁷ e pode hoje estar enfra-

³⁰² Ver SOHN, Louis B. The new international law: protection of the rights of individuals rather than states. *American University Law Review*, v. 32, p. 1–88, 1982. p. 44 (afirmando que a referência à “sociedade democrática” no artigo 29(2) da DUDH foi inserida pelos redatores “com base em uma cláusula semelhante na declaração de direitos humanos essenciais, preparada em 1946 por um comitê do Instituto Americano de Direito e apresentada às Nações Unidas pelo Panamá” [citação omitida]). Para a proposta do AMERICAN LAW INSTITUTE. Essential human rights. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 243, p. 18–29, 1946. p. 26.

³⁰³ Sobre as origens da doutrina constitucional da proporcionalidade alemã no direito judicialmente desenvolvido no século XIX, ver COHEN-ELIYA; PORAT (2013), nota 3, p. 24–32. Sobre a relativa insignificância das cláusulas limitadoras na doutrina constitucional da proporcionalidade alemã, ver GRIMM, nota 2, p. 386.

³⁰⁴ GARDBAUM, nota 5, p. 419–31 (argumentando, com relação à justificativa para ações governamentais alegadamente violadoras de direitos, que as diferenças entre a abordagem dos EUA e a “análise de proporcionalidade” são “muito menores e muito menos significativas do que geralmente se alega” porque, assim como os “níveis” de escrutínio dos EUA, os testes de proporcionalidade são aplicados com intensidade variável e muitos elementos de análise, relacionados ao grau de adequação entre os objetivos do governo e os meios utilizados, por exemplo, são semelhantes).

³⁰⁵ Ver COHEN-ELIYA; PORAT (2013), nota 3, p. 43; ver também *ibid.*, p. 154 (concluindo que houve uma “relativa marginalização da ponderação no... direito constitucional estadunidense, como uma exceção pragmática à construção de direitos como limitações categóricas ao poder estatal”); cf. BOMHOFF, nota 2, p. 143–89 (observando o desenvolvimento da ponderação nos EUA como uma alternativa em disputa com abordagens mais “absolutistas”, ainda vistas pelas lentes dos debates das décadas de 1950 e 1960 sobre ponderação).

³⁰⁶ COHEN-ELIYA; PORAT (2013), nota 3, p. 42.

³⁰⁷ O ataque de Aleinikoff à ponderação e o argumento do juiz Scalia em favor de abordagens semelhantes a regras, publicados com dois anos de diferença, podem ter sido influências importantes historicamente. Ver Aleinikoff, nota 15; Scalia, nota 16. O argumento do juiz Scalia – de que a *rule of law* é mais bem compreendida como um

quecida, ao menos na jurisprudência relacionada à Primeira Emenda que envolve segurança nacional.

Mesmo supondo que a estrutura conceitual predominantemente categórica do direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos permanecerá, há diversas áreas do direito constitucional contemporâneo em que a Corte utiliza a ponderação, ou até mesmo a proporcionalidade³⁰⁸. Richard Fallon, ao descrever o escrutínio estrito, observa que, além de às vezes funcionar como uma regra quase categórica, em outras, é aplicado como “um teste de ponderação mitigado, semelhante às análises de proporcionalidade europeias”³⁰⁹. Além disso, fora dos casos regidos por escrutínio estrito, os testes de ponderação seguem funcionando, nem sempre hostis à proteção de direitos. Em *Hamdi v. Rumsfeld*³¹⁰, a maioria invocou a decisão de 1976 em *Mathews v. Eldridge*³¹¹ como “[o] mecanismo ordinário que usamos para equilibrar interesses sérios concorrentes”, a fim de decidir qual processo era devido a um cidadão americano detido como combatente inimigo³¹². A invocação foi protetiva de direitos na medida em que o governo argumentava que “respeito pela separação de poderes e pelas limitadas capacidades institucionais dos tribunais em questões de tomada de decisões militares relacionadas a um conflito em curso deveria eliminar completamente qualquer processo individual, restringindo os tribunais a investigar apenas se existia autorização legal para o esquema de detenção mais amplo”³¹³ – a Corte

direito de regras – ignora o importante papel das tradições equitativas na moldagem do Direito para que se aplique justamente a fatos concretos. Compare a discussão de Aristóteles sobre a necessidade de retificação de aplicações injustas de regras gerais: “[t]odo o Direito é universal e, no entanto, há algumas coisas sobre as quais não é possível fazer pronunciamentos universais corretos... [s]empre que a lei faz um pronunciamento universal, mas as coisas se revelam, em um caso particular, contrárias à regra ‘universal’, nessas ocasiões, é correto, quando há uma omissão por parte do legislador, e ele errou ao fazer pronunciamento irrestrito, retificar a deficiência com referência ao que o próprio legislador teria dito se estivesse presente... e esta é a natureza do razoável: uma retificação da lei à medida que a lei é deficiente devido ao seu aspecto universal.” ARISTÓTELES, nota 54, p. 174.

³⁰⁸ Ver texto que acompanha as notas 43-50.

³⁰⁹ FALLON, nota 6, p. 1302-1308; ver *ibid.*, p. 1305 (discutindo casos em que o escrutínio estrito não foi, de fato, fatal, como *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 [2003]). Fallon observou, de forma mais geral, as ressonâncias entre o escrutínio estrito e a análise de proporcionalidade. Ver *ibid.*, p. 1295 (discutindo o requisito de adaptação restrita); cf., por exemplo, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) (ponderando os interesses de liberdade das mulheres grávidas com os interesses estatais na saúde e na vida fetal para identificar a regulamentação permitida em diferentes estágios da gravidez).

³¹⁰ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 528-29 (2004).

³¹¹ *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976).

³¹² *Hamdi*, 542 U.S. p. 528-29 (decisão da maioria).

³¹³ *Ibid.*, p. 527.

rejeitou esse e outros argumentos³¹⁴. Assim, é mais preciso descrever o direito constitucional dos EUA, em áreas importantes, como dependente de testes de ponderação, embora de maneira menos sistemática que seus equivalentes canadenses ou alemães.

Alguns estudiosos ainda dizem que o direito constitucional estadunidense se concentra na “intenção” dos agentes estatais, e não nos “efeitos” de suas ações, ao definir os direitos constitucionais, o que seria incompatível com a preocupação da proporcionalidade tanto com o propósito quanto com os efeitos do ato impugnado³¹⁵. Contudo, em algumas áreas, testes de intenção restrita substituíram, apenas recentemente – e de maneira controversa – abordagens mais orientadas aos efeitos³¹⁶. Não se deve tomar um fenômeno presente em algumas áreas como o estado geral das coisas³¹⁷. Existem campos significativos do direito constitucional estadunidense que são ou foram orientados por efeitos. Isso se observa não apenas na cláusula de comércio inativo (*Dormant Commerce Clause*)³¹⁸, mas também na segunda (efeitos) e terceira (emaranhamento) fase do teste de *Lemon v. Kurtzman* para alegações relativas à Cláusula de Estabelecimento (*Establishment Clause*)³¹⁹. Portanto, na jurisprudência da Cláusula de Expropriação (*Takings Clause*), uma das investigações foca principalmente no efeito da regulação impugnada sobre o proprietário³²⁰. No

³¹⁴ *Ibid.*, p. 526-27 (rejeitando também os argumentos de que, como Hamdi foi capturado em uma zona de combate, nenhum outro processo era necessário; que nenhuma análise judicial é adequada em um conflito em andamento; ou que “no máximo” apenas “alguma evidência” era necessária). Pode-se argumentar, no entanto, que a abordagem de “ponderação” adotada pela Corte também minou os direitos conforme facilitou a rejeição da posição, defendida pelo Juiz Scalia, de que, para um cidadão, a detenção e o julgamento deveriam ocorrer por meio de processo penal comum, com direito a julgamento rápido e toda a panóplia de direitos processuais criminais, ver *ibid.*, p. 572 (Scalia, J. voto dissidente), posição rejeitada pela maioria, *ibid.* p. 522-24 (decisão da maioria).

³¹⁵ COHEN-ELIYA; PORAT (2013), nota 3, p. 64-78

³¹⁶ Ver *Emp’t Div. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) (deslocando a abordagem de *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), apesar das objeções de quatro juízes).

³¹⁷ Cohen-Eliya e Porat reconhecem exceções à sua generalização na possibilidade de exceções às proibições de discriminação racial para “evitar resultados drásticos”, ou nos testes de perigo “claro e presente” para a liberdade de expressão no início do século XX, leis que eles descrevem como “restrições consequencialistas” a um sistema deontológico que, de outra forma, se baseava em intenções. Ver COHEN-ELIYA; PORAT (2013), nota 3, p. 71-72.

³¹⁸ Ver, por exemplo, *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U.S. 137, 142 (1970). Cohen-Eliya e Porat reconhecem a cláusula de comércio latente como outra exceção à generalização sobre a sua intenção. Ver nota 395.

³¹⁹ Ver *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 612-13 (1971) (afirmando que, para cumprir a Cláusula de Estabelecimento, as leis devem ter um propósito secular e um efeito principal que nem promova nem iniba a religião e não deve “enredar” excessivamente o governo com a religião); ver também *McCreary Cnty. v. ACLU of Ky.*, 545 U.S. 844, 859 (2005) (referindo-se às “três considerações familiares para avaliar as reivindicações da Cláusula de Estabelecimento” firmadas em *Lemon*); *Santa Fe Indep. Sch. Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 314 (2000) (observando o padrão tripartite de *Lemon* e concluindo que apenas um propósito religioso pode condenar uma regra); *Bd. of Educ. of Kiryas Joel Vill. Sch. Dist. v. Grumet*, 512 U.S. 687, 697 (1994) (invocando “emaranhamento” e efeitos de *Lemon*).

³²⁰ Ver *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, 544 U.S. 528, 538-39 (2005) (discutindo o impacto econômico de uma regulamentação sobre o requerente, com foco “direto na gravidade do ônus que o governo impõe aos direitos

contexto da Primeira Emenda, quando encargos “incidentais” sobre a liberdade de expressão resultam de regulações neutras quanto ao conteúdo, a Corte aplica, ainda, um tipo intermediário de escrutínio³²¹. Conquanto para alguns propósitos o direito à assistência jurídica da Sexta Emenda considere a intenção dos agentes estatais³²², para outros, os efeitos são os fatores determinantes, como na análise de assistência jurídica ineficiente³²³. Desde 1997, o teste do “ônus indevido” de *Casey* traz o questionamento se uma regulação tem o “propósito ou efeito” de criar um obstáculo substancial à escolha de uma mulher de abortar um feto inviável³²⁴. Quanto à Quarta Emenda, a Corte tem rejeitado, de forma deliberada, a análise de intenção, insistindo que a intenção real dos policiais ao realizar uma abordagem ou prisão é irrelevante, pois o que importa é se havia base objetiva para uma “suspeita razoável” ou causa provável. O fato de que a polícia pode ter sido motivada por preconceito racial, ou preconceito preexistente contra o suspeito, não é relevante no que se refere à Quarta Emenda³²⁵. Com isso, não é correto descrever o direito dos EUA como tendo uma propensão geral a se preocupar apenas com a intenção, e não com os efeitos.

de propriedade privada”); *ibid.*, p. 542 (observando a importância da “*magnitude ou caráter do ônus* que uma regulamentação específica impõe aos direitos de propriedade privada”); ver também *Penn Cent. Transp. Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104, 124 (1978) (“O impacto econômico da regulamentação sobre o requerente e, particularmente, a extensão em que a regulamentação interferiu em expectativas distintas lastreadas em investimentos são, obviamente, considerações relevantes.”).

³²¹ Ver, por exemplo, *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 661-63 (1994). Assim, mesmo quando não há intenção de regulamentar a fala em razão de seu conteúdo, ainda se aplica um escrutínio intensificado.

³²² É proibida a conduta governamental que “deliberadamente” provoque declarações incriminatórias de um suspeito na ausência de advogado. Ver *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436, 459 (1986); *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201, 206 (1964).

³²³ Ver, por exemplo, *Kimmelman v. Morrison*, 477 U.S. 365, 374-75 (1986) (aplicando um teste de “razoabilidade objetiva” mais um teste de preconceitos para determinar se houve negação do direito constitucional à assistência efetiva de um advogado no julgamento); *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 687 (1984) (articulando dois padrões para orientar alegações de assistência ineficaz de um advogado: deficiência factual na atuação do advogado e efeito de preconceitos).

³²⁴ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 877 (1992) (voto de O'Connor, Kennedy & Souter, JJ.).

³²⁵ Ver *Whren v. United States*, 517 U.S. 806, 813 (1996) (afirmando que “a base constitucional para objetar à aplicação intencionalmente discriminatória de leis é a Cláusula de Proteção Igualitária, não a Quarta Emenda” e sustentando que “a razoabilidade constitucional das paradas policiais no trânsito” não “depende das motivações reais dos policiais envolvidos”); ver também *Atwater v. City of Lago Vista*, 532 U.S. 318, 354 (2001) (“o padrão de causa provável ‘se aplica a todas as prisões, sem a necessidade de ‘ponderar’ os interesses e as circunstâncias envolvidas em situações específicas”); [citando *Dunaway v. Nova York*, 442 U.S. 200, 208 {1979}]]; *Bond v. United States*, 529 U.S. 334, 338 n.2 (2000) (confirmando que “a intenção subjetiva do policial é irrelevante para determinar se suas ações violam a Quarta Emenda”); *Scott v. United States*, 436 U.S. 128, 136 (1978). (“A intenção subjetiva por si só... não torna uma conduta lícita ilegal ou inconstitucional.”); *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218, 221 n.1 (1973) (considerando irrelevante se o policial “pode ter usado” uma “prisão subsequente por infração de trânsito como mero pretexto para uma busca por narcóticos, o que não teria sido permitido por um magistrado neutro” se um mandado tivesse sido requerido); *ibid.*, p. 236 (“não é importante que [o policial] ... não tenha ele próprio suspeitado que o réu estava armado”).

Pesquisas recentes também sugerem que os Estados Unidos seriam mais céticos quanto às possibilidades do direito nas mãos de juízes (e, portanto, quanto à análise por proporcionalidade) do que o Canadá ou a Alemanha³²⁶. Os EUA estão, certamente, mais dispostos a deixar aos processos democráticos decisões que, em outros lugares, seriam tomadas por decisores mais experientes e de elite (como na eleição popular de juízes em muitos estados do país). No entanto, a Suprema Corte dos EUA é um tribunal poderoso e ativista, mesmo sem recorrer à análise por proporcionalidade. Foi invalidado um número significativo de leis federais desde 1980, em casos que incluem *INS v. Chadha*³²⁷, *NFIB v. Sebelius*³²⁸, *Citizens United v. FEC*³²⁹, *City of Boerne v. Flores*³³⁰ e muitos outros relativos à Primeira, Décima Primeira e Décima Quarta Emendas³³¹. Ao mesmo tempo, a confiança pública no Congresso está em níveis extremamente baixos³³². Um recente prefácio da *Harvard Law Review* comentou o aparente “desdém” da Suprema Corte em relação ao Congresso³³³. Mesmo que as pessoas considerem seus representantes eleitos mais legítimos do que os juízes para tomar decisões, certamente não desejam que esses legisladores ajam

³²⁶ Ver COHEN-ELIYA; PORAT (2013), nota 3, pp. 82-93 (contrastando o ceticismo epistemológico dos EUA com o otimismo epistemológico alemão); BOMHOFF, nota 2, p. 242-243; ver também *ibid.*, p. 190 (observando que a ponderação nos EUA é vista “com suspeita e não com aspiração”, em contraste com a Alemanha, que faz parte de uma ordem constitucional abrangente, um “perfeccionismo” subjacente). Bomhoff, assim como Cohen-Eliya e Porat, pressupõem, ao falar sobre direito constitucional, que o objeto da discussão são as decisões judiciais; a suspeita em relação ao direito, nesse contexto, é a suspeita em relação ao direito criado por juízes. Assim, a comparação ressoa com as observações de Jed Rubenfeld de que existem “duas ordens mundiais”. RUBENFELD, Jed. The two world orders. *Wilson Quarterly*, v. 27, p. 22-36, 2003. Em uma delas, os constitucionalistas internacionalistas (muitos europeus) são mais apegados à “razão” do que à “vontade popular”; na outra, os constitucionalistas democráticos (muitos estadunidenses) são mais inclinados a respeitar a tomada de decisões democrática do que a “razão” por especialistas que não possuem responsabilidade política (“politically unaccountable”). Ver Rubenfeld, nota 139, p. 1991-95.

³²⁷ *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

³²⁸ *NFIB v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566 (2012).

³²⁹ *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010).

³³⁰ *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

³³¹ Ver, por exemplo, *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010); *Bd. of Trs. of Univ. of Ala. v. Garrett*, 531 U.S. 356 (2001); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000); *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999); *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996).

³³² Ver GALLUP. *Confidence in institutions*. Jun. 2014. Disponível em: <https://news.gallup.com/poll/1597/confidence-institutions.aspx> [http://perma.cc/ST7G-ETEK] (mostrando o Congresso como a instituição com a menor pontuação entre todas as instituições nas quais o público foi questionado sobre sua confiança – incluindo as forças armadas, as pequenas empresas, a Presidência, a Suprema Corte, a polícia, o sistema de saúde, os bancos, os jornais, as organizações sindicais e as grandes empresas – com menos de dez por cento dos entrevistados expressando “muita” ou “bastante” confiança no Congresso).

³³³ KARLAN, Pamela S. The Supreme Court, 2011 Term – Foreword: democracy and disdain. *Harvard Law Review*, v. 126, p. 1-78, 2012. p. 12-13 (sugerindo que “a atual Corte... combina uma visão muito robusta de sua supremacia interpretativa com uma visão notavelmente restritiva dos poderes enumerados do Congresso”, o que equivale a “desdém judicial”).

sem justificativa ou de forma abusiva³³⁴. Se a doutrina judicial da proporcionalidade puder melhorar o foco dos legisladores em direção às boas razões para suas ações e, ao mesmo tempo, encorajar cortes a levar mais a sério as suas razões, isso pode representar um ganho líquido para a tomada de decisão democrática³³⁵.

Outros tipos de objeções à análise por proporcionalidade decorrem de abordagens interpretativas típicas dos Estados Unidos. A originalista representa uma característica marcante do direito constitucional estadunidense contemporâneo; seu vigor se deve, em muito, a uma reação historicamente específica contra o legado da Corte Warren³³⁶. Aqueles comprometidos com a resolução de controvérsias constitucionais apenas com base no “significado específico” das disposições constitucionais à época da fundação do país usariam menos análises similares à proporcionalidade. Para a maioria dos juízes, no entanto, os entendimentos originais são apenas o ponto de partida e não o fim da análise³³⁷, e algumas questões simplesmente não podem ser resolvidas com base em entendimentos originais específicos.

Alguns defensores acadêmicos da proporcionalidade vão longe demais ao expressar que textos e precedentes não importam³³⁸. Ao fazê-lo, ignoram fundamen-

³³⁴ Ver, por exemplo, WALDRON, nota 264, p. 23 (descrevendo o “dever” legislativo “de zelar” para que as leis propostas sejam “justas... e zelosas pelos direitos, bem como pelos interesses de todos aqueles a quem afetam”); ver também WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, v. 72, p. 373–408, 2003 (argumentando que a transparência, o respeito pela oposição leal e a abertura a opiniões divergentes fazem parte do que confere integridade ao processo legislativo).

³³⁵ A Constituição do Canadá inclui outro dispositivo que teoricamente poderia ser visto como promotor de tais diálogos: as disposições da Seção 33 da Carta, que permitem a um parlamento provincial ou nacional “anular” (*override*) certas liberdades da Carta por até cinco anos. Ver CANADIAN CHARTER of Rights and Freedoms. *Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982*, c. 11, § 33 (U.K.). Na prática, a Seção 33 (também conhecida como “Cláusula Não Obstante” (*Notwithstanding Clause*)) tem sido utilizada fora de Quebec e seu uso tem sido criticado por não atingir objetivos dialógicos. Ver, por exemplo, TUSHNET, Mark. Policy distortion and democratic debilitation: comparative illumination of the countermajoritarian difficulty. *Michigan Law Review*, v. 94, p. 245–295, 1995. p. 275–295; ver também GARDBAUM, Stephen. Separation of powers and the growth of judicial review in established democracies (or why has the model of legislative supremacy mostly been withdrawn from sale?). *American Journal of Comparative Law*, v. 62, p. 613–640, 2014. nota 25 (relatando que a anulação foi usada um total de dezessete vezes, apenas por legislaturas provinciais, e que seu último uso foi em 2000 [citando KAHANA, Tsvi. The notwithstanding mechanism and public discussion: lessons from the ignored practice of Section 33 of the Charter. *Canadian Administrative Law Review*, v. 43, p. 255–275, 2001]).

³³⁶ Ver GREENE, Jamal. Selling originalism. *Georgetown Law Journal*, v. 97, p. 657–702, 2009. Seções citadas: p. 659–660, 674–682.

³³⁷ Sobre a gama de fontes consideradas legítimas na abordagem “ecclética” dos EUA à interpretação constitucional, ver JACKSON, nota 118, pp. 134–138; FALLON, nota 233; e TUSHNET, Mark. The United States: eclecticism in the service of pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (ed.). *Interpreting constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 7–38. Ver também nota 233.

³³⁸ Ver, por exemplo, BEATTY, nota 1, pp. 47, 87–89 (elogiando a confiança nos “fatos” ao invés do “texto” e criticando a confiança em precedentes); cf. MÖLLER, nota 29, pp. 57–90, 88 (descrevendo a concepção “abrangente” e de

tos importantes da legitimidade do direito. Os textos, sua história e finalidade são relevantes: a proporcionalidade, por si só, não pode fornecer uma teoria substantiva do que está dentro do escopo dos direitos. A especificidade importa: uma constituição que exige “justa compensação” pela desapropriação impõe restrições que poderiam não ser aplicadas na ausência dessa exigência. O princípio do *stare decisis* enfatiza o papel do precedente na adjudicação constitucional (exceto quando as razões para sua superação são suficientes), conectando passado, presente e futuro em uma continuidade estável, mas flexível. As longas linhas de precedentes em muitas áreas de direitos individuais, o caráter distinto dos diferentes direitos e outros fatores discutidos abaixo recomendam cautela contra uma reconstrução radical do direito constitucional estadunidense sob a ótica da proporcionalidade.

5. Definindo os limites da análise judicial por proporcionalidade

Não defendo que os Estados Unidos devam adotar a proporcionalidade de forma global. Em primeiro lugar, a Constituição estadunidense não oferece uma base textual tão clara quanto a existente no Canadá para essa adoção como teste universal³³⁹. A Suprema Corte dos Estados Unidos não está na mesma posição dos tribunais canadenses ao interpretar a Carta de 1982 nem do Tribunal Constitucional alemão ao interpretar a Lei Fundamental de 1949. Pela primeira vez, os Estados Unidos não possuem uma nova carta de direitos a ser interpretada. Outrossim, trata-se de um país extenso, com amplas oportunidades descentralizadas de análise judicial em múltiplos sistemas judiciais. Pode haver, portanto, uma necessidade maior de regras categóricas para alcançar níveis aceitáveis de uniformidade no direito (mesmo que a Suprema Corte amplie sua pauta de julgamento – “*docket*”). Ademais, onde existem linhas jurisprudenciais razoavelmente bem estabelecidas, desenvolvidas ao longo do tempo, pode não haver justificativa suficiente para abalar esse arcabouço. Nem todos os direitos protegidos pela Constituição envolvem princípios que melhor se aplicariam por meio da lógica da proporcionalidade, alguns direitos podem ser mais bem compreendidos como regras concretas, que exigem procedimentos específicos para

“interesses protegidos” de autonomia e concluindo que “nada se perderia em teoria por simplesmente reconhecer um direito *prima facie* à autonomia pessoal” em vez de listar direitos específicos, como a liberdade de expressão).

³³⁹ Cf. CANADIAN CHARTER of Rights and Freedoms. *Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c. 11, § 1* (U.K.).

legalizar o uso do poder coercitivo pelo governo³⁴⁰; outros devem ser vistos como garantias normativas inderrogáveis³⁴¹.

Por fim, mesmo quando os direitos contêm componentes voltados à promoção de uma atuação governamental proporcional, a aplicação caso a caso dos padrões de proporcionalidade pode não ser a melhor abordagem. A aplicação formal de uma regra categórica ao longo de múltiplos casos pode resultar em um conjunto de decisões melhores no geral³⁴². Dada a atratividade da consistência nas decisões judiciais, é provável que regras surjam mesmo a partir da aplicação caso a caso de um padrão de proporcionalidade³⁴³, e aquilo que alguns chamam de “ponderação definicional” (*definitional balancing*) ou “ponderação categórica” pode ser reconceituado de modo a refletir concepções de proporcionalidade à luz dos propósitos do direito e de sua implementação em um sistema descentralizado de justiça. O objetivo da proporcionalidade na ação governamental, no sentido de justiça e boa governança por instituições concretas, pode às vezes ser melhor alcançado por meio de regras mais categóricas³⁴⁴. Como, então, os juízes devem determinar se uma área exige aplicação mais categórica ou aplicação caso a caso dos padrões de proporcionalidade?

5.1 Diferentes direitos, funções e textos

Nem todos os direitos possuem a mesma estrutura conceitual³⁴⁵, tampouco exercem o mesmo papel dentro do sistema constitucional. Alguns, como os

³⁴⁰ Ver, por exemplo, ESTADOS UNIDOS. *Constitution of the United States of America*. Emenda V (exigência de grande júri); *ibid.*, Emenda VI (julgamento por júri). Sobre a distinção entre direitos constitucionais como “regras”, passíveis de satisfação definitiva, e como “princípios” que exigem “otimização”, ver ALEXY, nota 19, p. 44-66.

³⁴¹ Ver Jackson, nota 225, pág. 850 (observando que “pode haver alguns direitos individuais”, como os direitos contra a tortura, “que gostaríamos de que fossem categorizados como direitos inalienáveis”).

³⁴² Ver SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 509-548, 1988. p. 541.

³⁴³ Ver SCHAUER, Frederick. The convergence of rules and standards. *New Zealand Law Review*, p. 303-328, 2003. p. 318; ver também TUSHNET, nota 251, p. 106 (citando Duncan Kennedy sobre a mudança de “padrões” para “regras”); cf. ALEXY, nota 19, p. 373-77 (discutindo o papel do precedente baseado em regras concretas derivadas de decisões anteriores na adjudicação constitucional alemã).

³⁴⁴ Ao passo que os testes de proporcionalidade se preocupam, em parte, com os efeitos das ações governamentais, essa possibilidade corresponde ao conceito de “consequencialismo de regras”, em comparação com o “consequencialismo de atos”. Ver HOOKER, Brad. Rule consequentialism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 9 jan. 2008. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/consequentialism-rule> [http://perma.cc/4QHN-Q5XJ]; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Consequentialism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 27 set. 2011. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/consequentialism> [http://perma.cc/79CE-6ATH].

³⁴⁵ Ver, por exemplo, nota 83, p. 351-68 (diferenciando categorias de direitos relacionadas ao bem-estar e condições materiais, autonomia, dignidade e aquelas categorias relacionadas à manutenção do governo “dentro da lei”, ao

associados à Cláusula de Estabelecimento, são vistos como preocupados principalmente com “razões excluídas” para a atuação governamental³⁴⁶. A doutrina que implementa direitos, como os garantidos pela Cláusula de Expropriação da Quinta Emenda, pode ocasionalmente recorrer a princípios de proporcionalidade para analisar ações governamentais não-físicas que alegam constituir expropriações³⁴⁷, mas, ao mesmo tempo, tratar pequenas invasões físicas permanentes como expropriações por razões conceituais ou históricas³⁴⁸. Ademais, o texto desse direito especifica diretamente o remédio aplicável quando ocorre a expropriação de propriedade – qual seja, o pagamento de justa compensação³⁴⁹.

As proteções da Primeira Emenda à liberdade de expressão e de associação funcionam como garantias amplas da democracia, assegurando a liberdade de competição política. Proíbem-se condutas governamentais motivadas pelo desejo de suprimir a discordância e asseguram uma variedade de liberdades de expressão individuais. A Primeira Emenda é também emblemática de uma forma particular de identidade constitucional para os Estados Unidos³⁵⁰. Desse modo, a aplicação da análise de proporcionalidade em cada caso, de forma individualizada, poderia ser considerada inconsistente com a importância simbólica de tratar a referida Emenda como fornecedora de proteções robustas, mas não há obstáculo conceitual para fornecer uma forte proteção de direitos por meio da análise da proporcionalidade, tratando o propósito governamental de suprimir ideias como ilegítimo per se e o valor da liberdade de expressão como presumivelmente mais forte do que as razões para a supressão no estágio da “proporcionalidade em sentido estrito”. Ainda assim, declarações categóricas de regras presuntivas podem ser consideradas como capazes de realizar isso de maneiras mais consistentes com aspectos simbólicos ou

mesmo tempo em que argumenta que todos os direitos guardam relações de interdependência com os interesses governamentais); SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism and secession. *University of Chicago Law Review*, v. 58, p. 633–658, 1991. p. 637–642 (descrevendo alguns direitos constitucionais como direitos naturais pré-políticos que deveriam operar como restrições a qualquer governo).

³⁴⁶ Ver PILDES, nota 35, p. 725-27. Para outros direitos reivindicados como relacionados principalmente à exclusão de certos motivos para a ação governamental, ver *ibid.*, p. 731-49.

³⁴⁷ Ver, por exemplo, *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374, 386-91 (1994).

³⁴⁸ Ver, por exemplo, *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419, 421 (1982).

³⁴⁹ Ver, por exemplo, ESTADOS UNIDOS. *Constitution of the United States of America*. Emenda V; *Nollan v. Cal. Coastal Comm’n*, 483 U.S. 825, 841-42 (1987).

³⁵⁰ Cf. GLENDON, Mary Ann. *Rights talk: the impoverishment of political discourse*. New York: Free Press, 1991. p. xi, 9 (observando uma “propensão” americana para formulações absolutas); WILKINSON III, J. Harvie. The dual lives of rights: the rhetoric and practice of rights in America. *California Law Review*, v. 98, p. 277–314, 2010. p. 278 (argumentando que a afirmação de direitos em termos absolutos é emblemática na identidade nacional dos EUA).

^{xi} “Nenhuma lei será feita” é um trecho constante da Primeira Emenda à Constituição dos EUA. [NT]

expressivos (e com o texto “nenhuma lei será feita”)^{xi}. Entretanto, tais regras categóricas – incluindo exclusões para regulamentações sobre obscenidade³⁵¹ ou palavras provocativas (*fighting words*)³⁵² – podem ser informadas por considerações de proporcionalidade. O fato de que enquadrar a jurisprudência da Primeira Emenda em regras categóricas presuntivas possa gerar benefícios de reforço identitário^{xii} não esclarece quais regras concretas devem ser adotadas nem quais exceções à presunção categórica contra a regulamentação baseada em conteúdo devem ser reconhecidas. O uso da doutrina da proporcionalidade para analisar a razoabilidade de determinada busca é uma questão distinta de seu uso em reivindicações de liberdade de expressão. O texto da Quarta Emenda protege “[o] direito do povo de estar seguro em suas pessoas, residências, papéis e bens contra buscas e apreensões irrazoáveis...”³⁵³. Considerações significativas de Estado de Direito e de concepções populares de justiça sustentariam uma abordagem de proporcionalidade para certas questões da Quarta Emenda, atualmente regidas por regras categóricas. Anos atrás, um acadêmico escreveu: “quando um agente atua de maneira razoável, condenar sua ação como uma busca irrazoável seria distorcer a língua inglesa”³⁵⁴. Da mesma forma, quando um agente atua de maneira “irrazoável”, como o policial no caso *Atwater*, distorce-se qualquer noção popular do que significa a Quarta Emenda ao se concluir que não houve violação. Tratá-la como favorecedora de regras categóricas no mesmo grau que a linguagem aparentemente mais absoluta da Primeira Emenda é sugerir que o texto não importa³⁵⁵, e assumir que a proliferação de regras categóricas ajudará a restringir, em vez de ampliar, a discricionariedade dos agentes policiais pode ser um ato mais heroico do que realista³⁵⁶.

³⁵¹ Ver *Fort Wayne Books, Inc. v. Indiana*, 489 U.S. 46, 54 n.4, 57-60 (1989); *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

³⁵² Ver *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

^{xii} Em termos de teoria constitucional, “benefícios de reforço identitário” referem-se às vantagens simbólicas e institucionais que surgem quando um tribunal — ou uma ordem jurídica — adota regras claras (regras “categóricas presuntivas”) que incorporam e expressam, de forma consistente, certos valores-núcleo. [NT]

³⁵³ ESTADOS UNIDOS. *Constitution of the United States of America*. Emenda IV.

³⁵⁴ ALSCHULER, nota 248, p. 233.

³⁵⁵ Outros estudiosos assinalaram as inconsistências da Corte, às vezes no espaço de meses, quanto ao uso de padrões que consideram tudo e que dependem mais do contexto em comparação com abordagens categóricas e semelhantes a regras para questões relativas à Quarta Emenda. Ver, por exemplo, SKLANSKY, nota 248, p. 277-80, 291-98 (discutindo *Whren v. United States*, 517 U.S. 806 (1996), *Ohio v. Robinette*, 519 U.S. 33 (1996), e outros casos, identificando inconsistências).

³⁵⁶ Ver ALSCHULER, nota 248, p. 287 (“O que torna o conteúdo normativo da Quarta Emenda incompreensível, no entanto, não é a falta de regras categóricas, mas o excesso delas.”); NOTE. The Fourth Amendment’s third way. *Harvard Law Review*, v. 120, p. 1627-1648, 2007. p. 1627 (“Os estudiosos concordam muito pouco a respeito da Quarta Emenda, mas uma das poucas proposições que quase todos aceitam é a incoerência quase incomparável de sua jurisprudência.”); ver também WASSERSTROM, Silas J.; SEIDMAN, Louis Michael. A quarta emenda como teoria

5.2 Limitações quanto às medidas reparatórias

As decisões sobre responsabilidade estão sempre inseridas em sistemas específicos de reparação. Os remédios disponíveis ou exigidos, e suas consequências, podem exercer efeitos restritivos sobre a forma como os tribunais estão dispostos a definir o direito subjacente³⁵⁷.

5.2.1 A regra de exclusão

Nos Estados Unidos, as limitações quanto às medidas reparatórias (*remedial rules*) da Quarta Emenda que exigem a exclusão de provas foram aplicadas, ao menos por um tempo, de maneira aparentemente categórica³⁵⁸. Em contraste, no Canadá, a consequência de se constatar uma violação dos direitos previstos na Carta não é necessariamente a exclusão das provas. Nos termos da Seção 24, os tribunais decidem se admitir a prova “traria descrédito à administração da justiça”³⁵⁹. A rigidez aparente da regra de exclusão nos EUA pode, assim, lutar contra uma interpretação mais generosa do direito devido aos efeitos para a administração da justiça criminal. Não obstante, abordagens baseadas na proporcionalidade também poderiam apoiar modificações na perspectiva estadunidense no que concerne à regra de exclusão³⁶⁰.

William Stuntz sugeriu que a ausência de atenção à proporcionalidade – incluindo a “cegueira às diferenças entre crimes” – é um dos problemas mais

constitucional. *Georgetown Law Journal*, v. 77, p. 19–44, 1988. Seção citada: p. 22–44 (discutindo o “Formalismo da Quarta Emenda” e o fracasso da Corte em atender ao requisito de razoabilidade).

³⁵⁷ Para uma análise perspicaz dessa proposição no contexto das regras de imunidade, ver JEFFRIES Jr., John C. In praise of the Eleventh Amendment and Section 1983. *Virginia Law Review*, v. 84, p. 47–54, 1998. p. 49–54.

³⁵⁸ Ver *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 655–57 (1961). Na década de 1990, Carol Steiker observou o aumento das exceções à regra de exclusão e outros cortes na eficácia corretiva das regras processuais penais constitucionais. STEIKER, nota 161, p. 2504–21, 2532–40 (observando o enfraquecimento da regra de exclusão não apenas pela criação de exceções à sua força normativa, mas em virtude da conscientização dos policiais sobre essas exceções). Mais recentemente, a extensão em que a regra de exclusão se aplica categoricamente a provas obtidas em violação à Quarta Emenda tem sido alvo de sério debate. Ver *Herring v. United States*, 555 U.S. 135, 140–46 (2009); *ibid.*, p. 148–57 (Ginsburg, J., voto dissidente); *ibid.*, p. 157–59 (Breyer, J., voto dissidente); ver também LIPTAK, Adam. Supreme Court eases limits on evidence. *The New York Times*, 14 jan. 2009. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2009/01/15/washington/15scotus.html> [http://perma.cc/C2E8-NRT5] (interpretando *Herring* como um debate sobre se os juízes devem usar uma “escala móvel” para determinar a aplicabilidade da regra de exclusão ou adotar uma abordagem mais “categórica”).

³⁵⁹ CANADA. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, s. 24 (U.K.) (prevendo que, quando “a prova tiver sido obtida de forma a infringir ou negar quaisquer direitos ou liberdades garantidos por esta Carta, a prova será excluída se ficar estabelecido que, tendo em conta todas as circunstâncias, a sua admissão no processo traria descrédito à administração da justiça”); ver também, por exemplo, *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353 (Can.).

³⁶⁰ Sobre a possibilidade de modificações já estarem em andamento, ver nota 358.

profundos no direito relacionado à Quarta Emenda³⁶¹. A doutrina transsubstantiva (*trans-substantive doctrine*), segundo Stuntz, criou uma lacuna de “razoabilidade” na aplicação do padrão substantivo da emenda³⁶². Ele também sugeriu que, embora a versão estadunidense da regra de exclusão sirva a muitos propósitos úteis, esse remédio afetou negativamente a elaboração da doutrina substantiva da Quarta Emenda e desviou recursos de questões mais fundamentais de culpa ou inocência³⁶³. Dado o número de exceções já existentes à regra de exclusão, é possível que se ganhe mais do que se perca ao adotar uma abordagem proporcional tanto em relação aos padrões substantivos da emenda quanto às consequências da ilegalidade³⁶⁴.

5.2.2 Proteção igualitária

Reivindicações bem-sucedidas com base na igualdade de proteção apresentam desafios reparatórios distintos, pois pode exigir mudanças que afetam negativamente

³⁶¹ STUNTZ, William J. O.J. Simpson, Bill Clinton, and the transsubstantive Fourth Amendment. *Harvard Law Review*, v. 114, p. 842–865, 2001. p. 843 (criticando a aplicação transsubstantiva das regras de processo penal); ver também *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160, 183 (1949) (Jackson, J. voto dissidente) (distinguindo entre o obstáculo para encontrar um sequestrador e o para encontrar um contrabandista na análise da Quarta Emenda); ALSCHULER, nota 248, p. 247 (“claramente o conceito de causa provável deve ser suficientemente flexível para reconhecer... diferença[s] crítica[s] nas circunstâncias [de crimes muito graves e menos graves].”). Para uma concepção diferente, aplicando também a proporcionalidade à razoabilidade de uma busca, ver SLOBOGIN, Christopher. The world without a Fourth Amendment. *UCLA Law Review*, v. 39, p. 1, 4, 47–55, 1991 (sinalizando a aplicação de um “princípio da proporcionalidade”, segundo o qual “o nível de certeza necessário para autorizar uma busca ou apreensão específica deve ser aproximadamente proporcional ao nível de sua intrusão”, ao mesmo tempo em que rejeita, de modo geral, diferenças na gravidade de atos criminosos passados sob investigação como relevantes).

³⁶² STUNTZ, nota 361, p. 847 (comparando duas buscas, uma em conexão com possível bomba, a outra em com crime local envolvendo maconha, em que “os diferentes benefícios [das buscas] decorrem dos distintos crimes que a polícia estava investigando” e esses “benefícios divergentes resultam em diferentes ponderações: uma dessas buscas foi muito mais razoável do que a outra”).

³⁶³ Ver *ibid.*, p. 871, nota 94 (observando que a extensão da regra de exclusão aos estados “não apenas definiu o principal recurso da Quarta Emenda, mas também moldou seu conteúdo, garantindo que a maior parte da legislação da Quarta Emenda fosse elaborada no contexto de moções para suprimir provas incriminatórias”); STUNTZ, nota 232, p. 38–39, p. 50 (argumentando que a medida de supressão atrai recursos para audiências de supressão em vez de defesas substantivas, e que “[a] maneira como os suspeitos são presos – quanta força a polícia usa e se eles tendem a usar mais força contra alguns tipos de suspeitos do que contra outros – é regulamentada apenas de forma limitada, porque a violência policial tende a não estar vinculada à coleta de provas pela polícia, e somente esta provavelmente dará origem a reivindicações da regra de exclusão”).

³⁶⁴ Alguns juízes defenderam a modificação da regra de exclusão na década de 1970, invocando a experiência estrangeira para tanto. Ver *Califórnia v. Minjares*, 443 U.S. 916, 919 (1979) (Rehnquist, J. discordando da negação de uma suspensão); *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 499 (1976) (Burger, C.J. concordando) (citando a discussão acadêmica sobre por que a regra de exclusão não pode ser necessária para a integridade judicial “quando não é observada em outras jurisdições de sistema *common law*, como a Inglaterra e o Canadá, cujos tribunais são considerados modelos de decoro judicial e justiça” [citação omitida]); *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Fed. Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388, 415 (1971) (Burger, C.J., voto dissidente) (afirmando que a regra de exclusão “é exclusiva da jurisprudência estadunidense” e não é seguida nem na Inglaterra nem no Canadá). Reconsiderar a legislação estadunidense à luz da proporcionalidade levanta essa questão; resolvê-la requer mais análise do que o espaço aqui permite.

terceiros. Por exemplo, se um benefício é disponibilizado em termos considerados discriminatórios, pode haver opções para nivelar por baixo, assim como por cima³⁶⁵. Complicações relacionadas à reparação podem ajudar a explicar por que tribunais que aplicam princípios de proporcionalidade em casos de igualdade o fazem com mais deferência ao avaliar impugnações a regulações econômicas ou comerciais³⁶⁶.

Dado o respeito pela tomada de decisão democrática, os interesses na estabilidade do direito e a preocupação com as expectativas razoáveis de terceiros, há razões para se ter cautela na aplicação de padrões de igualdade de proteção à grande massa de legislação³⁶⁷. De fato, em *Washington v. Davis*³⁶⁸, a Suprema Corte rejeitou o impacto desproporcional com base racial como gatilho para escrutínio estrito, expressando a preocupação de que muitas leis não poderiam satisfazer os padrões de justificativa exigidos por essa forma de escrutínio – à época, comumente fatal. A experiência com a análise de proporcionalidade em outros lugares sugere que a análise de igualdade de proteção poderia ser implementada de forma mais proporcional, sem invalidar automaticamente as leis com tais impactos desproporcionais, e que poderia reconhecer diferenças na gravidade dos impactos, em especial sobre grupos historicamente desfavorecidos³⁶⁹.

A proporcionalidade na análise de casos que envolvem igualdade de proteção ressoa com a visão de “escala móvel” (*sliding scale*) do juiz Thurgood Marshall

³⁶⁵ Ver Paul Brest, *The Supreme Court, 1975 Term—Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 *HARV. L. REV.* 1, 36–43 (1976) (discutindo problemas corretivos que podem surgir da responsabilidade por impacto desproporcional sob a Cláusula de Proteção Igualitária). A análise de divisibilidade pode ser importante, conforme as cortes trabalham para determinar se o legislador prefere ver um benefício estendido ou retirado. Prazos prorrogados para o cumprimento legislativo também podem ser necessários caso a doutrina da proteção igualitária se torne mais robusta. Na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional Federal considera uma lei incompatível com as garantias de igualdade da Lei Fundamental Alemã, a Corte pode decidir não a invalidar, mas declarar apenas que é “incompatível” com a Lei Fundamental e conceder um prazo determinado para que o legislador promulgue nova legislação. Ver KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. Durham: Duke University Press, 2012. p. 35–37, 426–447 (observando uma decisão de 2006 que deu ao legislativo até 1º de julho de 2007 para agir).

³⁶⁶ Ver nota 422; ver também nota 369.

³⁶⁷ Ver, por exemplo, BREST, nota 365, p. 36–43; WEBBER, Jeremy. *Democratic decisionmaking as the first principle of contemporary constitutionalism*. In: SELLERS, Mortimer N. S.; TUSHNET, Mark (ed.). *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 424–425 nota 30.

³⁶⁸ *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976). Para uma descrição de “escrutínio estrito” como “estrito em teoria e fatal na prática”, ver GUNTHER, nota 146, p. 8.

³⁶⁹ Ver Lübke-Wolff, nota 291, p. 13, n.10 (observando requisitos de justificação mais rigorosos para “tratamento desigual que diferencie grupos preexistentes de pessoas” para “tratamento desigual do qual as pessoas afetadas não podem escapar” ou para tratamento desigual que afete liberdades fundamentais); nota 422.

sobre o direito à proteção igualitária³⁷⁰. Em *Dandridge v. Williams*, a Corte utilizou análise “racional” flexibilizada para sustentar uma lei estadual de bem-estar social que impunha teto aos benefícios para famílias com filhos dependentes, o que tinha o efeito de reduzir o valor por filho para crianças em famílias acima de um determinado tamanho³⁷¹. Para o juiz Marshall, que discordou, havia diferenças de magnitude constitucional entre classificações que afetam empresas e crianças pobres, as quais poderiam ser explicadas por referência à proporcionalidade e a uma forma de teoria “processual” que o juiz Marshall invocou explicitamente.

Caso envolvendo “as necessidades econômicas mais básicas de seres humanos empobrecidos”, escreveu o juiz Marshall, não deveria ser analisado sob mero padrão de racionalidade³⁷². Este aceitava “extremos... na formulação de bases racionais para a regulação estatal” devido à “repulsa saudável pelos excessos anteriores da Corte ao usar a Constituição para proteger interesses que possuem poder suficiente para se protegerem nas arenas legislativas”³⁷³. Nesse contexto, o juiz Marshall fez um contraste implícito entre os interesses das empresas, que podem “se proteger nas arenas legislativas”, e os interesses de seres humanos pobres, muito menos poderosos, incluindo crianças³⁷⁴. Ele explicou que, onde “os interesses literalmente vitais de uma minoria impotente, famílias pobres sem provedor” estão envolvidos, “a importância relativa dos benefícios governamentais para os indivíduos da classe discriminada que não os recebem” exige uma análise mais cuidadosa das razões apresentadas pelo governo³⁷⁵. A ênfase do juiz Marshall na importância relativa dos direitos é um apelo por mais proporcionalidade na análise dos padrões e das justificativas que devem ser oferecidos para as distinções que as leis criam³⁷⁶.

³⁷⁰ Ver GUNTHER, nota 146, p. 17-18 (descrevendo a divergência do Juiz Marshall em *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970), como uma “análise de escala móvel”).

³⁷¹ *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471, 473-75, 485-86 (1970).

³⁷² *Ibid.*, p. 508 (citando p. *ibid.*, p. 485, voto da maioria) (Marshall, J. voto dissidente).

³⁷³ *Ibid.*, p. 520 (Marshall, J., voto dissidente).

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 520-21 (ênfase adicionada).

³⁷⁶ Por razões semelhantes, o Juiz Marshall discordou notoriamente em *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 109 (1973), argumentando que, como “há discriminação contra importantes interesses individuais com implicações constitucionais e contra classes particularmente desfavorecidas ou impotentes”, a Corte deveria ter examinado com mais cuidado o esquema do Texas que se baseia em impostos locais sobre a propriedade para financiar a educação pública gratuita que o Estado garantia aos seus cidadãos.

A rejeição de “definições *a priori*”³⁷⁷ pelo juiz Marshall ao conceituar o padrão de análise reverbera no argumento posterior do juiz Stevens de que “existe apenas uma Cláusula de Proteção Igualitária”³⁷⁸ com padrão comum. Se um legislador, agindo de boa-fé, poderia racionalmente acreditar que o dano imposto era justificado em prol de um bem maior, um único padrão pode ser implementado com diferentes graus de rigor, a depender do impacto da classificação – um exemplo dessa abordagem pode ser encontrado em *Plyler v. Doe*³⁷⁹. Ao derrubar uma lei do Texas que negava educação pública a crianças que residem ilegalmente no país, a Corte escreveu:

Ao determinar a racionalidade [da lei], podemos considerar adequadamente seus custos para a Nação e para as crianças inocentes que são suas vítimas. À luz desses custos contrapostos, a discriminação contida [da lei] dificilmente pode ser considerada racional, a menos que promova algum objetivo substancial do Estado³⁸⁰.

A ideia neste trecho de *Plyler* é que, quando o dano é grande, um legislador racional precisa de evidências muito mais convincentes quanto à provável eficácia em relação a um “objetivo substancial” antes de concluir que é racional impor tal dano³⁸¹. Tal ideia é consistente com as abordagens dos juízes Stevens e Marshall, bem como com a ideia central da proporcionalidade.

³⁷⁷ *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. p. 520 (Marshall, J., voto dissidente); ver também *Rodriguez*, 411 U.S. em 109 (Marshall, J., voto dissidente) (rejeitando a sugestão da maioria de que “um padrão variável de revisão daria a esta Corte a aparência de uma ‘superlegislatura’”, porque tal abordagem é uma parte necessária “das garantias da nossa Constituição e das experiências históricas de opressão e discriminação contra minorias discretas e impotentes que fundamentam esse documento”).

³⁷⁸ *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 211-12 (1976) (Stevens, J., voto concorrente). Para respostas à abordagem do Juiz Stevens, ver: FLEMING, James E. “There is only one Equal Protection Clause”: an appreciation of Justice Stevens’ equal protection jurisprudence. *Fordham Law Review*, v. 74, p. 2301, 2006; e NOTE. Justice Stevens’ equal protection jurisprudence. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 1146, 1987.

³⁷⁹ *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 223-24.

³⁸¹ Para o tratamento contemporâneo de *Plyler*, geralmente mais favorável, ver, por exemplo, HULL, Elizabeth. Undocumented alien children and free public education: an analysis of *Plyler v. Doe*. *University of Pittsburgh Law Review*, v. 44, p. 409, 1983 (chamando *Plyler* de “um avanço significativo na jurisprudência constitucional”); e LEADING CASE. Right of illegal-alien children to state-provided education. *Harvard Law Review*, v. 96, p. 130-134, 1982 (rejeitando a posição divergente, mas criticando a maioria pela falta de clareza se foi a condição de criança imigrante ilegal (“undocumented”) ou o fato de a educação estar envolvida que levou a um escrutínio intensificado). Ver também PERRY, Michael J. Equal protection, judicial activism, and the intellectual agenda of constitutional theory: reflections on, and beyond, *Plyler v. Doe*. *University of Pittsburgh Law Review*, v. 44, p. 329, 1983 (descravendo o caso como fornecendo a resposta correta a um problema político-moral, mas questionando sua base teórica na cláusula de proteção igualitária).

Conforme observado anteriormente, a desproporcionalidade nos efeitos das leis, especialmente quando há impacto adverso significativo sobre grupos tradicionalmente discriminados, pode ser um sinal de falhas processuais contaminadas por preconceitos³⁸². Pode refletir, por exemplo, uma “indiferença deliberada”, próxima de formas mais ativas de preconceito³⁸³. Em vez de depender de níveis de escrutínio, como interruptores binários que indicam quando a razão deve ser mais substancial, os tribunais podem considerar o impacto desproporcional sobre grupos historicamente desfavorecidos (especialmente se existirem alternativas menos prejudiciais aos objetivos pretendidos) como sinal de possível falha processual, exigindo níveis mais altos de justificação³⁸⁴.

De fato, os padrões de análise “em níveis” rigidamente separados podem ter levado a uma compreensão mais restrita do escopo substantivo da Cláusula de Proteção Igualitária em *Washington v. Davis*³⁸⁵. Embora alguns tenham sugerido que

³⁸² Ver, por exemplo, LAWRENCE III, Charles R. The id, the ego, and equal protection: reckoning with unconscious racism. *Stanford Law Review*, v. 39, p. 317, 387-388, 1987 (argumentando que “o significado cultural de ações governamentais com impacto racialmente discriminatório é a melhor maneira de descobrir o racismo inconsciente dos atores governamentais”); PERRY, Michael J. The disproportionate impact theory of racial discrimination. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, p. 540, 587, 1977 (argumentando que os ônus de uma lei que recai desproporcionalmente sobre as minorias podem ser um sinal de que o governo “não é tão sensível aos interesses das minorias raciais quanto aos interesses majoritários”); STRAUSS, David A. Discriminatory intent and the taming of Brown. *University of Chicago Law Review*, v. 56, p. 935, 1989.

³⁸³ “Indiferença deliberada” é o padrão usado para avaliar alegações de que recusas ou falhas em proteger prisioneiros contra riscos substanciais de danos graves, ou em fornecer aos prisioneiros tratamento de saúde adequado para doenças ou ferimentos graves, violam a proibição da Oitava Emenda de punições “cruéis e incomuns”. Ver *Farmer v. Brennan*, 511 U.S. 825 (1994); *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97, 104 (1976). Para uma discussão sobre “indiferença deliberada” no contexto de proteção igualitária, ver em geral BLACK, Derek W. The contradiction between equal protection’s meaning and its legal substance: how deliberate indifference can cure it. *William and Mary Bill of Rights Journal*, v. 15, p. 533, 2006.

³⁸⁴ Ver SIEGEL, Reva. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. *Stanford Law Review*, v. 49, p. 1111, 1997; cf. KARLAN, Pamela S. Discriminatory purpose and mens rea: the tortured argument of invidious intent. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 111, 1983 (defendendo um requisito de intenção menos rigoroso na Lei Antidiscriminação). Ely estava principalmente preocupado em identificar motivos odiosos. Ele rejeitou argumentos a favor da revisão judicial de legislações que distribuem benefícios não constitucionalmente exigidos na ausência de propósito odioso; de fato, recusou argumentos de que o impacto desproporcional por si só poderia violar a Cláusula de Proteção Igualitária. ELY, nota 122, p. 136-45. Se alguém acredita que o governo tem a obrigação de lidar imparcialmente com seus cidadãos, no entanto, um impacto substancialmente desproporcional sobre um grupo tradicionalmente desfavorecido, se insuficientemente justificado, pode evidenciar uma negação odiosa da imparcialidade à qual a Cláusula de Proteção Igualitária aspira. Ver FLAGG, Barbara J. “Was blind but now I see”: white race consciousness and the requirement of discriminatory intent. *Michigan Law Review*, v. 91, p. 953, 1993 (argumentando que os legisladores podem inconscientemente racionalizar e legislar de uma forma que resulte em impacto adverso desproporcional sobre as minorias raciais).

³⁸⁵ Ver *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 242 (1976) (sustentando que uma lei, “neutra à primeira vista e servindo a fins que, de outra forma, estariam ao alcance do poder do governo de perseguir, [não] é inválida sob a Cláusula de Proteção Igualitária simplesmente porque pode afetar uma proporção maior de uma raça do que de outra”). “Impacto desproporcional [...] observado isoladamente, ... não aciona a regra de que as classificações raciais devem

o direito constitucional dos EUA seja geralmente orientado para proibir apenas atos intencionalmente violadores³⁸⁶, essa não é uma explicação suficiente para *Washington v. Davis*. Naquela época, como observou a Corte, “havia algumas indicações” na jurisprudência de que a intenção não era o fator crítico para configurar violações da Décima Quarta Emenda³⁸⁷. Como também indicou a Corte, diversos tribunais de apelação haviam tratado o impacto desproporcional, por si só, como gatilho para escrutínio estrito³⁸⁸. Essas decisões dos tribunais de apelação “demonstram de forma impressionante que há outro lado nessa questão”³⁸⁹ dentro dos recursos interpretativos existentes do direito constitucional dos EUA.

Um elemento importante na interpretação foi a preocupação de que permitir reivindicações com base apenas em “impacto racial estatisticamente desproporcional” teria efeitos abrangentes sobre uma gama de leis importantes³⁹⁰. Por exemplo, escreveu a Corte, tal jurisprudência poderia eliminar “diversas disposições da Lei de Previdência Social” e “toda uma gama de leis tributárias, de bem-estar social, serviços públicos, regulação e licenciamento que podem ser mais onerosas para os pobres e para o negro médio do que para o branco mais abastado”³⁹¹. Para a Corte, “a aceitação da teoria constitucional dos apelantes tornaria suspeita qualquer diferença de tratamento entre as classes de beneficiários, por mais desprovida de motivação racial

ser submetidas ao escrutínio estrito.” *Id.* (citação omitida). Análises de impacto desproporcional sob leis, como o Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964, ver *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), sobreviveram, mas ver *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557, 594 (2009) (Scalia, J., voto concorrente) (questiona se a responsabilidade por impacto desproporcional sob o Título VII viola as garantias constitucionais de igualdade).

³⁸⁶ Ver COHEN-ELIYA; PORAT (2013), nota 3, p. 64-78, discutido na nota 395 e texto que acompanha notas 315-326.

³⁸⁷ *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 242-43 (1976); em observância a *Davis*, ver *Vill. of Arlington Heights v. Metro. Hous. Dev. Corp.*, 429 U.S. 252, 265 (1977) (observando “indicações contrárias... de alguns dos nossos casos” à regra de *Washington v. Davis* de que “a prova de intenção ou propósito racialmente discriminatório é necessária” para configurar uma violação da Cláusula de Proteção Igualitária). A Corte também discutiu outros de seus próprios precedentes para sustentar a visão de que o princípio da Proteção Igualitária se referia apenas a propósitos discriminatórios. *Davis*, 426 U.S., p. 239-41.

³⁸⁸ *Davis*, 426 U.S., p. 244 (observando que os tribunais de apelação “decidiram, em vários contextos, incluindo o emprego público, que o impacto racial substancialmente desproporcional de uma lei ou prática oficial, por si só e sem levar em conta propósito discriminatório, é suficiente para provar discriminação racial que viola a Cláusula de Proteção Igualitária na ausência de alguma justificativa que vá substancialmente além do que seria necessário para validar a maioria das outras classificações legislativas”).

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 245.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 240, 248.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 240-41, 248. Mas cf. PERRY, nota 382, em 566 (argumentando que o “desfile de horrores” da Corte não resultará necessariamente em mais peso ao impacto desproporcional na Cláusula de Proteção Igualitária).

e por mais racional que o tratamento pudesse ser”³⁹². Assim, concluiu, “o impacto desproporcional... por si só” não aciona o escrutínio estrito³⁹³.

Parece claro que a Corte não chegou a essa conclusão por julgar que o efeito racialmente desproporcional fosse irrelevante, mas não era³⁹⁴. O que motivou a decisão em *Washington v. Davis* foram as consequências corretivas para um conjunto de leis sob o então padrão de “escrutínio estrito”³⁹⁵. Dada a estrutura categórica da análise em dois níveis existentes quando *Washington v. Davis* foi decidido, essa preocupação é compreensível: o escrutínio intermediário ainda não havia sido identificado à época³⁹⁶. Com a decisão da Corte em *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*³⁹⁷, a lacuna entre o escrutínio estrito para usos faciais de raça

³⁹² *Davis*, 426 U.S. p. 240-41 (citando *Jefferson v. Hackney*, 406 U.S. 535, 548 [1972]).

³⁹³ *Ibid.*, p. 242.

³⁹⁴ *Ibid.*, ver também *Vill. of Arlington Heights v. Metro. Hous. Dev. Corp.*, 429 U.S. 252, 265 (1977). Em *Davis*, por exemplo, a Corte expressou sua concordância com o tribunal distrital de que o uso do teste não poderia ser considerado uma forma proposital de discriminação, dados os esforços bem-sucedidos do governo para recrutar e contratar mais afro-americanos para o Departamento. *Davis*, 426 U.S. em 246 (“mesmo concordando com o tribunal distrital que o efeito racial diferencial do Teste 21 exigia uma investigação mais aprofundada, acreditamos que o tribunal distrital corretamente decidiu que os esforços afirmativos do Departamento de Polícia Metropolitana para recrutar policiais negros, a composição racial mutável das classes de recrutas e da força em geral... e a relação do teste com o programa de treinamento negaram qualquer inferência de que o Departamento discriminou com base na raça ou que ‘um policial se qualifica pela cor de sua pele em vez de pela competência.’” [citando *Davis v. Washington*, 384 F. Supp. 15 [1972]]).

³⁹⁵ Mas cf. COHEN-ELIYA; PORAT (2013), nota 3, p. 66 (considerando o direito constitucional dos EUA como “um [sistema] baseado em intenção... [que] interpreta a Constituição e o Poder Judiciário como mecanismos que servem para anular ações indevidamente motivadas”). Conforme observado anteriormente, nota 317, Cohen-Eliya e Porat reconhecem algumas exceções, não apenas para uma “restrição consequencialista” em um sistema de orientação deontológica”, *ibid.*, p. 72, mas também onde há “indiferença” estatal aos efeitos, como na jurisprudência da Cláusula de Comércio Latente, *ibid.*, p. 74-75. A disposição de considerar “indiferença” na Cláusula de Comércio Latente, mas não em reivindicações de igualdade baseadas em raça ou gênero, sugere que há mais acontecendo do que uma suposta aversão a testes baseados em efeitos pode explicar. Ver *Pers. Adm’r of Mass. v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979) (sustentando que a indiferença a impactos adversos sobre grupos historicamente desfavorecidos normalmente não desencadeia revisão mais rigorosa para violações de proteção igualitária). O direito constitucional dos EUA não se concentra tanto na “intenção”, ver o texto que acompanha as notas 316-325, a ponto de tornar implausível a ideia de que algo mais estivesse na raiz da regra *Washington v. Davis*.

³⁹⁶ Ver nota 378, p. 1147 (descrevendo como, até 1976, havia apenas uma revisão em dois níveis). A Corte não adotou o escrutínio intermediário para classificações de gênero até *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976), decidido em dezembro de 1976, seis meses após *Washington v. Davis*. Muitas leis da época presumivelmente teriam tido algum impacto adverso com base na raça – devido aos vínculos entre raça e pobreza e, possivelmente, à exclusão de afro-americanos, durante a maior parte do século anterior, da plena participação nas eleições a órgãos legislativos.

³⁹⁷ *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979) (considerando que o uso consciente de uma preferência por veteranos, apesar de seu efeito adverso muito substancial sobre as mulheres, não requer mais do que uma revisão de base racional, somente se tal critério neutro for usado “por causa” dos efeitos adversos sobre o gênero, é que um escrutínio estrito é apropriado).

(ou intermediário para classificações de gênero) e a análise de base racional para leis facialmente neutras, com impactos desproporcionais conhecidos, aumentou³⁹⁸.

Alguns casos recentes da Corte têm se afastado da dependência de níveis rígidos sem indicar claramente o que os substituí³⁹⁹. Um padrão centrado não apenas na natureza da classificação, mas também na natureza relativa do dano alegado e sua relação com os interesses governamentais em jogo permitiria aos tribunais maior flexibilidade para responsabilizar os legisladores sem invalidar a maior parte das leis. Tal mudança de abordagem ajudaria a responder as críticas à posição da Corte sobre o impacto desproporcional. Deixar de reconhecê-lo obscurece algumas condutas motivadas por preconceito e não identifica o dano constitucional à proteção igualitária da lei, o que pode resultar em preconceitos inconscientes ou indiferença deliberada à situação de grupos minoritários por membros de grupos mais privilegiados⁴⁰⁰. Um padrão flexível para análise de igualdade de proteção poderia tratar impactos desproporcionais de forma distinta do uso explícito ou intencional de raça, sem sugerir que tais impactos sobre um grupo racial minoritário ou outro grupo historicamente discriminado não criam maior preocupação constitucional do que distinções entre empresas para fins fiscais.

Mais especificamente, o uso de critérios neutros que supostamente têm impacto desproporcional sobre grupos já desfavorecidos não precisa ser tratado como presumivelmente inconstitucional a fim de exigir um escrutínio real das razões para a prática sob um único padrão de análise judicial. Em vez disso, um impacto “desproporcional” sobre um grupo minoritário há muito sujeito à discriminação pode ser visto como sinal de uma possível falha no processo, refletindo a operação de viés inconsciente ou indiferença deliberada. Tal constatação pode ser considerada como exigível – não o tipo de escrutínio que os usos explícitos de raça requerem, mas um grau mais elevado do que aquele aplicado a impugnações à legislação econômica que não desigualar direitos fundamentais ou não se baseia em

³⁹⁸ Ver SIEGEL, Reva B. The Supreme Court, 2012 Term—Foreword: Equality divided. *Harvard Law Review*, v. 127, p. 1, 2013. p. 11–20.

³⁹⁹ Ver notas 151-152 e seu respectivo conteúdo.

⁴⁰⁰ Ver FLAGG, nota 384; Siegel, nota 384.

classificações suspeitas⁴⁰¹. De fato, elementos semelhantes foram propostos na literatura acadêmica nas décadas após a decisão de *Washington v. Davis*⁴⁰².

A experiência em outros lugares demonstrou que os ônus de justificação, quando efeitos desproporcionais significativos sobre um grupo historicamente sujeito à discriminação acionam um escrutínio mais estrito, não são necessariamente fatais ou mesmo tão difíceis de enfrentar. No Tribunal de Justiça Europeu (agora Tribunal de Justiça da União Europeia), violações a uma norma antidiscriminação podem surgir de políticas aparentemente neutras que tenham o “efeito” de tratar mulheres e homens de maneira diferente⁴⁰³. Sob esse padrão quase constitucional de “discriminação indireta”⁴⁰⁴, o Tribunal Europeu aceita impugnações a práticas trabalhistas neutras com impactos adversos desproporcionais sobre as mulheres, inclusive na avaliação de escalas salariais que oferecem salários inferiores a trabalhadores em regime de tempo parcial em relação aos que trabalham em tempo integral⁴⁰⁵, ou na exigência de períodos

⁴⁰¹ Nos casos em que um impacto desproporcional recai sobre um grupo cujo longo histórico de perseguição deu origem à decisão de tratar a classificação como suspeita ou quase suspeita, os tribunais podem questionar se a lei ou prática contestada foi adotada por indiferença deliberada aos efeitos sobre um grupo racial minoritário ou sobre as mulheres. Em caso afirmativo, alguma forma apropriadamente deferente de análise de proporcionalidade (análoga a alguma de escrutínio intermediário, sensível à magnitude dos efeitos nocivos e benéficos da lei contestada) poderia avaliar se a prática era justificada, apesar de seus efeitos desproporcionais. Ver notas 417-418.

⁴⁰² Ver, por exemplo, KARLAN, nota 384, p. 124-30 (defendendo uma compreensão mais ampla da intenção para incluir ação com conhecimento ou desconsideração imprudente dos impactos desproporcionais de uma lei, com requisito de justificativa um pouco menos exigente); PERRY, nota 382, p. 560 (argumentando que o impacto desproporcional deve exigir a análise do grau de impacto desproporcional, dos interesses públicos e privados em jogo e da adequação da lei aos seus objetivos legítimos, sem exigir um interesse governamental “convicente” ou a precisão de adequação contemplada pelos requisitos de adaptação restritos do tribunal); ver também FLAGG, nota 384, p. 391-96 (propondo uma forma de revisão de impacto desproporcional que permitiria ao governo justificar políticas com impacto desproporcional demonstrando interesse menor que “convicente”). Um ponto em comum é o esforço para proporcionar nível de escrutínio judicial maior do que a base racional e menor do que o escrutínio estrito para leis que têm impactos desproporcionais com base na raça. Ver também STRAUSS, nota 382, p. 935 (argumentando que o padrão de intenção discriminatória é útil, mas que *Washington v. Davis* errou ao torná-lo o padrão exclusivo para estabelecer violações da Proteção Igualitária).

⁴⁰³ DE SCHUTTER, Olivier. Three models of equality and European anti-discrimination law. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 57, p. 1, 2006. p. 9-13 (discutindo o desenvolvimento da doutrina de impacto desproporcional do Tribunal de Justiça Europeu no contexto da discriminação com base em gênero); ver também FREDMAN, Sandra. *Discrimination law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 181-182.

⁴⁰⁴ Sobre as diferenças entre discriminação “direta” e “indireta” no direito da UE, ver ELLIS, Evelyn; WATSON, Philippa. *UE anti-discrimination law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 143-155. Embora seja verdade que o Título VII permite litígios com impactos distintos, essa causa de ação legal é indiscutivelmente mais limitada (por exemplo, pelos requisitos de que os contestadores demonstrem não apenas um impacto diferente, mas também vínculos entre a prática específica e o alegado efeito distinto) do que a da linha comparável de casos movidos sob as disposições quase constitucionais da União Europeia. Ver Katerina Linos, Path Dependence in Discrimination Law: Employment Cases in the United States and the European Union, 35 YALE J. INT’L L. 115, 138-49 (2010).

⁴⁰⁵ Ver, por exemplo, EUROPEAN COURT OF JUSTICE. *Case 96/80, Jenkins v. Kingsgate (Clothing Products) Ltd.*, 1981 E.C.R. 911; ver também ELLIS; WATSON, nota 404, p. 148-51.

mínimos de trabalho em tempo integral para estabelecer elegibilidade a pensões⁴⁰⁶. Nesses casos, a jurisprudência europeia levou em consideração que as mulheres são desproporcionalmente trabalhadoras de meio período e exigiu que os empregadores apresentassem justificativas específicas para a exclusão do referido grupo das oportunidades com salários mais altos ou outros benefícios. Garantiram que não havia intenção de discriminar mulheres e que os efeitos nesse âmbito eram justificados por necessidades econômicas legítimas⁴⁰⁷. Uma vez provado o impacto desproporcional sobre as mulheres, o empregador tem o ônus de demonstrar que a diferença de tratamento satisfaz o princípio da proporcionalidade⁴⁰⁸.

No caso *Danfoss*⁴⁰⁹, a Corte Europeia decidiu que um critério de “mobilidade... para recompensar a adaptabilidade do empregado a horários variáveis e locais de trabalho variados” poderia “prejudicar as funcionárias, que, devido às tarefas domésticas e familiares pelas quais frequentemente são responsáveis, não conseguem

⁴⁰⁶ EUROPEAN COURT OF JUSTICE. *Case 170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, 1986 E.C.R. 1607. Em *Bilka*, uma funcionária de meio período apresentou reivindicação, argumentando que essa exigência constituía discriminação salarial com base no gênero, uma vez que as mulheres tinham maior probabilidade de serem trabalhadoras de meio período.

⁴⁰⁷ Ver *Bilka*, p. 1627-28 (que considera a violação do artigo 119º do Tratado CEE por uma “empresa que exclui trabalhadores de meio período do seu regime de pensões profissional, quando essa exclusão afeta um número muito maior de mulheres do que de homens, a menos que a [empresa] demonstre que a exclusão se baseia em fatores objetivamente justificados e não relacionados com qualquer discriminação em razão do sexo... [e] que as medidas escolhidas pela [empresa] correspondem a uma necessidade real por parte da [empresa], são adequadas para atingir os objetivos perseguidos e são necessárias para esse fim”; se tal demonstração for feita, então “o fato de as medidas afetarem um número muito maior de mulheres do que de homens não é suficiente para demonstrar que constituem uma violação do artigo 119º”).

⁴⁰⁸ Sobre o ônus da justificação que recai sobre o empregador, uma vez demonstrado *prima facie* um caso de discriminação indireta, ver Processo C-127/92, *Enderby v. Frenchay Health Auth.*, 1993 E.C.R. I-5535, que, como várias outras decisões, foi posteriormente codificado em diversas Diretivas. Ver ELLIS; WATSON, nota 404, pp. 158-163. Para referência à abordagem da UE como sendo de proporcionalidade, ver DAVIS, A. C. L. *Perspectives on labour law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 134; FREDMAN, nota 403, p. 180; ELLIS, Evelyn. The concept of proportionality in the European Community sex discrimination law. In: ELLIS, Evelyn (org.). *The principle of proportionality in the laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 1999. p. 165-167. Os testes articulados para a implementação deste princípio de proporcionalidade diferem daqueles do teste de Oakes, no Canadá, exigindo um objetivo legítimo e focando principalmente nos dois primeiros aspectos da análise de “meios” – racionalidade (ou “apropriado com vista a atingir os objetivos perseguidos”) e necessidade (“necessário para esse fim”). Ver nota 407 (citando *Bilka*). (Alguns estudiosos argumentam que a proporcionalidade em sentido estrito entra em jogo implicitamente na forma como os dois aspectos são aplicados. SMITH, Ian; BAKER, Aaron. *Employment law*. 11. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 326. Meu argumento aqui não é que a doutrina Oakes deva ser aplicada a reivindicações de impacto desproporcionais nos Estados Unidos, mas, sim, que alguma forma de revisão, além das mais flexíveis de revisão de “base racional” (e talvez baseada na doutrina americana existente ou em propostas feitas pelos juízes Marshall e Stevens), deve ser aplicada para testar a constitucionalidade de leis com impactos desproporcionais severos sobre grupos historicamente discriminados.

⁴⁰⁹ EUROPEAN COURT OF JUSTICE. *Case 109/88, Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening agindo em nome da Danfoss*, 1989 E.C.R. 3199.

organizar seu tempo de trabalho com tanta flexibilidade quanto os homens⁴¹⁰. O critério de compensação relacionado à mobilidade, portanto, violava o “princípio” do direito da União Europeia de que “homens e mulheres devem receber salário igual por trabalho igual”⁴¹¹. Os empregadores poderiam buscar “justificar a remuneração dessa adaptabilidade mostrando que ela é importante para o desempenho de tarefas específicas atribuídas ao empregado”⁴¹². Por outro lado, no caso *Cadman*, a Corte aceitou que escalas salariais baseadas na experiência geralmente seriam consideradas justificadas, rejeitando o argumento de que seu efeito desproporcional sobre as mulheres exigiria justificativa adicional (na ausência de demonstração de que a duração da experiência não estava de fato relacionada ao trabalho em contextos específicos)⁴¹³. Essa jurisprudência sugere que um padrão de impacto desproporcional, sensível às diferentes experiências sociais e de vida de mulheres e homens, pode ser aplicado às leis existentes sem causar perturbação econômica indevida⁴¹⁴.

Na medida em que violações do princípio da igualdade de proteção nos Estados Unidos foram definidas de forma restrita, com foco na intenção, devido a preocupações sobre os riscos de intromissão judicial na estrutura legal existente⁴¹⁵, a experiência em outros lugares, com um conjunto mais proporcional e flexível de

⁴¹⁰ *Ibid.*, §§ 18-21.

⁴¹¹ BARNARD, Catherine. *EU employment law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 254; JACKSON, Vicki C. Review of laws having a disparate impact based on gender. In: AMAR, Vikram; TUSHNET, Mark (ed.). *Global perspectives on constitutional law*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 130.

⁴¹² Ver nota 409, § 22.

⁴¹³ Ver EUROPEAN COURT OF JUSTICE. *Case C-17/05, Cadman v. Health & Safety Executive*, 2006 E.C.R. I-9585; ver nota 409, § 24.

⁴¹⁴ Cf. LINOS, nota 404, p. 144 (argumentando que os receios dos EUA de que os empregadores seriam forçados a adotar cotas sem um requisito de “prática específica” sob o Título VII “não se materializaram” a partir dos requisitos da UE para justificar práticas que afetam desproporcionalmente as mulheres). Jurisprudência recente no Tribunal Europeu de Direitos Humanos adotou a “discriminação indireta [baseada em efeitos]” como uma análise apropriada para alegações de discriminação contra crianças ciganas, sob a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ver *D.H. v. Czech Republic, D.H. and Others*, case n. 57325/00, 2007-IV Eur. Ct. H.R.; MINOW, Martha. Brown v. Board in the world: how the global turn matters for school reform, human rights, and legal knowledge. *San Diego Law Review*, v. 50, p. 1, 2013.

⁴¹⁵ O receio da invalidação em larga escala de leis sob escrutínio estrito foi claramente um fator – embora não tenha sido o único – em *Washington v. Davis*, mas o caso *Feeney*, 442 U.S. 256 (1979) não pode ser explicado tão facilmente. Ele foi decidido após a introdução do “escrutínio intermediário” para classificações de gênero. Sob alguma forma de análise de proporcionalidade compatível com o escrutínio intermediário, deveria ter sido possível dizer que o sistema de Massachusetts concedeu um benefício muito grande ao grupo predominantemente masculino de “veteranos”, que eram o objeto da preferência legal, e impunha custos muito altos às mulheres, mesmo à luz de seu importante propósito. O teste da proporcionalidade em sentido estrito permite que um tribunal avalie o impacto de leis neutras com impactos desproporcionais e conclua que o grau de preferência é excessivo, frente ao impacto adverso sobre um grupo historicamente desfavorecido, embora um grau menor de preferência fosse justificado pelo objetivo de reconhecer os sacrifícios especiais dos veteranos.

indagações em casos de igualdade, sugere que o risco pode ter sido superestimado⁴¹⁶. *Washington v. Davis* levou a uma grande lacuna entre o padrão estrito de análise para usos faciais ou intencionais de raça e o padrão brando de “base racional” para leis com impactos desproporcionais sobre minorias – uma característica desconcertante do direito de igualdade dos EUA. Muitos dos seus aspectos podem ser vistos como implicados por essa distinção⁴¹⁷.

É tarde demais para o direito constitucional da igualdade nos EUA reconsiderar *Washington v. Davis* à luz da experiência de outros países? Talvez não⁴¹⁸. Um impacto desproporcional sobre grupos historicamente discriminados poderia ser

⁴¹⁶ Além da jurisprudência da UE discutida anteriormente, é importante notar que o dispositivo sobre igualdade da Carta do Canadá foi interpretado de modo a proibir tanto a discriminação intencional como a efetiva, ver, por exemplo, *Withler v. Canadá* (Att’y Gen.), 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, § 35 (Can.), contra grupos definidos por características específicas, incluindo idade, gênero, raça, nacionalidade, religião, deficiência física ou mental e características análogas, como estado civil. Ver, por exemplo, *Quebec (Att’y Gen.) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61 (Can.). Apesar desse extenso catálogo de classificações constitucionalmente protegidas, a jurisprudência não parece ter resultado em interferência judicial ilimitada nas decisões legislativas. Ver, por exemplo, *Withler*, [2011] 1 S.C.R. 396 (Can.) (mantendo reduções relacionadas à idade em certos benefícios previdenciários); *Gosselin v. Quebec* (Att’y Gen.), 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429 (Can.) (mantendo uma distinção baseada na idade para acesso a benefícios sociais, aceitando que era mais fácil aos mais jovens encontrar emprego do que para os mais velhos); cf. *Quebec (Att’y Gen.) v. A*, [2013] 1 S.C.R. 61 (mantendo a constitucionalidade das leis de Quebec que distinguem entre aqueles que são casados ou vivem em união estável, por um lado, e aqueles em relacionamentos de longo prazo, ou casamentos “de facto”, no que diz respeito às obrigações legais de partilha de bens e alimentos após a dissolução do relacionamento conjugal, não obstante as alegações de que o sistema desfavorecia o parceiro financeiramente mais fraco [tipicamente a mulher]); *Newfoundland (Treasury Bd.) v. N.A.P.E. [Nfld. Ass’n of Pub. & Private Emps.]*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381 (Can.) (concluindo que a violação dos direitos de igualdade da Seção 15, decorrente da decisão de atrasar a implementação de um acordo de equidade salarial para trabalhadoras, foi “comprovadamente justificada” pela Seção 1 por uma grave crise financeira).

⁴¹⁷ A origem da ideia de classes “suspeitas” residiu no uso histórico indevido da raça como ferramenta para preconceito e subordinação de minorias raciais. O fato de as minorias serem prejudicadas dava suporte aos argumentos de “reforço da representatividade” para um escrutínio estrito. Foi somente quase vinte anos após *Washington v. Davis* que a ideia original de classes “suspeitas” foi plena e claramente convertida em um princípio contra “classificações suspeitas”, *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995), transferindo a principal preocupação da lei da igualdade de prejudicar membros de grupos raciais subordinados para afetar qualquer pessoa com base em classificação racial. Uma possível reconciliação do caso *Adarand* com mudança na doutrina que permita a consideração dos impactos desproporcionais sobre grupos tradicionalmente desfavorecidos é discutida na nota 418 e no texto que acompanha as notas 419-422, mas o espaço não permite a discussão de toda a gama de implicações para a lei de igualdade dos EUA de tornar os padrões de análise mais proporcionais.

⁴¹⁸ Efeitos desproporcionais, identificados pela atenção a desproporcionalidades graves, podem ser suficientes para demonstrar um propósito ruim, mas apenas sob versão mais ampla do que o exigido por *Feeney*, ver notas 395, 397, 415. Desde a decisão *Washington v. Davis e Feeney*, a Corte dos EUA também declarou que a “consistência” exige que usos explícitos de raça alegadamente onerando não minorias sejam analisados sob o mesmo padrão de “escrutínio estrito” aplicado a minorias. Ver, por exemplo, *Adarand*, 515 U.S. p. 224; *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 493-94 (1989) (decisão majoritária); *ibid.*, p. 520 (Scalia, J., voto concorrente com o julgamento). Se a importância constitucional de impactos desproporcionais graves fosse reconsiderada, a existência de discriminação histórica contra minorias raciais forneceria alguma base para pensar que impactos desproporcionais sobre esses grupos têm maior probabilidade de refletir propósitos ruins (se não totalmente intencionais, então deliberadamente indiferentes) do que impactos semelhantes sobre outros grupos.

tratado como gerador de inferência de motivo proibido (incluindo “indiferença deliberada”), que poderia ser refutada por demonstração menos rigorosa do que o “escrutínio estrito”, porém mais exigente do que a “base racional”⁴¹⁹. Embora a Corte, hoje, trate qualquer uso explícito de raça como sujeito ao mesmo padrão de análise judicial (seja contestado por membros da maioria, seja da minoria), há diferenças constitucionalmente relevantes entre o uso intencional da raça para classificar pessoas e o uso de leis neutras que são “conscientemente raciais” e direcionadas a algum fim legítimo⁴²⁰. Impactos desproporcionais que oneram adversamente grupos minoritários podem ser considerados de maior preocupação constitucional do que danos de “impacto desproporcional” sobre membros de uma maioria – se não for com base em uma teoria substantiva de não subordinação racial, que seja a partir de uma teoria probatória de que tais impactos desproporcionais provavelmente resultam de preconceito, consciente ou não⁴²¹. Uma abordagem mais proporcional à igualdade de proteção poderia permitir que os tribunais examinassem leis com impactos desproporcionais sobre minorias raciais ou mulheres mediante padrões mais flexíveis propostos pelos juízes Marshall e Stevens⁴²².

⁴¹⁹ Ver as fontes citadas, nota 402. Uma abordagem mais proporcional para a revisão de reivindicações de igualdade poderia também sustentar uma gama de programas de ações afirmativas, concebidos para responder a desvantagens anteriormente impostas por lei a grupos minoritários distintos identificados por raça. Cf. *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 359 (1978) (Juizes Brennan, White, Marshall, Blackmun, voto concorrente com o julgamento em parte e discordando parcialmente) (argumentando que “as classificações raciais concebidas para fins corretivos adicionais ‘devem servir a objetivos governamentais importantes e devem estar substancialmente relacionadas à consecução desses objetivos’”, um padrão entre base racional e escrutínio estrito [citando *Califano v. Webster*, 430 U.S. 313, 317 (1977)]). É possível, no entanto, que alguns membros da Corte deem muita importância a uma espécie de daltonismo constitucional, isto é, um valor constitucional indiferente às diversas cores e raças. Além disso, pode ser que atribuam muita relevância também às potenciais consequências adversas de programas afirmativos, o que levaria o padrão de análise a não afetar sua decisão sobre o resultado.

⁴²⁰ Ver *Parents Involved in Cmty. Sch. v. Seattle Sch. Dist. No.*, 1, 551 U.S. 701, 748 (2007)

⁴²¹ (oto de Roberts, C.J.) (“A maneira de acabar com a discriminação com base na raça é acabando com a discriminação com base na raça.”). Para pelo menos um juiz na estreita maioria, o Juiz Kennedy, é o uso público de critérios raciais para classificar pessoas individualmente, e não a consideração intencional dada à raça, o que mais preocupa. Ver *ibid.*, p. 782-83, 787-89 (J. Kennedy, voto concorrente em parte e concorrente com o julgamento) (indicando que classificar crianças individualmente por raça para fins de alocação escolar é proibido, mas que medidas “conscientes da raça” (*race-conscious*), aparentemente neutras, relacionadas, por exemplo, às divisões do distrito escolar, são permitidas).

⁴²² Ver notas 417-418.

⁴²² Não se pode discutir aqui se tal abordagem deve se estender a todas as leis de igualdade. Permitir que efeitos desproporcionais sejam considerados por meio de padrões mais flexíveis em casos que envolvam beneficiários de assistência social ou crianças em idade escolar (como em *Dandridge* ou *Rodriguez*) pode levar a pedidos por maior escrutínio da regulamentação econômica das empresas, possivelmente no cerne do *Lochnerismo*. Em certa medida, isso já pode estar acontecendo por meio do recurso de outras partes da Constituição (por exemplo, sob a Cláusula de Desapropriação com relação à regulamentação do uso da terra); a Suprema Corte recentemente se recusou a descartar a possibilidade de uma contestação de “desapropriações” para permitir impostos. *Koontz v. St. Johns River Water Mgmt. Dist.*, 133 S. Ct. 2586, 2602 (2013) (deixando em aberto quando um “‘imposto’ [poderia] se tornar ‘tão arbitrário... que não fosse o exercício da tributação, mas um confisco de propriedade’” [citando *Brushaber Union Pac. R.R. Co.*, 240 U.S. 1, 24-25 (1916)]); ver também SHERRY, Suzanna. Property is the new privacy: the

5.2.3 Sentenciamento criminal

Em contraste com os desafios corretivos do direito à igualdade e da regra de exclusão, a proporcionalidade poderia desempenhar um papel mais significativo na imposição de sentenças criminais sem complicações⁴²³. Antes da promulgação

coming constitutional revolution. *Harvard Law Review*, v. 128, p. 1452-1475, 2015 (revisando EPSTEIN, Richard A. *The classical liberal constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 2014) (questionando a estabilidade da abordagem bifurcada do controle da regulação econômica em comparação à regulação das liberdades pessoais não econômicas); cf. *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010) (tratando o uso de dinheiro em campanhas políticas como equivalente a “discurso” sujeito a regulamentação apenas para “prevenir a corrupção”, definida de forma muito restrita). A proteção cada vez mais agressiva dos gastos de campanha pelo Tribunal pode ser vista como a lochnerização da Primeira Emenda. Para discussões acadêmicas iniciais, ver SUNSTEIN, Cass R. Free speech now. *University of Chicago Law Review*, v. 59, p. 255-291, 1992. Além disso, na medida em que o problema de *Lochner* envolvia a teoria econômica básica da Constituição apresentada pela Corte, ver, por exemplo, Choudhry, nota 144, p. 3, ele não seria sanável no nível de uma escolha metodológica transubstantiva entre proporcionalidade caso a caso ou regras categóricas. Alguns acadêmicos argumentam que a revisão da proporcionalidade seria uma melhoria real em relação ao tipo de controle de “base racional”, equivalente à “abdicção” da responsabilidade judicial, encontrada em *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.*, 348 U.S. 483 (1955). Mathews e Stone Sweet, nota 52, p. 838-44. As sugestões do Juiz Marshall de que os tribunais poderiam distinguir a gravidade do dano quando os direitos dos pobres estão em jogo, em comparação com os de empresas comerciais, e a provável necessidade de controles judiciais sobre legislaturas em nome de grupos mais e menos poderosos, permanecem relevantes. A experiência na Alemanha sugere que uma abordagem de proporcionalidade sensível à natureza dos interesses afetados poderia evitar os riscos “lochnerianos” de intervenção judicial indevida na regulação econômica. Ver KOMMERS; MILLER, nota 365, p. 421, 425-39 (observando o uso pelo Tribunal Constitucional Alemão de critérios de “escala móvel” e de critérios de proporcionalidade na resolução de casos de proteção igualitária, mas fazendo isso por meio de “intensidade” variável de revisão); BAER, Susanne. Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court. *Columbia Journal of European Law*, v. 5, p. 249-257, 1999 (observando que no “campo da legislação econômica”, incluindo a “administração em massa da lei de bem-estar social”, o tribunal “estabeleceu uma doutrina de discricionariedade legislativa específica para cada área”, pela qual “ao Parlamento é conferida uma discricionariedade muito maior do que nos campos do direito penal, direito eleitoral e direito dos testes de qualificação”); EBERLE, Edward J. Equality in Germany and the United States. *San Diego International Law Journal*, v. 10, p. 63-110, 2008 (descrevendo um padrão mais flexível para revisar a proporcionalidade das reivindicações de igualdade na esfera socioeconômica, exceto quando as regulamentações neste âmbito têm um “tratamento desigual de grupos essencialmente em situação semelhante”, por exemplo, trabalhadores braçais e administrativos com relação à duração do aviso prévio de rescisão); ver também nota 369. Eberle também observa que, embora o Tribunal Alemão aplique um controle mais flexível a medidas socioeconômicas, ao contrário dos Estados Unidos, o Tribunal Alemão varia a intensidade da revisão, mesmo para questões socioeconômicas: o controle pode ser “bastante intensivo, principalmente quando a disparidade entre grupos em situação semelhante é muito grande”. *Ibid.*, p. 118; ver também KOMMERS; MILLER, nota 365, p. 421 (observando que, em contraste com a revisão de “base racional” dos EUA, que “geralmente pressupõe conexão racional entre classificação e finalidade”, o Tribunal Constitucional alemão “impõe um pesado ônus ao legislador para demonstrar tal conexão”, criando um “controle de racionalidade qualificado”).

⁴²³ Historicamente, os tribunais federais não exerciam reexame de apelação sobre a proporcionalidade das sentenças, ver PROJECT. Parole release decisionmaking and the sentencing process. *Yale Law Journal*, v. 84, p. 810, 855-856 e notas 226 e 227, 1975; ver também STITH, Kate; CABRANES, José A. Judging under the Federal Sentencing Guidelines. *Northwestern University Law Review*, v. 91, p. 1247-1251, 1997 (observando que, antes das Diretrizes, as sentenças eram “praticamente irrecorríveis”) e, portanto, talvez não tenham desenvolvido sensibilidade jurídica para identificar sentenças desproporcionais. Sob o regime de diretrizes da Lei de Reforma de Sentenças de 1984 e até *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005), a discricionariedade dos juizes federais para sentenciar era altamente limitada, ver AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code: Sentencing Report*. Philadelphia: ALI, 2003 (“Todos

das Diretrizes de Sentenciamento (*Sentencing Guidelines*) na década de 1980, havia muito pouca revisão das sentenças no sistema federal. A revisão em grau de apelação quanto à conformidade com as Diretrizes foi autorizada por iniciativa do governo ou do réu. Desde 2005, quando as Diretrizes deixaram de ser obrigatórias, os tribunais federais de apelação passaram a estar autorizados a revisar sentenças quanto à sua razoabilidade⁴²⁴.

A Suprema Corte tem considerado repetidamente a proporcionalidade de sentenças de morte, considerando-as inconstitucionais sob a égide da Oitava Emenda em diversas circunstâncias, como quando, por exemplo, o crime não teve intenção e não resultou em morte; porém, sua jurisprudência, em casos não capitais, tem sido parcimoniosa ao revisar sentenças de prisão sob o padrão de “desproporcionalidade grosseira” (*gross disproportionality*)⁴²⁵. De fato, a jurisprudência da Corte sobre sentenças não capitais para infratores adultos é escassa. Em *Weems v. United States*, o primeiro caso em que a Corte considerou uma punição como violadora da Oitava Emenda, a Corte se referiu a essa Emenda como uma incorporação de “preceito de justiça de que a punição pelo crime deve ser graduada e proporcionada à ofensa”⁴²⁶.

os sistemas de diretrizes estaduais atribuem ao judiciário uma discricionariedade muito maior na sentença [do que as Diretrizes Federais.]”); tribunais de apelação que revisam as sentenças federais se concentram nas aplicações das “diretrizes” detalhadas, complexas, desenvolvidas administrativamente e geralmente vinculantes, ver *Stith & Cabranes*, supra, p. 1266-70.

⁴²⁴ Ver *United States v. Booker*, 543 U.S. 220, 245, 260-65 (2005) (considerando que as Diretrizes de Sentenciamento são apenas consultivas e contemplam a revisão de sentenças federais por apelação para fins de razoabilidade). Sobre o histórico da revisão de sentenças por apelação federal, ver nota, *More than a Formality: The Case for Meaningful Substantive Reasonableness Review*. *Harvard Law Review*, v. 127, p. 951-958, 2014.

⁴²⁵ Ver nota 44. Compare, por exemplo, *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) (concluindo que a pena de morte é desproporcional para o estupro de um adulto), e *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008) (considerando a pena de morte desproporcional para o estupro de uma criança), com *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980) (mantendo uma sentença de prisão perpétua para um réu reincidente que roubou bens no valor inferior a US\$ 300), e *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, 1005 (1991) (mantendo uma sentença de prisão perpétua sem liberdade condicional obrigatória para posse de uma quantidade substancial de cocaína, enfatizando que a Oitava Emenda não exige proporcionalidade, apenas proíbe a desproporcionalidade grosseira). (Juiz Kennedy, em voto concorrente em parte e concorrente com a sentença), e *Ewing v. Califórnia*, 538 U.S. 11 (2003) (mantendo uma sentença perpétua para crimes reincidentes). Mesmo em sentenças de pena capital, o Tribunal tem relutado em concluir que a revisão de apelação para “proporcionalidade” no sentido de consistência com outros condenados por crimes semelhantes é exigida pela Oitava Emenda. Ver *Pulley v. Harris*, 465 U.S. 37 (1984) (rejeitando a alegação de que o controle de proporcionalidade em grau de apelação, para fins de consistência com outras sentenças, seja necessário para todas as sentenças de morte).

⁴²⁶ *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 367 (1910); ver nota 43; ver também *O’Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323, 331 (1892) (rejeitando uma contestação à sentença cumulativa para múltiplas infrações, mas afirmando que “se a pena fosse excessivamente severa para uma única infração, a questão constitucional poderia ser arguida” se a Oitava Emenda tivesse sido apontada como fundamento do erro e fosse aplicável ao governo em questão); *ibid.*, p. 339-40 (Field, J., discordando) (“A vedação é direcionada não apenas contra punições do tipo mencionado, mas contra todas as punições que, por sua excessiva duração ou severidade, sejam grandemente desproporcionais às infrações imputadas. Toda a

Ainda que alguns juízes tenham argumentado que a Cláusula de Punições Cruéis e Incomuns (*Cruel and Unusual Punishments Clause*) proíbe apenas certos métodos de punição e não sentenças excessivas⁴²⁷, uma maioria, desde *Weems*, tem considerado que ela de fato proíbe sentenças severamente excessivas. Em *Solem v. Helm*⁴²⁸, a Corte reafirmou que a Oitava Emenda coíbe não apenas punições bárbaras, mas também aquelas desproporcionais à ofensa, declarando inconstitucional a pena de prisão perpétua, sem possibilidade de liberdade condicional, imposta a um reincidente por ofensas leves. Em *Harmelin v. Michigan*, a maioria da Corte – três membros enfatizaram que a Oitava Emenda abrangia apenas um princípio estreito de proporcionalidade – recusou-se a aplicar *Solem* para invalidar uma sentença obrigatória de prisão perpétua sem liberdade condicional por posse de mais de 650 gramas de cocaína⁴²⁹. A jurisprudência sugere que, embora a proporcionalidade das sentenças de morte esteja sujeita a escrutínio estrito, para sentenças não capitais de prisão, o padrão de “desproporcionalidade grosseira” raramente será atendido. No entanto, o Canadá, ao interpretar uma disposição redigida de forma muito semelhante em sua Carta⁴³⁰ e aplicar sua própria regra jurisprudencial de “desproporcionalidade grosseira”, tem adotado abordagem mais rigorosa em relação às punições criminais. Por exemplo, em *R. v. Smith*⁴³¹, a Corte canadense considerou que uma pena mínima

inibição é contra o que é excessivo, seja na fiança exigida, na multa imposta, seja na punição infligida.”); cf. *Pervear v. Massachusetts*, 72 U.S. (5 Wall.) 475, 480 (1867) (observando que a Oitava Emenda não se aplica aos estados, mas afirmando, em qualquer caso, que “parece dos autos que a multa e a punição no caso em questão foram de cinquenta dólares e prisão com trabalhos forçados na casa de correção por três meses. Não percebemos nada de excessivo, cruel ou incomum nisso”).

⁴²⁷ Ver *Graham v. Flórida*, 560 U.S. 48, 99 (2010) (Thomas, J., acompanhado por Scalia, J., voto dissidente); *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 382-413 (1910) (White, J., acompanhado por Holmes, J., voto dissidente).

⁴²⁸ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, 284 (1983).

⁴²⁹ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, 997 (1991) (J. Kennedy, acompanhado por O'Connor e o J.J. Souter, concordando em parte e concordando com a sentença). Dois outros juízes teriam rejeitado completamente a análise de proporcionalidade de *Solem*. Ver *ibid.*, p.962-87 (J. Scalia, acompanhado por Rehnquist, C.J.). Quatro juízes discordaram. Ver também *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003); *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63 (2003); *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980) (mantendo, por cinco votos a quatro, uma sentença de prisão perpétua obrigatória para um reincidente em crimes contra a propriedade).

⁴³⁰ A Seção 12 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá dispõe: “toda pessoa tem o direito de não ser submetida a nenhum tratamento ou punição cruel e incomum”. CANADA. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c.11, § 12 (U.K.).

⁴³¹ *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045 (Can.). A Suprema Corte canadense caracterizou a abordagem canadense como mais restritiva do que a jurisprudência americana da época, ao passo que apenas a desproporcionalidade grave, e não o mero excesso, poderia constituir uma violação da Seção 12 da Carta. Em outros casos, a Corte canadense manteve penas mínimas obrigatórias; para infrações graves, ver, por exemplo, *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711 (Can.) (prisão perpétua sem direito à liberdade condicional por vinte e cinco anos por homicídio de primeiro grau); *R v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3 (Can.) (prisão perpétua sem direito à liberdade condicional por dez anos por homicídio de segundo grau, em um caso envolvendo o homicídio passional do filho com deficiência severa do réu); *R v. Wiles*,

obrigatória de sete anos para todas as ofensas que envolvam a distribuição de narcóticos era extremamente desproporcional, pois se aplicava independentemente das distinções nos graus de gravidade da ofensa. As práticas de sentenciamento de determinadas nações estrangeiras⁴³², tribunais internacionais⁴³³ e alguns estados⁴³⁴ sugerem que uma abordagem mais justa e coerente quanto à condenação seria possível com maior atenção à proporcionalidade da pena à luz da ofensa, do ofensor e do tratamento de ofensas e ofensores comparáveis. A proporcionalidade como limite externo, baseado na gravidade da ofensa, e como forma de comparação com ofensores em situação semelhante tem amplo apoio na literatura acadêmica⁴³⁵.

A resistência judicial em revisar a duração das penas por considerá-las puramente subjetivas⁴³⁶ é intrigante, já que a disponibilidade de informações

2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895 (Can.) (proibição mínima obrigatória de dez anos de posse de armas de fogo após uma condenação por drogas, havendo exceção se as armas de fogo forem essenciais para o emprego do réu ou para atividades mínimas de sustento); e *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96 (Can.) (pena mínima de quatro anos para homicídio culposo com arma de fogo, em caso envolvendo altercação entre um policial e um prisioneiro). Para delitos menores, ver *R v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485 (Can.) (mantendo sete dias de prisão como pena mínima obrigatória para dirigir conscientemente enquanto proibido de fazê-lo com base em histórico de direção ruim).

⁴³² Ver nota 424, p. 967 e nota 121 (observando o papel da revisão de apelação na restrição de decisões de condenação na Inglaterra e na Alemanha).

⁴³³ Ver, por exemplo, ROME STATUTE of the International Criminal Court. 17 jul. 1998. UN Doc. A/CONF.183/9*. Reprinted in 37 *International Legal Materials*, p. 999, 1998. Art. 81.2 (“Uma sentença pode ser apelada, de acordo com as regras de processo e prova, pelo promotor ou pela pessoa condenada com base na desproporção entre o crime e a pena...”); ver também AMBOS, Kai. *Treatise on international criminal law: the crimes and sentencing*. v. 2. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 285 (discutindo os princípios de igualdade, proporcionalidade e gradação da pena no direito penal internacional).

⁴³⁴ Ver, por exemplo, SULLIVAN; FRASE, nota 52, p. 154-60 (resumindo as leis estaduais e discutindo a jurisprudência de Illinois); *Conner v. State*, 626 N.E.2d 803 (Ind. 1993) (considerando que uma pena de seis anos para distribuição de maconha falsificada era constitucionalmente excessiva em comparação ao máximo de três anos para distribuição de maconha verdadeira); *Best v. State*, 566 N.E.2d 1027 (Ind. 1991) (considerando uma pena de vinte e sete anos para infrator reincidente inconstitucionalmente excessiva de acordo com a constituição estadual, à luz da condenação e da natureza do histórico do réu); *Mills v. State*, 512 N.E.2d 846 (Ind. 1987) (explicando que, embora a análise de proporcionalidade não seja exigida pela Constituição federal, é exigida pela constituição de Indiana); *State v. Johnson*, 709 So. 2d 672 (La. 1998) (explicando circunstâncias em que um mínimo obrigatório legal deve ser considerado constitucionalmente “excessivo”, de modo que a pena deve ser inferior ao mínimo). Agradecimentos a um artigo de Lise Rahdert, da Faculdade de Direito de Yale, com previsão de lançamento para 2015, por trazer alguns desses casos à minha atenção.

⁴³⁵ Ver, por exemplo, SULLIVAN; FRASE, nota 52, p. 129-68. Para um argumento de que a proporcionalidade deve desempenhar papel mais importante na limitação da punição, independentemente dos propósitos penais da punição, ver Ristroph, nota 66.

⁴³⁶ Ver, por exemplo, *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, 275-76 (1980); nota 424, pp. 960-61 (descrevendo as preocupações de alguns juizes federais de apelação). William Stuntz levantou a possibilidade de “uma regra de proporcionalidade, exigindo que a conduta criminalizada seja grave o suficiente para justificar a punição a ela associada”, mas concluiu que uma grande dificuldade seria a ausência de certa “maneira não arbitrária de chegar às regras legais adequadas”, seja para revisar sentenças, seja para distinguir abordagens de trânsito de outros crimes para fins da Quarta Emenda. STUNTZ, nota 232, p. 66, 73. Comparações com outras sentenças para delitos e infratores

sobre sentenças para ofensas e ofensores comparáveis, tanto dentro quanto fora da jurisdição, fornece âncoras objetivas para determinações de desproporcionalidade grosseira com base no tratamento dispensado a outros⁴³⁷. Em dois casos recentes, a Corte se baseou em sua jurisprudência a respeito da pena de morte e examinou mais atentamente as sentenças de prisão perpétua para menores de idade. Considerou-se que a pena de prisão perpétua sem liberdade condicional para ofensas não letais viola a Oitava Emenda quando aplicada a menores em razão de suas características. Também foi decidido que uma sentença obrigatória de prisão perpétua, sem liberdade condicional para um crime de homicídio, é inadmissível para menores, pois é necessária determinação individualizada da pena, como aquelas exigidas para adultos em casos capitais, antes da imposição da penalidade legal mais severa⁴³⁸. Resta incerto se esses casos sinalizam disposição mais ampla para um exame mais rigoroso da proporcionalidade constitucional de sentenças não capitais. Outrossim, é incerta a possibilidade de que a crescente familiaridade dos tribunais federais, com a revisão de sentenças quanto à razoabilidade, contribua para um desenvolvimento mais aprofundado dos padrões constitucionais de proporcionalidade sob a Oitava Emenda. Há razões para crer, no entanto, que tanto o direito quanto a sociedade se beneficiariam de uma atenção mais detida ao problema das penas de prisão grosseiramente desproporcionais do que àquela observada até o momento⁴³⁹.

semelhantes são uma maneira objetiva de garantir um tipo de proporcionalidade e, embora alguns julgamentos comparativos de severidade possam ser contestados, outros são amplamente aceitos – a violência intencional, por exemplo, é geralmente considerada mais grave do que um crime contra a propriedade. A revisão de sentenças criminais em outras jurisdições refuta alegações de arbitrariedade necessária. Ver as notas 431-434.

⁴³⁷ Esse ponto foi observado por membros da Corte. Ver, por exemplo, *Ewing v. Califórnia*, 538 U.S. 11, 47-52 (2003) (Breyer, J., voto dissidente); *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, 1019-20 (1991) (J. White, voto dissidente).

⁴³⁸ *Graham v. Flórida*, 560 U.S. 48 (2010); *Miller v. Alabama*, 132 S. Ct. 2455 (2012). Curiosamente, em *Graham*, John Roberts, Presidente da Suprema Corte, escreveu separadamente, argumentando contra qualquer regra categórica contrária à condenação de menores à prisão perpétua sem liberdade condicional em casos não relacionados a homicídio, mas concordando que, no contexto factual específico do crime, a idade do réu de quatorze anos e a severidade da sentença, comparada ao que o promotor e o agente de condicional haviam recomendado, a sentença era inconstitucionalmente excessiva. *Graham v. Flórida*, 560 U.S., p. 86-96 (Roberts, C.J., concordando com a sentença). Resta saber se esse caso pode prenunciar uma disposição para analisar com mais cuidado os desafios de proporcionalidade às penas de prisão para adultos.

⁴³⁹ Ver NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *The growth of incarceration in the United States*. Washington, D.C.: National Academies Press, 2014. p. 34-37, 68 ("As taxas atuais de encarceramento [nos Estados Unidos] são histórica e comparativamente sem precedentes. Os Estados Unidos têm as maiores taxas de encarceramento do mundo, atingindo níveis absolutos extraordinários nas duas últimas décadas").

5.3 Direitos frágeis, regimes frágeis

Pode haver uma necessidade distinta de regras profiláticas, seja para proteger um direito particularmente frágil, seja para defender o desempenho de funções governamentais particularmente sensíveis.

É amplamente aceito que alguns direitos são sensíveis a ameaças decorrentes das possibilidades de promoção de eficácia (*enforcement*) e, por isso, requerem proteção profilática⁴⁴⁰. Nos Estados Unidos, os direitos da Primeira Emenda à liberdade de expressão são entendidos como detentores desse tipo de fragilidade, e diversas doutrinas foram desenvolvidas, incluindo a da “abrangência excessiva” (*overbreadth*), que representam desvios da prática judiciária ordinária⁴⁴¹. *New York Times Co. v. Sullivan*⁴⁴² pode ser entendido dessa forma: talvez não haja direito de Primeira Emenda de ser negligente ao relatar fatos adversos sobre um funcionário público⁴⁴³, mas, sim, um direito de Primeira Emenda de participar de discussões críticas sobre tais figuras públicas. Tal direito poderia estar ameaçado se as ações dos jornalistas fossem julgadas apenas sob o padrão da negligência, portanto, os demandantes devem demonstrar malícia ou desrespeito imprudente pela verdade – como uma regra profilática⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Cf. Scalia, nota 16, p. 1180 (argumentando que uma regra bem formulada oferece mais segurança aos juízes de instâncias inferiores que se baseiam nela para aplicar uma posição correta, mas impopular, uma perspectiva de particular relevância para a liberdade de expressão).

⁴⁴¹ Ver, por exemplo, *Bates v. State Bar of Ariz.*, 433 U.S. 350, 380 (1977) (defendendo a doutrina da amplitude (*overbreadth doctrine*) da Primeira Emenda sob o fundamento de que “os interesses da Primeira Emenda são interesses frágeis”); ver também nota 265.

⁴⁴² 376 U.S. 254 (1964).

⁴⁴³ Cf. LEVAL, Pierre N. Comentário: The no-money, no-fault libel suit: keeping Sullivan in its proper place. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 101, p. 1287, 1988 (caracterizando *Sullivan* como preocupado principalmente com a ameaça de grandes indenizações em dinheiro às liberdades de imprensa, e não como hostil a ações judiciais para reivindicar interesses reputacionais privados prejudicados por reportagens imprecisas). Mas cf. KALVEN, Harry Jr. The New York Times case: a note on “The central meaning of the First Amendment”. *Supreme Court Review*, Chicago, 1964, p. 191–211 (argumentando que a importância central do caso foi sua aproximação da rejeição da possibilidade de difamar funcionários públicos no que se refere aos atos governamentais e à clara rejeição da constitucionalidade da Lei de Sedição de 1798 ao adotar a proposição de que “falsas declarações de fatos... aparentemente devem receber proteção constitucional”).

⁴⁴⁴ *New York Times*, 376 U.S., p. 298 (Goldberg, J., concordando com o resultado) (“o tão estimado direito americano de ‘expressar o que pensa’ sobre funcionários e assuntos públicos precisa de ‘espaço para respirar para sobreviver.’” [citando *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 270 {1941}; *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415, 433 {1963}]).

Em outras áreas, o alcance da Primeira Emenda foi restringido por regras categóricas, que possivelmente refletem algum tipo de análise de proporcionalidade e às vezes são qualificadas por outras exceções categóricas. Por exemplo, a Primeira Emenda tem sido interpretada de modo a permitir que leis proíbam palavras provocativas (*fighting words*)⁴⁴⁵. A Corte explicou, em *R.A.V. v. City of St. Paul*, que tais palavras não carecem totalmente de conteúdo expressivo, mas podem ser proibidas com base em aspectos do discurso não relacionados ao conteúdo que justifiquem a restrição limitada à liberdade de expressão⁴⁴⁶ (segundo a decisão majoritária, uma lei que destacava formas racistas de palavras de baixo calão se enquadrava em uma exceção “baseada no conteúdo”). Para os juízes que concordaram com esse entendimento, proibir as tais palavras odiosas representava pouca ameaça aos valores da Primeira Emenda, pois a “conduta expressiva... é perversa e sem valor nos termos da Primeira Emenda”⁴⁴⁷. Frente a qualquer uma das justificativas, pode-se identificar uma regra categórica que repousa sobre uma avaliação relativa dos danos causados pelo discurso e os danos decorrentes de sua proibição.

A literatura acadêmica identifica a doutrina distinta dos EUA que protege o “discurso de ódio” da punição como um aspecto importante de sua tradição⁴⁴⁸. Não abordo, aqui, o tratamento constitucional correto das regulamentações sobre discurso de ódio, contraste a análise da maioria em *R.A.V. v. City of St. Paul*⁴⁴⁹, que se baseou

⁴⁴⁵ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 574 (1942) (descrevendo a lei para “punir atos verbais” que defendia como “cuidadosamente elaborado para não prejudicar indevidamente a liberdade de expressão” e concluindo que sua aplicação aos fatos não “interferia substancial ou irracionalmente no privilégio da liberdade de expressão”).

⁴⁴⁶ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 385–86 (1992).

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 402 (White, J., acompanhado por Blackmun e O'Connor, concordando com a sentença); ver também *ibid.*, p. 416 (Stevens, J., concordando com a sentença) (“ameaçar alguém em razão de sua raça ou crenças religiosas pode causar traumas particularmente severos ou deflagrar um tumulto...; tais ameaças podem ser punidas mais severamente do que ameaças contra alguém com base, digamos, em seu apoio a um time esportivo. Existem justificativas legítimas, razoáveis e neutras para tais regras especiais.”).

⁴⁴⁸ Ver, por exemplo, ERRERA, Roger. The freedom of the press: the United States, France, and other European countries. In: HENKIN, Louis; ROSENTHAL, Albert J. (ed.). *Constitutionalism and rights: the influence of the United States Constitution abroad*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 63; RAO, Neomi. Three concepts of dignity in constitutional law. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, v. 86, p. 183–252, 2011.

⁴⁴⁹ *R.A.V.*, 505 U.S., p. 391–92, p. 399–400 (negando que “palavras provocativas” tenham, no máximo, um conteúdo expressivo *de minimis*, argumentando que a lei sobre discurso de ódio em questão envolvia discriminação tanto de “conteúdo” quanto de “ponto de vista” e explicando que “o sentido da Primeira Emenda é que as preferências da maioria devem ser expressas de alguma forma que não por meio do silenciamento do discurso com base em seu conteúdo”). O Tribunal distinguiu essa lei de outras, como a que protege especificamente o Presidente de ameaças, ver *ibid.*, p. 388 (afirmando que ameaças apenas contra o Presidente podem ser criminalizadas porque “as razões pelas quais ameaças de violência estão fora da Primeira Emenda... têm força especial quando aplicadas à pessoa do Presidente”), mas sem esclarecer por que essa lógica não sustentava a lei sobre discurso de ódio. Ver *ibid.*, p. 408 (White, J., concordando com o julgamento) (argumentando que essa exceção “engole a regra da maioria. Certamente, deveria aplicar-se à portaria

na visão de que até mesmo palavras de baixo calão possuem valor expressivo e que a ordenança (*ordinance*) era uma regulação do discurso “baseada em conteúdo” ou “em ponto de vista”, como um caso canadense que analisou questão semelhante por meio da análise de proporcionalidade. Em *R. v. Keegstra*, a Suprema Corte do Canadá sustentou a constitucionalidade de uma lei que criminalizava a prática deliberada de discurso público voltado a incitar o ódio contra um grupo definido por raça, cor, etnia ou religião⁴⁵⁰. Os juízes estavam profundamente divididos quanto ao desfecho, mas as opiniões majoritárias e dissidentes aplicaram ambas à análise de proporcionalidade e abordaram as questões na mesma sequência. O voto dissidente, embora concordasse, como a maioria, que a lei mirava um objetivo urgente e substancial, argumentou principalmente que não restringia os valores da liberdade de expressão (observando os riscos de sua má aplicação e a severidade da sanção penal), ao mesmo tempo em que questionava a racionalidade e a proporcionalidade em sentido estrito (observando seus potenciais efeitos resfriadores [*chilling effects*] e a possibilidade de que processos penais pudessem atrair mais atenção e apoio às visões racistas)⁴⁵¹. Tanto a maioria quanto a dissidência no caso canadense atribuíram peso substancial aos danos especiais do discurso de ódio com base em raça ou religião em aspectos que foram muito além da breve menção do Tribunal dos EUA à repreensibilidade da queima de cruzes no *R.A.V.*⁴⁵². Como as opiniões conflitantes em *Keegstra* sugerem, trata-se de uma questão sobre a qual existem argumentos poderosos de ambos os lados.

de St. Paul, uma vez que ‘as razões pelas quais [palavras provocativas] estão fora da Primeira Emenda... têm especial força quando aplicadas a [grupos que historicamente foram submetidos à discriminação]’” (citando *R.A.V.*, 505 U.S. em 388 [decisão da maioria]). Para uma discussão mais aprofundada desses dois casos, ver Jackson, nota 79, p.611-16.

⁴⁵⁰ [1990] 3 S.C.R. 697 (Can.). Todos os juízes concordaram que a lei infringia as proteções da Seção 2 à liberdade de expressão; discordaram sobre se, nos termos da Seção 1 da Carta, a lei era “demonstravelmente justificada” segundo o teste de proporcionalidade de *Oakes*.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 718, 758 (opinião majoritária); *ibid.*, p. 851-63 (McLachlin, J., voto dissidente). A jurisprudência canadense posterior distingue entre expor grupos ao ódio e expô-los ao ridículo, permitindo a sanção do primeiro, mas não do segundo. See *Sask. Human Rights Comm’n v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467 (Can.).

⁴⁵² Ver *Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. em 718, 758; *ibid.*, p. 861 (McLachlin, J., voto dissidente). Em contraste tanto com a maioria quanto com a dissidência principal em *Keegstra*, ver, por exemplo, [1990] 3 S.C.R. em 746-47 (Juiz Dickson) (“o escárnio, a hostilidade e o abuso incentivados pela propaganda de ódio... têm um impacto extremamente negativo no senso de autoestima e aceitação do indivíduo [e] podem fazer com que os membros do grupo-alvo tomem medidas drásticas em reação...”); *ibid.*, p. 812 (McLachlin, J., voto dissidente) (“O mal da propaganda de ódio é inquestionável. Ela inflige dor e indignidade a indivíduos que são membros do grupo em questão... [ela] pode ameaçar a estabilidade social.”), a Corte de *R.A.V.* não discutiu os danos aos quais a lei municipal visava até o final do parecer e o fez apenas brevemente. Ver *R.A.V.*, 505 U.S. p. 395-96 (observando que há interesses imperiosos em assegurar os direitos humanos básicos de grupos discriminados de viver em paz e que queimar uma cruz no quintal de alguém é repreensível, mas afirmando que o estado tem outros meios para proibi-lo); ver também *ibid.*, p. 392. Ao fazê-lo, pode-se argumentar que falhou em abordar adequadamente as preocupações razoáveis daqueles do lado perdedor. Ver nota 228.

Como apontou Mark Tushnet, a Corte americana pode ser relutante em reconhecer exceções à regra geral contra a regulação baseada em conteúdo por “receio” de julgamento⁴⁵³. As cortes, entretanto, não podem escapar do julgamento; às vezes, podem obscurecer o seu caráter por meio de extensões não intencionais de regras, como possivelmente ocorreu em diversas áreas do direito da Primeira Emenda⁴⁵⁴. A análise estruturada de proporcionalidade pode ajudar a tornar mais transparentes os argumentos a favor e contra o reconhecimento de novas categorias de análise de reivindicações com base na Primeira Emenda. As decisões canadenses sugerem que a Primeira Emenda não deveria ser interpretada como uma forma de proibir leis relativas a discurso de ódio, porque tal expressão poderia ser, de algum modo, vista como tendo mais valor do que discursos obscenos ou palavras de baixo calão, mas devido aos riscos históricos de má aplicação dessas normas⁴⁵⁵.

Este artigo concentrou-se principalmente nos direitos constitucionais. Todavia, assim como as regras profiláticas às vezes são necessárias para proteger direitos frágeis apenas excepcionalmente, elas também podem ser elaboradas para proteger funções governamentais importantes – muitas dessas regras existem⁴⁵⁶. A imunidade de juízes contra responsabilidade civil por atos jurisdicionais, que é absoluta de natureza federal, é notoriamente justificada com base no argumento de que, sem ela, os custos de defesa em ações sem mérito seriam muito altos, e o medo da judicialização ameaçaria a independência judicial⁴⁵⁷. As regras de imunidade qualificada foram jus-

⁴⁵³ TUSHNET, nota 251, p. 105-06.

⁴⁵⁴ Ver notas 252-258 e seu respectivo conteúdo (observando a crítica de Tushnet às decisões em *Snyder v. Phelps* e *United States v. Stevens*).

⁴⁵⁵ Tal regulamentação poderia ser considerada suficientemente neutra se aplicada ao fomento do ódio direcionado a qualquer grupo racial ou religioso, não projetada para favorecer ou proteger apenas um lado em conflitos racialmente carregados. Ver *R.A.V.*, 505 U.S., p. 391-92 (tratando uma lei sobre discurso de ódio direcionada a grupos raciais e religiosos como baseada em pontos de vista, pois não proibia o discurso de ódio contra aqueles que pregavam a tolerância). Pode haver, no entanto, razões institucionais, não presentes no Canadá, nos sistemas de justiça criminal e nos tribunais mais descentralizados dos Estados Unidos para limitar as exceções à proibição presumida de regulamentação baseada em conteúdo. Ver JACKSON, Vicki C. Holistic interpretation, comparative constitutionalism, and Fiss-ian freedoms. *University of Miami Law Review*, v. 58, p. 265-317, 2003. Nota 108, p. 316-317.

⁴⁵⁶ Por exemplo, os prazos de interposição de recursos contra decisões de tribunais de primeira instância limitam o acesso à análise judicial e, em outro sentido, tornam a análise judicial possível ao proporcionar um processo de revisão ordenado.

⁴⁵⁷ Ver *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978); *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396, 399 (2d Cir. 1926) (“a parte vencida em um litígio pode não apenas se julgar injustiçada, mas também atribuir motivos equivocados ao juiz que considera responsável por sua derrota ... permitir que um juiz seja processado em ação civil com base em petição a qual acuse que seus atos foram resultado de parcialidade, malícia ou corrupção privaria os juízes da proteção considerada essencial à independência judicial.”); ver também *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579, 581 (2d Cir. 1949) (Hand, C.J.). (“[U]m funcionário, que é de fato culpado de usar seus poderes para descarregar sua raiva sobre outros, ou por qualquer outro motivo pessoal não relacionado ao bem público, não deve escapar da responsabilidade pelos danos que possa causar; e, se fosse

tificadas como necessárias para proteger a capacidade de ação dos agentes públicos⁴⁵⁸. Tais regras categóricas gerais, desenhadas para proteger a capacidade do governo de desempenhar funções que poderiam ser comprometidas por remédios intrusivos, poderiam muito bem ser sustentadas por meio de uma análise de proporcionalidade estruturada, apesar de seus efeitos adversos sobre a reparação de direitos. Considere estas questões da análise de proporcionalidade estruturada: o objetivo de proteger agentes públicos dos efeitos previsíveis de ações judiciais, em sua maioria sem mérito, é um objetivo substancial? A maioria diria que sim. A concessão de um alto grau de imunidade é meio razoável para atingir esse objetivo? Claramente, sim. Os meios “restringem minimamente” os direitos daqueles que alegam que agentes atuaram de forma ilícita? Essa é uma questão mais delicada, que depende de estimativas empíricas sobre os efeitos de diferentes formas de proteção, as quais podem variar ao longo do tempo⁴⁵⁹. Por fim, a aplicação das regras de imunidade provavelmente seria considerada proporcional em todos os casos, exceto nos mais incomuns, pois abrir exceções arbitrariamente minaria o propósito protetivo da regra.

Conclusão

Adotar a proporcionalidade como princípio não implica necessariamente em aplicação doutrinária em todas as áreas da adjudicação⁴⁶⁰. As preocupações com

possível, na prática, limitar tais queixas aos culpados, seria monstruoso negar a recuperação. A justificativa para isso é que é impossível saber se a reclamação é bem fundamentada até que o caso tenha sido julgado, e que submeter todos os funcionários, tanto os inocentes quanto os culpados, ao ônus de um julgamento e ao perigo inevitável de seu resultado diminuiria o ardor de todos, exceto dos mais resolutos, ou dos mais irresponsáveis, no cumprimento inabalável de seus deveres”). A imunidade a todas ou à maioria das ações de danos civis é generalizada em sistemas constitucionais com judiciários independentes. Ver, de modo geral, SEIBERT-FOHR, Anja (ed.). *Judicial independence in transition*. Heidelberg: Springer, 2012 (explorando elementos de independência judicial em vários sistemas).

⁴⁵⁸ Ver *Scheuer v. Rhodes*, 416 U.S. 232, 239 (1974) (afirmando que a imunidade qualificada se baseia na “necessidade de permitir que funcionários desempenhem suas funções oficiais livres da ameaça de processos por responsabilidade pessoal”); ver também *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800, 815-19 (1982) (explicando seu afastamento da definição de imunidade de “boa-fé” para uma definição “objetiva” a fim de proteger funcionários dos ônus do litígio). A imunidade absoluta é ainda mais semelhante a uma regra, isolando totalmente funcionários de ações civis públicas constitucionais relacionadas a certas formas de conduta oficial, como julgamento ou processo criminal. Ver nota 457. A Corte, em *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 282 (1964), invocou explicitamente *Barr v. Matteo*, 360 U.S. 564 (1959), um caso então recente que estendia imunidade a funcionários públicos processados por difamação de direito comum.

⁴⁵⁹ Ver *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. p. 815-19.

⁴⁶⁰ A proporcionalidade desempenha papel, tanto nos Estados Unidos quanto em outros lugares, como elemento na análise de questões constitucionais de federalismo. Embora alguns casos de cláusula de comércio latente possam ser conceituados como relativos aos direitos de bens, serviços, empresas ou pessoas de fora do estado e, portanto, análogos a reivindicações de igualdade, existem casos de cláusula de comércio latente que parecem ser menos sobre discriminação e mais sobre ônus. Por exemplo, *Bibb v. Navajo Freight Lines, Inc.*, 359 U.S. 520 (1959). A proporcionalidade pode desempenhar um papel bastante diferente nesses dois tipos de casos e na mensuração

justiça proporcional podem, em algumas áreas, levar a regras categóricas em vez de decisões contextualizadas caso a caso. Utilizar a proporcionalidade para definir violações, evidentemente, não impõe os remédios nem exclui definições de direitos baseadas em questões deontológicas ou históricas. No entanto, o uso ampliado da proporcionalidade, tanto como princípio quanto como forma estruturada de revisão, possui diversos benefícios potenciais, como, por exemplo, aprimorar o raciocínio judicial ao esclarecer as justificativas para limitações às liberdades. A proporcionalidade também tem a capacidade de melhorar os resultados de adjudicação ao aproximar o direito constitucional dos EUA das concepções (reconhecidamente variadas) estadunidenses de justiça, de forma compatível com as exigências de um governo eficaz. Por fim, a proporcionalidade pode fortalecer a democracia, tanto por fornecer um discurso compartilhado de justificção para ações que supostamente limitam direitos quanto por oferecer maior sensibilidade a sérias deficiências processuais que refletem preconceitos arraigados contra determinados grupos.

O juiz Scalia notoriamente argumentou que o Estado de Direito é um “direito de regras”⁴⁶¹, mas, às vezes, requer atenção à “razoabilidade” da conduta. Em certas ocasiões, considerações de grau influenciam a formulação de uma regra categórica de maneira que as perguntas da análise de proporcionalidade podem ajudar a responder. Se formos proporcionais na aplicação da proporcionalidade, poderemos aprimorar áreas amplamente criticadas do direito constitucional, ao mesmo tempo em que manteremos um papel importante para regras categóricas presumidas – ampliar a revisão proporcional já existente sobre sentenças criminais traria mais justiça ao sistema de justiça criminal. Na jurisprudência sobre direito de igualdade, a definição da Corte que exclui lesões a minorias causadas por “impactos desproporcionais” de leis neutras pode ter derivado do receio de aplicar o fatal teste do “escrutínio estrito”⁴⁶². Esse entendimento poderia ser reconsiderado à luz da jurisprudência de outras jurisdições que adotam abordagens mais proporcionais para definir a violação. Formular a pergunta da proporcionalidade em sentido estrito poderia esclarecer e fortalecer o teste de “interesse imperioso” utilizado em algumas questões relativas à Primeira Emenda. Quando a própria Constituição usa “razoabilidade” como critério, como faz

de disputas entre os poderes do governo central e dos governos subnacionais. Em questões estruturais horizontais – nos EUA, chamadas de “separação de poderes” –, se o conceito de proporcionalidade tem algum papel a desempenhar, exigiria considerável reflexão. Ver JACKSON, nota 225, p. 843-847 (discutindo proporcionalidade e questões constitucionais estruturais). Por essas razões, este artigo se concentrou principalmente na doutrina da proporcionalidade na adjudicação de casos de direitos individuais.

⁴⁶¹ Ver notas 16, 307.

⁴⁶² Ver *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

na Quarta Emenda, adotar a proporcionalidade em vez de algumas das abordagens categóricas existentes oferece benefícios substanciais.

Considere novamente o caso *Atwater*: se não houvesse alternativa menos lesiva aos direitos que promovesse, com a mesma eficácia, os interesses legítimos de aplicação da lei, e se o dano aos direitos constitucionais protegidos fosse superado pela necessidade de promover tais interesses da aplicação da lei, então uma regra investigatória categórica poderia ser mantida. Uma decisão que adotasse a abordagem canadense, no entanto, levaria mais em conta a alegação de direitos constitucionais do indivíduo do que o que fez a Corte em *Atwater*. Ao fazê-lo, a abordagem canadense poderia ser mais convincente em comparação às decisões que se concentraram principalmente na autoridade da atividade policial de “*law enforcement*”. Ao contrário das decisões dos tribunais de primeira instância, as dos policiais, em suas interações diárias com os cidadãos, dificilmente são passíveis de correção por meio de revisão posterior. Além disso, quando são habituados ao exercício de discricionariedade sem revisão, realizam prisões desnecessárias ou cometem violências gratuitas – o dano aos sujeitos do abuso policial, assim como ao respeito ao Estado de Direito, pode ser elevado⁴⁶³.

Talvez a decisão da Corte em *Atwater* possa ser vista como uma forma de humildade empírica sobre a presumida expertise dos policiais em comparação aos tribunais; decerto possa ser interpretada como manifestação de respeito pelo federalismo democrático, não obstante jurisprudência que considera irrelevante a autoridade segundo o direito estadual⁴⁶⁴. Ao mesmo tempo, dados os altíssimos índices de encarceramento nos Estados Unidos e as evidências de que o sistema de justiça criminal incide com maior severidade sobre membros de grupos já desfavorecidos⁴⁶⁵, não está claro, de forma alguma, que os agentes de segurança pública necessitam de mais proteção contra a revisão judicial da constitucionalidade de suas ações.

⁴⁶³ A partir de reações a situações como 1) uso de estrangulamentos pelo Departamento de Polícia de Los Angeles em abordagens de trânsito, matando desproporcionalmente cidadãos afro-americanos nas décadas de 1970 e 1980; 2) incidente de Rodney King no início da década de 1990; 3) assassinato de Amadou Diallo em Nova York em 1999; e 4) morte muito recente de um homem desarmado por violência policial em Ferguson, Missouri, esses danos são evidentes. Ver JACKSON, Vicki C. Standing and the role of federal courts: triple error decisions in *Clapper v. Anistia Internacional EUA e Cidade de Los Angeles v. Lyons*. *William & Mary Bill of Rights Journal*, Williamsburg, v. 23, p. 127, p. 161–174 e nota 155, 2014 (o uso de estrangulamentos pelo Departamento de Polícia de Los Angeles e Rodney King); DANTICAT, Edwidge. Enough is enough. *The New Yorker: Cultural Comment*, 26 nov. 2014. Disponível em: <https://www.newyorker.com/culture/cultural-comment> [http://perma.cc/TG56-JU83] (Diallo e Ferguson).

⁴⁶⁴ Ver nota 249.

⁴⁶⁵ Os membros desses grupos mais severamente desfavorecidos por raça e classe podem não ter os recursos que a Sra. Atwater encontrou para enfrentar o seu desafio.

Onde a Constituição utiliza “razoabilidade” como critério, como faz na Quarta Emenda, o uso de regras categóricas que tratam condutas manifestamente irrazoáveis como constitucionais presta um desserviço ao Estado de Direito e falha em proteger valores constitucionais expressos⁴⁶⁶. Quando a Constituição exige a reivindicação de compromissos de grande escala, como a “igual proteção das leis” ou o “devido processo legal”, adotar uma abordagem mais flexível, baseada na proporcionalidade, pode proteger melhor a justiça constitucional do que as abordagens categóricas existentes, ao oferecer um controle sobre a indiferença ou cegueira governamental em relação aos danos agudos causados àqueles menos capazes de se proteger por meio de processos políticos. Incorporar preocupações com a proporcionalidade a áreas mais amplas do direito constitucional também pode permitir uma participação mais significativa de todos os poderes no processo contínuo de interpretar e aplicar a Constituição para alcançar uma governança eficaz e protetora dos direitos humanos⁴⁶⁷.

Referências

Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

ÁFRICA DO SUL. *Constituição da República da África do Sul*, 1996.

ÁFRICA DO SUL. *Constitutional Court. S. v. Manamela and Another*, 2000 (3) SA 1 (CC).

Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, 2009 SCC 37, 2 S.C.R. 567 (Can.).

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht* (Segundo Senado). Decisão de 9 mar. 1994. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, v. 90, p. 145. Tradução de Michael Jewell, 2001. Disponível em: <http://www.iuscomp.org/gla/judgments/bverfg/v940309.htm>.

ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 96, p. 943-991, 1987.

ALEX, Robert. *A theory of constitutional rights*. Tradução de Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁴⁶⁶ Ver *Atwater v. City of Lago Vista*, 532 U.S. 318, 373 (2001) (O'Connor, J, voto dissidente) (“A Corte negligencia a ordem expressa da Quarta Emenda em nome da facilidade administrativa.”).

⁴⁶⁷ Cf. LLEWELLYN, Karl N. *The Constitution as an Institution*. *Columbia Law Review*, New York, v. 34, p. 1, 1934 (discutindo a “Constituição em funcionamento”); ver texto que acompanha as notas 234-245.

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003.

ALSCHULER, Albert W. Bright line fever and the Fourth Amendment. *University of Pittsburgh Law Review*, Pittsburgh, v. 45, p. 227-242, 1984.

AMAR, Akhil Reed. Intratextualism. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 112, p. 747-823, 1999.

AMAR, Akhil Reed. The Bill of Rights: creation and reconstruction. New Haven: Yale University Press, 1998.

AMBOS, Kai. Treatise on international criminal law: the crimes and sentencing. v. 2. Oxford: Oxford University Press, 2014.

AMERICAN LAW INSTITUTE. Essential human rights. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 243, p. 18-29, 1946.

AMERICAN LAW INSTITUTE. Model Penal Code: Sentencing Report. Philadelphia: ALI, 2003.

ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. Edição de Sarah Broadie. Tradução de Christopher Rowe. Oxford: Oxford University Press, 2002.

Atwater v. City of Lago Vista, 532 U.S. 318 (2001).

BAER, Susanne. Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court. *Columbia Journal of European Law*, v. 5, p. 249-257, 1999.

BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. Thirteen ways of looking at Dred Scott. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 82, p. 49-88, 2007.

BALMER, Thomas A. Some thoughts on proportionality. *Oregon Law Review*, Eugene, v. 87, p. 783-804, 2008.

BARAK, Aharon. Proportional effect: the Israeli experience. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, v. 57, p. 369-384, 2007.

BARAK, Aharon. Proportionality and principled balancing. *Law and Ethics of Human Rights*, v. 4, p. 1-18, 2010.

BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARNARD, Catherine. *EU employment law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Barr v. Matteo, 360 U.S. 564 (1959).

Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514 (2001).

Bates v. State Bar of Ariz., 433 U.S. 350 (1977).

BEATTY, David M. *The ultimate rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enters., Inc., 486 U.S. 888 (1988).

Best v. State, 566 N.E.2d 1027 (Ind. 1991).

Bibb v. Navajo Freight Lines, Inc., 359 U.S. 520 (1959).

BILCHITZ, David. Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 14, p. 710-737, 2014.

BILL OF RIGHTS. *An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject, and Settling the Succession of the Crown*. 1 W. & M., c. 2, § 10, 1689 (Inglaterra).

Bivens v. Six Unknown Named Agents of Fed. Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388 (1971).

BLACK, Derek W. The contradiction between equal protection's meaning and its legal substance: how deliberate indifference can cure it. *William and Mary Bill of Rights Journal*, v. 15, p. 533, 2006.

BLASI, Vincent. The pathological perspective and the First Amendment. *Columbia Law Review*, v. 85, p. 449-499, 1985.

BLOCH, Susan Low *et al.* *Inside the Supreme Court: the institution and its procedures*. 2. ed. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2008.

BMW of N. Am. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

BOBBITT, Phillip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 1982.

BOBBITT, Phillip. *Constitutional Interpretation*. New York: Blackwell, 1991.

BOMHOFF, Jacco. *Balancing constitutional rights: the origins and meaning of the postwar legal discourse*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Bond v. United States, 529 U.S. 334 (2000).

Boos v. Barry, 485 U.S. 312 (1988).

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

BREST, Paul. The Supreme Court, 1975 Term—Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle. *Harvard Law Review*, 90, p. 1-43, 1976.

BREYER, Stephen. *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*. 2006.

Bridges v. California, 314 U.S. 252 (1941).

Brown v. Entm't Merchs. Ass'n, 131 S. Ct. 2729 (2011).

Brushaber Union Pac. R.R. Co., 240 U.S. 1 (1916).

BÚRCA, Gráinne de. The principle of proportionality and its application in EC law. *Yearbook of European Law*, Oxford, v. 13, p. 105-113, 1993.

Califano v. Webster, 430 U.S. 313 (1977).

Califórnia v. Minjares, 443 U.S. 916 (1979).

Canada (A.G.) v. Somerville, 184 A.R. 241 (Can. Alta. C.A.).

Canada v. Bedford, 2013 SCC 72, 3 S.C.R. 1101 (Can.).

CANADÁ. *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act, 1982, c. 11* (U.K.).

CANADÁ. *Supreme Court. R. v. Oakes*, 1 S.C.R. 103 (Can.).

CAROLINA DO NORTE. *Declaration of Rights*, art. X, 1776.

CAROLINA DO SUL. *Constituição*, art. IX, § 4, 1790.

Central Hudson Gas & Electric Co. v. Public Service Commission, 447 U.S. 557 (1980).

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

Charkaoui v. Canada, 2007 SCC 9, 1 S.C.R. 350 (Can.).

CHEMERINSKY, Erwin. Not a free speech court. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 53, p. 723-741, 2011.

CHOUDHRY, Sujit. So what is the real legacy of Oakes? Two decades of proportionality analysis under the Canadian Charter's Section 1. *Supreme Court Law Review*, Toronto, v. 34, 2.^a série, p. 501-536, 2006.

CHOUDHRY, Sujit. The Lochner era and comparative constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 2, p. 1-15, 2004.

City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).

City of Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469.

Citizens & Queen Ins. Co v. Parsons, 4. S.C.R. 215.

Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310 (2010).

CLIFFORD, W. Vincent. R. v. Aucoin: attenuating circumstances or a right without a remedy? For the Defence (Criminal Lawyers' Association), Toronto, jun. 2013.

COFFIN, Frank M. Judicial balancing: the protean scales of justice. *New York University Law Review*, v. 63, p. 16-23, 1988.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *Proportionality and constitutional culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. The hidden foreign law debate in Heller: the proportionality approach in American constitutional law. *San Diego Law Review*, San Diego, v. 46, p. 367-409, 2009.

COHEN-ELIYA, Moshe. The formal and the substantive meanings of proportionality in the Supreme Court's decision regarding the security fence. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 38, p. 262-279, 2005.

Cohn, Margit. Legal transplant chronicles: the evolution of unreasonableness and proportionality review of the administration in the United Kingdom. *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, v. 58, p. 583-630, 2010.

Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977).

Conner v. State, 626 N.E.2d 803 (Ind. 1993).

COUGHLAN, Steve; CURRIE, Robert J. Sections 9, 10 and 11 of the Canadian Charter. In: MENDES, Errol; BEAULAC, Stéphane (ed.). *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. 5. ed. Markham: LexisNexis Canada, 2013.

COX, Archibald. The Supreme Court, 1965 Term—Foreword: constitutional adjudication and the promotion of human rights. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 80, p. 91-118, 1966.

Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).

Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471 (1970).

DANTICAT, Edwidge. Enough is enough. *The New Yorker*: Cultural Comment, 26 nov. 2014. Disponível em: <http://www.newyorker.com/culture/cultural-comment/michael-brown-ferguson-abner-louima-police-brutality>.

DAVIS, A. C. L. *Perspectives on labour law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Davis v. Washington, 384 F. Supp. 15 (1972).

DE SCHUTTER, Olivier. Three models of equality and European anti-discrimination law. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 57, p. 1, 2006.

DELAWARE. *Declaration of Rights*, § 16, 1776.

Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

Denver Area Educ. Telecomm. Consortium, Inc. v. FCC, 518 U.S. 727 (1996).

District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).

D.H. v. Czech Republic, D.H. and Others, case n. 57325/00, 2007-IV Eur. Ct. H.R.

Dolan v. City of Tigard, 512 U.S. 374 (1994).

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

EBERLE, Edward J. *Equality in Germany and the United States*. San Diego International Law Journal, v. 10, p. 63-110, 2008.

EISGRUBER, Christopher. *Constitutional self-government*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

ELLIS, Evelyn; WATSON, Philippa. *EU anti-discrimination law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ELLIS, Evelyn. The concept of proportionality in the European Community sex discrimination law. In: ELLIS, Evelyn (org.). *The principle of proportionality in the laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

Emp't Div. v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

Enmund v. Florida, 458 U.S. 782 (1982).

Davis v. Washington, 384 F. Supp. 15 (1972).

DE SCHUTTER, Olivier. Three models of equality and European anti-discrimination law. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 57, p. 1, 2006.

DELAWARE. *Declaration of Rights*, § 16, 1776.

Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

Denver Area Educ. Telecomm. Consortium, Inc. v. FCC, 518 U.S. 727 (1996).

District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).

D.H. v. Czech Republic, D.H. and Others, case n. 57325/00, 2007-IV Eur. Ct. H.R.

Dolan v. City of Tigard, 512 U.S. 374 (1994).

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

EBERLE, Edward J. *Equality in Germany and the United States*. San Diego International Law Journal, v. 10, p. 63-110, 2008.

EISGRUBER, Christopher. *Constitutional self-government*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

ELLIS, Evelyn; WATSON, Philippa. *EU anti-discrimination law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ELLIS, Evelyn. The concept of proportionality in the European Community sex discrimination law. In: ELLIS, Evelyn (org.). *The principle of proportionality in the laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

Emp't Div. v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

Enmund v. Florida, 458 U.S. 782 (1982).

ENGLE, Eric. The general principle of proportionality and Aristotle. In: HUPPES-CLUYSENAER, Liesbeth; COELHO, Nuno M. M. S. (ed.). *Aristotle and the philosophy of law: theory, practice and justice*. Dordrecht: Springer, 2013.

Entm't Merchs., 131 S. Ct. em 2766.

Equal protection—sexual orientation—First Circuit invalidates statute that defines marriage as legal union between one man and one woman. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 126, p. 611-620, 2012.

ERRERA, Roger. The freedom of the press: the United States, France, and other European countries. In: HENKIN, Louis; ROSENTHAL, Albert J. (ed.). *Constitutionalism and rights: the influence of the United States Constitution abroad*. New York: Columbia University Press, 1990.

ESTADOS UNIDOS. Congress. Public Law No. 111–294, § 3(a), 124 Stat. 3178, 2010.

ESTADOS UNIDOS. *Constitution of the United States of America*.

ESTADOS UNIDOS. *Declaration 1, U.S. reservations, declarations, and understandings: International Covenant on Civil and Political Rights*. Congressional Record, Washington, D.C., v. 138, p. S4781, 2 abr. 1992.

ESTADOS UNIDOS. *Supreme Court. Brief for a group of American law professors in support of neither party, United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (No. 08–769), 2010.

Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97 (1976).

EUROPEAN COURT OF JUSTICE. Case 96/80, *Jenkins v. Kingsgate* (Clothing Products) Ltd., 1981 E.C.R. 911.

EUROPEAN COURT OF JUSTICE. Case 109/88, *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening agindo em nome da Danfoss*, 1989 E.C.R. 3199.

EUROPEAN COURT OF JUSTICE. Case 170/84, *Bilka–Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, 1986 E.C.R. 1607.

EUROPEAN COURT OF JUSTICE. Case C-17/05, *Cadman v. Health & Safety Executive*, 2006 E.C.R. I-9585.

Ewing v. California, 538 U.S. 11 (2003).

EYLON, Yuval; HAREL, Alon. The right to judicial review. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 92, p. 991-1069, 2006.

FALLON JR., Richard H. A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 1189, 1987.

FALLON JR., Richard H. Strict judicial scrutiny. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 54, p. 1267-1336, 2007.

FARBER, Daniel A. The categorical approach to protecting speech in American constitutional law. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 84, p. 917-938, 2009.

Farmer v. Brennan, 511 U.S. 825 (1994).

FIELD, Martha A. Holder v. Humanitarian Law Project: Justice Breyer, dissenting. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 128, p. 434-456, 2014.

FISHER, Jeffrey L. Categorical requirements in constitutional criminal procedure. *Georgetown Law Journal*, Washington, D.C., v. 94, p. 1493-1520, 2006.

FLAGG, Barbara J. “Was blind but now I see”: white race consciousness and the requirement of discriminatory intent. *Michigan Law Review*, v. 91, p. 953, 1993.

Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd., 1 W.L.R. 377 (Inglaterra).

FLEMING, James E. “There is only one Equal Protection Clause”: an appreciation of Justice Stevens’s equal protection jurisprudence. *Fordham Law Review*, v. 74, p. 2301, 2006.

Florence v. Board of Chosen Freeholders, 132 S. Ct. 1510 (2012).

FORST, Rainer. The justification of human rights and the basic right to justification: a reflexive approach. *Ethics*, Chicago, v. 120, p. 711-740, 2010.

Fort Wayne Books, Inc. v. Indiana, 489 U.S. 46 (1989).

FREDMAN, Sandra. *Discrimination law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FRIEDMAN, Solomon; JOHNSTON, Michael A. A Supreme Court that is granting power to the state, not the man. *Criminal Law Quarterly*, Toronto, v. 60, p. 555-582, 2014.

GALLUP. *Confidence in institutions*. Jun. 2014. Disponível em: <http://www.gallup.com/poll/1597/confidence-institutions.aspx>.

GANNON, Maire. *Crime comparisons between Canada and the United States*. Juristat, Canadian Centre for Justice Statistics, Ottawa, 18 dez. 2001.

GARDBAUM, Stephen. Proportionality and democratic constitutionalism. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire C. N. (org.). *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

GARDBAUM, Steven. The myth and reality of American constitutional exceptionalism. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 107, p. 391-466, 2008.

GEWIRTZ, Paul. Privacy and speech. *Supreme Court Review*, Chicago, 2001.

GLENDON, Mary Ann. *Rights talk: the impoverishment of political discourse*. New York: Free Press, 1991.

GOLAN, Avirama. Beinisch drops a bombshell. *Haaretz*, Tel Aviv, 20 nov. 2009. Disponível em: <http://www.haaretz.com/print-edition/news/beinisch-drops-a-bombshell-1.3776>.

GOLDBERG, Suzanne B. Equality without tiers. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 77, p. 481-543, 2004.

Gosselin v. Quebec (Att’y Gen.), 2002 SCC 84, 4 S.C.R. 429 (Can.).

Graham v. Florida, 560 U.S. 48 (2010).

Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

Greater Vancouver Trans. Auth. v. Can. Fed’n of Students, 2009 SCC 31, 2 S.C.R. 295 (Can.).

GREENAWALT, Kent. Free speech in the United States and Canada. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 55, p. 5, 1992.

GREENE, Jamal. Selling originalism. *Georgetown Law Journal*, v. 97, p. 657-702, 2009.

GREENE, Jamal. The anticanon. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 125, p. 379-475, 2011.

Gregoire v. Biddle, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949).

Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).

GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, v. 57, p. 383-397, 2007.

GUNTHER, Gerald. The Supreme Court, 1971 Term—Foreword: in search of evolving doctrine on a changing Court: a model for a newer equal protection. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 86, p. 1-48, 1972.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004).

Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991).

Harlow v. Fitzgerald, 457 U.S. 800 (1982).

Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980).

HELLMAN, Arthur D. The shrunken docket of the Rehnquist Court. *Supreme Court Review*, p. 403–441, 1996.

HENKIN, Louis. Editorial comment: U.S. ratification of human rights conventions: the ghost of Senator Bricker. *American Journal of International Law*, Washington, D.C., v. 89, p. 341-350, 1995.

HENKIN, Louis. Human dignity and constitutional rights. In: MEYER, Michael J.; PARENT, William A. (ed.). *The constitution of rights: human dignity and American values*. Ithaca: Cornell University Press, 1992.

Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009).

Hess v. Port Auth. Trans-Hudson Corp., 513 U.S. 30 (1994).

Hill v. Colorado, 530 U.S. 703 (2000).

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, p. 75-104, 1995.

HOGG, Peter W. *Constitutional law of Canada*. 5. ed. suplemento. Toronto: Thomson Carswell, 2007.

HOGG, Peter W. Interpreting the Charter of Rights: generosity and justification. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 28, p. 817-836, 1990.

Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U.S. 1 (2010).

HOOKE, Brad. Rule consequentialism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 9 jan. 2008. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/consequentialism-rule>.

HORWITZ, Morton J. *The transformation of American law, 1870–1960: the crisis of legal orthodoxy*. New York: Oxford University Press, 1992.

HOWARD, A. E. Dick. *Magna Carta: text and commentary*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1998.

HOWARD, A. E. Dick. The bridge at Jamestown: the Virginia Charter of 1606 and constitutionalism in the modern world. *University of Richmond Law Review*, Richmond, v. 42, p. 9-21, 2007.

HOWARD, A. E. Dick. *The road from Runnymede: Magna Carta and constitutionalism in America*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1968.

HUQ, Aziz Z. Preserving political speech from ourselves and others. *Columbia Law Review Sidebar*, New York, v. 112, p. 16-32, 2012.

HULL, Elizabeth. Undocumented alien children and free public education: an analysis of Plyler v. Doe. *University of Pittsburgh Law Review*, v. 44, p. 409, 1983.

HUSCROFT, Grant. Proportionality and the relevance of interpretation. In: HUSCROFT, Grant et al. (org.). *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

INS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).

IRWIN TOY LTD. v. Quebec, 1 S.C.R. 927 (Can.).

ISRAEL. *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, 5752-1992. Sefer Ha-Chukkim, no. 1391.

ISRAEL. Supreme Court. *HCJ 2056/04 Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, 58(5) PD 807, 2004.

IVKOVIĆ, Sanja Kutnjak. A comparative study of public support for the police. *International Criminal Justice Review*, Thousand Oaks, v. 18, p. 406, 422-425, 2008.

JACKSON, Vicki C. Ambivalent resistance and comparative constitutionalism: opening up the conversation on “proportionality,” rights and federalism. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Philadelphia, v. 1, p. 583-629, 1999.

JACKSON, Vicki C. Being proportional about proportionality. *Constitutional Commentary*, v. 21, p. 803-832, 2004.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

JACKSON, Vicki C. Holistic interpretation, comparative constitutionalism, and Fiss-ian freedoms. *University of Miami Law Review*, v. 58, p. 265-317, 2003.

JACKSON, Vicki C. Multi-valenced constitutional interpretation and constitutional comparisons: an essay in honor of Mark Tushnet. *Quinnipiac Law Review*, v. 26, p. 599-626, 2008.

JACKSON, Vicki C. Review of laws having a disparate impact based on gender. *In*: AMAR, Vikram; TUSHNET, Mark (ed.). *Global perspectives on Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2008.

JACKSON, Vicki C.; GREENE, Jamal. Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts? *In*: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (orgs.). *Comparative constitutional law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative constitutional law*. 3. ed. 2014.

Jefferson v. Hackney, 406 U.S. 535 (1972).

JEFFRIES Jr., John C. In praise of the Eleventh Amendment and Section 1983. *Virginia Law Review*, v. 84, p. 47–54, 1998.

KAGAN, Elena. Private speech, public purpose: the role of governmental motive in First Amendment doctrine. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 63, p. 413–516, 1996.

KAHANA, Tsvi. The notwithstanding mechanism and public discussion: lessons from the ignored practice of Section 33 of the Charter. *Canadian Administrative Law Review*, v. 43, p. 255–275, 2001.

KALVEN, Harry Jr. The New York Times case: a note on “The central meaning of the First Amendment”. *Supreme Court Review*, Chicago, 1964, p. 191–211.

KARLAN, Pamela S. Discriminatory purpose and mens rea: the tortured argument of invidious intent. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 111, 1983.

KARLAN, Pamela S. The Supreme Court, 2011 Term – Foreword: democracy and disdain. *Harvard Law Review*, v. 126, p. 1–78, 2012.

KAVANAGH, Aileen. *Constitutional review under the UK Human Rights Act*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Kennedy v. Louisiana, 554 U.S. 407 (2008).

KIEFEL, Susan. Proportionality: a rule of reason. *Public Law Review*, Sydney, v. 23, p. 85–94, 2012.

Kimmelman v. Morrison, 477 U.S. 365 (1986) [362].

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KOCH JR., William C. Reopening Tennessee's open courts clause: a historical reconsideration of Article I, Section 17 of the Tennessee Constitution. *University of Memphis Law Review*, Memphis, v. 27, p. 333-385, 1997.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. Durham: Duke University Press, 2012.

Koontz v. St. Johns River Water Mgmt. Dist., 133 S. Ct. 2586 (2013).

KREIMER, Seth F. Good enough for government work: two cheers for content neutrality. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 16, p. 1261-1292, 2014.

Kuhlmann v. Wilson, 477 U.S. 436 (1986).

KUMM, Mattias. Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, p. 574-596, 2004.

KUMM, Mattias. The idea of Socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review. *Law and Ethics of Human Rights*, v. 4, p.141-163, 2010.

LAW, David S. Generic constitutional law. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 89, p. 652-748, 2005.

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

LAWRENCE III, Charles R. The id, the ego, and equal protection: reckoning with unconscious racism. *Stanford Law Review*, v. 39, p. 317, 387-388, 1987.

LEADING CASE. Right of illegal-alien children to state-provided education. *Harvard Law Review*, v. 96, p. 130-134, 1982.

LEPSIUS, Oliver. Human dignity and the downing of aircraft: the German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the new Air-Transport Security Act. *German Law Journal*, v. 7, p. 761-778, 2006.

LEVAL, Pierre N. Comentário: The no-money, no-fault libel suit: keeping Sullivan in its proper place. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 101, p. 1287, 1988.

Lingle v. Chevron U.S.A. Inc., 544 U.S. 528 (2005).

LINOS, Katerina. Path Dependence in Discrimination Law: Employment Cases in the United States and the European Union. *Yale Journal of International Law*, v. 35, p. 115, 2010.

LIPTAK, Adam. 'We the People' loses appeal with people around the world. *The New York Times*, New York, 6 fev. 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/02/07/us/we-the-people-loses-appeal-with-people-around-the-world.html>.

LIPTAK, Adam. Supreme Court eases limits on evidence. *The New York Times*, 14 jan. 2009. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2009/01/15/washington/15scotus.html>.

Little Sisters Book & Art Emporium v. Canada, 2000 SCC 69, 2 S.C.R. 1120 (Can.).

LLEWELLYN, Karl N. A constituição como instituição. *Columbia Law Review*, New York, v. 34, p. 1, 1934.

Lockyer v. Andrade, 538 U.S. 63 (2003).

Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U.S. 419 (1982).

LUBAN, David. Incommensurable values, rational choice, and moral absolutes. *Cleveland State Law Review*, v. 38, p. 65–90, 1990.

Lucas v. S.C. Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992).

LÜBBE-WOLFF, Gertrude. The principle of proportionality in the case-law of the German Federal Constitutional Court. *Human Rights Law Journal*, v. 34, p. 12–20, 2014.

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

MARKS, Noah. Case comment: "Least Restrictive Means: *Burwell v. Hobby Lobby*." *Harvard Law and Policy Review*, Cambridge, MA, v. 9, suplemento, p. S15-S20, 2015.

MARYLAND. *Declaration of Rights*, art. XXII, 1776.

MASHAW, Jerry L. Small Things Like Reasons Are Put in a Jar: Reason and Legitimacy in the Administrative State. *Fordham Law Review*, v. 70, p. 17-29, 2001.

MASHAW, Jerry L. The Supreme Court's due process calculus for administrative adjudication in *Mathews v. Eldridge*: three factors in search of a theory of value. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 44, p. 28-59, 1976.

Mass. v. U.S. Dep't of Health & Human Servs., 682 F.3d 1 (1st Cir. 2012).

Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964).

MASSACHUSETTS. *Body of Liberties*, § 46, 1641.

MASSACHUSETTS. *Declaration of Rights*, § XI, 1780.

Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976).

McCullen v. Coakley, 134 S. Ct. 2518 (2014).

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

Medellin v. Texas, 552 U.S. 491 (2008).

MEDINA, Barak. Constitutional limits to privatization: the Israeli Supreme Court decision to invalidate prison privatization. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 4, p. 690-707, 2010.

MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court, 1968 Term—Foreword: on protecting the poor through the Fourteenth Amendment. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 83, p. 7-59, 1969.

MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court, 1985 Term—Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4, 1986.

Miller v. Alabama, 132 S. Ct. 2455 (2012).

Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

MILLER, Charles A. The forest of due process of law: the American constitutional tradition. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (ed.). *Due process: Nomos XVIII*. New York: New York University Press, 1977.

Mills v. State, 512 N.E.2d 846 (Ind. 1987).

MINOW, Martha. Brown v. Board in the world: how the global turn matters for school reform, human rights, and legal knowledge. *San Diego Law Review*, v. 50, p. 1, 2013.

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

MÖLLER, Kai. *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Mounted Police Ass'n of Ont. v. Canada (A.G.), 2015 SCC 1 (Can.).

MURPHY, Walter F. Consent and constitutional change. In: O'REILLY, James (ed.). *Human rights and constitutional law*. New York: Garland Publishing, 1992.

NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963).

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *The growth of incarceration in the United States*. Washington, D.C.: National Academies Press, 2014.

NEUMAN, Gerald L. Human dignity in United States constitutional law. In: SIMON, Dieter; WEISS, Manfred (ed.). *Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum for Spiros Simitis*. Baden-Baden: Nomos, 2000.

Newfoundland (Treasury Bd.) v. N.A.P.E. [Nfld. Ass'n of Pub. & Private Emps.], 2004 SCC 66, 3 S.C.R. 381 (Can.).

NEW HAMPSHIRE. *Bill of Rights*, art. 33, 1784.

NEW YORK. *Bill of Rights*, § 8, 1787.

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

NFIB v. Sebelius, 132 S. Ct. 2566 (2012).

Nixon v. Shrink Mo. Gov't PAC, 528 U.S. 377 (2000).

Nollan v. Cal. Coastal Comm'n, 483 U.S. 825 (1987).

NOTE. Justice Stevens' equal protection jurisprudence. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 1146, 1987.

NOTE. Mais do que uma formalidade: o caso da revisão da razoabilidade substantiva significativa. *Harvard Law Review*, v. 127, p. 951-958, 2014.

NOTE. The Fourth Amendment's third way. *Harvard Law Review*, v. 120, p. 1627-1648, 2007.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. New York: Basic Books, 1974.

O'Neil v. Vermont, 144 U.S. 323 (1892).

UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights. Resolution 217 A (III)*, United Nations General Assembly, 10 dez. 1948.

ÖRÜCÜ, Esin. The core of rights and freedoms: the limit of limits. In: CAMPBELL, Tom *et al.* (org.). *Human rights: from rhetoric to reality*. Oxford: Basil Blackwell, 1986.

OUIMET, Marc. Crime in Canada and the United States: a comparative analysis. *Canadian Review of Sociology*, Toronto, v. 36, p. 389-405, 2008.

OWENS, Ryan J.; SIMON, David A. Explaining the Supreme Court's shrinking docket. *William and Mary Law Review*, v. 53, p. 1219-1248, 2012.

Parents Involved in Cmty. Sch. v. Seattle Sch. Dist. No. 1, 551 U.S. 701 (2007).

Penn Cent. Transp. Co. v. City of New York, 438 U.S. 104 (1978).

PENSILVÂNIA. *Constituição da Pensilvânia*, art. IX, § 13, 1790.

PENSILVÂNIA. *Constituição da Pensilvânia*, § 38, 1767.

People v. Sharpe, 839 N.E.2d 492 (Ill. 2005).

PERJU, Vlad. Proportionality and freedom – an essay on method in constitutional law. *Global Constitutionalism*, v. 1, p. 334, 2012.

PERVEAR v. Massachusetts, 72 U.S. (5 Wall.) 475 (1867).

PERRY, Michael J. Equal protection, judicial activism, and the intellectual agenda of constitutional theory: reflections on, and beyond, *Plyler v. Doe*. *University of Pittsburgh Law Review*, v. 44, p. 329, 1983.

PERRY, Michael J. The disproportionate impact theory of racial discrimination. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, p. 540, 587, 1977.

Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney, 442 U.S. 256 (1979).

PETERSEN, Niels. How to compare the length of lines to the weight of stones: balancing and the resolution of value conflicts in constitutional law. *German Law Journal*, v. 14, p. 1387-1408, 2013.

PETERSEN, Niels. *Proportionality and the incommensurability challenge—some lessons from the South African Constitutional Court*. New York: New York University School of Law, 2013.

PHILLIPS, Thomas R. The constitutional right to a remedy. *New York University Law Review*, New York, v. 78, p. 1309-1338, 2003.

PILDES, Richard H. Avoiding balancing: the role of exclusionary reasons in constitutional law. *Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 45, p. 711-758, 1994.

Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm'n on Human Relations, 413 U.S. 376 (1973).

Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982).

POST, Robert. *Theories of Constitutional Interpretation*. In: POST, Robert (ed.). *Law and the Order of Culture*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.

POWELL, H. Jefferson. Reasoning About the Irrational: The Roberts Court and the Future of Constitutional Law. *Washington Law Review*, v. 86, p. 217, 2011.

PRIMUS, Richard A. Canon, anti-canon and judicial dissent. *Duke Law Journal*, Durham, v. 48, p. 243-321, 1998.

Processo C-127/92, Enderby v. Frenchay Health Auth., 1993 E.C.R. I-5535.

PROJECT. Parole release decisionmaking and the sentencing process. *Yale Law Journal*, v. 84, p. 810, 855-856, 1975.

Pulley v. Harris, 465 U.S. 37 (1984).

Quebec (Attorney General) v. A., 2013 SCC 5, 1 S.C.R. 61 (Can.).

R. v. Aucoin, 2012 SCC 66, 3 S.C.R. 408 (Can.).

R. v. Big M Drug Mart Ltd., 1 S.C.R. 295 (Can.).

R. v. Clayton, 2007 SCC 32, 2 S.C.R. 725 (Can.).

R. v. Collins, S.C.R. 265 (Can.).

R. v. Edward Books & Art Ltd., 2 S.C.R. 713 (Can.).

R. v. Edwards, 1 S.C.R. 128 (Can.).

R. v. Ferguson, 2008 SCC 6, 1 S.C.R. 96 (Can.).

R. v. Goltz, 3 S.C.R. 485 (Can.).

R. v. Grant, 2009 SCC 32, 2 S.C.R. 353 (Can.).

R. v. Keegstra, 3 S.C.R. 697 (Can.).

R. v. Latimer, 2001 SCC 1, 1 S.C.R. 3 (Can.).

R. v. Luxton, 2 S.C.R. 711 (Can.).

R. v. Oakes, 1 S.C.R. 103 (Can.).

R. v. Sheppard, 2002 SCC 26, 1 S.C.R. 869 (Can.).

R. v. Smith, 1 S.C.R. 1045 (Can.).

R. v. Thompson, S.C.R. 1111 (Can.).

R. v. Wiles, 2005 SCC 84, 3 S.C.R. 895 (Can.).

R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

RAO, Neomi. Sobre o uso e o abuso da dignidade no direito constitucional. *Columbia Journal of European Law*, New York, v. 14, p. 201-237, 2008.

RAO, Neomi. Three concepts of dignity in constitutional law. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, v. 86, p. 183-252, 2011.

Reference re §§ 193 & 195.1(1)(c) do Código Penal (Prostitution Reference Case), 1 S.C.R. 1123 (Can.).

Regents of Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

REINO UNIDO. *Constitution Act*, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3, §§ 91-93, 133. Reimpresso em: CANADÁ. Revised Statutes of Canada, 1985, app. III, no. 5.

Reno v. Am. Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997).

RESNIK, Judith. Constitutional entitlements to and in courts: remedial rights in an age of egalitarianism. *Saint Louis University Law Journal*, St. Louis, v. 56, p. 917-1034, 2012.

Ricci v. DeStefano, 557 U.S. 557 (2009).

RISTROPH, Alice. Proportionality as a principle of limited government. *Duke Law Journal*, Durham, v. 55, p. 263-327, 2005.

RIVERS, Julian. Proportionality and variable intensity of review. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 65, p. 174-206, 2006.

RJR-MacDonald Inc. v. Canada (A.G.), 3 S.C.R. 199 (Can.).

ROBERTS, Julian V. Public confidence in criminal justice in Canada: a comparative and contextual analysis. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, Ottawa, v. 49, p. 153, 167-168, 2007.

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

ROME STATUTE of the International Criminal Court. 17 jul. 1998. UN Doc. A/CONF.183/9*. Reprinted in 37 *International Legal Materials*, p. 999, 1998.

Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).

Roncarelli v. Duplessis, S.C.R. 121 (Can.).

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

ROSSITER, Clinton (ed.). *The Federalist Papers*. New York: New American Library, 1961.

ROWE, Gary D. Lochner revisionism revisited. *Law and Social Inquiry*, Oxford, v. 24, p. 221-240, 1999.

RUBENFELD, Jed. The two world orders. *Wilson Quarterly*, v. 27, p. 22-36, 2003.

RUBENFELD, Jed. Unilateralism and constitutionalism. *New York University Law Review*, New York, v. 79, p. 1971-2027, 2004.

Rummel v. Estelle, 445 U.S. 263 (1980).

Sable Commc'ns of Cal. v. FCC, 492 U.S. 115 (1989).

SAGER, Lawrence G. *Justice in plainclothes: a theory of American constitutional practice*. New Haven: Yale University Press, 2004.

Sanchez-Llamas v. Oregon, 548 U.S. 331 (2006).

San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).

Santa Fe Indep. Sch. Dist. v. Doe, 530 U.S. 290 (2000).

Sask. Human Rights Comm'n v. Whatcott, 2013 SCC 11, 1 S.C.R. 467 (Can.).

SCALIA, Antonin. The rule of law as the law of rules. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 56, p. 1175-1188, 1989.

SCHAUER, Frederick. A comment on the structure of rights. *Georgia Law Review*, Athens, GA, v. 27, p. 415-428, 1993.

SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. *Law and Ethics of Human Rights*, v. 4, p. 35-48, 2010.

SCHAUER, Frederick. Categories and the First Amendment: a play in three acts. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 34, p. 265, 1981.

SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 509-548, 1988.

SCHAUER, Frederick. The convergence of rules and standards. *New Zealand Law Review*, p. 303-328, 2003.

Scheuer v. Rhodes, 416 U.S. 232 (1974).

SCHWARTZ, Bernard. Holmes versus Hand: clear and present danger or advocacy of unlawful action? *Supreme Court Review*, Chicago, 1994, p. 209-251.

Scott v. United States, 436 U.S. 128 (1978).

SEIBERT-FOHR, Anja (ed.). *Judicial independence in transition*. Heidelberg: Springer, 2012.

Severn v. The Queen, 2 S.C.R. 70 (Can.).

SHARPE, Robert J.; ROACH, Kent. *Brian Dickson: a judge's journey*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.

SHERRY, Suzanna. Property is the new privacy: the coming constitutional revolution. *Harvard Law Review*, v. 128, p. 1452-1475, 2015.

Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).

SIEGEL, Reva B. The Supreme Court, 2012 Term—Foreword: Equality divided. *Harvard Law Review*, v. 127, p. 1, 2013.

SIEGEL, Reva. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. *Stanford Law Review*, v. 49, p. 1111, 1997.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 27 set. 2011. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/consequentialism>.

SKLANSKY, David A. Traffic stops, minority motorists, and the future of the Fourth Amendment. *Supreme Court Review*, Chicago, 1997, p. 271-308.

SLOBOGIN, Christopher. The world without a Fourth Amendment. *UCLA Law Review*, v. 39, p. 1, 4, 47-55, 1991.

Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

SOHN, Louis B. The new international law: protection of the rights of individuals rather than states. *American University Law Review*, v. 32, p. 1-88, 1982.

Solem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983).

Sorrell v. IMS Health Inc., 131 S. Ct. 2653 (2011).

STACY, Tom. Cleaning up the Eighth Amendment mess. *William and Mary Bill of Rights Journal*, Williamsburg, v. 14, p. 475-534, 2005.

STARR, Kenneth W. The Supreme Court and its shrinking docket: the ghost of William Howard Taft. *Minnesota Law Review*, v. 90, p. 1363-1390, 2006.

State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003).

State v. Johnson, 709 So. 2d 672 (La. 1998).

STEIKER, Carol S. Counter-revolution in constitutional criminal procedure? Two audiences, two answers. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 94, p. 2466-2520, 1996.

STEIKER, Carol S. Proportionality as a limit on preventive justice: Promises and pitfalls. In: ASHWORTH, Andrew *et al.* (ed.). *Prevention and the limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000).

STEVENS, John Paul. Is justice irrelevant? *Northwestern University Law Review*, Evanston, v. 87, p. 1121-1130, 1993.

STINNEFORD, John F. Rethinking proportionality under the Cruel and Unusual Punishments Clause. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 97, p. 899-947, 2011.

STITH, Kate; CABRANES, José A. Judging under the Federal Sentencing Guidelines. *Northwestern University Law Review*, v. 91, p. 1247-1251, 1997.

Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1976).

STONE, Geoffrey R. *et al.* *Constitutional Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2013.

STONE SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality balancing and global constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, v. 47, p. 72-164, 2008.

STRAUSS, David A. Discriminatory intent and the taming of Brown. *University of Chicago Law Review*, v. 56, p. 935, 1989.

STRAUSS, David A. Is Carolene Products obsolete? *University of Illinois Law Review*, Champaign, v. 2010, n. 4, p. 1251-1276.

STRAUSS, David A. The ubiquity of prophylactic rules. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 55, p. 190-224, 1988.

Stump v. Sparkman, 435 U.S. 349 (1978).

STUNTZ, William J. O.J. Simpson, Bill Clinton, and the transsubstantive Fourth Amendment. *Harvard Law Review*, v. 11.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

TRADUÇÃO

Análise da proporcionalidade na proteção dos direitos econômicos e sociais constitucionais positivosⁱ

Proportionality analysis in the protection of positive constitutional economic and social rights

Análisis de proporcionalidad en la protección de los derechos económicos y sociales constitucionales positivos

Carlos Bernalⁱⁱ

University of Dayton (Dayton, Estados Unidos)

Universidad de La Sabana (Chía, Colômbia)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1310-8398>

E-mail: cbernal1@udayton.edu

Tradução do texto

Graça Maria Borges de Freitasⁱⁱⁱ

Resumo

Este artigo propõe um modelo de análise de proporcionalidade para a aplicação de direitos econômicos e sociais constitucionais positivos, o qual é chave para responder

ⁱ BERNAL, Carlos. Análise da proporcionalidade na proteção dos direitos econômicos e sociais constitucionais positivos. Tradução de Graça Maria Borges de Freitas. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 303-346, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a543>.

ⁱⁱ Professor da Faculdade de Direito da University of Dayton (EUA) e da Universidad de La Sabana (Colômbia). Membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ex-Magistrado da Corte Constitucional da Colômbia. E-mail: cbernal1@udayton.edu. Gostaria de agradecer a Richard Albert, Robert Alexy, Carsten Bäcker, Martin Borowski, Virgílio Afonso Da Silva, Victor Ferreres, Malcolm Langford, Lawrence Sager e Katharine Young por seus valiosos comentários aos esboços anteriores deste artigo e pela grande ajuda quanto às discussões levadas a cabo em um simpósio sobre direitos constitucionais, realizado em Bayreuth (Alemanha), para celebrar o 75º aniversário de Robert Alexy, e em uma apresentação na série de seminários do grupo de estudos constitucionais da Faculdade de Direito da Universidad de Texas, em Austin.

ⁱⁱⁱ Doutora em Direito pela Universidad Externado de Colombia, em cotutela internacional e dupla titulação com a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG, Brasil). Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais). E-mail: gmariabfreitas@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-2132-695X>. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4883495019120871>.

a três perguntas: (i) qual é o alcance da competência das cortes constitucionais para determinar o conteúdo substantivo dos direitos econômicos e sociais constitucionais positivos quando os titulares dos direitos alegam que seus destinatários os violaram mediante o descumprimento das obrigações que trazem consigo?; (ii) como as cortes constitucionais devem fundamentar a determinação desse conteúdo substantivo?; e (iii) como as cortes constitucionais devem eleger os meios apropriados de proteção dos direitos quando elas mesmas estabeleceram que houve violação?

Palavras-chave

Proporcionalidade; ponderação; direitos econômicos e sociais; direitos constitucionais.

Sumário

1. Introdução. 2. A determinação judicial do conteúdo substantivo dos direitos econômicos e sociais positivos. 2.1 A tipologia das disposições constitucionais que contêm direitos econômicos e sociais. 2.2 A falta de determinação dos direitos econômicos e sociais constitucionais positivos. 2.3 A anulação judicial e a determinação do conteúdo substantivo dos direitos sociais positivos. 3. A estrutura da análise de proporcionalidade e a determinação do conteúdo substantivo dos direitos econômicos e sociais. 3.1 A análise de proporcionalidade e as liberdades. 3.2 A proporcionalidade na aplicação dos direitos sociais. 3.3 Um modelo dialógico de proporcionalidade para a aplicação constitucional dos direitos econômicos e sociais positivos. 3.3.1 A análise interpretativa. 3.3.1.1 A inclusão *prima facie*. 3.3.2 Uma análise das razões da falta de satisfação do direito no nível mais alto razoável. 3.3.3 Uma ponderação normativa. 3.3.4 A Análise empírica. 3.4 Proporcionalidade e recursos deliberativos para reparar as violações positivas aos direitos sociais.

Abstract

This article outlines a model of proportionality analysis for the adjudication of positive constitutional economic and social rights. This model is the key for answering three questions: (i) to what extent constitutional courts hold the power to determine the substantive content of positive constitutional economic and social rights, when the right-holders claim that their addressees have violated those rights by failing to comply with what they require? (ii) how constitutional courts should ground the determination of that substantive content? And, (iii) how constitutional courts should choose appropriate remedies when they have established a violation of one of those rights.

Keywords

Proportionality; weighing; economic and social rights; constitutional rights.

Contents

1. Introduction. 2. The judicial determination of the substantive content of positive economic and social rights. 2.1 The typology of constitutional provisions containing economic and social rights. 2.2 The lack of determination of positive constitutional economic and social rights. 2.3 Judicial annulment and the determination of the substantive content of positive social rights. 3. The framework of proportionality analysis and the determination of the substantive content of economic and social rights. 3.1 Proportionality analysis and liberties. 3.2 Proportionality in the application of social rights. 3.3 A dialogical model of proportionality for the constitutional application of positive economic and social rights. 3.3.1 Interpretive analysis. 3.3.1.1 *Prima Facie* implementation. 3.3.2 An analysis of the reasons for the failure to satisfy the right at the highest reasonable level. 3.3.3 The normative balancing. 3.3.4 Empirical analysis. 3.4 Proportionality and deliberative methods to repair positive social rights violations.

Resumen

Este artículo plantea un modelo de análisis de proporcionalidad para la aplicación de derechos económicos y sociales constitucionales positivos. Este modelo es clave para responder a tres preguntas: (i) ¿cuál es el alcance de la competencia de las cortes constitucionales para determinar el contenido sustantivo de los derechos económicos y sociales constitucionales positivos, cuando los titulares de los derechos alegan que sus destinatarios han violado esos derechos mediante el incumplimiento de las obligaciones que estos traen consigo? (ii) ¿cómo deben fundamentar las cortes constitucionales la determinación de ese contenido sustantivo? y, (iii) ¿cómo deben las cortes constitucionales elegir los medios apropiados de protección de los derechos cuando ellas mismas han establecido una violación de estos derechos?

Palabras clave

Proporcionalidad; ponderación; derechos económicos y sociales; derechos constitucionales.

Índice

1. Introdução. 2. A determinação judicial do conteúdo substantivo de los Derechos económicos y sociales positivos. 2.1 La tipología de las disposiciones constitucionales que contienen Derechos económicos y sociales. 2.2 La falta de determinación de los Derechos económicos y sociales constitucionales positivos.

2.3 La anulación judicial y la determinación del contenido sustantivo de los Derechos sociales positivos. 3. La estructura del análisis de proporcionalidad y la determinación del contenido sustantivo de los Derechos económicos y sociales. 3.1 El análisis de proporcionalidad y las libertades. 3.2 La proporcionalidad en la aplicación de los Derechos sociales. 3.3 Un modelo dialógico de proporcionalidad para la aplicación constitucional de los Derechos económicos y sociales positivos. 3.3.1 El análisis interpretativo. 3.3.1.1 El enfoque *Prima Facie*. 3.3.2 Un análisis de las razones de la falta de satisfacción del Derecho en el nivel más alto razonable. 3.3.3 Una ponderación normativa. 3.3.4 El análisis empírico. 3.4 Proporcionalidad y remedios deliberativos para reparar las violaciones a los Derechos sociales positivos.

1. INTRODUÇÃO

A consolidação dos direitos econômicos e sociais constitucionais positivos nas constituições [isto é: direitos sociais positivos], junto à atribuição aos tribunais constitucionais e supremos da competência para fazê-los cumprir, dá lugar a três perguntas centrais sobre: (i) o conteúdo substantivo; (ii) a justificação; e (iii) os remédios ou as ordens idôneas para reparar as violações aos direitos sociais.

A pergunta sobre o conteúdo substantivo é se as cortes constitucionais têm a faculdade de determinar o conteúdo substantivo dos direitos sociais positivos quando os seus titulares alegam que seus destinatários os violaram, ao desconhecer as obrigações correlatas. No caso de uma resposta positiva, surge a pergunta sobre a justificação, a saber: como as cortes constitucionais devem fundamentar a determinação desse conteúdo substantivo? Estas têm utilizado vários critérios para fundamentar suas decisões a respeito, entre os quais se incluem a razoabilidade, o núcleo mínimo e a análise de proporcionalidade. Nesse sentido, surge a pergunta: qual desses critérios é o mais adequado? Finalmente, propõe-se a pergunta sobre os remédios: como as cortes devem eleger os recursos apropriados para reparar as violações aos direitos sociais positivos?

Essas perguntas são centrais para a decisão de casos constitucionais reais. Dois exemplos da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia podem ajudar a explicar este ponto. Em San José Campo de Lajas, uma pequena vila do município de Sardinata, no Catatumbo, uma região empobrecida pelo conflito interno colombiano, alguns estudantes de ensino fundamental e médio utilizavam uma velha ponte para ir à escola. Devido a falhas estruturais, a ponte deixou de ser transitável. Ante tal adversidade, um professor da escola começou a ajudar os

estudantes a cruzar o rio a pé ou mediante o uso de botes rudimentares. Essa solução trouxe consigo um novo desafio: o rio estava infestado de jacarés. O perigo era latente. Um dia um jacaré atacou uma jovem que perdeu a vida enquanto esperava às margens do rio.

A *personería*^{iv} do município interpôs ação de tutela e solicitou a garantia do direito fundamental à educação das crianças envolvidas – invocando o componente da acessibilidade –, assim como a reconstrução da ponte. O juiz de primeira instância rechaçou a demanda, com o argumento de que o município havia respondido formalmente ao peticionário e alegado falta de recursos. Considerou-se que a referida resposta era constitucionalmente satisfatória.

Devido à gravidade do risco para os estudantes, a Corte Constitucional selecionou o caso para revisão. O problema jurídico central consistia em determinar se a omissão das autoridades, quer dizer, a decisão de não reconstruir a ponte constituía uma violação do direito à educação – o artigo 67 da Constituição Política da Colômbia garante o direito à educação. A jurisprudência constitucional interpretou o artigo citado como em conformidade com o Comentário Geral n.º 13 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas e reconheceu que esse direito tem uma dimensão de proteção. Assim, o direito à educação compreende os requisitos de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e adaptabilidade. Neste caso em particular, encontrava-se em jogo o requisito da acessibilidade. A esse respeito, a Constituição prescreve que a educação deve ser acessível a todas as pessoas, tanto na dimensão física quanto na econômica.

Esse caso pode iluminar o significado e o alcance das perguntas sobre o conteúdo substantivo, sobre a justificação e sobre as ordens ou os remédios. Quanto à primeira, esta se concretiza na determinação de qual autoridade tem a competência para determinar se a ponte deve ser reconstruída: a Administração Pública ou a Corte Constitucional. Um dos assuntos mais problemáticos é estabelecer se a falta de disponibilidade financeira ou inexistência dos recursos suficientes é uma justificação constitucionalmente aceitável, ou se, apesar disso, a Corte Constitucional tem competência para ordenar a reconstrução da ponte. Em segundo lugar, a pergunta sobre a justificação indaga como deve a referida Corte fundamentar a decisão

^{iv} A *personería* é um órgão de controle e vigilância das entidades municipais encarregado de proteger, defender e promover os direitos humanos e constitucionais dos habitantes do município em que atua. Não há equivalente no Brasil, mas suas atribuições se confundem, em parte, com o papel do Ministério Público e da Defensoria Pública, no Brasil, quando protegem interesses de vulneráveis. Na Colômbia, é um órgão voltado especificamente à garantia da efetividade dos direitos fundamentais presentes na Constituição. [N.T.]

que adota para solucionar o caso. Quanto aos remédios, questiona-se: qual seria o adequado para cumprir com o requisito de acessibilidade do direito à educação dos peticionários? É apropriado reconstruir a ponte? É suficiente? Deve ser feita mediante contratação pública? Como devem ir os estudantes à escola enquanto isso?

Um segundo exemplo tem a ver com a Sentença T-91/2018 da Corte Constitucional da Colômbia. Dez estudantes do ensino médio solicitaram às autoridades educativas de um pequeno povoado que abrissem uma escola secundária. O Ministério da Educação Nacional negou o pedido, alegando restrições financeiras e o disposto por um decreto que condiciona a abertura de uma escola secundária à exigência de que pelo menos haja vinte e dois estudantes prontos para avançar a esse nível educativo. Após a negativa, os estudantes interpuseram uma ação de tutela^v solicitando a proteção do direito à educação.

Para resolver o caso, a Corte Constitucional tinha ao menos três possibilidades. Em primeiro lugar, quanto à pergunta acerca do conteúdo substantivo, a Corte poderia ser deferente às autoridades políticas e deixar em suas mãos a decisão definitiva. Dessa maneira, poderia acatar o decreto e rechaçar a pretensão de ordenar a abertura da escola secundária. Em segundo lugar, a Corte poderia afirmar que os estudantes tinham o direito específico de ter uma escola secundária em seu povoado. Sem embargo, tal pergunta se encontra intimamente ligada àquela referente à justificação. Como se deve justificar qualquer dessas decisões? Por último, encontra-se a pergunta sobre os remédios a adotar, ou seja, a necessidade de determinar se a forma mais adequada de proteger o direito é, efetivamente, ordenando a construção de uma nova escola secundária na localidade.

Atribuir uma solução a essas questões sobre o conteúdo substantivo, a justificação e os recursos têm relevância tanto teórica como prática. Do ponto de vista teórico, este artigo mostra que, apesar de existirem diversas e valiosas contribuições na literatura, ainda há um vazio sobre porque a análise da proporcionalidade é útil para responder a essas perguntas e, mais importante ainda, que modelo de análise de proporcionalidade está à disposição dos tribunais constitucionais para a aplicação dos direitos econômicos e sociais positivos. Desde a perspectiva prática, esboçar um modelo de proporcionalidade para responder às perguntas anteriores pode ajudar as

^v Mais adiante, o autor detalhará o que é uma ação de tutela. Esta visa dar efetividade aos direitos fundamentais assegurados na Constituição colombiana ou aos direitos conexos a estes. É uma ação de tramitação prioritária, considerada como direito político de todo cidadão colombiano. As decisões das instâncias inferiores são revisadas pela Corte Constitucional, que tem a faculdade de eleger os casos que examina a partir de certos critérios os quais evidenciam a importância do caso ou do tema para formar ou reforçar precedentes. [N.T.]

Cortes Constitucionais a tomar decisões mais racionais, eficazes e mais respeitosas quanto aos princípios de separação de poderes e do estado de direito.

Dentro desse marco, este artigo defende três teses: a da supremacia judicial, proporcionalidade e soluções dialógicas. De acordo com a primeira tese, em uma democracia constitucional, as autoridades políticas (a saber, o ramo legislativo e a Administração Pública) têm a competência *prima facie* de determinar o conteúdo substantivo dos direitos econômicos e sociais constitucionais positivos. Não obstante, as Cortes Constitucionais têm supremacia para poder anular as decisões legislativas e administrativas quando as autoridades políticas adotam decisões pouco proporcionais em relação ao conteúdo substantivo dos direitos sociais. Entretanto, o uso do poder de anulação (ou de declarar a invalidade da norma por ser contrária à Constituição) pressupõe a capacidade dos tribunais de identificar quando as autoridades tomam decisões desproporcionais. Isso vincula a primeira tese ao uso da análise de proporcionalidade. Logo, o presente trabalho afirma que a análise de proporcionalidade é o critério mais adequado de que dispõem juízes e cortes para fundamentar suas decisões sobre o conteúdo substantivo dos direitos econômicos e sociais constitucionais positivos. O artigo também descreve um modelo de análise de proporcionalidade que pode servir a esse propósito. Em comparação aos critérios de razoabilidade e ao núcleo mínimo, a análise de proporcionalidade cria um maior grau de transparência à justificação judicial, interfere menos na separação de poderes e leva em conta a desvantagem epistêmica dos juízes para a determinação do conteúdo substantivo desses direitos. Finalmente a tese das soluções dialógicas assinala que o modelo de análise de proporcionalidade, que inclui elementos de compromisso e deliberação significativos, também é mais adequado para guiar a escolha das soluções disponíveis que permitam reparar as violações dos direitos sociais positivos.

Para fundamentar as teses, este artigo tem a seguinte estrutura: a segunda parte aborda a pergunta sobre o conteúdo substantivo, em que é analisado o tema da determinação judicial do conteúdo substantivo dos direitos econômicos e sociais positivos – essa análise proporcionará uma justificação para a tese da supremacia judicial. A terceira parte estuda, de forma crítica, a literatura existente sobre o tema acerca de se os tribunais devem utilizar a análise de proporcionalidade para justificar a determinação do conteúdo substantivo dos direitos sociais positivos. Adicionalmente, desenvolve-se um modelo de análise de proporcionalidade que se mostra adequado à aplicação desses direitos. A quarta parte aborda a proposta das soluções dialógicas. Por fim, a quinta parte apresenta as conclusões.

2. A DETERMINAÇÃO JUDICIAL DO CONTEÚDO SUBSTANTIVO DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS POSITIVOS

2.1 A tipologia das disposições constitucionais que contêm direitos econômicos e sociais

A garantia constitucional dos direitos econômicos e sociais converteu-se em uma estratégia generalizada para abordar os problemas de pobreza, as necessidades básicas insatisfeitas, bem como a falta de recursos para assegurar uma vida digna e uma distribuição desigual de oportunidades e riquezas¹.

As constituições adotaram diversas formas de proteger os direitos econômicos e sociais. Algumas incluíram disposições que institucionalizam o que Mark Tushnet denomina “direitos não justiciáveis” ou “meramente declarativos”, quer dizer, aqueles que os tribunais não podem fazer cumprir. Essas constituições facultam somente às autoridades políticas para determinar o conteúdo substantivo desses direitos. As decisões dessas autoridades são definitivas, isto é, não podem ser objeto de impugnação por via judicial.

As constituições também podem oferecer uma proteção por via judicial aos direitos econômicos e sociais. Esse tipo de institucionalização constitucional é muito importante em contextos nos quais historicamente as autoridades políticas se mostraram reticentes em garantir esses direitos por meio de políticas econômicas e sociais. Existem vários exemplos na América Latina, e um deles aparece nos artigos 42 a 77 da Constituição Política da Colômbia de 1991. Estes garantem a proteção, por via judicial, dos direitos constitucionais das crianças, das mulheres gestantes, dos adolescentes, dos idosos, das Pessoas com Deficiência, assim como os direitos a receber uma pensão, à atenção médica, à moradia, ao lazer, ao trabalho digno e à educação. A Corte Constitucional assinalou que todas as pessoas têm o direito de fazer uso da ação de tutela para exigir o cumprimento dos referidos direitos. Outro exemplo se encontra no artigo 6º da Constituição do Brasil, que institucionaliza os direitos à educação, à saúde, à moradia, à alimentação, ao trabalho, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência social aos desamparados. O Artigo 5º (XXXV) estabelece que esses

¹ Ver JEFF KING (2012).

direitos sejam juridicamente exigíveis ao assinalar que “a lei não excluirá do controle, por parte do Poder Judiciário, nenhum dano ou ameaça a um direito”^{vi}.

As disposições que institucionalizam a proteção judicial dos direitos econômicos e sociais constitucionais se fundamentam em diversos tipos de posições jurídicas². Como explica Michelman³, tais disposições fundamentam três tipos de pretensões para os titulares de direitos.

Primeiro, encontram-se as pretensões de não interferência do Estado e outros indivíduos no que diz respeito ao acesso e desfrute dos direitos sociais por parte de seu titular, de acordo com as condições adequadas e benéficas já reconhecidas na constituição e na lei (pretensões negativas)⁴. Segundo, têm-se as pretensões relativas à igualdade de acesso e gozo dos direitos sociais para todos os titulares. Finalmente, são encontradas as pretensões à promoção, à proteção, ao gozo e à garantia do acesso dos titulares de direitos aos níveis adequados de proteção e aos benefícios conferidos pelos direitos econômicos e sociais (pretensões positivas)⁵. As pretensões positivas se relacionam com as obrigações governamentais de garantir que as pessoas possam exercer o direito pertinente e evitar que outros o limitem⁶.

Este artigo se centra nas pretensões positivas de direitos constitucionais econômicos e sociais. Nessa dimensão, tais direitos são posições jurídicas que têm uma estrutura triádica na qual um titular tem um poder jurídico frente a um obrigado que, correlativamente, tem uma obrigação. O objeto do poder jurídico e, ao mesmo tempo, da obrigação, é uma ação que o sujeito obrigado deve realizar a favor do

^{vi} Como na Colômbia, os direitos previstos no art. 5º da Constituição brasileira não são *numerus clausus* diante da previsão, no art. 5º, § 2º, de que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. No Brasil, há, ainda, detalhamento dos direitos trabalhistas básicos no art. 7º da Constituição, sem prejuízo de outros “que visem à melhoria” da “condição social” do trabalhador, o qual também aparece nos artigos que tratam dos fundamentos da república e da ordem econômica. Atribui-se o peso dado à proteção ao trabalho à necessidade de superar as marcas do passado escravagista, que ainda reflete a persistente estrutura desigual da sociedade. [N.T.]

² Sobre o conceito de posição jurídica, ver ALEXY (2002).

³ Ver MICHELMAN (2008).

⁴ A proibição do despejo forçado e a proibição da denegação de tratamento médico de emergência são exemplos de demandas negativas atinentes a direitos sociais.

⁵ Sobre como os direitos se correlacionam com os deveres negativos de evitar afetações e com os deveres positivos de garantir o cumprimento de direitos, ver SHUE (1980).

⁶ Ver BARAK (2012).

titular do direito ou a favor de um terceiro⁷. A realização da ação de certo modo conduzirá à satisfação do direito em um determinado nível.

2.2 A falta de determinação dos direitos econômicos e sociais constitucionais positivos

Como sucede com todo tipo de direitos, nas palavras de Dworkin, os casos de aplicação judicial de direitos sociais positivos são às vezes casos difíceis⁸, pois a Constituição não determina a ação que o obrigado deve desenvolver para satisfazê-lo. Isso se deve às circunstâncias linguísticas e institucionais em que se desenvolve a sua aplicação, as quais incluem o fato de que as disposições constitucionais que institucionalizam os direitos sociais positivos são vagas, ambíguas e de textura aberta. Esses direitos podem entrar em colisão com outros ou com princípios constitucionais⁹ e pode haver desacordos sobre a forma apropriada de resolver essas colisões¹⁰. Ademais, os objetivos estabelecidos pelas disposições que institucionalizam direitos sociais estão condicionados por sua implementação jurídica e pela expedição de políticas públicas, planificação técnica, construção de infraestrutura e gastos. Assim, dependendo do sistema de controle de constitucionalidade existente, pode haver um controle de constitucionalidade positivo, abstrato ou concreto dos direitos sociais, e as decisões dos juízes a respeito desses direitos podem variar segundo o tipo de controle.

No que tange à indeterminação, as constituições, em geral, institucionalizam direitos sociais positivos abstratos e incondicionados em lugar de listas específicas de ações concretas a serem realizadas pelas instituições públicas e privadas obrigadas por esses direitos. Ademais, algumas disposições constitucionais protegem esses direitos de maneira flexível. As constituições garantem o acesso aos benefícios em lugar de estabelecer certos benefícios *per se*. Por exemplo, as seções 26 e 27 da Constituição Sul-Africana outorgam “acesso” a uma moradia adequada, serviços de atenção à saúde, alimentos e água suficientes e seguridade social. Outras disposições conferem direitos sobre determinados bens, a exemplo do artigo 30 da Constituição do Equador, que outorga, a cada pessoa, o direito a uma “moradia adequada”. Disposições como esta última descrevem os bens aos quais têm direito as pessoas

⁷ Ver ALEX Y (2009).

⁸ Ver DWORKIN (1975).

⁹ Ver DIXON Y GINSBURG (2011).

¹⁰ Ver GERSTENBERG (2012).

de forma genérica. Portanto, a pergunta relevante, em casos como o desse exemplo, é: qual é o significado de “adequada” no contexto do artigo 30 da Constituição do Equador? Além disso, algumas disposições constitucionais exigem a criação de políticas, como uma “política de saúde” (artigo 32 da Constituição do Equador) ou um “plano de moradia” (artigo 51 da Constituição Política da Colômbia). Apesar de seu valor discursivo potencial, não descrevem os detalhes das políticas relevantes nem quando devem ser emitidas. Em suma, essas disposições constitucionais não costumam especificar como considerar as restrições financeiras nem a escassez de recursos para assignar os benefícios de todos os direitos sociais positivos a uma ampla gama de titulares de direitos.

Ademais, a maioria das disposições constitucionais sobre direitos econômicos e sociais não determina o nível e o modo de satisfação dos direitos positivos exigidos pela Constituição. Enquanto o nível de cumprimento se refere às metas específicas que as autoridades políticas e os poderes privados obrigados devem cumprir (por exemplo, prover educação primária, intermediária e secundária gratuita para todos), o modo de cumprimento se refere aos meios apropriados requeridos para alcançar esse nível (por exemplo, um sistema de escolarização pública, um sistema de escolarização misto público e privado ou escolarização privada com bolsas públicas). Por consequência, é difícil identificar, em abstrato e em casos concretos de controle de constitucionalidade, o que pode ser chamado como “o oposto jurídico definitivo”¹¹. Este conceito se refere à conduta lícita que devem levar a cabo os obrigados para cumprir com o que exigem os direitos sociais positivos em jogo em cada caso. Para estabelecer se um direito foi violado e como repará-lo, os juízes primeiro devem determinar qual é o contrário jurídico definitivo.

2.3 A anulação judicial e a determinação do conteúdo substantivo dos direitos sociais positivos

Quando uma constituição protege os direitos econômicos e sociais positivos justiciáveis, as autoridades políticas têm um poder *prima facie* para determinar o nível constitucionalmente exigido e o modo de satisfação desses direitos. Adicionalmente, os juízes têm também a faculdade de controlar a constitucionalidade dessa determinação e, se for o caso, anular ou declarar inconstitucionais as decisões do legislador e da Administração Pública. O exercício desse poder judicial não teria sentido se os

¹¹ Sobre o conceito do oposto jurídico constitucional, ver LÜBBE-WOLFF (1998).

juízes não pudessem anular as decisões tomadas pelas autoridades políticas. Sem o poder judicial supremo, não haveria diferença entre direitos sociais positivos justiciáveis e não justiciáveis.

Nesse ponto, a pergunta relevante é: qual critério metodológico jurídico pode guiar os tribunais no uso da faculdade de anular as decisões políticas e administrativas que determinam o conteúdo substantivo dos direitos sociais positivos? Os juízes que fazem cumprir esses direitos têm utilizado os critérios de razoabilidade e do núcleo essencial. Um exemplo de uso paradigmático da razoabilidade se encontra na jurisprudência desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul na deliberação judicial nos casos contidos nas seções 26.2 e 27.2 da Constituição Sul-Africana de 1996. De acordo com tais disposições, a Corte Constitucional da África do Sul sustentou que o alcance dos deveres positivos das autoridades políticas para lograr a satisfação dos direitos socioeconômicos está “definido e limitado” pelo critério de razoabilidade¹². Este reduz o alcance do poder de anulação judicial e exige que os juízes sejam deferentes em extremo com as decisões tomadas pelas autoridades políticas e administrativas. Nesse sentido, ao utilizar o critério de razoabilidade, os juízes deixam de levar a cabo a tarefa de determinar o conteúdo substantivo dos direitos econômicos e sociais¹³. Em vez disso, os juízes se limitam a analisar se a ação ou omissão política ou administrativa relevante em cada caso é irrazoável. Portanto, não surpreende que acadêmicos e juízes tenham sustentado que o critério de razoabilidade não é suficiente para uma proteção adequada dos direitos sociais positivos¹⁴. Ademais, depois de uma análise do caso *Mazibuko*, uma situação chave sobre a dimensão positiva do direito à água na África do Sul, um comentarista assinalou que o uso da razoabilidade havia levado à morte dos direitos socioeconômicos¹⁵.

Por essa razão, alguns autores afirmam que os direitos sociais positivos devem ser interpretados judicialmente mediante a identificação do conteúdo mínimo¹⁶.

¹² MINISTER OF HEALTH V TREATMENT ACTION CAMPAIGN (2002).

¹³ Em contraste com a primeira jurisprudência constitucional sulafricana sobre razoabilidade, estou de acordo com a afirmação de David Bilchitz de que os tribunais constitucionais deveriam determinar o conteúdo substantivo dos direitos sociais positivos. Ver “Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine”, 12 (3) *Internacional Journal of Constitutional Law* 710-739 (2014).

¹⁴ Para uma análise das objeções contra o uso da razoabilidade, ver WOOLMAN E BISHOP (2013); PILLAY, (2013); PILLAY (2005); STEINBERG (2006). A prominent analysis and defence of reasonableness can be found in: LIEBENBERG (2010).

¹⁵ Ver O'CONNELL (2011).

¹⁶ Ver BILCHITZ (2007).

O uso deste termo é o resultado de um transplante jurídico próprio do domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁷. Segundo o Comitê de Direitos Econômicos e Sociais das Nações Unidas, o conteúdo mínimo de um direito social é o correlato às obrigações inderrogáveis do Estado, cuja violação dá lugar à responsabilidade internacional objetiva¹⁸. A nível nacional, o conteúdo mínimo também equivale a um conjunto de direitos específicos que devem ser satisfeitos em qualquer circunstância. A jurisprudência da Corte Constitucional colombiana oferece uma variedade de exemplos sobre o uso desse critério. Foi adotada uma doutrina de mínimo vital, segundo a qual todo cidadão tem o direito fundamental de desfrutar dos meios necessários para um nível básico de subsistência¹⁹. Além disso, a Corte interpretou o “princípio do estado social”, institucionalizado no artigo 1º da Constituição Política da Colômbia, no sentido de obrigar o estado a construir, manter e ampliar uma rede de prestações sociais capaz de garantir o mínimo vital a todas as pessoas²⁰.

Um exemplo sobre a dimensão positiva do direito fundamental à água pode ajudar a compreender a forma diversa pela qual os tribunais utilizam os critérios de razoabilidade e do mínimo essencial. A Corte Constitucional da África do Sul empregou o critério de razoabilidade em *Mazibuko*²¹. Nesse caso, os cidadãos de Phiri, um subúrbio de Soweto, desafiaram, por alegada inconstitucionalidade, uma política de água da cidade de Johannesburgo. Em lugar de uma tarifa plana, como se usava anteriormente, a nova política oferecia provisão de seis metros cúbicos mensais de água por residência, gratuitos. Para além dessa quantidade, os cidadãos tinham de pagar antecipadamente a água (água pré-paga). A cidade planejou instalar medidores de água pré-paga para implementar o sistema.

Na Corte Suprema, Tsoka J sustentou que a instalação de medidores de água pré-paga violava a Constituição²² e que a distribuição de água básica gratuita era inadequada. Considerou-se que seis metros cúbicos mensais por residência equivalem a uma média de vinte e cinco litros por pessoa diários, quantidade considerada irrazoável. Evidenciou-se que seis metros cúbicos era a quantidade aproximada que uma

¹⁷ Ver YOUNG (2008).

¹⁸ Ver UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS COUNCIL (1991).

¹⁹ As sentenças mais destacadas da Corte Constitucional colombiana que aplicaram esta doutrina são: SU-559/97, T-068/98, T-153/98, SU-090/00, T-068/10, T-025/04 and T-760/08 (Colom.).

²⁰ Ver LANDAU (2014).

²¹ CASO MAZIBUKO V CITY OF JOHANNESBURG (2009).

²² CASO MAZIBUKO V CITY OF JOHANNESBURG (2009).

residência utilizaria em duas semanas²³. O juiz Tsoka considerou que os residentes de Phiri deveriam receber cinquenta litros de água grátis por pessoa diariamente. No entanto, essa decisão não abordou em absoluto o problema dos custos para a cidade, associados ao aumento da quantidade de água gratuita. Outrossim, foi considerada, pelo juiz, somente “a capacidade dos demandados para proporcionar uma quantidade mais alta de água que os 25 litros por dia aos referidos”²⁴.

Após a interposição de um recurso de apelação, a Corte Suprema de Apelações sustentou que, em Phiri, quarenta e dois litros de água por pessoa, por dia, era uma quantidade suficiente. Não obstante, o Tribunal de Apelação não mudou a política, senão solicitou à cidade que revisasse a política adotada. Após isso, a Corte Constitucional decidiu revisar o caso e considerou que a política não violava a seção 27 da Constituição. A juíza O'Regan sustentou que era “institucionalmente inapropriado que um tribunal tentasse determinar com precisão a margem exata de proteção de qualquer direito social e econômico em particular”²⁵. Frente a isso, a Corte se negou a determinar o conteúdo substantivo do direito à água e a decidir quanto a uma resposta exata à pergunta sobre qual é a quantidade de água adequada para satisfazer o direito. Remeteu à resposta já aportada pelas autoridades políticas²⁶, segundo a qual uma quantidade mensal de seis metros cúbicos por residência²⁷ é suficiente.

Esse resultado não é incompatível com os fundamentos teóricos da razoabilidade como critério frágil e deferente para a interpretação judicial dos direitos. O conteúdo mínimo constitui um critério que poderia ser usado para superar os problemas que a razoabilidade enfrenta. A sentença T-740/2011, da Corte Constitucional da Colômbia, proporciona um exemplo do uso do conteúdo mínimo. Nesse caso, a demandante, que carecia de capacidade econômica para pagar a fatura de água, interpôs ação de tutela e alegou que a suspensão do serviço por parte da empresa

²³ Ver LANGFORD Y RUSSELL (2008).

²⁴ CASO MAZIBUKO V CITY OF JOHANNESBURG (2009).

²⁵ CASO MAZIBUKO V CITY OF JOHANNESBURG (2009).

²⁶ Uma análise dos argumentos estendidos sobre a aplicação do critério de razoabilidade, no parágrafo 71, mostra que a Corte foi muito deferente com as explicações dadas pela cidade como justificativa da política de água. Ver Caso MAZIBUKO V CITY OF JOHANNESBURG (2009).

²⁷ Ademais, a juíza O'Regan assinalou que, segundo os dados do censo de 2001, em média, viviam 3,2 pessoas em uma residência. Segundo essa estimação, seis metros cúbicos mensais por residência equivalem aproximadamente a sessenta litros por pessoa por dia. Ver CASO MAZIBUKO V CITY OF JOHANNESBURG (2009). Contudo, como destaca Murray Wesson, “segundo os dados do censo de 2001, [havia] uma média de 8,8 pessoas por *stand* em Phiri. Nestas circunstâncias, a designação básica gratuita de água proporciona aproximadamente 23 litros por pessoa por dia”: WESSON (2011).

prestadora, uma empresa privada de água, violava seu direito fundamental à água. Devido à sua condição de pobreza, a requerente solicitou o perdão do pagamento das faturas. Baseada no informe da Organização Mundial de Saúde – OMS de 2003²⁸, a Corte Constitucional sustentou que o conteúdo mínimo do direito fundamental à água concede o direito a cada pessoa a receber uma quantidade de cinquenta litros de água diários. A Corte ordenou a empresa demandada que proporcionasse à demandante e a cada membro de sua família a referida quantidade de água por um período ilimitado, sem haver nenhum tipo de cobrança. Não obstante, acrescentou que a empresa tem o direito de solicitar ao estado o reembolso de 50 por cento do preço da água proporcionada.

A proteção efetiva de um direito positivo à água, mediante a determinação de seu conteúdo mínimo, oferece algumas vantagens. O controle judicial que se leva a cabo por esse meio é mais fácil, claro e previsível – a aplicação é uma questão de tudo ou nada. Em uma situação concreta, ou se cumpre com a provisão do conteúdo mínimo, ou não se cumpre – por exemplo, em casos de urgência, concede-se a proteção do mínimo vital para subsistir²⁹, ou o mesmo ante uma privação econômica extrema³⁰. No entanto, a clareza desse tipo de aplicação é só aparente e implica múltiplos inconvenientes. Como explica Tushnet, o uso do conteúdo mínimo exige que as cortes constitucionais exerçam um escrutínio intensivo das políticas e dos programas adotados pelas autoridades políticas³¹. O critério do conteúdo mínimo atribui aos juízes uma posição de supremacia inquestionável. Estes terminam determinando o conteúdo mínimo e, com isso, tomando decisões sobre o conteúdo substantivo, o nível adequado e o modo de cumprimento dos direitos sociais positivos, apesar de carecer de prioridade epistêmica e de legitimação política para representar os cidadãos. Isso pode entrar em conflito com os princípios de separação de poderes e de um governo representativo e responsável. As disposições que estabelecem direitos econômicos e sociais em realidade não determinam por si mesmas seu conteúdo mínimo. À vista disso, quando os juízes se referem a esse conceito, adotam uma determinação que em realidade não existe. Logo, o uso desse critério exige que os tribunais, e não as autoridades políticas eleitas democraticamente, determinem o conteúdo do núcleo. Os juízes não são politicamente responsáveis por essas decisões, o que prejudica gravemente a institucionalização dos valores democráticos na

²⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2003).

²⁹ Ver BILCHITZ (2014).

³⁰ YOUNG (2012).

³¹ TUSHNET (2004).

sociedade. Ademais, colide com a separação de poderes e com o princípio de eficiência administrativa. Em comparação com as autoridades administrativas, os juízes têm uma desvantagem epistêmica para determinar as formas mais eficientes para satisfazer os objetivos das políticas.

Além disso, não existem critérios únicos que sejam confiáveis para determinar o conteúdo mínimo³². O caso colombiano sobre o direito à água proporciona uma clara ilustração desse argumento. Embora se aceite que cinquenta litros diários de água por pessoa seja o conteúdo mínimo do direito à água, não resta claro porque a Corte Constitucional se considera legitimada para ordenar a uma empresa privada que satisfaça tal direito sem contraprestação econômica. Também, o conteúdo mínimo, ao menos em teoria, não é sensível ao contexto. Em consequência, leva os tribunais a renunciar a qualquer avaliação das possibilidades concretas de satisfazer os direitos sociais positivos dentro de um marco macroeconômico específico do Estado. No caso colombiano da sentença T-740/2011, por exemplo, a Corte Constitucional não considerou o impacto financeiro sistêmico de sua decisão para as empresas públicas e privadas prestadoras do serviço de água. Essa decisão se converteu em um precedente, cuja execução pode ser reclamada por qualquer cidadão em idênticas ou análogas circunstâncias. Assim, cada cidadão em situação de vulnerabilidade tem direito constitucional de exigir cinquenta litros de água diários gratuitos. Como consequência, as empresas públicas e privadas de água são agora as encarregadas de financiar o acesso gratuito à água, a que têm direito os cidadãos em situação de vulnerabilidade^{vii}.

³² Sobre essa objeção, ver YOUNG (2012).

^{vii} Existe, na Colômbia, uma política tarifária para os serviços públicos domiciliares. A sociedade é dividida em estratos sociais, e o estrato 1, o mais baixo, paga 50% do valor da tarifa de água. A decisão da Corte Constitucional colombiana equivaleria a determinar, no Brasil, que o Estado custeasse a água fornecida gratuitamente às pessoas do Cadastro Único ("Sisben" na Colômbia) pelo valor estipulado na política de tarifa social. Os estratos mais altos da população colombiana pagam valores mais elevados, custeando os serviços dos mais pobres. A Corte Constitucional costuma utilizar relatórios técnicos da ONU e comentários do Comitê de Desenvolvimento Econômico, Social e Cultural (CDESC) para preencher o conteúdo substantivo dos direitos sociais, como ocorreu no caso do direito à água, considerado, na Colômbia, o mais essencial de todos, pois é necessário para satisfazer os demais direitos fundamentais. A posição do autor do artigo sustenta que o Estado deveria pagar o custo integral de tarifa de água (100%) e não o seu valor subsidiado. Tal discussão antecipa questões que serão enfrentadas no Brasil, país que está prestes a reconhecer o direito à água como direito fundamental, em meio a uma política que estimula a privatização das empresas de água, após a aprovação do novo marco regulatório do saneamento, que faz perder o potencial financiamento cruzado aplicado pelas empresas públicas. [N.T.]

3. A ESTRUTURA DA ANÁLISE DE PROPORCIONALIDADE E A DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO SUBSTANTIVO DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

A teoria da anulação judicial estabelece um ponto intermediário entre a razoabilidade e o conteúdo mínimo. De acordo com essa postura, o Poder Legislativo e a Administração Pública possuem uma faculdade *prima facie* para determinar o conteúdo substantivo dos direitos econômicos e sociais constitucionais positivos. Todavia, os juízes podem anular esse poder quando as autoridades políticas tentam determinar o conteúdo substantivo dos direitos de uma forma desproporcional, mas o uso do poder de anulação pressupõe que os juízes podem identificar quando as autoridades tomam decisões desproporcionadas, o que vincula a teoria da anulação judicial ao uso da análise de proporcionalidade.

Isso se alinha a um corpo de literatura relevante, que sugere que o uso da proporcionalidade na aplicação dos direitos sociais positivos pode, ao mesmo tempo, superar as deficiências de razoabilidade e o critério do conteúdo mínimo. Por um lado, a proporcionalidade fará com que os juízes levem a sério os direitos sociais positivos e a não serem excessivamente deferentes com as autoridades políticas. Por outro lado, em comparação com o conteúdo mínimo, o uso da análise de proporcionalidade criará um maior grau de transparência na justificação judicial, interferirá menos na separação de poderes e nos princípios do governo representativo e responsável, bem como considerará a desvantagem epistêmica que têm as cortes constitucionais para levar a cabo a determinação do conteúdo substantivo desses direitos. Portanto, também contribuirá para a eficiência administrativa.

Nesse sentido, há alguns anos, David Bilchitz³³, por um lado, e Xenophon Contiades e Alkmene Fotiadou³⁴, por outro, sustentaram uma vibrante discussão sobre que critério de controle é apropriado para justificar decisões judiciais relativas à aplicação constitucional de direitos sociais positivos. Bilchitz argumentou que a doutrina do conteúdo mínimo “é a que tem maior potencial para consolidar a base doutrinária necessária para fazer efetivas as obrigações positivas do Estado” e que a proporcionalidade é um marco analítico cuja aplicação é impossível sem um padrão substantivo como o definido pelo conteúdo mínimo. Frente a essa perspectiva,

³³ BILCHITZ (2014); e BILCHITZ (2014a).

³⁴ CONTIADES Y FOTIADOU (2014).

Contiades e Fotiadou reiteram a confiança no “potencial que tem a proporcionalidade” para se ocupar da aplicação dos direitos sociais e econômicos³⁵.

O potencial emprego da proporcionalidade nesse contexto dá lugar a uma interrogação: que estrutura argumentativa deve ter a análise da proporcionalidade a fim de ser utilizada como critério para a aplicação constitucional dos direitos sociais positivos? Como se discute em continuação, a literatura não proporcionou uma resposta satisfatória à questão. Nesse artigo, apresentarei um modelo de proporcionalidade que dará resposta a essa pergunta. A estratégia metodológica para desenvolver o mencionado modelo aplica uma ideia central das *Investigaciones Filosóficas* de Wittgenstein³⁶. Esta defende que podem existir conceitos aplicáveis a uma instância paradigmática sobre a base da semelhança de família (em alemão: *Familienähnlichkeit*)³⁷. A ideia de Wittgenstein é que as entidades se encaixam em um conceito, e poderia se pensar que isso é assim porque cumprem com um conjunto de condições necessárias e suficientes para tal fim. Não obstante, na realidade, não o fazem, pois, em vez disso, estão conectadas por uma série de similaridades superpostas, sem que exista entre elas uma propriedade comum. Nesse sentido, quando se analisa um conceito (como o de jogo, utilizado por Wittgenstein), é necessário recorrer aos diferentes usos da palavra por meio de uma “rede de similitudes, superposições e entrecruzamentos”³⁸. Não existem limites no uso do mesmo conceito, tampouco existem condições necessárias e suficientes que possam compartilhar todas as entidades que se subsumem ao mesmo conceito³⁹.

Com fundamento na referida ideia, começarei por expor uma concepção da análise de proporcionalidade que foi utilizada pelos juízes para a aplicação das liberdades. Logo, introduzirei alguns ajustes a essa concepção, que a fazem apropriada para a aplicação dos direitos sociais. Essa estratégia permitirá que o modelo aqui apresentado mantenha sua semelhança de família com a análise de proporcionalidade e, ao mesmo tempo, se acomode às propriedades específicas dos direitos econômicos e sociais positivos.

³⁵ ver CONTIADES Y FOTIADOU (2014).

³⁶ WITTGENSTEIN (2001).

³⁷ Sobre a aplicação do conceito de semelhança de família, ver STRAWSON (1959).

³⁸ WITTGENSTEIN (2001).

³⁹ BILETZKI E MATAR (2009).

3.1 A análise de proporcionalidade e as liberdades

Desde suas origens alemãs, a análise de proporcionalidade migrou por meio de jurisdições e vários campos do direito⁴⁰. Devido à migração, foram desenvolvidas várias estruturas desse modelo em diferentes lugares⁴¹. Sem embargo, a maioria dos juízes e doutrinadores o entendem como um conjunto de três subprincípios vinculados entre si: idoneidade, necessidade e ponderação – ou proporcionalidade em sentido estrito. Cada subprincípio estabelece uma exigência que toda limitação a um direito fundamental deve cumprir. O subprincípio da idoneidade exige que as limitações sejam apropriadas para contribuir a lograr um fim legítimo; já o subprincípio da necessidade exige que as limitações implementem a opção menos restritiva entre todos os meios que sejam igualmente adequados para alcançar o fim perseguido. Finalmente, o subprincípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige que toda limitação a um direito fundamental seja capaz de alcançar o fim perseguido em uma medida que justifique o grau de limitação do direito. Desde a perspectiva desses subprincípios, o titular de um direito fundamental pode alegar que existe violação de seu direito se existe uma limitação que descumpra ao menos uma das exigências da proporcionalidade.

Explicarei brevemente as três etapas da análise de proporcionalidade em relação às liberdades. Para considerar a análise de proporcionalidade, deve-se partir do pressuposto de que uma lei, um ato administrativo ou uma ação de qualquer outro poder público ou privado tenha limitado uma liberdade fundamental. As liberdades fundamentais são um conjunto de posições jurídicas imputáveis mediante interpretação no âmbito de aplicação de uma disposição de direito fundamental. A posição jurídica básica, garantida por uma liberdade fundamental, é o direito de *a* frente a *b* de que *b* não obstaculize que *a* leve a cabo φ . Nessa posição, *a* é o titular do direito, *b* o titular do dever, isto é, qualquer instituição pública ou indivíduo particular obrigada pela liberdade, e φ é qualquer ação protegida pela Constituição. A limitação de uma liberdade fundamental é uma obstrução de fato ou de direito ao exercício de certos aspectos da liberdade protegidos por um direito fundamental. A realização de qualquer ação por parte de *b* que obstrua a atuação φ de *a* é uma limitação da liberdade de *a* para φ .

⁴⁰ BERNAL (2013).

⁴¹ Ver sobre a existência de diferentes conceitos de proporcionalidade: SCHLINK (2012).

Os juízes devem fazer uma dupla avaliação para estabelecer se houve limitação de uma liberdade fundamental. Primeiro, é preciso avaliar se a ação sob controle representa obstrução de uma posição jurídica do titular do direito; segundo, se essa posição se enquadra no alcance da proteção de uma disposição de direito fundamental. A primeira avaliação será denominada “a existência da limitação”, e a segunda, “a interpretação da disposição constitucional”.

Os juízes costumam começar pela segunda avaliação. Para isso, analisam o alcance das disposições de direitos constitucionais pertinentes. Essa tarefa é levada a cabo, em particular, mediante o método da interpretação literal. As disposições de direito fundamental são enunciados normativos da Constituição que institucionalizam direitos e cada um desses enunciados tem um âmbito semântico. O âmbito semântico é um conjunto de posições jurídicas e normas que podem ser vinculadas às disposições por meio da interpretação. Tais posições e normas expressam o significado das disposições de direito fundamental e indicam quais direitos concretos podem ser fundados no catálogo de direitos fundamentais da Constituição.

Em casos concretos, a pergunta relevante é se a posição jurídica supostamente limitada se enquadra no âmbito de uma disposição de direito fundamental. A expressão “enquadrar-se no âmbito” pode ser entendida de maneira mais restrita ou ampla. O enfoque mais abrangente oferece maior garantia aos direitos fundamentais. Na perspectiva do método de interpretação literal, uma compreensão mais ampla dos direitos fundamentais permite a inclusão de qualquer posição jurídica no âmbito semântico de uma disposição de direito fundamental se a posição tem ao menos uma propriedade que, considerada isoladamente, se vincula ao âmbito semântico da disposição relevante. A partir do ponto de vista do método teleológico, o entendimento mais amplo permite a inclusão de posições jurídicas no âmbito semântico das disposições de direito fundamental por meio de argumentos teleológicos com a seguinte estrutura:

(1) Uma disposição de direito fundamental d prescreve obter o estado de coisas e ;

(2) Se o titular do direito a não pode levar a cabo φ , então não é possível obter e ;

Conclusão (1,2): d fundamenta o direito constitucional de a de levar a cabo φ .

Em qualquer caso, não se pode atribuir nenhuma posição jurídica a uma disposição de direito fundamental se a posição se encontra fora do âmbito semântico

interpretado de maneira ampla ou dentro do âmbito de uma cláusula de limitação constitucional⁴².

A segunda pergunta é se a ação objeto de estudo representa a limitação de uma posição jurídica do titular do direito. Desde a perspectiva de uma interpretação favorável aos direitos fundamentais, o conceito de limitação também deve ser interpretado de maneira ampla. Em consequência, toda ação de fato ou de direito que tenha um efeito adverso real ou potencial sobre o exercício de uma liberdade deve ser considerada como limitação da dita liberdade.

Uma vez que os tribunais tenham estabelecido que existe limitação de uma liberdade de direito fundamental, analisam se a limitação pode ser justificada. Para tal fim, utilizam a análise da proporcionalidade. Para começar, o subprincípio da idoneidade exige que as limitações sejam adequadas para contribuir com a consecução de um fim legítimo. Essa definição implica dois elementos: o fim legítimo e a adequação. Um fim é legítimo se não está proibido pela Constituição de maneira explícita ou implícita. Ademais, a limitação de uma liberdade de direito fundamental não procede se não é adequada, ou seja, se não pode contribuir em nada com a consecução do fim legítimo.

Ademais, o subprincípio de necessidade permite que as autoridades políticas limitem os direitos fundamentais somente mediante a opção menos restritiva entre todas as medidas disponíveis, que são igualmente adequadas para conseguir o fim pretendido. Analisar a necessidade de uma limitação implica comparar os meios implementados pelas autoridades políticas com meios alternativos, examinando se algum destes cumpre com duas exigências: se é ao menos tão adequado quanto o meio eleito para contribuir com a consecução do fim perseguido; e se limita menos o direito fundamental pertinente. Se algum meio alternativo cumpre com esses dois requisitos, os juízes constitucionais devem declarar inconstitucional a limitação do objeto de estudo.

Finalmente, o subprincípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige que toda limitação de um direito fundamental seja capaz de lograr o fim perseguido em uma medida que justifique o grau de limitação do direito. Essa análise implica uma comparação entre o nível de limitação do direito fundamental e o alcance do fim perseguido. Isso se leva a cabo em dois passos: o primeiro é determinar o grau

⁴² Por exemplo, ninguém pode alegar ter direito a reunir-se portando armas em jurisdições nas quais o direito de reunião está garantido somente para aquelas reuniões em que os participantes não portam armas (reuniões pacíficas).

de limitação do direito fundamental e o grau em que se conseguiu ou se espera conseguir o fim perseguido. O segundo consiste em comparar esses graus.

Os graus de limitação do direito e de obtenção do fim perseguido dependem de duas variáveis: normativas e empíricas. As primeiras se referem à importância ou ao significado do direito fundamental e do fim perseguido; as variáveis empíricas se relacionam com a eficácia da ação objeto de exame para limitar o direito fundamental e lograr o fim perseguido.

Apesar de compartilhar o mesmo *status* constitucional, desde o ponto de vista normativo, os direitos e as posições de direito fundamental podem ser mais ou menos significativos. Isso se estabelece ao verificar a sua relação com os valores sociais. Assim, por exemplo, a proteção da vida é mais importante que a proteção da liberdade porque, para poder exercê-la, é necessário estar vivo. Do mesmo modo, as posições jurídicas da liberdade de expressão, relacionadas ao exercício do poder político, são mais significativas que outras vinculadas a essa liberdade, porque as primeiras se vinculam ao princípio de Estado representativo e democrático. Além disso, fins de distinta importância podem justificar uma limitação da liberdade. O cumprimento de outros direitos fundamentais ou de princípios constitucionais devem ter a mais alta transcendência. Os fins legislativos deveriam ter menos importância, e os governamentais e privados, uma importância ainda menor. Finalmente os fins legislativos ou governamentais urgentes são mais significativos que os não urgentes.

Desde a perspectiva empírica, uma limitação a um direito fundamental pode ser mais ou menos efetiva para limitar o direito, assim como para lograr a finalidade perseguida. Essa eficácia depende de sua rapidez, duração, probabilidade e da magnitude do alcance do direito que se restringe e da finalidade que se quer atingir⁴³.

As cortes constitucionais costumam integrar premissas normativas e empíricas na análise de proporcionalidade, com o objetivo de analisar essas variáveis. Essas premissas podem ter vários graus de confiabilidade. O grau de confiabilidade dessas premissas deve influir na comparação entre o alcance da limitação e da realização do objetivo. Por exemplo, quanto mais confiável for a premissa que demonstre que a limitação é grave, mais grave será a limitação. Ademais, quanto menos confiável for a premissa que demonstre que a limitação é grave, menos grave será a limitação.

⁴³ BERNAL (2014).

Segundo Alexy, é possível comparar o alcance da limitação do direito fundamental e o alcance da finalidade perseguida mediante a aplicação de uma escala triádica, composta pelos graus: leve, moderado e grave. Um juízo holístico que abarque a avaliação das premissas normativas e empíricas e sua confiabilidade resultaria na atribuição de um desses valores ao grau da limitação do direito e da consecução do fim. Uma comparação entre os juízos holísticos conduziria ao resultado da análise de proporcionalidade em sentido estrito. Essa comparação é levada a cabo mediante a aplicação da regra da ponderação, segundo a qual:

“Quanto maior seja o grau de descumprimento ou menoscabo [do direito fundamental], tanto maior deve ser a importância da satisfação do [fim perseguido]”⁴⁴.

Por conseguinte, se o alcance da consecução do fim perseguido é inferior ao da limitação do direito, a limitação não estaria justificada. Pelo contrário, se o alcance da consecução do fim perseguido é superior ao alcance da limitação do direito, a limitação estaria justificada. Se chegamos a um empate, porém a limitação não é resultado da legislação, esta não estaria justificada. Nenhum princípio contrário a uma liberdade constitucional pode prevalecer a menos que se aleguem razões mais poderosas a seu favor. No entanto, se uma manifestação legislativa cria a limitação ao direito e há um empate na aplicação da ponderação, em virtude do princípio democrático, a medida não seria considerada desproporcional.

3.2 A proporcionalidade na aplicação dos direitos sociais

Uma pergunta central deste artigo é: de que ajustes necessita esse conceito de proporcionalidade para que os juízes possam usá-lo no momento de aplicar os direitos sociais positivos? Aaron Barak⁴⁵, Matthias Klatt e Moritz Meister⁴⁶ sugeriram modificações na estrutura da proporcionalidade com o fim de adequá-la à aplicação dos direitos positivos. Entretanto, esses autores seguem, no essencial, a proposta de Robert Alexy sobre o mesmo ponto⁴⁷. Por essa razão, somente analisarei o modelo de proporcionalidade de Alexy para a aplicação dos direitos positivos ou, como ele os chama, direitos de proteção. Estes são uma espécie de direitos positivos porque

⁴⁴ ALEXY (2002).

⁴⁵ BARAK (2012).

⁴⁶ KLATT E MEISTER (2012).

⁴⁷ ALEXY (2002).

exigem do titular do dever a realização de uma ação positiva. Essa mesma estrutura deveria ser aplicada aos direitos sociais positivos.

O ponto de partida do modelo de proporcionalidade proposto por Alexy é um conjunto de suposições plausíveis que podem ser reformuladas desta maneira:

(1) Existem diferentes níveis e formas de dar cumprimento aos direitos de proteção;

(2) O titular do dever de fazer efetivo um direito de proteção não está obrigado a empreender todos os cursos de ação possíveis para dar cumprimento ao direito. De fato, não está obrigado a adotar simultaneamente aquelas medidas que resultem redundantes entre si;

(3) Em certas ocasiões, o dever de tornar efetivo um direito de proteção colide com o de não limitar as liberdades⁴⁸. Se surge uma colisão desse tipo, quanto mais se consiga satisfazer o direito de proteção com a medida adotada, correlativamente, tanto mais serão limitadas as liberdades que se encontram em colisão. De igual maneira, quanto menos uma medida limitar as liberdades, menor será também o cumprimento dos direitos de proteção que se encontram em conflito.

(4) Quanto à análise do dever de fazer efetivos os direitos à proteção, o princípio da proporcionalidade deve tentar primeiro reduzir a gama de possíveis níveis e modos de cumprimento dos direitos e logo fazer uma avaliação de quais cursos de ação são mais ou menos satisfatórios. Alexy utiliza o cenário do dever positivo de proteger o nascituro do aborto – tal como concebe a jurisprudência constitucional alemã – com o propósito de ilustrar seu modelo. Nesse cenário, reduz-se o espectro de possíveis medidas aplicáveis a quatro cursos de ação:

“A primeira medida, *M1*, é uma estrita proibição, que permite o aborto só se a vida da mãe se encontra em perigo. A *M2* consiste em uma proibição fraca que permite o aborto por motivos sociais. A *M3* abandona o sistema de proibição e exceção e exige unicamente que a pessoa tenha consultado um conselheiro, exigência da qual também dependerá a possibilidade de receber ajuda econômica. Por último, a

⁴⁸ O caso do aborto é um exemplo dessa colisão. O dever do Estado de proteger a vida do nascituro se choca com seu dever de não interferir na liberdade da gestante.

M4, que consiste simplesmente em permitir o livre aborto durante os primeiros três meses de gestação”⁴⁹.

Com fundamento nesses supostos, em relação à análise do dever de satisfazer os direitos de proteção, Alexy sustenta que o que importa, para efeito do princípio de proporcionalidade, é determinar se está justificado o “impacto que a omissão de [uma] medida de proteção” tem sobre o direito positivo. Isso dependerá se existe uma justificativa para que as autoridades políticas não tenham adotado uma medida mais satisfatória do que aquela que decidiram implementar. Este é o argumento central da referida posição.

Apesar das corretas suposições, o modelo de Alexy tem algumas deficiências. Em primeiro lugar, não aborda a estrutura dos subprincípios de idoneidade e necessidade, os quais compreendem premissas empíricas que também devem ser consideradas na análise da proporcionalidade. Em segundo lugar, ao menos em seu exemplo, Alexy assume que, em caso de colisão entre um direito positivo e uma liberdade, o curso de ação que protege o direito positivo ao mais alto nível é desproporcional em relação à liberdade. Também assume que a mínima medida de proteção é desproporcional ao direito positivo por não ser capaz de prever seu cumprimento em um grau suficiente. Essas suposições são injustificadas. Alexy não mostra nenhum argumento para sustentá-las. De fato, contrariamente à intuição de Alexy, muitos tribunais constitucionais e supremos têm encontrado que a *M4*, a medida mais débil de proteção do direito do *nasciturus*, é constitucional. Por fim, Alexy também assume que *M2* e *M3* são proporcionais. Disso deriva, então, que as autoridades políticas gozam de uma margem de discricionariedade para eleger entre as duas medidas. Todavia, Alexy propõe o problema partindo da suposição de que *M2* e *M3* são proporcionais. Esse é exatamente o problema que deve ser resolvido.

3.3 Um modelo dialógico de proporcionalidade para a aplicação constitucional dos direitos econômicos e sociais positivos

Este artigo sugere um modelo diferente de proporcionalidade para a aplicação constitucional dos direitos sociais positivos. O modelo é dialógico e se fundamenta no pressuposto de que, em contraste com o enfoque geral da análise da proporcionalidade relativa às liberdades, esta, no campo dos direitos sociais positivos, não pode

⁴⁹ Robert Alexy, *On Constitutional Rights to Protection*, p. 10 s.

ser um assunto exclusivamente de natureza judicial. Como titulares de deveres desse tipo de direitos, as autoridades políticas e os particulares devem dotar os juízes das premissas normativas e empíricas que a proporcionalidade supõe. Os juízes devem criar e conduzir um diálogo com esses agentes e com os titulares dos direitos em jogo, com o fito de determinar se existe uma violação de um direito e, nesse caso, de como repará-lo. Com o objetivo de garantir os princípios do governo representativo e a democracia, os juízes devem ser deferentes às premissas proporcionadas pelas autoridades políticas, a menos que sejam evidentemente irrazoáveis. Outrossim, a participação dos titulares de deveres nesta análise fortalecerá o seu compromisso com a satisfação dos direitos sociais positivos e direcionará esse compromisso a certos cursos de ação. Dessa maneira, será mais provável que os destinatários de deveres levem a cabo as ações orientadas à reparação das violações existentes. Além disso, se o modelo tem êxito, proporcionará uma base argumentativa não só para a prática judicial, mas também para a elaboração de leis e o desenho de políticas.

Apesar de sua semelhança, esse modelo de análise da proporcionalidade se aparta da estrutura tradicional do princípio alemão de proporcionalidade, que foi aplicado para o controle de constitucionalidade das limitações das liberdades constitucionais. Quando os juízes utilizam a análise tradicional de origem alemã, primeiro começam avaliando se houve alguma limitação no âmbito normativo de proteção de uma liberdade constitucional. Logo, avaliam se a dita limitação cumpre com as exigências dos três subprincípios de proporcionalidade, a saber, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por outro lado, a análise de proporcionalidade para a aplicação constitucional dos direitos sociais positivos deve ser realizada em duas etapas. Essa análise deve abordar a avaliação de todos os aspectos empíricos e interpretativos que sejam relevantes para determinar, em primeiro lugar, se houve violação de um direito social positivo e, em segundo, se tal violação é justificável. Dentro desse marco, a primeira etapa deve consistir em uma análise interpretativa e, a segunda, em uma análise empírica. Conjuntamente, as duas análises apontam no sentido de determinar se um direito desse tipo, em poder de um titular de direitos (*a*), não foi adequadamente satisfeito pelo destinatário de deveres (*b*), mediante um modo de ação adequado (*m*) que conduziria à consecução de um nível adequado de cumprimento (*n*).

Os casos de direitos sociais positivos começam com uma afirmação formulada pelo demandante (*a*), segundo a qual ele é o titular de um direito que deve ser satisfeito de uma certa maneira (*m*), e (*b*) é o destinatário de um dever de proteção e que está obrigado a levar a cabo ações correspondentes a um modo de satisfação (*m*) do

direito, com o fim de obter um nível de satisfação (*n*). A análise da proporcionalidade tem como objetivo determinar se as afirmações do demandante a respeito de (*n*) e (*m*) estão fundamentadas.

3.3.1 A análise interpretativa

Esta consiste em uma deliberação sobre o nível de cumprimento (*n*). Seu objetivo é determinar se a posição jurídica segundo a qual (*a*) tem direito a obter de (*b*) o nível de cumprimento (*n*) de seu direito se encontra dentro do âmbito de proteção da disposição constitucional que institucionaliza o direito social positivo pertinente. Essa etapa compreende três passos: (1) uma indagação sobre a inclusão *prima facie*; (2) uma avaliação das razões que tentam justificar a falta de cumprimento ao mais alto nível razoável de satisfação do direito; e (3) uma ponderação normativa.

3.3.1.1 A inclusão *prima facie*

A inclusão *prima facie* é uma análise do âmbito das disposições de direitos fundamentais sociais pertinentes por meio da interpretação jurídica. Quando os juízes realizam esta análise, devem determinar se o nível de cumprimento (*n*), alegado pelo autor, se encontra dentro do âmbito de proteção.

Nesta etapa, a pergunta central é: qual é o nível de satisfação do direito social positivo relevante que a Constituição exige? Contrário ao que afirmam alguns autores que apoiam as teorias do conteúdo mínimo, o âmbito normativo das disposições constitucionais sobre direitos sociais não compreende níveis mínimos de satisfação que sejam suficientes para procurar o que é essencial para as necessidades básicas⁵⁰. Se assim fosse, então o nível de satisfação dos direitos sociais que a constituição exige seria o mesmo para todas as sociedades, independentemente das suas possibilidades financeiras e de outras circunstâncias de fato. Por exemplo, em situações de severas restrições financeiras, é justificável que a legislação e a jurisprudência constitucional garantam o acesso à educação gratuita até o oitavo ano. Não obstante, esse nível de satisfação do direito à educação pode tornar-se desproporcional se o desenvolvimento e a mudança nas circunstâncias financeiras permitirem que o governo garanta, para toda a população, o acesso gratuito à escola secundária.

⁵⁰ Sobre as deficiências das teorias das necessidades básicas como marcos conceituais para justificar os direitos sociais e determinar seu conteúdo, ver YOUNG (2014).

A afirmação oposta tampouco seria plausível. O âmbito normativo não pode incluir posições jurídicas correspondentes a níveis máximos de satisfação dos direitos sociais para todos os indivíduos. Uma garantia máxima desse tipo implicaria, por exemplo, atribuir a cada indivíduo o direito de obter uma casa luxuosa; e de ter acesso universal à educação privada de pós-graduação paga pelo governo em universidades privadas de primeiro nível, ou um nível de cobertura de saúde que incluísse todo tipo de tratamentos cosméticos. Essa afirmação carece de plausibilidade porque, ao maximizar o alcance dos direitos sociais, se reduziria a um mínimo inaceitável o alcance da justiça distributiva em uma sociedade de livre mercado.

Portanto, a interpretação do âmbito normativo das disposições constitucionais sobre direitos sociais deve ser feita com fundamento no que chamarei “o princípio do mais alto nível razoável”. De acordo com este, as disposições constitucionais sobre direitos sociais garantem o mais alto nível razoável de satisfação. Logo, o que deve ser determinado no começo da análise de proporcionalidade é se uma interpretação mais ampla, porém não evidentemente irrazoável, do âmbito normativo da disposição relevante permitiria incluir em dito âmbito a posição jurídica que se examina. Desde a perspectiva do método literal, essa postura permite a inclusão de qualquer posição jurídica se, não sendo evidentemente irrazoável, tem ao menos uma propriedade que, tomada isoladamente, a vincule com o âmbito semântico da disposição correspondente. A partir do ponto de vista do método finalístico, o entendimento mais amplo permite a inclusão de posições jurídicas mediante argumentos teleológicos com a seguinte estrutura:

(1) Uma disposição constitucional de direitos sociais (p) prescreve o direito a obter um estado de coisas (e);

(2) Se o titular do direito (a) não pode exigir o direito a (φ), e (φ) não é evidentemente irrazoável, então (s) não pode ser obtido.

Conclusão: (p) estabelece os fundamentos *prima facie* (a) para reclamar o direito de acesso a (φ).

Em todo caso, não pode ser atribuída uma posição jurídica a uma disposição de direitos sociais se aquela não se enquadra no âmbito semântico desta, ou se está enquadrada dentro de uma cláusula de limitação constitucional do direito social.

Nessa análise interpretativa, os juízes devem examinar as variáveis relacionadas ao nível de cumprimento (*n*). Com relação a (*n*), por exemplo, em *Soobramoney*⁵¹, a Corte Constitucional da África do Sul interpretou a frase “a ninguém pode ser negado tratamento médico de emergência” do artigo 27 da Constituição. A mencionada Corte determinou que dar tratamento de diálise a um paciente com insuficiência renal crônica não poderia ser considerado como um “tratamento médico de emergência”, ainda se fosse levada a cabo uma interpretação ampla dessa disposição. Nesse sentido, a Corte sustentou que a pretensão do direito de obter tratamento de diálise nessas condições se situaria fora do âmbito semântico do artigo 27 da Constituição, relativo a não negar tratamentos médicos de emergência.

Ademais, a pretensão principal nesse caso foi determinar se era constitucional um programa público de diálise renal que só incluía pacientes “elegíveis para um transplante de rins” e “livres de enfermidades vasculares ou cardíacas significativas”. O demandante não poderia ser incluído no programa, porque padecia de enfermidade vascular. Além do fato de que o paciente não necessitava de tratamento de emergência, em casos como esse, a análise de proporcionalidade exigirá a inclusão *prima facie* de uma posição jurídica segundo a qual o ator tem direito ao tratamento de diálise. Tal inserção *prima facie* não seria irrazoável e permitiria que os juízes determinassem se o nível de satisfação do direito à saúde, por parte de um programa público que exclui a diálise para pacientes com enfermidades vasculares, é proporcional ou não.

3.3.2 Uma análise das razões da falta de satisfação do direito no nível mais alto razoável

A segunda indagação da primeira etapa da análise de proporcionalidade consiste em determinar se existe uma razão normativa legítima para não outorgar validade definitiva à posição jurídica, que foi *prima facie* incluída na primeira parte da análise. Os destinatários de deveres em relação aos direitos sociais positivos devem aportar as razões legítimas pertinentes ao diálogo que se apresenta durante o controle de constitucionalidade, as quais pretenderão justificar que não se pode garantir o mais alto nível razoável de satisfação do direito.

Com o fim de respeitar o princípio da separação de poderes e fazer deferência às autoridades políticas, deve ser construído um conceito de razão normativa

⁵¹ SOOBARAMONEY V. MINISTER OF HEALTH, KWAZULU-NAT (1998).

legítima de maneira negativa e débil. Conforme essa linha de raciocínio, uma razão normativa é legítima se a constituição a proíbe expressis verbis ou de maneira implícita. Em consequência, qualquer outro direito ou fim constitucional ou legislativo não proibido pode ser considerado uma razão normativa legítima. Um exemplo desta seria o princípio do equilíbrio das finanças públicas. Em *Soobramoney*, por exemplo, tal princípio foi uma razão normativa contrária à inclusão de todos os pacientes no programa de diálise. Em todo caso, a exigência de uma razão normativa legítima para a falta de satisfação no mais alto nível razoável de um direito tornaria inconstitucional a mera falta de ação legislativa ou administrativa⁵².

3.3.3 Uma ponderação normativa

A etapa interpretativa da proporcionalidade deve ser concluída com uma ponderação normativa. Trata-se do caso de proporcionalidade em sentido estrito. Nesse contexto, a proporcionalidade exige que a importância da razão normativa identificada na segunda parte da análise normativa justifique a relevância da falta de satisfação do direito social positivo em jogo no mais alto nível razoável.

A análise implica em uma comparação entre duas magnitudes: a importância da razão normativa e a relevância da falta de satisfação do direito no mais alto nível razoável. A segunda magnitude depende se o destinatário do dever esteve absolutamente inativo para cumprir com o direito ou implementou uma ação, uma política ou um programa para cumprir com o direito em um nível inferior ao nível mais alto razoável de satisfação. Se este último é o caso, então o valor da segunda magnitude corresponde à diferença entre a medida realmente implementada e o nível mais alto razoável de cumprimento.

Aqui novamente é possível comparar as duas magnitudes, por exemplo, com fundamento em uma escala triádica: leve, moderado e grave – o valor que se deve atribuir a essas magnitudes depende de variáveis normativas. As autoridades políticas devem fornecer premissas sobre essas variáveis no diálogo que tem lugar no controle de constitucionalidade.

Um exemplo de tal respeito se encontra na citada Sentença T-740/2011 da Corte Constitucional da Colômbia sobre o direito à água⁵³. Nesta decisão, a Corte

⁵² No caso *Mazibuko e City of Johannesburg* (2009), a Corte Constitucional Sulafricana compartilhou essa intuição. Considerou a “inação absoluta” como um indicador de irracionalidade.

⁵³ Sentença T-740/2011.

Constitucional da Colômbia resolveu uma medida cautelar na qual a demandante, que carecia de capacidade econômica para pagar a fatura de água, alegou que a suspensão do serviço por parte de uma empresa privada violava seu direito fundamental à água e solicitou perdão ao dever de pagar as faturas do serviço. Apesar da falta de uma disposição que garantisse expressamente o direito à água na Constituição colombiana, a Corte reconheceu a validade desse direito devido aos seus vínculos com o direito à vida e à dignidade humana. O assunto mais relevante nesse caso era se a requerente tinha direito a receber de uma empresa privada água gratuita ilimitada ou, em outras palavras, se a Constituição garantia a satisfação desse direito às pessoas que não contam com capacidade financeira para pagar a fatura. A análise das variáveis normativas consiste em considerar a colisão entre a provisão de água gratuita e o princípio de sustentabilidade financeira do serviço. As autoridades políticas deveriam levar ao diálogo constitucional uma avaliação holística do impacto que teria a provisão dessa quantidade de água para as políticas dirigidas a garantir serviços de água sustentáveis para o maior número possível de cidadãos no marco do mercado atual. Conceder água gratuita e ilimitada ao autor e (pelo princípio de igualdade e da doutrina do precedente) a todas as pessoas que estivessem na mesma situação, ou em uma situação análoga, seria irrazoável, pois teria um efeito extremamente negativo sobre o princípio de sustentabilidade financeira dos serviços de água. Ao mesmo tempo, não conceder este nível de cumprimento, ou outorgar este nível irrazoável de cumprimento, em comparação com um nível inferior razoável, teria somente um efeito negativo “leve” quanto ao direito à água do demandante. É previsível que, se as pessoas recebem água gratuita ilimitada, não utilizarão esse recurso escasso, segundo sua necessidade. Muito seguramente, o resultado seria um desperdício injustificado do recurso.

Dessa maneira, a ponderação normativa deve partir de um nível razoavelmente alto de satisfação do direito. De acordo com o Comentário Geral n.º 15 (2002) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁴ e o relatório de 2003 sobre “Quantidade de água doméstica, nível de serviço e saúde” da Organização Mundial da Saúde⁵⁵, na Sentença T-740/2011, a Corte Constitucional da Colômbia examinou o direito a uma quantidade diária gratuita de 50 litros por pessoa. Nessa sentença, a Corte considerou esta quantidade como razoável e proporcional. A proporcionalidade de 50 litros por pessoa poderia ser estabelecida se, por exemplo, houvesse evidência de que a diferença entre a água gratuita e ilimitada e os 50 litros por

⁵⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (2002).

⁵⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2003).

dia por pessoa é somente leve, e o impacto dessa quantidade na sustentabilidade financeira do serviço de água também é leve. Se a primeira magnitude é maior que a segunda (por exemplo, porque essa quantidade de água põe em perigo uma vida digna), então se deve optar por um maior nível de cumprimento do direito. Se a segunda é maior que a primeira (por exemplo, porque, nas circunstâncias atuais, o sistema de água não pode proporcionar 50 litros de água grátis por pessoa), então se deve eleger um nível de cumprimento mais baixo (*hrl-1*). A título de exemplificação, isso poderia explicar por que em *Mazibuko*, em circunstâncias de seca, a Corte Constitucional da África do Sul acordou que o programa do governo era razoável⁵⁶, ao proporcionar 25 litros diários de água grátis por pessoa.

Na concepção dialógica da proporcionalidade, as autoridades políticas deveriam ter a capacidade de enunciar a lista de possíveis níveis de satisfação do direito, ordená-los de maior a menor (*hrl*, *hrl-1*, *hrl-2...*, *lrl*) e especificar as razões normativas para eleger um deles como o adequado. Esse é um conhecimento especializado que de nenhuma maneira se encontra no texto da constituição ou nas metodologias de interpretação constitucional. Os juízes necessitam desse tipo de conhecimento para determinar quais são os graus superiores e inferiores nos quais se pode satisfazer um direito social positivo. Eles não deveriam estabelecer esses dados por si mesmos, do contrário, a análise da proporcionalidade poderia terminar sendo baseada em um conjunto de supostos judiciais injustificados.

Os juízes devem utilizar o conhecimento proporcionado pelas autoridades políticas como o conjunto de premissas relevantes para a análise de proporcionalidade. Dessa forma, a supremacia judicial será mantida para apreciar a manifesta irrazoabilidade e inverosimilhança das alegações normativas dos parlamentos e dos governos. Ademais, podem avaliar essas afirmações utilizando alguns critérios de ponderação⁵⁷, como os expostos a seguir:

Vulnerabilidade: sempre que uma pessoa se encontre em situação de vulnerabilidade, existem mais razões para considerá-la titular de um direito a ter acesso a um certo nível (*n*) de um direito social positivo a (*φ*), se (*n*) se relaciona com sua vulnerabilidade.

⁵⁶ CASO MAZIBUKO V CITY OF JOHANNESBURG (2009) resulta ser desproporcional, então deve ser analisado o seguinte nível mais baixo de cumprimento (*hrl-3*) e assim sucessivamente.

⁵⁷ Esses critérios de ponderação poderiam acomodar algumas das intuições plausíveis por trás dos padrões de razoabilidade e o conteúdo mínimo.

Conteúdo mínimo internacional: se uma posição jurídica se enquadra no conteúdo mínimo internacional de um direito social, a falta de satisfação de dita posição deve ser considerada como uma limitação grave ao direito social positivo relevante.

Satisfação das necessidades básicas para a sobrevivência: se o objeto de uma posição jurídica representa a satisfação de certa necessidade básica para a sobrevivência, a falta de sua satisfação representará uma grave limitação ao direito social positivo sob o qual recai dita posição.

3.3.4 A Análise empírica

A etapa empírica da análise de proporcionalidade para a proteção de direitos sociais positivos é um estudo da relação entre o modo (m) e o nível (n) de satisfação do direito social positivo relevante. Essa análise aborda assuntos empíricos que são análogos ao objeto dos subprincípios de idoneidade e necessidade na análise de proporcionalidade da liberdade.

Uma vez determinado o nível de cumprimento (n) na primeira etapa de proporcionalidade, surgem duas questões: em primeiro lugar, se o modo de cumprimento (m) que o autor considera adequado é o idôneo para obter (n) e, em segundo, se esse modo de cumprimento (m) é necessário. Em outras palavras, se, entre todos os cursos de ação que são igualmente aptos para lograr (n), (m) é a opção menos restritiva do ponto de vista da razão normativa frente ao pleno cumprimento do direito socioeconômico.

O ponto principal da idoneidade é a adequação. Em princípio, as autoridades políticas e administrativas gozam de uma margem de apreciação ou discricionariedade para selecionar a modalidade de cumprimento. Por isso, a análise da adequação deve ser construída com uma concepção fraca e deferente. Dessa maneira, deve ser descartado todo modo de cumprimento que não contribua em absoluto com o logro do nível de satisfação perseguido (n). Ademais, a falta de adequação deve ser demonstrada mediante premissas empíricas confiáveis, que devem ser baseadas em conhecimentos científicos ou crenças sociais geralmente aceitos.

A análise da necessidade implica comparar (m) com outros cursos de ação alternativos, examinando se algum dos meios alternativos cumpre com dois requisitos: se é ao menos tão adequado como (m) para contribuir com o alcance do logro de

(n); e se é a opção menos restritiva do ponto de vista da razão normativa frente a um maior nível de satisfação do correspondente direito social positivo ($n+1$).

Caso não existam outros meios alternativos que possam alcançar (n), então (m) é necessário. Adicionalmente, a análise da necessidade é muito complexa. A medida em que (m) e os meios alternativos podem contribuir para alcançar (n) pode ser avaliada mediante vários critérios: quantidade, qualidade, probabilidade, velocidade e eficácia. Estes também se aplicam para a análise da forma em que interferem com a razão normativa frente a um maior nível de satisfação do direito social positivo relevante ($n+1$). Nesse ponto, os tribunais necessitam de conhecimentos financeiros e técnicos sobre todas as referidas variáveis. Somente as autoridades políticas e administrativas podem contribuir com esse conhecimento e expor os argumentos para eleger o modo de cumprimento mais adequado^{viii}. Em relação a esse aspecto, os juízes devem ser deferentes com as autoridades políticas, a menos que seus argumentos sejam evidentemente irrazoáveis. Isso preservará o poder das autoridades políticas para eleger e implementar cursos de ação que sejam, por exemplo, mais efetivos, porém mais lentos para alcançar o fim perseguido ou menos intrusivos, porém mais propensos a restringir liberdades constitucionais que os meios alternativos. Nessa perspectiva, as considerações políticas, administrativas e técnicas não podem ser substituídas pela interpretação constitucional.

Em síntese, esta seção propõe um modelo para a aplicação judicial dos direitos sociais positivos por meio da análise de proporcionalidade, a qual tem dois passos: uma análise interpretativa e outra análise empírica. Na primeira, os juízes devem determinar o nível constitucionalmente perseguido de satisfação do direito relevante (n). Essa etapa compreende três indagações: a primeira diz respeito à inclusão *prima facie* do nível de proteção perseguido pela disposição constitucional de direitos relevante e o exame das razões para a falta de satisfação do direito no mais alto nível razoável; a segunda, se existe uma razão normativa legítima para não outorgar validade definitiva à posição jurídica, que foi *prima facie* determinada na primeira parte da análise; por último, faz-se uma ponderação normativa entre a razão normativa identificada na segunda indagação e a perseguida pela disposição constitucional, que justifica a relevância da falta de satisfação do direito social positivo no mais alto nível razoável possível.

^{viii} Na Colômbia, é comum ampliar o contraditório acerca dos dados públicos por meio da participação de *amicus curiae*. Isso também é comum no STF, no Brasil, nos casos de processos com múltiplos afetados. [N.T.]

A etapa empírica consiste na análise da relação entre o modo e o nível de satisfação do direito social positivo relevante. Uma vez determinado esse nível na primeira etapa da proporcionalidade, surgem duas questões. Em primeiro lugar, se o modo de satisfação que o autor considera adequado é idôneo para conseguir o fim perseguido; e, em segundo, se esse modo de cumprimento é necessário. Em ambas as análises, o modelo fundamenta uma visão segundo a qual os tribunais deveriam ser deferentes com as autoridades políticas e administrativas e deveriam buscar o diálogo com estas. Dessa forma, tal modelo é respeitoso com o princípio de separação de poderes e cria incentivos para o desenho e a implementação de políticas econômicas e sociais efetivas.

3.4 Proporcionalidade e recursos deliberativos para reparar as violações positivas aos direitos sociais

Esse modelo dialógico de análise de proporcionalidade é consistente com uma estratégia deliberativa para eleger os meios para reparar as violações dos direitos sociais positivos – existem diferentes remédios disponíveis para isso. Entre eles, têm-se os remédios débeis (como estabelecer objetivos para as autoridades políticas, ou emitir recomendações, exortações ou ordens declarativas); os remédios processuais (como medidas para promover o compromisso, o diálogo e a participação das partes interessadas); os remédios substantivos fortes (incluindo as ordens concretas ou a exigência de prazos determinados para que o estado mostre os resultados perseguidos); e uma combinação de remédios fortes com uma estratégia de reter e exercer a jurisdição para supervisionar a execução dos remédios adotados. Essa lista estabelece uma progressão dos mais fracos aos mais fortes.

Poderia ser dito que os remédios fracos, por si mesmos, não criam incentivos suficientes para que as autoridades políticas e administrativas reparem as violações aos direitos sociais positivos. Em contraste, existe literatura relevante que aplaude o uso de remédios fortes acompanhados do exercício da jurisdição de supervisão do cumprimento das ordens judiciais. Por exemplo, como destacou David Landau, os defensores do uso dos remédios fortes argumentam que essa postura “traz resultados”⁵⁸. Adicionalmente, Roach e Budlender argumentaram que “em alguns casos, pode ser necessária a utilização de remédios mais fortes que impliquem uma

⁵⁸ Ver LANDAU (2014).

reparação obrigatória [...], e particularmente quando os governos são incompetentes ou intransigentes em relação à implementação dos direitos”⁵⁹.

A Corte Constitucional da Colômbia utilizou remédios fortes e contundentes na hora de resolver casos estruturais e específicos. A Sentença T-025/04 da Corte Constitucional da Colômbia é o caso histórico nessa matéria. Tal sentença surge como resposta a 108 ações de tutela apresentadas separadamente por 1150 famílias de deslocados internos. Dadas suas características, pretensões e motivos comuns, a Corte Constitucional reuniu os autos dos processos. Os requerentes denunciaram que a falta de uma política pública uniforme para a proteção dos deslocados internos permitiu a violação massiva de vários de seus direitos fundamentais – alguns deles só haviam recebido ajuda humanitária incompleta e intermitente. Outros não haviam recebido ajuda alguma, apesar de haver solicitado reiteradamente proteção em matéria de moradia, acesso ao trabalho ou participação em projetos produtivos, saúde, educação e alimentação. As agências estatais argumentaram falta de competência, orçamento insuficiente ou limite temporal de três meses da ajuda humanitária de emergência.

Os demandantes interpuseram ações de tutela solicitando ao poder judiciário a proteção dos direitos fundamentais assinalados. A Corte Constitucional reconheceu que os direitos à vida digna, à integridade pessoal, à igualdade, ao trabalho, à saúde, à seguridade social, à educação, ao ingresso mínimo e à proteção especial dos idosos, às mulheres chefe de família, às crianças e aos deslocados internos, foram violados massiva e reiteradamente por omissões imputáveis às autoridades nacionais e regionais. A Corte ditou dois tipos de resoluções: ordens de execução complexa e ordens simples. As primeiras exigiam que as agências estatais coordenassem ações para assignar um orçamento adequado, desenhar e implementar políticas para garantir os direitos de toda a população deslocada. As ordens simples responderam a solicitações concretas realizadas pelos demandantes em relação à proteção urgente de seus direitos. Ademais, a Corte Constitucional manteve sua competência para supervisionar a implementação das ordens emitidas. No exercício de suas faculdades de controle, a Corte utilizou medidas fortes, ordenando à Administração Pública a provisão de determinados recursos, bens e serviços para atender à população deslocada interna.

⁵⁹ Ver Kent Roach e Geoff Budlender, *Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When is it Appropriate, Just and Equitable?*, 15 (1) S. AFR. LAW J. 327 (2005).

Não obstante, dados confiáveis mostram que a estratégia da Corte de adotar remédios fortes em suas decisões de seguimento foi ineficiente⁶⁰. De acordo com certas valorações, esse é um caso claro de geração judicial de políticas públicas ineficientes que não deve ser imitado⁶¹. Isso não surpreende devido à falta de conhecimentos técnicos em matéria de suficiência financeira e bem-estar por parte do poder judiciário. Alguns dos remédios fortes implementados aumentaram os litígios e levaram o governo a assignar uma quantidade vultosa de recursos para os custos de transação dos litígios. Depois de quase 20 anos de implementação, a violação dos direitos sociais positivos ainda não foi superada. Pelo contrário, os dados mostram um aumento do número de deslocados internos de 3,6 milhões em 2004 a 7,7 milhões em 2017. 66,2% deles não receberam nenhuma ajuda do governo; 0,5% receberam todos os serviços oferecidos pelas autoridades; 97,6% dos deslocados internos ainda vivem na pobreza; e 78,8% vivem em condições de necessidade extrema. Por isso, ademais dos efeitos simbólicos⁶², não se deve afirmar que a jurisprudência da Corte Constitucional colombiana transformou o deslocamento interno na Colômbia⁶³. O problema é demasiado grande para uma ferramenta modesta como o constitucionalismo. Todavia, tampouco podem ser subestimados os resultados da jurisprudência constitucional, por modestos que sejam, dado que seguramente tiveram um impacto positivo na vida de centenas de milhares de deslocados internos.

Os dados relacionados aos casos estruturais dos reclusos também levam a algumas conclusões desalentadoras. Recentes decisões da Sala de Seguimento das Sentenças T-388/2013 e T-762/2015 da Corte Constitucional estabelecem um muito baixo nível de satisfação das ordens judiciais proferidas⁶⁴. No marco desse caso estrutural e dos outros dois (deslocados internos e saúde), as organizações da sociedade civil e outros atores sociais continuam solicitando à Corte que mantenha sua competência de controle até que seja dado pleno cumprimento às ordens expedidas. Portanto, agora o assunto a debater é quando deve a Corte deixar de exercer essa função de supervisão. Uma resposta a essa pergunta implica um trilema: em primeiro lugar, a Corte não pode exercer essa função para sempre, pois não está prevista entre suas competências constitucionais. Por outro lado, os programas

⁶⁰ A Corte Constitucional reconheceu os principais problemas no Auto A-373/16.

⁶¹ Ver uma notável avaliação e análise dos dados encontrados em: andrés gutiérrez, o amparo estrutural dos direitos (2018).

⁶² RODRÍGUEZ-GARAVITO E RODRÍGUEZ-FRANCO (2015).

⁶³ Naturalmente, isso propõe uma questão ainda mais ampla em relação a quais seriam os prazos apropriados para avaliar a eficácia dos recursos. Não poderei abordar este tema nesta oportunidade.

⁶⁴ Ver autos a-548/17, a-121/18, y a-110/19.

adotados pelas autoridades não protegem os direitos sociais violados no nível de satisfação constitucionalmente perseguido e tampouco se espera que possam alcançá-lo em um curto prazo. Os juízes de instâncias inferiores emitiram ordens contra altos funcionários governamentais acompanhadas de condenações por desacato por descumprimento de sentenças (como algumas contra o diretor da agência a cargo da proteção e reparação das vítimas). A maioria das condenações a penas de cárcere e multas terminaram sendo perdoadas devido ao fato de que os funcionários condenados haviam demonstrado ter feito o possível para cumprir as ordens, especialmente em condições de insuficiência de recursos públicos, principal causa do descumprimento das ordens judiciais. Alguns deles argumentaram com êxito que algumas ordens judiciais são de impossível cumprimento. Nessas circunstâncias, se a Corte deixa de exercer sua função de supervisão, deve aceitar a falta de cumprimento de suas sentenças ou admitir que tal cumprimento é impossível nas circunstâncias políticas e econômicas atuais. Em qualquer caso, segue aberta a questão acerca de se a Corte deve admitir mais demandas constitucionais a respeito dos mesmos resultados sociais não alcançados. Dessa maneira, são múltiplas as razões que conduzem a duvidar da capacidade da Corte Constitucional para reparar a violação dos direitos sociais positivos mediante o uso de remédios fortes.

No que tange aos casos individuais, a Corte colombiana segue adotando remédios fortes em um número enorme de casos nos quais as autoridades não proporcionam aos requerentes medicamentos ou serviços médicos. Aqui novamente alguns dados mostram a falta de eficiência dessa estratégia e a criação de incentivos ineficientes, como a prática comum de se ter que interpor uma ação de tutela contra o sistema de saúde com o fim de solicitar a provisão ou prestação de alguns bens e serviços. De acordo com essa prática, o sistema responde, então, apenas às petições daqueles que as ganharam pela via do litígio judicial.

Agora, de acordo com o modelo dialógico de análise da proporcionalidade apresentado anteriormente, poderia ser sugerido um modelo de remédios deliberativos. Assim, a Corte deve deliberar com as partes interessadas relevantes sobre o nível e o modo de proteção do direito e catalisar o compromisso entre eles para selecionar e implementar as soluções apropriadas. Essa estratégia foi provada e utilizada na África do Sul e é conhecida como a estratégia de solução mediante a criação de um “compromisso significativo”⁶⁵. Sua implementação consiste em que a Corte Constitucional chama às partes do processo e a outras interessadas a que se comprometam entre si

⁶⁵ Ver LIEBENBERG (2012).

a desenhar um plano para reparar a violação dos direitos fundamentais afetados e a informar os correspondentes avanços à Corte e a outras agências estatais de supervisão⁶⁶. A razão desses experimentos é tentar maximizar a efetividade na realização dos direitos sociais e, ao mesmo tempo, minimizar a interferência em relação ao princípio de separação de poderes. Naturalmente, dentro do modelo ou análise de proporcionalidade, a estratégia selecionada deve cumprir com as exigências das etapas normativas e empíricas explicadas. O papel da Corte se centra em catalisar o diálogo e supervisionar a implementação dos remédios selecionados.

A mencionada Sentença T-91/2018 da Corte Constitucional da Colômbia oferece um exemplo claro de como os juízes podem desempenhar esse papel. Durante o processo, a Corte iniciou um diálogo com as autoridades educativas sobre a possibilidade de abrir a escola secundária solicitada pelos peticionários. Para começar, a Corte perguntou quais possibilidades havia para oferecer aos estudantes vagas nas classes de ensino médio nas localidades vizinhas. O Ministério da Educação identificou duas escolas secundárias a 20 quilômetros de distância, onde os estudantes poderiam continuar sua formação. Na sentença, a Corte decidiu ordenar às autoridades que iniciassem um diálogo significativo com os demandantes e acordassem dois assuntos: em que escola secundária continuariam os estudantes sua formação e como as autoridades educativas poderiam financiar o transporte. O diálogo entre os requerentes e as autoridades foi muito frutífero e, ao cabo de uns dias, estabeleceram um acordo. Os estudantes puderam ser matriculados em uma escola secundária e o governo municipal comprometeu-se a financiar o correspondente transporte.

Um resultado similar foi alcançado mediante a mencionada Sentença T-209/2009. Depois de estabelecer que a falta de provisão de um meio de transporte seguro à escola constituía uma limitação desproporcionada do direito à educação (no requisito ou componente de acessibilidade), a Corte ordenou à “Defensoría del Pueblo”^{ix}, aos pais dos estudantes e às autoridades administrativas comprometerem-se significativamente para encontrar uma solução apropriada ao problema. Ao fazê-lo, a Corte aproveitou a prioridade epistêmica das partes. No geral, os titulares dos direitos e as autoridades chamadas a protegê-los estão mais bem posicionados que a Corte para determinar qual é o modo mais eficiente de proteção do direito em

⁶⁶ Sobre essa estratégia, ver BERNAL e outros (2019).

^{ix} A “Defensoría del Pueblo” é um organismo previsto no art. 282 da Constituição colombiana, com o propósito de defender, promover, proteger e divulgar os direitos humanos, as garantias e as liberdades dos habitantes do território nacional e dos colombianos residentes no exterior, frente a atos, ameaças ou ações ilegais, injustas, irrazoáveis, negligentes ou arbitrárias de qualquer autoridade ou dos particulares. Assemelha-se à Defensoria Pública da União, no Brasil, porém com competências mais amplas. [NT]

circunstâncias de limitações financeiras. Ademais, com essa aproximação, a Corte gerou um maior grau de compromisso das autoridades administrativas, que se envolveram no processo de busca de uma solução adequada. A Corte reduziu seu papel ao catalisar a deliberação entre as partes e controlar a proporcionalidade e a viabilidade das soluções por elas selecionadas. Essa medida é mais respeitosa do princípio da separação de poderes do que a implementação de remédios fortes.

O uso dessa estratégia deu frutos com resultados surpreendentes. O município reparou a ponte danificada com prontidão. Adicionalmente, construiu outra ponte em uma zona que dela necessitava, fez reparações necessárias na escola, trocou o teto, instalou novos banheiros e, pela primeira vez, foi alcançado o acesso a serviços públicos. A Corte Constitucional somente teve que certificar os acordos formulados entre as partes e supervisionar a culminância dos projetos.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ALEXY, Robert (2002): *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford, Oxford University Press).

ALEXY, Robert (2009): “On Constitutional Rights to Protection”, *Legisprudence*, vol. 3, pp. 10 f.

BARAK, Aharon (2012): *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge, Cambridge University Press), p. 422 f.

BERNAL, Carlos (2013): “The Migration of Proportionality across Europe”, *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 11, N° 3, pp. 483–515.

BERNAL, Carlos (2014): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Bogotá, Editorial Temis).

BERNAL, Carlos, Diego González, María Fernanda Barraza, Nicolás Esguerra, Santiago García Jaramillo y Vicente Benítez (2019): “2018 Global Review of Constitutional Law: Colombia”, *International Journal of Constitutional Law*.

BILETZKI, Anat y MATAR, Anat (2009): “Wittgenstein”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: [<http://plato.stanford.edu/entries/wittgenstein/>]. Data de consulta: 26 de novembro de 2024.

BILCHITZ, David (2007): *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights* (Oxford, Oxford University Press).

BILCHITZ, David (2014): “Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, pp. 710–739; “Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine: A rejoinder to Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, pp. 747–750.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (2002): Observación General N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 29 de noviembre, U.N. Doc. E/C.12/2002/11.

CONTIADES, Xenophon y FOTIADOU, Alkemene (2014): “Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine: A reply to David Bilchitz”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, pp. 740–756.

CONTIADES, Xenophon y FOTIADOU, Alkemene (2014): “Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation”, en *International Journal of Constitutional Law*, pp. 660–686.

DIXON, Rosalind y GINSBURG, Tom (2011): “The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as ‘Insurance Swaps’”, *Constitutional Court Review*, vol. 4, pp. 3–38.

DWORKIN, Ronald (1975): “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, vol. 88, N° 6, pp. 1057–1109.

GERSTENBERG, Oliver (2012): “Negative/Positive Constitutionalism, ‘Fair Balance,’ and the Problem of Justiciability”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, N° 4, pp. 906–933.

GUTIÉRREZ, Andrés (2018): *El amparo estructural de los derechos* (México, Editorial Porrúa).

KING, Jeff (2012): *Judging Social Rights* (Cambridge, Cambridge University Press).

KLATT, Matthias y MEISTER, Moritz (2012): *The Constitutional Structure of Proportionality* (Oxford, Oxford University Press), p. 85.

LANDAU, David (2014): “Aggressive Weak-Form Remedies”, *Constitutional Court Review*, vol. 5, pp. 244–268.

LANDAU, David (2014): “The Promise of a Minimum Core Approach: The Colombian Model for Judicial Review of Austerity Measures”, en NOLAN, Aiofe (ed.), *Economic and Social Rights After the Global Financial Crisis* (Cambridge, Cambridge University Press).

LIEBENBERG, Sandra (2010): *Socio-economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution* (Ciudad del Cabo, Juta & Co.).

LIEBENBERG, Sandra (2012): “Engaging the Paradoxes of the Universal and Particular in Human Rights Adjudication: The Possibilities and Pitfalls of ‘Meaningful Engagement’”, *African Human Rights Law Journal*, vol. 12, N° 1, pp. 1–24.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude (1998): *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen* (Tübingen, Mohr Siebeck).

MICHELMAN, Frank I. (2008): “Socio-economic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, pp. 667–700.

MINISTER OF HEALTH V TREATMENT ACTION CAMPAIGN (No. 2) (2002): 5 SA 721 (CC), parágrafos 30–39.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2003): *Domestic Water Quantity, Service Level and Health* (Ginebra, OMS).

O’CONNELL, Paul (2011): “The Death of Socio-Economic Rights”, *Modern Law Review*, vol. 74, N° 4, pp. 532–553.

PILLAY, Anashri (2005): “Reviewing Reasonableness: An Appropriate Standard for Evaluating State Action and Inaction?”, *South African Law Journal*, vol. 122, pp. 420–452.

PILLAY, Anashri (2013): “Economic and Social Rights Adjudication: Developing Principles of Judicial Restraint in South African and the United Kingdom”, *Public Law*, pp. 599–621.

ROACH, Kent y BUDLENDER, Geoff (2005): “Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When is it Appropriate, Just and Equitable?”, *South African Law Journal*, vol. 15, N° 1, pp. 327–350.

SCHLINK, Bernhard (2012): “Proportionality (1)”, en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 721–747.

SHUE, Henry (1980): *Basic Human Rights* (Princeton, Princeton University Press).

STEINBERG, Carol (2006): “Can Reasonableness Protect the Poor? A Review of South Africa’s Socio-Economic Rights Jurisprudence”, *South African Law Journal*, vol. 123, pp. 264–282.

STRAWSON, Peter (1959): *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics* (Londres, Methuen).

TUSHNET, Mark (2004): “Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”, *Texas Law Review*, vol. 82, pp. 1903–1905.

WESSON, Murray (2011): “Reasonableness in Retreat? The Judgment of the South African Constitutional Court in *Mazibuko v City of Johannesburg*”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, pp. 390–414.

WITTGENSTEIN, Ludwig (2001): *Philosophical Investigations. The German Text, with a Revised English Translation* (Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, trad.) (Oxford, Blackwell), §§65–71.

WOOLMAN, Stu y BISHOP, Michael (2013): *Constitutional Law of South Africa*, 2ª ed., vol. 5, pp. 56A–12 (Ciudad del Cabo, Juta & Co.).

YOUNG, Katharine (2008): “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *Yale Journal of International Law*, vol. 33, pp. 113–175.

YOUNG, Katharine (2012): *Constituting Economic and Social Rights* (Oxford, Oxford University Press).

JURISPRUDÊNCIA CITADA

Sentença SU-559/97 (1997): Corte Constitucional da Colômbia, 11 de dezembro, M.P. (magistrado relator). Alejandro Martínez Caballero.

Sentença T-068/98 (1998): Corte Constitucional da Colômbia, 11 de fevereiro, M.P. (magistrado relator). Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentença T-153/98 (1998): Corte Constitucional da Colômbia, 6 de abril, M.P. (magistrado relator) Alfredo Beltrán Sierra.

Sentença SU-090/00 (2000): Corte Constitucional da Colômbia, 27 de março, M.P. (magistrado relator) Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentença T-068/10 (2010): Corte Constitucional da Colômbia, 1 de fevereiro, M.P. (magistrado relator) María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-025/04 (2004): Corte Constitucional da Colômbia, 22 de janeiro, M.P. (magistrado relator) Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-740/11 (2011): Corte Constitucional da Colômbia, 26 de setembro, M.P. (magistrado relator) Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia T-760/08 (2008): Corte Constitucional da Colômbia, 31 de julho, M.P. (magistrado relator) Rodrigo Escobar Gil.

SOOBARAMONEY V. MINISTER OF HEALTH, KwaZulu-Nat (1998): 1 SA 765 (CC)



Ação afirmativa de gênero na carreira da magistratura brasileira: avanços e reveses da Resolução n.º 540/23 do Conselho Nacional de Justiça¹

Gender affirmative action in the brazilian judiciary career: advances and setbacks of National Council of Justice Resolution no. 540/23

Acción afirmativa de género en la carrera judicial brasileña: progresos y desafíos de la Resolución n.º 540/23 del Consejo Nacional de Justicia

Mariana Rezende Ferreira Yoshida²

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7889-3457>

E-mail: mariana.yoshida@tjms.jus.br

Salise Monteiro Sanchotene³

Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, Espanha)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-8885-2995>

E-mail: salise.sanchotene@trf4.jus.br

Resumo

O objetivo do presente estudo é, mediante métodos bibliográfico e documental, verificar o cumprimento da Resolução n.º 540/2023 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu ação afirmativa de gênero para garantir a paridade, dentre

¹ SANCHOTENE, Salise Monteiro; YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira. A ação afirmativa de gênero na carreira da magistratura brasileira: avanços e reveses da Resolução n.º 540/23 do Conselho Nacional de Justiça. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 347-391, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a500>.

² Mestra em Direito e Poder Judiciário pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), Vice-líder do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero, Direitos Humanos e Acesso à Justiça (GEPDI 11) da ENFAM e Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7541758381649868>.

³ Doutora em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid, Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) e Conselheira do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no biênio 2021/2023. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8722407070110386>.

outros, nos cargos de juízes e juízas auxiliares das presidências dos Tribunais de 2º grau das Justiças Federal, Estadual e do Trabalho. Além disso, serão sugeridas eventuais medidas cabíveis nas hipóteses de desconformidade. Os principais achados demonstraram que (1) 34% dos Tribunais examinados não cumprem a resolução; e (2) as mulheres ocupam somente 31% dos cargos disponíveis. Assim, sugere-se que o CNJ (1) colete e publicize os dados relativos à temática; (2) monitore e fiscalize os Tribunais; e (3) institua pirâmide regulatória, buscando, em um primeiro momento, o incentivo ao cumprimento da medida e, se for o caso, negocie providências e emita ordens para regularização com as sanções cabíveis.

Palavras-chave

Paridade de gênero; carreira da magistratura; ação afirmativa de gênero; Conselho Nacional de Justiça.

Sumário

1. Introdução. 2. Resolução CNJ n.º 540/23: a gênese de uma ação afirmativa na carreira da magistratura brasileira. 3. O impacto da Resolução CNJ n.º 540/23 nos cargos de juízes(as) auxiliares das presidências dos Tribunais: um teste de efetividade. 4. Desafios e oportunidades para implementação da Resolução CNJ n.º 540/23. 5. Conclusão.

Abstract

The present study aims to use bibliographic and documentary methods to assess compliance with Resolution No. 540/2023 of the National Council of Justice (CNJ). This resolution established gender affirmative action to ensure parity in positions like auxiliary judges for the presidencies of second-degree courts within the Federal, State, and Labor Justice systems, among other roles. The study will also propose appropriate measures in cases of non-compliance. Our key findings reveal that (1) 34% of the courts examined do not comply with the resolution; and (2) women hold only 31% of the available positions. Based on these findings, we suggest that the CNJ should (1) collect and publicize relevant data; (2) monitor and oversee the courts; e (3) implement a regulatory pyramid a regulatory pyramid, seeking, at first, to encourage compliance with the measure and, if necessary, negotiate measures and issue orders for regularization with the applicable sanctions.

Keywords

Gender parity; career in the judiciary; gender affirmative action; National Council of Justice.

Contents

1. Introduction. 2. CNJ Resolution No. 540/23: the genesis of affirmative action in the career of the Brazilian judiciary. 3. The impact of CNJ Resolution No. 540/23 on the positions of auxiliary judges of the presidencies of the Courts: an effectiveness test. 4. Challenges and opportunities for implementing CNJ Resolution No. 540/23. 5. Conclusion.

Resumen

El objetivo de este estudio es verificar, a través de métodos bibliográficos y documentales, el cumplimiento de la Resolución No. 540/2023 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), que instituyó acciones afirmativas de género para asegurar la paridad, entre otros, en los cargos de jueces auxiliares de las presidencias de los Tribunales de 2º grado de los Tribunales Federales, Estaduales y Laborales. Además, se sugerirán posibles medidas apropiadas en casos de incumplimiento. Los principales hallazgos mostraron que (1) el 34% de los Tribunales examinados no cumplen con la resolución; y (2) las mujeres ocupan solo el 31% de los cargos disponibles. Por lo tanto, se sugiere que el CNJ (1) recopile y publique datos relacionados con el tema; (2) monitoree y supervise a los Tribunales; e (3) instituya una pirámide regulatoria, buscando, en primera instancia, incentivar el cumplimiento de la medida y, si es necesario, negociar medidas y emitir órdenes de regularización con las sanciones apropiadas.

Palabras clave

Paridad de género; carrera judicial; acción afirmativa de género; Consejo Nacional de Justicia.

Índice

1. Introdução. 2. Resolução CNJ n.º 540/23: el origen de la acción afirmativa en la carrera judicial brasileña. 3. El impacto de la Resolución CNJ n.º 540/23 en los puestos de jueces auxiliares de las presidencias de los Tribunales: una prueba de eficacia. 4. Desafíos y oportunidades para la implementación de la Resolución CNJ n.º 540/23. 5. Conclusión.

1. Introdução

A discriminação contra as mulheres “é a forma mais antiga de tratamento diferenciado entre os seres humanos”⁴. Essa afirmação, trazida pelo jurista Adilson José Moreira, dialoga com os estudos feministas, como os realizados pela historiadora Gerda Lerner, segundo a qual o patriarcado⁵ é uma criação que remonta aos estados arcaicos e foi finalmente institucionalizado pelo Estado moderno, que inseriu “a subordinação sexual das mulheres [...] nos mais antigos códigos de leis”⁶.

A filósofa Carole Pateman, ao tratar da formação do Estado moderno, lembra que “a história do contrato social é tratada como um relato da constituição da esfera pública da liberdade civil. A outra esfera, a privada, não foi encarada como sendo politicamente relevante”, porque a subordinação das mulheres a seus pais e maridos, chamada pela autora de “direito patriarcal”, enraizou-se “por toda sociedade civil”⁷.

A historiadora Joan Scott, a partir da definição sobre o patriarcado, vai além e, ao categorizar o gênero nas ciências sociais contemporâneas, teoriza que se trata de

[...] um campo primário no interior do qual, ou por meio do qual, o poder é articulado. O gênero não é o único campo, mas ele parece ter sido uma forma persistente e recorrente de possibilitar a significação do poder no ocidente, nas tradições judaico-cristãs e islâmicas⁸.

Com isso, prossegue afirmando que a subordinação das mulheres na sociedade civil extrapola o âmbito familiar e atinge também o sistema político e o mercado de trabalho, que passa a ser segmentado⁹.

⁴ MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 596.

⁵ Definido pela autora como “a dominância masculina sobre as mulheres e crianças na família e a extensão da dominância masculina sobre as mulheres na sociedade em geral”. LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens**. São Paulo: Cultrix, 2019. p. 290.

⁶ LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens**. p. 34.

⁷ PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 16.

⁸ SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 86 e 88, jul./dez. 1995. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/257862>. Acesso em: 2 jun. 2025.

⁹ SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. p. 88.

Nesse contexto, Flavia Biroli lembra a chamada “divisão sexual do trabalho”, tida como outro mecanismo fundamental da “produção do gênero”, por reafirmar historicamente o que denomina “trabalho de mulher, competência de mulher, lugar de mulher”, ligados às atividades domésticas não remuneradas, deixando “os homens livres para se engajar no trabalho remunerado” e subtraindo das mulheres oportunidades maiores de “ocupar posições na política institucional”¹⁰.

Tais apontamentos, na perspectiva jurídica, ganham os contornos da discriminação por motivo de gênero, definida pelo art. 1º, da Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), nos seguintes termos:

[...] a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo¹¹.

E, com a finalidade de corrigir essa discriminação, a própria Convenção previu, no seu art. 4º, que

A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinados a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas: essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados¹².

Sobre a igualdade de oportunidades em espaços de poder, o Comitê CEDAW – estabelecido no art. 17 da Convenção, “com o fim de examinar os

¹⁰ BIROLI, Flavia. **Gênero e desigualdades**: limites da democracia no Brasil. 1. ed.. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 24 e 28.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê contra a Discriminação contra a Mulher. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, de 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <https://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>. Acesso em: 4 jun. 2025.

¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê contra a Discriminação contra a Mulher. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, de 18 de dezembro de 1979.

progressos alcançados” na sua aplicação¹³ – publicou, em 25 de outubro de 2024, a Recomendação n.º 40, relativa à representação igualitária e inclusiva de mulheres nos sistemas de tomada de decisão¹⁴.

O documento elege a paridade de gênero “cinquenta-cinquenta” nesses espaços como fator fundamental para a construção conjunta de soluções inovadoras aos problemas enfrentados na sociedade atual. Ao invocar os efeitos do patriarcado, alude ao “*apartheid* de gênero”, que confina as mulheres na esfera privada, de forma que a paridade deve ser um ponto de partida e norma universal, em todas as esferas, com as mesmas oportunidades para homens e mulheres, sendo observada a interseccionalidade. A título de obrigações gerais dos Estados-partes, reporta-se às ações afirmativas como ferramentas necessárias ao alcance da igualdade substantiva e propõe-se a alteração do arcabouço normativo para institucionalizar a paridade em todos os ambientes de poder, inclusive no Judiciário. Propugna-se, também, que o alcance desse objetivo só será possível com base na análise de dados transversais, abrangentes, desagregados e atualizados, que monitore os progressos e retrocessos e estipule penalidades para o não cumprimento¹⁵.

Na carreira da magistratura brasileira, do total de 18.890 magistrados(as), apenas 7.432 (39%) são mulheres. No recorte por cargos, o público feminino se concentra mais no 1º grau de jurisdição – juízas titulares (40,56%); juízas substitutas (45,48%); juízas auxiliares de 1º grau (47,74%); e juízas eleitorais (40%). Já nos cargos de desembargadoras (26,16%), a presença de mulheres cai significativamente¹⁶, tal qual ocorre no tocante às juízas substitutas de 2º grau (30,16%); ministras ou conselheiras (19,28%); juízas da classe da advocacia que atuam como titulares (7,32%) e como substitutas (33,33%) no Tribunal Regional Eleitoral (TRE) ou Tribunal

¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê contra a Discriminação contra a Mulher. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, de 18 de dezembro de 1979.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê contra a Discriminação contra a Mulher. **Recomendação Geral n.º 40**, de 23 de outubro de 2024. Sobre a representação equitativa e inclusiva das mulheres nos sistemas de tomada de decisão. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1xbjEPNk2sqPEN0QnIldZaqZ8leJn-4Ew/view?usp=sharing>. Acesso em: 4 jun. 2025.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê contra a Discriminação contra a Mulher. **Recomendação Geral n.º 40**, de 23 de outubro de 2024. Sobre a representação equitativa e inclusiva das mulheres nos sistemas de tomada de decisão. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1xbjEPNk2sqPEN0QnIldZaqZ8leJn-4Ew/view?usp=sharing>. Acesso em: 4 jun. 2025.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados de pessoal do poder judiciário**, 2025. MPM – Módulo de pessoal e estrutura judiciária mensal do poder judiciário. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-mpm-pessoal/>. Acesso em: 27 fev. 2025.

Superior Eleitoral (TSE); e magistradas titulares (18,18%) e substitutas no 2º grau eleitoral (28,57%). Em outras palavras, o Poder Judiciário brasileiro pratica hoje o que o Comitê CEDAW denomina “*apartheid* de gênero”.

O fenômeno tem sido abordado no Brasil em estudos pioneiros da socióloga Maria da Gloria Bonelli, a qual constatou a forte atuação da ideologia do profissionalismo na forma como a carreira da magistratura se organiza. De acordo com a autora, por esse modelo, as corporações tendem a homogeneizar componentes, com recrutamento e promoção baseados em critérios tidos como objetivos e neutros, a exemplo do conhecimento técnico e do mérito¹⁷. Com isso, há o apagamento das distinções e, por consequência, a exclusão de quem é tido como diferente, elevando os marcadores sociais de gênero e raça como decisivos para ingresso e promoção na carreira, o que é chamado de “fechamento generificado” da magistratura, sobretudo na linha vertical, mediante a existência de barreiras invisíveis para que as mulheres acessem os cargos mais prestigiados e elevados do Poder Judiciário¹⁸.

Para o direito da antidiscriminação, trata-se de uma discriminação institucional por motivo de gênero, na modalidade indireta, que se define, segundo Roger Raupp Rios, pela exclusão ou restrição decorrente de

medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de maior justificação, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos ou grupos, gerando e fomentando preconceitos e estereótipos inadmissíveis do ponto de vista constitucional¹⁹.

Por certo, o regime jurídico da carreira da magistratura brasileira não tem regras explícitas para exclusão das mulheres, mas a sua aplicação prática tem esse efeito. Dentre os percalços já identificados na carreira, as magistradas têm menos oportunidades para ocupar cargos de liderança que envolvam critérios subjetivos de

¹⁷ BONELLI, Maria da Gloria. **Profissionalismo e política no mundo do direito**: as relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de polícia com o Estado. São Carlos: EdUFSCar, 2002. p. 16-17.

¹⁸ BONELLI, Maria da Glória. Profissionalismo e diferença de gênero na magistratura paulista. **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 270-292, maio/ago. 2010.

¹⁹ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 177.

designação, “ou seja, que demandem trânsito e boas relações institucionais, sobretudo com a cúpula do Poder Judiciário”²⁰.

Por muito tempo, o Poder Judiciário brasileiro não adotou qualquer medida para a superação desse problema. Todavia, em 2018, sob a presidência da Ministra Carmen Lúcia, o CNJ editou a Resolução n.º 255, de 4 de setembro de 2018, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário. Na versão original, havia três artigos – o primeiro instituiu a política judiciária; o segundo determinava que todos os ramos e as unidades do Poder Judiciário deveriam

adotar medidas tendentes a assegurar a igualdade de gênero no ambiente institucional, propondo diretrizes e mecanismos que orientem os órgãos judiciais a atuar para incentivar a participação de mulheres nos cargos de chefia e assessoramento, em bancas de concurso e como expositoras em eventos institucionais.

O terceiro, por sua vez, previa que o CNJ iria atuar por intermédio de grupo de trabalho para elaboração de estudos, análise de cenários, eventos de capacitação e diálogo com os Tribunais sobre o cumprimento da resolução, mediante a supervisão de conselheiro(a) e juiz(a) auxiliar da Presidência²¹.

Em 2021, na presidência do Ministro Luiz Fux, o ato sofreu a primeira modificação pela Resolução CNJ n.º 418, de 20 de setembro de 2021, que criou o “repositório online para cadastramento de dados de mulheres juristas com expertise nas diferentes áreas do Direito, para os fins de utilização nas ações concernentes” à política judiciária²².

Entretanto, foi em 2023, na presidência do Ministro Luís Roberto Barroso, que a Resolução CNJ n.º 255 experimentou uma alteração expressiva, ocasionada pela Resolução CNJ n.º 540, de 18 de dezembro de 2023. A principal questão abordada foi a ocupação de, no mínimo, 50% de mulheres em atividades administrativas

²⁰ YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira. **Discriminação por motivo de gênero e barreiras no acesso ao segundo grau de jurisdição no Brasil por magistradas de carreira**. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasília, 2022. p. 95. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/handle/2011/174070>. Acesso em: 3 jun. 2025.

²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 255, de 4 de setembro de 2018**. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>. Acesso em: 3 jun. 2025.

²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 418, de 20 de setembro de 2021**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4116>. Acesso em: 4 jun. 2025.

e jurisdicionais nos órgãos do Poder Judiciário, abrangendo não só magistradas, mas também servidoras efetivas e contratadas, bem como estagiárias e prestadoras de serviços terceirizados, observadas as interseccionalidades²³.

Vale ressaltar que, além da própria Resolução CNJ n.º 540/23, pesquisas na base virtual de consulta a atos normativos do referido Conselho²⁴ demonstram que, no ano de 2023, durante as gestões da Ministra Rosa Weber e Luís Roberto Barroso, outras providências advieram para garantir a paridade de gênero nas bancas e comissões de concurso para a magistratura (Resolução CNJ n.º 496/23)²⁵; no acesso aos cargos dos Tribunais de 2º grau (Resolução CNJ n.º 525/23)²⁶; na convocação e designação de juízes(as), cargos de confiança e assessoramento, composição de comissões, comitês, grupos de trabalho, ou outros colegiados e coletivos; nas mesas de eventos institucionais; e na contratação de empresa prestadora de serviço terceirizado do próprio CNJ (Resolução CNJ n.º 536/23)²⁷.

Assim, tais atos normativos formam os pilares que hoje delineiam a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário e o presente estudo almeja (1) investigar as razões que levaram o CNJ a aprovar a Resolução n.º 540/23; (2) verificar o cumprimento da normativa pelos Tribunais Estaduais, Federais e do Trabalho no tocante aos cargos de juízes(as) auxiliares das presidências cuja posse tenha ocorrido após a entrada em vigor da regra, em 21 de março de 2024; e (3), na hipótese de descumprimento, examinar as providências eventualmente cabíveis.

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 540, de 18 de dezembro de 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5391>. Acesso em: 4 jun. 2025.

²⁴ Foi utilizado o seguinte caminho de pesquisa: no site do CNJ (www.cnj.jus.br) está disponível, na aba “O CNJ”, um link chamado “Atos Normativos” (https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/). Nesse acesso, é possível fazer pesquisas diversas, inclusive por argumento. Assim, escolheu-se a categoria “Resolução” e foi inserido o argumento “ação afirmativa” e, com a temática de gênero, mapeou-se a resolução: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 525, de 27 de setembro de 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277>. Acesso em: 4 jun. 2025. Na sequência, ainda na categoria “Resolução”, inseriu-se o argumento “paridade” e, na temática pesquisada, identificaram-se as resoluções: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 496, de 3 de abril de 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5030>. Acesso em: 4 jun. 2025, e BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 536, de 7 de dezembro de 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5381>. Acesso em: 4 jun. 2025.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 496, de 3 de abril de 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5030>. Acesso em: 4 jun. 2025.

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 525, de 27 de setembro de 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277>. Acesso em: 4 jun. 2025.

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 536, de 7 de dezembro de 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5381>. Acesso em: 4 jun. 2025.

Os métodos utilizados no estudo foram o documental e bibliográfico, resultando em quatro outras seções. A seguinte busca os motivos fáticos e jurídicos que subsidiaram a Resolução CNJ n.º 540/23; a terceira apresenta os resultados da pesquisa empírica realizada; a quarta traz a discussão dos resultados; e a última é o lugar das conclusões.

2. Resolução CNJ n.º 540/23: a gênese de uma ação afirmativa na carreira da magistratura brasileira

Conforme se depreende da base de pesquisas virtuais do CNJ, a Resolução CNJ n.º 540/2023 advém do processo n.º 0001070-76.2023.00.0000²⁸. Em análise ao feito a partir da consulta pública na plataforma Processo Judicial Eletrônico (PJE) do CNJ²⁹, verifica-se que, em 22 de fevereiro de 2023, a então Conselheira Salise Monteiro Sanchotene proferiu despacho inaugural com o escopo de desenvolver “produto apresentado pelas oficinas do evento ‘Mulheres na Justiça: novos rumos da Resolução n. 255’, realizado nos dias 17 e 18 de novembro de 2022, pelo Conselho Nacional de Justiça”³⁰.

De acordo com relatório técnico produzido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), o mencionado evento anual tem o objetivo de aperfeiçoar a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário mediante “proposições concretas” extraídas de oficinas realizadas com todos(as) os(as) participantes, arregimentados(as) após solicitação do CNJ a “todos os Tribunais e às principais associações de classe [...] para que enviassem ao menos um representante presencial”³¹.

²⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 540, de 18 de dezembro de 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5391>. Acesso em: 4 jun. 2025.

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pje Consulta pública**, [2025]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 27 fev. 2025.

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Ato normativo n.º 0001070-76.2023.2.00.0000**. Relatora: Consl. Salise Sanchotene, 12 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=54820>. Acesso em: 3 jun. 2025.

³¹ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. **Relatório técnico**: evento mulheres na justiça: novos rumos da Resolução CNJ nº 255. Brasília: Enfam, 2024. p. 5-6. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2025/02/250113_Relatorio_Mulheres_na_Justica_v2.3_AC-1.pdf. Acesso em: 2 jun. 2025.

Na primeira edição do evento, realizada em 2022, os produtos confeccionados pelas oficinas resultaram em documento entregue ao CNJ, que foi aprovado unanimemente pelo Plenário do CNJ no dia 14 março de 2023³². Uma das oficinas (denominada Oficina 4) abordou o tema “Participação feminina em convocações e designações”, que resultou na sugestão de ato normativo para garantir que as vagas de juízes(as) “[...] auxiliares da administração em cada Tribunal, nos Tribunais Superiores e Conselhos [...] sejam ocupadas por no mínimo 50% de magistradas mulheres, a partir da assunção das próximas gestões diretivas”³³.

Na sequência, a então Conselheira Salise elegeu, “para uma primeira fase de encaminhamentos”, dentre outras, o encaminhamento ao Plenário de

minuta de Recomendação sobre paridade de gênero na designação de juízes e juízas auxiliares, na designação de cargos de confiança e assessoramento, na composição de comissões, comitês, conselhos e grupos de trabalho e na contratação de serviço terceirizado, por função (Processo SEI 01698/2023)³⁴.

O julgamento do processo foi pautado para a sessão do dia 13 de dezembro de 2023, oportunidade em que se avançou para, ao invés de uma Recomendação, alterar a Resolução CNJ n.º 255/2018 e incluir novo dispositivo,

a fim de que a paridade de gênero seja contemplada nas atividades administrativas dos Tribunais, notadamente para a convocação de magistradas para o exercício de funções auxiliares, ocupação de cargos de chefia por servidoras, composição de colegiados internos, participação em mesas de eventos institucionais e contratação de estagiárias e terceirizadas³⁵.

A fundamentação do voto menciona, além do resultado do evento “Mulheres na Justiça: novos rumos da Resolução CNJ n. 255”, diversas pesquisas científicas segundo as quais “as mulheres constituem minoria nesses espaços, que são muito

³² BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. **Relatório técnico**: evento mulheres na justiça: novos rumos da Resolução CNJ n.º 255. p. 8.

³³ CNJ, Ato normativo n.º 0001070-76.2023.2.00.0000, Rel. Consel. Salise Sanchotene, j. 12 dez. 2023.

³⁴ CNJ, Ato normativo n.º 0001070-76.2023.2.00.0000, Rel. Consel. Salise Sanchotene, j. 12 dez. 2023.

³⁵ CNJ, Ato normativo n.º 0001070-76.2023.2.00.0000, Rel. Consel. Salise Sanchotene, j. 12 dez. 2023.

relevantes não só no plano organizacional do Poder Judiciário, mas também para alavancar a carreira de quem ali está”. Nesse aspecto, o Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do CNJ informou que, em dezembro de 2023, nas presidências dos Tribunais, os homens ocupavam 64% dos cargos de juízes/as auxiliares, enquanto as mulheres, apenas 36%. Além disso, enfatizou a comprovada existência da discriminação institucional por motivo de gênero na carreira da magistratura brasileira, que precisa ser corrigida por intermédio de ações afirmativas para o resguardo da igualdade substancial entre homens e mulheres, preconizada pela Constituição Federal e Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW)³⁶.

Especificamente sobre os cargos de juízes(as) auxiliares das presidências dos Tribunais – objeto do presente estudo –, destaca-se que são regulamentados pela Resolução CNJ n.º 72/2009 e constituem “um espaço importante na alta administração do Poder Judiciário”, sendo que a “participação feminina nessas posições” é “uma das medidas cabíveis para assegurar maior representatividade da mulher na magistratura federal”³⁷.

Com efeito, adverte Clara da Mota Santos Pimenta Alves que, nos ambientes judiciários de todo o mundo, foi identificada o que ela chama de “atmosfera *old boys club*”, na qual a proximidade forjada por relações informais entre pares – geralmente mais dificultosas às mulheres por questões de gênero – é decisiva para se estabelecer uma disparidade significativa entre as carreiras de magistrados e magistradas³⁸.

No Brasil, recente estudo da Enfam, baseado no referencial teórico inaugurado por Roberto Fragale Filho³⁹, evidenciou que, para chegarem aos cargos de Conselheiro(a) do CNJ, os(as) pretendentes geralmente devem ser próximos(as) dos

³⁶ CNJ, Ato normativo n.º 0001070-76.2023.2.00.0000, Rel. Consel. Salise Sanchotene, j. 12 dez. 2023.

³⁷ LOBO, Marcela; YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira; MELLO, Adriana Ramos de. (Des)Igualdades de gênero no âmbito dos tribunais de justiça no Brasil: um estudo sobre os cargos de juízes e juízas auxiliares. **Revista Themis**, Fortaleza, v. 19, n. 2, p. 265-292, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/download/857/pdf/3176>. Acesso em: 2 jun. 2025.

³⁸ ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. Gênero, espaço público e poder: uma análise sobre a composição das comissões examinadoras de concurso da magistratura. **Publicum**, Rio de Janeiro v. 3, n. 1, p. 360, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/publicum/article/view/29652>. Acesso em: 2 jun. 2025.

³⁹ FRAGALE FILHO, Roberto. Conselho Nacional de Justiça: desenho institucional, construção de agenda e processo decisório. **Dados: revista de ciências sociais**, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 975-1007, dez. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/YXmbJ7jhPnTwwLGQZkkrxL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 2 jun. 2025.

órgãos que fazem as indicações (Tribunais Superiores), padrão que se repetiu em uma análise voltada somente à trajetória profissional das 12 magistradas (juízas e desembargadoras) indicadas desde a fundação do órgão, em 2004⁴⁰.

Ainda sobre o assunto, Luciene Oliveira Vizzotto Zanetti, em pesquisa empírica junto às magistradas do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), também notou o que denomina “escassez de capital social”, caracterizada pelo prejuízo na “construção de relação de sociabilidade e da construção de redes profissionais” na carreira das magistradas devido à divisão sexual do trabalho⁴¹.

Em suma, para alcançarem cargos de alta gestão dentro do Poder Judiciário, as magistradas devem, de alguma forma, ser próximas à cúpula. Todavia, as oportunidades para tanto são, por razões de gênero, mais restritas para elas, que são excluídas de mais esse espaço e se veem enredadas por uma barreira adicional de ascensão.

Portanto, os fundamentos fáticos e jurídicos para que fosse implementada uma ação afirmativa dessa natureza são evidentes. Ao final do voto, consta que o presidente do CNJ, Ministro Luís Roberto Barroso, havia dialogado com todos(as) os(as) presidentes de Tribunais brasileiros a respeito de ato normativo que se pretendia editar e obtido, com pequenos ajustes, o consenso dos(as) dirigentes⁴², de sorte que o campo político-institucional também se amadureceu para a adoção da medida.

Nesse cenário, o CNJ aprovou, por unanimidade, a Resolução n.º 540/23, a fim de proporcionar a ocupação de, no mínimo, 50% de mulheres, com perspectiva de raça e etnia, em designações para auxiliar a administração da justiça (art. 2º, *caput*), além de determinar aos Tribunais que divulguem, de forma acessível à consulta pública, o cumprimento da norma (art. 2º, §3º), que deve ser aplicada pelas gestões administrativas iniciadas 90 dias após a publicação (art. 2º, §9º), ocorrida em 22 de dezembro de 2023, sendo todos os Tribunais cientificados à época⁴³.

⁴⁰ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero, Direitos Humanos e Acesso à Justiça. **2º Relatório parcial de pesquisa**: a participação das magistradas no Conselho Nacional de Justiça: trajetórias e vieses de gênero. Brasília: Enfam, 2023. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/Relatorio-Parcial-Part2_VF5.pdf. Acesso em: 2 jun. 2025.

⁴¹ ZANETTI, Luciene Oliveira Vizzotto. **Equidade na toga**: desigualdade(s) de gênero na magistratura e impactos da organização de trabalho genderizada na carreira das mulheres magistradas do TJPR. Londrina: Thoth, 2025. p. 66.

⁴² CNJ, Ato normativo n.º 0001070-76.2023.2.00.0000, Rel. Consel. Salise Sanchotene, j. 12 dez. 2023.

⁴³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 540, de 18 de dezembro de 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5391>. Acesso em: 4 jun. 2025.

3. O impacto da Resolução CNJ n.º 540/23 nos cargos de juízes(as) auxiliares das presidências dos Tribunais: um teste de efetividade

A fim de mapear o cumprimento da Resolução CNJ n.º 540/2023, foram consultados os *sites* dos Tribunais brasileiros de 2º grau nos ramos da Justiça Federal, Estadual e do Trabalho, no total de 57, cuja lista foi extraída do sítio eletrônico do CNJ⁴⁴.

Em seguida, buscaram-se informações sobre a posse da gestão atual, destacando-se aqueles Tribunais nos quais a posse tenha ocorrido após 21 de março de 2024 e os (as) ocupantes dos cargos de juízes(as) auxiliares das presidências com o fito de detectar o gênero e a raça deles(as). A coleta desses dados começou em 19 de fevereiro de 2025 e em 28 de fevereiro de 2025. Em um primeiro momento, para o destaque dos Tribunais a serem estudados, foi feita uma busca no *site* Google com os seguintes verbetes: “posse”, “presidente” e nome do Tribunal almejado. Em seguida, rastream-se notícias oficiais do sítio eletrônico do respectivo tribunal ou outro órgão público, conseguindo-se, em todos, a data da posse da gestão atual.

Na sequência, ao ser constatado que aludida posse ocorreu após 21 de março de 2024, iniciaram-se as buscas pelos nomes dos(as) juízes(as) auxiliares designados(as) pela presidência. Em muitos Tribunais, há um campo próprio para se chegar a tais dados, geralmente em *links* denominados “institucionais” ou relativos à composição da presidência ou lotação de magistrados(as). Naqueles em que não foi possível encontrar ocupantes de tais cargos, lançou-se mão, novamente, de uma pesquisa no Google com estes vocábulos: “juízes”, “auxiliares”, “presidência” e nome do tribunal pesquisado. Todavia, mesmo com essa busca mais ampla, constatou-se que os Tribunais Regionais da 1ª Região (TRT1); da 2ª Região (TRT2); da 3ª Região (TRT3); da 7ª Região (TRT7); da 8ª Região (TRT8); da 11ª Região (TRT11); da 18ª Região (TRT18); e da 20ª Região (TRT20) não disponibilizam tais dados. Nesses casos, foi encaminhado *e-mail* para a respectiva presidência a fim de se obter uma resposta oficial, com retorno positivo. Ademais, em todas as situações, não foram encontrados dados relativos à raça ou etnia desses(as) magistrados(as).

Dos seis Tribunais Regionais Federais, somente dois (Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1 e Tribunal Regional da 6ª Região – TRF6) foram

⁴⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Páginas dos tribunais**, [2025]. Mapa dos tribunais brasileiros. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/tribunais/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

rastreados para a pesquisa, por terem as atuais gestões tomado posse após 21 de março de 2024 e estarem sujeitas, portanto, às regras da Resolução CNJ n.º 540/23.

Com esses parâmetros, no universo dos 27 Tribunais de Justiça, os destacados são os seguintes, no total de 19: Tribunal de Justiça do Acre (TJAC); Tribunal de Justiça de Alagoas (TJAL); Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM); Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE); Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT); Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO); Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA); Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT); Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS); Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG); Tribunal de Justiça do Pará (TJPA); Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB); Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR); Tribunal de Justiça do Piauí (TJPI); Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ); Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN); Tribunal de Justiça de Roraima (TJRR); Tribunal de Justiça de Sergipe (TJSE); e Tribunal de Justiça do Tocantins (TJTO).

No âmbito dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho, mapearam-se 17, quais sejam: Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT1) (RJ); Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT2) (SP/Grande São Paulo e Baixada Santista); Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (TRT6) (PE); Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (TRT7) (CE); Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (TRT8) (AP e PA); Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT10) (DF e TO); Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região (TRT11) (AM e RR); Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (TRT13) (PB); Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (TRT14) (AC e RO); Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (TRT15) (SP/Interior e Litoral Norte e Sul); Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (TRT17) (ES); Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região (TRT19) (AL); Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região (TRT20) (SE); Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (TRT21) (RN); Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (TRT22) (PI); e Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (TRT24) (MS).

Assim, da amostra inicial de 57 Tribunais, foram analisados 2 Federais, 19 Estaduais e 17 do Trabalho, totalizando 38, ou seja, 66% dos Tribunais rastreados inicialmente estão sujeitos à Resolução CNJ n.º 540/23. Feitas as pesquisas sobre os cargos de juízes(as) auxiliares das presidências desses Tribunais, verificou-se a existência de 100 no total, sendo 69 ocupados por homens e 31 por mulheres.

A fonte dos dados coletados e a data da coleta estão especificadas detalhadamente nas referências bibliográficas. Sistematizados, os dados geraram a seguinte tabela:

Tabela 1 – Número de juízes(as) auxiliares de acordo com o gênero dos Tribunais vinculados à Resolução CNJ n.º 540/23

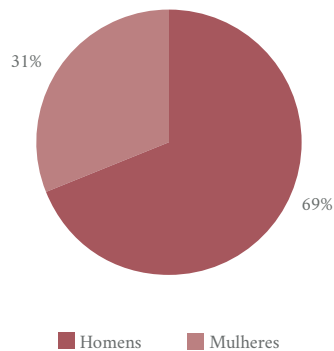
TRIBUNAL	DATA DA POSSE DA ATUAL GESTÃO	JUÍZES(AS) AUXILIARES PRESIDÊNCIA	
		HOMENS	MULHERES
TRF1	25 de abril de 2024	4	1
TRF6	23 de agosto de 2024	2	2
TJAC	7 de fevereiro de 2025	1	2
TJAL	15 de janeiro de 2025	2	1
TJAM	9 de janeiro de 2025	2	1
TJCE	31 de janeiro de 2025	3	1
TJDFT	22 de abril de 2024	2	0
TJGO	3 de fevereiro de 2025	2	2
TJMA	30 de abril de 2024	3	1
TJMT	19 de dezembro de 2024	3	0
TJMS	31 de janeiro de 2025	2	1
TJMG	1º de julho de 2024	4	2
TJPA	4 de fevereiro de 2025	1	2
TJPB	3 de fevereiro de 2025	3	2
TJPR	3 de fevereiro de 2025	2	2
TJPI	7 de janeiro de 2025	3	0
TJRJ	7 de fevereiro de 2025	3	4
TJRN	7 de janeiro de 2025	3	0
TJRR	6 de fevereiro de 2025	1	0
TJSE	3 de fevereiro de 2025	2	0
TJTO	3 de fevereiro de 2025	2	0
TRT1	24 de janeiro de 2025	1	0
TRT2	1º de outubro de 2024	3	0
TRT6	14 de fevereiro de 2025	1	0
TRT7	13 de dezembro de 2024	1	1
TRT8	6 de dezembro de 2024	Não há o cargo	

TRT10	25 de março de 2024	1	1
TRT11	13 de dezembro de 2024	0	1
TRT13	7 de janeiro de 2025	0	1
TRT14	5 de dezembro de 2024	1	1
TRT15	5 de dezembro de 2024	1	1
TRT17	23 de janeiro de 2025	1	0
TRT18	7 de fevereiro de 2025	2	0
TRT19	22 de janeiro de 2025	1	0
TRT20	14 de dezembro de 2024	3	0
TRT21	10 de janeiro de 2025	1	0
TRT22	11 de dezembro de 2024	1	0
TRT24	06 de dezembro de 2024	1	1
TOTAL	TOTAL POR GÊNERO	69	31
	TOTAL DE CARGOS	100	

Fonte: elaborada pelas autoras (2025)

Assim, do total de 100 cargos examinados, 69 são ocupados por homens e 31 por mulheres. Graficamente, o levantamento fica assim:

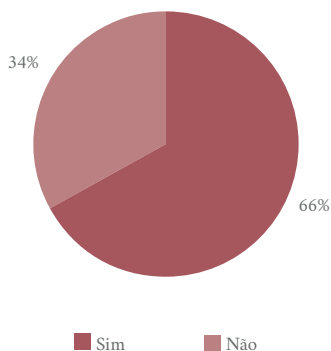
Figura 1 – Juízes(as) auxiliares das presidências de acordo com o gênero dos Tribunais Federais, Estaduais e do Trabalho vinculados à Resolução CNJ n.º 540/23



Fonte: elaborada pelas autoras (2025)

Na análise por Tribunal, ao desconsiderar aqueles que possuem número ímpar de cargo de juiz(a) auxiliar da presidência e optaram por designar um homem a mais (situação aceitável à luz da resolução, que utiliza a expressão “sempre que possível”), infere-se que, apesar de a ação afirmativa implementada ser, em tese, de observância obrigatória, 13 Tribunais não a cumprem, quais sejam: TRF1, TJCE, TJDFT, TJMA, TJMT, TJMG, TJPI, TJRN, TJSE, TJTO, TRT2, TRT18 e TRT20, com destaque para TJDFT, TJMT, TJPI, TJRN, TJSE, TJTO, TRT2, TRT18 e TRT20, que possuem mais de um de cargo de juiz(a) auxiliar da presidência e designaram somente homens. O percentual de Tribunais desconformes, perfaz, assim, a casa de 34%, conforme vê-se a seguir:

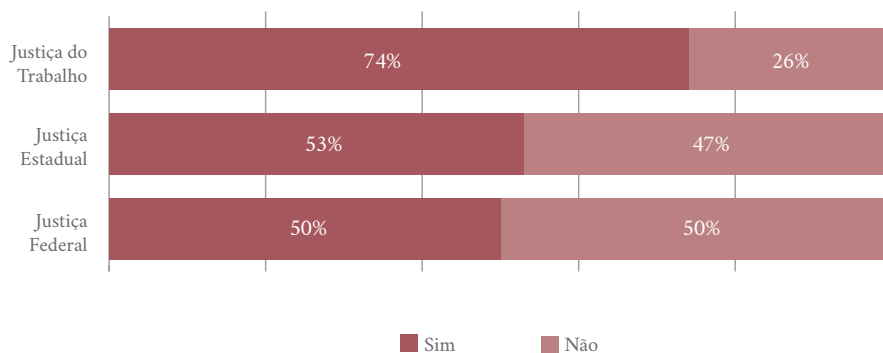
Figura 2 – Percentual de Tribunais vinculados à Resolução CNJ n.º 540/23 quanto ao cumprimento



Fonte: elaborada pelas autoras (2025)

No recorte por ramo de justiça e índice de cumprimento, a Federal tem 1 Tribunal em desconformidade no universo de 2 pesquisados, apresentando índice de cumprimento na ordem de 50%. Na Estadual, dos 19 Tribunais analisados, 10 cumprem a Resolução e 9 não cumprem, totalizando índice de cumprimento de aproximadamente 53%. Já na Justiça do Trabalho, dos 17 examinados, 14 observam a regra e 3 não, o que resulta em um índice de cumprimento de aproximadamente 74%.

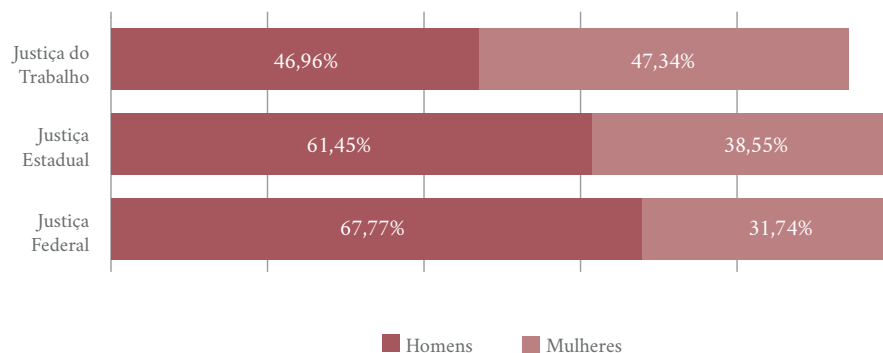
Figura 3 – Índice de cumprimento da Resolução CNJ n.º 540/23 por ramo de Justiça



Fonte: elaborada pelas autoras (2025)

Portanto, a Justiça do Trabalho é atualmente a que mais observa a Resolução CNJ n.º 540/23, seguida pela Justiça Estadual e Federal. Essa escala coincide com os percentuais de participação feminina em cada ramo, consoante números atualizados do CNJ⁴⁵:

Figura 4 – Participação feminina na magistratura por ramo de Justiça



Fonte: CNJ, 2025

Apresentados os resultados, é chegada a hora da discussão.

⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados de pessoal do poder judiciário**, 2025.

4. Desafios e oportunidades para implementação da Resolução CNJ n.º 540/23

Conforme art. 7º, “b”, da CEDAW, os Estados-partes devem garantir às mulheres, “em igualdade de condições com os homens, o direito a [...] ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais”⁴⁶. Por seu turno, a Recomendação n.º 40, do Comitê CEDAW, prescreve que a paridade de gênero “cinquenta-cinquenta”, em todos os espaços de poder, deve ser um princípio transversal nos ordenamentos jurídicos domésticos⁴⁷.

O referido ponto já havia sido abordado na Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, resultante da 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher, promovida pela ONU em 1995. No documento, consta a necessidade de que se assegure a “participação equitativa das mulheres e dos homens em todos os órgãos e processos políticos nacionais, regionais e internacionais”, como um pressuposto elementar para o desenvolvimento sustentável. No tópico sobre a “mulher no poder e na tomada de decisão”, sustenta-se que a igualdade de gênero “refletirá de maneira mais exata a composição da sociedade e é necessária para o fortalecimento da democracia e a promoção do seu funcionamento adequado”. No tocante ao objetivo estratégico para alcance dessas diretrizes, é sugerido, dentre outras medidas, o estabelecimento de meta de paridade em “organismos e comitês governamentais”, inclusive no Poder Judiciário, “se necessário mediante ação afirmativa”. Também são lembrados os “mecanismos para supervisionar o acesso das mulheres aos níveis superiores do processo de tomada de decisões” e a necessidade de revisão da forma de acesso a cargos mais elevados, a fim de garantir que “sejam pertinentes e não discriminem contra a mulher”⁴⁸.

Existe, no plano internacional, portanto, um amplo diagnóstico e *script* sobre como o estado deve agir para erradicar a sub-representação das mulheres nos espaços de poder. Conforme Éléonore Lépinard e Ruth Rubio-Marin, a Declaração e

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, de 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <https://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>. Acesso em: 4 jun. 2025.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê contra a Discriminação contra a Mulher. **Recomendação Geral n.º 40, de 23 de outubro de 2024**. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1xbjEPNk2sqpEN0QnIIdZaqZ8IeJn-4Ew/view?usp=sharing>. Acesso em: 4 jun. 2025.

⁴⁸ CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER, 4., 1995, Pequim. **Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher**. Pequim: ONU Mulheres, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim1.pdf. Acesso em: 2 jun. 2025.

Plataforma de Ação de Pequim elevou a “revolução da cota de gênero” a nível global, além de incluir o Poder Judiciário⁴⁹ pela primeira vez.

Acerca dos cargos de juízes(as) auxiliares das Presidências dos Tribunais, o CNJ agiu de acordo com o preconizado pela ONU, todavia, como apurado acima, a medida não tem a total adesão dos órgãos obrigados.

Inicialmente, percebeu-se certa dificuldade em acessar a totalidade dos dados buscados, já que não há uma padronização nos *sites* dos Tribunais e oito deles (todos da Justiça do Trabalho) não disponibilizam sequer os nomes dos(as) juízes(as) auxiliares das presidências por esse meio virtual. Quanto às informações de raça/etnia, nenhum dos Tribunais as publiciza, sendo tal fenômeno já documentado em pelo menos outras duas pesquisas sobre integrantes da magistratura – a “Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário”⁵⁰, do CNJ, e “A participação das magistradas no Conselho Nacional de Justiça: números e trajetórias”⁵¹, da Enfam –, tratando-se de algo sistêmico dentro do Poder Judiciário brasileiro.

Existe, portanto, um notável *déficit* de transparência, que dificulta a consulta pública contemplada na resolução e prevista nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos das mulheres.

Ademais, houve um decréscimo no percentual geral de magistradas que, à época da implementação da medida especial, eram auxiliares das presidências, pois, segundo o próprio CNJ, havia 64% de homens e 36% de mulheres⁵², e hoje são 66% e 34%, respectivamente.

⁴⁹ LÉPINARD, Éléonore; RUBIO-MARÍN, Ruth. Completing the unfinished task?: gender quotas and the outgoing struggle for women’s empowerment in Europe. In: LÉPINARD, Éléonore; RUBIO-MARÍN, Ruth (org.). **Transforming gender citizenship: the irresistible rise of gender quotas in Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 1-2.

⁵⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa sobre negros e negras no poder judiciário**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2025.

⁵¹ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero, Direitos Humanos e Acesso à Justiça. **Relatório parcial de pesquisa: a participação das magistradas no Conselho Nacional de Justiça: números e trajetórias**. Brasília: Enfam, 2022. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/Relatorio-Parcial-FINAL-14NOV22.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2025.

⁵² CNJ, Ato normativo nº 0001070-76.2023.2.00.0000, Rel. Consl. Salise Sanchotene, j. 12 dez. 2023.

Outro achado importante diz respeito ao cumprimento da ação afirmativa pela Justiça do Trabalho, que historicamente tem o maior número de mulheres em sua composição quando comparada aos demais ramos da Justiça⁵³.

Para além desse diagnóstico, o acompanhamento da Resolução CNJ n.º 540/2023 foi tema de oficina na última edição do evento anual “Mulheres na Justiça: novos rumos da Resolução n. 255” (2024), oportunidade em que foram encaminhadas as seguintes sugestões:

[...] Substituir a expressão “sempre que possível” constante no caput do art. 2º da Resolução CNJ n. 540/2023 para outra mais adequada, a fim de deixar claro que o dispositivo apenas não será aplicado na hipótese de impossibilidade material de arregimentar mulheres nos espaços indicados;

[...] Criar mecanismos de fiscalização efetivos quanto ao cumprimento das ações afirmativas implementadas pelos Tribunais, entre eles a criação de painéis de Business Intelligence – BI alimentados por dados fornecidos pelos Tribunais, com a publicização em locais de fácil acesso;

[...] Criar canal de recebimento de informações quanto ao descumprimento das ações afirmativas de gênero e raça pelos Tribunais [...];

[...] Incluir nas inspeções correicionais campos e exigências relativas às ações afirmativas de gênero, concedendo prazo para adequação ou justificativa em caso de impossibilidade de cumprimento⁵⁴.

Tais sugestões, por serem oriundas do trabalho em oficina com servidoras(es) e magistradas(os) de todos os Tribunais e principais associações de classe⁵⁵, constituem-se mediante percepções de pessoas envolvidas diretamente com o problema e, por isso, podem indicar caminhos para a efetivação da política, até porque encontram respaldo não só na Declaração e Plataforma de Ação de Pequim e Recomendação n.º 40/24, do Comitê CEDAW, mas também na literatura do direito da antidiscriminação.

⁵³ YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira. **Discriminação por motivo de gênero e barreiras no acesso ao segundo grau de jurisdição no Brasil por magistradas de carreira.**

⁵⁴ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. **Relatório Técnico Evento Mulheres na Justiça: novos rumos da Resolução CNJ n.º 255**, p. 62-63.

⁵⁵ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Núcleo de estudos e pesquisas sobre gênero, direitos humanos e acesso à justiça. **Relatório técnico: evento mulheres na justiça: novos rumos da Resolução CNJ n.º 255.**

Nesse aspecto, de fato, a expressão “sempre que possível”, contida no texto da resolução, pode ensejar interpretação equivocada no sentido de que não seja de observância mandatária. Entretanto, o teor do voto que originou o ato deixou claro que se trata do “estabelecimento de percentuais sobre a participação feminina em atividades administrativas”⁵⁶. Outrossim, de acordo com o art. 102, §5º, do Regimento Interno do CNJ, as resoluções têm força vinculante⁵⁷.

Em outras palavras, o CNJ, por ato vinculante a todo Poder Judiciário, estipulou uma ação afirmativa, categoria que, no âmbito do direito da antidiscriminação, inaugura a chamada igualdade de quarta geração, plasmada em deveres positivos que identificam e corrigem as discriminações indevidas. Esses mecanismos de intervenção direta nos cenários de desigualdades são instituídos por quem detém o poder e a capacidade de fazê-los, oportunizando o acesso de grupos sub-representados por intermédio de providências mais ou menos vigorosas, a depender da vontade de quem as instituiu⁵⁸.

Conforme Joaquim B. Barbosa Gomes, a concretização da igualdade formal, tida como a grande conquista do estado liberal, não se mostrou suficiente, na medida em que determinados grupos sociais permaneciam à margem das oportunidades acessadas por pessoas detentoras de privilégios históricos. Com isso, emergiu, no campo do direito constitucional, a chamada igualdade substancial, pautada na “ideia de igualdade de oportunidades”, a fim de “se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social”. Nesse contexto, estão situadas as ações afirmativas, as quais

se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero [...]. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade⁵⁹.

⁵⁶ CNJ, Ato normativo n.º 0001070-76.2023.2.00.0000, Rel. Consl. Salise Sanchotene, j. 12 dez. 2023. p. 32.

⁵⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 67, de 3 de março de 2009**. Brasília: CNJ, 2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>. Acesso em: 4 jun. 2025.

⁵⁸ FREDMAN, Sandra. **Discrimination law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University, 2011.

⁵⁹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 151, p. 131-132, jul./set. 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/705>. Acesso em: 2 jun. 2025.

Especificamente no tocante às mulheres, Sandra Fredman e Beth Goldblatt, inspiradas em Nancy Fraser, propõem que a igualdade substantiva seja abordada em quatro aspectos: (1) compensar as desvantagens associadas ao gênero; (2) garantir a dignidade mediante o enfrentamento de estigma, preconceito, humilhação e violência; (3) reconhecer que as barreiras à igualdade estão profundamente enraizadas nas estruturas institucionais e sociais; e (4) garantir participação social e política igualitária, pois a compensação das desvantagens pressupõe voz nos espaços de poder⁶⁰.

A valer, a ideia de justiça cunhada por Nancy Fraser está ancorada em dois elementos fundamentais, a redistribuição e o reconhecimento, que se comunicam nas hipóteses do que chama de “coletividades bivalentes”, ou seja, aquelas atravessadas tanto pela “estrutura econômica-política” quanto pela “estrutura cultural-valorativa da sociedade”, como são as mulheres. Essa “injustiça de gênero”, defende a autora, precisa ser tratada com mudanças na “economia política” (por intermédio de abordagens afirmativas, as quais produzem alguma forma de compensação das desvantagens sem alterar as estruturas que as geram) e na “cultura” (via intervenções transformativas, que incidem nas estruturas geradoras das injustiças)⁶¹. Dadas as naturais dificuldades em conciliar essas duas dimensões da justiça, Nancy Fraser traz a “paridade de participação”, “segundo a qual a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir entre si como *pares*”⁶².

Nessa perspectiva, a ação afirmativa, como resposta antidiscriminatória no âmbito do gênero, é um remédio que visa precipuamente redistribuir o prejuízo econômico-político suportado historicamente pelas mulheres. Não obstante, para que haja efetiva reparação da injustiça, deve vir acompanhada de medidas transformativas, que remodelam as estruturas sociais com base na igualdade entre homens e mulheres. Para tanto, é imprescindível que as mulheres ocupem, de forma paritária, as esferas de poder, pois se espera que, com o passar do tempo, a medida especial não seja mais necessária.

⁶⁰ FREDMAN, Sandra; GOLDBLATT, Beth. **Gender equality and human rights**. Nova York: UN Women, 2015. (UN Women discussion paper series, n. 4). Disponível em: https://eugender.itcilo.org/toolkit/online/story_content/external_files/TA_Justice_RES_UNWomen.pdf. Acesso em: 2 jun. 2025.

⁶¹ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento?: dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/269627339_Da_redistribuicao_ao_reconhecimento_Dilemas_da_justica_numa_era_pos-socialista. Acesso em: 2 jun. 2025.

⁶² FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 63, p. 13, out. 2002. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/63/RCCS63-Nancy%20Fraser-007-020.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2025.

No Brasil, ações afirmativas de gênero possuem assento constitucional. Com efeito, além de a Constituição Federal proibir expressamente a discriminação em razão do sexo (art. 3º, IV), também prevê a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres no art. 5º, I. Outrossim, à luz do art. 5º, §2º, “deve-se registrar a previsão constitucional explícita de incorporação ao direito nacional dos tratados internacionais de direitos humanos. Nestes, há expressa menção da legitimidade e da necessidade das ações afirmativas”, a exemplo do já mencionado art. 4º, 1, da CEDAW⁶³.

Além disso, quando uma realidade discriminatória é detectada, as ações afirmativas passam a ser obrigatórias e condicionadas. Obrigatórias porque “o princípio da igualdade não se compadece com a perpetuação de desigualdades fáticas injustas” e condicionadas porque a sua implementação demanda fundamentação idônea⁶⁴.

No Supremo Tribunal Federal (STF), a questão já foi referendada, por exemplo, no paradigmático julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n.º 19, que declarou a plena constitucionalidade da Lei Maria da Penha, uma ação afirmativa de gênero por excelência “ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira”⁶⁵.

Dessa maneira, o CNJ, ao criar a ação afirmativa em análise, valeu-se de ampla e válida justificação. Assim, a medida instituída é vinculante e a expressão “sempre que possível” somente pode referir-se à “impossibilidade material de arregimentar mulheres nos espaços indicados”⁶⁶, como concluiu o relatório da Enfam, de modo que parece ser recomendável a revisão do texto da norma a fim de que corresponda à exata vontade do CNJ ao implementá-la e ao reduzir eventuais interpretações errôneas.

Outro ponto importante diz respeito à efetividade da ação afirmativa, pois (1) um número considerável de Tribunais (praticamente 1/3) não a observa quanto à obrigatória reserva de vagas; (2) nenhum deles disponibiliza a informação quanto à raça/etnia dos(as) ocupantes desses cargos; e (3) 8 dos 38 Tribunais estudados não disponibilizam, em consulta pública, os nomes dos(as) ocupantes desses cargos.

⁶³ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. p. 192.

⁶⁴ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. p. 196.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 19/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&ext=.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2025.

⁶⁶ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. **Relatório técnico**: evento mulheres na justiça: novos rumos da Resolução CNJ n.º 255. p. 62-63.

Não obstante, inexistente, até o momento, fluxo ou procedimento claro para corrigir as desconformidades, embora o Regimento Interno do CNJ, em seu art. 104, outorgue à Secretaria-Geral, “mediante órgão específico, o acompanhamento do fiel cumprimento dos atos e decisões do CNJ” e o art. 105 preveja que

comprovada a resistência ao cumprimento da decisão proferida pelo CNJ em mais de 30 dias além do prazo estabelecido, o Plenário, o Presidente ou o Corregedor Nacional de Justiça, de ofício ou por reclamação do interessado, adotará as providências que entenderem cabíveis à sua imediata efetivação, sem prejuízo da instauração do competente procedimento disciplinar contra a autoridade recalcitrante e, quando for o caso, do envio de cópias ao Ministério Público para a adoção das providências pertinentes.

Esse estado de coisas demonstra a necessidade de se aperfeiçoarem as ferramentas de monitoramento e controle, pois, de acordo com Sandra Fredman, a vontade política é fundamental para o progresso da maioria das estratégias de igualação, sob pena de se tornarem meramente figurativas. Assim, um sistema baseado inteiramente na autorregulamentação pareceu pouco eficaz, sendo fundamental que diagnósticos confiáveis sejam continuamente produzidos e, verificada alguma desconformidade, o modelo ideal seria uma pirâmide regulatória. O primeiro nível é de incentivo e apoio, com o oferecimento de suporte e aconselhamento. Não atingida a conformidade, o segundo nível é de negociação e discussão iniciada pelo órgão regulador. Por fim, caso ainda não seja alcançado o objetivo, o terceiro nível é a emissão de uma ordem por esse órgão. E, somente se essa última etapa falhar, sanções devem ser cominadas⁶⁷. Tais diretrizes coincidem com a Recomendação n.º 40 do Comitê CEDAW.

Em amplo estudo a respeito das cotas de gênero na União Europeia, implementadas no âmbito dos partidos políticos, cargos eletivos, serviço público e empresas, Éléonore Lépinard e Ruth Rubio-Marin concluíram que a eficiência das medidas depende da imposição de sanções e do caráter compulsório⁶⁸.

⁶⁷ FREDMAN, Sandra. *Discrimination law*.

⁶⁸ LÉPINARD, Éléonore; RUBIO-MARÍN, Ruth. Completing the unfinished task?: gender quotas and the outgoing struggle for women’s empowerment in Europe.

As autoras também dividiram os países estudados em quatro categorias, conforme a função que a cota de gênero adquiriu. No bojo dessa classificação, encontram-se países com regime de gênero conservador, os quais tendem a relegar as mulheres à esfera doméstica, tarefas de cuidado não remuneradas e economia informal, como ocorreu em Portugal, Itália, Grécia e Polônia. Nesses casos, as cotas de gênero atuam como remédio simbólico de equidade, pois, embora existam órgãos oficiais voltados aos direitos das mulheres, os avanços nessa seara dependem do governo que estiver no poder. Por outro lado, de forma geral, os homens detentores de poder apresentam forte resistência à implementação das cotas e esses países recorrem a ações afirmativas mais leves e pouco efetivas, sem a contraposição de movimentos feministas, razão pela qual durante muito tempo foram refratários à cota de gênero voluntária⁶⁹.

O Brasil parece estar no grupo de países que encara a cota de gênero como remédios simbólicos de equidade, já que, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), as mulheres têm nível de ocupação e rendimentos proporcionalmente menores que os homens, além de dedicarem-se 9,6 horas a mais por semana que os homens a cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos⁷⁰. Além disso, a cota de gênero no processo eleitoral limita-se à etapa das candidaturas e, mesmo assim, a Justiça Eleitoral tem detectado fraudes praticadas por partidos políticos com a intenção de burlá-la⁷¹.

Portanto, aplicadas tais premissas à ação afirmativa em exame, afigura-se necessário, em primeiro lugar, que os Tribunais viabilizem a ampla consulta pública a todos os dados. Ademais, a ausência de um mecanismo hábil para corrigir as desconformidades pode ser um fator que as encoraje, em face, sobretudo, de eventual interpretação errônea quanto à facultatividade da medida e da possível tendência simbólica que as ações afirmativas de gênero têm no país.

⁶⁹ LÉPINARD, Éléonore; RUBIO-MARÍN, Ruth. Completing the unfinished task?: gender quotas and the outgoing struggle for women's empowerment in Europe.

⁷⁰ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas de gênero**: indicadores sociais das mulheres no Brasil. 3. ed. Brasília: IBGE, 2024. (Estudos e pesquisas: informação demográfica e socioeconômica, n. 38). Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102066_informativo.pdf. Acesso em: 2 jun. 2025.

⁷¹ YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira; SANCHOTENE, Salise Monteiro. O Tribunal Superior Eleitoral e a igualdade de gênero: oportunidades e desafios à luz da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas e das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 14-55, jun./dez. 2022. Disponível em: <https://revistaeje.tse.jus.br/estudoseleitorais/article/view/256>. Acesso em: 3 jun. 2025.

No âmbito do Poder Judiciário, como dito, já ficou demonstrado o sexismo institucional que o permeia, o que pode refletir na pouca “vontade política” de dirigentes dos Tribunais em aderir à ação afirmativa de gênero.

Nesse particular, vale lembrar que, à época da aprovação da Resolução CNJ n.º 525/23, que instituiu a ação afirmativa de gênero para o acesso de magistradas aos cargos de 2º grau, a par das inúmeras manifestações de apoio de entidades da sociedade civil, o Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça (Consepre), o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação de Juízes Federais do Brasil (Ajufe) e a Associação Nacional de Magistrados do Trabalho (Anamatra) manifestaram-se ao CNJ de forma a suscitar vício formal e/ou material da norma ou requerer mais prazo para diálogo sobre o impacto da medida. A petição do TJSP chega a afirmar que “não há e nunca houve discriminação de gênero” nas promoções no Estado de São Paulo e o reduzidíssimo número de desembargadoras naquele órgão dá-se “única e exclusivamente por força da evolução histórica de nossa sociedade, e nunca por qualquer ato discriminatório desta Corte”. Já a Ajufe consultou, por enquête, seu quadro de associados(as), cuja maioria (59,3%) declarou-se contrária à adoção da política⁷².

Logo, tal qual se constatou na União Europeia, a política de cotas de gênero suscita resistência de instituições fortes e tradicionais ligadas às cúpulas do Poder Judiciário brasileiro, razão pela qual se faz necessária a vigilância constante sobre as medidas instituídas.

5. Conclusão

A exemplo da sociedade em geral, o Poder Judiciário brasileiro reproduz a discriminação institucional por motivo de gênero em seus quadros, na medida em que a carreira da magistratura é atravessada pela sub-representação de mulheres, que também encontram sérias dificuldades para ocupar cargos de gestão, como os de juízes(as) auxiliares das presidências dos Tribunais, que são comprovadamente espaços importantes para alavancar trajetórias profissionais.

⁷² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Ato normativo n.º 0005605-48.2023.2.00.0000**. Relatora: Consl. Salise Sanchotene, 26 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialJuris=54645&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 3 jun. 2025.

Por conta disso, o CNJ tem atuado formalmente, pelo menos desde 2018, para impulsionar a participação feminina no Poder Judiciário, com a criação da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, no bojo da qual foi editada a Resolução CNJ n.º 540/23, que instituiu ação afirmativa de gênero para assegurar a participação de mulheres, observada a interseccionalidade, em pelo menos 50% dos cargos de gestão dos Tribunais, os quais também devem divulgar, de forma acessível à consulta pública, dados sobre o cumprimento da norma.

Com isso, o escopo do presente estudo foi (1) investigar as razões que levaram o CNJ a aprovar a Resolução n.º 540/2023; (2) verificar o cumprimento da normativa pelos Tribunais Estaduais, Federais e do Trabalho no tocante aos cargos de juízes(as) auxiliares das Cortes de 2º grau cuja administração tenha tomado posse após a entrada em vigor da regra, em 21 de março de 2024; e, (3) na hipótese de descumprimento, examinar as providências eventualmente cabíveis.

Assim, aplicados os métodos bibliográficos e documentais, foram obtidos os seguintes resultados: (1) no universo de 57 Tribunais de 2º grau das Justiças Federal, Estadual e do Trabalho, 38 estão atualmente sujeitos à Resolução CNJ n.º 540/23; (2) nem todos os dados relativos aos cargos de juízes(as) auxiliares das Presidências estão acessíveis para consulta pública nos *sites* desses Tribunais; (3) nestes, são disponibilizados o total de 100 cargos de juízes(as) auxiliares das Presidências, sendo 69 ocupados por homens e 31 por mulheres; (4) não há informação alguma sobre a raça/etnia desses(as) ocupantes; (5) houve um decréscimo no percentual de mulheres nesses espaços com relação aos números levantados pelo CNJ à época da edição da medida, em setembro de 2023, que era de 64% de homens e 36% de mulheres; (6) 34% dos Tribunais estudados descumprem a norma do CNJ quanto à ocupação de mulheres nos cargos estudados; e (7) os Tribunais do Trabalho são os que mais aderiram à ação afirmativa (74%), seguidos pelos Estaduais (53%) e Federais (50%).

Tais achados evidenciam que, apesar da natureza obrigatória da ação afirmativa em comento, ainda é considerável o número de Tribunais que a descumprem. As hipóteses para tanto são (1) o difícil acesso aos dados sobre gênero e raça dos(as) ocupantes dos cargos e funções contempladas pela ação afirmativa; (2) a interpretação equivocada sobre o texto da norma, no sentido de que seja facultativa, inobstante tratar-se de resolução (e não mera recomendação) e ter estabelecido ação afirmativa de reserva de vagas, ostentando cunho vinculante; (3) e a ausência de monitoramento e regulação eficiente pelo CNJ sobre os casos de descumprimento.

Diante disso, conforme a literatura internacional sobre cotas de gênero, algumas providências podem ser adotadas pelo CNJ. A primeira é a coleta e publicação sistemática dos dados relativos à ação afirmativa; a segunda, o monitoramento e a fiscalização contínua dos Tribunais; e a terceira diz respeito à necessidade de instituir uma pirâmide regulatória, mediante procedimento administrativo, para dialogar com os Tribunais desconformes, buscando de início o incentivo ao cumprimento da medida e, subsidiariamente, nessa ordem, a negociação de providências e emissão de ordem para regularização, com previsão de sanções.

Assim, faz-se preciso que novas frentes de pesquisa se abram para identificar, de forma mais ampla, a adesão dos Tribunais aos demais cargos e funções previstos na ação afirmativa em tela, com a forte atuação do CNJ para garantir a efetividade da medida.

Referências

AGENDAS: comparecimento presencial: Magistradas(os) de 1º e 2º Graus. **Justiça do Trabalho Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas)**, [2025]. Agenda - Juízas(es) Auxiliares da Administração. Disponível em: <https://trt15.jus.br/institucional/agenda-dos-magistrados>. Acesso em: 23 fev. 2025.

ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. Gênero, espaço público e poder: uma análise sobre a composição das comissões examinadoras de concurso da magistratura. **Publicum**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 352-370, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/publicum/article/view/29652>. Acesso em: 2 jun. 2025.

BIROLI, Flavia. **Gênero e desigualdades**: limites da democracia no Brasil. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BONELLI, Maria da Gloria. Profissionalismo e diferença de gênero na magistratura paulista. **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 270-292, maio/ago. 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/civitas/article/view/6491>. Acesso em: 2 jun. 2025.

BONELLI, Maria da Gloria. **Profissionalismo e política no mundo do direito**: as relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de polícia com o Estado. São Carlos: EdUFSCar, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados de pessoal do poder judiciário**, 2025. MPM – Módulo de pessoal e estrutura judiciária mensal do poder judiciário. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-mpm-pessoal/>. Acesso em: 27 fev. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Páginas dos tribunais**, [2025]. Mapa dos tribunais brasileiros. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/tribunais/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa sobre negros e negras no poder judiciário**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **PJe Consulta pública**, [2025]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 27 fev. 2025.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero, Direitos Humanos e Acesso à Justiça. **Relatório parcial de pesquisa**: a participação das magistradas no Conselho Nacional de Justiça: números e trajetórias. Brasília: Enfam, 2022. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/Relatorio-Parcial-FINAL-14NOV22.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2025.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero, Direitos Humanos e Acesso à Justiça. **2º Relatório parcial de pesquisa**: a participação das magistradas no Conselho Nacional de Justiça: trajetórias e vieses de gênero. Brasília: Enfam, 2023. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/Relatorio-Parcial-Part2_VF5.pdf. Acesso em: 2 jun. 2025.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Núcleo de estudos e pesquisas sobre gênero, direitos humanos e acesso à justiça. **Relatório técnico**: evento mulheres na justiça: novos rumos da Resolução CNJ nº 255. Brasília: Enfam, 2024. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2025/02/250113_Relatorio_Mulheres_na_Justica_v2.3_AC-1.pdf. Acesso em: 2 jun. 2025.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas de gênero**: indicadores sociais das mulheres no Brasil. 3. ed. Brasília: IBGE, 2024. (Estudos e pesquisas: informação demográfica e socioeconômica, n. 38). Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102066_informativo.pdf. Acesso em: 2 jun. 2025.

CARVALHO, Severino. Governador em exercício participa da solenidade de posse do novo presidente do TJAL: no discurso de posse, desembargador Fábio Bittencourt destacou a harmonia e a independência entre os poderes. **Alagoas Governo**, 15 jan. 2025. Disponível em: <https://alagoas.al.gov.br/noticia/governador-em-exercicio-participa-da-solenidade-de-posse-do-novo-presidente-do-tjal>. Acesso em: 19 fev. 2025.

COMPOSIÇÃO. **Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas**, [2025]. Institucional. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/sobre/institucional-composicao>. Acesso em: 20 fev. 2025.

COMPOSIÇÃO do egrégio TRT da 14ª Região. **Justiça do Trabalho TRT da 14ª Região (RO/AC)**, [2025]. Composição. Disponível em: <https://portal.trt14.jus.br/portal/index.php/sobre2/composicao>. Acesso em: 22 fev. 2025.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER, 4., 1995, Pequim. **Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher**. Pequim: ONU Mulheres, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim1.pdf. Acesso em: 2 jun. 2025.

CONHEÇA a presidência. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, [2025]. Juízes auxiliares da presidência. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/presidencia/#>. Acesso em: 20 fev. 2025.

COUTINHO, Isis. Autoridades destacam atuação do Judiciário na posse da nova mesa diretora do TJTO. **Poder Judiciário Estado do Tocantins**, 4 fev. 2025. Notícias. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/comunicacao/noticias/autoridades-destacam-atuacao-do-judiciario-na-posse-da-nova-mesa-diretora-do-tjto>. Acesso em: 23 fev. 2025.

DESEMBARGADOR Heráclito Vieira assume Presidência do TJCE e destaca prioridades de sua administração para biênio 2025-2027. **TJCE Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**, 31 jan. 2025. Notícias. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/desembargador-heraclito-vieira-assume-presidencia-do-tjce-e-destaca-prioridades-de-sua-administracao-para-bienio-2025-2027/#:~:text=Conte%C3%BAdo%20da%20Not%C3%ADcia-,Desembargador%20Her%C3%A1clito%20Vieira%20assume%20Presid%C3%Aancia%20do%20TJCE%20e%20destaca%20prioridades,Administra%C3%A7%C3%A3o%20para%20bi%C3%AAnio%202025%2D2027>. Acesso em: 20 fev. 2025.

DESEMBARGADOR Luiz Carlos Corrêa Junior toma posse como presidente do TJMG: foram empossados para o biênio 2024-2026 os três vice-presidentes, o corregedor-geral e a vice-corregedora. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, 2 jul. 2024. Notícias. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/desembargador-luiz-carlos-correa-junior-toma-posse-como-presidente-do-tjmg.htm>. Acesso em: 20 fev. 2025.

DESEMBARGADOR Ricardo Couto assume Presidência do TJRJ com foco em modernização e acesso à justiça. **Poder Judiciário Estado do Rio de Janeiro**, 7 fev. 2025. Notícias. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/403501914>. Acesso em: 22 fev. 2025.

DESEMBARGADOR Têssio Tôrres é empossado presidente do TRT-22: na solenidade, a desembargadora Basílica Alves da Silva tomou posse como vice-presidente e corregedora. **Justiça do Trabalho, TRT da 22ª Região (PI)**, 11 dez. 2024. Disponível em: <https://www.trt22.jus.br/noticia/2024/desembargador-tessio-torres-e-empossado-presidente-do-trt-22#:~:text=Desembargador%20T%C3%A9ssio%20T%C3%B4rres%20%C3%A9%20empossado%20presidente%20do%20TRT%2D22,-Na%20solenidade%2C%20a&text=Em%20uma%20noite%20prestigiada%2C%20o,para%20o%20bi%C3%AAnio%202025%2F2026>. Acesso em: 23 fev. 2025.

DESEMBARGADORA Fernanda Uchôa de Albuquerque toma posse como presidente do TRT-CE. **Justiça do Trabalho TRT da 7ª Região (CE)**, 13 dez. 2024. Notícias. Disponível em: https://www.trt7.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14704:desembargadora-fernanda-uchoa-de-albuquerque-toma-posse-como-presidente-do-trt-ce&catid=152&Itemid=886#:~:text=A%20desembargadora%20Fernanda%20Uch%C3%B4a%20de,Oliveira%20Uch%C3%B4a%20como%20corregedor%2Dregional. Acesso em: 19 fev. 2025.

DIRIGENTES e composição. **TJRN.jus.br**, [2025]. Sobre o poder judiciário do RN. Disponível em: <https://tjrn.jus.br/poder-judiciario-do-rn/dirigentes-e-composicao#fAr8xBJMq4>. Acesso em: 22 fev. 2025.

ESTRUTURA administrativa. **Justiça do Trabalho TRT da 13ª Região (PB)**, 27 maio 2025. Composição institucional. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/institucional/estrutura-administrativa>. Acesso em: 22 fev. 2025.

ESTRUTURA administrativa. **Justiça do Trabalho TRT da 17ª Região (ES)**, [2025]. Disponível em: <https://www.trt17.jus.br/w/estrutura-administrativa>. Acesso em: 23 fev. 2025.

ESTRUTURA administrativa. **Justiça do Trabalho TRT da 22ª Região (PI)**, [2025]. Institucional. Disponível em: <https://www.trt22.jus.br/estrutura-do-tribunal/administrativa>. Acesso em: 23 fev. 2025.

FRAGALE FILHO, Roberto. Conselho Nacional de Justiça: desenho institucional, construção de agenda e processo decisório. **Dados**: revista de ciências sociais, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 975-1007, dez. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/YXmbJ7jhPnTwwLGQZkkrxrL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 2 jun. 2025.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento?: dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/269627339_Da_redistribuicao_ao_reconhecimento_Dilemas_da_justica_numa_era_pos-socialista. Acesso em: 2 jun. 2025.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 63, p. 7-20, out. 2002. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/63/RCCS63-Nancy%20Fraser-007-020.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2025.

FREDMAN, Sandra. **Discrimination law**. 2nd. ed. Oxford: Oxford University, 2011.

FREDMAN, Sandra; GOLDBLATT, Beth. **Gender equality and human rights**. New York: UN Women, 2015. (UN Women discussion paper series, n. 4). Disponível em: https://eugender.itcilo.org/toolkit/online/story_content/external_files/TA_Justice_RES_UNWomen.pdf. Acesso em: 2 jun. 2025.

GABINETE. **Justiça Federal Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, [2025]. Presidência. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br/trf1/presidencia/gabinete>. Acesso em: 19 fev. 2025.

GABINETE da presidência. **Justiça Federal Tribunal Regional Federal da 6ª Região**, [2025]. Mapa de contatos. Disponível em: <https://portal.trf6.jus.br/mapa-de-contatos/gabinete-da-presidencia-2/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

GESTÃO 2025-2027 do TJSE apresenta os novos juízes auxiliares, de precatórios e das coordenadorias. **Agência de Notícias Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe**, 4 fev. 2025. Disponível em: <https://agencia.tjse.jus.br/noticias/item/15477-gestao-2025-2027-do-tjse-apresenta-os-novos-juizes-auxiliares-de-precatorios-e-das-coordenadorias#:~:text=Assumiram%20nesta%20segunda%2Dfeira%2C%203,Augusto%20Bastos%20Abdala%3B%20o%20Dr>. Acesso em: 22 fev. 2025.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/705>. Acesso em: 2 jun. 2025.

JERÔNIMO, Eugenio; BRITTO, Sílvio. Desembargador Ruy Salathiel toma posse na Presidência do TRT-6 em solenidade prestigiada. **Justiça do Trabalho TRT da 6ª Região (PE)**, 14 fev. 2025. Notícias. Disponível em: [https://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2025/02/14/desembargador-ruy-salathiel-toma-posse-na-presidencia-do-trt-6-em-solenidade#:~:text=O%20desembargador%20Ruy%20Salathiel%20de,feira%20\(14%2F1\)](https://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2025/02/14/desembargador-ruy-salathiel-toma-posse-na-presidencia-do-trt-6-em-solenidade#:~:text=O%20desembargador%20Ruy%20Salathiel%20de,feira%20(14%2F1).). Acesso em: 19 fev. 2025

JUÍZAS e juízes auxiliares da presidência. **Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado de Goiás**, 18 mar. 2025. Institucional. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional-menusuperior/juizes-auxiliares-da-presidencia>. Acesso em: 20 fev. 2025.

JUÍZES. **Portal do Poder Judiciário do Estado do Maranhão**, [2025]. Disponível em: <https://www.tjma.jus.br/institucional/tj/juizes-auxiliares/J>. Institucional. Acesso em: 20 fev. 2025.

JUÍZES auxiliares. **Poder Judiciário Estado do Rio de Janeiro**, [2025]. Presidência. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/institucional/presidencia/juiz_auxiliares. Acesso em: 22 fev. 2025.

JUÍZES auxiliares. **TJPR Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, [2025]. Presidência. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/juizes-auxiliares>. Acesso em: 22 fev. 2025.

JUÍZES/AS auxiliares. **Justiça do Trabalho TRT da 6ª Região (PE)**, 18 fev. 2025. Institucional. Disponível em: <https://www.trt6.jus.br/portal/institucional/juizesas-auxiliares>. Acesso em: 19 fev. 2025.

LÉPINARD, Éléonore; RUBIO-MARÍN, Ruth. Completing the unfinished task?: gender quotas and the outgoing struggle for women's empowerment in Europe. In: LÉPINARD, Éléonore; RUBIO-MARÍN, Ruth (org.). **Transforming gender citizenship: the irresistible rise of gender quotas in Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 1-38.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens**. São Paulo: Cultrix, 2019.

LOBO, Marcela; YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira; MELLO, Adriana Ramos de. (Des)Igualdades de gênero no âmbito dos tribunais de justiça no Brasil: um estudo sobre os cargos de juízes e juízas auxiliares. **Revista Themis**, Fortaleza, v. 19, n. 2, p. 265-292, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/download/857/pdf/3176>. Acesso em: 2 jun. 2025.

MAGISTRATURA: lotação dos magistrados. **Poder Judiciário Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul**, [2025]. Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/secretarias/csm/lotacao-dos-magistrados>. Acesso em: 20 fev. 2025.

MENDES, Juliana; RODRIGO, Márcio. Poder Judiciário empossa Mesa Diretora para o biênio 2024/2026: Desembargadores Froz Sobrinho (presidente), Raimundo Bogéa (1º vice-presidente), Jorge Figueiredo (2º vice) e José Luiz Almeida (corregedor-geral) tomaram posse solenemente nesta terça-feira, 30/4. **Portal do Poder Judiciário do Estado do Maranhão**, 2 maio 2024. Notícias. Disponível em: <https://www.tjma.jus.br/midia/portal/noticia/513362/poder-judiciario-empossa-mesa-diretora-para-o-bienio-20242026#:~:text=O%20Gr%C3%A3o%2DColar%20presidencial%20Cl%C3%B3vis,de%20poder%20no%20Judici%C3%A1rio%20maranhense>. Acesso em: 20 fev. 2025.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

NOVA administração do TJDFT para biênio 2024-2026 toma posse. **TJDFT Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Notícias. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2024/abril/nova-administracao-do-tjdft-para-bienio-2024-2026-toma-posse>. Acesso em: 20 fev. 2025.

NOVA administração do TRT-14 toma posse em Porto Velho. **Justiça do Trabalho TRT da 14ª Região (RO/AC)**, 5 dez. 2024. Notícias. Disponível em: <https://portal.trt14.jus.br/portal/noticias/nova-administracao-do-trt-14-toma-posse-em-porto-velho>. Acesso em: 22 fev. 2025.

NOVA cúpula diretiva do TJPR toma posse nesta segunda-feira. **TJPR Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, 3 fev. 2025. Notícias. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/nova-c%C3%BApula-diretiva-do-tjpr-toma-posse-nesta-segunda-feira/18319. Acesso em: 22 fev. 2025.

NOVA cúpula diretiva do Tribunal de Justiça é empossada em sessão solene. **Poder Judiciário do Estado do Acre**, 7 fev. 2025. Notícias. Disponível em: <https://www.tjac.jus.br/2025/02/nova-cupula-diretiva-do-tribunal-de-justica-e-empossada-em-sessao-solene/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

NOVA diretoria do TJGO toma posse nesta segunda, 3. **SindJustiça A Casa do Servidor da Justiça em Goiás**, 2 fev. 2025. Disponível em: <https://sindjustica.com/2025/02/02/nova-diretoria-do-tjgo-toma-posse-nesta-segunda-3/>. Acesso em: 20 fev. 2025.

NOVA diretoria do TJRN toma posse nesta terça (7/01), Des. Ibanez Monteiro será 67º presidente da instituição. **TJRN.jus.br**, 7 jan. 2025. Notícias. Disponível em: <https://tjrn.jus.br/noticias/24374-nova-diretoria-do-tjrn-toma-posse-nesta-terca-701-des-ibanez-monteiro-sera-67-presidente-da-instituicao>. Acesso em: 22 fev. 2025.

NOVA diretoria do TRT da 24ª Região toma posse para o biênio 2025/2026. **Justiça do Trabalho TRT da 24ª Região (MS)**, 7 dez. 2024. Disponível em: <https://www.trt24.jus.br/-/nova-diretoria-do-trt-da-24%C2%AA-regi%C3%A3o-toma-posse-para-o-bi%C3%AAnio-2025/2026>. Acesso em: 23 fev. 2025.

NOVA diretoria toma posse à frente do poder judiciário para o biênio 2025/2026. **Poder Judiciário Mato Grosso**, 19 dez. 2024. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/noticias/2024/12/nova-diretoria-toma-posse-a-frente-poder-judiciario-para-o-bienio-2025-2026>. Acesso em: 20 fev. 2025.

NOVA gestão do TRT-19 aposta em inovação, humanização e foco no 1º grau: vice-presidente Jasiel Ivo reúne diretores e apresenta equipe para biênio 2024-2026. **Justiça do Trabalho Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região (AL)**, 7 dez. 2024. Notícias. Disponível em: <https://site.trt19.jus.br/noticia/nova-gestao-do-trt-19-aposta-em-inovacao-humanizacao-e-foco-no-1o-grau>. Acesso em: 23 fev. 2025.

NOVA mesa diretora do TJSE toma posse sob a presidência da Desembargadora Iolanda Guimarães. **Agência de Notícias Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe**, 3 fev. 2025. Notícias. Disponível em: <https://agencia.tjse.jus.br/noticias/item/15473-nova-mesa-diretora-do-tjse-toma-posse-sob-a-presidencia-da-desembargadora-iolanda-guimaraes>. Acesso em: 22 fev. 2025.

NOVO corpo diretivo do TRT-17 toma posse nesta quinta, 23. **Justiça do Trabalho TRT da 17ª Região (ES)**, 10 jan. 2025. Comunicação. Disponível em: <https://www.trt17.jus.br/web/comunicacao/w/n1093-novo-corpo-diretivo-do-trt-17-toma-posse-no-dia-23-1#:~:text=As%20desembargadoras%20Alzenir%20Bollesi%20De,9%20de%20outubro%20de%202024>. Acesso em: 23 fev. 2025.

NOVOS dirigentes do TRT-RJ tomam posse para o biênio 2025/2027. **Justiça do Trabalho TRT da 1ª Região (RJ)**, 24 jan. 2025. Notícias. Disponível em: https://trt1.jus.br/ultimas-noticias/-/asset_publisher/IpQvDk7pXBme/content/novos-dirigentes-do-trt-rj-tomam-posse-para-o-bienio20252027/21078?_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_LkwFHwh6FO7J_assetEntryId=31725850#:~:text=%C3%80%20frente%20da%20nova%20administra%C3%A7%C3%A3o,Dattoli%2C%20empossado%20como%20novo%20presidente. Acesso em: 23 fev. 2025.

NOVOS dirigentes do TRT-RN tomam posse para o biênio 2025/2027. **TRT - 21ª Região Rio Grande do Norte (RN)**, 10 jan. 2025. Notícias. Disponível em: <https://www.trt21.jus.br/noticias/noticia/novos-dirigentes-do-trt-rn-tomam-posse-para-o-bienio-20252027>. Acesso em: 19 fev. 2025.

NOVOS gestores do TRT/AL tomam posse em sessão administrativa: Desembargadores Jasiel Ivo e Anne Helena Fischer Inojosa assumiram os cargos de presidente e vice-presidente, respectivamente. **Justiça do Trabalho Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região (AL)**, 23 jan. 2025. Disponível em: <https://site.trt19.jus.br/noticia/novos-gestores-do-trtal-tomam-posse-em-sessao-administrativa>. Acesso em: 23 fev. 2025.

NUNES, Paulo André. Desembargadora Mirza Telma Cunha representa TJAM na solenidade de posse dos novos dirigentes do TRT-11. **Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas**, 16 dez. 2024. Sala de imprensa. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/13207-desembargadora-mirza-telma-cunha-representa-tjam-na-solenidade-de-posse-dos-novos-dirigentes-do-trt-11>. Acesso em: 19 fev. 2025.

ÓRGÃO Especial aprova nomes de desembargadores(as) que estarão à frente de coordenadorias, comissões e núcleos na próxima gestão do TJCE. **TJCE Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**, 30 jan. 2025. Notícias. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/orgao-especial-aprova-nomes-de-desembargadoresas-que-estaraao-a-frente-de-coordenadorias-comissoes-e-nucleos-na-proxima-gestao-do-tjce/>. Acesso em: 20 fev. 2025.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

PODER judiciário: novos dirigentes do TJRR assumem gestão para o biênio 2025/2027. **Poder Judiciário do Estado de Roraima**, 6 fev. 2025. Notícias. Disponível em: <https://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/19072-poder-judiciario-novos-dirigentes-do-tjrr-assumem-gestao-para-o-bienio-2025-2027-1#:~:text=O%20desembargador%20Leonardo%20Cupello%20assumiu,Judicial%20de%20Roraima%2C%20desembargadora%20TC3%A2nia>. Acesso em: 22 fev. 2025.

PORTAL da transparência e prestação de contas agenda dos desembargadores e juízes convocados. **Justiça do Trabalho TRT da 24ª Região (MS)**, [2025]. Agenda dos Desembargadores e Juízes convocados. Disponível em: <https://www.trt24.jus.br/web/transparencia/agenda-dos-desembargadores-e-ju%C3%ADzes-convocados>. Acesso em: 23 fev. 2025.

POSSE da nova administração do TRT-15 é marcada pelo compromisso com a inovação. **Justiça do Trabalho Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas)**, 5 dez. 2024. Disponível em: <https://trt15.jus.br/noticia/2024/posse-da-nova-administracao-do-trt-15-e-marcada-pelo-compromisso-com-inovacao#:~:text=Na%20quinta%2Dfeira%2C%205%2F,para%20o%20bi%C3%AAnio%202024%2D2026>. Acesso em: 23 fev. 2025.

POSSE do novo corpo diretivo do TRT-2: acompanhe ao vivo a partir das 17h. **Justiça do Trabalho TRT da 2ª Região (SP)**, 1 out. 2024. Notícias. Disponível em: <https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/novo-corpo-diretivo-da-2a-regiao-toma-posse-na-terca-feira-1o-10#:~:text=Na%20Presid%C3%AAncia%2C%20ser%C3%A1%20empossado%20o,desembargador%20Francisco%20Ferreira%20Jorge%20Neto>. Acesso em: 19 fev. 2025.

PRESIDÊNCIA. **Justiça do Trabalho Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (DF/TO)**, [2025]. Institucional. Disponível em: <https://www.trt10.jus.br/institucional/composicao/?pagina=vigente/presidencia.php>. Acesso em: 19 fev. 2025.

A PRESIDÊNCIA. **Poder Judiciário Mato Grosso**, [2025]. Institucional. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/paginas/a-presidencia>. Acesso em: 20 fev. 2025.

PRESIDÊNCIA. **TJDFT Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, 30 abr. 2024. Institucional. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/administracao-superior/presidencia>. Acesso em: 20 fev. 2025.

PRESIDÊNCIA. **Tribunal de Justiça do Estado do Pará**, [2025]. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Presidencia/831287-presidencia.xhtml>. Acesso em: 21 fev. 2025.

PRESIDENTE do TRE-DF participa de posse do Presidente do TRT-10: a cerimônia aconteceu na sede do TRT-10 e contou com a presença de Ministros do TST, TSE e STM. **Tribunal Regional Eleitoral-DF**, 6 mar. 2025. Notícias. Disponível em: <https://www.tre-df.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Marco/presidente-do-tre-df-participa-de-posse-do-presidente-do-trt-10>. Acesso em: 19 fev. 2025.

PRESIDENTE e vice-presidente do TRT-GO para o biênio 2025/2027 tomam posse nesta sexta-feira, 7/2. **Justiça do Trabalho TRT da 18ª Região (GO)**, 7 fev. 2025. Disponível em: <https://www.trt18.jus.br/portal/presidente-e-vice-presidente-do-trt-go-para-o-bienio-2025-2027-tomam-posse-nesta-sexta-feira-7-2/>. Acesso em: 23 fev. 2025.

QUEM é quem. **Poder Judiciário do Estado do Acre**, [2025]. Disponível em: <https://www.tjac.jus.br/adm/quem-e-quem/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

REFERENDADOS pelo Tribunal Pleno, juízes auxiliares da presidência projetam atuação do judiciário no biênio 2025/2027. **Poder Judiciário Estado do Tocantins**, 7 fev. 2025. Notícias. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/comunicacao/noticias/referendados-pelo-tribunal-pleno-juizes-auxiliares-da-presidencia-projetam-melhorias-no-sistema-de-justica-para-o-bienio-2025-2027>. Acesso em: 23 fev. 2025.

RIBEIRO, Anna Carla. Des. Roberto Gonçalves de Moura assume a Presidência do TJPA: os novos dirigentes do biênio 2025-2027 foram empossados nesta segunda-feira, 3. **Tribunal de Justiça do Estado do Pará**, 4 fev. 2025. Comunicação. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/2043184-desembargador-roberto-goncalves-de-moura-assume-presidencia-do-tjpa.xhtml#:~:text=2025%2000%3A00-,Des.,assume%20a%20Presid%C3%Aancia%20do%20TJPA&text=O%20corpo%20diretivo%20respons%C3%A1vel%20pela,no%20edif%C3%ADcio%2Dsede%20do%20TJPA>. Acesso em: 21 fev. 2025.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Poder Judiciário do Estado de Roraima**, [2025]. Institucional. Disponível em: <https://www.tjrr.jus.br/index.php/institucional/25-institucional/o-tjrr>. Acesso em: 22 fev. 2025.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/257862>. Acesso em: 2 jun. 2025.

SILVA, Daniel. Tribunal de Justiça do Piauí empossa novo presidente nesta terça-feira (07). **Tribunal de Justiça do Piauí Poder Judiciário do Estado do Piauí**, 4 jan. 2025. Disponível em: <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/tribunal-de-justica-do-piaui-empossa-nova-diretoria-nesta-terca-feira-07/>. Acesso em: 22 fev. 2025.

SOLEINIDADE de posse das dirigentes do biênio 2025/2026 será dia 7 de janeiro de 2025: Desembargadora Herminegilda Leite Machado assumirá a presidência e a desembargadora Rita Leite Brito Rolim, a vice-presidência e corregedoria do TRT-13: esta será a primeira vez que o Regional terá duas mulheres à frente da gestão. **Justiça do Trabalho TRT da 13ª Região (PB)**, 16 dez. 2024. Notícias. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/solenidade-de-posse-das-dirigentes-do-bienio-2025-2026-sera-dia-7-de-janeiro-de-2025#:~:text=A%20desembargadora%20Herminegilda%20Leite%20Machado,mulheres%20%C3%A0%20frente%20da%20gest%C3%A3o>. Acesso em: 22 fev. 2025.

STACHON, Patrícia Ruon; NUNES, Paulo André; BULCÃO, Amanda. Desembargador Jomar Fernandes toma posse como Presidente do TJAM para biênio 2025/2026 em sessão solene no Teatro Amazonas: Desembargador Airton Gentil é o vice-presidente e desembargador Hamilton Saraiva, o corregedor-geral de Justiça da nova gestão. **Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas**, 9 jan. 2025. Sala de Imprensa. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/13266-desembargador-jomar-fernandes-toma-posse-como-presidente-do-tjam-para-bienio-2025-2026-em-sessao-solene-no-teatro-amazonas#:~:text=CONTATO%20PROCESSOS%20SISTEMAS-,Desembargador%20Jomar%20Fernandes%20toma%20posse%20como%20president0e%20do%20TJAM%20para,sess%C3%A3o%20solene%20no%20Teatro%20Amazonas&text=Desembargador%20Airton%20Gentil%20%C3%A9%20o,de%20Justi%C3%A7a%20da%20nova%20gest%C3%A3o>. Acesso em: 20 fev. 2025.

TAVARES, Tiffany. Empossados novos gestores do TRT/SE para o biênio 2024/2026. **Justiça do Trabalho Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região (SE)**, 14 dez. 2024. Disponível em: <https://www.trt20.jus.br/16676-empossados-novos-gestores-do-trt-se-para-o-bienio-2024-2026>. Acesso em: 19 fev. 2025.

TJPB normatiza atuação dos juízes e juízas auxiliares em cinco núcleos específicos. **Poder Judiciário Tribunal de Justiça da Paraíba**, 5 fev. 2025. Notícias. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/noticia/tjpb-normatiza-atuacao-dos-juizes-e-juizas-auxiliares-em-cinco-nucleos-especificos>. Acesso em: 21 fev. 2025.

TORRES, Guilherme. Presidente Aderson Nogueira empossa novos juízes auxiliares, supervisores(as) e coordenadores(as) para o biênio 2025/2026. **Tribunal de Justiça do Piauí Poder Judiciário do Estado do Piauí**, 9 jan. 2025. Disponível em: <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/tjpi-empossa-novos-juizes-auxiliares-secreta-rio-geral-supervisoras-e-coordenadoras-para-o-bienio-2025-2026/>. Acesso em: 22 fev. 2025.

TRF 1ª Região empossa nova gestão para o biênio 2024-2026. **Justiça Federal Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, 25 abr. 2024. Notícias. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br/trf1/noticias/trf-1-regiao-empossa-nova-gestao-para-o-bienio-2024-2026->. Acesso em: 19 fev. 2025.

TRF 6ª Região empossa nova gestão para o biênio 2024-2026. **Justiça Federal Tribunal Regional Federal da 6ª Região**, [2024]. Disponível em: <https://portal.trf6.jus.br/trf-6a-regiao-empossa-nova-gestao-para-o-bienio-2024-2026/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

TRIBUNAL de Justiça de MS empossa administração para o biênio 2025/2026. **Poder Judiciário Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul**, 31 jan. 2025. Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/noticia/64964>. Acesso em: 20 fev. 2025.

TRT-8 empossa nova administração para o biênio 2024 – 2026: em cerimônia presencial, serão empossados presidente, vice-presidente, corregedor regional. **Justiça do Trabalho TRT da 8ª Região (PA/AP)**, 6 dez. 2024. Disponível em: <https://www.trt8.jus.br/noticias/2024/trt-8-empossa-nova-administracao-para-o-bienio-2024-2026>. Acesso em: 19 fev. 2025.

TRT-RN: novos dirigentes empossam novos gestores. **TRT - 21ª Região Rio Grande do Norte (RN)**, 10 jan. 2025. Notícias. Disponível em: <https://www.trt21.jus.br/noticias/noticia/trt-rn-novos-dirigentes-empossam-novos-gestores#:~:text=Portal%20TRT21,-Buscar&text=Alexandre%20C3%89rico%20Alves%20da%20Silva,que%20assumiu%20a%20Dire%C3%A7%C3%A3o%20Geral>. Acesso em: 19 fev. 2025.

UNIDADES administrativas. **Poder Judiciário de Alagoas**, [2025]. Conheça quais diretorias, departamentos e coordenadorias fazem parte da estrutura administrativa do poder judiciário alagoano. Disponível em: <https://www.tjal.jus.br/diretoriaadm>. Acesso em: 19 fev. 2025.

VINÍCIUS, Marcus. Desembargador Fred Coutinho é empossado Presidente do TJPB para o biênio 2025/2026. **Poder Judiciário Tribunal de Justiça da Paraíba**, 4 fev. 2025. Notícias. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/noticia/desembargador-fred-coutinho-e-empossado-presidente-do-tjpb-para-o-bienio-20252026#:~:text=O%20desembargador%20Fred%20da%20N%C3%B3brega,no%20Intermares%20Hall%2C%20em%20Cabedelo>. Acesso em: 21 fev. 2025.

YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira. **Discriminação por motivo de gênero e barreiras no acesso ao segundo grau de jurisdição no Brasil por magistradas de carreira**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasília, 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/handle/2011/174070>. Acesso em: 3 jun. 2025.

YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira; SANCHOTENE, Salise Monteiro. O Tribunal Superior Eleitoral e a igualdade de gênero: oportunidades e desafios à luz da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas e das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 14-55, jun./dez. 2022. Disponível em: <https://revistaeje.tse.jus.br/estudoseleitorais/article/view/256>. Acesso em: 3 jun. 2025.

ZANETTI, Luciene Oliveira Vizzotto. **Equidade na toga: desigualdade(s) de gênero na magistratura e impactos da organização de trabalho genderizada na carreira das mulheres magistradas do TJPR**. Londrina: Thoth, 2025.

Jurisprudência citada

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Ato normativo n.º 0001070-76.2023.2.00.0000**. Relatora: Consl. Salise Sanchotene, 12 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=54820>. Acesso em: 3 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Ato normativo n.º 0005605-48.2023.2.00.0000**. Relatora: Consl. Salise Sanchotene, 26 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=54645&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 3 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 19/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&ext=.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2025.

Legislação citada

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 67, de 3 de março de 2009**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>. Acesso em: 4 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 255, de 4 de setembro de 2018**. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>. Acesso em: 3 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 418, de 20 de setembro de 2021**. Altera a Resolução CNJ n.º 255/2018, que institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4116>. Acesso em: 4 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 496, de 3 de abril de 2023**. Altera a Resolução CNJ n. 75/2009, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5030>. Acesso em: 4 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 525, de 27 de setembro de 2023**. Altera a Resolução CNJ n. 106/2010, dispondo sobre ação afirmativa de gênero, para acesso das magistradas aos tribunais de 2º grau. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277>. Acesso em: 4 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 536, de 7 de dezembro de 2023**. Altera o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5381>. Acesso em: 4 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 540, de 18 de dezembro de 2023**. Altera a Resolução CNJ n.º 255/2018 e dispõe sobre paridade de gênero, com perspectiva interseccional de raça e etnia, em atividades administrativas e jurisdicionais no âmbito do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5391>. Acesso em: 4 jun. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê contra a Discriminação contra a Mulher. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18 de dezembro de 1979**. Disponível em: <https://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>. Acesso em: 4 jun. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê contra a Discriminação contra a Mulher. **Recomendação Geral n.º 40, de 23 de outubro de 2024**. Sobre a representação equitativa e inclusiva das mulheres nos sistemas de tomada de decisão. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1xbjEPNk2sqpEN0QnIIdZaqZ8IeJn-4Ew/view?usp=sharing>. Acesso em: 4 jun. 2025.



Constitucionalismo feminista e a “pergunta da mulher”: método de análise das decisões republicanas¹

Feminist constitutionalism and the woman question: a method for analyzing republican decisions

Constitucionalismo feminista y la pregunta de la mujer: método de análisis de las decisiones republicanas

Christine Oliveira Peter da Silva²

Centro Universitário de Brasília (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2572-0509>

E-mail: christinepeter@uol.com.br

Carolina Gomide de Araujo³

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4496-6419>

E-mail: carolinagomidearaujo@gmail.com

Resumo

O artigo tem como objeto a pergunta da mulher enquanto método de análise das decisões republicanas à luz da teoria do constitucionalismo feminista. A metodologia utilizada baseia-se na técnica desenvolvida por Katharine Bartlett, que busca evidenciar como normas, práticas e instituições, sob aparência de neutralidade, podem reproduzir desigualdades de gênero. A pesquisa estrutura-se em quatro seções: a primeira apresenta a base teórica sobre constitucionalismo feminista e a pergunta da mulher, enquanto as demais analisam sua aplicação nas decisões das instituições políticas, judiciárias e universitárias. O estudo conclui que, para a

¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da; GOMIDE DE ARAUJO, Carolina. Constitucionalismo feminista e a “pergunta da mulher”: método de análise das decisões republicanas. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 393-423, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a462>.

² Professora titular do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4549632872816353>.

³ Mestra em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisadora visitante na Faculdade de Direito da Queen's University, no Canadá. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0708409162652716>.

consolidação de instituições de alta performance, acessíveis, plurais e democráticas, é essencial compreender as dinâmicas de gênero, em toda a sua interseccionalidade, para viabilizar a tomada de decisão voltada à efetivação do direito à igualdade.

Palavras-chaves

Constitucionalismo feminista; pergunta da mulher; desigualdade de gênero; instituições republicanas.

Sumário

1. Introdução 2. O constitucionalismo feminista como marco e a pergunta da mulher como método. 3. A pergunta da mulher na política. 4. A pergunta da mulher no sistema de justiça. 5. A pergunta da mulher na docência. 6. Conclusão.

Abstract

The article focuses on the “woman’s question” as a method for analyzing republican decisions, in light of feminist constitutionalism theory. It uses as an example its application in the decisions of political institutions, the justice system, and universities. The methodology is based on the woman’s question, developed by Katharine Bartlett, which seeks to reveal how norms, practices, and institutions, under the guise of neutrality, can reproduce gender inequalities. The research is structured into four sections. The first presents the theoretical foundation of feminist constitutionalism and the woman’s question, while the others analyze its application in the decisions of political, judicial, and academic institutions. The study concludes that, for the consolidation of high-performing, accessible, pluralistic, and democratic institutions, it is essential to understand gender dynamics in all their intersectionality, in order to enable decision-making aimed at fulfilling the right to equality.

Keywords

Feminist constitutionalism; woman’s question; gender inequality; republican institutions.

Contents

1. Introduction 2. Feminist constitutionalism as a framework and the woman question as a method. 3. The woman question in politics. 4. The woman question in the justice system. 5. The woman question in teaching. 6. Conclusion.

Resumen

El artículo tiene como objeto la pregunta de la mujer como método para el análisis de las decisiones republicanas, a la luz de la teoría del constitucionalismo feminista, utilizando como ejemplo su aplicación en las decisiones de las instituciones políticas, del sistema judicial y de las universidades. La metodología utilizada se basa en la pregunta de la mujer, desarrollada por Katharine Bartlett, que busca evidenciar cómo las normas, prácticas e instituciones, bajo una aparente neutralidad, pueden reproducir desigualdades de género. La investigación se estructura en cuatro secciones. La primera presenta la base teórica sobre el constitucionalismo feminista y la pregunta de la mujer, mientras que las demás analizan su aplicación en las decisiones de las instituciones políticas, judiciales y universitarias. El estudio concluye que, para la consolidación de instituciones de alto rendimiento, accesibles, plurales y democráticas, es esencial comprender las dinámicas de género, en toda su interseccionalidad, a fin de posibilitar una toma de decisiones orientada a la efectividad del derecho a la igualdad.

Palabras clave

Constitucionalismo feminista; pregunta de la mujer; desigualdad de género; instituciones republicanas.

Índice

1. Introducción 2. El constitucionalismo feminista como marco y la pregunta de la mujer como método. 3. La pregunta de la mujer en la política. 4. La pregunta de la mujer en el sistema de justicia. 5. La pregunta de la mujer en la docencia. 6. Conclusión.

1. Introdução

O artigo aborda a pergunta da mulher como método de análise das decisões institucionais. Em vista da teoria do constitucionalismo feminista, o artigo propõe essa aplicação a decisões políticas, judiciárias e universitárias.

As pesquisas que englobam representatividade nas instituições jurídicas pressupõem que o direito é ordem emanada por aqueles que ocupam os espaços de poder, o qual, na maioria das vezes, não está disponível a quem não está de fato movimentando as relações institucionais.

Ao analisar as instituições, o constitucionalismo feminista busca não apenas garantir a inclusão formal da mulher no direito, mas também transformá-las para que reflitam, em sua essência, as experiências e necessidades femininas. Assim, o constitucionalismo feminista também oferece os conceitos e ferramentas jurídicas necessárias à construção de um Estado Democrático de Direito o qual suporte uma Constituição que igualmente seja “de e para” mulheres.

O estudo parte da hipótese de que a presença das mulheres nos espaços institucionais não é apenas uma questão numérica, mas representa dinâmicas estruturais que influenciam a composição e o funcionamento dessas instituições. Assim, torna-se essencial investigar como as desigualdades de gênero se manifestam no acesso e na ascensão profissional dentro das diversas carreiras que compõem os quadros das instituições republicanas.

Este artigo tem o intuito de argumentar que a presença e a visibilidade de pessoas diversas nos espaços de poder, sejam instituições públicas, sejam privadas, contribui para decisões mais justas e igualitárias, de modo a fortalecer a democracia e realizar o objetivo constitucional de não discriminação de gênero.

Para tanto, propõe-se como metodologia a pergunta da mulher, teoria desenvolvida por Katharine Bartlett no feminismo jurídico, para analisar como normas, práticas e decisões institucionais afetam mulheres e homens de maneiras diferentes. Essa abordagem parte do pressuposto de que o direito, historicamente, retrata uma perspectiva masculina, a qual é mascarada sob a aparência de neutralidade. Ao perguntar “como essa norma, doutrina ou prática impacta as mulheres?”, é possível identificar as desigualdades estruturais e expor os desafios enfrentados pelas mulheres em decorrência do que é decidido nas instituições republicanas.

Ao aplicar essa abordagem à análise da representatividade de gênero nas instituições jurídicas e políticas, examina-se como diferentes estruturas – desde a formação jurídica até a ocupação de cargos públicos – perpetuam ou contestam desigualdades.

Dessa forma, o artigo questiona se a pergunta da mulher nas decisões institucionais pode ser respondida pelo direito público e, mais especificamente, se pode ser lida pela ótica do direito constitucional, em sua perspectiva feminista, como forma de concretização do direito à igualdade de gênero nas instituições.

Destarte, realiza-se uma revisão bibliográfica a fim de reunir dados e mapear caminhos acadêmicos que abordam a igualdade de gênero nas instituições da república. A análise busca contribuir com o debate sobre a efetividade das políticas voltadas à inclusão feminina nos espaços de poder.

A pesquisa se justifica frente à importância dos estudos a respeito da composição, organização e representatividade das instituições jurídicas para embasar deliberações concretas no enfrentamento às desigualdades estruturais.

Defende-se que, para se ter espaços políticos de alta performance, acessíveis, plurais e democráticos, é necessário entender as dinâmicas de gênero, com todas as suas interseccionalidades, com o fito de viabilizar a propositura e implementação de decisões institucionais voltadas à concretização do direito à igualdade.

A pesquisa está estruturada em quatro seções. A primeira é de caráter teórico e apresenta o constitucionalismo feminista e a pergunta da mulher como ferramentas metodológicas para a análise crítica das decisões institucionais. As três seções seguintes aplicam tal abordagem a diferentes instituições republicanas: a segunda seção examina as que são políticas, investigando a participação feminina no parlamento; a terceira examina o sistema de justiça ao abordar a trajetória das mulheres na magistratura; e a quarta discute as universidades e o ensino jurídico, de forma a explorar a representatividade feminina no corpo docente e nas estruturas acadêmicas. Dessa maneira, a pesquisa articula teoria e prática, demonstrando como a pergunta da mulher pode ser utilizada para revelar desigualdades estruturais e propor soluções para uma maior equidade de gênero.

2. O constitucionalismo feminista como marco e a pergunta da mulher como método

A Constituição Federal do Brasil traz a igualdade de gênero em primeiro lugar no rol de direitos fundamentais, transformando a sua efetivação em agenda do Estado e a não discriminação de gênero em objetivo da República, nos termos do artigo 3º.

Apesar dos avanços na garantia formal de direitos, é fato que o direito constitucional brasileiro ainda não assimilou plenamente os pressupostos e as exigências do movimento feminista, inclusive no que concerne ao compromisso com a

efetividade dos direitos fundamentais das mulheres. Essa lacuna evidencia a necessidade de uma teoria constitucional feminista, influenciada pela proposta de uma teoria feminina de Estado defendida por Catharine MacKinnon⁴.

A referida autora foi pioneira ao lançar seu olhar acadêmico sobre a ausência de compreensão feminista nas práticas metodológicas que pensam a logicidade dos ordenamentos jurídicos. Ao seu ver, a invisibilidade das mulheres no espaço público é reflexo da falta de atenção às estruturas de poder e dominação que moldam tais ambientes⁵.

Carol Smart, da mesma forma, destacou, ainda em 1992, que o direito, se parece racional à primeira vista, acaba por discriminar mulheres, tornando necessário reconhecê-lo como uma tecnologia de gênero⁶. No mesmo sentido, como lembra Natalina Stamile, “o Direito parece neutro a partir da visão de quem domina. Portanto, é produto de uma única parte da humanidade e está impregnado de uma forte carga ideológica e política⁷.”

Diante desse cenário, o constitucionalismo feminista surge como uma abordagem teórica que propõe leitura ampla e inclusiva do direito constitucional, respeitando as diferenças e reconhecendo as desigualdades estruturais que impedem a plena concretização do direito à igualdade. Nessa linha, o objetivo é reinterpretar normas e princípios constitucionais a partir da experiência concreta das mulheres, garantindo que o direito, ainda marcado por sua função histórica de preservação da ordem dominante, seja capaz de responder, de forma pragmática e eficaz, aos desafios que as mulheres enfrentam na sociedade⁸.

Para Melina Fachin, ler a Constituição pelo viés feminista é um chamado à construção de um sistema mais justo e igualitário, como foi desígnio do poder

⁴ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Por uma Teoria Feminina da Constituição. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO, Marcelo; ROCHA, Lilian Rose Lemos. (Org.). **Liberdade e Fraternidade: A Contribuição de Ayres Britto para o Direito**. Salvador: Editora JusPodivum, 2018, p. 655-677.

⁵ MACKINNON, Catharine A. **Feminism unmodified: discourses on life and law**. Cambridge, Harvard University Press, 1987.

⁶ SMART, Carol Christine. The Woman of Legal Discourse. In: **Social & Legal Studies**, v.1, 1992, p. 29-44.

⁷ STAMILE, Natalina. Direito e Gênero: desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 18, n. 3, p. e4750, out. 2022.

⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 3 ago. 2024.

constituente, a fim de fortalecer a voz das mulheres na interpretação e vivência da Carta Magna. Para ela, a visão feminista busca combater as desigualdades estruturais que impedem a igualdade substantiva entre homens e mulheres, a qual está relacionada à promoção de lideranças femininas em diferentes esferas da sociedade e à valorização das contribuições das mulheres em todos os campos de atuação⁹.

Christine Peter afirma que “o constitucionalismo feminista sugere esquemas metodológicos, especialmente de matriz hermenêutica, para permitir o controle e a revisão das escolhas, ações e repercussões do movimento nas instituições e na própria sociedade”¹⁰.

Ainda, como afirmam Estefânia Barbosa e Melina Fachin, ao conceber a Constituição como um documento vivo, o constitucionalismo feminista desafia normas patriarcais estabelecidas, destacando que tanto o direito constitucional quanto sua interpretação nunca foram neutros. Nesse contexto, a academia de direito desempenha papel importante ao promover um pensamento que busca corrigir desigualdades de gênero históricas¹¹.

Pensar a partir do constitucionalismo feminista exige a integração entre teoria e prática, pois a identificação das múltiplas formas de discriminação contra as mulheres deve ser acompanhada de ações concretas capazes de transformar a realidade vigente¹². Esse processo implica mudança na forma como as instituições se percebem e como os agentes conduzem suas práticas.

Se cabe ao direito estudar as diferentes instituições que compõem a estrutura de poder da república, um passo inicial é compreender como isso se consolida quanto à inclusão, no caminho de cumprir com o objetivo da república de ter uma sociedade mais igualitária.

⁹ FACHIN, Melina Girardi. Uma leitura feminista da CF/88 para os próximos 35 anos. *Consultor Jurídico*, 18 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-18/uma-leitura-feminista-da-cf-88-para-os-proximos-35-anos/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

¹⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Constitucionalismo Feminista pressupõe teoria do impacto desproporcional. *Consultor Jurídico*, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-17/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-igualdade-substancial-genero>. Acesso em: 3 ago. 2024.

¹¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. Symposium | Feminist Constitutionalism: Part I – The Rise of Feminist Constitutionalism: Shaping the Future Through the Lens of Equality. *I-CONnect*, 7 mar. 2024. Disponível em: <https://www.iconnectblog.com/symposium-feminist-constitutionalism-part-i-the-rise-of-feminist-constitutionalism-shaping-the-future-through-the-lens-of-equality/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

¹² SILVA, Christine Oliveira Peter da. Por uma dogmática constitucional feminista. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, v. 1, n. 2, p. 151–189, 2021.

Nesse ínterim, o constitucionalismo feminista busca não apenas garantir a inclusão formal das mulheres no direito, mas também influenciar as decisões institucionais para que estas reflitam, em sua essência, as experiências e necessidades femininas. Ademais, o constitucionalismo feminista oferece os conceitos e as ferramentas jurídicas necessárias para a construção de um Estado Democrático de Direito que suporte uma Constituição que seja, em sua essência, “de e para” mulheres¹³.

A Constituição “de mulheres” pressupõe a efetiva participação do grupo no processo decisório e na ocupação dos espaços institucionais de poder. Isso envolve questionamento crítico sobre quantas mulheres fazem parte do sistema de justiça, quais funções ocupam e se sua presença tem sido capaz de alterar as estruturas patriarcais que historicamente definiram as decisões institucionais.

Do mesmo modo, surge a exigência de incorporação sistemática da perspectiva de gênero em todas as políticas e práticas institucionais, buscando identificar e corrigir desigualdades de gênero, de forma concreta, pela ação de mulheres reais. A perspectiva de gênero, de maneira transversal nas diferentes políticas de Estado, ficou conhecida por *gender mainstreaming* e emergiu como estratégia fundamental para abordar as disparidades de gênero em todas as dimensões da sociedade¹⁴.

Investigar a presença das mulheres nos espaços de poder significa ir além da constatação de sua sub-representação. É preciso compreender as barreiras reais que impedem sua plena participação e como tais obstáculos operam de maneira diferente para mulheres de contextos sociais distintos. A promessa constitucional do direito à igualdade só pode ser verdadeiramente consagrada se for acompanhada de diagnóstico preciso das dinâmicas de exclusão que persistem nas instituições.

O constitucionalismo feminista não apenas questiona a presença das mulheres no sistema, mas propõe uma transformação que o torne verdadeiramente democrático e acessível. Para tanto, propõe-se como metodologia a pergunta da mulher¹⁵.

A teoria da pergunta da mulher propõe um método crítico para observar como normas, práticas e instituições afetam mulheres e homens de maneira

¹³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Constitucionalismo Feminista pressupõe teoria do impacto desproporcional. *Consultor Jurídico*, 2022.

¹⁴ MACKINNON, Catharine A. Mainstreaming Feminism in Legal Education. *Journal of Legal Education*, v. 53, n. 2, p. 199-212, jun. 2003.

¹⁵ BARTLETT, Katharine T. Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, v.1, n.4, p. 829-888, 1990.

diferenciada. Aplicando essa abordagem à análise da representatividade de gênero nas instituições, é possível examinar como diferentes estruturas perpetuam ou contestam desigualdades.

No âmbito das instituições políticas, a mencionada metodologia possibilita questionar a sub-representação feminina nos espaços de decisão, investigando fatores como a estrutura dos partidos políticos, as regras eleitorais e a cultura institucional que frequentemente dificulta a participação equitativa das mulheres. Destaca-se que a análise pode abarcar desde barreiras formais, como a ausência de políticas afirmativas eficazes, até as informais, como o assédio político e a exclusão das redes de poder.

No ensino jurídico, a pergunta da mulher permite avaliar a presença feminina no corpo docente, a inclusão de perspectivas de gênero nos currículos e as barreiras para a progressão acadêmica. No campo das demais carreiras jurídicas, a pergunta pode ser aplicada à trajetória das mulheres no sistema de justiça, analisando desafios como o acesso a cargos de magistratura e tribunais superiores, bem como as dificuldades impostas por dinâmicas de poder masculinizadas.

Nesse contexto, responder a pergunta da mulher torna-se um instrumento essencial. Quem ocupa as cadeiras do parlamento e elabora as leis? Quem ocupa as cadeiras da magistratura e interpreta as leis? Quem treina os futuros juristas, moldando o conhecimento jurídico? Essas questões são fundamentais para compreender a real presença e influência das mulheres dentro dos espaços decisórios e das estruturas de poder do sistema jurídico.

A resposta para a pergunta da mulher, cumpre destacar, precisa ser ampliada para abarcar uma mirada interseccional, que leve em conta não apenas o gênero, mas também a raça, a classe e a localização geográfica como fatores determinantes da experiência feminina nesses locais. Mulheres negras, indígenas, periféricas ou de regiões menos desenvolvidas enfrentam desafios que não podem ser explicados apenas pela desigualdade de gênero, pois combinam múltiplas camadas de discriminação e exclusão sistêmica.

Ademais, em um contexto amplo de análise de representatividade em ambientes institucionais, propõe-se que ao menos mais dois tipos de desigualdade estruturem a distribuição das mulheres nos espaços de poder, as verticais e horizontais.

A do tipo vertical refere-se à presença feminina nos diferentes níveis hierárquicos dentro de uma carreira ou instituição. No meio jurídico, é evidente a concentração feminina em cargos inferiores, enquanto posições de liderança, como as de ministro(a), senador(a) e reitor(a), ainda são predominantemente ocupadas por homens. Esse fenômeno revela que o problema não está apenas no ingresso das mulheres nesses ambientes, mas nas barreiras que dificultam seu progresso.

Quanto à desigualdade horizontal, esta diz respeito à segmentação por áreas de conhecimento e trabalho. No direito, por exemplo, há uma concentração feminina em áreas do saber, o que impacta o reconhecimento e a progressão das mulheres em temas tidos como menos adequados para participação feminina, limitando as oportunidades de atuação e influência.

Dessa forma, a transformação das instituições em espaços verdadeiramente democráticos exige não apenas aumento da presença feminina, mas uma reestruturação do que perpetua essas desigualdades. A pergunta da mulher, portanto, não pode se limitar ao fato de que mulheres estão nesses espaços, mas, sim, a como elas estão inseridas, em quais condições e com quais oportunidades reais de influência decisória.

Outrossim, é fundamental que, no contexto atual, qualquer resposta para a pergunta da mulher leve em conta as estratégias estruturais mais recentemente empregadas pelo neoconservadorismo. Entre elas, destaca-se o *abusive feminism*, que consiste na nomeação intencional de mulheres que se opõem aos direitos femininos para posições estratégicas, conferindo aparente legitimidade a decisões que, na prática, retrocedem nos avanços da equidade de gênero¹⁶.

Outra tática amplamente utilizada é o *genderwashing*, que se manifesta tanto pela ocupação simbólica de cargos de alto escalão por mulheres quanto pela aprovação de legislações que aparentam ser favoráveis à igualdade de gênero, mas que carecem de impacto real na transformação das condições estruturais que limitam a participação feminina.

¹⁶ SILVA, Christine Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. O constitucionalismo feminista e os novos significados do 8 de março. *JOTA*, 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/observatorio-constitucional/o-constitucionalismo-feminista-e-os-novos-significados-do-8-de-marco>. Acesso em: 3 ago. 2024.

Tais práticas, ao instrumentalizar a presença de mulheres nas instituições da República, não apenas mascaram desigualdades persistentes, como também reforçam mecanismos de poder que dificultam mudanças concretas, criando a ilusão de progresso sem efetivamente comprometer a reconfiguração das dinâmicas de exclusão¹⁷.

Defende-se que a pergunta da mulher nas decisões republicanas é o primeiro passo para garantir que a Constituição seja um instrumento real de mudança em sociedade. A Constituição não se resume a um conjunto de normas abstratas e descoladas da realidade, ao contrário, representa marco simbólico e material que organiza a experiência cotidiana das mulheres no tecido social. Com isso, sabe-se que é por meio dela que se delineiam os contornos do que é possível, legítimo e reconhecido como direito.

Nesse viés, todas as instituições republicanas que, de algum modo, impactam essa vivência constitucional devem ser interpeladas a partir de uma lente feminista. Submetê-las à metodologia da pergunta da mulher é, portanto, um exercício de revelação das ausências, problematização das narrativas dominantes e busca por transformação. Trata-se de um gesto teórico e político que tem o fito de desestabilizar silêncios históricos e reconfigurar estruturas normativas.

Assim sendo, ao adotar a pergunta da mulher como ferramenta analítica, o objetivo não é apenas evidenciar desigualdades, mas contribuir para o debate acerca de decisões e práticas institucionais voltadas à equidade de gênero, utilizando o constitucionalismo feminista como marco teórico para questionar como as normas e estruturas institucionais moldam o acesso das mulheres aos poderes da república e quais medidas podem ser implementadas para garantir maior inclusão e reconhecimento.

Mulheres nas instituições são arquitetas de transformação, moldando o sistema de justiça como um todo – transformar esse cenário é o ponto de partida para redefinir o poder e a justiça no âmbito do direito.

Responder a pergunta da mulher, desse modo, não se trata apenas de um exercício acadêmico, mas de um passo fundamental rumo à concretização de um projeto constitucional de fato inclusivo. Um Estado que apenas reconhece formalmente a

¹⁷ SILVA, Christine Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. O constitucionalismo feminista e os novos significados do 8 de março. *JOTA*, 2025.

igualdade de gênero, sem garantir meios para sua realização material, falha em seu compromisso com a democracia substantiva. Com essas premissas, o artigo exemplifica o método da pergunta da mulher ao analisar a composição e a prática decisória de três sistemas institucionais da república, as instituições políticas, as instituições do sistema de justiça e as universidades.

3. A pergunta da mulher na política

No dia 1º de fevereiro de 1987, sob a presidência do ministro José Carlos Moreira Alves, então presidente do Supremo Tribunal Federal, foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte, o que culminou na promulgação da Constituição Federal do Brasil em 5 de outubro de 1988.

Entre os constituintes eleitos, apenas 26 eram mulheres, representando cerca de 5% do total de parlamentares. Embora esse número ainda fosse baixo, o aumento significativo em relação à legislatura anterior foi celebrado como um avanço na participação feminina na política. Essa presença ampliada não ocorreu por acaso, foi fruto da intensa mobilização dos movimentos de mulheres que reivindicavam maior inclusão e voz ativa no processo constituinte¹⁸.

A participação feminina na Assembleia Constituinte foi impulsionada por campanhas como as do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, com *slogans* marcantes como “Constituinte para valer tem palavra de mulher” e “Constituinte sem mulher fica pela metade”. Um dos principais marcos dessa mobilização foi a elaboração da “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”, entregue ao então presidente Ulysses Guimarães. O documento consolidava as demandas femininas e reivindicava a inclusão de direitos essenciais para as mulheres na nova Constituição¹⁹.

Destaca-se que o impacto dessas ações foi significativo. As parlamentares da chamada bancada feminina, também conhecidas como “Lobby do Batom”, desempenharam papel crucial na inclusão de dispositivos constitucionais voltados à igualdade de gênero, galgando 80% de suas pretensões no texto da nova Constituição²⁰.

¹⁸ ARAUJO, Carolina Gomide; SILVA, Christine Oliveira Peter. **Poder Constituinte das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2023. p. 416.

¹⁹ ARAUJO, Carolina Gomide; SILVA, Christine Oliveira Peter. **Poder Constituinte das Mulheres no Brasil**. p. 416.

²⁰ ARAUJO, Carolina Gomide; SILVA, Christine Oliveira Peter. **Poder Constituinte das Mulheres no Brasil**. p. 416.

Essas conquistas demonstram como a presença feminina no parlamento não apenas fortalece a democracia, como também resulta em decisões políticas mais justas e representativas da diversidade da sociedade brasileira.

A história da Constituinte de 1988 evidencia a importância de mais mulheres na política. A representatividade feminina, que avançou desde então, apesar de ainda permanecer aquém do ideal, não é apenas questão de equidade, e, sim, fator determinante para a construção de um país mais inclusivo e democrático. Então, esse legado reforça a necessidade contínua de ampliar a participação feminina na política, garantindo que suas vozes sejam ouvidas e seus direitos, efetivamente protegidos.

Responder à pergunta da mulher nas decisões políticas, portanto, é analisar a composição do parlamento, as barreiras de ingresso e permanência das mulheres nesse espaço e as leis que dele decorrem. Isso envolve investigar quem ocupa cadeiras parlamentares, quais obstáculos as mulheres enfrentam para acessar e se manter nesses cargos e se essas dinâmicas influenciam a formulação e implementação das decisões políticas.

Na última eleição geral brasileira, realizada em 2022, a sub-representação feminina no parlamento ficou evidente nos números: apenas 302 mulheres foram eleitas, em contraste com 1.394 homens. Na Câmara dos Deputados, das 513 cadeiras disponíveis, apenas 91 são ocupadas por mulheres, o que representa 17,7% do total. No Senado Federal, onde há 81 cadeiras, apenas dez pertencem a parlamentares do sexo feminino. Esses dados demonstram que, apesar de alguns avanços, a participação das mulheres na política institucional brasileira ainda está muito abaixo da paridade de gênero²¹.

Esse cenário se torna ainda mais preocupante quando comparado ao contexto global. De acordo com o *ranking* divulgado em dezembro de 2024 pela União Interparlamentar (UIP), a participação média das mulheres nos parlamentos ao redor do mundo é de aproximadamente 27%. Com esse percentual como referência, o Brasil ocupa a 135ª posição entre 193 países, ficando atrás de diversas nações,

²¹ AMARAL, Talita. Representatividade feminina ainda é baixa na Câmara. CNN, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mulheres-aumentam-representacao-na-camara-mas-representatividade-ainda-e-baixa/>. Acesso em: 2 ago. 2025.

inclusive da América Latina, que adotaram políticas mais efetivas a fim de garantir a presença feminina nos espaços de poder²².

Diante dessa realidade, o Brasil tem implementado medidas para enfrentar o problema da baixa representatividade feminina. Um dos principais instrumentos utilizados é a adoção de cotas de gênero para as candidaturas aos cargos legislativos em todas as esferas da federação. A legislação determina que ao menos 30% das vagas sejam de mulheres, mecanismo que visa aumentar a presença do grupo no processo eleitoral. Além disso, para mitigar a histórica desigualdade no acesso a recursos e visibilidade, a legislação estabelece que no mínimo 30% do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão sejam destinados às candidatas²³.

Embora essas iniciativas representem avanço significativo, os resultados práticos ainda estão aquém do esperado. As cotas de candidaturas, por exemplo, não garantem necessariamente que mais mulheres serão eleitas, uma vez que muitos partidos não oferecem apoio efetivo a elas. Ainda, há recorrentes denúncias de candidaturas fictícias, em que mulheres são registradas apenas para cumprir a cota mínima exigida por lei, sem receber estrutura real para concorrer de maneira competitiva. Outro obstáculo relevante é a violência política de gênero, que se manifesta de diversas formas, desde ataques virtuais até ameaças e agressões físicas. Essa hostilidade contra mulheres que ocupam ou tentam ocupar espaços políticos não apenas as desestimula a se candidatarem, mas também dificulta a sua permanência na vida pública.

Mais recentemente, foi promulgada a Lei de Violência Política de Gênero (Lei n.º 14.192/2021), a qual estabelece diretrizes para prevenir a violência política, definida como “toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher”²⁴. Apesar do avanço jurídico repre-

²² UNIÃO INTERPARLAMENTAR. **Monthly ranking of women in national parliaments**, [2024]. Disponível em: https://data.ipu.org/women-ranking/?date_month=12&date_year=2024. Acesso em: 5 ago. 2025.

²³ O montante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e da parcela do fundo partidário destinada a campanhas eleitorais, bem como o tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão a ser distribuído pelos partidos às respectivas candidatas, deverão ser de no mínimo 30% (trinta por cento), proporcional ao número de candidatas, e a distribuição deverá ser realizada conforme critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias, considerados a autonomia e o interesse partidário. BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional n.º 117, de 5 de abril de 2022**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc117.htm. Acesso em: 5 ago. 2025.

²⁴ BRASIL. **Lei n.º 14.192, de 4 de agosto de 2021**. Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher. Brasília, DF, 5 ago. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14192.htm. Acesso em: 5 ago. 2025.

sentado pela legislação, resultados concretos ainda não foram observados, sendo necessário consolidar os mecanismos de fiscalização e aplicação.

Com composição majoritariamente masculina, o parlamento brasileiro toma decisões políticas cruciais para a vida das mulheres, muitas vezes sem considerar adequadamente as necessidades e pontos de vista.

Ainda que o cenário seja esse, há alguns avanços sendo vislumbrados. Exemplo positivo foi a aprovação da Lei n.º 15.069/24, a chamada Política Nacional do Cuidado, “destinada a garantir o direito ao cuidado, por meio da promoção da corresponsabilização social e entre homens e mulheres pela provisão de cuidados, consideradas as múltiplas desigualdades”²⁵. Aguarda-se, também, outra decisão política do parlamento afeta à ampliação da licença paternidade, uma luta árdua do movimento feminista e que foi parcialmente vencida durante a Assembleia Constituinte.

A Constituição de 1988 estabelece que a licença-paternidade é um direito de todo trabalhador e precisa estar regulamentada por lei, o que ainda não ocorreu. Nos termos da Constituição, enquanto não houver regulamentação, a duração mínima legal é de apenas cinco dias, o que reforça desigualdades de gênero ao sobrecarregar as mulheres com a responsabilidade quase exclusiva do cuidado familiar.

Em dezembro de 2023, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão do Congresso em não regulamentar a licença-paternidade, estipulando um prazo de 18 meses, aproximadamente até junho de 2025, para que o legislativo aprovasse uma norma a respeito.

Em resposta a essa necessidade, em junho de 2024, foi instalada a Frente Parlamentar Mista pela Licença Paternidade, presidida pela deputada Tábata Amaral (PSB/SP), com o objetivo de acelerar a regulamentação²⁶. Segundo levantamento da CNN, ao menos 33 proposições de deputados que visam aumentar o período da licença estão tramitando. Entre senadores, há, no mínimo, quatro propostas nas comissões

²⁵ BRASIL. **Lei nº 15.069, de 23 de dezembro de 2024**. Institui a Política Nacional de Cuidados. Brasília, DF, 24 dez. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2024/Lei/L15069.htm. Acesso em: 5 ago. 2025.

²⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Congresso Nacional lança a Frente Parlamentar pela Licença Paternidade**, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/congresso-nacional-lanca-a-frente-parlamentar-pela-licenca-parternidade>. Acesso em: 16 mar. 2025.

temáticas²⁷. Esse debate é fundamental não apenas para garantir o direito à licença-paternidade, mas para promover uma transformação cultural ampla, em que homens e mulheres compartilhem, de maneira igualitária, as responsabilidades pelo cuidado.

A referida discussão revela a complexidade das dinâmicas de gênero nas instituições políticas e reforça a urgência de uma análise crítica das estruturas institucionais. Estas operam a partir de uma lógica que historicamente exclui as mulheres dos espaços de decisão, ato que não se dá apenas por omissão, mas por um desenho institucional e partidário que reproduz desigualdades arraigadas, sustentadas por divisão sexual do trabalho, naturalização do cuidado como tarefa feminina e mecanismos informais de coesão masculina.

A violência política de gênero, o subfinanciamento de campanhas lideradas por mulheres e os critérios de recrutamento dentro dos partidos são expressões concretas dessa barreira estrutural. Diante disso, torna-se imprescindível analisar essas instituições à luz do enfoque da pergunta da mulher, a fim de desvelar como o gênero estrutura o poder e de propor caminhos para a transformação democrática e igualitária de tais ambientes.

4. A pergunta da mulher no sistema de justiça

A ministra Ellen Gracie, que se tornou a primeira mulher a ocupar uma cadeira no Supremo Tribunal Federal em 2000, aposentou-se em 2011, marcando uma importante conquista para a presença feminina na mais alta instância do judiciário brasileiro. Sua nomeação representou um marco, simbolizando a quebra de barreiras históricas em uma carreira dominada por homens.

No entanto, apesar desse avanço, o cenário atual revela que a presença feminina no STF ainda é extremamente limitada. Um quarto de século depois, em 2025, o STF ainda conta com apenas uma mulher, a ministra Carmen Lúcia, após a aposentadoria da ministra Rosa Weber, cuja vaga foi assumida pelo ministro Flávio Dino.

Ao fazer a pergunta da mulher na carreira da magistratura, a desigualdade de gênero no judiciário brasileiro manifesta-se especialmente quanto à desigualdade

²⁷ BRAMBILADA, Bárbara. Sem regulamentação, Congresso acumula projetos sobre licença-paternidade. CNN, 2025. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/sem-regulamentacao-congresso-acumula-projetos-sobre-licenca-paternidade/>. Acesso em: 5 ago. 2025.

vertical, que se refere à sub-representação das mulheres em cargos hierarquicamente superiores, como desembargadoras e ministras, refletindo uma estrutura enraizada que limita a ascensão das mulheres dentro do sistema judicial.

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) indicam que o percentual de magistradas em todo o Poder Judiciário é de somente 36,8%, contra 59,8% de homens magistrados. Na comparação entre os segmentos, apenas a Justiça do Trabalho, com quadro de mulheres magistradas igual a 39,7%, possui índice superior à média nacional de 36,8%²⁸.

O novo relatório aponta que, em todas as áreas da justiça, quanto mais elevado o nível da carreira, menor o índice de participação feminina. Enquanto o percentual de juízas é de 39%, o de desembargadoras soma 23,9% e o de ministras, somente 18,8%²⁹. Em uma perspectiva interseccional, dados também do CNJ revelam que o percentual de pessoas negras no Poder Judiciário é de 14,3%, sendo 12,4% de pessoas negras e apenas 1,8% de pessoas pardas³⁰.

Apesar dessas desigualdades estruturais, avanços significativos têm sido observados nos últimos anos. Situação significativa foi a mudança nos critérios de promoção de juízes implementada pelo CNJ, que buscou tornar os processos mais equitativos e oferecer melhores condições para a ascensão das mulheres na carreira judicial. Em setembro de 2023, foi promulgada a Resolução CNJ n.º 525, que traz parâmetros para a promoção de mulheres às cortes de segundo grau, com o objetivo explícito de promover a equidade de gênero nos tribunais em que a participação feminina é inferior a 40%.

Em dezembro do mesmo ano, a Resolução CNJ n.º 540 reforçou o compromisso com a igualdade ao estabelecer que órgãos do Poder Judiciário devem buscar participação equânime, levando em conta raça e etnia.

Além das mudanças na composição dos tribunais, o CNJ tem se dedicado a revisar a forma como os juízes julgam, com foco na equidade de gênero, o que também

²⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números aponta sub-representação feminina e de pessoas negras na magistratura*, [2024]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-aponta-sub-representacao-feminina-e-de-pessoas-negras-na-magistratura/>. Acesso em: 3 ago. 2025.

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números aponta sub-representação feminina e de pessoas negras na magistratura*, [2024].

³⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números aponta sub-representação feminina e de pessoas negras na magistratura*, [2024].

integra a resposta à pergunta da mulher no sistema de justiça. O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero é um exemplo concreto dessa preocupação, tendo se tornado de aplicação obrigatória pela Resolução CNJ n.º 492/2023.

O Supremo Tribunal Federal também já reconheceu a existência de discriminação de gênero na condução processual no Brasil. Na ADPF n.º 1.107, sob relatoria da ministra Cármen Lúcia, foi decidido que é inconstitucional questionar a vida sexual ou o modo de vida da vítima na apuração e no julgamento de crimes de violência contra mulheres. O Plenário ampliou tal entendimento para abranger todos os crimes que envolvem violência contra a mulher, e não apenas casos de agressão sexual, determinando que o juiz que não impedir essa prática durante a investigação pode ser responsabilizado administrativa e penalmente.

O sistema de justiça está atravessado por uma lógica estrutural de exclusão, que se manifesta tanto na composição dos quadros quanto na produção das decisões. Como aponta Clara Mota, alcançar a equidade de gênero no Poder Judiciário exige o desvelamento das dinâmicas de poder presentes tanto nas estruturas formais de ingresso e promoção quanto em momentos pontuais, como nas bancas de concurso, que refletem a imagem institucional e extrapolam o campo jurídico. Para a autora, a sub-representação feminina nesses espaços não é acidental, mas a expressão de um descaso estrutural com a igualdade, o que compromete a legitimidade de instituições que deveriam promover justiça³¹. A aparente neutralidade e universalidade do direito encobrem escolhas que privilegiam determinados sujeitos enquanto silenciam outros, especialmente quando envolvem gênero, raça e classe. Com isso, reitera-se que a carreira jurídica é regida por critérios aparentemente objetivos, mas moldados para favorecer determinadas trajetórias. Essa homogeneidade não apenas compromete a pluralidade de interpretações, como também reforça uma jurisprudência distante das experiências concretas de mulheres e grupos subalternizados. Assim, torna-se necessário aplicar a pergunta da mulher como ferramenta metodológica para questionar os fundamentos dessa estrutura.

Em suma, embora o judiciário brasileiro tenha avançado na inclusão feminina, com mudanças nos critérios de promoção e adoção de protocolos sensíveis à questão de gênero, a desigualdade persiste, sobretudo nos cargos mais altos da hierarquia. Desse modo, a pergunta da mulher nas decisões tomadas pelo judiciário

³¹ ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. Gênero e poder na magistratura: uma reflexão sobre democratização dos espaços públicos à luz do feminismo contemporâneo. *Revista Publicum*, v. 3, n. 1, p. 352-370, ago. 2017.

brasileiro permanece aberta, exigindo compromisso efetivo do Estado e da academia para enfrentá-la de forma concreta e transformadora.

5. A pergunta da mulher na docência

Em 3 de maio de 1902, mais de 70 anos após a criação do ensino jurídico no Brasil, em 11 de agosto de 1827, Maria Augusta Saraiva foi a primeira mulher a se graduar na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo³². Na oportunidade, o orador da turma ressaltou: “se a energia do homem é necessária para manter a aplicação do direito, não menos útil, para determiná-lo, aconselhá-lo, testemunhá-lo, é a delicadeza do coração da mulher”³³.

Mais lento do que o ingresso de alunas nos cursos jurídicos, foi o ingresso das professoras. Em 1948, Esther de Figueiredo Ferraz foi a primeira docente mulher a conseguir uma vaga no Departamento de Direito Penal da Universidade de São Paulo mediante submissão a concurso de admissão. Segundo conta sua sobrinha, um dos professores catedráticos que comporia a sua banca se recusou a participar, sob o seguinte argumento: “fossem quais fossem os resultados, a candidata era uma mulher”³⁴.

Em 1998, a professora titular Ivette Senise tornou-se a primeira mulher a dirigir a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, após 170 anos da criação dos cursos jurídicos no Brasil. Em sua posse, afirmou ser um momento de celebração por se tratar “da última transmissão da Diretoria neste século, prestes a findar-se, e a primeira a inaugurar, no século XXI, a Nova Era que se prenuncia prenhe de vertiginosas mudanças para as quais devemos nos preparar”³⁵.

³² Delmira Secundina da Costa, Maria Frago e Maria Coelho da Silva Sobrinho entraram na Faculdade de Direito do Recife, obtendo o título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais em 1888, dez anos antes, mas não exerceram a profissão.

³³ CAMPOS, Isabelle Oglouyan de. **Mulheres na Academia**: Desigualdades de Gênero no Corpo Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2019. 64 f. Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/view/987/903/3316>. Acesso em: 3 ago. 2025.

³⁴ CAMPOS, Isabelle Oglouyan de. **Mulheres na Academia**: Desigualdades de Gênero no Corpo Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. f. 64.

³⁵ PORTAL de Revistas USP, 1998. O discurso de posse da professora Ivette Senise Ferreira como diretora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67415/70025>. Acesso em: 3 ago. 2025.

Dentre as vertiginosas transformações do século XXI, ainda são escassas as pesquisas que avaliam se a formação jurídica no Brasil passou por uma mudança igualmente vertiginosa no que diz respeito à igualdade de gênero. Para Roberta Pamplona, em relação à atuação das mulheres docentes nas faculdades de direito, os estudos específicos no Brasil são ínfimos, revelando um hiato a ser preenchido³⁶. Para Maria da Glória Bonelli, se há no país uma significativa produção sobre mulheres em carreiras jurídicas, ainda predominam as análises acerca das mulheres na advocacia e na magistratura³⁷.

Para se obter formação jurídica de alta qualidade, acessível, plural e democrática, defende-se ser necessário entender as dinâmicas de gênero na faculdade de direito, com todas as suas interseccionalidades, a fim de viabilizar a propositura e implementação de políticas e decisões institucionais voltadas à promoção da igualdade de gênero.

Embora episódios de preconceito no ambiente universitário já sejam reportados e discutidos por aqueles que o habitam, ainda há um vasto espaço científico e acadêmico a ser ocupado para aprofundar o debate. É fundamental ir além da dimensão individual e avançar para a análise das dificuldades estruturais que perpetuam as desigualdades, permitindo a construção de diagnósticos mais precisos e a formulação de estratégias institucionais para enfrentá-las.

Ao partir do pressuposto de que a inclusão das mulheres na faculdade de direito, enquanto instituição republicana, influencia e molda todas as demais esferas da justiça brasileira, propõe-se que a pergunta da mulher também seja feita nas decisões e práticas desses meios.

As mulheres, hoje, representam a maioria dos alunos nos cursos de direito no Brasil. No que tange ao corpo docente das faculdades de direito, de acordo com o Censo Nacional da Educação Superior de 2015, 60% dos professores eram homens³⁸.

³⁶ PAMPLONA, R. As mulheres e o exercício da docência na faculdade de direito da UFRGS: uma análise do quinquênio 2012-2017. *Revista Contraponto*, v. 4, n. 2, p. 65-87, 2017.

³⁷ BONELLI, Maria da Graça. Docência do Direito: fragmentação institucional, gênero e interseccionalidade. *Cadernos De Pesquisa*, v. 47, n. 163, p. 94-120, 2017.

³⁸ BONELLI, Maria da Graça. Profissionalismo, generificação e racialização na docência do Direito no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 17, n. 2, p. 1-35, 2021.

No que diz respeito aos cursos, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), havia apenas 24% de mulheres no corpo docente entre 2012 e 2017³⁹. Na Universidade de São Paulo, por sua vez, dados de 2017 mostram que a porcentagem de professoras era de somente 18%⁴⁰. Pesquisa realizada na Universidade de Pernambuco, em 2019, mostra que, dos 68 docentes efetivos em exercício, pouco mais de 35% correspondiam a mulheres⁴¹.

Dessa forma, dados referentes a universidades paulistas confirmam que, mantidas as regras existentes para ingresso na carreira docente, seria necessário aguardar 48 anos para que a paridade de gênero fosse atingida naturalmente no corpo docente da Universidade de São Paulo (USP) e 56 anos no corpo docente da Universidade de Campinas (Unicamp)⁴².

A ausência de levantamentos específicos impede uma compreensão mais aprofundada acerca das variadas realidades institucionais, bem como das práticas e decisões que podem contribuir para a ampliação ou redução da presença feminina no corpo docente. A diversidade de políticas internas, como critérios de contratação, promoção e permanência, pode desempenhar papel fundamental na conformação desses quadros, mas, sem dados atualizados e discriminados, torna-se difícil avaliar os impactos com precisão.

Ademais, além da simples aferição numérica da presença feminina no corpo docente das faculdades de direito, é essencial considerar outras dimensões da desigualdade de gênero na academia, como as já mencionadas propostas de analisar a questão pelo viés das desigualdades verticais e horizontais.

Ao considerar a concentração horizontal, por exemplo, estudo da UFRGS confirma visão global de ausência de professoras em áreas como direito tributário, direito

³⁹ PAMPLONA, R. As mulheres e o exercício da docência na faculdade de direito da UFRGS: uma análise do quinquênio 2012-2017. p. 65-87.

⁴⁰ CAMPOS, Isabelle Oglouyan de. **Mulheres na Academia**: Desigualdades de Gênero no Corpo Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. f. 64.

⁴¹ FILHO, Humberto. SOUZA, Manoela; GUIMARÃES, Elizabeth. Pioneirismo feminino na Faculdade de Direito do Recife: as primeiras bacharelas em Direito do Brasil. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 93, n. 2, p. 145-167, 2021.

⁴² RANIERI, Nina; BECHARA, Ana Elisa; COSTA, Susana Henriques da; CEREZETTI, Sheila Christina; ALMEIDA, Cecília Barreto de; RADOMYSLER, Clio Nudel; GUIMARÃES, Livia Gil; CAMPOS, Isabelle Oglouyan de; FONCECA, Livia Boruchovitch. Diversidade, Inclusão e Equidade de Gênero: Propostas para sua Ampliação na Universidade. In: MARCOVITCH, Jacques (org.). **Repensar a Universidade III**: Saberes e Práticas. São Paulo: Com-Arte, 2023. p. 159-181.

comercial e direito empresarial, além de não ter encontrado mulheres docentes nas disciplinas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Processo Civil e Penal⁴³.

Outra pesquisa, que analisou a feminilização de universidades paulistas a partir das áreas objeto de trabalhos de conclusão de curso em direito, concluiu que, no Mackenzie, com exceção de dois trabalhos, todas as pesquisas produzidas na área do direito de família foram escritas por mulheres⁴⁴.

Ao levar em conta a concentração vertical, no que tange à hierarquia dos cargos ocupados por mulheres dentro das universidades, dados de 2017 da USP mostram que, se a porcentagem de professoras era de 18% do corpo docente em geral, o crescimento da representatividade feminina é inversamente proporcional ao grau da carreira, isto é, quanto mais avançam na trajetória acadêmica, mais perdem espaço na faculdade⁴⁵.

Essa perda da atuação de mulheres, conforme avançam na carreira docente, é chamada pela literatura como *leaky pipeline*, como referência ao vazamento de uma tubulação⁴⁶.

Não obstante a importância de entender se há uma sub-representação em posições-chave que limita a influência das mulheres na tomada de decisões universitárias, poucas são as pesquisas que apresentam mais informações sobre a proporção de mulheres em relação a cargos de liderança nas universidades, o que não ocorre de forma hegemônica nas diferentes faculdades de direito do Brasil.

Ademais, a mera presença de mulheres nos corpos docentes não garante uma realidade equitativa. Por isso, a agenda da pergunta da mulher na academia de direito também propõe um aprofundamento qualitativo, que busque compreender o que significa, de fato, a representatividade das mulheres nos espaços decisórios do ensino jurídico. Para além dos números, é essencial considerar a experiência

⁴³ PAMPLONA, R. As mulheres e o exercício da docência na faculdade de direito da UFRGS: uma análise do quinquênio 2012-2017. p. 65-87.

⁴⁴ RONCONI, Fernandes, J. Direito, gênero e ensino superior: O processo de feminização da formação jurídica paulista. *Pensata*, v. 9, n. 2, 2021.

⁴⁵ CAMPOS, Isabelle Oglouyan de. **Mulheres na Academia**: Desigualdades de Gênero no Corpo Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. f. 64.

⁴⁶ GORZIZA, Amanda; BUONO, Renata. O efeito-tesoura para mulheres na ciência. *Piauí*. 19 jun. 2023. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-efeito-tesoura-para-mulheres-na-ciencia/>. Acesso em: 3 ago. 2025.

subjetiva da profissão, como o que pensam acerca do reconhecimento que recebem e quais são as oportunidades dentro da academia.

Dessa forma, responder a pergunta da mulher na academia de direito é também explorar aspectos que não são imediatamente capturados por estatísticas institucionais, como entender se as mulheres estão ministrando as disciplinas que desejam ou se são frequentemente direcionadas a determinadas áreas do saber jurídico; se estão sendo convidadas para compor bancas avaliadoras e decisórias conforme sua expertise ou se conseguem orientar pesquisas nos temas que consideram prioritários, por exemplo. Questões como essas são fundamentais para entender se a presença feminina nesse âmbito é acompanhada de autonomia acadêmica e influência na definição dos rumos da pesquisa e do ensino jurídico no Brasil.

Especificamente em relação à visibilidade da bibliografia produzida por mulheres em comparação com seus pares de mesma titulação, constata-se uma significativa lacuna na abordagem do tema. Exemplo elucidativo é uma pesquisa a respeito da citação de constitucionalistas nas decisões em controle concentrado do Supremo Tribunal Federal, no período de 1º de janeiro de 2013 a 31 de dezembro de 2020. Dos 114 autores mencionados, apenas 13 são mulheres, representando menos de 11,4% do total de autores citados⁴⁷.

Outro indicativo relevante sobre o reconhecimento das mulheres enquanto especialistas em suas áreas é trazido em uma pesquisa sobre a composição das comissões julgadoras de concursos para docentes, entre 2008 e 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a qual revelou que tiveram 619 indicações masculinas e apenas 94 femininas, representando aproximadamente 13% das comissões nesses últimos dez anos⁴⁸.

Os dados referentes à Universidade de São Paulo mostram que, se mantido o padrão de crescimento de representatividade feminina na composição das bancas da última década, seria necessário aguardar aproximadamente 117 anos para que naturalmente fosse atingida a paridade de gênero nas comissões julgadoras⁴⁹.

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Produção de mulheres em direito**: bibliografia, legislação e jurisprudência temática. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. p. 1-103.

⁴⁸ CAMPOS, Isabelle Oglouyan de. **Mulheres na Academia**: Desigualdades de Gênero no Corpo Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. f. 64.

⁴⁹ CAMPOS, Isabelle Oglouyan de. **Mulheres na Academia**: Desigualdades de Gênero no Corpo Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. f. 64.

Dados do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), referente a 2022, indicam que, dos 20,9 mil bolsistas, 65% são homens e 35% são mulheres. Ao analisar apenas o nível bolsista A1, a discrepância de gênero é maior, pois, dos 1,4 mil bolsistas, 73% são homens e 27% são mulheres⁵⁰.

No que tange ao valor investido para financiar as pesquisas femininas, dados do CNPq de 2004 a 2021 mostram que, dos quase R\$ 4,7 bilhões em bolsas de produtividade, os homens receberam praticamente o dobro, levando R\$ 3,13 bilhões, enquanto, para as mulheres, foram destinados R\$ 1,6 bilhões⁵¹.

Além da dificuldade de conquistar bolsas e financiamento, a literatura sugere que as mulheres podem enfrentar obstáculos adicionais para publicar e receber reconhecimento por seu trabalho, especialmente na maternidade, o que contribui para um ciclo perpetuador de desigualdades⁵².

Em janeiro de 2024, comprovando o que a literatura já apontava, repercutiu um parecer do CNPq em que o pedido de bolsa de produtividade em pesquisa foi negado para uma professora sob a justificativa da ausência de pós-doutorado no exterior, o qual, diz o parecer, teria sido atrapalhado por suas gestações.

A repercussão do caso fez com que a referida fundação reconhecesse o problema, tornando obrigatória a extensão do prazo de avaliação da produtividade do pesquisador para dois anos em casos de gestação ou processo de adoção⁵³.

Tal acontecimento demonstra como a revelação das dinâmicas de poder e dos dados sobre as desigualdades nas instituições pode, de fato, levar a mudanças nas políticas institucionais. Essa é a proposta central da metodologia da pergunta da mulher apresentada neste artigo.

Algumas decisões institucionais já estão endereçando o problema, mesmo que a passos curtos. Em 2021, por exemplo, o CNPq criou um espaço no Currículo Lattes

⁵⁰ GORZIZA, Amanda; BUONO, Renata. O efeito-tesoura para mulheres na ciência. *Piauí*. 19 jun. 2023.

⁵¹ GORZIZA, Amanda; BUONO, Renata. O efeito-tesoura para mulheres na ciência. *Piauí*. 19 jun. 2023.

⁵² STANISCUASKI, F.; MACHADO, A.V.; SOLETTI, R.C. *et al.* Bias against parents in science hits women harder. *Humanities & Social Sciences Communications*, v. 10, n. 201, 2023.

⁵³ BOTTALO, Ana. CNPq torna obrigatório prazo maior para bolsistas mães. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2024/01/cnpq-torna-obrigatoria-extensao-de-2-anos-por-gestacao-em-editais-de-bolsas-de-produtividade-no-pais.shtml>. Acesso em: 4 ago. 2025.

para registrar o período de licença-maternidade⁵⁴. No cenário nacional, a Portaria CAPES n.º 215, de 10 de julho de 2024, instituiu o Comitê Permanente de Ações Estratégicas e Políticas para Equidade de Gênero e suas Interseccionalidades, o qual tem o objetivo de sugerir e monitorar ações voltadas à ampliação da representatividade feminina na pós-graduação, especialmente em espaços de decisão e comando.

A composição desse comitê foi detalhada pela Portaria CAPES n.º 4, de 7 de janeiro de 2025, que designou professoras de diversas universidades e áreas do conhecimento para integrarem o grupo. A primeira reunião do Comitê ocorreu em 6 de novembro de 2024 e, segundo sítio oficial da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoa de Nível Superior, foram abordadas questões como o enfrentamento ao assédio e à violência de gênero, o apoio à maternidade e o aumento da participação de mulheres na pós-graduação, sobretudo nas ciências exatas e nos espaços decisórios⁵⁵.

Além dessas iniciativas, o reconhecimento da produção acadêmica feminina tem sido objeto de esforços institucionais. O STF publicou, em 2022, a obra “Produção de Mulheres em Direito Constitucional”, reunindo trabalhos de autoras mulheres para dar visibilidade às suas contribuições. Conforme reconhece o próprio STF: “embora haja significativas obras sobre temas constitucionais escritas por mulheres, esses trabalhos, em geral, não encontram o mesmo eco na comunidade acadêmica quando comparados a trabalhos de renomados constitucionalistas do gênero masculino”⁵⁶.

Na mesma linha, em 2024, o STF publicou a obra “Mulheres no direito constitucional: uma bibliografia”, na qual é reiterado que “a exclusão feminina também se manifesta na academia, de modo que trazer visibilidade às produções acadêmicas e doutrinárias de mulheres é medida necessária para a superação desse quadro de persistente desigualdade”⁵⁷.

⁵⁴ CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO. **CNPq anuncia inclusão do campo licença-maternidade no Currículo Lattes**, [2021]. Disponível em: <https://www.gov.br/cnpq/pt-br/assuntos/noticias/cnpq-em-acao/cnpq-anuncia-inclusao-do-campo-licenca-maternidade-no-curriculo-lattes>. Acesso em: 3 ago. 2025.

⁵⁵ COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. **Comitê permanente faz primeira reunião e discute metodologia de trabalho**, [2024]. Disponível em: <https://www.gov.br/capes/pt-br/assuntos/noticias/comite-permanente-faz-primeira-reuniao-e-discute-metodologia-de-trabalho>. Acesso em: 3 ago. 2025.

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Produção de mulheres em direito**: bibliografia, legislação e jurisprudência temática, [2022].

⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mulheres no direito constitucional**: uma bibliografia. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2024. p. 1-50.

Para além de ambas as obras que buscam dar visibilidade à produção bibliográfica das mulheres, o Conselho Nacional de Justiça instituiu o Repositório Nacional de Mulheres Juristas para cadastramento de dados de mulheres juristas com competência nas diferentes áreas do Direito.

No âmbito legislativo, o Brasil também tem avançado lentamente na discussão quanto às políticas públicas para a inclusão de gênero na academia. Em 2023, o REQ n.º 73/2023, apresentado pelo senador Alessandro Vieira e pela senadora Leila Barros, resultou na realização de uma audiência pública no Senado Federal para debater as barreiras que dificultam a permanência das mulheres no ambiente acadêmico e estratégias para vencê-las.

As universidades são atravessadas por uma estrutura institucional que impede a plena participação de mulheres na produção e difusão do conhecimento jurídico. A epistemologia dominante ainda é marcada por um cânone que invisibiliza saberes, desqualifica experiências e valoriza formas de racionalidade distanciadas da vida. Essa estrutura não é neutra, pois molda o pensamento jurídico, restringe a diversidade teórica e mantém um campo disciplinar que frequentemente ignora as dinâmicas de poder que afetam a própria produção do direito. Diante desse contexto, a pergunta da mulher emerge como instrumento analítico fundamental.

É essencial compreender como os juristas e as juristas estão sendo educados – por quem, por meio de quais influências literárias, de quais eventos participam e quem ouvem –, uma vez que essa formação é peça fundamental para decifrar as dinâmicas de gênero que ecoarão ao longo de suas carreiras. Dessa forma, responder à pergunta da mulher na docência não apenas revela as tendências atuais, como também se torna ferramenta poderosa para antecipar e influenciar as transformações necessárias em outras instituições da república.

A academia de direito é o berço no qual se forjam as perspectivas, os valores e os conhecimentos que irão orientar a atuação de profissionais em formação no campo jurídico, logo, é necessário que suas práticas e decisões também sejam analisadas mediante a metodologia da pergunta da mulher.

6. Conclusão

A análise conduzida ao longo deste artigo buscou demonstrar a relevância da pergunta da mulher como método de investigação crítica de decisões tomadas em instituições republicanas brasileiras, com base no referencial do constitucionalismo feminista. O estudo analisa três espaços específicos que exemplificam um problema estrutural de como as normas e práticas, sob a aparência de neutralidade, podem reproduzir desigualdades de gênero e dificultar a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática e plural.

Na primeira seção, apresentaram-se os fundamentos do constitucionalismo feminista e o método da pergunta da mulher, desenvolvida por Katharine Bartlett, que orienta a referenciada investigação a partir de uma perspectiva de gênero. Essa abordagem permite evidenciar como o direito historicamente reflete uma lógica masculina e, muitas vezes, torna invisíveis as experiências femininas, reforçando desigualdades estruturais.

Na segunda seção, por sua vez, analisou-se a aplicação da pergunta da mulher nas decisões políticas, ressaltando a persistente sub-representação feminina nos parlamentos brasileiros e os obstáculos que impedem a participação plena das mulheres na tomada de decisões. Embora medidas como cotas de gênero e financiamento eleitoral tenham sido implementadas, desafios como violência política de gênero e manutenção de estruturas partidárias excludentes ainda limitam o acesso e a permanência das mulheres na política.

A terceira seção abordou o sistema de justiça, destacando a desigualdade vertical que dificulta a ascensão das mulheres na magistratura e a necessidade de mudanças institucionais, como a aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

Por fim, na quarta seção, a análise recaiu sobre as faculdades de direito, que desempenham papel fundamental na formação de profissionais do direito. Verificou-se que, apesar do aumento da presença feminina entre discentes, a docência jurídica ainda apresenta significativa desigualdade de gênero, tanto em termos de representatividade quanto de reconhecimento acadêmico, resultando em formação jurídica arraigada em um sistema marcado por desigualdades estruturais.

Defende-se que a presença e a visibilidade de pessoas diversas nos espaços de poder contribuem para a tomada de decisões institucionais mais justas e igualitárias, o que, por consequência, fortalece a democracia. Diante desse panorama, conclui-se que a pergunta da mulher se revela uma ferramenta importante para questionar e reformular as normas e estruturas das diferentes instituições da república, possibilitando a construção de um Estado mais inclusivo e comprometido com a igualdade de gênero.

A adoção dessa abordagem contribui para diagnosticar as desigualdades persistentes e para propor caminhos concretos para a sua superação. Somente por meio da transformação estrutural das instituições republicanas será possível garantir que a Constituição cumpra sua promessa de igualdade.

Este artigo convida, por fim, para o desenvolvimento de trabalhos em direção à consolidação e ao fortalecimento de uma linha de pesquisa dedicada a responder à pergunta da mulher nas decisões tomadas nas mais diversas instituições que formam a república brasileira.

Referências

ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. Gênero e poder na magistratura: uma reflexão sobre democratização dos espaços públicos à luz do feminismo contemporâneo. **Revista Publicum**, v. 3, n. 1, p. 352-370, ago. 2017.

AMARAL, Talita. Representatividade feminina ainda é baixa na Câmara. **CNN**, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mulheres-aumentam-representacao-na-camara-mas-representatividade-ainda-e-baixa/>. Acesso em: 2 ago. 2025.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. Symposium | Feminist Constitutionalism: Part I – The Rise of Feminist Constitutionalism: Shaping the Future Through the Lens of Equality. **I-CONnect**, 7 mar. 2024. Disponível em: <https://www.iconnectblog.com/symposium-feminist-constitutionalism-part-i-the-rise-of-feminist-constitutionalism-shaping-the-future-through-the-lens-of-equality/>. Acesso em: 3 ago. 2025.

BARTLETT, Katharine T. Feminist Legal Methods. **Harvard Law Review**, v.1, n.4, p. 829-888, 1990.

BONELLI, Maria da Graça. Docência do Direito: fragmentação institucional, gênero e interseccionalidade. **Cadernos De Pesquisa**, v. 47, n. 163, p. 94-120, 2017.

BONELLI, Maria da Graça. Profissionalismo, generificação e racialização na docência do Direito no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 17, n. 2, p. 1-35, 2021.

BOTTALO, Ana. CNPq torna obrigatório prazo maior para bolsistas mães. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2024/01/cnpq-torna-obrigatoria-extensao-de-2-anos-por-gestacao-em-editais-de-bolsas-de-produtividade-no-pais.shtml>. Acesso em: 4 ago. 2025.

BRAMBILADA, Bárbara. Sem regulamentação, Congresso acumula projetos sobre licença-paternidade. **CNN**, 2025. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/sem-regulamentacao-congresso-acumula-projetos-sobre-licenca-paternidade/>. Acesso em: 5 ago. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mulheres no direito constitucional**: uma bibliografia. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2024. p. 1-50.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Produção de mulheres em direito**: bibliografia, legislação e jurisprudência temática. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. p. 1-103.

CAMPOS, Isabelle Oglouyan de. **Mulheres na Academia**: Desigualdades de Gênero no Corpo Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2019. 64 f. Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/view/987/903/3316>. Acesso em: 3 ago. 2025.

CARTA CAPITAL. **MP Eleitoral investiga 83 casos de violência política de gênero nas eleições de 2022: mais da metade dos ataques aconteceram pela internet**, [2022]. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/mp-eleitoral-investiga-83-casos-de-violencia-politica-de-genero-nas-eleicoes-de-2022/>. Acesso em: 3 ago. 2025.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Congresso Nacional lança a Frente Parlamentar pela Licença Paternidade**, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/congresso-nacional-lanca-a-frente-parlamentar-pela-licenca-parternidade>. Acesso em: 16 mar. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números aponta sub-representação feminina e de pessoas negras na magistratura**, [2024]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-aponta-sub-representacao-feminina-e-de-pessoas-negras-na-magistratura/>. Acesso em: 3 ago. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Corte IDH: julgamentos brasileiros devem seguir protocolo de perspectiva de gênero**, [2021]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corte-idh-julgamentos-brasileiros-devem-seguir-protocolo-de-perspectiva-de-genero>. Acesso em: 3 ago. 2025.

FACHIN, Melina Girardi. Uma leitura feminista da CF/88 para os próximos 35 anos. **Consultor Jurídico**, 18 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-18/uma-leitura-feminista-da-cf-88-para-os-proximos-35-anos/>. Acesso em: 3 ago. 2025.

FILHO, Humberto; SOUZA, Manoela; GUIMARÃES, Elizabeth. Pioneirismo feminino na Faculdade de Direito do Recife: as primeiras bacharelas em Direito do Brasil. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. v. 93, n. 2, 2021.

GORZIZA, Amanda; BUONO, Renata. O efeito-tesoura para mulheres na ciência. **Piauí**. 19 jun. 2023. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-efeito-tesoura-para-mulheres-na-ciencia/>. Acesso em: 3 ago. 2025.

MACKINNON, Catharine A. **Feminism unmodified: discourses on life and law**. Cambridge, Harvard University Press, 1987.

MACKINNON, Catharine A. Mainstreaming Feminism in Legal Education. **Journal of Legal Education**, v. 53, n. 2, p. 199-212, jun. 2003.

MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça: uma análise sobre o direito processual civil, o Poder Judiciário e o Observatório da Justiça Brasileira**. 2014. 228 f. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 160.

MUSSE, Luciana Barbosa; FREITAS FILHO, Roberto. Docência em direito no Brasil: uma carreira profissional? **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 111, fev./maio 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1112/1098>. Acesso em: 15 jul. 2015.

PAMPLONA, R. As mulheres e o exercício da docência na faculdade de direito da UFRGS: uma análise do quinquênio 2012-2017. **Revista Contraponto**, v. 4, n. 2, p. 65-87, 2017.

RANIERI, Nina; BECHARA, Ana Elisa; COSTA, Susana Henriques da; CEREZETTI, Sheila Christina; ALMEIDA, Cecília Barreto de; RADOMYSLER, Clio Nudel; GUIMARÃES, Livia Gil; CAMPOS, Isabelle Oglouyan de; FONCECA, Livia Boruchovitch. Diversidade, Inclusão e Equidade de Gênero: Propostas para sua Ampliação na Universidade. In: MARCOVITCH, Jacques (org.). **Repensar a Universidade III: Saberes e Práticas**. São Paulo: Com-Arte, 2023. p. 159-181.

RONCONI, Fernandes J. Direito, gênero e ensino superior: O processo de feminização da formação jurídica paulista. **Pensata**, v. 9, n. 2, 2021.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Constitucionalismo Feminista pressupõe teoria do impacto desproporcional. **Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-17/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-igualdade-substancial-genero>. Acesso em: 3 ago. 2025.

SILVA, Christine Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. O constitucionalismo feminista e os novos significados do 8 de março. **JOTA**, 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/observatorio-constitucional/o-constitucionalismo-feminista-e-os-novos-significados-do-8-de-marco>. Acesso em: 3 ago. 2024.

SILVA, Salete Maria da. Constitucionalismo feminista: visibilizando autorias e produções científicas nordestinas. **Interfaces Científicas**, v.8, n.2, p. 176 –197, 2020.

SMART, Carol Christine. The Woman of Legal Discourse. In: **Social & Legal Studies**, v.1, 1992, p. 29-44.

STAMILE, Natalina. Direito e Gênero: desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 18, n. 3, p. e4750, out. 2022.

STANISCUASKI, F.; MACHADO, A.V.; SOLETTI, R.C. *et al.* Bias against parents in science hits women harder. **Humanities & Social Sciences Communications**, v. 10, n. 201, 2023.

UNIÃO INTERPARLAMENTAR. **Monthly ranking of women in national parliaments**, [2024]. Disponível em: https://data.ipu.org/women-ranking/?date_month=12&date_year=2024. Acesso em: 5 ago. 2025.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a477>

Data de submissão: 7/3/2025

Data de aprovação: 15/5/2025

Violência política de gênero, diversidade e inclusão: caso Benny Briolly¹

Gender political violence, diversity, and inclusion: Benny Briolly case

Violencia política de género, diversidad e inclusión: caso Benny Briolly

Melina Girardi Fachin²

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6250-1295>

E-mail: melinafachin@gmail.com

Priscilla Conti Bartolomeu³

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1227-5629>

E-mail: priscillabartolomeu@gmail.com

Resumo

O presente artigo, a partir de marcadores de gênero e raça, examina a violência política contra as mulheres no contexto brasileiro. A hipótese central é de que essa violência consiste em um instrumento simbólico e material de controle social para afastar mulheres da política e perpetuar privilégios. Para tanto, adota-se a ferramenta analítica da interseccionalidade como instrumento de estudo, a partir

¹ FACHIN, Melina Girardi; BARTOLOMEU, Priscilla Conti. Violência política de gênero, diversidade e inclusão: caso Benny Briolly. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 425-453, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a477>.

² Estágio pós-doutoral realizado na Universidade de Coimbra, no Instituto de Direitos Humanos e Democracia (2019/2020). Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em Direitos Humanos, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). *Visiting researcher* da Harvard Law School (2011). Mestre em Direitos Humanos pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná Universidade Federal do Paraná (UFPR). Atualmente, é Diretora da Faculdade de Direito, Professora Associada do Curso de Graduação em Direito e Docente permanente do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado – da UFPR com área de atuação em Direito Constitucional e Direitos Humanos. Advogada sócia em Fachin Advogados Associados. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1368334568714375>.

³ Doutoranda em Direitos Humanos, Mestra em Direito do Estado e Bacharela em Direito pela UFPR. Diretora Acadêmica do Instituto “Política por.de.para Mulheres”. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (Abradep) e do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral (Iprade). Advogada em Peccinin Alessi Advocacia. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1560711667201290>.

da qual se realiza uma revisão bibliográfica especializada e se analisa o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE/RJ), que condenou o Deputado Estadual Rodrigo Amorim pelo crime descrito no artigo 326-B do Código Eleitoral por praticar violência política de gênero contra a Vereadora Benny Briolly. Ao final, parece restar confirmada a hipótese aventada, pois se observou que a violência política de gênero deve ser entendida como uma violação de direitos humanos, a qual é utilizada como meio para manutenção da estrutura androcêntrica e branca da sociedade brasileira.

Palavras-chave

Direitos humanos; interseccionalidade; representação feminina; violência política de gênero.

Sumário

1. Introdução. 2. Mensagens de ódio: a violência política de gênero como mecanismo de exclusão das mulheres na política. 3. Violência política de gênero: o caso Benny Briolly. 4. Conclusão.

Abstract

This article, using gender and race markers, examines political violence against women in the Brazilian context. The central hypothesis is that such violence constitutes both a symbolic and material instrument of social control, aimed at excluding women from politics and to perpetuate privileges. To this end, the analytical tool of intersectionality is adopted as a study instrument, through which a specialized bibliographic review is conducted and the judgment of the Regional Electoral Court of Rio de Janeiro is analyzed. In that judgment, State Deputy Rodrigo Amorim was condemned for the crime described in Article 326-B of the Electoral Code, for perpetrating gender political violence against Councilwoman Benny Briolly. Ultimately, the proposed hypothesis appears to be confirmed, as it is shown that gender political violence should be understood as a violation of human rights, used as a means to maintain the androcentric and white structure of Brazilian society.

Keywords

Human rights; intersectionality; female representation; gender political violence.

Contents

1. Introduction. 2. Hate Messages: gender Political Violence as a Mechanism for Excluding Women from Politics. 3. Gender Political Violence: the Benny Briolly case. 4. Conclusion.

Resumen

Este artículo utiliza marcadores de género y raza para examinar la violencia política contra las mujeres en el contexto brasileño. La hipótesis central sostiene que dicha violencia actúa como un instrumento simbólico y material de control social, destinado a marginar a las mujeres de la política y perpetuar privilegios, manteniendo una estructura androcéntrica y blanca. Para ello, se emplea la interseccionalidad como herramienta analítica, que permite realizar revisión bibliográfica especializada y analizar el fallo del Tribunal Electoral Regional de Río de Janeiro, en el que el Diputado Estadual Rodrigo Amorim fue condenado, conforme al Artículo 326-B del Código Electoral, por perpetrar violencia política de género contra la Concejala Benny Briolly. Los hallazgos confirman que la violencia política de género constituye una violación de los derechos humanos, pues se utiliza para desvalorizar la participación femenina. Así, el estudio concluye que, pese a iniciativas de inclusión, persiste un mecanismo de exclusión y marginalización que demanda transformar las estructuras de poder.

Palabras clave

Derechos humanos; interseccionalidad; representación femenina; violencia política de género.

Índice

1. Introdução. 2. Mensajes de Odio: la Violencia Política de Género como Mecanismo para Excluir a las Mujeres de la Política. 3. Violencia Política de Género: el caso de Benny Briolly. 4. Conclusión.

1. Introdução

O sistema político brasileiro é formado por estruturas androcêntricas que historicamente privilegiaram a ocupação de cargos eletivos por homens brancos. A conquista dos direitos políticos por mulheres, pessoas negras e indígenas resultou em mudanças pouco significativas para o modelo político do país, o qual, mesmo criando políticas públicas para tentar diminuir tal discrepância, ainda reproduz signos que favorecem a elegibilidade do perfil hegemônico masculino-branco. Ademais, a mera ameaça de diminuição desses privilégios tem resultado em diversas retaliações aos mencionados grupos, que, ao decidirem ocupar esses espaços, iniciam

a sua jornada política sabendo que possivelmente irão sofrer violência política, sobretudo se forem mulheres não brancas.

Em 2022, o Deputado Estadual Rodrigo Amorim (União Brasil/RJ), durante sessão pública ordinária na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, utilizou a tribuna parlamentar para humilhar e constranger a Vereadora Benny Briolly (PSOL/RJ), chamando-a de “boizebu” e “aberração da natureza”. O discurso, transmitido ao vivo pelo Youtube, rapidamente viralizou nas redes sociais, gerando novos casos de violências políticas contra a parlamentar, que precisou recorrer à Corte Interamericana de Direitos Humanos para obter proteção do Estado brasileiro. No mesmo ano, o Deputado Estadual foi reeleito. Contudo, em 2024, o episódio resultou na primeira condenação de um deputado por violência política de gênero e, consequentemente, no primeiro indeferimento de registro de candidatura com base em decisão colegiada que reconheceu a referida prática violenta.

O episódio também poderia ser enquadrado como uma expressão da violência política LGBTQIA+, conceito proposto por Cleyton Feitosa como “uma modalidade de violência motivada pela orientação sexual e identidade de gênero de pessoas LGBTI+ no exercício da participação social e política”⁴. No entanto, opta-se aqui pela utilização da expressão “violência política de gênero”, não apenas em razão da tipificação legal do crime eleitoral atribuído ao Deputado Rodrigo Amorim, mas também por uma escolha política e teórica de reconhecimento de que mulheres travestis e transexuais são igualmente atravessadas por dinâmicas de misoginia estrutural. Assim, entende-se que o constrangimento e os ataques direcionados a Benny Briolly devem ser compreendidos no marco mais amplo da violência política de gênero, que abrange tanto mulheres cisgênero quanto mulheres trans, especialmente quando sua presença em espaços de poder desafia normas patriarcais e cisheteronormativas.

Diante desse cenário, o presente estudo formula o seguinte problema de pesquisa: na política institucional brasileira, como a representação feminina é afetada pela violência política de gênero? Para tanto, adota-se a análise interseccional crítica enquanto ferramenta analítica de investigação, aplicada à revisão bibliográfica

⁴ PEREIRA, Cleyton Feitosa. Retratos da violência política contra a população LGBTI+ no Brasil. In: **Ciência e Arte do Encontro**: o Rio de Braços Abertos. Campina Grande: Realize Editora, 2024. E-book (p. 118). Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/106696>. Acesso em: 27 maio 2025.

especializada e ao estudo da condenação do Deputado Estadual Rodrigo Amorim por violência política de gênero praticada contra a Vereadora Benny Briolly.

O uso da interseccionalidade como ferramenta se justifica a partir de sua capacidade de articular investigação e práxis, possibilitando o estudo de fenômenos sociais de forma a desafiar o *status quo* e transformar as relações de poder⁵. Permite-se, portanto, a análise da violência a partir de diferentes marcadores sociais, como gênero, raça e sexualidade, os quais potencializam formas específicas de exclusão. Viabiliza-se, ainda, a compreensão da complexidade da experiência política de mulheres como a Vereadora Benny Briolly, cujo incômodo decorre tanto de sua presença nos espaços de poder quanto do que a sua agenda política representa.

A metodologia utilizada para a seleção bibliográfica baseou-se na busca pela palavra-chave “violência política de gênero” nas principais plataformas de artigos científicos, em especial, o Portal de Periódicos da CAPES, Google Acadêmico e SciELO. Já a escolha do caso analisado se fundamenta por se tratar da primeira condenação de um deputado pelo crime previsto no artigo 326-B do Código Eleitoral. Assim, foram examinados os discursos proferidos ao longo das peças processuais disponíveis publicamente nos autos, com destaque para o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro.

Ao final, verificou-se que a hipótese de que a violência política de gênero opera como um instrumento simbólico e material de controle social, articulado pelas elites para desencorajar a participação feminina na política institucional brasileira, foi confirmada.

2. Mensagens de ódio: a violência política de gênero como mecanismo de exclusão das mulheres na política

A construção do sujeito de direito brasileiro perpassa o contexto multirracial de uma socialização racializada e generificada, em que há supervalorização da branquitude e do androcentrismo em detrimento do não branco e do feminino. Segundo Lia Shucman, as estruturas de poder concretas são ancoradas por desigualdades raciais fruto da produção de mecanismos que asseguram a ocupação das posições

⁵ COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. **Interseccionalidade**. Tradução: Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 58.

mais altas na hierarquia social, como cargos eletivos, por pessoas brancas, sem o reconhecimento de que se trata de privilégios raciais⁶. Simultaneamente, a visão androcêntrica é imposta como neutra e natural, também sem a necessidade de discursos de legitimação, já que historicamente representou a classe política brasileira⁷. Se há um único indivíduo no parlamento brasileiro, presume-se que seja branco, cisgênero e masculino. Como diria Butler, para o imaginário social, esse corpo não parece estar apoiado em nada, possuindo completa liberdade de atuação, pois supostamente não foi criado por ninguém⁸.

Assim, embora a Constituição Federal abra seu título sobre direitos e garantias fundamentais instituindo que “todos são iguais perante a lei”, a igualdade formal e a positivação de direitos não são suficientes a fim de que todas as pessoas possuam as mesmas condições sociais e políticas para representar a população brasileira. Não se observa homens brancos sendo julgados e criticados pela cor de pele, orientação sexual ou identidade de gênero, como ocorreu com Benny Briolly. Esse caráter meramente formalista da igualdade reflete a sofisticação do racismo latino-americano, no qual a condição de exploração e inferioridade é maquiada pelo mito da democracia racial, cuja consequência é o embranquecimento da classe política e, por extensão, da sociedade⁹. Além disso, tal limitação protetiva se evidencia nos chamados corpos ininteligíveis, ou seja, aqueles que não se moldam às normas de gênero socialmente estabelecidas e que, por isso, desafiam a cisheteronormatividade imposta¹⁰. A intensidade da exposição à violência – e a naturalidade com que ela é praticada – está, muitas vezes, relacionada aos indivíduos dessa equação. Não surpreende, portanto, que Benny Briolly tenha sido agredida verbalmente dentro de um parlamento brasileiro, visto que seu corpo não foi concebido para ocupar aquele espaço.

⁶ SCHUCMAN, Lia Vainer. **Entre o encardido, o branco e o branquíssimo**: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana. 2012. 122 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. f. 14. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-21052012-154521/en.php>. Acesso em: 6 jul. 2024.

⁷ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**: A condição feminina e a violência simbólica. Tradução: Maria Helena Küner. 5. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017. p. 21-24.

⁸ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de Assembleia. Tradução: Fernanda Siqueira Miguens. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*.

⁹ GONZÁLEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 92/93, p. 72-73, jan./jun. 1988b.

¹⁰ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução: Renato Aguiar. 14 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 43.

Frente a esse contexto, Thula Pires e Ana Flauzina defendem que a própria formação do Estado Constitucional brasileiro reflete os processos coloniais de desumanização da população negra e indígena, em que se dificulta o acesso a direitos ao mesmo tempo que se promete um utópico futuro igualitário¹¹. Entre as fissuras dessa quimera da igualdade, está a falta de uma experiência de paridade entre homens e mulheres no Brasil, uma vez que apenas se conhece a sub-representação, a qual é ainda mais deficitária quando analisada racialmente¹². A estrutura social brasileira, permeada pela misoginia e pelo racismo, contribui para a baixa representação de mulheres, indígenas, pessoas negras e LGBTQIA+ nos parlamentos, evidenciando os desafios que enfrentam para ocupar cargos eletivos, mesmo com a existência de algumas políticas públicas voltadas à participação ativa desses grupos na política.

O artigo 10º, parágrafo 3º, da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), determina que cada partido ou federação deve preencher no mínimo 30% e no máximo 70% das vagas disputadas ao legislativo para candidaturas de cada gênero. A instituição da cota de gênero, entretanto, evidenciou que só a reserva de vagas seria insuficiente para promover uma mudança significativa nos parlamentos. Além de privilegiar mulheres brancas de forma majoritária, não resulta necessariamente em candidaturas femininas competitivas.

Com isso em mente, novas estratégias foram implementadas no Brasil, como a obrigatoriedade de distribuição de recursos públicos (Fundo Partidário e Fundo Especial de Financiamento de Campanha - FEFC) e tempo de rádio e televisão

¹¹ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Constitucionalismo da Inimizade. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2830-2834, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/z4DtS4h7JmKJrmMHRdpqyLH/?format=pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.

¹² GONÇALVES, Juliana A. F.; SALGADO, Eneida Desiree. Representação e Representatividade no Congresso Nacional e a Lei nº 14.192, que versa sobre a Violência Política de Gênero. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 88, jun./dez. 2022.

proporcional às candidaturas femininas¹³, negras¹⁴ e indígenas¹⁵, bem como a contagem em dobro dos votos dados às mulheres e pessoas negras para fins de distribuição de FEFC nas eleições de 2022 a 2030. Apesar de essas iniciativas terem aumentado a participação de mulheres e pessoas negras nos parlamentos brasileiros, os partidos políticos continuam investido em candidaturas que mantêm as mesmas características: predominantemente brancas e masculinas.

Na atual conjuntura, a bancada feminina do Senado Federal é composta por 16 mulheres (19,75% das cadeiras), sendo que apenas quatro se autodeclararam pardas: as Senadoras Ana Paula Lobato (PDT/MA), Eliziane Gama (PSD/MA), Dra. Eudócia (PL/AL) e Jussara Lima (PSD/PI). De acordo com o último levantamento feito pela casa legislativa brasileira, em março de 2024, havia somente 21 senadores negros¹⁶, representando 26% da composição total do Senado¹⁷. Na Câmara dos Deputados, o cenário não é muito diferente. Foram eleitas 91 deputadas federais (17,8%) – sendo apenas 29 negras (5,7%), 4 indígenas (0,8%) e 2 transexuais (0,4%) –, 135 parlamentares negros (26,4%)¹⁸ e 5 indígenas (1%)¹⁹ em 2022²⁰.

¹³ Em 2015, foi promulgada a Lei nº 13.165, a qual instituiu que os partidos políticos deveriam destinar, no mínimo, 5% e, no máximo, 15% dos recursos do Fundo Partidário às candidaturas femininas. Contudo, em 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5617, a qual entendeu pela inconstitucionalidade do dispositivo e determinou que a distribuição de recursos fosse proporcional ao número de candidaturas femininas em disputa. No mesmo ano, o Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000, entendeu que tal proporcionalidade também deveria ser aplicada na distribuição do Fundo Partidário e Fundo Especial de Financiamento de Campanha e do tempo de rádio e de televisão.

¹⁴ A distribuição proporcional de recursos públicos e tempo de rádio e televisão para pessoas negras foi reconhecida pelo TSE em 2020, por meio da Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000, e deve ser direcionada tanto para mulheres negras quanto para homens negros.

¹⁵ Embora o TSE tenha reconhecido, em 2024, por meio da Consulta nº 0600222-07.2023.6.00.0000, a necessidade de também distribuir recursos públicos e tempo de rádio e televisão proporcionalmente às candidaturas indígenas, sua implementação ficou condicionada ao estudo por parte da Corte sobre a viabilidade da referida aplicação já nas eleições de 2024, o que não ocorreu. Assim, ao que tudo indica, a medida só entrará em vigor nas eleições de 2026.

¹⁶ Lamentavelmente, o perfil dos senadores e das senadoras no *site* eletrônico oficial da Casa Legislativa brasileira não informa raça/etnia dos parlamentares, tornando necessário recorrer a outras fontes para tentar traçar o perfil racial do Senado Federal brasileiro. Diante disso, não é possível determinar, com precisão, a atual composição do Senado nesse âmbito, uma vez que a ausência da informação impede o acompanhamento de eventuais mudanças na representatividade racial da Casa Legislativa.

¹⁷ RAMOS, Giovane. Apenas 22% das cadeiras do Senado foram ocupadas por negros na última década. **Alma Preta**, 27 mar. 2024. Disponível em: <https://almapreta.com.br/sessao/politica/apenas-22-das-cadeiras-do-senado-foram-ocupadas-por-negros-na-ultima-decada/>. Acesso em: 6 jul. 2024 e UOL. Radar do Congresso. **Senado** Perfis. Disponível em: <https://radar.congressoemfoco.com.br/parlamentares/senado>. Acesso em: 6 jul. 2024.

¹⁸ Neste número, incluem-se homens e mulheres.

¹⁹ Neste número, incluem-se homens e mulheres.

²⁰ CASSELA, Vinícius. Brasil elege número recorde de mulheres e negros para a Câmara dos Deputados. **G1**, Brasília, 03 out. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2020/eleicao-em-numeros/noticia/2022/10/03/>

Esse panorama demonstra que a tentativa de estabelecer uma representatividade igualitária ainda é muito embrionária no Brasil, que continua reproduzindo, mesmo que nem sempre conscientemente, a divisão entre público e privado, sendo o primeiro masculino e o segundo, ao que parece, dotado de feminilidade²¹. Trata-se do reflexo de uma dinâmica política formada por desigualdades, violências e impunidades estruturantes, que dificultam o acesso de mulheres, indígenas e pessoas negras aos postos mais altos de decisão²². Os direitos políticos desses grupos não são plenamente respeitados, pois, mesmo quando conseguem superar o repúdio social e obter resultados favoráveis nas urnas, enfrentam discriminação e violência, o que frequentemente os afasta do cenário político. Um exemplo é o caso de Manuela d'Ávila, que, após chegar ao segundo turno da disputa presidencial em 2018, decidiu não concorrer às eleições de 2022 devido à intensa violência que vinha sofrendo.

O típico sujeito de direito universal – branco, cisgênero e masculino – segue a lograr êxito na dominação das agendas e decisões políticas brasileiras. Não se nega as limitações da política de presença, tampouco se projeta em candidaturas femininas, LGBTQIA+, negras e indígenas a obrigatoriedade de uma atuação de acordo com os interesses dos correspondentes movimentos sociais. Todavia, o posicionamento desses grupos nas estruturas da sociedade produz experiências e compreensões particulares devido à posição social que ocupam²³. Além disso, se o instituto da representação política retrata a instrumentalização da cidadania e da soberania popular no Estado Democrático de Direito, é fundamental que reflita o ideal de igualdade e de autodeterminação constitucionalmente garantidos²⁴.

Nessa perspectiva, Elena García pontua que a própria expectativa democrática de que os parlamentos sejam representativos da coletividade, em seu sentido descritivo, justifica o fortalecimento da política de presença. Ademais, é uma forma de

brasil-elege-numero-recorde-de-mulheres-e-negros-para-a-camara.shtml. Acesso em: 6 jul. 2024.

²¹ AIETA, Vânia Siciliano. A construção do conceito de violência política de gênero nas campanhas eleitorais. *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 2, n. especial, p. 116, 2023. Disponível em: <https://rcpjm.cpjmu.uerj.br/revista/article/view/174>. Acesso em: 5 jul. 2024.

²² ALBAINE, Laura. Violencia política contra las mujeres en América Latina: Expresiones de desigualdad de género. In: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, María Nohemi; FERNÁNDEZ-MATOS, Dhayana Carolina. *Violencia política contra las mujeres*. Barraquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2020. p. 20-21.

²³ YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 67, p. 162-164, 2006.

²⁴ SALGADO, Eneida Desiree. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.089.

romper com a discriminação histórica advinda da exclusão de mulheres, LGBTQIA+, pessoas negras e indígenas dos espaços públicos decisórios²⁵. O caso Benny Briolly comprova que a mera ocupação desses ambientes pelos referidos corpos incomoda, pois contesta e nega as estruturas de legitimidade política existentes, “tornando-se parte da sua ação, refazendo uma história no meio dos seus mais concretos e sedimentados artifícios”²⁶. Aliás, a própria percepção gerada pela constituição dos parlamentos – assimilando a exclusão de determinados grupos – influencia no modo pelo qual a sociedade compreende as instituições públicas. Parlamentos mais inclusivos tendem a provocar um sentimento de maior democracia no âmbito da tomada de decisões políticas²⁷.

Outro fator relevante é que a minoria numérica nos parlamentos dificulta o combate à violência política de gênero dentro das instituições. No caso da população LGBTQIA+, como destaca Cleyton Feitosa, a cisheteronormatividade opera no período pré-eleitoral, afastando esses sujeitos da política institucional pelo receio das consequências da exposição de sua intimidade²⁸. Talvez o Deputado Rodrigo Amorim não se sentisse tão à vontade para atacar a Vereadora de Niterói se houvesse outras travestis e transsexuais ocupando parte das cadeiras da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ). Nesse caso, a banalização da violência também está relacionada ao apagamento da população trans pelo Estado brasileiro, o qual, em toda oportunidade, reforça que pretende proteger apenas o “sexo feminino”, negando a existência dessas identidades.

Ademais, a baixa representatividade feminina e negra prejudica a efetivação das agendas políticas dos movimentos sociais, pois os grupos marginalizados, para conseguirem a aprovação de projetos, frequentemente se veem obrigados a aderir às correntes dominantes, como no caso da substituição da palavra “gênero” por “sexo” em diversos projetos de lei²⁹. Essa estratégia, quando realizada por mulheres cisgêneras e brancas, comumente resulta no esquecimento das pautas de outras mulheres. Do mesmo modo, homens negros não observam as demandas específicas

²⁵ GUITIÁN, Elena García. Crisis de la representación política: las exigencias de la política de la presencia. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 111, p. 220-221, jan/mar. 2001.

²⁶ BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas*: notas para uma teoria performativa de Assembleia. *E-book*.

²⁷ AIETA, Vânia Siciliano. A construção do conceito de violência política de gênero nas campanhas eleitorais. p. 117.

²⁸ PEREIRA, Cleyton Feitosa. Barreiras à ambição e à representação política de LGBT no Brasil. *Revista Ártemis*, Paraíba, v. 24, n. 1, p. 127, 2018.

²⁹ GUITIÁN, Elena García. Crisis de la representación política: las exigencias de la política de la presencia. p. 223.

das mulheres negras, que acabam ainda mais marginalizadas pelos movimentos feministas e negros³⁰. Por essas razões, é fundamental compreender as dinâmicas pelas quais operam o racismo e o sexismo, os quais, mesmo manifestados por meio de condutas individuais, promovem o preconceito de diferentes maneiras, sendo a expropriação humana o fio condutor da violência sofrida pelos mencionados grupos, em especial, os racialmente subalternizados³¹.

Nota-se o reflexo desse cenário no tratamento da discriminação múltipla existente no Brasil, o qual, mesmo com a abordagem multinível dos direitos humanos, ainda trata as violências de maneira segmentada. Pouco se observa que a operacionalização da violência – seja ela qual for – se dá de maneira distinta a depender de quem seja o alvo: a dinâmica social na qual os corpos estão imersos faz com que ela incida com maior ou menor grau de aceitabilidade. Como bem pontua Judith Butler, “não há vida sem as condições de vida que sustentam, de modo variável, a vida, e essas condições são predominantemente sociais”³².

Em contrapartida, reivindicar a apropriação efetiva de cargos eletivos, principalmente quando realizada em aliança com os movimentos sociais, permite a criação de novos espaços – entre corpos – e reconstrói novos significados³³. Por isso, mesmo que se tolere a participação de grupos marginalizados na política, ainda há movimentações para dificultar a ascensão, sendo a violência de gênero um dos principais mecanismos utilizados para afastar esses personagens do cenário político.

O *backlash* de incentivos à pluralização da política – mormente a participação feminina – pode desencadear diferentes reações, desde atos explícitos de assédio e violência até perseguições sexistas, racistas e transfóbicas nos meios de comunicação e nas redes sociais³⁴. Contudo, a violência política de gênero não deve ser

³⁰ CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. **University of Chicago Legal Forum**, v. 1989, n. 1, p. 140, 1989. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>. Acesso em: 6 jul. 2024.

³¹ PIRES, Thula. Racializando o debate sobre direitos humanos. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 15, n. 28, p. 70, 2018. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2019/05/sur-28-portugues-thula-pires.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2024.

³² BUTLER, Judith. **Quadros de guerra**: quando a vida é passível de luto? Tradução: Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 38.

³³ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de Assembleia. *E-book*.

³⁴ KROOK, Mona Lena; RESTREPO SANIN, Juliana. Género y violencia política en América Latina. Conceptos, debates y soluciones. **Polít. gob**, Ciudad de México, v. 23, n. 1, p. 127-162, jun. 2016a. Disponível em: <http://www.scielo>.

vista como uma simples reação às políticas públicas de paridade. Trata-se de uma realidade mais ampla e complexa, que deve ser entendida dentro do contexto da violência de gênero, a qual está enraizada em sociedades marcadas pela misoginia e pelo androcentrismo³⁵. O retorno aos parlamentos brasileiros, entretanto, confirma que a categoria de análise e verificação dessa violência não deve se dar apenas pelo “gênero”, sob pena de se reproduzir a criticada universalização do sujeito. As mulheres não possuem experiências homogêneas, pois outros marcadores sociais interagem concomitantemente para afastar esses corpos da política por meio de estratégias distintas visando à violência política de gênero³⁶.

Afinal, a citada violência é utilizada como meio de controle social, em que se regulam comportamentos e mantêm-se privilégios, tanto de gênero quanto racial³⁷. A estrutura androcêntrica e racista da sociedade não se reproduz automaticamente, tampouco é fruto de uma lei natural de superioridade – a permanência desse sistema se faz a partir de um ciclo repetitivo de violência, em que se emanam mensagens de negação ao acesso igualitário de direitos³⁸. Por essa razão, a violência política de gênero possui contornos distintos de outros tipos. Ao possuir a motivação específica – mesmo que inconsciente – de afastar mulheres da política, a vítima direta não é a única afetada, mas toda a comunidade feminina, que tem a sua participação na política, de algum modo, atingida³⁹. Engana-se quem acredita que apenas as candidatas e parlamentares são impactadas, uma vez que todo o eleitorado tem suas possibilidades de escolha deturpadas e, com isso, a qualidade democrática é abalada⁴⁰.

org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372016000100127&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 3 jul. 2024.

³⁵ ALBAINE, Laura. Violencia política contra las mujeres en América Latina: Expresiones de desigualdad de género. p. 33.

³⁶ ALVES, Leonara de Araújo. Contribuições da interseccionalidade para a análise da violência política de gênero. *Tessituras: Revista de Antropologia e Arqueologia*, Pelotas, v. 12, n. 1, p. 58-59, jan./jun. 2024.

³⁷ AMARAL, Fernanda Pattaro. Fragmentos de uma violência política de gênero a partir do Estado: uma necrobiopolítica “de gênero”. In: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, María Nohemí; FERNÁNDEZ-MATOS, Dhayana Carolina. *Violencia política contra las mujeres*. Barraquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2020. p. 228-229.

³⁸ SEGATO, Rita Laura. *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología el psicoanálisis y los derechos humanos*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003. p. 146.

³⁹ KROOK, Mona Lena; RESTREPO SANIN, Juliana. Violencia contra las mujeres en política. En defensa del concepto. *Polít. gob.*, Ciudad de México, v. 23, n. 2, p. 459-490, jul/dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372016000200459&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 3 jul. 2024.

⁴⁰ SILVA, Bianca Maria Gonçalves e. *Ilícitos eleitorais x violência política de gênero à luz da autenticidade eleitoral*. 2024. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2024. f. 16. Disponível em: <https://www.repositorio.unb.br/handle/10482/48643>. Acesso em: 6 jul. 2024.

Segundo a pesquisa “Desigualdades de gênero e raça na política brasileira”, realizada pelo Instituto Alziras e Oxfam Brasil com as prefeitas brasileiras eleitas em 2020, 26% destas acreditam que o assédio e a violência no espaço político são os principais obstáculos enfrentados pelas mulheres nesse âmbito. Tal fato fica bastante nítido quando se percebe que quase todas sofreram ao menos um tipo de violência: divulgação de informações falsas (74%); ataques, ofensas e discursos de ódio nas redes sociais (66%); ataques, ofensas e xingamentos verbais presenciais (29%); constrangimentos em função de exposição pública de sua vida afetiva, familiar ou sexual (20%); chantagens ou tentativas de extorsão (15%); ameaças contra a vida (12%); ameaças a familiares e/ou membros da equipe (12%); ameaças ou constrangimentos relacionados ao financiamento de campanhas (9%); assédio sexual por atitudes físicas ou verbais (4%); e agressões físicas (1%). Apenas 7% informaram não ter sofrido nenhum desses atos, sendo que 3% narraram ter passado por outras formas de violência⁴¹.

O cenário exposto demonstra a importância da Lei nº 14.192/2021, que estabelece normas de prevenção e combate à violência política contra a mulher. Por outro lado, evidencia-se que já era um fenômeno social muito presente na política brasileira e que o Congresso Nacional tardou a apresentar uma resposta legislativa a esses constantes episódios de violência. Em 2015, o Mecanismo de Seguimento da Convenção de Belém do Pará (MESECVI), criado em 2004 para monitorar a implementação da Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a violência contra a Mulher, já havia aprovado a “Declaração sobre Violência e o Assédio Político contra as Mulheres”, reconhecendo que isso invisibiliza e dificulta a elaboração e aplicabilidade de políticas públicas para tratar dessa temática. Entende-se, ainda, que essa violência está vinculada ao aumento da participação de mulheres na política e que a paridade na democracia requer abordagem integral que assegure o acesso e a permanência de grupos femininos, livres de discriminações e violências nos espaços da vida pública⁴².

Em 2017, o MESECVI publicou a Lei Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra as Mulheres na Vida Política, definindo-a como “qualquer ação, conduta ou omissão, realizada de forma direta ou através de terceiros que, baseada em seu gênero, cause danos ou sofrimento a uma ou várias

⁴¹ INSTITUTO ALZIRAS. OXFAM BRASIL. **Desigualdades de gênero e raça na política brasileira**. 2022. Disponível em: <https://www.alziras.org.br/publicacoes>. Acesso em: 07 jul. 2024.

⁴² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Mecanismo de Seguimento de la Convención Belém do Pará. **Declaración sobre la violencia y el coso político contra las mujeres**. Lima: OEA, p. 3, 2015. Disponível em: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracion-esp.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2024.

mulheres e tenha como objetivo ou por resultado menosprezar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos políticos⁴³. O conceito apresentado pela legislação brasileira, por sua vez, é semelhante, todavia, enquanto a Lei Modelo fala em “gênero”, a Lei nº 14.192/2021 protege “direitos políticos da mulher” e combate desigualdades em razão do “sexo”⁴⁴.

Para um olhar mais desatento, essa mudança pode parecer meramente terminológica. Contudo, representa uma escolha político-legislativa cisheteronormativa, a qual ressalta quais corpos merecem ser protegidos pelo Estado. Essa predileção do legislador brasileiro retrata o “movimento contra a ideologia de gênero”⁴⁵ no Brasil, o qual defende que “gênero” é um código utilizado para a destruição da família tradicional, por isso a comparação de Benny Briolly a um “belzebu”.

Judith Butler irá defender que “fabricar medo com o objetivo de despojar pessoas trans de seus direitos de autodeterminação é mobilizar o medo de se ter a identidade sexuada anulada a fim de anular as identidades sexuadas de outras pessoas”. Em outras palavras, trata-se de um cenário fantasmático antigênero, que utiliza do pânico causado pelo temor do rompimento com a cisheteronormatividade para, de certa forma, autorizar a negação dessas vidas, por serem consideradas uma ameaça à nação⁴⁶.

Assim, o Estado novamente emana mensagens de negação à existência de travestis e transexuais, como já havia feito na Lei do Feminicídio. O Observatório de Violência Política contra a Mulher, em nota técnica sobre o Projeto de Lei nº 5.616/2020 que deu origem à Lei nº 14.192/2021, criticou a escolha legislativa em

⁴³ “Debe entenderse por “violencia contra las mujeres en la vida política” cualquier acción, conducta u omisión, realizada de forma directa o a través de terceros que, basada en su género, cause daño o sufrimiento a una o a varias mujeres, y que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos.” (Tradução nossa). ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará. **Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política**. Washington: OEA, p. 26-27, 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/en/cim/docs/ViolenciaPolitica-LeyModelo-ES.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2024.

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021**. Art. 3º Considera-se violência política contra a mulher toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14192.htm. Acesso em: 6 jul. 2024.

⁴⁵ BUTLER, Judith. **Quem tem medo do gênero?** Tradução: Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2024 *E-book*.

⁴⁶ BUTLER, Judith. **Quem tem medo do gênero?** Tradução: Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2024 *E-book*.

utilizar o termo “sexo” ao invés de “gênero”, justamente por dar margem a interpretações excludentes⁴⁷.

Na prática, o Poder Judiciário vem adotando, majoritariamente, uma postura de equiparação com a norma protetiva às mulheres transexuais e travestis, sobretudo na seara eleitoral. O Tribunal Superior Eleitoral, em resposta à consulta formulada pela Senadora Maria de Fátima Bezerra, reconheceu que a expressão “cada sexo”, presente no dispositivo sobre cota de gênero da Lei das Eleições (artigo 10º, parágrafo terceiro), não se refere ao sexo biológico, mas ao gênero dos indivíduos. De toda sorte, para não restar dúvidas, a Resolução do TSE nº 23.609/2019, que dispõe sobre registros de candidatura, utiliza a expressão “gênero”, afastando qualquer insegurança jurídica sobre os direitos das pessoas travestis e transexuais.

3. Violência política de gênero: o caso Benny Briolly

A Lei nº 14.192/2021, além de conceituar violência política de gênero, promove alterações no Código Eleitoral, na Lei dos Partidos Políticos e na Lei das Eleições. Entre elas, está a inclusão do artigo 326-B no Código Eleitoral, o qual criminaliza a violência política praticada contra candidatas e mandatárias, que se caracteriza por assédio, constrangimento, humilhação, perseguição ou ameaça, por meio de menosprezo ou discriminação à condição de mulher e à sua cor, raça ou etnia, para impedir ou dificultar a campanha eleitoral de candidatas e o desempenho do mandato eletivo de parlamentares. As pré-candidatas, portanto, não estão abarcadas por esse crime eleitoral.

Outro fator que chama atenção é a baixa sanção penal aplicada àqueles que são condenados pelo crime eleitoral, já que a pena prevista é de reclusão de 1 a 4 anos e multa. Permite-se, então, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o que, de certo modo, pode gerar sentimento de impunidade. Bianca Gonçalves e Silva também destaca a ausência de sanções administrativas e eleitorais como fator limitador à efetividade do combate à violência política de gênero. Há diversos ilícitos eleitorais – como a não destinação de recursos públicos a candidaturas femininas – que não configuram o crime eleitoral, mas que são meios de afastar as mulheres da política. Por isso, a ausência de sanções administrativas e

⁴⁷ OBSERVATÓRIO DE VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA A MULHER. *Nota técnica*: sobre o projeto de Lei de Combate à violência política contra a mulher (nº 5.613/2020). Brasília: Transparência Eleitoral Brasil, p. 02-03, 2021. Disponível em: <https://transparenciaeleitoral.com.br/observatorio-vpm/>. Acesso em: 21 jul. 2024.

eleitorais específicas corrobora com a perpetuação dos mesmos sujeitos – brancos e masculinos – no poder⁴⁸.

De toda sorte, por ser uma conduta recém-criminalizada, os contornos de aplicação (e punição) estão aos poucos sendo observados. Em 2024, por exemplo, houve a primeira condenação de um deputado pela prática do crime de violência política de gênero, previsto no artigo 326-B do Código Eleitoral. O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, por maioria dos votos, entendeu que o Deputado Estadual Rodrigo Amorim (União Brasil) constrangeu e humilhou a Vereadora de Niterói Benny Briolly (PSOL) com o intuito de dificultar o exercício de seu mandato.

O caso é paradigmático não só pelo local em que foi cometido e por ser a primeira condenação de um deputado por tal crime, mas também por marcar a necessidade de se analisar a violência política de gênero a partir de categorias interseccionais. Em 17 de maio de 2022, durante a sessão pública ordinária da ALERJ, que estava sendo transmitida pelo Youtube, o Deputado Rodrigo Amorim utilizou a tribuna para insultar a Vereadora Benny Briolly, uma mulher preta e travesti, que sequer estava presente na ocasião, e toda a comunidade LGBTQIA+, como se pode ver a seguir.

(...) Esses soldados do mal fedendo a enxofre que são, como exatamente criando uma cortina de fumaça e dividindo a nossa sociedade. Então eu quero deixar claro que quando a deputada que me antecede. Essa sim que utiliza o caixão da vereadora assassinada o tempo inteiro como plataforma, como propaganda eleitoral e não duvidem (...) digo e repito: o vereador homem de Niterói parece um ‘boizebu’ porque é uma aberração da natureza. E aqui é não a esse projeto horripilante e destrutivo. Tem lá em Niterói um ‘boizebu’, que é uma aberração da natureza, aquele ser que está ali, um vereador, homem pois nasceu com pênis e testículos, portanto, é homem. Agora temos uma aberração do alfabeto inteiro designando o que eles chamam de gênero, gêneros aleatórios. Eu sou do tempo em que existiam homens, mulheres, bichas e sapatões. Esses soldados do mal, fedendo a enxofre que são, o vereador

⁴⁸ SILVA, Bianca Maria Gonçalves e. **Ilícitos eleitorais x violência política de gênero à luz da autenticidade eleitoral**. f. 120-121.

homem de Niterói parece um belzebu, porque é uma aberração da natureza (BRASIL, Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, 2022)⁴⁹.

O discurso do Deputado viralizou nas redes sociais e a violência política de gênero contra a Vereadora se intensificou, uma vez que os ataques de ódio e ameaça aumentaram. Essa não foi a primeira violência política sofrida por Benny Briolly, a qual, por ser mulher preta travesti e ativista dos direitos humanos, já vinha sofrendo ameaças de morte em razão da sua raça, identidade de gênero e luta política.

A inércia do Estado em garantir a proteção da Vereadora de Niterói fez com que algumas organizações civis, como o Instituto Marielle Franco e a Terra de Direitos, em 1º de junho de 2022, entrassem com pedido junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para requerer que o Brasil adotasse as medidas necessárias para salvaguardar os direitos à vida e à integridade pessoal de Benny Briolly e daqueles que trabalhavam com ela. Em 11 de julho de 2022, a CIDH aprovou a Medida Cautelar nº 408/22, por meio da Resolução nº 34/2022, reconhecendo a gravidade e urgência da situação, bem como solicitando que o Estado brasileiro atuasse de modo a proteger a Vereadora e sua equipe – que também estava sendo ameaçada –, considerando as perspectivas de gênero e étnico-raciais⁵⁰.

Paralelamente, em 1º julho de 2022, a Procuradoria Regional Eleitoral do Rio de Janeiro ofereceu denúncia contra Rodrigo Amorim pela prática do crime de violência política de gênero (artigo 326-B do Código Eleitoral). Em maio de 2024, o TRE/RJ concluiu o julgamento e, por quatro a três, entendeu ser inequívoca a intenção do Deputado em “constranger e humilhar a vítima, menosprezando e discriminando a sua condição de mulher”. Rodrigo Amorim foi condenado a 1 ano e 4 meses de reclusão, além de multa, com a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, mas sem a perda do mandato⁵¹.

⁴⁹ RIO DE JANEIRO (Estado). Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. *Sessão Ordinária do Dia 17 de maio de 2022*. Rio de Janeiro: TV ALERJ, 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9ahj9KY08zw&t=10176s>. Acesso em: 7 jul. 2024.

⁵⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Derechos Humanos. *Resolução nº 34/2022* (Medida Cautelar nº 408-22). Benny Briolly Rosa da Silva Santos e integrantes de sua equipe de trabalho em relação ao Brasil. 11 jul. 2022. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/mc/2022/res_34-22%20_mc_408-22_br_pt.pdf. Acesso em: 7 jul. 2024.

⁵¹ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. *Ação Penal Eleitoral nº 0600472-46.2022.6.19.0000*. Relator: Peterson Barroso Simão, 2 de maio de 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.tre-rj.jus.br/#/jurisprudencia/pesquisa?codigoDecisao=3312295&params=s>. Acesso em: 7 maio 2024.

Apesar de a condenação de Rodrigo Amorim representar uma vitória contra a misoginia sofrida por mulheres na política, alguns discursos realizados durante o julgamento demonstram como o caminho pela igualdade de gênero será longo. Houve duas declarações de voto pela absolvição do Deputado Estadual. A primeira afasta a tipicidade da conduta por entender não estar comprovado o elemento subjetivo (dolo específico) de impedir ou dificultar o desempenho do mandato da Vereadora, uma vez que ela não estava presente durante a sessão e não exercia suas funções parlamentares naquela Casa Legislativa. Defendeu, assim, que apenas se tratava de crime de injúria (artigo 140 do Código Penal).

Contudo, existem diversas formas de a violência política de gênero ser praticada, não sendo necessária a presença física da vítima para a sua configuração. Rodrigo Amorim, por diversas vezes, negou a identidade de gênero de Benny Briolly e associou a sua imagem a coisas malignas. Segundo a classificação sugerida por Mona Krook e Juliana Sanin, essa seria uma hipótese de violência simbólica, na medida em que se atentou contra a dignidade da Vereadora ao deslegitimá-la enquanto mulher parlamentar⁵². Outrossim, esse tipo de violência é de extrema crueldade, já que possui raízes na dominação simbólica que está imersa em aspectos culturais da sociedade. “A opressão como forma de ‘invisibilização’ traduz uma recusa à existência legítima e pública, isto é, conhecida e reconhecida sobretudo pelo direito, e por uma estigmatização que só aparece de forma realmente declarada quando o movimento reivindica a visibilidade”⁵³.

No que diz respeito ao segundo voto divergente, optou-se pela absolvição do Deputado por entender que ele estava protegido pelo manto da imunidade parlamentar, especialmente por não ter existido nenhum procedimento administrativo na ALERJ para apurar o discurso proferido pelo Deputado – o artigo 53 da Constituição Federal resguarda Deputados e Senadores de serem processados civil e penalmente por suas opiniões, palavras e votos. Essa prerrogativa, no entanto, que visa garantir o livre exercício do mandato eletivo, não pode ser usada para justificar discursos de ódio e ataque às pessoas. Evidentemente, chamar a Benny Briolly de “boizebu” ou de “aberração da natureza” não possui qualquer vinculação com a atividade parlamentar de Rodrigo Amorim. Este aproveitou da sua condição de mandatário para fazer o uso da tribuna e incitar ódio contra a Vereadora somente por não aceitar que uma mulher preta e travesti ocupe cadeira em um parlamento brasileiro.

⁵² KROOK, Mona Lena; RESTREPO SANIN, Juliana. Género y violencia política en América Latina. Conceptos, debates y soluciones. p. 127-162.

⁵³ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**: A condição feminina e a violência simbólica. p. 166.

A ausência de represálias junto à Casa Legislativa fluminense, além de não impedir a apuração criminal, revela como a violência política de gênero está enraizada na sociedade brasileira. Segundo o artigo 251 do Regimento Interno da ALERJ, é “atentatório ao decoro parlamentar usar, em discurso ou proposição, expressões que configurem crimes contra a honra ou contenham incitamento à prática de crime”⁵⁴. Nenhuma medida disciplinar foi aplicada, e infelizmente a omissão não é uma exclusividade do Parlamento do Rio de Janeiro. Tássia Pinho, em pesquisa realizada para analisar representações na Câmara dos Deputados envolvendo violência política de gênero, constatou a impunidade e o silêncio do Conselho de Ética⁵⁵. Essa apatia retrata a desigualdade de gênero na política, em uma dimensão qualitativa, em que não se garantem condições de igualdade nem o livre exercício dos direitos políticos sem discriminação e violência⁵⁶.

Felizmente, ambos os votos foram vencidos. Ademais do desembargador relator, que destacou o princípio da igualdade como máxima constitucional, as outras declarações de voto pela condenação do agente político fizeram considerações importantes para se pensar o julgamento de crimes de violência política de gênero como um todo: a necessidade de se aplicar o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e de se observar as normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

O documento produzido pelo CNJ, por exemplo, apresenta conceitos básicos, diferenciando sexo, gênero, identidade sexual e sexualidade; discorre sobre desigualdade de gênero e a relação com o direito; oferece um guia para magistrados e magistradas realizarem julgamento com perspectiva de gênero; e elabora algumas questões específicas para cada ramo da justiça, tal como a Justiça Eleitoral⁵⁷. Assim, o emprego desse protocolo é ainda mais relevante quando se está diante de um

⁵⁴ RIO DE JANEIRO (Estado). Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. **Regimento Interno**. Rio de Janeiro: ALERJ, [1990]. Disponível em: http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=74&url=L2NvbnRsZWkubnNmLzgwMzcyMGQ1NmQwOWMwZTcwMzI1NjYzMjAwNzU3YjU5LzQyZTM5MWI2NjY5ZmI5ZjgwMzI1NjdkMDAwNjIwMjIzP09wZW5Eb2N1bWVudA==. Acesso em: 6 jul. 2024.

⁵⁵ PINHO, Tássia Rabelo de. Debaixo do Tapete: A Violência Política de Gênero e o Silêncio do Conselho de Ética da Câmara dos Deputados. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 28, n. 2, p. 1-14., 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/3L8QwtCMJYN7xktYqSQsbXJ/#>. Acesso em: 5 jul. 2024.

⁵⁶ ALBAINE, Laura. Violencia política contra las mujeres en América Latina. Expresiones de desigualdad de género. p. 23.

⁵⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Enfam, [2021]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2024.

juízo para apurar violência contra mulher, como na ação penal em desfavor de Rodrigo Amorim.

A perspectiva multinível dos direitos humanos, por sua vez, aparece para refutar a tese da imunidade parlamentar do agente político que pratica violência contra mulher. Destaca-se a condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do feminicídio de Marcia Barbosa de Souza, em que se considerou arbitrária a decisão da Assembleia Legislativa da Paraíba de impedir a investigação do Deputado Aécio Pereira de Lima pelo assassinato. A CIDH ressaltou, ainda, que “a ineficácia judicial frente a casos individuais de violência contra as mulheres propicia um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição de fatos de violência em geral e envia uma mensagem segundo a qual a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita”⁵⁸.

Dessa forma, a violência política de gênero sofrida gratuitamente por Benny Briolly comprova a tese de Mona Krook e Juliana Sanin de que se trata de um delito de ódio, o qual utiliza mecanismos de poder e opressão para afastar as mulheres da política. Seria um “delito mensagem”, em que visa negar o acesso igualitário aos direitos políticos e, ao mesmo tempo, gerar o sentimento de vulnerabilidade em outras mulheres, coibindo a sua participação na política⁵⁹. Os atos contínuos da violência, principalmente quando não se tem uma resposta do Estado, promovem efeitos normalizadores da crueldade⁶⁰.

A condenação do Deputado Rodrigo Amorim, portanto, ainda que insuficiente para pôr fim à violência política de gênero no país, representa uma relevante reação da Justiça Eleitoral, que reafirma seu papel democrático ao sancionar atitudes de hostilidade política motivadas por gênero. O uso de normas e tratados internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, além de marcar o direito constitucional multinível – “marcado pelo direito comparado e pelas trocas constitucionais que

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barbosa de Souza y Otros vs. Brasil*. Presidenta: Elizabeth Odio Benito, 7 de septiembre de 2021, p. 39-40. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_esp.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

⁵⁹ KROOK, Mona Lena; RESTREPO SANIN, Juliana. *Género y violencia política en América Latina. Conceptos, debates y soluciones*. p. 140.

⁶⁰ SEGATO, Rita. *Contra-pedagogias de la crueldade*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prometeo Libros, 2018. p. 11.

são essencialmente permeadas pelos diálogos entre sistemas jurídicos diversos” –, reforça que a violência política de gênero é uma violação de direitos humanos⁶¹.

Por fim, a sanção penal, embora branda, impacta diretamente nos direitos políticos dos condenados, os quais, por força do artigo 1º, inciso I, alínea “e”, item 4, da Lei Complementar nº 64/90, tornam-se inelegíveis por oito anos. Rodrigo Amorim, nesse contexto, também inaugura as candidaturas que tiveram seus registros indeferidos em razão do efeito secundário de condenação criminal por violência política de gênero proferida por órgão colegiado.

Em 2024, o Deputado Estadual tentou concorrer ao Executivo Municipal do Rio de Janeiro, entretanto, em 3 de outubro, o Tribunal Regional do Rio de Janeiro indeferiu seu registro de candidatura devido à inelegibilidade decorrente da mencionada condenação criminal. Rodrigo Amorim interpôs Recurso Especial Eleitoral ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), mas este perdeu o objeto diante do insucesso eleitoral do candidato.

Desse modo, ainda que a Corte Superior Eleitoral ainda não tenha se manifestado quanto à temática, a jurisprudência eleitoral já vem se desenhando para impedir que candidatos condenados por violência política de gênero possam disputar novas eleições. O cenário reforça, novamente, a relevância do julgamento paradigmático que resultou na condenação de Rodrigo Amorim pelo TRE/RJ, decisão que ainda aguarda análise de recurso pelo TSE.

4. Conclusão

a ampliação da diversidade nos espaços políticos, com a inclusão de mulheres, pessoas negras, indígenas e LGBTQIA+, desafia a estrutura tradicional do poder no Brasil, historicamente dominada por homens brancos e cisgêneros. A violência política de gênero, nesse contexto, não é um fenômeno isolado, mas um mecanismo sistemático de controle social, utilizado para desestimular a presença dos referenciados grupos e impedir mudanças reais nas instituições. O caso Benny Briolly exemplifica como a interseccionalidade de gênero, raça e identidade intensifica a

⁶¹ FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, n. 1, p. 54-55, 2020. Disponível em: <https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26/28>. Acesso em: 6 mar. 2023.

vulnerabilidade dessas figuras públicas, tornando a participação política não apenas um desafio, mas um verdadeiro ato de resistência.

Compreende-se que a condenação do Deputado Rodrigo Amorim pelo crime de violência política de gênero representa um avanço no reconhecimento da gravidade da prática, mas também expõe as lacunas do sistema de justiça. A pena branda e a ausência de sanções administrativas mais severas demonstram que o caminho para garantir a diversidade nas instituições políticas ainda enfrenta barreiras. No entanto, o efeito da inelegibilidade decorrente da condenação abre precedente importante, sinalizando que discursos de ódio e ataques direcionados a mulheres e grupos marginalizados não podem ser normalizados no debate político. Essa decisão não apenas protege indivíduos, como fortalece a democracia ao afirmar que a política deve ser um espaço plural e acessível a todos.

Logo, a diversidade nas instituições é fundamental para garantir a representação mais justa da sociedade e redefinir a forma como o poder é exercido. Parlamentos mais diversos tendem a produzir políticas públicas mais inclusivas e a ampliar a legitimidade democrática, promovendo uma governança significativamente equitativa. Sem embargo, a permanência de mulheres e pessoas racializadas nesses espaços ainda esbarra na violência, no assédio e na resistência das elites políticas, que tentam restringir a transformação de tais ambientes. O caso Benny Briolly, ao evidenciar essa dinâmica, reforça a necessidade de medidas institucionais mais robustas, que garantam a segurança e a participação plena de grupos historicamente excluídos.

A decisão do TRE/RJ, embora significativa, precisa ser consolidada em uma jurisprudência firme no Tribunal Superior Eleitoral e no Supremo Tribunal Federal, assegurando que a violência política de gênero seja reconhecida e combatida com o rigor preciso. A efetivação de tratados e convenções internacionais de direitos humanos também deve ser incorporada de forma mais ampla à legislação nacional, garantindo que a diversidade institucional não seja apenas um ideal, mas uma realidade concreta. Dessa maneira, o fortalecimento de mecanismos de proteção e a criação de políticas estruturantes para ampliar a presença feminina e racializada na política são passos essenciais para que a democracia brasileira não apenas tolere a diversidade, mas a valorize como pilar para a sua consolidação.

A condenação de Amorim, portanto, marca um avanço simbólico e jurídico, mas não encerra o problema. A fim de que a democracia seja verdadeiramente inclusiva, é necessário que as instituições políticas deixem de ser um espaço de risco para mulheres e grupos marginalizados e passem a ser um ambiente de participação

segura e equitativa. A diversidade na política não pode ser um fator de vulnerabilidade, mas um direito plenamente garantido e protegido pelo Estado e pela sociedade.

Referências bibliográficas

AIETA, Vânia Siciliano. A construção do conceito de violência política de gênero nas campanhas eleitorais. **Revista Científica do CPJM**, v. 2, n. especial, p. 115–126, 2023. Disponível em: <https://rcpjm.cpjmufrj.br/revista/article/view/174>. Acesso em: 5 jul. 2024.

ALBAINE, Laura. Violencia política contra las mujeres en América Latina. Expresiones de desigualdad de género. In: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, María Nohemí; FERNÁNDEZ-MATOS, Dhayana Carolina. **Violencia política contra las mujeres**. Baraquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2020. p. 17-51.

ALVES, Leonara de Araújo. Contribuições da interseccionalidade para a análise da violência política de gênero. **Tessituras**: Revista de Antropologia e Arqueologia, Pelotas, v. 12, n. 1, p. 53-65, jan./jun. 2024.

AMARAL, Fernanda Pattaro. Fragmentos de uma violência política de gênero a partir do Estado: uma necrobiopolítica “de gênero”. In: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, María Nohemí; FERNÁNDEZ-MATOS, Dhayana Carolina. **Violencia política contra las mujeres**. Baraquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, p. 219-242, 2020.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**: A condição feminina e a violência simbólica. Tradução: Maria Helena Küner. 5. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Secretaria da Mulher. **Posse das deputadas marca crescimento de 18% na bancada feminina**, [2023]. Notícias. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/posse-das-deputadas-marca-crescimento-de-18-na-bancada-feminina>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Enfam, [2021]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 111, de 28 de setembro de 2021.** Altera a Constituição Federal para disciplinar a realização de consultas populares concomitantes às eleições municipais, dispor sobre o instituto da fidelidade partidária, alterar a data de posse de Governadores e do Presidente da República e estabelecer regras transitórias para distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e para o funcionamento dos partidos políticos. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc111.htm. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Brasília: Presidência da República, [1997]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021.** Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher; e altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra a mulher e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14192.htm. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.** Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília: Presidência da República, [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Institucional Procuradoria Especial da Mulher. **Bancada Feminina no Senado**, [2024]. Procuradoria Especial da Mulher. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/bancada-feminina-do-senado>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617/DF.** Relator: Ministro Edson Fachin, 15 de março de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080398>. Acesso em: 6 jul. 2024

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consultas nº 0604054-58.2017.6.00.0000**. Relator: Ministro Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, 1º de março de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.tse.jus.br/#/jurisprudencia/pesquisa?codigoDecisao=295868&params=s>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consultas nº 0600252-18.2018.6.00.0000**. Relatora: Ministra Rosa Weber, 22 de maio de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.tse.jus.br/#/jurisprudencia/pesquisa?codigoDecisao=298362&params=s>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 25 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tse.jus.br/#/jurisprudencia/pesquisa?codigoDecisao=1223428&params=s>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta nº 0600222-07.2023.6.00.0000**. Relator: Ministro Nunes Marques. 27 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.tse.jus.br/#/jurisprudencia/pesquisa?codigoDecisao=3306595&params=s>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.609, de 18 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a escolha e o registro de candidatas e candidatos para as eleições. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-609-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. 14 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** Tradução: Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de Assembleia**. Tradução: Fernanda Siqueira Miguens. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*.

BUTLER, Judith. **Quem tem medo do gênero?** Tradução: Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2024. *E-book*.

CASSELLA, Vinícius. Brasil elege número recorde de mulheres e negros para a Câmara dos Deputados. **G1**, Brasília, 03 out. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2020/eleicao-em-numeros/noticia/2022/10/03/brasil-elege-numero-recorde-de-mulheres-e-negros-para-a-camara.ghtml>. Acesso em: 6 jul. 2024.

COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. **Interseccionalidade**. Tradução: Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbosa de Souza y Otros vs. Brasil**. Presidenta: Elizabeth Odio Benito, 7 de septiembre de 2021, p. 01-65. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_esp.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. **University of Chicago Legal Forum**, v. 1989, n. 1, p. 138-167, 1989. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>. Acesso em: 6 jul. 2024.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, p. 53-68, 2020. Disponível em: <https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 6 mar. 2023.

GONÇALVES, Juliana A. F.; SALGADO, Eneida Desiree. Representação e Representatividade no Congresso Nacional e a Lei nº 14.192, que versa sobre a Violência Política de Gênero. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 72-95, jun./dez. 2022.

GONZÁLEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 92/93, p. 69-92, jan./jun. 1988b.

GUITIÁN, Elena García. Crisis de la representación política: las exigencias de la política de la presencia. **Revista de Estudios Políticos** (Nueva Época), n. 111, p. 215-226, jan./mar. 2001.

INSTITUTO ALZIRAS. OXFAM BRASIL. **Desigualdades de gênero e raça na política brasileira**. 24 jul. 2022. Disponível em: <https://www.alziras.org.br/publicacoes>. Acesso em: 7 jul. 2024.

KROOK, Mona Lena; RESTREPO SANIN, Juliana. Género y violencia política en América Latina. Conceptos, debates y soluciones. **Polít. gob**, Ciudad de México, v. 23, n. 1, p. 127-162, jun. 2016a. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372016000100127&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 3 jul. 2024.

KROOK, Mona Lena; RESTREPO SANIN, Juliana. Violencia contra las mujeres en política. En defensa del concepto. **Polít. gob**, Ciudad de México, v. 23, n. 2, p. 459-490, jul/dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372016000200459&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 3 jul. 2024.

OBSERVATÓRIO DE VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA A MULHER. **Nota técnica:** sobre o projeto de Lei de Combate à violência política contra a mulher (nº 5.613/2020). Brasília: Transparência Eleitoral Brasil, p. 01-08. 2021. Disponível em: <https://transparenciaeleitoral.com.br/observatorio-vpm/>. Acesso em: 21 jul. 2024.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará. **Declaración sobre la violencia y el coso político contra las mujeres**. Lima: OEA, 2015. Disponível em: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracion-esp.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2024.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará. **Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política**. Washington: OEA, 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/en/cim/docs/ViolenciaPolitica-LeyModelo-ES.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2024.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Derechos Humanos. **Resolução nº 34/2022** (Medida Cautelar nº 408-22). Benny Briolly Rosa da Silva Santos e integrantes de sua equipe de trabalho em relação ao Brasil. 11 jul. 2022. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/mc/2022/res_34-22%20_mc_408-22_br_pt.pdf. Acesso em: 7 jul. 2024.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. Barreiras à ambição e à representação política de LGBT no Brasil. **Revista Ártemis**, Paraíba, v. 24, p. 120-131, 2018.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. Retratos da violência política contra a população LGBTI+ no Brasil. In: **Ciência e Arte do Encontro: o Rio de Braços Abertos**. Campina Grande: Realize Editora, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/106696>. Acesso em: 27 maio 2025.

PINHO, Tássia Rabelo de. Debaixo do Tapete: A Violência Política de Gênero e o Silêncio do Conselho de Ética da Câmara dos Deputados. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 28, n. 2, p. 1-14, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/3L8QwtCMJYN7xktYqSQsbXJ/#>. Acesso em: 5 jul. 2024.

PIRES, Thula. Racializando o debate. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 15, n. 28, p. 65-75, 2018. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2019/05/sur-28-portugues-thula-pires.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2024.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Constitucionalismo da Inimizade. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2815-2840, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/z4DtS4h7JMkJrmMHRdpqyLH/?format=pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.

RAMOS, Giovanne. Apenas 22% das cadeiras do Senado foram ocupadas por negros na última década. **Alma Preta**, 27 mar. 2024. Disponível em: <https://almapreta.com.br/sessao/politica/apenas-22-das-cadeiras-do-senado-foram-ocupadas-por-negros-na-ultima-decada/>. Acesso em: 6 jul. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. **Regimento Interno**. Rio de Janeiro: ALERJ, [1990]. Disponível em: http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=74&url=L2NvbnsRzZWkubnNmLzgwMzcyMGQ1NmQwOWMwZTcwMzI1NjYzMjAwNzU3YjU5LzQyZTM5ZmI5ZjgwMzI1NjdkMDAwNjMwMjZP09wZW5Eb2N1bWVudA==. Acesso em: 6 jul. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. **Sessão Ordinária do Dia 17 de maio de 2022**. Rio de Janeiro: TV ALERJ, 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9ahj9KY08zw&t=10176s>. Acesso em: 7 jul. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. **Ação Penal Eleitoral nº 0600472-46.2022.6.19.0000**. Relator: Peterson Barroso Simão. 2 de maio de 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.tre-rj.jus.br/#/jurisprudencia/pesquisa?codigoDecisao=3312295&params=s>. Acesso em: 7 maio 2024.

SALGADO, Eneida Desiree. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHUCMAN, Lia Vainer. **Entre o encardido, o branco e o branquíssimo: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana**. 2012. 122 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-21052012-154521/en.php>. Acesso em: 6 jul. 2024.

SEGATO, Rita Laura. **Las estructuras elementales de la violencia**: ensayos sobre género entre la antropología el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

SEGATO, Rita. **Contra-pedagogias de la crueldade**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prometeo Libros, 2018.

SILVA, Bianca Maria Gonçalves e. **Ilícitos eleitorais x violência política de gênero à luz da autenticidade eleitoral**. 2024. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.repositorio.unb.br/handle/10482/48643>. Acesso em: 6 jul. 2024.

UOL. Radar do Congresso. **Senado Perfis**. Disponível em: <https://radar.congressoemfoco.com.br/parlamentares/senado>. Acesso em: 6 jul. 2024.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 67, p. 139-190, 2006.



A violência obstétrica no Poder Judiciário brasileiro: da (in)visibilidade à violação ao princípio da dignidade da pessoa humana¹

*Obstetric Violence in the Brazilian Judiciary: From Invisibility to the
Violation of Human Dignity*

*La violencia obstétrica en el Poder Judicial brasileño: de la
invisibilidad a la violación del principio de dignidad humana*

Lívia de Meira Lima Paiva²

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0923-0083>

E-mail: liviaapaiva0@gmail.com

Adriana Ramos de Mello³

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1756-6786>

E-mail: mello.adriana25@gmail.com

Isadora Vianna Sento-Sé⁴

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3579-5969>

E-mail: isadorasentose@gmail.com

Resumo

O artigo analisa a violência obstétrica no Brasil sob a ótica da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça, destacando barreiras enfrentadas por mulheres e meninas ao buscarem reparação judicial. A pesquisa adota uma abordagem

¹ PAIVA, Lívia de Meira; MELLO, Adriana Ramos de; SENTO-SÉ; Isadora Vianna. A violência obstétrica no Poder Judiciário brasileiro: da (in)visibilidade à violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 455-487, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a492>.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Instituto Federal do Rio de Janeiro (IFRJ). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4716722070873545>.

³ Doutora em Direito Público e Filosofia Jurídico-Política pela Universidade Autônoma de Barcelona. Presidente do Fórum Permanente de Violência Doméstica, Familiar e de Gênero. Professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e de Mestrado Profissional em Direito e Poder Judiciário da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2428825343258859>.

⁴ Pesquisadora de Pós-Doutorado e Doutora em Ciências Sociais pela UERJ, com período sanduíche na Universidade Complutense de Madri, e Economista. Formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0928468864929191>.

qualitativa, baseada na análise documental de 100 processos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), incluindo petições iniciais, laudos periciais, sentenças e acórdãos, com recorte temporal sem data de início até 2023. Como resultados, foram identificadas 31 formas de violência obstétrica presentes nas decisões judiciais analisadas vinculadas ao trato desumanizante, tais como humilhações, negligência institucional, naturalização da dor, patologização dos processos fisiológicos e falta de reconhecimento da autonomia da gestante em determinados procedimentos médicos. Verificou-se, ainda, que o dano reconhecido e indenizável se vincula a prejuízos sofridos pelos neonatos, enquanto as violações cometidas contra as mães são, em grande medida, invisibilizadas. Conclui-se que a violência obstétrica permanece invisibilizada nos tribunais, exigindo reformas jurídicas e políticas públicas a fim de garantir atendimento respeitoso e humanizado.

Palavras-chave

Violência obstétrica; direitos reprodutivos; acesso à justiça; Poder Judiciário; dignidade da pessoa humana.

Sumário

1. Introdução. 2. A violência obstétrica institucional e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. 3. Metodologia. 3.1 Busca, seleção e análise de documentos secundários. 3.2 Escolhas metodológicas e categorias associadas à violência obstétrica. 4. Resultados e discussão. 4.1 Deficiências estruturais dos serviços de saúde. 4.2 Violência indenizável. 4.3 Violências invisíveis. 4.4 Impactos e consequências na vida das mães. 5. Considerações finais.

Abstract

This article examines obstetric violence in Brazil through the lens of human dignity and access to justice, highlighting the barriers women and girls face when seeking legal redress. The study employs a qualitative approach, drawing on the analysis of 100 cases decided by the Superior Court of Justice (STJ), including initial petitions, expert reports, trial court rulings, and appellate decisions, with no fixed starting point and covering cases up to 2023. The analysis identified 31 distinct forms of obstetric violence reflected in the judicial decisions, all linked to dehumanizing treatment, such as humiliation, institutional negligence, normalization of pain, pathologization of natural physiological processes, and disregard for the pregnant woman's autonomy in specific medical procedures. The findings also reveal that recognized and compensable harm is typically associated with injuries to newborns, while violations committed against mothers are largely overlooked. The article concludes that obstetric violence remains largely invisible in the judiciary,

underscoring the need for legal reforms and public policies to ensure respectful and humanized care.

Keywords

Obstetric violence; reproductive rights; access to justice; judiciary; human dignity.

Contents

1. Introduction. 2. Institutional obstetric violence and the violation of the principle of human dignity. 3. Methodology. 3.1 Search, selection, and analysis of secondary documents. 3.2 Methodological choices and categories associated with obstetric violence. 4. Results and discussion. 4.1 Structural deficiencies in health services. 4.2 Compensable violence. 4.3 Invisible violence. 4.4 Impacts and consequences on mothers' lives. 5. Final considerations.

Resumen

El artículo analiza la violencia obstétrica en Brasil desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana y del acceso a la justicia, destacando las barreras que enfrentan las mujeres y las niñas al buscar reparación judicial. La investigación adopta un enfoque cualitativo basado en el análisis documental de 100 procesos juzgados por el Superior Tribunal de Justicia (STJ), incluyendo demandas iniciales, informes periciales, sentencias y fallos, abarcando un período temporal sin fecha de inicio de investigación hasta 2023. Como resultado, se identificaron 31 formas de violencia obstétrica presentes en las decisiones judiciales analizadas, vinculadas al trato deshumanizante, tales como humillaciones, negligencia institucional, naturalización del dolor, patologización de los procesos fisiológicos y falta de reconocimiento de la autonomía de la gestante en determinados procedimientos médicos. Se verificó, además, que el daño reconocido e indemnizable se relaciona con los perjuicios sufridos por los neonatos, mientras que las violaciones cometidas contra las madres son, en gran medida, invisibilizadas. Se concluye que la violencia obstétrica permanece invisibilizada en los tribunales, lo que exige reformas jurídicas y políticas públicas para garantizar una atención respetuosa y humanizada.

Palabras clave

Violencia obstétrica; derechos reproductivos; acceso a la justicia; Poder Judicial; dignidade humana.

Índice

1. Introducción. 2. La violencia obstétrica institucional y la violación del principio de dignidad humana. 3. Metodología. 3.1 Búsqueda, selección y análisis de documentos secundarios. 3.2 Elecciones metodológicas y categorías asociadas a la violencia

obstétrica. 4. Resultados y discusión. 4.1 Deficiencias estructurales en los servicios de salud. 4.2 Violencia indemnizable. 4.3 Violencias invisibles. 4.4 Impactos y consecuencias en la vida de las madres. 5. Consideraciones finales.

1. Introdução

A violência obstétrica é geralmente definida como o conjunto de atos de violência física, psicológica ou verbal que ocorrem durante a assistência ao parto e à maternidade, frequentemente manifestando-se por meio de desrespeito, negligência, procedimentos não consentidos, entre outros tipos de maus-tratos⁵. Além disso, representa uma grave violação dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, atentando contra o princípio da dignidade da pessoa humana e causando intenso sofrimento físico e psicológico⁶. Destaca-se que a Constituição Federal (CF) assegura que todas as pessoas têm o direito de ser tratadas com respeito e consideração, independentemente da condição social, econômica ou qualquer outra característica⁷. No entanto, todos os dias, mulheres continuam a enfrentar diversas formas de violência, incluindo a violência de gênero em contextos institucionais e domésticos⁸.

De acordo com os dados da Organização Mundial da Saúde (OMS)⁹, ao longo do ciclo da vida, uma em cada três mulheres é submetida à violência física ou sexual por parte do parceiro íntimo ou à violência sexual por um não parceiro. As desigualdades são o principal fator de risco para a violência contra as mulheres, e as mais jovens correm maior risco em todas as dimensões e contextos, o que impacta saúde e bem-estar¹⁰. Por isso, a prevenção à violência exige o enfrentamento de desigualdades econômicas, sociais e políticas, de modo a garantir o acesso à educação,

⁵ PAIVA, Lívia de Meira Lima; MELLO, Adriana Ramos; SENTO-SÉ, Isadora Vianna. A violência obstétrica no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: conceituação, barreiras e deveres dos Estados-partes. *Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 26, n. 3, p. 57-81, dez. 2024.

⁶ DINIZ, Simone Grilo *et al.* Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna e propostas para sua prevenção. *Journal of Human Growth and Development*, v. 25, n. 3, p. 377-376, 2015.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 mar. 2025.

⁸ UN WOMEN, [2023]. *Facts and figures: ending violence against women*. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/articles/facts-and-figures/facts-and-figures-ending-violence-against-women>. Acesso em: 7 jun. 2025.

⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, [2021]. *Violence against women prevalence estimates, 2018*. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240022256>. Acesso em: 2 jul. 2025.

¹⁰ UN WOMEN, [2023].

à saúde e ao trabalho seguro e a promover mudanças nas normas e instituições que reproduzem e perpetuam a discriminação contra as mulheres¹¹.

Diante desse cenário, torna-se essencial ampliar o debate sobre a violência obstétrica e adotar medidas concretas que assegurem atendimento digno, humanizado e pautado no respeito às escolhas e aos direitos das mulheres no decorrer da gestação e no momento do parto. A CF garante direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica. A prática da violência obstétrica, no entanto, viola esses direitos, uma vez que nega às mulheres a autonomia sobre o próprio corpo e o direito a um parto realizado com respeito, dignidade e cuidado.

Pesquisadoras, ativistas e profissionais da saúde têm se mobilizado para a implementação de políticas públicas que garantam respeito nos serviços de saúde e ampliem a conscientização sobre a violência obstétrica, com o objetivo de assegurar que as mulheres sejam bem tratadas durante o parto. As práticas abusivas associadas à violência obstétrica geram impactos significativos, tanto físicos quanto psicológicos, afetando diretamente a qualidade de vida e a saúde sexual e reprodutiva das mulheres. Além disso, elas enfrentam barreiras adicionais no acesso à saúde e à justiça, como o medo de represálias, a estigmatização e a falta de informação sobre seus direitos, fatores que contribuem para perpetuar um ciclo de violência e negligência¹². Esse cenário não apenas compromete o bem-estar e a saúde das mulheres, mas também pode ter desfechos graves, incluindo casos fatais, especialmente quando relacionado à violência de gênero¹³.

A plataforma de Ação de Pequim¹⁴, adotada na Conferência Mundial sobre a mulher em 1995, busca promover a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres nas diversas esferas da vida. Uma das principais preocupações é garantir às mulheres acesso aos serviços de saúde de qualidade e respeito aos seus direitos reprodutivos. O documento destaca a importância de atender às necessidades das mulheres de forma digna e respeitosa no setor de saúde.

¹¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, [2021].

¹² UN WOMEN, [2023].

¹³ WORLD HEALTH ORGANIZATION, [2021].

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher**. Nova York: ONU, 1995. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 2 jul. 2025.

É fundamental que os compromissos assumidos em 1995 sejam efetivamente cumpridos, garantindo que as políticas de saúde enfrentem a violência obstétrica de forma eficaz. Para isso, é preciso assegurar atendimento respeitoso e seguro em todas as etapas da gestação, do parto e do pós-parto. Além disso, a relatoria da ONU sobre a violência contra as mulheres (2019) destaca que práticas desrespeitosas e abusivas durante o parto, o que inclui coerção, negligência e intervenções médicas desnecessárias, representam formas de violência institucional de gênero. A Organização Mundial da Saúde (2015) estabeleceu orientações para um parto respeitoso, enfatizando a dignidade, a autonomia e o consentimento informado como princípios fundamentais. Mais recentemente, na Comissão sobre a Condição da Mulher (CSW 69, 2025), os Estados foram conclamados a adotar políticas de enfrentamento à violência obstétrica como parte das estratégias para garantir a saúde sexual e reprodutiva e a igualdade de gênero. Decisões do Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) têm reforçado que a tolerância institucional a essas práticas configura discriminação baseada no gênero e viola obrigações assumidas pelos Estados na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, exigindo respostas legislativas, judiciais e administrativas eficazes.

As meninas e adolescentes são mais vulneráveis no que concerne a abusos, maus-tratos e violência durante a gestação, o parto e o pós-parto¹⁵, pois possuem características sociais e fisiológicas que as tornam grupo de risco durante a gestação e o parto. Elas frequentemente enfrentam desigualdades de acesso a cuidados pré-natais adequados, fundamentais para prevenir complicações. A falta de informação e apoio durante a gravidez, combinada a uma estrutura de saúde que pode deslegitimar suas necessidades, também as torna mais suscetíveis a experiências violentas nesse âmbito¹⁶.

Este artigo tem o intuito de analisar de que forma a falta de acesso à justiça agrava a situação da violência obstétrica e está inserido em uma agenda maior de pesquisas do Núcleo de Pesquisas em Gênero, Raça e Etnia da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (Nupegre-Emerj)¹⁷. Para isso, realizamos análise

¹⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION, [2021].

¹⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION, [2021].

¹⁷ MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Lívia de Meira Lima; SENTO-SÉ, Isadora Vianna; ABBUD, Mariana Cerqueira; MACHADO, Letícia de Oliveira; SANTOS, Beatriz Brito da Costa Honorato. Se ficar gritando, vai ter o filho sozinha: a violência obstétrica à luz do direito brasileiro e do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. **Núcleo de Pesquisa em Gênero, Raça e Etnia**, 2024. Disponível em: <https://emerj.tjrj.jus.br/pagina/8/136/282>. Acesso em: 26 mai. 2025.

de processos judiciais, considerando diferentes peças processuais, como petições iniciais, laudos periciais, sentenças e acórdãos em recursos de apelação. A pesquisa é orientada por dois principais objetivos: (i) examinar como os tribunais tratam a questão da violência obstétrica; e (ii) identificar condutas –ações e omissões– que a configuram ou que possam estar a ela associadas.

Foram analisados 100 casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, abrangendo processos de todos os estados e do Distrito Federal, provenientes de tribunais com competência federal e estadual. O recorte temporal adotado estabelece o ano de 2023 como referência final, sem a definição de um marco inicial.

2. A violência obstétrica institucional e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana

A violência obstétrica refere-se a abusos e crueldades que as mulheres podem enfrentar durante a gestação, o parto e o pós-parto. Isso inclui desrespeito à autonomia da mulher, procedimentos sem permissão, negligência e desumanização nas necessidades das parturientes. Essa forma de violência se insere em um contexto mais amplo de desigualdades de gênero, raça e classe e é uma expressão de controle sobre os corpos femininos.

O fenômeno da violência obstétrica afronta diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁸, cuja inviolabilidade constitui a base de uma série de direitos fundamentais. Conforme destaca Barroso¹⁹, o primeiro deles é o direito à vida, que está no centro de debates jurídicos e morais complexos, como a pena de morte, o aborto e a morte digna.

Outro valor intrínseco é o direito à integridade física, moral ou psíquica, incluídos a proibição à tortura e ao trabalho escravo ou forçado; a aplicação de penas

¹⁸ BRASIL. Art. 1º, III. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 abr. 2025.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

cruéis; e o tráfico de pessoas²⁰. Em vários casos de violência obstétrica analisados, identificou-se que as mulheres são submetidas a humilhações; tratamentos cruéis, como, por exemplo, humilhações, xingamentos e cortes desnecessários (episiotomia), muitas vezes sem anestesia; indiferenças a dor; falta de alimentação durante horas; demora no atendimento; e recusas por algumas unidades hospitalares, fazendo com que passem por uma verdadeira *via crucis* até chegar a um hospital que as atenda.

Além dos valores intrínsecos acima expostos, o princípio da dignidade da pessoa humana abrange a autonomia da vontade como um elemento ético da dignidade, incluindo a capacidade de autodeterminação e o direito do indivíduo de decidir sobre os próprios rumos de sua vida e de desenvolver a própria personalidade²¹. Na violência obstétrica, a mulher é expropriada completamente de sua autonomia, o que torna o parto um evento eminentemente médico e transforma o corpo da mulher em objeto de intervenção, considerado uma superfície inerte, sem vontades e desejos²².

Outro princípio fundamental é o direito à igualdade, o qual garante que todas as pessoas possuem o mesmo valor e, portanto, devem ser tratadas com igual respeito e consideração, independentemente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social, entre outras condições. No entanto, no contexto da violência obstétrica no Brasil, essa igualdade não se concretiza. Estudos na área da saúde evidenciam que mulheres negras são desproporcionalmente submetidas a tratamentos cruéis e desumanos durante o parto em comparação a mulheres brancas, enfrentando condutas desrespeitosas e violentas que resultam em mortes e sequelas graves para seus bebês²³⁻²⁴.

A intersecção entre raça e maternidade é fundamental na compreensão sobre como as mulheres negras estão sobrerrepresentadas nas estatísticas de violência obstétrica no Brasil. Leal *et al*²⁵ revelam que as mulheres negras não recebem a mesma atenção destinada às mulheres brancas durante o parto. Além disso, têm maior risco

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação, 2010.

²¹ LEAL, Maria do Carmo et al. A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 33, n. Suppl 1: e00078816, p. 1-17, 2017.

²² SALA, Viviana Valeria Vallana. “La enfermedad normal”: aspectos históricos y políticos de la medicalización del parto. **Sexualidad, Salud y Sociedad**, n. 34, p. 90-107, abr. 2020.

²³ LEAL, Maria do Carmo et al. A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil. p. 1-17.

²⁴ DAVIS, Dána-Ain. Obstetric racism: the racial politics of pregnancy, labor, and birthing. **Medical Anthropology**, v. 38, n. 7, p. 560-573, 2019.

²⁵ LEAL, Maria do Carmo et al. A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil. p. 1-17.

de ter pré-natal inadequado, nascimento pós-termo, menor chance de cesariana, episiotomia e uso de ocitocina no parto vaginal.

A esse respeito, Bento²⁶ traz uma reflexão sobre o conceito de necrobiopoder, inspirado em Foucault²⁷ e Mbembe²⁸, relacionando a biopolítica (o controle da vida) à necropolítica (decisões sobre quem deve viver e quem deve morrer). Nesse sentido, o necrobiopoder abrange não apenas a regulamentação da vida, como também as formas de violência que podem resultar na morte física ou simbólica de certos indivíduos ou grupos, em particular, aqueles que são marginalizados.

A violência obstétrica afeta desproporcionalmente as mulheres negras, submetendo-as a práticas que desumanizam seus corpos e restringem sua autonomia. Nesse ínterim, o parto deixa de ser um evento centrado na mulher e se transforma em um procedimento médico impessoal, frequentemente guiado por lógicas que ignoram as necessidades e reforçam a solidão feminina. Mitos e estereótipos racistas, como a crença de que mulheres negras suportam mais a dor do parto e, portanto, necessitam de menos anestesia, evidenciam o racismo institucional presente na assistência obstétrica²⁹. Tais crenças impactam negativamente a experiência do parto e contribuem para a perpetuação de desigualdades e violências estruturais dentro do sistema de saúde.

Nesse viés, Ross³⁰ apresenta uma concepção de justiça reprodutiva como paradigma político, criado por mulheres negras nos EUA em 1994, que articula o direito de ter filhos, de não ter filhos e de criar filhos em condições dignas. Dessa forma, Ross se une a Luna e Luker³¹ em uma formulação de justiça reprodutiva que alarga o debate sobre direitos reprodutivos ao incorporar dimensões de raça, classe, gênero, sexualidade e outras formas de opressão, destacando os limites do feminismo liberal centrado na escolha individual. Ross propõe, portanto, uma abordagem coletiva que considera as condições materiais que moldam as decisões reprodutivas. Ao contrário do discurso *pro-choice*, a justiça reprodutiva está na justiça social como base para a

²⁶ BENTO, Berenice. Necrobiopoder: quem pode habitar o Estado-nação? *Cadernos Pagu*, n. 53, 2018.

²⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 1. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

²⁸ MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 1. ed. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

²⁹ DAVIS, Dána-Ain. Obstetric racism: the racial politics of pregnancy, labor, and birthing. p. 560-573.

³⁰ ROSS, Loretta J. Reproductive justice as intersectional feminist activism. *Souls*, v. 19, n. 3, p. 286-314, 16 jan. 2018.

³¹ LUNA, Zakiya; LUKER, Kristin. Reproductive justice. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 9, n. 1, p. 327-352, 2013.

autonomia, enfrentando estigmas, desigualdades estruturais e violências históricas como esterilizações forçadas e criminalização da gravidez³²⁻³³.

Logo, esse tipo de violência pode ser compreendido à luz do conceito de necro-biopoder, de modo a focalizar as análises nas formas pelas quais determinados corpos são controlados, violados e, em alguns casos, condenados à morte dentro de um regime de gestão da vida. No contexto da assistência obstétrica, esse mecanismo se expressa na desigualdade racial e de classe que define quais corpos gestantes são dignos de cuidado e quais são submetidos a práticas violentas e negligentes. Mulheres negras e periféricas, por exemplo, são frequentemente desumanizadas no parto, sofrendo intervenções médicas coercitivas, recusas de anestesia e abandono assistencial, evidenciando uma lógica em que a existência dessas mulheres é considerada menos valiosa dentro da hierarquia racial e de gênero imposta pelo sistema de saúde³⁴.

Desse modo, a abordagem interseccional³⁵ é central para identificar os este-reótipos negativos. Hill Collins propõe a discussão sobre o uso de “imagens de controle”, as quais operam em prejuízo das mulheres negras como uma forma de “disfarce” e “mitificação”. Analogamente, Lélia Gonzalez³⁶ e Sueli Carneiro³⁷ centralizam o racismo e o sexismo na cultura brasileira, ressaltando que estes, além da pobreza e de outras formas de injustiça social, parecem naturais, normais e inevitáveis no cotidiano. Para compreender as dinâmicas de poder em uma perspectiva interseccional, as autoras fundamentam a ampliação dessa compreensão ao mostrar como o poder age por meio de múltiplas opressões que se sobrepõem e afetam diferentes corpos de maneiras diversas. A reprodução deve, então, ser analisada como um espaço central, onde essas forças se entrecruzam, ao mesmo tempo funcionando como instrumento de dominação e campo potencial de resistência.

No que diz respeito ao ponto de vista sociojurídico, vamos partir do conceito de “justiça social reprodutiva”, presente no voto de Rosa Weber na ADPF 442³⁸. A

³² LUNA, Zakiya; LUKER, Kristin. Reproductive justice. p. 327-352.

³³ ROSS, Loretta J. Reproductive justice as intersectional feminist activism. p. 286-314.

³⁴ MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. *Interface - Comunicação, Saúde, Educação*, v. 16, p. 107-120, 2012.

³⁵ COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

³⁶ GOZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2020.

³⁷ CARNEIRO, Sueli. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. Selo Negro, 2011.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442. Relatora: Min. Rosa Weber, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>.

“justiça social reprodutiva” se ampara no reconhecimento de que as desigualdades sociais, econômicas, raciais e de gênero afetam o modo como as pessoas conseguem exercer direitos sexuais e reprodutivos. À vista disso, amplia-se o conceito de “saúde reprodutiva” para abordar a dimensão dos direitos humanos, da economia, da educação e da liberdade de escolha.

Ainda que saibamos que o mencionado voto se refere ao direito ao aborto, no âmbito desta pesquisa, o conceito de justiça social reprodutiva é mobilizado diante do contexto fático o qual aponta que, no Brasil, há ampla desigualdade reprodutiva entre mulheres, de acordo com classe social e raça. Dessa forma, os impactos da falta de acesso à saúde e à justiça são maiores entre mulheres em situação de vulnerabilidade, especialmente as pobres e negras. Conforme apontado pela Ministra Rosa Weber, a tutela penal, ao invés de proteger, perpetua desigualdades e viola os direitos fundamentais do público feminino, como autonomia, liberdade e saúde. A justiça reprodutiva, assim, vai além do aborto seguro, exigindo infraestrutura social que permita a todas as mulheres tomarem decisões informadas e seguras sobre suas vidas reprodutivas. Dessa maneira, para superar tais opressões, é necessário ressignificar o papel da maternidade e promover políticas que garantam o bem-estar social. Por esses motivos, a busca pela “justiça social reprodutiva” é inseparável da busca por justiça social como um todo, reconhecendo que as políticas de controle sobre os corpos das mulheres fazem parte de uma estratégia mais ampla de controle social e racial.

Nas seções a seguir, vamos detalhar a metodologia de coleta, análise e categorização dos processos. Na seção seguinte, discutiremos os resultados à luz das questões apontadas até o presente momento.

3. Metodologia

A metodologia de análise processual adotada neste estudo segue uma abordagem qualitativa, com ênfase na análise documental de peças judiciais. Esse método permite examinar como a violência obstétrica é tratada no âmbito do Poder Judiciário, observando a argumentação jurídica, a aplicação do direito e os padrões decisórios em diferentes instâncias.

A análise documental, conforme indicam Cellard³⁹ e Bowen⁴⁰, consiste na leitura sistemática e na interpretação de textos institucionais, buscando identificar categorias temáticas, recorrências argumentativas e elementos subjacentes que estruturam as decisões. Para isso, examinamos petições iniciais, laudos periciais, sentenças e acórdãos em recursos de apelação a fim de compreender como as demandas sobre violência obstétrica são compreendidas juridicamente.

O recorte inclui processos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, abrangendo casos de diferentes estados e provenientes de tribunais com competência estadual e federal. A sistematização dos dados segue a proposta de Bardin⁴¹ para a análise de conteúdo, identificando padrões discursivos e elementos normativos que orientam as decisões.

A expressão “violência obstétrica” ainda é pouco utilizada em processos judiciais e decisões de tribunais. No entanto, mensalmente, inúmeros casos chegam ao Poder Judiciário para apuração da responsabilidade civil de entes públicos e privados por falhas na prestação de serviço durante partos.

Nos autos, a questão é compreendida como “erro médico”, termo que se refere à conduta culposa do profissional de saúde que, por imprudência, negligência ou imperícia, deixa de aplicar os melhores procedimentos e técnicas disponíveis. Dentre essas ações e omissões judicialmente classificadas como tal, buscamos identificar aquelas que configuram violência obstétrica ou que apresentam elementos a ela associados, evidenciando a interseção entre falhas assistenciais e práticas que desrespeitam os direitos das mulheres no parto.

De início, descrevemos e delimitamos as 31 categorias identificadas. Em seguida, dividimos a discussão do resultado em quatro abordagens: 1) deficiências de infraestrutura e recursos humanos nos serviços de saúde; 2) violências indenizáveis, que têm como vítima principal o recém-nascido e são, via de regra, reconhecidas nos processos judiciais; 3) violências invisíveis, normalmente atentatórias da integridade física e psicológica da parturiente e que, salvo exceções, não são passíveis de indenização; e 4) consequências da violência obstétrica na vida das mães. Por fim,

³⁹ CELLARD, André. A análise documental. In: **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Editora Vozes, 2012. p. 295-316.

⁴⁰ BOWEN, Glenn A. Document analysis as a qualitative research method. **Qualitative Research Journal**, v. 9, n. 2, p. 27-40, 2009.

⁴¹ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2011.

apresentaremos seis casos em que a interação das categorias pode ser melhor evidenciada. A escolha dos casos apresentados buscou obedecer aos seguintes critérios: diversidade regional (AM, BA, SC, GO, RJ e SP), multiplicidade de condutas e danos distintos argumentados no processo.

Antes dos resultados, iniciaremos a abordagem com a apresentação de breves considerações sobre a escolha das decisões judiciais e a construção das categorias com as quais trabalharemos ao longo deste artigo.

3.1 Busca, seleção e análise de documentos secundários

A seleção dos 100 casos que compõem a amostra se deu a partir de busca no site do Superior Tribunal de Justiça, conforme apontado na descrição metodológica. Ocorre que, por ser uma sede de verificação de conformidade da decisão do Tribunal *a quo*, como disposto em lei federal (Art. 105, III, CF), a descrição do mérito se deu de forma resumida na maioria dos casos. Por esse motivo, optamos pela busca de documentos secundários que pudessem fornecer mais informações sobre os casos nos sites de todos os tribunais estaduais.

A princípio, buscamos quatro peças em cada um dos 100 processos: 1) petição inicial; 2) laudos periciais; 3) sentença; e 4) acórdão em recurso de apelação. O acesso às decisões e peças processuais se deu de forma desigual. Em alguns tribunais, como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) e o Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM), o acesso à íntegra do processo foi permitido por meio de consulta no sistema. Em outros, como o Tribunal de Justiça do Tocantins (TJTO) e o Tribunal de Justiça do Acre (TJAC), o acesso foi extremamente limitado, sem motivação aparente, em processos que não tramitavam em segredo de justiça. Ao final das buscas nos sistemas processuais estaduais, além das 100 decisões do STJ, trabalhamos com 222 peças processuais como fonte documental.

3.2 Escolhas metodológicas e categorias associadas à violência obstétrica

A decisão de incluir determinado processo não se vinculou ao entendimento do Poder Judiciário. Em um dos processos analisados, não obstante a notícia de nascimento com exames pré-natais normais e após o parto feito à fórceps, que resultou em “afundamento de crânio, cabeça torta e deformada”, o magistrado considerou

desnecessária a perícia especializada, visto que “o custo-benefício da exumação cadavérica e a realização da perícia não se mostra proporcional e adequado ao deslinde da causa (...)”. Com base nos depoimentos de duas enfermeiras, o pedido foi julgado improcedente, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Nos autos, também há referência à episiotomia praticada para ajudar na passagem do bebê. Apesar do entendimento contrário do Judiciário, a equipe de pesquisa decidiu incluir esse processo na amostragem com base na narrativa da mulher.

A leitura dos processos revelou ações, omissões ou contextos que podem configurar violência obstétrica ou concorrer para o agravamento da situação. Construímos categorias que identificam essas ações e omissões a partir dos elementos trazidos nos processos em cotejo, com o disposto nas recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁴², na versão mais atual da Diretriz Nacional de Assistência ao Parto Normal (DNAPN), publicada em 2022 pelo Ministério da Saúde, e nas opiniões técnicas de peritos nos laudos.

Ressalta-se que algumas categorias se revelam mais técnicas, como “falha no acompanhamento pré-parto”, “demora para realização de cesárea”, “parto prolongado”, “erro ao ministrar ou acompanhar efeitos da medicação”, “alta médica indevida” e “escolha equivocada do tipo de parto”, e se amparam no reconhecimento do contexto por perícia especializada. Outras, menos técnicas, como “humilhações”, “demora no atendimento” e “indiferença à dor”, foram construídas a partir de elementos trazidos aos nos meios de prova.

A seguir, apresentamos as categorias elencadas. Alguns trechos que utilizaremos como referências não são de acesso público (laudos periciais, petições iniciais e sentenças), então nos referenciaremos a eles como “documentos em mimeo”.

A inclusão de determinados processos na pesquisa não seguiu exclusivamente o entendimento do Poder Judiciário. Em alguns casos, apesar de decisões judiciais desfavoráveis às vítimas, a equipe de pesquisa optou por incluir processos com base na narrativa das mulheres envolvidas. A análise revelou ações, omissões e contextos configurando violência obstétrica ou agravando a situação das parturientes. As categorias foram construídas a partir de elementos extraídos dos processos, cotejados

⁴² PAIVA, Livia de Meira Lima; MELLO, Adriana Ramos; SENTO-SÉ, Isadora Vianna. A Violência Obstétrica no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: conceituação, barreiras e deveres dos Estados-partes. **Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 26, n. 3, p. 57-81, 31 jan. 2025.

com recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Diretriz Nacional de Assistência ao Parto Normal (DNAPN) e laudos periciais.

Entre as principais falhas observadas, a ausência de monitoramento adequado durante o pré-parto impactou negativamente a saúde materno-fetal, o que resultou em diagnósticos tardios de sofrimento fetal e complicações graves. A demora na realização de cesárea e a escolha inadequada do tipo de parto foram constantes, contribuindo com sequelas para a mãe e o recém-nascido. Além disso, o parto prolongado e a demora no atendimento comprometeram a segurança das parturientes, muitas vezes sem assistência médica adequada.

Foram relatadas negligências como ausência de equipe médica essencial no momento do parto e peregrinação por hospitais devido à falta de vagas, além de casos de liberação ou alta médica sem cautela, agravando quadros clínicos. Procedimentos inadequados, como o uso de fórceps, episiotomia sem consentimento e Manobra de Kristeller, foram associados a danos físicos e psicológicos.

A pesquisa também destacou a negativa de acompanhante durante o parto, a realização de partos em locais inadequados e a omissão de informações relevantes. Ocorrências de recusa de atendimento médico, demora na realização de curetagem e tratamentos para infecções foram identificados, demonstrando falhas graves na assistência obstétrica.

Nesse viés, observa-se que a violência institucional se manifestou de diferentes formas, incluindo a manutenção de gravidez de feto sem viabilidade extrauterina por decisão judicial, restrição de contato da mãe com o recém-nascido e dificuldade de acesso a documentos médicos. Ademais, houve ausência de consentimento para procedimentos invasivos e a culpabilização das parturientes por complicações, o que demonstra um padrão de desrespeito à autonomia das mulheres.

Por fim, a categorização dos casos revelou a persistência de práticas desumanizadoras, destacando a necessidade de reformulação das diretrizes assistenciais e da responsabilização institucional para garantir atenção obstétrica respeitosa e baseada em evidências.

4. Resultados e discussão

Ao longo das análises, identificamos que havia um dano principal apresentado, ocasionado pela ação e omissão de ente hospitalar e médicos, capaz de ensejar indenização, mas também uma série de outras narrativas, especialmente nas petições iniciais, que configuravam violências obstétricas no estândares da CIDH⁴³. Relatos de trato desumanizante; procedimentos invasivos e desnecessários; maus-tratos psicológicos; ausência de permissão para determinados procedimentos; e invisibilização da vontade das parturientes foram identificados na leitura das peças processuais, especialmente nas petições iniciais. Então a equipe de pesquisa optou por categorizar esses relatos de violências que, ao longo do processo, são invisibilizados, pois o que se discute ser passível ou não de indenização é normalmente o resultado de uma série de violações.

Desde o início, observamos que o dano argumentado e discutido nos processos se relaciona muito mais com as graves sequelas em recém-nascidos do que com as violências praticadas contra as parturientes mães. Na discussão de resultados, criamos dois títulos – “violências indenizáveis” e “violências invisíveis” – para abordar esse achado de forma mais aprofundada.

4.1 Deficiências estruturais dos serviços de saúde

A revisão dos processos confirmou uma realidade já sabida no acesso à saúde no país: ausência de infraestrutura e recursos humanos nos serviços de saúde, especialmente públicos. A abordagem individualizante dissimula um contexto amplo ao qual estão submetidos os profissionais de saúde que, muitas vezes, figuram como réus nos processos.

A falta de vagas em unidades hospitalares mais complexas e/ou maternidades, bem como a ausência de equipe médica completa e de equipamentos para realização de exames conformam um cenário favorável à prática de violência obstétrica.

Assim, as condições estruturais impactam diretamente na sobrecarga de trabalho de muitos profissionais da área. Há relatos de médicos responsáveis por grande número

⁴³ PAIVA, Livia de Meira Lima; MELLO, Adriana Ramos; SENTO-SÉ, Isadora Vianna. A Violência Obstétrica no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: conceituação, barreiras e deveres dos Estados-partes. p. 57-81.

de pacientes, situação que tem como consequência direta a impossibilidade humana de dar a atenção mínima estabelecida nas recomendações do Ministério da Saúde.

O acesso à saúde se revelou mais prejudicado nas cidades do interior do país, cujas unidades hospitalares sofrem frequentemente com equipe médica incompleta, sobretudo com ausência de anestesista. A carência de recursos humanos resulta na dependência de um sistema eficaz de transferências para unidades hospitalares mais complexas (normalmente localizadas nas capitais ou cidades maiores) em casos de necessidade de intervenção cirúrgica ou emergências obstétricas que esbarram na superlotação e, por consequência, na falta de vagas.

Citamos um caso, ocorrido em Varre-Sai, em que parturiente dá entrada em hospital que não conta com pediatra e anestesista. Mesmo sabendo dessa carência, a equipe médica local decide esperar a evolução do parto normal que, depois de horas, se agrava, necessitando da interrupção via intervenção cirúrgica. Diante da ausência de anestesista, busca-se uma transferência para outras unidades hospitalares, o que demora a ocorrer por ausência de vagas ou por não aceitarem pacientes do SUS. A criança nasce em hospital em Natividade, município vizinho, com sérias sequelas atribuídas a sofrimento fetal por parto prolongado. O mencionado caso demonstra como a negligência se associa a dificuldades estruturais para produção de um contexto de violência obstétrica.

Há um contexto estrutural de falta de equipe médica e estrutura para realização de cesáreas no hospital e dificuldade de transferência emergencial para outras unidades. Por outro lado, sabendo dessas problemáticas, a equipe optou, de forma negligente, pela realização do parto na unidade hospitalar. A médica obstetra demorou a chegar e três cortes perineais foram feitos na mãe antes da transferência efetiva – nenhum dos médicos foi responsabilizado na ação penal que apurou prática de lesão corporal culposa. No entanto, em âmbito cível, houve a responsabilização da entidade hospitalar e dos médicos.

4.2 Violência indenizável

A responsabilidade civil do Estado, prevista no artigo 37, § 6º da Constituição da República, fundamenta-se na Teoria do Risco Administrativo, segundo a qual a comprovação de dolo ou culpa do agente público não é necessária. Isso ocorre porque, ao exercer uma atividade administrativa, o Estado assume a

responsabilidade pelos danos que a prestação desse serviço possa causar aos indivíduos de forma direta ou indireta.

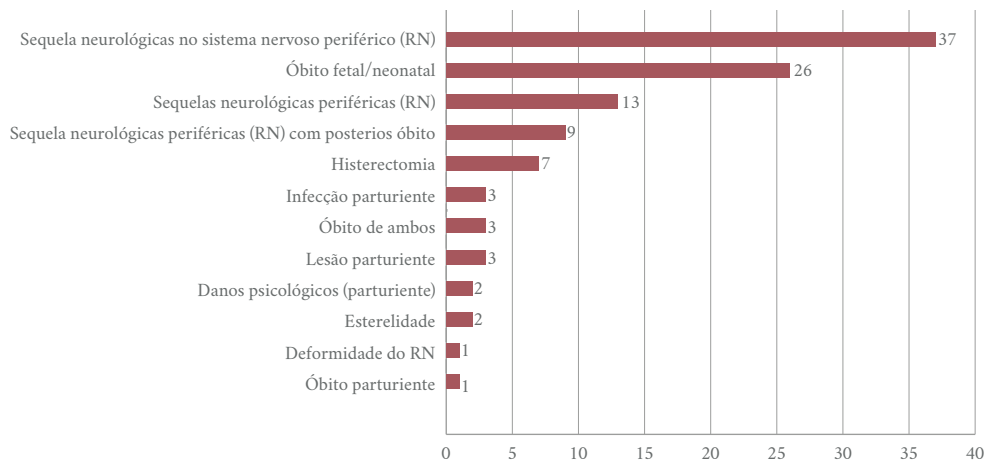
No que concerne à responsabilidade civil dos médicos, exige-se a comprovação de culpa, a qual será avaliada com base no dever profissional de diligência. A responsabilidade médica e hospitalar, de natureza contratual, geralmente se fundamenta em uma obrigação de meio, ou seja, o profissional se compromete a prestar atendimento conforme os métodos e avanços da ciência, utilizando os recursos disponíveis para oferecer ao paciente os cuidados necessários à sua recuperação. Dessa forma, a responsabilização ocorre apenas quando há comprovação de imperícia, imprudência ou negligência na conduta. Nos processos analisados, a defesa frequentemente argumenta a inexistência de nexo causal entre os danos alegados e o serviço médico prestado, buscando afastar a configuração dos requisitos essenciais para a responsabilização civil do Estado.

As ações judiciais analisadas buscaram indenizações decorrentes de falhas na prestação do serviço público de saúde por parte do Município, Estado ou União (em hospitais públicos) ou por empresas privadas e profissionais da equipe médica que tenham atuado de maneira inadequada.

Assim, os procedimentos judiciais seguem um duplo exame: primeiro, a verificação da existência de ação ou omissão; e, em seguida, a análise do nexo causal entre essa conduta e o dano alegado. No caso da responsabilização médica, avalia-se, ainda, se houve imperícia, negligência ou imprudência na atuação profissional.

No gráfico abaixo, quantificamos os danos argumentados nos processos sobre os quais recaem a verificação de responsabilidade dos entes e, porventura, da equipe médica. O processo é orientado para essa análise, isto é, todos os procedimentos e a produção de provas buscam verificar se a ação ou omissão existiu e se foi responsável pelo referido dano.

Gráfico 1 – Danos reconhecidos



Fonte: elaborado pelas autoras.

O dano mais recorrente foi a paralisia cerebral de recém-nascido, identificado acima como “sequelas neurológicas no sistema nervoso periférico RN” (n=37). Em 9 casos, os processos trazem notícia de falecimento das vítimas com poucos anos de idade, sendo as causas associadas à paralisia cerebral. Se considerarmos as duas categorias, percebe-se que essa sequela esteve presente em quase metade de todos os casos (n=46). O segundo dano mais presente nos processos foi o óbito fetal “n =26”, seguido das sequelas neurológicas no sistema nervoso periférico (n=13). Em todos os casos, verificou-se a lesão no plexo braquial (lesão obstétrica) provocada por estiramento dos troncos nervosos ou avulsão radicular em decorrência da distocia de ombro – a lesão comprometeu a função motora de membros superiores e ocorreu, até onde se tem notícia, de forma permanente.

A histerectomia (n=7) foi identificada como consequência de infecção que acometeu a gestante (n=3) e desassociada de processo infeccioso (n=4). Em todos os processos em que o mencionado procedimento esteve associado a outro dano, reconheceu-se o dever de indenizar em razão da perda da capacidade reprodutiva. Em todos os casos, a indenização em decorrência da histerectomia se ancorou mais em uma dimensão punitiva (“que por este fato não pode ela ter mais filhos, o que trouxe consequência grave para o seu futuro, sem retorno”)⁴⁴ do que na violência de ter o órgão extirpado – em um dos casos, sem justificativa médica e consentimento.

⁴⁴ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Sentença no processo n.º 0141328-37.2005.8.19.0001**. Juízo de direito da 5ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, 8 de abril de 2010. (mimeo)

Embora a retirada da chance de uma mulher poder ter filhos seja um dano irreparável e indenizável, chama a atenção ter sido o único de todos os danos argumentados conjuntamente com outros que tenham logrado êxito. Questiona-se se a lesão à capacidade reprodutiva da mulher não é uma violência mais visível, já que atinge o papel social em uma dimensão estereotipada da mulher.

A infecção de parturiente (n=3) foi apresentada como dano principal, desassociada de outros em dois casos, em decorrência de restos placentários no útero. Em um caso, foi citada como dano relacionado a sequelas neurológicas no sistema nervoso central de recém-nascido. Neste último caso, no processo de n.º 0604784-31.2008.8.26.0053, embora a sentença reconheça que a genitora

não permaneceu no hospital apenas por querer ficar perto do filho, mas sim em virtude de fortes dores abdominais (fl. 92 verso), fato indicativo de infecção hospitalar oriunda da própria intervenção cirúrgica. No resumo de alta, também foi apurada a infecção que acometeu à autora⁴⁵.

São fixados danos morais em valores iguais para pai e mãe.

A lesão a parturiente identificou as sequelas físicas correlacionadas à perfuração de algum órgão ou laceração do períneo (n=3). O reconhecimento da sequela à saúde física da mãe como indenizável ocorreu quando este foi o dano principal argumentado no processo, isto é, não esteve associado a prejuízo a recém-nascido. Em diversos casos, houve menção expressa a sequelas decorrentes de complicações no trabalho de parto, como dores no períneo, que dificultam relacionamento íntimo e necessidades fisiológicas da mãe, os quais não foram levados em consideração como passíveis de indenização.

Com o mesmo número de casos, observamos o óbito de mãe e nascituro na mesma ocasião (n=3); em seguida, prejuízos psicológicos à parturiente (n=2) – em um caso, houve manutenção forçada de gravidez de feto sem viabilidade de vida extrauterina e, em outro, “trauma psíquico sofrido pela autora” em decorrência da morosidade no atendimento, que “no aguardo do seu médico acabou por iniciar o parto independentemente de assistência, tendo inclusive a sua primeira filha nascido na maca em que estava esperando pelo médico, sendo a dor e o sofrimento

⁴⁵ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Sentença no processo n.º 0604784-31.2008.8.26.0053**. São Paulo, 4 de abril de 2011. (mimeo)

decorrente dessa situação passível de indenização⁴⁶. Por fim, identificou-se, em menor número, óbito da parturiente (n=1) e deformidade no recém-nascido, caracterizada pela paralisia no membro superior (n=1).

Nesse sentido, dos 105 danos morais e físicos apresentados nos processos, 88 afetaram a integridade física e/ou psicológica do recém-nascido e 17, a integridade física e/ou psicológica da mãe. Embora os relatos, especialmente nas petições iniciais, expressem uma pluralidade de danos à integridade física e psicológica da mãe, o resultado mais grave, na maioria, foi considerado na fixação de indenizações. O sofrimento psíquico de mãe e pai é indenizável como dano moral reflexo ou ricochete – expressões utilizadas em algumas ações – devido ao impacto da perda ou padecimento do(a) filho(a).

Há, de forma evidente, na maior parte dos processos, uma invisibilidade das violências sofridas pelas parturientes. Nos casos em que são expressamente reconhecidas nas decisões, à exceção da histerectomia, não são indenizáveis. Quando mãe e pai figuram como autores, a regra é a fixação de valores indenizatórios idênticos, salvo quando se comprova, como será melhor abordado adiante, impacto diferenciado na vida da mãe, que teve de abandonar emprego e renunciar à renda própria (lucro cessante).

No processo n.º 0028470-93.2015.8.07.0018, ajuizado por mãe, pai e filha, além das sequelas motoras, os autores argumentam lesões físicas e morais à mãe em decorrência de laceração do períneo. Ainda que na sentença sejam reconhecidos danos morais “em decorrência das condutas praticadas pelos profissionais de saúde que atuaram no atendimento da gestante, esta padeceu de fortes dores; teve laceração de períneo, posteriormente suturado sob o efeito de anestesia⁴⁷”, o valor é fixado de forma igual para pai e mãe.

Entende-se que essas violências indenizáveis são resultado de um conjunto de práticas ou omissões. Todavia, os relatos revelam violências que serviram como meio e concorreram diretamente para o resultado. Estas, narradas sobretudo nas petições iniciais, são, ao longo do processo, invisibilizadas, esquecidas e desimportantes. Isso porque, ao se orientar para a verificação da existência de ação ou omissão e o

⁴⁶ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Sentença no processo n.º 0002735-23.2005.8.26.0554**. Santo André, 7 de novembro de 2023 (mimeo).

⁴⁷ BRASIL. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível n.º 0028470-93.2015.8.07.0018**. Relator: Des. José Divino de Oliveira, 9 de agosto de 2019 (mimeo).

liame causal com relação ao dano argumentado, o processo lança luz a uma parte da narrativa. Outras violências, consideradas acessórias, que não contribuem para o resultado, como humilhações, são raras vezes consideradas ao longo do processo. Em um caso ou outro, bastante grave, o sofrimento impingido é referenciado para fixar indenização.

4.3 Violências invisíveis

Por todo o exposto, julgamos importante abordar os processos desde a perspectiva feminista, que busca identificar as narrativas de violências, não somente as passíveis de indenização. Assim, orientadas pela “pergunta pela mulher”⁴⁸, e a partir da leitura dos documentos, construímos categorias de ações e omissões que podem configurar ou agravar a violência obstétrica.

O objetivo da construção das categorias foi identificar, de forma qualitativa, como a violência obstétrica se apresenta nos processos judiciais. Essa dimensão restou prejudicada devido ao acesso desigual às peças processuais. Algumas condutas vinculadas a categorias como “alimentação”, “negativa de acompanhante”, “dificuldade no acesso a documentos” (e as demais que aparecem ao final da tabela abaixo) com frequência são descritas nas petições iniciais e, por não serem consideradas graves ou relevantes, se perdem no decorrer do processo. Ainda assim, consideramos relevante quantificar as condutas e a frequência de ocorrência nos casos.

Na tabela abaixo, associamos as condutas à violência obstétrica com a quantidade de ocorrências nos processos.

Tabela 1 – condutas associadas à violência obstétrica nos processos

Conduta associada à violência obstétrica	Ocorrências
Falha no acompanhamento de pré-parto	47
Parto prolongado	42
Uso de fórceps	27
Escolha equivocada da via de parto	24

⁴⁸ BARTLETT, Katharine T. Métodos jurídicos feministas. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de. (org.). **Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violências**. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020, p. 242-342.

Demora na realização de cesárea	22
Ausência de equipe médica	21
Demora no atendimento	17
Episiotomia	15
Mandar para casa	15
Manobra de Kristeller	13
Indiferença à dor	10
Liberação ou alta médica sem a devida cautela	11
Peregrinação por hospitais	8
Omissão ou falta de clareza nas informações	9
Ausência de consentimento ou respeito à vontade da mãe	9
Ausência de vaga de leito para transferência ou em centro cirúrgico	7
Erro ao ministrar ou acompanhar efeitos da medicação	7
Complicação em decorrência de retenção de restos placentários	5
Humilhações	5
Recusa de atendimento médico	6
Pariu/esperou em local inapropriado	4
Alimentação	3
Demora para curetagem/tratamento de infecção	3
Demora na transferência	2
Tortura	3
Dificuldade de acesso a documentos	2
Negativa de acompanhante da parturiente	1
Manutenção de gestação de feto sem viabilidade extrauterina	1
Tricotomia	1
Limitar o contato da mãe com o recém-nascido	1
Culpabilização da mãe por danos	1
Total	342

Fonte: elaborada pelas autoras.

A falha no acompanhamento pré-parto (n=47; 14%) e o parto prolongado (n=42; 12%) correspondem a $\frac{1}{4}$ do total de condutas que configuram a violência obstétrica e estão a ela associadas. Técnicas invasivas, algumas ultrapassadas, também se destacaram: uso de fórceps (n=27; 8%); episiotomia (n=15; 4%); e Manobra de Kristeller (n=13; 5%). Categorias vinculadas a condições estruturais dos serviços de saúde, como ausência de equipe técnica (n=21; 6%); ausência de vaga ou leito (n=7; 2%); e demora na transferência (n=2; <1%) representaram menos de 10% das ocorrências. No entanto, os impactos na eficiência do serviço, no bem-estar das equipes e consequentemente na mitigação da violência obstétrica não devem ser menosprezados.

Abaixo, destaca-se o percentual das principais categorias, excluídas as que contaram com menos de 5 ocorrências (identificadas como “outros”).

Tabela 2 - condutas associadas à violência obstétrica

Categoria	Percentual (%)
Falha no acompanhamento de pré-parto	14
Parto prolongado	12
Uso de fórceps	8
Escolha equivocada da via de parto	7
Demora na realização de cesárea	6
Ausência de equipe médica	6
Demora no atendimento	5
Episiotomia	4
Mandar para casa	4
Manobra de Kristeller	4
Indiferença à dor	3
Liberação ou alta médica sem a devida cautela	3
Peregrinação por hospitais	2
Omissão ou falta de clareza nas informações	3
Ausência de consentimento ou respeito à vontade da mãe	3
Ausência de vaga de leito para transferência ou em centro cirúrgico	2

Erro ao ministrar ou acompanhar efeitos da medicação	2
Complicação em decorrência de retenção de restos placentários	1
Humilhações	1
Recusa de atendimento do médico	2
Outros	6

Fonte: elaborada pelas autoras.

Constrangimentos, procedimentos realizados sem analgesia, sequelas físicas nas mãos e humilhações, de forma geral e salvo os casos de histerectomia, quando mencionados nas decisões judiciais, não foram reconhecidos como dano passível de indenização.

Destacamos um caso em que resta evidente a invisibilidade das condutas que atentam contra a integridade física da parturiente. Na ação, as autoras (mãe e filha) buscam indenização decorrente de erro médico na condução do parto que gerou lesões no períneo da primeira e paralisia cerebral da segunda em decorrência do prolongamento do parto. Mãe e filha foram atendidas por médicos sem especialização em obstetrícia e o hospital não estava preparado para realização de cirurgias. A transferência das duas não foi efetivada a tempo, houve tentativa infrutífera de forçar a realização do parto normal e as complicações provocaram um quadro na recém-nascida de tocotraumatismo, com hemorragia intracraniana, subluxação mandibular, sepse, anemia e desconforto respiratório.

Os médicos peritos do Instituto Médico Legal concluíram que a intervenção cirúrgica de cesariana era a única indicação para o caso e que o Hospital de Varre-Sai não estava preparado para o tipo de procedimento. A demora na transferência pode decorrer de um contexto objetivo, como a ausência de vagas, ou de aspecto subjetivo, como a crença, baseada em estereótipos, de que o trabalho de parto deve ser laborioso e que, por isso, não há problema se a parturiente for submetida a diversas tentativas de parto normal antes de ser transferida. No caso, a leitura revela que ambos contribuíram para a demora: a equipe médica só solicitou a transferência após inúmeras tentativas de evolução do parto por via baixa e, quando já estava configurada a emergência com sofrimento fetal, há relatos de tentativas de transferência sem sucesso diante da ausência de vagas.

A mãe relata que sua vagina foi mutilada e sente muitas dores em decorrência dos três cortes genitais para tentativa de retirada da filha. A falha da instituição foi reconhecida devido à demora na transferência e à ausência de médico anestesista.

Entretanto, a indenização foi fixada para a criança, mas não para a mãe. Sobre a argumentação da lesão na mãe, o magistrado de primeiro grau afirma que “não restou demonstrada qualquer dano à integridade física da autora em decorrência do parto, eis que as cicatrizes decorrem de procedimento normal relacionado ao parto normal e cesariana”⁴⁹.

Se havia indicação absoluta de cesárea, procedimento não realizado pelo hospital e que embasou a condenação em decorrência das sequelas provocadas na criança, por que o mesmo raciocínio não pode ser realizado para a mãe? Se a cesariana era procedimento correto, foi desnecessária a episiotomia que gerou dores e cicatrizes comprovadas em exame de corpo delito.

Em outro processo, a narrativa trazida na inicial de situação constrangedora, em que a parturiente é colocada para fora da sala de consulta com as roupas íntimas, momento em que começa a chorar, sequer é retomada no restante do processo; somente os danos à bebê, que nasceu com paralisia cerebral, são considerados e indenizáveis.

4.4 Impactos e consequências na vida das mães

Desde o início da leitura das decisões judiciais, uma consequência dos casos de violência obstétrica chamou a atenção: o impacto diferenciado na vida das mães que passaram a ser cuidadoras integrais de crianças com paralisia cerebral.

Frisa-se que, em quase metade dos casos, as crianças padeceram de graves sequelas neurológicas. Foram as mães que abandonaram seus empregos para se dedicarem exclusivamente aos cuidados constantes de crianças com deficiência, ainda que o companheiro desempenhasse atividade informal e elas possuísem vínculo empregatício com a empresa, inclusive com renda superior. As informações trazidas nos processos apontam para maior vulnerabilidade social na medida em que a maioria das mulheres se dedicava a empregos com baixa remuneração: empregadas domésticas, faxineiras, funcionárias de lojas de departamento, costureiras e atendentes de *telemarketing*. De todos os casos em que se teve notícia de abandono de

⁴⁹ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Sentença no processo n.º 0000307-68.2005.8.19.0035**. Comarca de Natividade Juízo de Vara Única, 18 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www3.trj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=000016364.2013.8.19.0019>. Acesso em: 22 mai. 2025.

emprego por parte das mães, não foi verificada hipossuficiência: a mãe trabalhava como psicóloga e teve de deixar o doutorado. Destacamos trecho de inicial que representa a situação econômica da maior parte dos núcleos familiares:

em 2001, à época da concepção, João Cleiton – pai de Karia Vitória – auferia rendimento equivalente a 01 salário-mínimo na pequena oficina de consertos de bicicletas, que mantinha em sua residência. Mas Jane ostentava situação contrária a do companheiro, porque mantinha vínculo de emprego com a empresa DE MILLUS, exercendo a função de costureira e, com o salário que recebia, ajudava o companheiro na manutenção do lar. Confirmada sua gravidez, ao tempo e modos legais, Jane foi afastada de suas atividades, em licença-maternidade, retornando no término da referida licença Apesar da necessidade incontestada de manter o emprego, Jane não conseguiu dar continuidade ao mesmo, porque não conseguia cumprir com suas responsabilidades, ante as necessidades de sua criança que reclamavam assistência constante; Assim, não obstante a tolerância manifesta pelo empregador, alternativa diversa não houve senão a rescisão do seu contrato de trabalho em julho/2004. À época recebia salário de R\$ 423,29 (quatrocentos e vinte e três reais e vinte nove centavos), equivalentes a 1,6 salários-mínimos, porquanto este tinha vigência no valor de R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais); (...) O pai de Karia continua em situação de desemprego, sobrevivendo de pequenos biscates oriundos de consertos de bicicletas, onde atualmente consegue auferir um rendimento médio mensal de R\$ 400,00 (quatrocentos reais). E sua mãe não pode trabalhar porque está obrigada a acompanhá-la permanentemente. O desfalque no orçamento doméstico ocasionado pela impossibilidade de Jane retornar ao mercado de trabalho é evidente, corroborando as dificuldades financeiras impostas ao grupo familiar que garante a sobrevivência com o concurso dos familiares e amigos próximos⁵⁰.

O pensionamento materno é abordado pelo STJ em recurso especial que buscou reformar decisão do tribunal *a quo*, que entendeu pela prescrição da pretensão indenizatória formulada pela mãe (REsp n.º 1733243/SP). Ao afastar a incidência do Código do Consumidor, posto que não era vigente à época dos fatos, a Corte reconhece o dever de indenizar os danos morais e a pensão devida à mãe. O pedido de 2/3 do salário-mínimo, formulado na inicial, pelo período relativo à idade entre

⁵⁰ Petição inicial em ação de reparação por danos. RIO DE JANEIRO (Estado). **Processo n.º 0031681-71.2010.8.19.0021**. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Duque de Caxias/RJ, 2010. (mimeo)

14 e 25 anos, foi justificado pela “efetiva contribuição dos filhos ao sustento da casa paterna, na qual permanecem residindo até constituírem famílias próprias”⁵¹.

No processo de n.º 0000163-64.2013.8.19.0019, o menor, representado pelos genitores, ajuíza ação para reconhecimento da responsabilidade do Município do Rio de Janeiro pelos danos decorrentes de falha na prestação de serviço de saúde. Além da indenização por danos morais, pleiteia-se a pensão mensal do primeiro autor e de sua mãe, que abandonou o emprego para cuidar integralmente da criança, a qual sofre de paralisia cerebral. A sentença julgou parcialmente procedente os pedidos para condenar o réu a pagar compensação de danos morais no valor de R\$100.000,00 e pensão mensal ao primeiro autor equivalente a um salário-mínimo, até que complete a idade de catorze anos e, em seguida, dois salários-mínimos. O pedido de pensão foi julgado improcedente por ausência de previsão legal.

Interpostos recursos de apelação de ambas as partes, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a ambos. No que concerne à pensão, sustentou o seguinte:

Quanto ao pedido da 2ª Autora de receber também pensão mensal na forma de lucros cessantes (sic, fls. 220/verso), a mesma não se sustenta, haja vista a que, por primeiro, não se admite indenização pelo exercício do poder-dever parental, dos pais, para com seus filhos.

Por segundo, não obstante a argumentação processual de ter a mesma deixado de exercer profissão remunerada para atendimento ao primeiro autor, resta comprometida, haja vista a que esta obrigação de cuidado é de ambos os genitores, e não exclusivamente da mãe.

Daí que em se considerando o contexto socioeconômico em que os fatos se passaram, se entende que a indenização mensal deferida visa também ao atendimento desta afirmada necessidade, motivo pelo qual se rejeita a mesma. (grifos no original)⁵².

O entendimento é mantido no STJ, que conhece o Agravo em Recurso Especial n.º 2033680 / RJ, avalia o mérito e confirma a decisão.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1733243 SP 2018/0075305-9**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 1 de dezembro de 2021.

⁵² RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação n.º 00001636420138190019**. Relator: Des. Pedro Freire Raguinet, 18 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=000016364.2013.8.19.0019>. Acesso em: 22 mai. 2025.

O raciocínio elaborado pelo relator da apelação demonstra as limitações de uma concepção formal de igualdade. Embora o dever de cuidado recaia, em tese, sobre ambos os genitores, é inegável que, em uma sociedade patriarcal, as tarefas domésticas e os cuidados com filhos são, em regra, atribuídos às mulheres. Assim, mesmo com vínculos de emprego formais ou de rendimentos mais altos, são as mulheres-mães que, na prática, se afastam do mercado de trabalho, enquanto os homens seguem com suas atividades laborais — fato confirmado pela ausência de registros de pais que tenham feito o mesmo movimento. Tal constatação é reforçada pelos dados da pesquisa, pois, na análise dos processos, identificou-se que, em todos os casos, foi a mãe, e não o pai, que abandonou o emprego para se dedicar integralmente aos cuidados de seus filhos ou filhas.

Esse tipo de análise reforça a necessidade de julgamentos que adotem uma perspectiva de gênero, capazes de considerar as assimetrias reais e estruturais que moldam as relações sociais. Nessa direção, o “raciocínio prático feminista” (*feminist practical reasoning*), proposto por Katharine Bartlett⁵³, revela-se fundamental. Em vez de se apoiar em princípios abstratos e neutros, essa abordagem propõe um olhar situado, atento às consequências concretas das decisões jurídicas e à forma como estas podem perpetuar — ou enfrentar — desigualdades de gênero. Julgar com sensibilidade feminista implica reconhecer que a aparente neutralidade das normas pode, muitas vezes, obscurecer contextos de opressão e exclusão, demandando do julgador um compromisso ético com a justiça substantiva.

5. Considerações finais

A análise dos processos judiciais evidenciou que a violência obstétrica segue um padrão de invisibilidade no Poder Judiciário brasileiro. Apesar de os relatos das parturientes frequentemente trazerem elementos que configuram violência obstétrica — como ausência de consentimento, negligência médica e tratamentos desumanos —, esses aspectos raramente são reconhecidos como centrais nos litígios. Conforme observado na categorização das decisões analisadas, os danos passíveis de indenização são, na maioria dos casos, aqueles que afetam diretamente os recém-nascidos, enquanto as violências sofridas pelas mulheres no parto são relegadas a um plano secundário ou ignoradas. Tal constatação reforça a tese de que o sistema jurídico opera sob uma lógica androcêntrica e tecnocrática, que hierarquiza os

⁵³ BARTLETT, Katharine T. *Métodos jurídicos feministas*, 2020.

danos e reproduz desigualdades estruturais de gênero, como discutido por Leal *et al.* e Davis.

A relação entre violência obstétrica e necrobiopoder, conforme conceituado por Berenice Bento, também se manifesta nas decisões analisadas. Os padrões decisórios dialogam com a concepção de necrobiopoder, ao demonstrar que o Estado e suas instituições não apenas falham em proteger determinadas populações, mas também operam ativamente na produção de vulnerabilidades que podem resultar em morte materna ou neonatal.

A categorização dos processos, ademais, revelou a persistência de práticas ultrapassadas, cientificamente deslegitimadas, e violentas no atendimento obstétrico, como o uso indiscriminado de fórceps, a realização de episiotomia sem consentimento e a aplicação da Manobra de Kristeller, todas desaconselhadas pela OMS. Outrossim, a estrutura precária dos serviços de saúde, especialmente nas regiões mais afastadas dos grandes centros urbanos, foi fator determinante na ocorrência de danos maternos e neonatais. O déficit de recursos humanos, a falta de anestesistas e a peregrinação por hospitais, devido à ausência de vagas, configuram violações institucionais que agravam ainda mais a vulnerabilidade das parturientes.

Dessa forma, os resultados desta pesquisa reforçam a necessidade de uma abordagem feminista e interseccional para a compreensão da violência obstétrica. A análise dos processos judiciais demonstrou que, não obstante a violência obstétrica esteja amplamente documentada na literatura e reconhecida por organismos internacionais de direitos humanos, sua identificação e responsabilização no sistema de justiça ainda são limitadas. O desafio, portanto, reside não apenas na formulação de políticas públicas eficazes para coibir essa prática, mas também na construção de um arcabouço jurídico que reconheça a violência obstétrica como violação autônoma dos direitos humanos das mulheres.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jussara Francisca de. Interseccionalidade, racismo institucional e direitos humanos: compreensões à violência obstétrica. **Serviço Social & Sociedade**, n. 133, p. 547-565, 2018.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Dignidade_textobase_11dez2010.pdf. Acesso em: 28 fev. 2025.

BARTLETT, Katharine T. Métodos jurídicos feministas. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de. (org.). **Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violências**. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020, p. 242-342.

BENTO, Berenice. Necrobiopoder: quem pode habitar o Estado-nação? **Cadernos Pagu**, n. 53, 2018.

BORELLA, F. *et al.* A violência obstétrica como violação dos direitos humanos das mulheres: uma análise à luz da bioética. **Revista Bioética**, v. 26, n. 4, p. 578-586, 2018.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BOWEN, Glenn A. Document analysis as a qualitative research method. **Qualitative Research Journal**, v. 9, n. 2, p. 27-40, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 mar. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal**: relatório técnico, [2017]. Disponível em: <https://www.gov.br/conitec/pt-br/assuntos/noticias/2017/marco/diretrizes-nacionais-de-assistencia-ao-parto-normal>. Acesso em: 5 jun. 2025.

CEDAW. Inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland under article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Geneva: United Nations, 2019.

CELLARD, André. A análise documental. In: **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Editora Vozes, 2012. p. 295-316.

DAVIS, Dána-Ain. Obstetric racism: the racial politics of pregnancy, labor, and birthing. **Medical Anthropology**, v. 38, n. 7, p. 560-573, 2019.

DINIZ, Simone Grilo *et al.* Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna e propostas para sua prevenção. **Journal of Human Growth and Development**, v. 25, n. 3, p. 377-376, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 1. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

HEISE, Lori; ELLSBERG, Mary; GOTTEMOELLER, Megan. Ending violence against women. **Population Reports**, v. 27, n. 4, p. 01-44, 1999.

LANSKY, Sônia *et al.* Pesquisa Nascer no Brasil: perfil da mortalidade neonatal e avaliação da assistência à gestante e ao recém-nascido. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 30, n. Suppl 1, p. S192-S207, 2014.

LEAL, Maria do Carmo *et al.* Birth in Brazil: national survey into labour and birth. **Reproductive Health**, v. 11, n. 1, p. 1-5, 2014.

LUNA, Zakiya; LUKER, Kristin. Reproductive justice. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 9, n. 1, p. 327-352, 2013.

NAKAMITSU, Izumi. Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences. Human Rights Council, A/74/137, United Nations General Assembly, 2019. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-violence-against-women> . Acesso em: 22 mai. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, [1995]. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 7 jun. 2025.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, [2014]. Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. Disponível em: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf . Acesso em: 7 jun. 2025.

PAIVA, Lívia de Meira Lima; MELLO, Adriana Ramos; SENTO-SÉ, Isadora Vianna. A Violência Obstétrica no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: conceituação, barreiras e deveres dos Estados-partes. **Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v.26, n. 3, p. 57-81, dez. 2024.

PRECIADO, Paul. **Testo Junkie**: sexo, droga e biopolítica. 1. ed. São Paulo: Editora N-1, 2013.

ROSS, Loretta J. Reproductive Justice as Intersectional Feminist Activism. In: TAYLOR, Diana; HERNÁNDEZ, Macarena Gómez-Barris (org.). **Dissident Feminisms**. Durham: Duke University Press, 2021. p. 137–156.

SALA, Viviana Valeria Vallana. “La enfermedad normal”: aspectos históricos y políticos de la medicalización del parto. **Sexualidad, Salud y Sociedad**, n. 34, p. 90-107, abr. 2020.

SARTI, Cynthia Andersen; BARBOSA, Rosana Machin; SUAREZ, Marcelo Mendes. Violência e gênero: vítimas demarcadas. **PHYSIS: Revista de saúde coletiva**, v. 16, p. 167-183, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/Dv6BxdLhJRFm9RkM3vhMqDd/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 7 jun. 2025.

UN WOMEN, [2023]. Facts and figures: ending violence against women. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>. Acesso em: 6 mar. 2025.

UNITED NATIONS. **Commission on the status of women**: agreed conclusions CSW 69. New York: UN Women, 2025. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/how-we-work/commission-on-the-status-of-women/csw69-2025/session-outcomes>. Acesso em: 7 jun. 2025.

WALTERS, Mikel L.; CHEN, Jieru.; BREIDING, Matthew J. **The national intimate partner and sexual violence survey (NISVS)**: 2010 findings on victimization by sexual orientation. Centers for Disease Control and Prevention, 2013. Disponível em: https://acws.ca/wp-content/uploads/2022/08/The-National-Intimate-Partner-and-Sexual-Violence-Survey_2010-Findings-on-Victimization-.pdf. Acesso em: 6 mar. 2025.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, [2021]. Violence against women prevalence estimates, 2018. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240022256>. Acesso em: 6 mar. 2025.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, [2023]. Trends in maternal mortality 2000 to 2020: estimates by WHO, UNICEF, UNFPA, World Bank Group and UNDESA/Population Division. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240068759>. Acesso em: 6 mar. 2025.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a449>

Data de submissão: 6/3/2025

Data de aprovação: 15/4/2025

Uma análise sobre as cotas raciais no serviço público brasileiro¹⁻²

An analysis of the racial quota in the Brazilian public service

Un análisis sobre las cuotas raciales en el servicio público brasileño

Gianmarco Loures Ferreira³

Universidade de Brasília (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1481-6161>

E-mail: gianmarco.ferreira@advocaciageral.mg.gov.br

Rebecca Lemos Igreja⁴

Universidade de Brasília (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9533-2985>

E-mail: rebecca.igreja@gmail.com

Resumo

O artigo examina a política de cotas raciais no serviço público brasileiro como ferramenta essencial no combate à desigualdade racial. Destaca-se a sub-representação de negros no referido âmbito e a evolução das ações afirmativas no Brasil dividida em três gerações: a primeira, iniciada em 2001, apresenta normas de menor impacto; a segunda, com a Lei n.º 12.990, estabelece novo

¹ FERREIRA, Gianmarco Loures; IGREJA, Rebecca Lemos. Uma análise sobre as cotas raciais no serviço público brasileiro. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 489-527, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a449>.

² Este texto é um dos desdobramentos do projeto “Ações Afirmativas e Burocracia Pública”, desenvolvido pelo Colégio Latino-Americano de Estudos Mundiais, programa apoiado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso/Brasil), em parceria com o Laboratório de Acesso à Justiça e Desigualdades (Lades) do programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e contou com financiamento da Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal (FAPDF), Protocolo nº 24011.93.36198.29052018.

³ Doutor e mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Membro do Observatório de Justiça para Afrodescendentes na América Latina (Ojala) e pesquisador do Colégio Latino-americano de Estudos Mundiais. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9927758158657126>.

⁴ Antropóloga, professora do Instituto de Ciências Sociais e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Secretária-geral do sistema da Flacso. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3708348431238743>.

parâmetro de reserva de vagas para negros; e a terceira é impulsionada por órgãos de controle para municípios e estados. Ademais, explicitam-se desafios como a baixa representatividade em cargos de comando e a importância de uma burocracia representativa ativa que promova mudanças estruturais. Ao utilizar uma abordagem mista, com estudo de caso e análise documental, conclui-se que as cotas são fundamentais para a justiça social, mas ainda persistem lacunas, como a falta de mecanismos que garantam atuação efetiva dos beneficiários, exigindo avanços para uma verdadeira igualdade racial no serviço público.

Palavras-chave

Ações afirmativas; cotas raciais; burocracia pública; desigualdade racial; serviço público brasileiro.

Sumário

1. Introdução. 2 Aspectos metodológicos. 3. Desigualdades sociais e burocracia pública. 4. As ações afirmativas na administração pública brasileira: três gerações de normas. 4.1 A primeira geração. 4.2 A segunda geração. 4.3 A terceira geração. 5. A nova lei de cotas no serviço público federal. 6. Conclusão.

Abstract

The article examines the policy of racial quotas in the Brazilian public service as an essential tool in combating racial inequality. It highlights the underrepresentation of Black people in the sector and, the evolution of affirmative actions in Brazil, divided into three generations: the first, initiated in 2001, with low-impact regulations; the second, with Law No. 12.990, established a new benchmark of vacancies for Black candidates; and the third, driven by oversight bodies to municipalities and states. It addresses challenges, such as low representation in leadership positions and the need of an active representative bureaucracy to promote structural changes. Using a mixed-methods case study and document analysis, it concludes that quotas are essential for social justice, but gaps persist, such as the lack of mechanisms ensuring effective participations by beneficiaries, requiring further progress for true racial equality in public service.

Keywords

Affirmative action; racial quotas; public bureaucracy; racial inequality; brazilian public service.

Contents

1. Introduction. 2. Methodological aspects. 3. Social inequalities and public bureaucracy. 4. Affirmative action in Brazilian public administration: three generations of regulations. 4.1 The first generation. 4.2 The second generation. 4.3 The third generation. 5. The new quota law in the federal public service. 6. Conclusion.

Resumen

El artículo analiza la política de cuotas raciales en el servicio público brasileño como una herramienta esencial en la lucha contra la desigualdad racial. Destaca la subrepresentación de personas negras en el sector y la evolución de las acciones afirmativas en Brasil, dividida en tres generaciones: la primera en 2001, con normas de menor impacto; la segunda, con la Ley Nº 12.990, establece un nuevo parámetro de reserva de las plazas para personas negras; y la tercera generación, impulsada por órganos de control a municipios y estados. Aborda desafíos como la baja representación en cargos de liderazgo y la necesidad de una burocracia activa que promueva cambios estructurales. Mediante un estudio de caso de enfoque mixto y análisis documental, concluye que las cuotas son fundamentales para la justicia social, pero existen vacíos, como falta de mecanismos que garanticen participación efectiva de los beneficiarios, exigiendo avances para una verdadera igualdad racial en el servicio público.

Palabras clave

Acciones afirmativas; cuotas raciales; burocracia pública; desigualdad racial; servicio público brasileño.

Índice

1. Introdução. 2. Aspectos metodológicos. 3. Desigualdades sociais y burocracia pública. 4. Las acciones afirmativas en la administración pública brasileña: tres generaciones de normas. 4.1 La primera generación. 4.2 La segunda generación. 4.3 La tercera generación. 5. La nueva ley de cuotas en el servicio público federal. 6. Conclusión.

1. Introdução

“Construir a verdadeira igualdade racial é, talvez, um dos mais importantes feitos históricos que o Brasil tem por concluir”⁵. Dados do Governo Federal atestam que pretos e pardos somam apenas 40,4% dos servidores públicos⁶. Em relação ao DF, aos Estados e aos Municípios, as informações são praticamente inexistentes, o que impede uma comparação mais detalhada. No entanto, considerando as desigualdades locais igualmente existentes, é possível inferir que não ficam distantes do nível federal.

Esses resultados corroboram a importância de ações afirmativas, especialmente as cotas raciais no serviço público, ao considerar que a inserção de pessoas negras na estrutura do Estado pode contribuir para a construção de uma efetiva igualdade racial. Não é possível construir uma democracia plena sustentando um Estado e uma burocracia pública que não retratam, de maneira exemplar, a composição étnico-cultural e racial de sua população. Nas palavras de Donald Kingsley⁷, o Estado Democrático de Direito pressupõe instituições nas quais estejam representados todos os cidadãos e todas as cidadãs, não só para o gozo de direitos iguais, mas para a sua produção, interpretação e aplicação⁸. É necessário problematizar que a representatividade não pode se resumir à inclusão individual de pessoas oriundas de diferentes grupos sociais. Ao contrário, deve contemplar a constituição de espaços de participação democrática coletiva. A análise das políticas de ações afirmativas passa obrigatoriamente pela discussão sobre participação cidadã plena e bases equitativas.

Nessa seara, é possível vislumbrar avanços significativos nos últimos anos. As cotas raciais se expandiram e foram instituídas em concursos públicos nos três poderes em diferentes âmbitos. A nova lei de cotas raciais no serviço público federal⁹ amplia a política, incluindo um novo público, como indígenas e quilombolas, e criando mecanismos de monitoramento periódico.

⁵ Discurso proferido pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva no lançamento do Pacote da Igualdade Racial. Disponível em: <https://x.com/LulaOficial/status/1726640257922146550>. Acesso em: 3 mar. 2025.

⁶ BRASIL. Governo Federal. **Relatório de servidores ativos por Cor/Raça e Etnia**, [2023]. Disponível em: <https://www.gov.br/servidor/pt-br/observatorio-de-pessoal-govbr/relatorio-de-servidores-ativos-por-etnia>. Acesso em: 3 mar. 2025.

⁷ KINGSLEY, John Donald. **Representative Bureaucracy**: an interpretation of the British civil service. Yellow Spring: Antioch Press, 1944. p. 305.

⁸ FERREIRA, Gianmarco Loures Ferreira. **(Des)igualdade no serviço público**: burocracia, ativismo e as ações afirmativas raciais na diplomacia brasileira. Curitiba: CRV, 2023. p. 123.

⁹ Trata-se da Lei n.º 15.142, de 3 de junho de 2025. BRASIL. **Lei nº 15.142, de 3 de junho de 2025**. Brasília: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2025/lei/L15142.htm. Acesso em: 4 jul. 25.

A ampliação das cotas raciais é de suma importância, mas não é suficiente para o enfrentamento do racismo e da discriminação no país, que se expandem por diversas relações sociais. Mesmo quando se analisa a entrada de pretos e pardos no mercado de trabalho, em especial no serviço público, pouco se sabe sobre o impacto na forma em que as instituições pensam e enfrentam o racismo estrutural¹⁰ que permeia suas práticas e atuações. Além disso, as cotas geralmente são vistas como medidas complementares, isoladas e pouco dialogam com protocolos, princípios e normativas da administração pública, que, por sua vez, tendem a refletir muito pouco sobre a finalidade e precisão de corresponder aos interesses da sociedade. A administração pública brasileira tende a espelhar ainda mais os interesses das elites dominantes, fato que se reverbera nas estruturas da própria organização do sistema público do país. Assim, entende-se que o enfrentamento ao racismo passa pelo questionamento das estruturas de dominação que permeiam a administração pública, formatando ideias, pensamentos e comportamentos excludentes, racistas e elitistas da sociedade brasileira.

O objetivo do presente artigo é contribuir com questionamentos sobre a aplicação das políticas de ação afirmativa de recorte racial no Brasil por meio da detecção de padrões; realizar avaliações quanto ao crescimento e aos limites da política vigente; e debater os desafios futuros. Tem-se a hipótese de que há crescimento da política nas esferas locais, quer por mimetismo, quer por pressão de órgãos de controle, e que as normas criadas tendem a reproduzir lacunas, em especial à luz dos estudos sobre burocracia representativa ativa, diminuindo o possível impacto positivo de sua adoção.

Antes de avançar na proposta de análise, é preciso compreender em que se baseia a política de ações afirmativas e seu debate histórico. Embora sejam muitos os estudos e artigos que analisam a história e os fundamentos das ações afirmativas no Brasil, a política adquire novos formatos segundo diferentes contextos sociopolíticos. Expor o enquadramento teórico e metodológico ajuda a compreender de onde

¹⁰ Apontar o racismo como estrutural não corresponde a adotar uma perspectiva estruturalista de essencialidade da raça, mas perceber o uso de critérios raciais para sustentar clivagens sociais. Em um país de capitalismo dependente, o intercâmbio desigual de valores e a superexploração do trabalho, reproduzido nas instituições burocráticas, demanda debates sobre o próprio sistema político. Ver a respeito: DE OLIVEIRA, Dennis. **Racismo estrutural: uma perspectiva histórico-crítica**. São Paulo: Dandara, 2021 e ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é Racismo Estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

parte a análise e por que determinadas escolhas foram feitas na apreciação do tema e na seleção dos dados que serão apresentados.

Da mesma forma, é crucial dialogar com as propostas teóricas sobre a inclusão da diversidade étnico-racial nas burocracias públicas e a luta contra as desigualdades sociais. Desse modo, aprofunda-se o debate a respeito das propostas que discutem o papel da burocracia pública na luta contra as desigualdades e o racismo.

Propõe-se, como estrutura desse texto, iniciar com os aspectos metodológicos, seguido da discussão acerca da burocracia pública e representativa. A seguir, apresenta-se o histórico das ações afirmativas na burocracia brasileira e, por fim, a análise dos principais desafios da política inclusiva. Certamente, ficarão de fora algumas concepções teóricas e empíricas em relação ao tema. Entretanto, o objetivo é fazer escolhas mais acordadas com o que foi encontrado e com a trajetória de pesquisa, sem desmerecer outros olhares.

2. Aspectos metodológicos

Este artigo é fruto de um longo trabalho de campo, realizado em nível nacional, federal, estadual, distrital e municipal, mediante o mapeamento dos diversos marcos jurídicos existentes, com análise de legislação, editais de concursos e outros atos oficiais. Tal mapeamento foi realizado – e vem sendo feito permanentemente – por meio de pesquisa documental, *sites*, além de contatos diretos por telefone e *e-mails* com as instituições públicas nos distintos níveis.

A procura, quando possível¹¹, é feita a partir das seguintes palavras-chave: “cotas”, “raciais”, “negros”, “afrodescendentes”, “concurso”, “reserva de vagas” e “ações afirmativas”. Em cada sítio eletrônico oficial e em cada contato realizado, buscaram-se as normativas existentes e, em caso de ocorrência do termo isolado, foram excluídas as que não possuíam relação direta com o objeto da pesquisa.

¹¹ Diferentemente da legislação federal, as legislações locais nem sempre contam com um sistema de busca por termos, e alguns entes sequer dispõem de uma sistematização pública das normas vigentes. Nem todas têm seu acervo com acesso livre em sítio eletrônico e algumas não possibilitam acompanhar o respectivo processo legislativo.

Esses estudos se deram, principalmente, no âmbito do projeto de longa duração “Ações afirmativas e burocracia pública”, que culminou na produção do “Mapa georreferenciado com ações afirmativas no serviço público”¹² e na publicação “Ações afirmativas e burocracia pública: vinte anos de legislação”¹³.

A análise final de todo o material disponível foi realizada no período de janeiro a fevereiro de 2025, com dados coletados até dezembro de 2024, proporcionando um diagnóstico atualizado sobre a implementação de políticas nos entes que regulamentaram a matéria.

3. Desigualdades sociais e burocracia pública

A burocracia pública é, acima de tudo, um espaço de preservação do poder frequentemente mobilizado para a concretização de um determinado projeto político. Em uma perspectiva da teoria das desigualdades, é também um lugar privilegiado para reafirmar determinadas categorias que criam diferenças e que, por sua reprodução em vários níveis, tendem a se tornar duradouras¹⁴.

Em uma lógica neoliberal de manutenção das desigualdades, um discurso muito voltado à meritocracia mascara a existência de mecanismos sociais excludentes – a falta da diversidade no âmbito público é tida como inaptidão de certos grupos para alcançar postos disponíveis.

Esse discurso, que aparenta ser muito lógico e que está na base do sistema de seleção para cargos públicos, encobre um sistema brutal de limitação de acesso a determinados grupos sociais devido a fatores históricos e discriminação. Quanto mais se tem um projeto político para assegurar o sucesso e a pujança de grupos majoritários, mais aqueles que são discriminados vão sendo excluídos, como ocorre na burocracia pública.

¹² MAPA DE AÇÕES AFIRMATIVAS. **Ações afirmativas raciais e burocracia pública**, [2025]. Mapa georreferenciado com ações afirmativas no serviço público. Disponível em: <https://mapadeacoesafirmativas.com>. Acesso em: 3 mar. 2025.

¹³ IGREJA, Rebecca Lemos; FERREIRA, Gianmarco Loures; ANANIAS, Nathália Oliveira; OLIVEIRA, Rafael M. S. de; AHUALLI, Iyaromi Feitosa. **Ações afirmativas e burocracia pública: vinte anos de legislação**. Brasília: Flacso, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.flacso.org.br/?publication=acoes-afirmativas-e-burocracia-publica-vinte-anos-de-legislacao>. Acesso em: 3 mar. 2025.

¹⁴ TILLY, Charles. **Durable inequality**. Berkeley: University of California Press, 1998. 211 p.

Por esse motivo, a inter-relação entre desigualdade e burocracia, para ser bem compreendida, deve levar em consideração vários fatores e formas de manifestação. Não há só uma desigualdade econômica entre ocupantes de cargos de elite e os de menor formação e atribuições, mas também de poder, de reconhecimento social e até mesmo de expectativa de vida.

É em sentido multidimensional e relacional, portanto, que se compreende a desigualdade e os mecanismos que possibilitam reprodução ou combate¹⁵. Não que a discussão sobre igualdade seja insuficiente para abordar o tema das ações afirmativas, mas, como referencial teórico, identifica-se um aliado na mensuração do fenômeno e na identificação dos mecanismos que nela estão implicados.

Por um lado, colocar em foco o aspecto relacional, isto é, ações orientadas pelo comportamento de outros, traz para o centro do debate a discussão a respeito de branquitude. Sem detenção de essencialismos de qualquer tipo, é imprescindível considerar que existem aspectos da identidade racial das pessoas brancas que estão relacionados à criação e manutenção das pessoas negras em uma esfera distinta de relacionamentos. A afirmação de pertencer a um grupo passa pela valorização de características próprias em detrimento das que estão presentes em outros. Assim, olhar a desigualdade existente possibilita identificar quais relações de poder se estabelecem e que são reproduzidas nas instâncias burocráticas.

De outro lado, a identificação de mecanismos de reprodução da desigualdade, como a criação de categorias diferenciais¹⁶, a apropriação de determinadas oportunidades, entre outros, fornece elementos para que não se aceite a simples afirmação de respeito à diversidade, sem alterações organizacionais. É preciso aprofundar o olhar, ir fundo na análise, para valorar, com um mínimo de subjetividade, o grau de democratização de cada estrutura, porque, a final, é disso que se trata.

Logo, o artigo privilegia uma análise das burocracias. Em geral, são possíveis três níveis distintos: 1) micro, focado nos indivíduos; 2) meso, que aborda as instituições existentes; e 3) macro, em um contexto ampliado de geopolítica. A abordagem proposta, no nível meso, está relacionada ao estudo das burocracias e dos projetos de combate à desigualdade em seu âmbito, como é o caso das ações afirmativas de recorte racial em concursos públicos.

¹⁵ THERBORN, Göran. Os campos de extermínio da desigualdade. *Novos Estudos - CEBRAP*, São Paulo, n. 87, p. 145–156, jul. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002010000200009>. Acesso em: 3 mar. 2025.

¹⁶ TILLY, Charles. *Durable inequality*. p 87.

O que se pode observar, nesses anos de estudo, é que tem crescido no Brasil o debate acerca da necessidade de uma burocracia representativa, de um serviço público que espelhe a sociedade. Em um país plural como o Brasil, é difícil justificar a existência de órgãos públicos em que a composição, principalmente de seus altos escalões, seja exclusivamente de pessoas não-negras. Por isso, cresce uma demanda de representação, inclusão de pessoas de um grupo social que, até então, não se via nesses espaços. Um exemplo foi a campanha “Ministra Negra para o STF”, reivindicando a nomeação de uma mulher negra para a vaga aberta pela aposentadoria da Ministra Rosa Weber. Vários dos argumentos se referiam à necessidade de uma maior representação de pessoas negras no Poder Judiciário e na Suprema Corte, em especial¹⁷.

Burocracia representativa é um termo surgido na obra de J. Donald Kingsley¹⁸, ao analisar a composição do serviço público britânico, identificando, em diferentes períodos históricos, a representação da classe econômica dominante. É do autor a conclusão já apontada que destaca o caráter antidemocrático de um Estado que exclui uma grande parcela de seu grupo social. As conclusões influenciaram vários cientistas políticos, principalmente do mundo anglófono, consolidando o citado termo que até hoje é utilizado.

Coube, porém, a Frederick C. Mosher¹⁹ traçar a distinção entre uma burocracia representativa passiva e ativa, subentendida na obra de Kingsley. Para Mosher, há uma burocracia representativa passiva quando esta espelha a sociedade como um todo, levando em conta aspectos demográficos, como origem, raça/cor, sexo etc; já a burocracia representativa ativa está mais ligada à expectativa que se tem de que determinado indivíduo demande interesses e atue em defesa daqueles que presumivelmente representa por deter as mesmas características²⁰.

¹⁷ NUNES, Paula. Sou porque nós somos: precisamos de uma mulher negra no STF. *Carta Capital*, p. 1–11, 22 set. 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opiniaou/sou-porque-nos-somos-precisamos-de-uma-mulher-negra-no-stf/>. Acesso em: 3 mar. 2025.

¹⁸ KINGSLEY, John Donald. *Representative Bureaucracy: an interpretation of the British civil service*. p. 305. Há de se ter em conta que Kingsley não desenvolve um conceito sólido de burocracia representativa. Somente de forma muito branda dá a entender que apenas uma burocracia representativa é capaz de responder a mudanças políticas de um país. Para uma crítica, ver KRISLOV, Samuel. *Representative Bureaucracy*. New Orleans: Quid Pro Books, 2012. p. 9–13.

¹⁹ MOSHER, Frederick C. *Democracy and the public service*. New York: Oxford University Press, 1968. p. 11–12.

²⁰ Para aprofundar o tema, sugere-se a leitura de DOLAN, Julie; ROSENBLOOM, David H. *Representative Bureaucracy: classic readings and continuing controversies*. New York: Routledge, 2015.

Essas duas espécies de representação são bastante úteis de serem observadas nas burocracias a fim de identificar o grau de desigualdade em sua composição, assim como a existência, ou não, de espaços os quais possibilitem que representantes dos grupos minoritários possam veicular demandas para o seu grupo de origem.

Um estudo feito no Instituto Rio Branco²¹ identificou não só um aumento no percentual de pessoas negras na diplomacia, mas a atuação de alguns desses indivíduos para incrementar, ainda mais, sua presença. Ou seja, ao lado de uma burocracia representativa passiva, também há uma ativa.

É bem verdade que uma coisa não leva necessariamente à outra. A presença de mecanismos de desigualdade internos à instituição pode desestimular que pessoas já vítimas de discriminação na sociedade e no ambiente de trabalho se exponham a uma cultura institucional excludente²². Por isso, a inclusão da população negra em cargos públicos, por meio das cotas raciais e sem a possibilidade de exercer algum grau de influência na instituição em que estão inseridas, esvazia as ações afirmativas do máximo potencial transformador da administração pública.

Toma-se, como exemplo, a possibilidade de nomeação de pessoas negras para cargos em comissão. Rita Isák-Ndiaye, relatora de Direitos de Minorias da ONU, em sua visita oficial, destaca o “fracasso das políticas de igualdade racial no Brasil”²³ pela exclusão dos cargos em comissão (*positions of trust*) “que são geralmente as posições decisórias nos órgãos públicos”²⁴.

Desse modo, das 390 normas analisadas dispendo sobre ações afirmativas no serviço público, apenas 15 têm previsão de aplicação para cargos comissionados. Ou seja, somente 3,85% preveem postos de chefia, direção e assessoramento. Portanto,

²¹ FERREIRA, Gianmarco Loures. **(Des)igualdade no serviço público**: burocracia, ativismo e as ações afirmativas raciais na diplomacia brasileira. 292 p.

²² ÂNGELO, Cristina Aparecida Pimenta dos Santos; ARRUDA, Dyego de Oliveira; SOUZA, Mário Luiz de. Dilemas e desafios em torno da inclusão de pessoas negras a partir das cotas raciais em concursos públicos. **Barbarói**, n. 61, p. 85–101, maio 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/16329>. Acesso em: 4 jul. 2025.

²³ CHADE, Jamil. Políticas de igualdade racial fracassaram no Brasil, afirma ONU. **Estado de São Paulo (Estado)**, São Paulo, 14 mar. 2016. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/brasil/politicas-de-igualdade-racial-fracassaram-no-brasil--afirma-onu/?srsltid=AfmBOoqHBRbLw3F50el5GIhvoeAP0PfNkrqH2VQ2jwR44tmULt9JxMqM>. Acesso em: 03 mar. 2025.

²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorias relativo a su misión al Brasil**. ONU: p. 9, 2016. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g16/021/36/pdf/g1602136.pdf?OpenElement>. Acesso em: 3 mar. 2025.

nota-se que um dos elementos estruturais para modificar a atual estratificação racial não está prevista na absoluta maioria das normas. No âmbito federal, uma nova normativa dispoendo sobre cargos em comissão foi aprovada recentemente²⁵. Espera-se que, dessa vez, seja realmente aplicada.

Ao analisar quais fatores teriam impacto na representação de um grupo, auxiliando a conversão da burocracia representativa passiva em ativa, Thompson²⁶ havia identificado alguns que influenciavam essa condição, como, por exemplo, dispor de discricionariedade no exercício da função. A maioria das cotas raciais ocorre apenas no ingresso no serviço público, sem aplicação a cargos em comissão, e não há formação de um grupo disposto a atuar para aumentar a riqueza, o prestígio ou outra vantagem associada ao pertencimento àquela raça. Tais fatos impedem o avanço de uma efetiva igualdade racial.

Nesse sentido, o isomorfismo mimético apontado a seguir funciona de forma negativa. Se, por um lado, possibilita o aumento de regulação no âmbito local, por outro, as normas tendem a reproduzir os mesmos problemas de outras, entre os quais se destaca a ausência de reserva de vagas para cargos em comissão.

4. As ações afirmativas na administração pública brasileira: três gerações de normas

Nas últimas duas décadas, o Estado brasileiro foi convocado a desempenhar um papel crucial na tentativa de reduzir as desigualdades históricas entre negros e brancos e combater o racismo e a discriminação. Entre as iniciativas implementadas, destacam-se as políticas de ações afirmativas, notadamente as cotas raciais em concursos para ingresso nas universidades públicas e, no que interessa mais de perto ao presente artigo, no serviço público brasileiro.

Em período anterior à redemocratização, Andrews²⁷ identificou a reivindicação formulada pela Frente Negra Brasileira (FNB) ao governo paulista para inclusão de

²⁵ BRASIL. **Decreto nº 11.443, de 21 de março de 2023**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11443.htm. Acesso em: 4 jul. 2025.

²⁶ THOMPSON, Frank J. *Minority groups in public bureaucracies: are passive and active representation linked?* **Administration and Society**, v. 8, n. 2, p. 203, 1976.

²⁷ ANDREWS, George Reid. **Negros e brancos em São Paulo (1988-1988)**. Bauru: EDUSP, 1998. p. 234.

negros na Força Pública de São Paulo, que culminou na inclusão de aproximadamente 500 negros na força do Estado. Entretanto, como aponta Ferreira²⁸, foi uma solução isolada, em um contexto de estratégia integracionista dos movimentos negros, sem alteração da estrutura social da própria Polícia Militar do referido estado.

De igual modo, Guimarães²⁹ conclui que não seria possível reconhecer uma demanda específica por ações afirmativas de corte racial no ativismo negro antes de 1968, embora já existissem denúncias de discriminação³⁰. Moehleck³¹ e Guimarães³² destacam, nesse período, apenas uma frustrada tentativa de lei, nos moldes da Lei dos 2/3³³, voltada à iniciativa privada com a obrigatoriedade de adotar um percentual de contratações de pessoas negras.

É possível identificar, ainda, a atuação do Deputado Abdias Nascimento (PDT/RJ), como um legítimo representante ativo, que apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 1.332, no ano de 1983, propondo “ação compensatória, visando à implementação do princípio da isonomia social do negro, em relação aos demais segmentos étnicos da população brasileira, conforme direito assegurado pelo art. 153, §1º, da Constituição da República [de 1967 – EC 01, de 1969]”³⁴.

Especificamente para o setor público, a proposta de Abdias previa, em toda a administração pública, de qualquer dos Três Poderes e todos os entes da Federação, um percentual mínimo de 20% para homens negros e 20% para mulheres negras em seus quadros. Essa proposta foi a primeira tentativa de disciplinar as ações afirmativas de recorte racial no serviço público brasileiro. Entretanto, o projeto foi arquivado ao final daquela legislatura, mesmo após pareceres favoráveis.

²⁸ FERREIRA, Gianmarco Loures. *A Lei de Cotas no serviço público federal*: sub-representação legal nas ações afirmativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 84.

²⁹ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Ação afirmativa, autoritarismo e liberalismo no Brasil de 1968. *Novos Estudos - CEBRAP*, São Paulo, n. 101, p. 5–25, mar. 2015.

³⁰ DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. *Tempo*, Niterói, v. 12, n. 23, p. 100–122, Niterói, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-77042007000200007>. Acesso em: 3 mar. 2025.

³¹ MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: História e debates no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*, n. 117, p. 197–217, nov. 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742002000300011>. Acesso em: 3 mar. 2025.

³² GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Ação afirmativa, autoritarismo e liberalismo no Brasil de 1968. p. 5–25.

³³ Ver art. 352 da CLT. BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1943]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 4 jul. 2025.

³⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê – Projeto de Lei nº 1.332/1983**, [1983]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1167638&filename=Dossie-PL%201332/1983. Acesso em: 24 fev. 2025.

Tais iniciativas públicas emergiram em resposta às demandas dos movimentos sociais, sobretudo dos movimentos negros organizados, e ganharam força após o período de redemocratização, que sucedeu os anos de ditadura militar, destacando-se a elaboração da Constituição de 1988. Esse período coincidiu com dois giros que ainda hoje repercutem profundamente no debate sobre ações afirmativas: o giro multicultural na América Latina³⁵ e a guinada para a esquerda no continente, caracterizada pela adoção de políticas direcionadas à redução da desigualdade³⁶.

Quanto ao giro multicultural, embora as ações afirmativas surjam no Brasil nesse contexto, não podem ser consideradas como política multiculturalista estrito senso. Ao contrário, são vistas como alternativa a essas políticas³⁷. Discursos e pesquisas oficiais, militantes e acadêmicas a respeito de políticas afirmativas não as vinculam ao multiculturalismo – entendido aqui estritamente como o reconhecimento e a defesa de direitos coletivos de base étnica –, mas, sim, à adoção e promoção de leis de igualdade racial e justiça social adaptadas ao contexto racial brasileiro³⁸.

Soma-se a isso o fim da ditadura militar, que ampliou o questionamento social acerca da veracidade do mito da democracia racial³⁹, matriz da profunda desigual-

³⁵ IGREJA, Rebecca Lemos.; AGUDELO, Carlos. Afrodescendentes na América Latina e Caribe: novos caminhos, novas perspectivas em um contexto global multicultural. *Revista de Estudos & Pesquisas sobre as Américas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 13, ago. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/18475>. Acesso em: 3 mar. 2025.

³⁶ REYGADAS, Luis; FILGUEIRA, Fernando. Desigualdad y crisis de incorporación: la caja de herramientas de políticas sociales de la izquierda. In: SANTOS, Theotonio dos (Ed.). *América Latina y el Caribe: escenarios posibles y políticas sociales*. Montevideo: FLACSO, Unesco, 2011. p. 133-160.

³⁷ IGREJA, Rebecca Lemos. *Estado, diferença cultural e políticas multiculturalistas*: Uma comparação entre Brasil e México. 2005. 371 f. Tese (Doutorado em Antropologia) - Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, Universidade de Brasília, Brasília, 2005. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/43931>. Acesso em: 4 jul. 2025; e IGREJA, Rebecca Lemos. Combate al racismo y la discriminación racial en Brasil: legislación y acción institucional. *Desacatos*, Ciudad de México, n. 51, p. 32-49, maio/ago. 2016. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-050X2016000200032. Acesso em: 4 jul. 2025.

³⁸ FERES JÚNIOR, João; VENTURINI, Anna Carolina; CAMPOS, Luiz Augusto; DAFLON, Verônica Toste. *Ação afirmativa*: conceito, história e debates. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2018. 208 p.

³⁹ A expressão "democracia racial" remonta à narrativa ideológica popularizada desde os anos 1930, que apresentava o Brasil como um paraíso racial livre da discriminação baseada na cor, típica de outras sociedades. Nas décadas de 1940 e 1950, estudiosos como Donald Pierson, Charles Wagley e especialmente Gilberto Freyre consolidaram essa noção, associando-a à ideia de que as relações raciais no Brasil teriam se desenvolvido harmoniosamente, sem preconceitos. O conceito adquiriu dupla conotação: por um lado, destacava o Brasil como cadinho étnico-cultural edificado na miscigenação; por outro, propagava a existência de igualdade de oportunidades e direitos independentemente de raça. Embora subsequentemente desmascarada como ideologia falaciosa, a noção de democracia racial persiste contemporaneamente, atuando tanto como aspiração orientadora para alguns atores sociais quanto como obstáculo às reivindicações por democratização efetiva das relações sociais. Para análise da evolução do conceito, consultar GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999.

dade racial na sociedade brasileira⁴⁰. A convocação para uma nova constituinte, apesar de seus limites e tentativa de controle das mudanças possíveis⁴¹, possibilitou participação popular ativa e direta do cidadão, impensável no modelo autoritário.

Os governos federais sucessivos, desde a década de 1980, tiveram abordagens específicas em relação às questões raciais⁴². De 1985 a 1989, durante a presidência de José Sarney (1985–1990), o foco principal foi o fomento à “cultura negra”, sem pensar a própria burocracia. Criou-se a Fundação Cultural Palmares com o objetivo de “promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira”⁴³.

Ainda nesse período, ocorre a Convenção Nacional do Negro em Brasília, em 1986, cuja temática “O negro e a Constituinte” mostrou o leque de atuação dos movimentos negros e seu impacto nos trabalhos preparatórios da Assembleia Nacional Constituinte (1986–1988). A consolidação desses movimentos com parlamentares negros e negras⁴⁴ foi também responsável pela articulação de demandas de reconhecimento e redistribuição de direitos⁴⁵, parte delas incorporada ao texto constitucional, ainda que ações afirmativas voltadas à população negra não tenham sido previstas.

Durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso (1995–2003), pela primeira vez, o Estado reconheceu a existência do racismo e liderou iniciativas para enfrentá-lo⁴⁶. A criação do Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra focou em diálogos entre o governo e a sociedade civil organizada e

⁴⁰ TELLES, Edward Eric. **Racismo à brasileira**: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 50-62.

⁴¹ KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 88, p. 141–184, maio 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452013000100006>. Acesso em: 3 mar. 2025.

⁴² RIBEIRO, Matilde. **Políticas de promoção da igualdade racial no Brasil** (1986-2010). Rio de Janeiro: Garamond, 2014. 368 p.

⁴³ Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988. BRASIL. **Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988**. Brasília: Presidência da República [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17668.htm. Acesso 4 jul. 2025.

⁴⁴ RIBEIRO, Matilde. **Políticas de promoção da igualdade racial no Brasil** (1986-2010). p. 170.

⁴⁵ PIRES, Thula Rafaela de O. **Criminalização do racismo**: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. 2013. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica – PUC, Rio de Janeiro, 2013 e SANTOS, Natália Neris da Silva. **A voz e a palavra do movimento negro na Assembleia Nacional Constituinte** (1987/1988): um estudo das demandas por direito. 2015. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

⁴⁶ TELLES, Edward Eric. **Racismo à brasileira**: uma nova perspectiva sociológica. p. 78-79.

culminou na criação do Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação, com o objetivo de promover medidas de combate à discriminação no trabalho. Embora tenha sido importante do ponto de vista do discurso governamental, pouco progresso foi feito na prática⁴⁷. Nesse período, igualmente, ocorreu a Conferência Mundial contra o Racismo e a Discriminação da ONU (2001), em Durban, na África do Sul, que estabeleceu diretrizes para as nações participantes e instou os países signatários a tomarem medidas concretas para eliminar o racismo.

A partir daí, as ações afirmativas sensíveis à raça/cor começaram a se consolidar no país⁴⁸. Mais de duas décadas se passaram desde a adoção inicial dessas políticas em solo brasileiro. Para a população em geral, elas agora fazem parte da realidade. As discussões que surgiram em torno dessa temática trouxeram à tona evidências de uma história nacional marcada pelo patrimonialismo e pela escravidão; pela relegação dos negros a posições sociais inferiores; e pela perpetuação do racismo no cotidiano. No entanto, o potencial de mudanças continua a enfrentar desafios, como ao final será demonstrado.

O debate em torno das cotas raciais no serviço público, nos últimos anos, vem sendo feito em paralelo com o que ocorre no ensino superior, ainda que este tenha tido proeminência no cenário público. As cotas na educação ganham destaque por se acreditar que é nesse âmbito que se combate ao racismo existente em sua estrutura devido à potencialidade do referido espaço para promover um ideário plural, inclusivo e antirracista⁴⁹. No entanto, parte-se do pressuposto de que a burocracia pública é privilegiada no que concerne à promoção de políticas antirracistas, uma vez que é nessa esfera que se delineiam as políticas públicas, tomam-se decisões e consolida-se o projeto de Estado, tornando essencial a atenção dedicada a essa área na luta pela igualdade racial.

⁴⁷ OSÓRIO, Rafael Guerreiro. **Desigualdades raciais e de gênero no serviço público civil**. Brasília: OIT - Secretaria Internacional do Trabalho, 2006. 116 p.

⁴⁸ Os primeiros programas de ação afirmativa para pessoas negras no ensino superior começaram em 2002 na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), na Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF) e na Universidade do Estado da Bahia (UNEB), em nível estadual. No âmbito federal, a Universidade de Brasília (UnB), em junho de 2004, foi a primeira universidade federal a adotar um sistema de cotas de admissão para negros. Para um debate atual sobre o tema, ver FELIPE, Delton A.; LIMA, Fernanda da Silva. **Cotas raciais: gestão, implementação e permanência**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2022.

⁴⁹ CARVALHO, José Jorge de. As ações afirmativas como resposta ao racismo acadêmico e seu impacto nas ciências sociais brasileiras. **Teoria e Pesquisa**, v. 42/43, n. Dossiê Relações Raciais no Brasil, p. 303–340, jan./jul. 2003. Disponível em: <https://biblioteca.flacso.org.br/files/2013/03/1071.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2025.

Passa-se a palmilhar esse percurso, com foco no serviço público, que pode ser didaticamente dividido em três gerações de normas. Em cada uma delas, não apenas o aspecto cronológico se apresenta como mais evidente, mas as características das normas também vão sofrendo alterações.

O termo “geração” pode trazer certa confusão com a classificação de Karel Vasak em relação à evolução geracional dos direitos humanos⁵⁰, mas a proposta é analisar as gerações como ondas, refletindo as políticas ao longo do tempo. O estudo feito é próximo ao modelo incremental de Thomas Dye⁵¹, em que a política é vista como a continuação das anteriores, com aperfeiçoamentos futuros. Assim, buscou-se identificar, tal como já feito em outras áreas⁵², os momentos críticos em que são criadas normas para ação governamental nos diversos entes federados. Os picos desses momentos dão início a uma nova geração.

4.1 A primeira geração

A primeira geração teve início em 2001, no Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), e gradualmente se estendeu para outros ministérios⁵³.

No MDA, por meio dos atos n.º 25, de 21.01.2001, n.º 202, de 4.09.2001, e n.º 222, de 28.09.2001, foram adotadas as seguintes ações: a) acesso aos Cargos de Direção e Assessoramento Superiores (DAS); b) provimento de cargos por concurso público e empresas prestadoras de serviços terceirizados para aquele ministério; e c) a previsão de que as empresas contratantes com o MDA deveriam comprovar o desenvolvimento de ações afirmativas de raça e gênero, respeitando a diversidade

⁵⁰ VASAK, Karel. Uma luta de 30 anos: os esforços permanentes para atribuir força normativa à Declaração Universal dos Direitos Humanos (A 30 Year Struggle: the Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights). Tradução: Thiago Pádua. SSRN, p. 20-29, 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4454650>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁵¹ DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (org.). **Políticas públicas e desenvolvimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010. p. 99-129.

⁵² A exemplo, ver GRISA, Catia; SCHNEIDER, Sergio. Três gerações de políticas públicas para a agricultura familiar e formas de interação entre sociedade e estado no Brasil. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, v. 52, p. 125-146, 2014.

⁵³ JACCOUD, Luciana (org.). **A construção de uma política de promoção da igualdade racial: uma análise dos últimos 20 anos**. Brasília: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2009. p. 224.

em seus quadros⁵⁴. Em seguida, o Ministério da Justiça e o Ministério da Cultura promoveram medidas no mesmo sentido.

Ainda referente ao início dos anos 2000, outra iniciativa de destaque foi o Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco – Bolsa Prêmio de Vocação para a Diplomacia, com a finalidade de proporcionar maior igualdade de oportunidades de acesso à carreira de diplomata e de acentuar a diversidade étnica nos quadros do Itamaraty⁵⁵. O Programa consiste na concessão de bolsas de estudos para que candidatos(as) autodeclarados(as) negros(as), selecionados(as) por meio de provas e entrevistas, pudessem se dedicar à preparação para o Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata (CACD).

A fase inicial culminou, no âmbito federal, com o Decreto Federal nº 4.228, de 13 de maio de 2002, que instituiu o Programa Nacional de Ações Afirmativas, estabelecendo metas percentuais para a participação de afrodescendentes, mulheres e Pessoas com Deficiência nos cargos em comissão da Administração Pública Federal. Todavia, essa norma jamais chegou a ser aplicada devido à falta de regulamentação⁵⁶ e a resistências internas nos órgãos, conforme observado em outros projetos voltados à qualificação educacional da população negra⁵⁷.

No âmbito local, merecem destaque a Lei do Município de Jundiaí n.º 5.745, de 14.02.2002, que reserva cargos no serviço público para afrodescendentes – primeira lei de âmbito municipal –, bem como a Lei do Estado do Paraná n.º 14.274, de 2003, que reserva 10% das vagas a afrodescendentes nos concursos estaduais. De acordo com Tatiana Dias Silva e Josenilton Marques da Silva⁵⁸, a partir de 2002, seis municípios passaram a adotar políticas semelhantes. No ano seguinte, mais 12 municípios e, como apontado, o Estado do Paraná. Em 2004, igualmente mais 12 municípios criaram suas próprias leis e, ao final de 2005, 36 municípios já estavam regulamentando a matéria.

⁵⁴ JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades Raciais no Brasil**: um balanço da intervenção governamental. Brasília: Ipea, 2002. p. 22.

⁵⁵ Informações disponíveis em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/instituto-rio-branco/programa-de-acao-afirmativa>. Acesso em: 24 fev 2025.

⁵⁶ OSÓRIO, Rafael Guerreiro. **Desigualdades raciais e de gênero no serviço público civil**. p. 38.

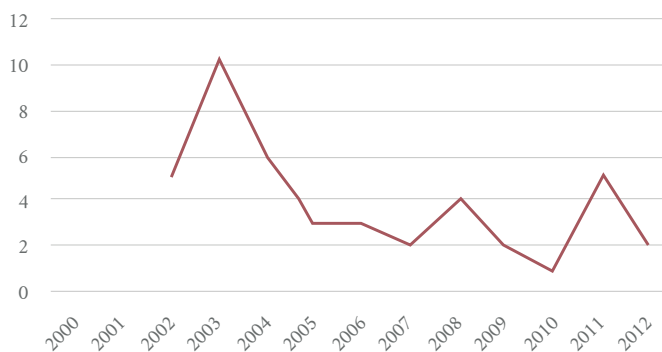
⁵⁷ IGREJA, Rebecca Lemos. O Estado brasileiro e as ações afirmativas. **Revista ADVIR**, v. 19, p. 36–50, set. 2005b.

⁵⁸ SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. **Nota Técnica nº 17** - Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei n.º 6.738/2013. Brasília: IPEA, 2014. p. 11. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5781/1/NT_n17_Reserva-vagas-negros-concursos-publicos_Disoc_2014-fev.pdf. Acesso em: 4 jul. 2025.

Ana Paula Volpe e Tatiana Silva⁵⁹ explicitam que, no fim de 2012, quatro estados e 46 municípios já haviam normatizado a questão no âmbito interno. Não obstante, em diversos casos, a legislação editada havia sido suspensa judicialmente por vícios de iniciativa ou alegações de inconstitucionalidade.

O historiograma apresentado na Figura 1 demonstra a primeira geração de ações afirmativas raciais, como se pode ver a seguir.

Figura 1 – Distribuição ao longo dos anos da primeira iniciativa de cotas nas localidades pesquisadas



Fonte: elaboração dos autores

Tatiana Silva e Josenilton Silva⁶⁰ destacam, ainda, algumas características das normas desse período, em especial, (i) prevalência da adoção do percentual de 20% de reserva, seguido do percentual de 10%; (ii) uso de diferentes nomenclaturas para o público-alvo, como afrodescendentes, afro-brasileiros, negros, que tem implicação direta na caracterização dos beneficiários; (iii) grande judicialização da política, muito contestada por vícios de iniciativa de lei⁶¹; e (iv) aplicação em diferentes âmbi-

⁵⁹ VOLPE, Ana Paula Sampaio; SILVA, Tatiana Dias. **Reserva de vagas para negros na administração pública**: relatório de pesquisa. Brasília: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2016. p. 27. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7461/1/RP_Reserva_2016.pdf. Acesso em: 3 mar. 2025.

⁶⁰ SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. **Nota Técnica nº 17** - Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013. p. 11.

⁶¹ A discussão sobre a iniciativa está relacionada à concepção de que cabe ao Chefe do Poder Executivo dar início ao processo legislativo, por se tratar de matéria relacionada à organização administrativa. Essa concepção será superada com a jurisprudência pacificada, no âmbito do STF, de que a norma que dispõe sobre condição para se chegar à investidura no cargo, por tratar de momento anterior ao da caracterização do candidato como servidor público, não é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (ARE 866.435-AgR/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma).

tos da administração pública, como concursos, contratos com terceiros, contratação de pessoal comissionado, publicidade oficial e estágios.

Ademais, tem-se a percepção de que as normas editadas nesse período são bastante diversas entre si, com poucos artigos e sem grande regulamentação da matéria, praticamente nenhuma previsão de comissões de heteroidentificação e aplicação a cargos em comissão e sem prazo de vigência.

A primeira geração, cujo ápice ocorre entre os anos de 2003 e 2004, apresenta, na sequência, um forte arrefecimento na produção legislativa, contrastando com a publicação da Lei Federal n.º 12.990, de 2014, que dá início a uma nova geração de normas.

4.2 A segunda geração

Somente com a ascensão de um governo mais alinhado à esquerda⁶², durante o período de 2003 a 2010, sob a presidência de Luiz Inácio Lula da Silva, foi estruturado, em âmbito federal, um órgão destinado à promoção da igualdade racial. O mencionado governo criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, um marco na institucionalização da temática racial pelo Estado brasileiro, responsável por incluir efetivamente o combate às desigualdades raciais na agenda das políticas públicas. Nesse contexto, foi aprovado o Estatuto da Igualdade Racial (Lei Federal n.º 12.288/2010), uma referência sobre o tema. Contudo, especificamente em relação às ações afirmativas, não houve uma regulamentação clara, apenas a possibilidade de sua adoção no mercado de trabalho.

Anos depois, no governo de Dilma Rousseff, de 2011 a 2016, foi apresentada e aprovada, em curto espaço de tempo, a Lei n.º 12.990/2014, que estabelece a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos federais para pessoas negras. Ao contrário das cotas na educação, que combinam critérios sociais e raciais, nos concursos públicos, é considerada apenas a identificação étnico-racial. Algumas

⁶² Embora a classificação ideológica dos partidos políticos e dos governos não seja algo estático, é possível, a partir da conjugação de alguns alinhamentos, considerar que o governo José Sarney (PMDB), de 1985-1990, seja de centro/direita moderada; o governo Fernando Collor (PRN), de 1990 a 1992, de direita liberal; Itamar Franco (PMDB), de 1992 a 1995, de centro; os governos de Fernando Henrique Cardoso (PSDB), de 1995 a 2003, de centro-direita; e o governo de Luiz Inácio Lula da Silva (PT), de esquerda/centro-esquerda. Ver BOLOGNESI, Bruno; RIBEIRO, Ednaldo; CODATO, Adriano. Uma nova classificação ideológica dos partidos políticos brasileiros. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 66, n. 2, p. 1-31, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/dados.2023.66.2.303>. Acesso em: 3 mar. 2025.

questões previstas na Lei permanecem problemáticas, como já discutido por Ferreira⁶³, mas essa norma marca o início da segunda geração de ações afirmativas raciais para cargos públicos, resultando em um crescimento expressivo de novas normas nos diversos âmbitos e poderes da federação.

Os principais parâmetros da Lei n.º 12.990, de 2014, podem ser assim resumidos:

1. Percentual de reserva de 20% do total de vagas oferecidas, aplicável quando ofertadas três vagas ou mais;
2. Os beneficiários serão as pessoas que se autodeclararem pretas ou pardas na inscrição do certame, de acordo com o quesito raça/cor adotado pelo IBGE;
3. Aqueles que fizerem declarações falsas serão eliminados e, caso constatada após a nomeação, esta será anulada, observado o devido processo legal;
4. Concorrência dos beneficiários simultaneamente nas vagas reservadas e na ampla concorrência, com prioridade para aprovação na ampla concorrência, de acordo com a sua classificação;
5. Vagas não preenchidas são revertidas para a ampla concorrência;
6. Prazo de vigência da norma de dez anos.

Como imediato reflexo na lei federal, o Senado adotou, em 13 de maio de 2014, reserva de vagas para seus concursos⁶⁴. Da mesma forma, no Poder Judiciário Federal, foi editada a Resolução n.º 548, de 18 de março de 2015, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e no Conselho Nacional de Justiça; a Instrução Normativa n.º 63, de 18 de março de 2015, na esfera do Conselho Nacional de Justiça; e o Ato Conjunto n.º 2, de 22 de abril de 2015, no campo do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT).

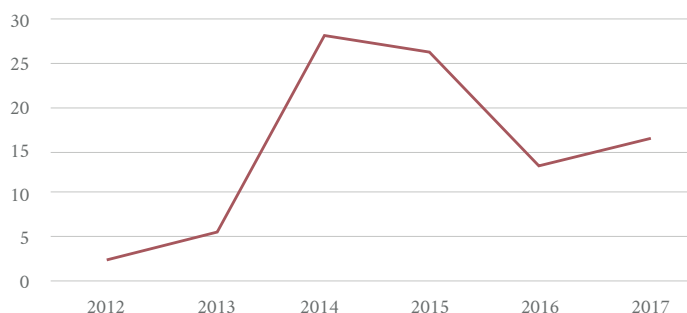
Em um contexto local, destacam-se leis nos estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Bahia e nos municípios de Vitória, São Paulo e Araraquara.

⁶³ FERREIRA, Gianmarco Loures. *A Lei de Cotas no serviço público federal*: sub-representação legal nas ações afirmativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁶⁴ LIMA, Paola. Senado aprova cota para negros em concursos públicos. *Senado Notícias*, 22 maio 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/05/20/senado-aprova-cota-para-negros-em-concursos-publicos>. Acesso em: 03 mar. 2025.

O historiograma abaixo demonstra o aumento de leis nessa segunda geração, conforme a Figura 2.

Figura 2 – Distribuição, ao longo dos anos, de novas normas após publicação da Lei de Cotas no serviço Público Federal



Fonte: elaboração dos autores.

A publicação da Lei n.º 12.990, em junho de 2014, resultou em inúmeras novas normas. Saindo de um patamar médio de três leis ao ano, no quinquênio imediatamente anterior, o ano de 2014 aparece com 28 normas, seguido de 26 normas em 2015. Um novo paradigma se estabelece com a normatização federal, passando a irradiar para outros entes e Poderes no que se pode identificar como expressão do que a doutrina chama de “isomorfismo institucional”⁶⁵. Ferreira, Costa e Silva⁶⁶, ao resgatar o debate de DiMaggio e Powell, apontam o mencionado termo como a tendência de organizações de um mesmo setor se tornarem semelhantes; já a literatura de políticas públicas ressalta como estas viajam ao longo do espaço nacional e internacional⁶⁷.

⁶⁵ DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The Iron Cage Revisited Institutional Isomorphism and Collective Rationality. **Economics Meets Sociology in Strategic Management**. Published online 10 mar 2015. Disponível em: [https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1016/s0742-3322\(00\)17011-1/full/html](https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1016/s0742-3322(00)17011-1/full/html). Acesso em: 4 jul. 2025.

⁶⁶ FERREIRA, Maria Aparecida Chagas; COSTA, Marcelo Marchesini DA; SILVA, Tatiana Dias. O que influencia a adoção de cotas em programas de pós-graduação? **Educação & Sociedade**, v. 43, p. e253146, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/ES.253146>. Acesso em: 4 jul. 2025.

⁶⁷ DE OLIVEIRA, Osmany Porto; PAL, Leslie A. Novas fronteiras e direções na pesquisa sobre transferência, difusão e circulação de políticas públicas: agentes, espaços, resistência e traduções. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, p. 199–220, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/74659/71499>. Acesso em: 4 jul. 2025.

Embora outras teorias possam vir ao auxílio dessa análise⁶⁸, o isomorfismo, especialmente no seu viés mimético, parece se encaixar com bastante justeza ao caso em análise. Há ainda, um certo grau de litigiosidade quanto à temática das ações afirmativas, não mais de sua constitucionalidade⁶⁹, mas da condução do processo de reserva de vagas, o que corresponde ao aspecto de incerteza entre meios e fins, como falam DiMaggio e Powell⁷⁰. Existe, no entanto, a percepção dos demais entes públicos no que concerne à existência de um modelo normativo percebido como de sucesso, considerando a complexidade do processo legislativo no âmbito do Congresso Nacional.

É possível denotar três tendências nas normas produzidas nesse período: (i) consolidação do percentual de 20% de vagas reservadas, sobrepujando, em larga medida, outros percentuais; (ii) maior adensamento em torno da identificação dos beneficiários, cujo termo “negros” passa a ter prevalência; e (iii) reprodução quase idêntica do texto federal em normas estaduais e municipais, algumas delas, inclusive, vigentes na primeira geração e que sofrem alterações posteriores para se equiparar à norma federal nos aspectos apontados.

Há, porém, uma distinção fundamental em relação ao modelo federal. Conquanto a Lei n.º 12.990 tenha previsto apenas o uso de autodeclarações⁷¹ de pertencimento de cor/raça, por recomendação de órgãos do Ministério Público⁷²,

⁶⁸ SILVA, Tatiana Dias. **Mudança institucional, discurso e instituições**: políticas públicas de igualdade racial no governo federal de 2000 a 2014. 2019. 257 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade de Brasília, Brasília, 2019; FERREIRA, Maria Aparecida Chagas. **Burocracia de Estado e políticas de promoção da igualdade racial**. 2014. 276 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2014 e ABERS, Rebecca; TATAGIBA, Luciana. *Institutional Activism: Mobilizing For Women's Health From Inside The Brazilian Bureaucracy*. 38º Encontro Anual da ANPOCS – GT14 - Entre as ruas e os gabinetes: institucionalização e contestação nos movimentos sociais latino-americanos. *Anais*, p. 1-32, 2015.

⁶⁹ Ainda assim, ver o debate de IGREJA, Rebecca Lemos; FERREIRA, Gianmarco Loures. *The Brazilian Law of Racial Quotas put to the test of labor justice: a legal case against Banco do Brasil*. *Latin American and Caribbean Ethnic Studies*, v. 14, n. 3, p. 294-317, 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17442222.2019.1667635>. Acesso em: 3 mar. 2025, com um caso posterior ao julgamento da ADPF 186, de 2012.

⁷⁰ DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter. W. *The Iron Cage Revisited Institutional Isomorphism and Collective Rationality*. p. 149.

⁷¹ Há duas formas de identificação dos beneficiários de ações afirmativas: a autodeclaração (autoidentificação) e a heteroidentificação (identificação por terceiros). Ver a respeito: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JUNIOR, Paulo Roberto Faber (org.). **Heteroidentificação e cotas raciais**: dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS Campus Canoas, 2018. Disponível em: https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Heteroidentificacao_livro_ed1-2018.pdf. Acesso em: 3 mar. 2025.

⁷² BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Distrito Federal. **Recomendação nº 132/2025**. Distrito Federal: MPF, [2015]. Disponível em: www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/RecomendaoMpg.pdf.

adotou, em breve tempo, formas de verificação da autodeclaração com comissões de heteroidentificação. A Orientação Normativa n.º 03, de 1º de agosto de 2016, expedida pela Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações do Trabalho no Serviço Público, vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, disciplinou a questão. Em âmbito local (estadual e municipal), no entanto, prevaleceu exclusivamente a autodeclaração. Ou, como conclui Ferreira⁷³: “os destinatários da norma são as pessoas que assim se declaram, correspondam, ou não, seu fenótipo com tal declaração”. De acordo com o autor, em levantamento realizado com 51 normas do período, apenas 12 traziam a previsão de heteroidentificação.

A ausência de uma fase de verificação das autodeclarações tem levado a uma série de denúncias de casos de falsidade de pertencimento racial⁷⁴, que, de certa forma, contribui com o avanço da terceira geração de normas, visando a corrigir abusos identificados.

É crucial, além disso, ressaltar o papel do Poder Judiciário, pavimentando o caminho para essa segunda geração, com a pacificação da constitucionalidade das políticas afirmativas e a decisão paradigmática proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF n.º 186/2012, que consolidou a juridicidade das cotas raciais na educação. Mais tarde, a ADC n.º 41/2017, que declarou a constitucionalidade da Lei n.º 12.990/2014, terá um efeito positivo na terceira geração.

4.3 A terceira geração

Após o avanço alcançado na segunda geração, houve crescimento gradual na produção legislativa nacional nos níveis locais, com ápice significativo nos últimos anos.

Acesso em: 26 fev. 25 e BRASIL. Ministério Público da União. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Coordenação dos Núcleos de Direitos Humanos. Núcleo de Enfrentamento à Discriminação. **Recomendação n.º 05/2016-CNDH**. Brasília: CNDH, [2016]. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/nucleos/ned/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_n_05.2016_CNDH_-_Comiss%C3%A3o_de_cotas_para_negros_em_concursos._CESPE-CEBRASPE.pdf. Acesso em: 26 fev. 2025.

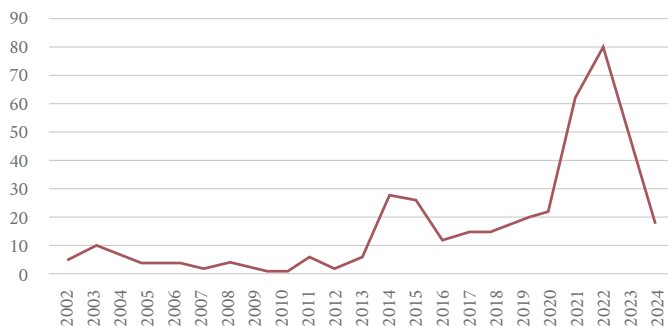
⁷³ FERREIRA, Gianmarco Loures. **Quem são os destinatários das cotas raciais em concursos públicos para as comissões de verificação?** Brasília: II Jornada de Estudos Negros, set. 2018. p. 81. Disponível em: <https://calundublog.files.wordpress.com/2019/05/anais-ii-jornada-de-estudos-negros-atualizado.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2025.

⁷⁴ CARVALHO, Leticia. Afroconveniência: candidato tenta entrar no Itamaraty por meio das cotas, é barrado, mas consegue liminar. **Metrópoles**, Distrito Federal, 13 ago. 2016. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/afroconveniencia-candidato-tenta-entrar-no-itamaraty-por-meio-das-cotas-e-barrado-mas-consegue-liminar>. Acesso em: 26 fev. 2025 e Como evitar fraudes nas cotas raciais? **Carta Capital**, 16 ago. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/como-evitar-fraudes-nas-cotas-raciais/>. Acesso em: 26 fev. 2025.

Ainda que não se possa abandonar de todo a explicação do isomorfismo mimético, o possível fator explicativo para esse crescimento nos anos 2020 encontra-se na atuação de órgãos de controle, em especial, o Ministério Público dos Estados e as Defensorias Públicas Estaduais, que passaram a atuar notificando Prefeituras Municipais quanto à ausência de normas em âmbito local⁷⁵.

De cinco normas locais editadas em 2002, chega-se a um total aproximado⁷⁶ de 390 no final de 2024, como se pode notar no historiograma da Figura 3.

Figura 3 – Início da vigência de normas sobre cotas raciais nos serviços públicos por ano



Fonte: elaboração dos autores

A tipologia proposta por DiMaggio e Powell vem igualmente em auxílio a esse debate, destacando o isomorfismo coercitivo, que “resulta de pressões formais e informais exercidas sobre as organizações por outras organizações das quais elas

⁷⁵ CALDAS, Ana Carolina. No Paraná, 118 municípios aprovaram lei das cotas raciais para concursos. **Brasil de Fato**, 30 jul. 2023. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2023/07/30/no-parana-118-municipios-aprovaram-lei-das-cotas-raciais-para-concursos/>. Acesso em: 3 mar. 2025 e SANCHOTENE, Diná. Criação de cotas raciais em concursos avança em prefeituras do ES. **A Gazeta**, 24 out. 2024. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/concursos-e-empregos/concursos/criacao-de-cotas-raciais-em-concursos-avanca-em-prefeituras-do-es-1024>. Acesso em: 3 mar. 2025.

⁷⁶ Como apontam IGREJA, Rebecca Lemos; FERREIRA, Gianmarco Loures; ANANIAS, Nathálya Oliveira; OLIVEIRA, Rafael M. S. de; AHUALLI, Iyaromi Feitosa. **Ações afirmativas e burocracia pública: vinte anos de legislação. E-book** (p.17) são, no mínimo, 5.599 órgãos de Poder Legislativo no Brasil, considerando as três esferas da federação e o Distrito Federal, além da competência normativa de órgãos do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e de órgãos autônomos, o que torna praticamente impossível mapear, em nível nacional, federal, estadual, distrital e municipal todas as normas vigentes tratando da matéria.

dependem, bem como por expectativas culturais da sociedade na qual as organizações funcionam”⁷⁷.

O Ministério Público e a Defensoria Pública não são instituições com exemplo notório de políticas institucionais antirracistas. Em ambas, (i) não há diversificação do perfil étnico-racial de seus profissionais e (ii) a demarcação racial é feita nas instituições com indicadores de raça/cor, mas sem que haja estudos quantitativos ou qualitativos que avaliem tais dados⁷⁸. Ainda assim, mesmo com a tardia adoção de políticas afirmativas próprias no que concerne ao Conselho Nacional do Ministério Público⁷⁹ e à Defensoria Pública da União⁸⁰⁻⁸¹, ambas em 2017, as respectivas carreiras de âmbito estadual passaram a enviar notificações, abrir processos administrativos preliminares e ingressar com ações civis públicas para obrigar os entes públicos a adotarem políticas do gênero.

O caso do Paraná merece destaque, tendo em vista o alcance da atuação ministerial. Segundo dados produzidos pelo próprio Ministério Público do Paraná (MPPR)⁸², antes do início de sua atuação, apenas 20 dos 399 municípios do estado possuíam lei sobre política de cotas raciais em concursos públicos municipais. Após a atuação ministerial, 116 municípios aprovaram projetos de lei versando sobre o referido assunto.

⁷⁷ DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter. W. The Iron Cage Revisited Institutional Isomorphism and Collective Rationality. p. 147.

⁷⁸ MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. Ministério Público e domínio racial: poucas ilhas negras em um arquipélago não-negro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, p. 258–286, 2020 e FÓRUM JUSTIÇA & CRIOLA (org.). *Dinâmicas de reprodução e enfrentamento ao racismo institucional na Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Fórum Justiça, 2020. 445 p. Disponível em: <https://forumjustica.com.br/forum-justica-e-criola-lancam-a-publicacao-dinamicas-de-reproducao-e-enfrentamento-ao-racismo-institucional-na-defensoria-publica/>. Acesso em: 3 mar. 2025.

⁷⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 170, de 13 de junho de 2017**. Brasília: CNMP, [2017]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-170.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2025.

⁸⁰ BRASIL. Conselho Superior da Defensoria Pública da União. **Resolução nº 135, de 26 de janeiro de 2017**. Brasil: Conselho Superior da Defensoria Pública da União, [2017].

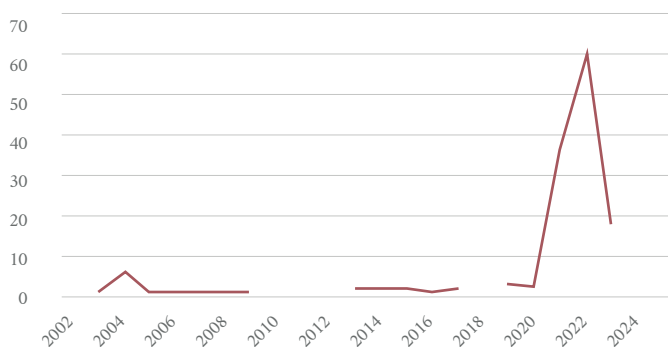
⁸¹ Os âmbitos federais não são hierarquicamente superiores aos âmbitos estaduais, mas, por isomorfismo mimético, esses órgãos federais tendem a servir como parâmetro para as instituições estaduais.

⁸² PARANÁ. Ministério Público do Paraná. Aprovados Projetos de Lei de Cotas Raciais em pelo menos 121 municípios do Estado, após atuação do Ministério Público do Paraná. **CAOP Informa**, 20 set. 2016. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/direito/Noticia/Aprovados-Projetos-de-Lei-de-Cotas-Raciais-em-pelo-menos-121-municipios-do-Estado>. Acesso em: 26 fev. 2025.

Por meio do Núcleo de Promoção da Igualdade Racial (NUPIER)⁸³, foram expedidas, nos anos de 2021 e 2022, inúmeras recomendações administrativas dirigidas aos prefeitos e presidentes das câmaras de vereadores para a adoção imediata de cotas raciais em concursos públicos municipais⁸⁴.

De fato, no Estado do Paraná, a atuação do Ministério Público é determinante para a produção de novas normas. O efeito é ainda mais surpreendente ao considerar que não percebem efeitos da segunda geração de ações afirmativas em 2014 e 2015, como se pode observar na Figura 4 abaixo.

Figura 4 – Início da vigência de normas sobre cotas raciais nos serviços públicos por ano no estado do Paraná



Fonte: elaboração dos autores

De uma lei por ano, passa-se a 37 em 2021; 60 em 2022; e 18 em 2023. Apenas em 2024, houve revogação, no município de Ubitatã, de norma aprovada em 2015 tratando da matéria.

Em um movimento semelhante, o estado do Espírito Santo (ES) avança na política por meio do isomorfismo coercitivo. De acordo com Sanchotene⁸⁵, a demanda inicial partiu do Movimento Negro Unificado (MNU) do ES, no ano de 2020, que acionou a Comissão de Direitos Humanos da Defensoria Pública do

⁸³ Informações disponíveis em: <https://site.mppr.mp.br/nupier>. Acesso em: 3 mar. 2025.

⁸⁴ O modelo de Recomendação está disponível em: https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/Nupier/Orientacoes_juridicas_Modelos/recadm2017.pdf. Acesso em: 3 mar 2025.

⁸⁵ SANCHOTENE, Diná. Criação de cotas raciais em concursos avança em prefeituras do ES.

Espírito Santo (DPES). A partir disso, foram expedidos ofícios solicitando informações acerca da existência de normas locais, recomendações para sua adoção e propositura de ações civis públicas.

Nessa linha, dos 78 municípios capixabas, apenas nove possuíam legislação voltada a reserva de vagas para negros e indígenas em concursos públicos ou processos seletivos no período anterior a 2020. Após a atuação da DPES, 25 passaram a regulamentar a matéria⁸⁶. Outrossim, das 64 ações civis públicas movidas, 10 tiveram resultados favoráveis com a procedência da ação; liminar deferida determinando a aplicação de reserva nos concursos municipais; ou a perda do objeto, pela aprovação de normas, após o ajuizamento de ação. Um total de 12 recomendações foram acolhidas pelos municípios e, mediante os ofícios expedidos, três regulamentaram a matéria.

Dessa forma, compreende-se que novos estudos são necessários para se identificar, em outros estados, os efeitos do isomorfismo, buscando fazer uma distinção das seguintes hipóteses: a existência de outras leis se mostra mais influente ou a atuação de órgãos de controle se faz mais presente.

Outra alteração identificada, dessa vez quanto ao conteúdo, é uma tendência de as normas produzidas ou alteradas no período disporem detalhadamente sobre a forma da autodeclaração. Embora a previsão expressa de comissões de heteroidentificação não seja ainda unanimidade, há um progresso quando comparado ao período anterior. As novas normas em geral trazem a previsão de avaliação da autoidentificação ou à obrigatoriedade de se dispor a respeito no edital do certame.

Um problema que se mantém, no entanto, é o baixo número de normas que estabelecem a aplicação de reserva de vagas também para cargos comissionados. Como discutido anteriormente, essa medida é essencial para criar condições de desenvolvimento de uma burocracia representativa ativa.

⁸⁶ ESPÍRITO SANTO. Defensoria Pública do Espírito Santo. **Diagnóstico de atuação da Defensoria Pública para:** reserva de vagas para negros e indígenas em concursos e processos seletivos nos municípios do Espírito Santo. Vitória: Defensoria Pública do Espírito Santo, 2024. *E-book* (p. 5). Disponível em: <https://adepes.com.br/wp-content/uploads/2024/07/Diagnostico-Reserva-de-Vagas-para-Negros-e-Indigenas-no-Espirito-Santo-DPES-2020-2024.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2025.

5. A Nova Lei de Cotas no serviço público federal

Em 2024, o governo federal anunciou uma proposta de nova lei de cotas no serviço público, a tramitar em substituição ao original Projeto de Lei n.º 1958/2021, apresentado pelo senador Paulo Paim⁸⁷. A nova Lei n.º 15.142, de 3 de junho de 2025, recentemente aprovada, prevê inúmeros avanços em relação à Lei n.º 12.990/2014, buscando corrigir lacunas e ampliar a abrangência.

Houve a ampliação de 20% para 30% no percentual de reserva de vagas para pessoas negras, além de aplicação para indígenas e quilombolas. Além disso, previu-se a padronização nacional do procedimento de confirmação complementar à autodeclaração de pessoas pretas e pardas, com reavaliação a cada dois anos.

Como apontam Cunha *et al.*⁸⁸, tanto a alteração de 20% para 30% na reserva de vagas quanto a alteração de aplicação da norma quando duas vagas são oferecidas nos certames públicos têm o potencial de acelerar a transformação da administração pública. No ritmo atual de aplicação de 20% de reserva de vagas, apenas em 2060, 48% dos servidores seriam negros. No novo percentual, esse número poderia ser atingido em 2047, 13 anos antes.

Logo, o desafio é regulamentar e assegurar, na prática, os avanços da lei, bem como conjugá-la com o Decreto n.º 11.443, de 2023, que dispõe sobre o preenchimento por pessoas negras em cargos em comissão e funções de confiança no âmbito federal, podendo ambas as normativas servirem como um novo paradigma para estados e municípios.

6. Conclusão

Procurou-se demonstrar que as cotas raciais na administração pública são uma ferramenta significativa para a luta antirracista e a formação de uma burocracia representativa no Estado brasileiro. As políticas afirmativas de recorte racial, além

⁸⁷ O PL n.º 1958/2021, como proposto em 26/05/2021, previa apenas a reprodução do texto da Lei n.º 12.990, de 9/06/2014, prorrogando sua vigência por mais dez anos (2024 a 2034).

⁸⁸ CUNHA, Alexandre Campos da; BITTENCOURT, Mirian; SAITA, Roberta Tiemi; VENTURINI Anna Carolina. Ampliar as cotas para acelerar a transformação do serviço público. *Jota*, p. 1–3, 20 nov. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ampliar-as-cotas-para-acelerar-a-transformacao-do-servico-publico>. Acesso em: 3 mar. 2025.

de servirem a um propósito de reparação e diversidade, têm como função primordial a promoção da justiça social. Na medida que correspondem a um mecanismo voltado ao combate à desigualdade, devem ter lugar de destaque no enfrentamento ao racismo, cujas estruturas se refletem nas instituições públicas. Embora o ciclo vicioso de exclusão política e de direitos, por falta de reconhecimento, se retroalimente com poderosa força, um ciclo virtuoso de aproximação, inclusão e redistribuição também pode ser gerido, obedecendo a uma dinâmica sistêmica que amplie o acesso e a geração de novas políticas públicas sensíveis aos grupos minoritários. O isomorfismo mimético e o coercitivo são mecanismos que podem explicar a ampliação desse ciclo de incremento na política no país.

Buscou-se, também, apresentar a perspectiva da burocracia representativa, apontando como se ter um serviço público que espelhe a sociedade é requisito para um país democrático que, ao agir assim, demonstra abertura para ocupação de todos os setores da sociedade por pessoas negras. A limitação identificada quanto a esse ponto é que, não obstante o crescimento de normas regendo cotas raciais nos serviços públicos, ainda há carência de mecanismos que tornem a população negra proporcionalmente presente no Estado, especialmente em cargos de maior hierarquia e comando.

Nesse ponto, é necessário ter uma maior representação passiva e criar mecanismos que favoreçam uma representação ativa, assegurando que pessoas negras, ao ingressarem no serviço público, também possam ocupar cargos de chefia, direção e assessoramento e valer de suas experiências pessoais para tematizar questões ignoradas por algumas maiorias a favor de seu grupo de origem.

As ações afirmativas de recorte racial, principalmente quando voltadas à burocracia pública, têm o potencial de contribuir para a transformação dessa burocracia e, em última análise, da sociedade brasileira. Como as políticas públicas são formuladas no interior do Estado, é de dentro dele que uma mudança de paradigma pode vir a ocorrer. Os estudos até então realizados têm esbarrado na ausência de informações que possibilitem mensurar se esse diagnóstico otimista de fato está em curso ou não. Conforme há consignado, não se faz política pública sem dados precisos⁸⁹. Portanto, a pretensão inicial deste estudo é de suprir um pouco a lacuna existente e demonstrar que, apesar das inúmeras dificuldades, há um conjunto de evidências apontando para o aumento de mecanismos de combate à desigualdade racial no Brasil. O efetivo impacto desses mecanismos, em termos de resultados

⁸⁹ OSÓRIO, Rafael Guerreiro. *Desigualdades raciais e de gênero no serviço público civil*. 116 p.

mensuráveis em relação ao aumento do número de ingressos de pessoas negras no serviço público e o quanto essa burocracia consegue ser representativa demandarão ainda mais investigações.

Pode-se concluir, por ora, que há manutenção e um efetivo crescimento de normas tratando de cotas raciais no serviço público. Conhecer os mecanismos legais, em maior profundidade, é o próximo objetivo para contribuir com o debate sobre a luta antirracista no Brasil.

Referências

ABERS, Rebecca; TATAGIBA, Luciana. Institutional Activism: Mobilizing For Women's Health From Inside The Brazilian Bureaucracy. 38º Encontro Anual da ANPOCS – GT14 - Entre as ruas e os gabinetes: institucionalização e contestação nos movimentos sociais latino-americanos. **Anais**, p. 1-32, 2015.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é Racismo Estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ANDREWS, George Reid. **Negros e brancos em São Paulo (1988-1988)**. Bauru: EDUSP, 1998.

ÂNGELO, Cristina Aparecida Pimenta dos Santos.; ARRUDA, Dyego de Oliveira; SOUZA, Mário Luiz de. Dilemas e desafios em torno da inclusão de pessoas negras a partir das cotas raciais em concursos públicos. **Barbarói**, n. 61, p. 85–101, maio 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/16329>. Acesso em: 4 jul. 2025.

BOLOGNESI, Bruno; RIBEIRO, Ednaldo; CODATO, Adriano. Uma nova classificação ideológica dos partidos políticos brasileiros. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 66, n. 2, p. 1–31, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/dados.2023.66.2.303>. Acesso em: 3 mar. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê – Projeto de Lei nº 1.332**, [1983]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1167638&filename=Dossie-PL%201332/1983. Acesso em: 24 fev. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 170, de 13 de junho de 2017**. Dispõe sobre a reserva aos negros do mínimo de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos do Conselho Nacional do Ministério Público e do Ministério Público brasileiro, bem como de ingresso na carreira de membros dos órgãos enumerados no art. 128, incisos I e II, da Constituição Federal. Brasília: CNMP, [2017]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-170.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2025.

BRASIL. Conselho Superior da Defensoria Pública da União. **Resolução nº 135, de 26 de janeiro de 2017**. Dispõe sobre a adoção de ações afirmativas para ingresso de negros(as) e indígenas na carreira de Defensor Público Federal e dá outras providências. Brasil: Conselho Superior da Defensoria Pública da União, [2017].

BRASIL. **Decreto nº 11.443, de 21 de março de 2023**. Dispõe sobre o preenchimento por pessoas negras de percentual mínimo de cargos em comissão e funções de confiança no âmbito da administração pública federal. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11443.htm. Acesso em: 4 jul. 2025.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1943]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 4 jul. 2025.

BRASIL. Governo Federal. **Relatório de servidores ativos por Cor/Raça e Etnia**, [2023]. Disponível em: <https://www.gov.br/servidor/pt-br/observatorio-de-pessoal-govbr/relatorio-de-servidores-ativos-por-etnia>. Acesso em: 3 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 15.142, de 3 de junho de 2025**. Reserva às pessoas pretas e pardas, indígenas e quilombolas o percentual de 30% (trinta por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União e nos processos seletivos simplificados para o recrutamento de pessoal nas hipóteses de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público para os órgãos da administração pública federal direta, as autarquias e as fundações públicas; e revoga a Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Brasília: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2025/lei/L15142.htm. Acesso em: 4 jul. 2025.

BRASIL. Ministério Público da União. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Coordenação dos Núcleos de Direitos Humanos. Núcleo de Enfrentamento à Discriminação. **Recomendação nº 05/2016-CNDH**. Recomenda ao CEBRASPE que crie comissão de verificação da autodeclaração de candidatos inscritos por cotas para negros em concursos públicos organizados pela banca. Brasília: CNDH, [2016]. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/nucleos/ned/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_n._05.2016_CNDH_-_Comiss%C3%A3o_de_cotas_para_negros_em_concursos._CESPE-CEBRASPE.pdf. Acesso em: 26 fev. 2025.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Distrito Federal. **Recomendação nº 132/2025**. Distrito Federal: MPF, [2015]. Disponível em: www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/RecomendaoMpog.pdf. Acesso em: 26 fev. 25.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 866435/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio, 26 de maio de 2015.

CALDAS, Ana Carolina. No Paraná, 118 municípios aprovaram lei das cotas raciais para concursos. **Brasil de Fato**, 30 jul. 2023. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2023/07/30/no-parana-118-municipios-aprovaram-lei-das-cotas-raciais-para-concursos/>. Acesso em: 3 mar. 2025.

CARVALHO, José Jorge de. As ações afirmativas como resposta ao racismo acadêmico e seu impacto nas ciências sociais brasileiras. **Teoria e Pesquisa**, v. 42/43, n. Dossiê relações raciais no Brasil, p. 303–340, jan/jul 2003. Disponível em: <https://biblioteca.flacso.org.br/files/2013/03/1071.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2025.

CARVALHO, Leticia. Afroconveniência: candidato tenta entrar no Itamaraty por meio das cotas, é barrado, mas consegue liminar. **Metrópoles**, Distrito Federal, 13 ago. 2016. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/afroconveniencia-candidato-tenta-entrar-no-itamaraty-por-meio-das-cotas-e-barrado-mas-consegue-liminar>. Acesso em: 26 fev. 25.

CHADE, Jamil. Políticas de igualdade racial fracassaram no Brasil, afirma ONU. **Estado de São Paulo (Estadão)**, São Paulo, 14 mar. 2016. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/brasil/politicas-de-igualdade-racial-fracassaram-no-brasil--afirma-onu/?srsltid=AfmBOoqHBRbLw3F50el5GIhvoeAP0PfNkrqH2VQ2jwR44tmULt9JxMqM>. Acesso em: 3 mar. 2025.

COMO EVITAR fraudes nas cotas raciais? **Carta Capital**, 26 ago. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/como-evitar-fraudes-nas-cotas-raciais>. Acesso em: 26 fev. 25.

CUNHA, Alexandre Campos da; BITTENCOURT, Mirian; SAITA, Roberta Tiemi; VENTURINI Anna Carolina. Ampliar as cotas para acelerar a transformação do serviço público. **Jota**, p. 1–3, 20 nov. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ampliar-as-cotas-para-acelerar-a-transformacao-do-servico-publico>. Acesso em: 3 mar. 2025.

DE OLIVEIRA, Dennis. **Racismo estrutural**: uma perspectiva histórico-crítica. São Paulo: Dandara, 2021.

DE OLIVEIRA, Osmany Porto; PAL, Leslie. A. Novas fronteiras e direções na pesquisa sobre transferência, difusão e circulação de políticas públicas: agentes, espaços, resistência e traduções. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, p. 199–220, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/74659/71499>. Acesso em: 4 jul. 2025.

DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JUNIOR, Paulo Roberto Faber (org.). **Heteroidentificação e cotas raciais**: dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS Campus Canoas, 2018. Disponível em: https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Heteroidentificacao_livro_ed1-2018.pdf. Acesso em: 3 mar. 2025.

DIEESE: DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Infográfico: A inserção da população negra no mercado de trabalho. **DIEESE**, [2023]. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/infografico/2023/populacaoNegra.html>. Acesso em: 3 mar. 2025.

DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The Iron Cage Revisited Institutional Isomorphism and Collective Rationality. **Economics Meets Sociology in Strategic Management**. Published online 10 mar. 2015. Disponível em: [https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1016/s0742-3322\(00\)17011-1/full/html](https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1016/s0742-3322(00)17011-1/full/html). Acesso em: 4 jul. 2025.

DOLAN, Julie; ROSENBLOOM, David H. **Representative Bureaucracy**: classic readings and continuing controversies. New York: Routledge, 2015.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. **Tempo**, Niterói, v. 12, n. 23, p. 100–122, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-77042007000200007>. Acesso em: 3 mar. 2025.

DYE, Thomas. R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Franciso G.; SALM, José Francisco (org.). **Políticas Públicas e desenvolvimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010. p. 99–129.

ESPÍRITO SANTO. Defensoria Pública do Espírito Santo. **Diagnóstico de atuação da Defensoria Pública para:** reserva de vagas para negros e indígenas em concursos e processos seletivos nos municípios do Espírito Santo. Vitória: Defensoria Pública do Espírito Santo, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://adepes.com.br/wp-content/uploads/2024/07/Diagnostico-Reserva-de-Vagas-para-Negros-e-Indigenas-no-Espirito-Santo-DPES-2020-2024.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2025.

FELIPE, Delton A.; LIMA, Fernanda da Silva. **Cotas raciais:** gestão, implementação e permanência. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2022.

FERES JÚNIOR, João; VENTURINI, Anna Carolina; CAMPOS, Luiz Augusto; DAFLON, Verônica Toste. **Ação afirmativa:** conceito, história e debates. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2018.

FERREIRA, Gianmarco Loures. **A Lei de Cotas no serviço público federal:** sub-representação legal nas ações afirmativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERREIRA, Gianmarco Loures. **Quem são os destinatários das cotas raciais em concursos públicos para as comissões de verificação?** Brasília: II Jornada de Estudo Negros, set. 2018. Disponível em: <https://calundublog.files.wordpress.com/2019/05/anais-ii-jornada-de-estudos-negros-atualizado.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2025.

FERREIRA, Gianmarco Loures. **(Des)igualdade no serviço público:** burocracia, ativismo e as ações afirmativas raciais na diplomacia brasileira. Curitiba: CRV, 2023.

FERREIRA, Maria Aparecida Chagas. **Burocracia de Estado e políticas de promoção da igualdade racial**. 2014. 276 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

FERREIRA, Maria Aparecida Chagas; COSTA, Marcelo Marchesini da; SILVA, Tatiana Dias. O que influencia a adoção de cotas em programas de pós-graduação? **Educação & Sociedade**, v. 43, p. e253146, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/ES.253146>. Acesso em: 4 jul. 2025.

FÓRUM JUSTIÇA & CRIOLA (org.). **Dinâmicas de reprodução e enfrentamento ao racismo institucional na Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Fórum Justiça, 2020. Disponível em: <https://forumjustica.com.br/forum-justica-e-criola-lancam-a-publicacao-dinamicas-de-reproducao-e-enfrentamento-ao-racismo-institucional-na-defensoria-publica/>. Acesso em: 3 mar. 2025.

GRISA, Catia; SCHNEIDER, Sergio. Três gerações de políticas públicas para a agricultura familiar e formas de interação entre sociedade e estado no Brasil. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, v. 52, p. 125–146, 2014.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 1999.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Ação afirmativa, autoritarismo e liberalismo no Brasil de 1968. **Novos Estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 101, p. 5–25, mar. 2015.

IGREJA, Rebecca Lemos. **Estado, diferença cultural e políticas multiculturalistas**: Uma comparação entre Brasil e México. 2005. 371 f. Tese (Doutorado em Antropologia) - Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, Universidade de Brasília, Brasília, 2005a. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/43931>. Acesso em: 4 jul. 2025.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Estado Brasileiro e as Ações Afirmativas. **Revista ADVIR**, v. 19, p. 36–50, set. 2005b.

IGREJA, Rebecca Lemos. Combate al racismo y la discriminación racial en Brasil: legislación y acción institucional. **Desacatos**, Ciudad de México, n. 51, p. 32–49, maio/ ago. 2016. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-050X2016000200032. Acesso em: 4 jul. 2025.

IGREJA, Rebecca Lemos; FERREIRA, Gianmarco Loures; ANANIAS, Nathália Oliveira; OLIVEIRA, Rafael M. S. de; AHUALLI, Iyaromi Feitosa. **Ações afirmativas e burocracia pública**: vinte anos de legislação. Brasília: Flacso, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.flacso.org.br/?publication=acoes-afirmativas-e-burocracia-publica-vinte-anos-de-legislacao>. Acesso em: 3 mar 2025.

IGREJA, Rebecca Lemos; AGUDELO, Carlos. Afrodescendentes na América Latina e Caribe: novos caminhos, novas perspectivas em um contexto global multicultural. **Revista de Estudos & Pesquisas sobre as Américas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 13–28, ago. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/18475>. Acesso em: 3 mar 2025.

IGREJA, Rebecca Lemos; FERREIRA, Gianmarco Loures. The Brazilian Law of Racial Quotas put to the test of labor justice: a legal case against Banco do Brasil. **Latin American and Caribbean Ethnic Studies**, v. 14, n. 3, p. 294-317, 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17442222.2019.1667635>. Acesso em: 3 mar. 2025.

JACCOUD, Luciana (org.). **A construção de uma política de promoção da igualdade racial**: uma análise dos últimos 20 anos. Brasília: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2009.

JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalia. **Desigualdades Raciais no Brasil**: um balanço da intervenção governamental. Brasília: Ipea, 2002.

KINGSLEY, John Donald. **Representative Bureaucracy**: an interpretation of the British civil service. Yellow Spring: Antioch Press, 1944.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 88, p. 141-184, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452013000100006>. Acesso em: 3 mar. 2025.

KRISLOV, Samuel. **Representative Bureaucracy**. New Orleans: Quid Pro Books, 2012.

LIMA, Paola. Senado aprova cota para negros em concursos públicos. **Senado Notícias**, 22 maio 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/05/20/senado-aprova-cota-para-negros-em-concursos-publicos>. Acesso em: 03 mar. 2025.

MAPA DE AÇÕES AFIRMATIVAS. **Ações afirmativas raciais e burocracia pública**, [2025]. Mapa georreferenciado com ações afirmativas no serviço público. Disponível em: <https://mapadeacoesafirmativas.com>. Acesso em: 3 mar. 2025.

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. Ministério Público e domínio racial: poucas ilhas negras em um arquipélago não-negro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 10, n. 2, p. 258-286, 2020.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: História e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, n. 117, p. 197-217, nov. 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742002000300011>. Acesso em: 3 mar. 2025.

MOSHER, Frederick C. **Democracy and the public service**. New York: Oxford University Press, 1968.

NUNES, Paula. Sou porque nós somos: precisamos de uma mulher negra no STF. **Carta Capital**, p. 1–11, 22 set. 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opiniaao/sou-porque-nos-somos-precisamos-de-uma-mulher-negra-no-stf/>. Acesso em: 3 mar. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías relativo a su misión al Brasil**. ONU: p. 1-22, 2016. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g16/021/36/pdf/g1602136.pdf?OpenElement>. Acesso em: 3 mar. 2025.

OSÓRIO, Rafael Guerreiro. **Desigualdades raciais e de gênero no serviço público civil**. Brasília: OIT - Secretaria Internacional do Trabalho, 2006.

PARANÁ. Ministério Público do Paraná. Aprovados Projetos de Lei de Cotas Raciais em pelo menos 121 municípios do Estado, após atuação do Ministério Público do Paraná. **CAOP Informa**, 20 set. 2016. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/direito/Noticia/Aprovados-Projetos-de-Lei-de-Cotas-Raciais-em-pelo-menos-121-municipios-do-Estado>. Acesso em: 26 fev. 2025.

PARANÁ. Ministério Público do Paraná. **Núcleo de Promoção da Igualdade Étnico-Racial – NUPIER**, [2025]. Página inicial. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/nupier>. Acesso em: 3 mar. 2025.

PARANÁ. Ministério Público do Paraná. **Modelo de Recomendação Administrativa N. 2017**. Paraná: MPPR, [2017]. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/Nupier/Orientacoes_juridicas_Modelos/recadm2017.pdf. Acesso em: 3 mar 2025.

PIRES, Thula Rafaela de O. **Criminalização do racismo**: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. 2013. 323 f. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica (PUC), Rio de Janeiro, 2013.

REYGADAS, Luis; FILGUEIRA, Fernando. Desigualdad y crisis de incorporación: la caja de herramientas de políticas sociales de la izquierda. In: SANTOS, Theotonio dos (Ed.). **América Latina y el Caribe**: escenarios posibles y políticas sociales. Montevideo: FLACSO, Unesco, 2011. p. 133–160.

RIBEIRO, Matilde. **Políticas de promoção da igualdade racial no Brasil** (1986–2010). Rio de Janeiro: Garamond, 2014.

SANCHOTENE, Diná. Criação de cotas raciais em concursos avança em prefeituras do ES. **A Gazeta**, 24 out. 2024. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/concursos-e-empregos/concursos/criacao-de-cotas-raciais-em-concursos-avanca-em-prefeituras-do-es-1024>. Acesso em: 3 mar. 2025.

SANTOS, Natália Neris da Silva. **A voz e a palavra do movimento negro na Assembleia Nacional Constituinte** (1987/1988): um estudo das demandas por direito. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

SILVA, Tatiana Dias. **Mudança institucional, discurso e instituições**: políticas públicas de igualdade racial no governo federal de 2000 a 2014. 2019. 257 f. Tese (Doutorado), Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. **Nota Técnica nº 17** - Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013. Brasília: IPEA, 2014. p. 1-27. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5781/1/NT_n17_Reserva-vagas-negros-concursos-publicos_Disoc_2014-fev.pdf. Acesso em: 4 jul. 2025.

TELLES, Edward Eric. **Racismo à brasileira**: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

THERBORN, Göran. Os campos de extermínio da desigualdade. **Novos Estudos - CEBRAP**, São Paulo, n.º 87, p. 145–156, jul. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002010000200009>. Acesso em: 3 mar. 2025.

THOMPSON, Frank J. Minority groups in public bureaucracies: are passive and active representation linked? **Administration and Society**, v. 8, n. 2, p. 201–226, 1976.

TILLY, Charles. **Durable inequality**. Berkeley: University of California Press, 1998.

VASAK, Karel. Uma luta de 30 anos: os esforços permanentes para atribuir força normativa à Declaração Universal dos Direitos Humanos (A 30 Year Struggle: the Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights). Tradução: Thiago Pádua. **SSRN**, p. 20-29, 2023, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4454650>. Acesso em: 18 jun. 2025.

VOLPE, Ana Paula Sampaio; SILVA, Tatiana Dias. **Reserva de vagas para negros na administração pública**: relatório de pesquisa. Brasília: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2016. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7461/1/RP_Reserva_2016.pdf. Acesso em: 3 mar. 2025.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos
da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a458>

Data de submissão: 6/3/2025

Data de aprovação: 15/4/2025

Litigantes vulneráveis e acesso ao Poder Judiciário^{1-*}

Vulnerable litigants and access to the courts

Litigantes vulnerables y acceso al Poder Judicial

Fredie Didier Jr.²

Universidade Federal da Bahia (Salvador, BA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9870-7191>

E-mail: frediedidier@gmail.com

Leandro Fernandez³

Faculdade Baiana de Direito (Salvador, BA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4179-6116>

E-mail: fernandez.leandro@hotmail.com

Resumo

O artigo analisa as técnicas, os procedimentos e as iniciativas institucionais para a promoção do acesso ao Poder Judiciário por pessoas em situação de vulnerabilidade. A metodologia adotada na pesquisa é teórica, de caráter dedutivo dogmático. Conclui-se este estudo com o reconhecimento da existência de fundamentos normativos e atuações institucionais destinados a concretizar a garantia de igualdade de acesso à justiça para todos.

¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Litigantes vulneráveis e acesso ao Poder Judiciário. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 529-558, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a458>.

*Este ensaio é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq no endereço: [\[dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053\]](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

² Professor Titular da Universidade Federal da Bahia (Brasil), nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado. Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Livre-Docente pela USP. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3021268770189132>.

³ Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2473885608074815>.

Palavras-chave

Litigantes vulneráveis; acesso à justiça; Poder Judiciário.

Sumário

1. Introdução. 2. O Código de Processo Civil e as pessoas vulneráveis. 3. A curatela especial e o dever judicial de zelar pela igualdade processual. 4. Outras técnicas destinadas à adequação do processo para o acesso ao Poder Judiciário por litigantes vulneráveis. 5. Algumas palavras sobre a indisponibilidade do direito e sua relação com os modos adequados de solução de problemas jurídicos. 6. O Conselho Nacional de Justiça e os litigantes vulneráveis. 7. Conclusão.

Abstract

The article analyzes the techniques, procedures and institutional initiatives to promote access to the Judiciary for vulnerable litigants. The methodology adopted in the research is theoretical, of a dogmatic deductive nature. It concludes by recognizing the existence of normative foundations and institutional actions designed to achieve the guarantee of equal access to justice for all.

Keywords

Vulnerable litigants; access to justice; Judiciary.

Contents

1. Introduction. 2. The Civil Procedure Code and vulnerable people. 3. Special guardianship and the judicial duty to ensure procedural equality. 4. Other techniques aimed at adapting the process for access to the Judiciary by vulnerable litigants. 5. A few words on the unavailability of the right and its relationship with appropriate ways of solving legal problems. 6. National Council of Justice and vulnerable litigants. 7. Conclusion.

Resumen

El artículo analiza las técnicas, procedimientos e iniciativas institucionales para promover el acceso al Poder Judicial de las personas en situación de vulnerabilidad. La metodología adoptada en la investigación es teórica, de carácter dogmático deductivo. Concluye reconociendo la existencia de fundamentos normativos y acciones institucionales destinadas a garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos.

Palabras clave

Litigantes vulnerables; acceso a la justicia; Poder Judicial.

Índice

1. Introducción. 2. El Código de Processo Civil brasileño y las personas vulnerables. 3. La tutela especial y el deber judicial de garantizar la igualdad procesal. 4. Otras técnicas dirigidas a adecuar el proceso de acceso al Poder Judicial de los litigantes vulnerables. 5. Unas palabras sobre la indisponibilidad del derecho y su relación con las formas adecuadas de resolver los problemas jurídicos. 6. El Consejo Nacional de Justicia y los litigantes vulnerables. 7. Conclusión.

1. Introdução

Uma das características mais importantes do sistema brasileiro de justiça multiportas é a adequação⁴, que é analisada não somente considerando o perfil do problema jurídico, mas também os aspectos existenciais e circunstanciais dos sujeitos com ele envolvidos.

A partir dessa diretriz, o comando decorrente do art. 7º do Código de Processo Civil é concretizado, no âmbito do processo judicial, por meio de mecanismos de adaptação do processo para assegurar efetivo acesso ao Poder Judiciário por pessoas em situação de vulnerabilidade — em consonância com o objetivo de desenvolvimento sustentável n. 16 da Organização das Nações Unidas, referente à garantia de igualdade de acesso à justiça para todos (item 16.3).

É possível, e necessário, sem dúvida, haver adaptações com idêntica finalidade também no âmbito de outras portas de acesso à justiça (a exemplo da prioridade assegurada a processos administrativos em que seja parte ou interessado pessoa idosa), como, aliás, estimulado nas *Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade*⁵. No entanto, aparentemente, essas providências ainda não estão suficientemente estruturadas, a ponto de permitir sua sistematização. Por isso, este ensaio foca o acesso à justiça sob a perspectiva do acesso ao Poder Judiciário.

⁴ Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 132-147.

⁵ Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>>. Vide, ainda, o Enunciado n. 182 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: “A vulnerabilidade de uma das partes não impede, por si só, a busca pela resolução consensual do conflito, mas exige a observância do dever de informação adequada, que permita a compreensão dos riscos e benefícios do processo consensual desenvolvido, além da aplicação de técnicas específicas que permitam uma igual participação entre partes em situação de desequilíbrio”.

A vulnerabilidade impõe ao indivíduo restrições à liberdade para prática de atos, colocando-o em posição de desigualdade em relação às demais pessoas, podendo estar ou não associada a características intrínsecas do sujeito ou a aspectos sociais e econômicos⁶.

O objetivo deste ensaio é analisar as técnicas, procedimentos e iniciativas institucionais para a promoção do acesso ao Poder Judiciário por pessoas em situação de vulnerabilidade. A metodologia adotada na pesquisa é teórica, de caráter dedutivo dogmático.

2. O Código de Processo Civil (CPC) e as pessoas vulneráveis

Em razão de a tramitação dos respectivos projetos de lei ter ocorrido no mesmo período histórico, o Código de Processo Civil de 2015 foi muito influenciado pelas discussões e propostas que acabaram culminando no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015)⁷.

Havia, durante a elaboração do novo Código de Processo Civil, uma clara preocupação com a construção de um texto compatível (em suas disposições e em sua terminologia) com as inovações e, especialmente, com o espírito do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Não por acaso, o Código de Processo Civil talvez seja a primeira lei a mencionar expressamente o termo *vulnerabilidade*.

Mas as pessoas com deficiência não são os únicos litigantes vulneráveis alvo de atenção do Código de Processo Civil, que contém dispositivos que instrumentalizam a proteção de diversos grupos vulneráveis⁸.

⁶ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. 2. ed. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2018, p. 133-142; EXPÓSITO, Gabriela. **A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 30-34.

⁷ É interessante observar que o Código de Processo Civil de 2015 foi sancionado em 16 de março de 2015, *antes* do Estatuto da Pessoa com Deficiência (6 de julho de 2015), mas teve período de *vacatio legis* superior a ele, razão pela qual o CPC/2015 entrou em vigor *após* o Estatuto da Pessoa com Deficiência. As questões de direito intertemporal decorrentes desse curioso fenômeno foram abordadas, ainda em 2015, em DIDIER JR., Fredie. *Editorial 187: Estatuto da pessoa com deficiência, Código de processo civil de 2015 e Código civil: uma primeira reflexão*. Disponível em <<https://frediedidier.com.br/editorial-187/>>. Acesso em 2 mar. 2025.

⁸ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 225-284; TARTUCE, Fernanda. "Vulnerabilidade processual no novo CPC". In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). **Coleção Repercussões do Novo CPC: Defensoria pública**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 283-311.

O Código de Processo Civil prevê: *a*) a competência do foro do domicílio do representante ou do assistente quando o incapaz for réu (art. 50); *b*) a competência do domicílio do guardião de filho incapaz e do domicílio da vítima de violência doméstica e familiar para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável (art. 53, I, *a* e *d*); *c*) a competência do domicílio ou residência do alimentando para a ação em que se pedem alimentos (art. 53, II); *d*) a competência do lugar de residência da pessoa idosa para a causa que verse sobre direito previsto na Lei n. 10.741/2003 (art. 53, III, *e*); *e*) que o incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei (art. 71); *f*) a nomeação de curador especial ao incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade (art. 72, I); *g*) intérprete ou tradutor quando necessário para realizar a interpretação simultânea dos depoimentos das partes e testemunhas com deficiência auditiva que se comuniquem por meio da Língua Brasileira de Sinais, ou equivalente, quando assim for solicitado (art. 162, III); *h*) o dever de intimação do Ministério Público para intervir como fiscal da ordem jurídica nos processos que envolvam interesse de incapaz (art. 178, II); *i*) a diretriz geral de publicidade dos atos processuais, admitindo, entretanto, entre as ressalvas, as ações que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes (art. 189, II); *j*) o dever judicial de controle da validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único); *k*) que as unidades do Poder Judiciário assegurarão às pessoas com deficiência acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica (art. 199); *l*) a vedação à realização de citação quando se verificar que o citando é mentalmente incapaz ou está impossibilitado de recebê-la, bem como, em caso de reconhecimento da impossibilidade, a nomeação de curador ao citando, observando, quanto à sua escolha, a preferência estabelecida em lei e restringindo a nomeação à causa (art. 245, *caput* e § 4º); *m*) a vedação à realização de citação por meio eletrônico ou pelo correio quando o citando for incapaz (art. 247, II); *n*) a vedação ao uso do inventário extrajudicial se houver interessado incapaz (art. 610⁹); *o*) o direito à anulação de

⁹ O *caput* do art. 610 do CPC dispõe que, “[H]avendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial”. É necessário destacar que a vedação à utilização do inventário extrajudicial nas hipóteses de existência de testamento foi afastada pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que atendidas determinadas condições, em interpretação sistemática do mencionado dispositivo com o § 1º do mesmo art. 610 e com os arts. 2.015 e 2.016 do Código Civil (STJ, 4ª T., REsp n. 1.808.767/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 15.10.2019, publicado em 03.12.2019; STJ, 3ª T., REsp n. 1.951.456/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 23.08.2022, publicado em 25.08.2022).

partilha amigável de que tenha participado o incapaz (art. 657); *p*) a possibilidade de o inventário ser processado na forma de arrolamento (art. 664, CPC), ainda que haja interessado incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público (art. 665); *q*) a nomeação de curador especial ao incapaz, se concorrer na partilha com o seu representante, desde que exista colisão de interesses (art. 671, II); *r*) a remissão à legislação específica para disciplinar a ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente, aplicando-se, no que couber, o Código (art. 693, parágrafo único); *s*) a limitação da intervenção do Ministério Público em ações de família quando houver interesse de incapaz ou quando for parte vítima de violência doméstica e familiar (art. 698); *t*) o acompanhamento por especialista, na tomada de depoimento de incapaz, quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental (art. 699); *u*) o dever de o juiz, em ações de guarda, indagar às partes e ao Ministério Público, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação, se há risco de violência doméstica ou familiar (art. 699-A, inserido pela Lei n. 14.713/2023); *v*) vedação da realização extrajudicial de divórcio consensual, separação consensual e extinção consensual de união estável, se houver nascituro ou filhos incapazes (art. 733¹⁰); *w*) humanização do processo de interdição (arts. 751, §3º, 755, II); *x*) a guarda e a administração, por depositário idôneo, de imóvel de incapaz quando não alcançar em leilão pelo menos oitenta por cento do valor da avaliação, adiando-se a alienação por prazo não superior a um ano (art. 896); *y*) prioridade de tramitação dos processos em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos ou portadora de doença grave, daqueles regulados pela Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e daqueles em que figure como parte a vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Essa possibilidade veio a ser expressamente prevista no art. 12-B da Resolução n. 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, inserido pela Resolução n. 571/2024. A realização de inventário extrajudicial mesmo quando existentes interessados menores ou incapazes foi autorizada pelo art. 12-A da mesma Resolução n. 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, também inserido pela Resolução n. 571/2024. Nesse caso, a adoção do procedimento extrajudicial exige que o pagamento do quinhão hereditário ou da meação dos menores ou incapazes ocorra em parte ideal em cada um dos bens inventariados, não sejam praticados atos de disposição relativos aos bens ou direitos de tais interessados e haja manifestação favorável do Ministério Público.

¹⁰ Os arts. 33, § 2º e 46-A da Resolução n. 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, ambos inseridos pela Resolução n. 571/2024, autorizam a realização extrajudicial de divórcio consensual e de extinção consensual de união estável quando existentes filhos comuns do casal menores ou incapazes, desde que comprovada prévia resolução judicial de todas as questões referentes à guarda, à visitação e aos alimentos deles.

3. A curatela especial¹¹ e o dever judicial de zelar pela igualdade processual

É interessante observar a existência de manifestação do Superior Tribunal de Justiça no sentido do reconhecimento da formação de um microsistema de proteção de pessoas vulneráveis no ordenamento jurídico brasileiro¹², com o propósito de assegurar igualdade *ao, no e pelo* processo¹³. A ideia é boa e merece mais aprofundado desenvolvimento. Um dos seus desdobramentos é a admissão do trânsito de técnicas processuais entre diferentes procedimentos criados para a defesa de situações jurídicas de pessoas em condição de vulnerabilidade¹⁴, com fundamento também no art. 327, § 2º, do CPC¹⁵.

¹¹ A figura do curador especial é analisada em detalhes em DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 25. ed. Salvador: Juspodivm, 2023, v.1., p. 446-451.

¹² Ilustrativamente, STJ, 3ª S., CC n. 197.661/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. 09.08.2023, publicado em 16.08.2023. No EREsp n. 1.832.063/SP, foram apontados como exemplos de regras que compõem o microsistema de tutela dos vulneráveis: "(i) a concessão de prazo em dobro para a Defensoria Pública, para os escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito e para as entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios com a Defensoria Pública; (ii) a inaplicabilidade do ônus da impugnação específica dos fatos ao defensor público e ao advogado dativo; (iii) a possibilidade de intimação pessoal da parte quando o ato depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada, aplicável à Defensoria Pública e à advocacia dativa; e (iv) a dispensa de preparo, concedida ao advogado dativo e ao defensor público, no exercício de curadoria especial, independentemente de deferimento de gratuidade ao curatelado" (STJ, Corte Especial, EREsp n. 1.832.063/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. em 14.12.2023, publicado em 08.05.2024). Defendendo a existência de um microsistema de proteção aos vulneráveis, EXPÓSITO, Gabriela. **A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual**, cit., p. 33-34.

¹³ A análise de técnicas de concretização da igualdade *ao processo, no processo e pelo processo* é desenvolvida em ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo**. posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: RT, 2015, p. 155-246.

¹⁴ Em algumas decisões, o Superior Tribunal de Justiça, a partir da interpretação sistemática do art. 147, incisos I e II, da Lei n. 8.069/1990 em conjunto com o art. 80 da Lei n. 10.741/2003 e o art. 13 da Lei n. 11.343/2006, tem admitido a aplicação do princípio do juízo imediato às ações em que se pleiteiam medidas protetivas de urgência de caráter penal no caso de cometimento de crimes contra criança e adolescentes ou contra mulheres em contexto de violência doméstica, sem alteração da competência do juízo natural para o julgamento de eventual ação penal por crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a criança ou adolescente, que deve ser definida conforme as regras gerais fixadas pelo Código de Processo Penal (STJ, 3ª S., CC n. 190.666/MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 08.02.2023, publicado em 14.02.2023; STJ, 3ª S., CC n. 197.661/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 09.08.2023, publicado em 16.08.2023).

¹⁵ Sobre o livre trânsito de técnicas processuais, DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

O art. 72 do CPC, por exemplo, deve ser compreendido a partir da perspectiva da existência desse microssistema, como uma técnica destinada à concretização do comando decorrente do art. 7º do mesmo Código.

O dispositivo prevê a nomeação de curador especial ao incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade, e ao réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

O art. 7º do CPC é base normativa para que o juiz adote posturas de reequilíbrio da posição do sujeito do processo sempre que houver uma vulnerabilidade processual¹⁶. Por isso, é fundamento para a compreensão do rol previsto no art. 72 do Código de Processo Civil como exemplificativo¹⁷. Isto é, a nomeação de curador especial é uma técnica de concretização do dever de zelar pelo efetivo contraditório sempre que houver vulnerabilidade processual. Trata-se, então, de técnica que deve ser compreendida como integrante do microssistema de proteção de pessoas vulneráveis no ordenamento jurídico brasileiro, que pode ser adotada em qualquer caso de vulnerabilidade processual, desde que compatível com a adequada proteção do sujeito.

O sistema brasileiro conta, ainda, com outras técnicas de proteção da pessoa que se encontra em posição de vulnerabilidade processual, a exemplo da intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica nos processos que envolvam interesse de incapaz (art. 178, II, CPC), da nomeação, pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, de novo defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso (art. 497, V, CPP)¹⁸ e da nomeação de Defensor Público ou advogado dativo, no Processo Penal e no Processo Penal Militar, em caso de abandono do processo pelo defensor, quando não localizado o acusado (respectivamente, art. 265, § 3º¹⁹, do Código de Processo

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1., p. 146 e 449.

¹⁷ Assim, também, GUSMÃO, Mariana Trindade. **Do conceito de incapaz para fins de curatela especial: o caso de Janaína Aparecida**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2021, p. 69.

¹⁸ De acordo com o Enunciado n. 523 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal: “No Processo Penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

¹⁹ Art. 265, § 3º Em caso de abandono do processo pelo defensor, o acusado será intimado para constituir novo defensor, se assim o quiser, e, na hipótese de não ser localizado, deverá ser nomeado defensor público ou advogado dativo para a sua defesa.

Penal e art. 71, § 8º²⁰, do Código de Processo Penal Militar, ambos com redação atribuída pela Lei n. 14.752/2023).

4. Outras técnicas destinadas à adequação do processo para o acesso ao Poder Judiciário por litigantes vulneráveis

Além da curatela especial, anteriormente abordada, é possível identificar outras técnicas e iniciativas institucionais destinadas a assegurar aos litigantes vulneráveis o acesso ao Poder Judiciário.

De acordo com a natureza da adaptação promovida, é possível agrupá-las em algumas categorias. Exemplificativamente:

*a) adequações na competência, com a.1) a especialização de unidades do Poder Judiciário, como o que ocorre com a denominada *Justiça da Infância e Juventude* (varas especializadas da infância e juventude), no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, disciplinada nos arts. 145 a 150 da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), além da possibilidade de criação de varas especializadas e exclusivas da pessoa idosa (art. 70, Lei n. 10.741/2003) e de juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 29, Lei n. 11.340/2006); e a.2) a definição de regras específicas de competência (arts. 50 e art. 53, I, II e III, e, CPC, a título ilustrativo);*

b) estabelecimento de prioridade de tramitação do processo judicial (art. 1.048, CPC; art. 151, § 1º, Lei n. 8.069/1990; art. 71, *caput*, Lei n. 10.741/2003, por exemplo), observada a prioridade especial para aquelas que contem com mais de oitenta anos, conforme art. 71, § 5º, da Lei n. 10.741/2003;

*c) intervenção de determinada instituição para assegurar a observância dos interesses de vulneráveis ou do regramento específico a eles aplicável, a exemplo da c.1) obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, como ocorre nos processos que envolvam interesse de incapaz (art. 178, II, CPC); da c.2) intimação da Defensoria Pública para participação como *custos vulnerabilis*, como se verifica em processos que envolvam pessoas em situação de rua (art. 13, Resolução*

²⁰ Art. 71, § 8º Em caso de abandono do processo pelo defensor, o acusado será intimado para constituir novo defensor, se assim o quiser, e, na hipótese de não ser localizado, deverá ser nomeado defensor público ou advogado dativo para a sua defesa.

n. 425/2021 do CNJ) ou que envolvam despejos ou reintegrações de posse em imóveis de moradia coletiva ou de área produtiva de populações vulneráveis (arts. 4º, §1º, e 13, § 4º, Resolução n. 510/2023 do CNJ); e da c.3) *intervenção ou, ao menos, ciência, de outras entidades com atuação especializada na defesa de direitos de certos grupos*, como a FUNAI (art. 3º, VII, Resolução n. 454/2022 do CNJ), o Conselho Tutelar (art. 5º, § 5º, Resolução n. 425/2021) e a Fundação Cultural Palmares (art. 7º, Resolução n. 599/2024);

d) adaptação de estruturas físicas e virtuais do Poder Judiciário e capacitação de pessoal, como ocorre com *d.1)* o oferecimento de ferramentas de acessibilidade aos sítios na rede mundial de computadores, aos meios eletrônicos de prática de atos judiciais, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica a pessoas com deficiência (art. 199, CPC); *d.2)* a criação de políticas de capacitação de pessoal e de realização de adaptações estruturais (Recomendação n. 27/2009 e Resolução n. 401/2021, ambas do CNJ, relativas às pessoas com deficiência); *d.3)* a garantia de uso do nome social às pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciais, com registro de campo correspondente no sistema eletrônico e observância em audiências, pregões e demais atos processuais (Resolução n. 270/2018; arts. 5º e 6º, Resolução n. 348/2020, CNJ); *d.4)* a determinação de eliminação de barreiras atitudinais ao acolhimento de pessoas em situação de rua e realização de atendimento itinerante nos locais de circulação e permanência e nos serviços de acolhimento destinados a tais pessoas (Resolução n. 425/2021 do CNJ); *d.5)* instalação de Pontos de Inclusão Digital para os excluídos digitais (Resolução n. 508/2023 do CNJ); *d.6)* o oferecimento de atendimento multidisciplinar a mulheres em situação de violência doméstica e familiar (arts. 29 a 32, Lei n. 11.340/2006; art. 2º, I e III, Resolução n. 254/2018), a pessoas idosas (arts. 2º, V, e 3º, II, Resolução n. 520/2023) e a dependentes químicos (arts. 1º e 2º, Provimento n. 4/2010 da Corregedoria Nacional do CNJ);

e) adaptações na forma de prática do ato processual, inclusive com assistência especial, a exemplo do que se observa com *e.1)* o uso da Língua Brasileira de Sinais (Libras), do Braille, da audiodescrição, da subtitulação, da comunicação aumentativa e alternativa, a nomeação de tradutor e intérprete de Libras, a nomeação ou permissão de utilização de guia-intérprete e a adequação dos sistemas informatizados de tramitação processual (art. 4º, Resolução n. 401/2021 e Recomendação n. 27/2009, ambas do CNJ); *e.2)* a concessão de adaptações e recursos de tecnologia assistiva²¹ às

²¹ De acordo com o art. 3º, III, da Lei n. 13.146/2015, são considerados como tecnologia assistiva os “produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social”.

pessoas com deficiência (arts. 79 e 80, Lei n. 13.146/2015); *e.3*) o acompanhamento por especialista, na tomada de depoimento de incapaz, quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental (art. 699); *e.4*) as diretrizes para a condução da instrução processual, a valoração das provas, a identificação e análise de precedentes e a concessão de medidas de proteção, previstas no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (Resolução n. 492/2023 do CNJ) e no Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial (Resolução n. 598/2024); *e.5*) a disponibilização, aos excluídos digitais, de acompanhamento, em unidades físicas, por servidor responsável por prestar esclarecimentos e auxiliar na prática de atos eletrônicos e da possibilidade de realização de audiências de conciliação e instrução e julgamento nas modalidades presenciais e mistas (arts. 2º, Recomendação n. 101/2021 do CNJ); *e.6*) a adoção de providências, após a auto-declaração como indígena, para verificação da etnia, da língua falada e do grau de conhecimento da língua portuguesa (art. 3º, Resolução n. 287/2019 do CNJ), assegurando-se a presença de intérprete, preferencialmente membro da própria comunidade indígena, em todas as etapas do processo em que a pessoa indígena figure como parte se a língua falada não for a portuguesa, se houver dúvida sobre o domínio e entendimento do vernáculo, inclusive em relação ao significado dos atos processuais e às manifestações da pessoa indígena²², mediante solicitação da defesa ou da Funai ou a pedido de pessoa interessada (art. 5º, Resolução n. 287/2019; arts. 2º a 4º, Resolução n. 454/2022 do CNJ), e a adoção de procedimentos simplificados e culturalmente adequados para a tramitação de processos que envolvam comunidades quilombolas (arts. 9º, II, e 13, Resolução n. 599/2024 do cnj); *e.7*) a adoção do *diálogo interétnico e intercultural*, que consiste na adoção de instrumentos de aproximação entre a atuação dos órgãos que integram o sistema de justiça, especialmente os órgãos do Poder Judiciário, e as diferentes culturas e as variadas formas de compreensão da justiça e dos direitos, inclusive mediante a adoção de rotinas e procedimentos diferenciados para atender as especificidades socioculturais dos povos indígenas e das comunidades quilombolas (art. 5º, Resolução n. 454/2022 do CNJ; art. 5º, Resolução n. 599/2024 do CNJ); *e.8*) em processos envolvendo pessoas em situação de rua, a priorização da produção da prova oral, sobretudo o depoimento

²² Sobre o direito ao próprio idioma como uma garantia inerente ao devido processo legal, é interessante conhecer a decisão proferida pela Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no HC n. 1004886-20.2024.4.01.0000, que reconheceu a nulidade de citação, em processo penal, de pessoas indígenas da etnia Enawene-Nawe realizada por aplicativo de mensagens, sem a tradução para a sua língua materna e sem o acompanhamento por intérprete que pudesse traduzir os termos da acusação à língua indígena, diante da impossibilidade de regular conhecimento dos seus termos. Entendeu-se que a citação pessoal dos pacientes deve ocorrer com a participação de intérprete que traduza os termos da acusação à língua indígena, a fim de assegurar a observância do devido processo legal, sendo desnecessário, porém, a tradução da denúncia para a língua Enawene-Nawe (TRF-1, 10ª T. HC n. 1004886-20.2024.4.01.0000, Rel. Des. Marcus Vinicius Reis Bastos, j. em 20.05.2024, publicado em 03.06.2024).

da pessoa nessa condição (art. 8º, Resolução n. 425/2021 do CNJ); *e.9*) os direitos à presença de intérprete ou tradutor do idioma falado pela pessoa migrante, à assistência consular, à facilitação do contato com familiares ou pessoas de sua confiança no país de origem ou no país de residência destes para informação da prisão e ao atendimento por equipe psicossocial, bem como o encaminhamento às políticas de proteção ou inclusão social existentes (arts. 4º, 7º e 8º, Resolução n. 405/2021, CNJ); *e.10*) o estabelecimento de regramento específico para o arbitramento dos honorários relativos à perícia antropológica (art. 2º-A, Resolução n. 232/2016, inserido pela Resolução n. 545/2024 do CNJ);

f) *adaptação de regras processuais*, como *f.1*) a possibilidade de formulação, pela mulher, de pedido de concessão de medidas protetivas de urgência perante a autoridade policial (art. 12, Lei n. 11.340/2006); *f.2*) a adoção ou homologação de práticas de resolução de problemas jurídicos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena (art. 7º, Resolução n. 287/2019; art. 10, parágrafo único, Resolução n. 524/2023); *f.3*) o estabelecimento de procedimento específico para a tentativa de solução consensual de problemas jurídicos envolvendo o consumidor superendividado, com participação de todos os credores, bem como para a revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório (arts. 104-A e 104-B, CDC).

Evidentemente, o dever de assegurar tratamento isonômico no processo (arts. 7º e 139, I, CPC), além de determinar a realização de adaptações para assegurar o acesso ao Poder Judiciário por litigantes vulneráveis, também veda pronunciamentos judiciais baseados em discriminações negativas em relação a tais pessoas, não sendo permitido, por exemplo, a) negar pedidos de habilitação de pretendentes à adoção ou de adoção de crianças ou adolescentes, guarda e tutela pelo fundamento exclusivo de se tratar de casal ou família monoparental, homoafetivo ou transgênero (art. 1º, Resolução n. 532/2023 do CNJ); b) utilizar linguagem que reforce preconceitos e visões higienistas em relação à população em situação de rua, bem como considerar tal condição como critério para atribuir menor relevância ou credibilidade na valoração judicial de depoimentos prestados por tais pessoas (arts. 3º, XII, e 8º, § 5º, Resolução n. 425/2021 do CNJ).

5. Algumas palavras sobre a indisponibilidade do direito e sua relação com os modos adequados de solução de problemas jurídicos

É importante perceber que a heterocomposição não é o único modo para a solução de problemas jurídicos envolvendo litigantes vulneráveis. Mesmo em relação a tais pessoas, há considerável espaço para o desenvolvimento de soluções consensuais, cuja adoção, sempre que possível, é uma das diretrizes do sistema brasileiro de justiça multiportas²³ (art. 3º, §§ 2º e 3º, CPC).

Frequentemente, porém, aponta-se como obstáculo à autocomposição envolvendo litigantes vulneráveis a indisponibilidade de seus direitos.

O tema precisa ser adequadamente compreendido.

O poder de disposição consiste na aptidão para escolha da destinação a ser conferida a determinado bem jurídico²⁴. Atos de disposição podem ter natureza material, como no caso da destruição, ou jurídica, a exemplo da alienação, e podem ser parciais ou totais.

A indisponibilidade é exceção no sistema jurídico e somente se justifica diante da especial relevância de certo bem jurídico ou das circunstâncias em que se encontra seu titular.

Afirmar a indisponibilidade de dado direito significa assumir a existência de limitação, decorrente do ordenamento jurídico, à autonomia da vontade para a definição quanto ao modo de exercício do direito²⁵.

Não há, entretanto, uma única dimensão da indisponibilidade.

²³ DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil, p. 128-132.

²⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 932.

²⁵ Sobre o tema, longamente, MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

A indisponibilidade será *absoluta* nas hipóteses de vinculação indissociável entre o titular e o bem jurídico, não se admitindo a alteração, por aquele, da destinação a ser atribuída a este²⁶. Na indisponibilidade *relativa*, o que se verifica não é uma vedação à realização de atos de disposição, mas a criação de limitações ou condicionantes legais ou negociais para a sua prática²⁷.

Há, ainda, direitos que, em si considerados, são indisponíveis, mas cujas projeções ou modos de aproveitamento admitem disposição, como se dá com diversos direitos da personalidade, ilustrativamente²⁸.

Um exemplo pode contribuir para a compreensão da relação entre indisponibilidade do direito e a adoção de modos adequados de solução de problemas jurídicos.

O direito aos alimentos, embora associado à subsistência, não está submetido a um único regime jurídico. O direito pode derivar de relações de parentesco (arts. 1.696 a 1.698, Código Civil), observada a especial proteção dispensada a pessoas idosas (art. 13, Lei n. 10.741/2003) e crianças e adolescentes (art. 22, Lei n. 8.069/1990), da existência anterior de relação de casamento ou união estável, ou, fora dos domínios do Direito de Família, da prática de ato ilícito, quando terão natureza indenizatória (arts. 948 a 950, Código Civil).

No caso das relações de parentesco, notadamente diante de direitos de crianças, adolescentes e pessoas idosas, o *direito a receber alimentos* é claramente indisponível. No entanto, como observado por Paulo Lôbo, a indisponibilidade “não é ilimitada, pois não há padrões definidos para a fixação dos alimentos, permitindo-se amplo espaço de transação e conciliação”²⁹.

Não por acaso, a Lei n. 13.140/2015 prevê que podem ser objeto de mediação os conflitos que versem sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º, *caput*), e a Lei n. 10.741/2003 alude expressamente à possibilidade de transação

²⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de processo civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. III, p. 443-444.

²⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de processo civil*, p. 444.

²⁸ Sobre o tema, vide BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

²⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 367.

envolvendo alimentos devidos à pessoa idosa (art. 13). Aspectos relativos aos valores e ao modo de satisfação do direito, por exemplo, não se situam no campo da indisponibilidade absoluta.

No caso de ex-cônjuges ou ex-companheiros, até mesmo o direito ao recebimento dos alimentos se encontra no âmbito de disponibilidade das partes, observando-se apenas a impossibilidade de renúncia ao direito na constância do vínculo familiar, conforme interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça³⁰ ao art. 1.707 do Código Civil³¹.

Essa distinção, a propósito, foi afirmada de modo expreso pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 1.705.669/SP: a transação entre os ex-cônjuges em relação aos alimentos devidos entre si opera de imediato os seus efeitos, dada a disponibilidade do direito, ao passo que o acordo relativo ao montante dos alimentos devidos ao filho menor depende de homologação judicial³².

É possível, então, a celebração de acordo extrajudicial para definição de valores e modo de satisfação dos alimentos devidos à criança ou ao adolescente, mas ele deve ser submetido a homologação judicial, após necessária intervenção do Ministério Público³³ (art. 3º, § 2º³⁴, Lei n. 13.140/2015), admitida a possibilidade de homologação parcial, com determinação judicial de elevação do valor pactuado³⁵ – o que consiste em exceção à regra da indivisibilidade da transação (art. 848, CC), que se procura justificar em razão da proteção especial assegurada a crianças e adolescentes.

É exatamente no âmbito desses espaços de disponibilidade (total ou relativa) que outros modos de solução de problemas jurídicos, distintos da heterocomposição judicial (e, de acordo com a hipótese, mais adequados do que ela), podem ser utilizados.

³⁰ STJ, 4ª T., AgRg no Ag n. 1.044.922/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. em 22.6.2010, publicado no DJe de 2.8.2010; STJ, 4ª T., REsp n. 1.178.233/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j. em 6.11.2014, publicado no DJe de 9.12.2014.

³¹ Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

³² STJ, 3ª T., REsp n. 1.705.669/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 12.2.2019, publicado no DJe de 15.2.2019.

³³ STJ, 3ª T., REsp n. 1.609.701/MG, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 18.5.2021, publicado no DJe de 20.5.2021.

³⁴ Art. 3º, § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

³⁵ STJ, 4ª T., AgInt no REsp n. 1.391.790/TO, rel. Min. Raul Araújo, j. em 21.9.2017, DJe de 19.10.2017.

6. O Conselho Nacional de Justiça e os litigantes vulneráveis

Um dos mais relevantes temas de atuação do Conselho Nacional de Justiça é o aperfeiçoamento das condições de acesso à justiça por grupos vulneráveis, especialmente por meio da realização de adaptações na forma de prática de atos processuais e da adoção de determinadas cautelas diante da presença de litigantes vulneráveis no processo³⁶.

O panorama da produção normativa do Conselho a respeito do tema pode ser assim sintetizado:

a) *peças com deficiência*. A Resolução n. 401/2021 e a Recomendação n. 27/2009 estabelecem diretrizes para a eliminação de barreiras (urbanísticas, arquitetônicas, de mobiliários, de acesso aos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais e tecnológicas) ao acesso de pessoas com deficiência às suas dependências e serviços, bem como um conjunto de adaptações na prática de atos processuais, a ser observado sempre que houver participação de uma pessoa com deficiência no processo judicial, tais como o uso da Língua Brasileira de Sinais (Libras), do Braille, da audiodescrição, da subtitulação, da comunicação aumentativa e alternativa, a nomeação de tradutor e intérprete de Libras, a nomeação ou permissão de utilização de guia-intérprete e a adequação dos sistemas informatizados de tramitação processual. Em âmbito penal, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 81/2020, que dispõe sobre o tratamento de pessoas acusadas, réus, condenadas ou privadas de liberdade e adolescentes em conflito com a lei com deficiência auditiva e/ou visual, e a Resolução n. 369/2021, relativa à adoção de providências para substituição da privação de liberdade de responsáveis por pessoas com deficiência. Merece referência, ainda, a Resolução n. 487/2023, que institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001 no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança;

b) *crianças e adolescentes*. A Resolução n. 470/2022 institui a Política Judiciária Nacional para a Primeira Infância, que abrange diretrizes para ampliação do acesso à justiça, articulação interinstitucional, prevenção da judicialização e adoção

³⁶ Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual**: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. 4. ed. São Paulo, Juspodivm, 2025, p. 253-265.

de modos adequados de solução de problemas jurídicos envolvendo crianças na primeira infância, por exemplo. O plano nacional de ações da Política Judiciária Nacional pela Primeira Infância foi estabelecido pela Resolução n. 585/2024. A Resolução n. 369/2021 dispõe sobre as providências para substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças (e, também, por pessoas com deficiência, como visto), em conformidade com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 143.641³⁷ e no HC 165.704³⁸. A Resolução n. 498/2023 estabelece a política de proteção às crianças e aos adolescentes expostos a grave e iminente ameaça de morte, que enfatiza a utilização de técnicas de cooperação judiciária e articulação interinstitucional. A Resolução n. 543/2024 institui o Programa Nacional Permanente de Apoio à Desinstitucionalização de Crianças e Adolescentes Acolhidos e a Egressos de Unidades de Acolhimento. A Recomendação n. 139/2022 apresenta procedimentos e critérios para adoção por juízes e tribunais em relação ao trabalho infantil. A Recomendação n. 157/2024 incentiva a adoção do “Protocolo para a escuta especializada e depoimento especial de crianças e adolescentes nas ações de família em que se discuta alienação parental”, que foi elaborado por grupo de trabalho criado pelo próprio CNJ. As Recomendações n. 8/2012 e 25/2016, editadas pela Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça, contêm diretrizes sobre, respectivamente, a guarda de criança e adolescente em família substituta e a guarda de filhos em ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. O Código de Normas Nacional da Corregedoria Nacional de Justiça – Foro Judicial (Provimento n. 165/2024) estabelece disciplina detalhada sobre as Varas da Infância e Juventude (arts. 62 a 74), inclusive em relação à figura das audiências concentradas, destinadas à reavaliação das medidas protetivas de acolhimento;

c) *peças idosas*. A Resolução n. 520/2023 instituiu a Política Judiciária sobre Pessoas Idosas, com incentivo à solução consensual de problemas jurídicos e à atuação interinstitucional para a promoção dos direitos das pessoas idosas;

d) *mulheres*³⁹. Por meio da Recomendação n. 128/2022, o Conselho Nacional de Justiça incentivou a adoção, no âmbito do Poder Judiciário, do Protocolo para

³⁷ STF, 2ª T., HC n. 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.02.2018, publicado em 09.10.2018.

³⁸ STF, 2ª T., HC n. 165.704, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.10.2020, publicado em 24.02.2021.

³⁹ Também merecem destaque as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça destinadas à promoção da paridade de gênero também sob a perspectiva interna do Poder Judiciário: Resolução n. 255/2018 (Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário), com alterações promovidas pela Resolução n. 540/2023 (que dispõe sobre paridade de gênero, com perspectiva interseccional de raça e etnia, em atividades administrativas e jurisdicionais); Resolução n. 376/2021 (emprego obrigatório da flexão de gênero para nomear profissão ou demais

Julgamento com Perspectiva de Gênero. Posteriormente, o Conselho avançou para a obrigatoriedade da sua aplicação, com a edição da Resolução n. 492/2023;

e) *população LGBTQIAPN+*. A Resolução n. 270/2018 assegura a possibilidade de uso do nome social às pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, com registro de campo correspondente no sistema eletrônico. A Resolução n. 348/2020 estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. A Resolução n. 532/2023 do Conselho Nacional de Justiça proíbe a negativa de pedidos de habilitação de pretendentes à adoção ou de adoção de crianças ou adolescentes, guarda e tutela pelo fundamento exclusivo de se tratar de casal ou família monoparental, homoafetivo ou transgênero. Além disso, há alusão aos direitos da população LGBTQIAPN+ no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero;

f) *indígenas*. O Conselho Nacional de Justiça editou duas três Resoluções destinadas a promover o tratamento adequado de problemas jurídicos envolvendo pessoas indígenas, as de n. 287/2019 (tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade), 454/2022 (acesso à justiça de pessoas e povos indígenas) e 524/2023 (tratamento de adolescentes e jovens indígenas no caso de apreensão, de representação em processo de apuração de ato infracional ou de cumprimento de medida socioeducativa). As Resoluções reconhecem o direito à autoidentificação como pessoa indígena, com especificação do povo, do idioma falado e do conhecimento da língua portuguesa e de garantia à pessoa indígena de completa compreensão dos atos processuais, mediante a nomeação de intérprete, escolhido preferencialmente dentre os membros de sua comunidade, em todas as etapas do processo em que a pessoa indígena figure como parte se a língua falada não for a portuguesa, se houver dúvida sobre o domínio e entendimento do vernáculo, inclusive em relação ao significado dos atos processuais e às manifestações da pessoa indígena. Previu-se, ainda, a figura do *diálogo interétnico e intercultural*, que consiste na adoção de instrumentos de aproximação entre a atuação dos órgãos que integram o sistema de justiça, especialmente os órgãos do Poder Judiciário, e as

designações na comunicação social e institucional); Resolução n. 525/2023 (ação afirmativa de gênero, para acesso das magistradas aos tribunais de segundo grau). Com escopo que vai além do âmbito interno do Poder Judiciário, a Resolução n. 542/2023 criou o Fórum Nacional de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher (Fonavim), destinado a contribuir para o aperfeiçoamento do sistema de justiça em relação ao tema.

diferentes culturas e as variadas formas de compreensão da justiça e dos direitos, inclusive mediante a adoção de rotinas e procedimentos diferenciados para atender as especificidades socioculturais dos povos indígenas (art. 5º, Resolução n. 454/2022 do CNJ). A Resolução n. 454/2022 prevê, também, um conjunto de especificidades destinadas a garantir o efetivo acesso à justiça de pessoas e povos indígenas. O art. 7º da Resolução n. 287/2019 e o art. 10 da Resolução n. 524/2023 estabelecem que a responsabilização de pessoas indígenas deverá considerar os mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertença o sujeito, mediante consulta prévia, e que a autoridade judicial poderá *adotar* ou *homologar* práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena. As três Resoluções mencionadas também preveem a possibilidade de realização de perícia antropológica, que deve conter informações como a qualificação, a etnia e a língua falada pela pessoa acusada, as circunstâncias pessoais, culturais, sociais e econômicas da pessoa acusada, os usos, os costumes e as tradições da comunidade indígena a qual se vincula e o entendimento da comunidade indígena em relação à conduta típica imputada, bem como os mecanismos próprios de julgamento e punição adotados para seus membros (art. 6º, I a IV, Resolução n. 287/2019);

g) *comunidades quilombolas*. A Resolução n. 599/2024 institui a Política Judiciária de Atenção às Comunidades Quilombolas e prevê diretrizes para a promoção do acesso ao Poder Judiciário por pessoas e comunidades quilombolas. A Resolução prevê a adoção de uma série de iniciativas de administração judiciária e de medidas de natureza processual com o objetivo de assegurar proteção adequada aos direitos de pessoas e comunidades quilombolas: levantamento estatístico e monitoramento de processos judiciais que envolvam esse grupo (art. 1º, III e V); especialização e estruturação de órgãos do Poder Judiciário (art. 1º, IV); incentivo à construção de soluções consensuais e à prevenção de problemas jurídicos, com o suporte de Comissões de Soluções Fundiárias, Centros de Conciliação, Laboratórios de Inovação e Centros de Inteligência do Poder Judiciário (art. 1º, VI); articulação interinstitucional (art. 1º, X); promoção de diálogo interétnico e intercultural (art. 5º); expedição de comunicação sobre a existência de processo que possa afetar comunidades ou terras tradicionalmente ocupadas por quilombolas ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à Fundação Cultural Palmares, ao Incra, ao ente estadual responsável pela implementação da política fundiária local e a Conselhos e Secretarias estaduais ou municipais dedicados ao acompanhamento de políticas públicas voltadas a povos e comunidades tradicionais (arts. 7º e 17); garantia dos direitos de participação, autodeterminação e consulta prévia (arts. 8º, 9º, parágrafo único, e 12); realização de mutirões de atendimento e conciliação em territórios quilombolas (art. 9º, I); adoção de procedimentos simplificados e culturalmente adequados para a tramitação de

processos que envolvam essas comunidades (arts. 9º, II, e 13); admissão do ingresso, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, de associações quilombolas ou organizações que lhes representem local ou nacionalmente nos processos em que esteja presente interesse da comunidade (arts. 14 e 16); priorização da prática presencial de atos processuais (art. 15); em processos de natureza fundiária, atuação da Comissão Regional de Soluções Fundiárias e observância das diretrizes previstas na Resolução n. 510/2023 do CNJ, inclusive quando à realização de visita técnica (arts. 18 a 20); em ações ambientais ou socioambientais que envolvam comunidades quilombolas, contratação de assessoria técnica independente, de caráter multidisciplinar, escolhida pelas comunidades atingidas, às expensas do poluidor-pagador, com objetivo de orientá-las e assessorá-las (art. 21); realização de perícia antropológica, sempre que necessário para a compreensão adequada da questão (art. 22); em processos que envolvam conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, análise da necessidade de perícia específica para avaliar o acesso e a repartição justa e equitativa de benefícios (art. 23); adequação dos sistemas informatizados do Poder Judiciário para garantir a inclusão dos campos e funcionalidades necessárias à identificação da parte ou interessado(a) como quilombola (art. 27);

h) *peças em situação de rua*. A Resolução n. 425/2021 do Conselho Nacional de Justiça institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades, buscando assegurar a criação de condições para o tratamento adequado de problemas jurídicos desses sujeitos, considerando a multiplicidade de situações pessoais. Uma das principais preocupações presentes na Resolução n. 425/2021 é garantir o acesso das pessoas em situação de rua às dependências do Judiciário, eliminando barreiras atitudinais ao seu acolhimento (arts. 1º, I, 3º, II e XII, e 5º). A ausência de documentos de identificação e de comprovação de residência fixa, por exemplo, não podem limitar ou impedir o atendimento pelo Poder Judiciário e o exercício de direitos das pessoas em situação de rua, inclusive o ajuizamento de ação e a prática de atos processuais (arts. 3º, V, 5º, II e III, e 8º, VII e VIII, Resolução n. 425/2021, CNJ). Nos processos envolvendo pessoas em situação de rua, é recomendável a priorização da produção da prova oral, sobretudo o depoimento da pessoa nessa condição, a fim de assegurar o exercício dos seus direitos, buscando-se ainda assegurar celeridade em sua tramitação (art. 8º, *caput*, V e § 1º, Resolução n. 425/2021, CNJ). Deve-se, ainda, oferecer à população em situação de rua modos consensuais de solução de problemas jurídicos, preferencialmente com a promoção da justiça restaurativa, sempre com respeito à autonomia individual (arts. 3º, IV, e 11, Resolução n. 425/2021, CNJ). A Resolução n. 510/2023 do Conselho Nacional de Justiça, que versa sobre o tratamento adequado das ações que envolvam despejos ou reintegrações de posse em imóveis de moradia coletiva ou de área produtiva de

populações vulneráveis, estimula a utilização da cooperação interinstitucional em casos envolvendo pessoas em situação de rua. De acordo com os arts. 1º, § 4º, IV, e 2º, § 3º, da Resolução, os tribunais devem criar Comissões Regionais de Soluções Fundiárias, que terão como uma das suas atribuições a articulação com outras instituições do sistema de justiça que possam contribuir para a solução de problemas jurídicos envolvendo posse, por populações vulneráveis, de imóveis para moradia coletiva ou de área produtiva. Os arts. 9º a 12 da Resolução n. 510/2023 disciplinam a figura da visita técnica em área objeto de conflito fundiário coletivo, a ser realizada por Comissão Regional de Soluções Fundiárias, com o objetivo de ampliar a cognição da causa pelo juiz, possibilitar melhor tratamento do problema jurídico e favorecer a criação de ambiente para conciliação ou mediação⁴⁰;

i) *excluídos digitais*. A Recomendação n. 101/2021 do Conselho Nacional de Justiça define excluído digital como a pessoa que “não detém acesso à internet e a outros meios de comunicação digitais e/ou que não tenha possibilidade ou conhecimento para utilizá-los, inclusive com tecnologia assistiva” (art. 1º, I). O Conselho Nacional de Justiça estimula a disponibilização, pelos tribunais, de suporte aos excluídos digitais, por meio do acompanhamento, em unidades físicas, por servidor responsável por prestar esclarecimentos e auxiliar na prática de atos eletrônicos (art. 2º). De acordo com a Recomendação, a comunicação dos atos processuais às pessoas não assistidas por advogado e sem acesso à internet e a outros meios de comunicação digitais se dará por meio do envio de carta, com aviso de recebimento, oficial de justiça ou por ligação telefônica (art. 4º). Dada a impossibilidade de utilização de meios de comunicação digitais, os tribunais são incentivados a assegurar aos excluídos digitais a realização de audiências de conciliação e instrução e julgamento nas modalidades presenciais e mistas (art. 5º). Além dessas providências, o Poder Judiciário deve promover a instalação de Pontos de Inclusão Digital, figura disciplinada pela Resolução n. 508/2023 do CNJ. O Ponto de Inclusão Digital deve contar com espaço para a realização de atos processuais, notadamente de depoimentos, bem como para atendimento por meio do Balcão Virtual (Resolução n. 372/2021, CNJ), sendo possível também a agregação de outros serviços públicos voltados à cidadania (art. 1º, parágrafo único, Resolução n. 508/2023, CNJ). Os Pontos de Inclusão Digital

⁴⁰ Também merece destaque o Programa “Solo Seguro” (Programa Permanente de Regularização Fundiária), da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça, disciplinado nos Provimentos n. 144/2023 (regularização fundiária na Amazônia Legal), n. 145/2023 (Prêmio “Solo Seguro”) e n. 158/2023 (regularização fundiária de núcleos urbanos informais e favelas, “Solo Seguro - Favela”). O programa tem por objetivos promover o direito à moradia e à proteção ambiental, ampliar a regularização fundiária urbana e rural, estimular a articulação interinstitucional e o desenvolvimento de políticas urbanísticas, ambientais e sociais, bem como incentivar a solução extrajudicial de problemas jurídicos relativos a imóveis.

podem ser instalados mediante cooperação judiciária entre tribunais, inclusive de diferentes ramos, e por cooperação interinstitucional com órgãos da Administração Pública direta e indireta de qualquer nível (arts. 1º, *caput*, 2º, parágrafo único, e 5º, Resolução n. 508/2023, CNJ). Além dos Pontos de Inclusão Digital, outra estrutura institucional destinada a assegurar o acesso à justiça de grupos vulneráveis é a justiça itinerante, cuja criação pelos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho é determinada pela Constituição Federal (arts. 106, § 2º, 115, § 1º, e 125, § 7º), com regulamentação pela Resolução n. 460/2022 do Conselho Nacional de Justiça;

j) *migrantes*. A Resolução n. 405/2021 do Conselho Nacional de Justiça estabelece procedimentos para o tratamento das pessoas migrantes custodiadas, acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade. No âmbito do processo penal, a Resolução assegura os direitos à presença de intérprete ou tradutor do idioma falado pela pessoa migrante, à assistência consular, à facilitação do contato com familiares ou pessoas de sua confiança no país de origem ou no país de residência destes para informação da prisão e ao atendimento por equipe psicossocial, bem como o encaminhamento às políticas de proteção ou inclusão social existentes (arts. 4º, *caput*, 7º, e 8º, IV, VI e VII, Resolução n. 405/2021, CNJ). O Poder Judiciário deve, ainda, buscar assegurar o acesso dos principais documentos do processo judicial à pessoa migrante, traduzidos no idioma por ela falado (art. 4º, parágrafo único, Resolução n. 405/2021, CNJ). Havendo elementos que possam indicar ser o migrante vítima de tráfico de pessoas ou submetido a situação de vulnerabilidade específica, deverá o juiz, respectivamente, encaminhar os indícios à autoridade responsável e indagar da pessoa migrante acerca do interesse em solicitar refúgio ou outras formas de proteção complementar (arts. 5º e 6º, Resolução n. 405/2021, CNJ). Não obstante previstas para o processo penal, não há obstáculo à adoção dessas medidas e à garantia dos mencionados direitos, naquilo em que houver compatibilidade, no âmbito do processo civil e, evidentemente, em outras portas da justiça;

k) *questões raciais*. A Resolução n. 598/2024 do Conselho Nacional de Justiça institui o *Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial*. O Protocolo explicita conceitos (raça, etnia, racismo, preconceito e discriminação, racismo em suas dimensões estrutural, institucional, recreativa, religiosa, cultural e ambiental, por exemplo) e apresenta diretrizes para atuação dos membros do Poder Judiciário na aproximação das pessoas negras no contexto do processo judicial, para a instrução processual e para a valoração de provas, além de abordar questões raciais por ramos específicos do Judiciário. A adoção do Protocolo está em consonância com a previsão, contida na Lei n. 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), de promoção

de modificações das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica e de implementação de programas de ação afirmativa destinados a eliminar obstáculos ao acesso à justiça por pessoas negras (arts. 4º, II, III, IV, V e VII, e 51 a 55). É relevante destacar, ainda, a Resolução n. 519/2023, que estabeleceu o Prêmio “Equidade Racial”, com o objetivo de estimular e disseminar práticas que visem à eliminação das desigualdades raciais, premiando ações, projetos ou programas inovadores que combatam o racismo e impulsionem a equidade racial no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução n. 599/2024 determina a observância das diretrizes contidas no Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial nos processos relativos a pessoas e comunidades quilombolas (art. 3º, parágrafo único).

Além dos atos normativos apresentados, o Conselho Nacional de Justiça também criou colegiados interinstitucionais (denominados de *Fóruns*), para aprimoramento das condições de solução de problemas jurídicos relativos a grupos vulneráveis: Fórum Nacional do Poder Judiciário para Monitoramento e Efetividade das Demandas Relacionadas à Exploração do Trabalho em Condições Análogas à de Escravo e ao Tráfico de Pessoas - Fontet (Resolução n. 212/2015), o Fórum Nacional da Infância e da Juventude - Foninj (Resolução n. 231/2016), o Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e efetividade das demandas relacionadas aos Povos Indígenas - Fonepi (Resolução n. 453/2022), o Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Equidade Racial - Fonaer (Resolução n. 490/2023), o Fórum Nacional de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher - Fonavim (Resolução n. 542/2023) e o Fórum Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas LGBTQIA+ (Resolução n. 582/2024).

7. Conclusão

A vulnerabilidade impõe ao indivíduo restrições à liberdade para prática de atos, colocando-o em posição de desigualdade em relação às demais pessoas. Ela pode estar ou não associada a características intrínsecas do sujeito ou a aspectos sociais e econômicos.

A vulnerabilidade também se projeta no âmbito do processo judicial, limitando ou impedindo o acesso efetivo ao Poder Judiciário.

Por isso, o sistema jurídico brasileiro autoriza a adoção de um amplo conjunto de técnicas e iniciativas institucionais destinadas a reduzir ou eliminar a desigualdade no processo decorrente da vulnerabilidade.

Não há, aqui, uma fórmula única. A grande diversidade de causas de vulnerabilidade é tratada por meios de variadas providências, adequadas às circunstâncias específicas dos sujeitos envolvidos com o problema jurídico, que podem envolver, por exemplo, a adaptação de regras de competência, de estruturas físicas e virtuais e da forma de prática de atos processuais.

Referências

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 14., 2008, Brasília. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Brasília: EUROsociAL, Sector Justicia: FIIAPP, [2009]. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 6 maio 2025.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 25. ed., rev., atual., ampl. Salvador: JusPodivm, 2023. v.1.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Estatuto da pessoa com deficiência, Código de processo civil de 2015 e Código civil: uma primeira reflexão. **fredie didier jr.**, 10 ago. 2015. Editorial 187. Disponível em: <https://frediedidier.com.br/editorial-187/>. Acesso em: 2 mar. 2025.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual**: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2025.

DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. São Paulo: JusPodivm, 2024.

EXPÓSITO, Gabriela. **A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual**. Salvador: JusPodivm, 2019.

GUSMÃO, Mariana Trindade. **Do conceito de incapaz para fins de curatela especial**: o caso de Janaína Aparecida. 2021. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/38606>. Acesso em: 5 maio 2025.

JORNADA DE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS, 2., 2021, Brasília. Enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2021. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/11/enunciados-ii-jornada.pdf>. Acesso em: 6 maio 2025.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de processo civil**: (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973): arts. 270 a 331. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade processual no novo CPC. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). **Defensoria pública**. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 5, p. 283-312.

Jurisprudência citada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1391790/TO**. Relator: Min. Raul Araújo, 21 de setembro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1637494&num_registro=201302171026&data=20171019&peticao_numero=201700226344&formato=PDF. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1044922/SP**. Relator: Min. Raul Araújo, 22 de junho de 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=984293&num_registro=200800915110&data=20100802&peticao_numero=200900216505&formato=PDF. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Conflito de Competência 190666/MG**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 8 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2255622&num_registro=202202461190&data=20230214&formato=PDF. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Conflito de Competência 197661/SC**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 9 de agosto de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=202824927&registro_numero=202301895175&peticao_numero=&publicacao_data=20230816&formato=PDF. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1832063/SP**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Relatora para acórdão: Min. Nancy Andrigli, 14 de dezembro de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=223520396&registro_numero=201902414623&peticao_numero=&publicacao_data=20240508&formato=PDF. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial 1178233/RJ**. Relator: Min. Raul Araújo, 6 de novembro de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1360161&num_registro=201000198722&data=20141209&formato=PDF. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1609701/MG**. Relator: Min. Moura Ribeiro, 18 de maio de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=127349102&registro_numero=201601667252&peticao_numero=&publicacao_data=20210520&formato=PDF. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1705669/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1791569&num_registro=201700038425&data=20190215&formato=PDF. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial 1808767/RJ**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 15 de outubro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1876717&num_registro=201901146094&data=20191203&formato=PDF. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1951456/RS**. Relatora: Min. Nancy Andrigli, 23 de agosto de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2206628&num_registro=202102372993&data=20220825&formato=PDF. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 143641**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 165704**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de outubro de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755132401>. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Súmula 523**. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Aprovação: 3 de dezembro de 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false>. Acesso em: 6 maio 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Região (Décima Turma). **Habeas Corpus 10048862020244010000**. Relator: Des. Marcus Vinicius Reis Bastos, 20 de maio de 2024. Pesquisa disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>. Acesso em: 6 maio 2025.

Legislação citada

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n.º 144, de 25 de abril de 2023**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, o Programa Permanente de Regularização Fundiária na Amazônia Legal, institui a Semana Nacional de Regularização Fundiária, e dá outras providências. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5058>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n.º 145, de 23 de junho de 2023**. Institui o Prêmio “Solo Seguro”, com o objetivo de premiar iniciativas inovadoras e incentivar o aperfeiçoamento de práticas relativas à regularização fundiária urbana e rural. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5180>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n.º 158, 5 de dezembro de 2023**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, o Programa Permanente de Regularização Fundiária Plena de Núcleos Urbanos Informais e Favelas - “Solo Seguro - Favela” - e dá outras providências. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5380>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 35, de 24 de abril de 2007**. Disciplina a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa. Brasília: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 255, de 4 de setembro de 2018**. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 376, 2 de março de 2021**. Dispõe sobre o emprego obrigatório da flexão de gênero para nomear profissão ou demais designações na comunicação social e institucional do Poder Judiciário nacional. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3765>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 525, de 25 de setembro de 2023**. Altera a Resolução CNJ n. 106/2010, dispondo sobre ação afirmativa de gênero, para acesso das magistradas aos tribunais de 2º grau. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 540, de 18 de dezembro de 2023**. Altera a Resolução CNJ n.º 255/2018 e dispõe sobre paridade de gênero, com perspectiva interseccional de raça e etnia, em atividades administrativas e jurisdicionais no âmbito do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5391>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 542, de 19 de dezembro de 2023**. Cria o Fórum Nacional de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher (Fonavim), com o objetivo de aprimorar a atuação do Poder Judiciário no enfrentamento à violência contra a mulher. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5393>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 571, de 26 de agosto de 2024**. Altera a Resolução CNJ n.º 35/2007, que disciplina a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa. Brasília: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5705>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Código de processo penal militar. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Lei n.º 10.741, de 1 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Brasília: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Lei n.º 14.752, de 12 de dezembro de 2023. Altera o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar), para disciplinar o caso de abandono do processo pelo defensor. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14752.htm. Acesso em: 7 maio 2025.



Controle jurisdicional da política pública de inclusão das pessoas com deficiência auditiva na ADO n.º 30/DF no contexto do constitucionalismo transformador^{1-*}

Jurisdictional control of the public policy for the inclusion of people with hearing disabilities in ADO n.º 30/DF in the context of transformative constitutionalism

Control jurisdiccional de la política pública de inclusión de las personas con discapacidad auditiva en la ADO n.º 30/DF en el contexto del constitucionalismo transformador

Eliziane Fardin de Vargas²

Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil)

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3192-659X>

E-mail: elizianefardin@hotmail.com

¹ VARGAS, Eliziane Fardin de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Controle jurisdicional da política pública de inclusão das pessoas com deficiência auditiva na ADO n.º 30/DF no contexto do constitucionalismo transformador. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.5, n. 1, p.559-583, jan./jun.2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a494>.

^{*} O presente artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Código de Financiamento 001 – e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Teoria da essencialidade” (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo n.º 309115/2021-3, Edital Universal n.º 10/2023 – Processo n.º 408715/2023-5 e Edital n.º 14/2023, Projetos em Cooperação com Comprovada Articulação Internacional – Processo n.º 443599/2023-8), bem como do projeto “Aprimoramento dos programas de humanização dos serviços de saúde com base nos parâmetros de proteção dos grupos vulneráveis fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo Ministério da Saúde e pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (Edital FAPERGS/MS/CNPq n.º 08/2020, Processo n.º 21/2551-0000108-9). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Também é inserido no âmbito do projeto de cooperação internacional “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais”, financiado pela CAPES (Edital PGCi n.º 02/2015 – Processo n.º 88881.1375114/2017-1 e Processo n.º 88887.137513/2017-00).

² Doutoranda no Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES modalidade I e bolsa CAPES no Processo n.º 88881.933606/2024-01, Edital PDSE n.º 30/2023, com período

Mônia Clarissa Hennig Leal³

Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>

E-mail: moniah@unisc.br

Resumo

A exclusão das pessoas com deficiência auditiva da política pública de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para a aquisição de automóveis por Pessoas com Deficiência (PcDs), estabelecida pela Lei n.º 8.989/95, gerou amplo debate jurídico a respeito da discriminação injustificada do referido grupo. O caso foi analisado na ADO n.º 30/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) exerceu o controle jurisdicional para corrigir a omissão inconstitucional que impactava desproporcionalmente os deficientes auditivos. Em vista disso, buscou-se entender como a decisão do STF garantiu o acesso igualitário das pessoas com deficiência auditiva a essa política pública e quais foram os fundamentos legais para a atuação protetiva do tribunal. A pesquisa adotou método de abordagem dedutivo, método de procedimento analítico e técnicas de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica. Os objetivos específicos incluem analisar a importância do controle jurisdicional do STF para corrigir omissões em políticas públicas dentro do contexto do constitucionalismo transformador, com enfoque no julgamento de ADOs, e examinar como a ADO n.º 30/DF assegura a proteção e igualdade de tratamento para os deficientes auditivos.

Palavras-chaves

ADO n.º 30/DF; controle jurisdicional; grupo vulnerável; inclusão; Pessoa com Deficiência; Supremo Tribunal Federal.

de doutorado sanduíche na Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires (Argentina). Mestre e graduada em Direito pela UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES modalidade II e bolsa PROUNI, respectivamente. Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta” (UNISC), vinculado ao CNPq. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7125626353321424>.

³ Professora com Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243>.

Sumário

1. Introdução. 2. Constitucionalismo transformador e a correção de défices em políticas públicas pela via do controle jurisdicional do Supremo Tribunal Federal no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão. 3. ADO n.º 30/DF: da discriminação das pessoas com deficiência auditiva à supressão normativa da omissão inconstitucional. 4. Conclusão.

Abstract

The exclusion of individuals with hearing disabilities from the public policy granting IPI exemption for the acquisition of vehicles by people with disabilities, established by Law n.º 8.989/95, generated a broad legal debate regarding the unjust discrimination of hearing-impaired individuals. The omission was analyzed in ADO n.º 30/DF, where the Brazilian Federal Supreme Court (STF) exercised judicial control to correct the unconstitutional omission, which disproportionately impacted people with hearing disabilities. The objective is to understand how the STF's decision ensured equal access for individuals with hearing disabilities to the public policy and the legal grounds for the court's protective actions. The research used a deductive approach, analytical methods, and jurisprudential and bibliographical research techniques. Specific objectives include analyzing the importance of judicial control by the STF to correct omissions in public policies within the context of transformative constitutionalism, focusing on the judgment of ADO's, and examining how ADO n.º 30/DF ensures protection and equal treatment for individuals with hearing disabilities.

Keywords

ADO 30/DF; jurisdictional control; vulnerable group; inclusion; people with disabilities; Brazilian Federal Supreme Court.

Contents

1. Introduction. 2. Correcting deficiencies in public policies through judicial control by the Brazilian Federal Supreme Court in the judgment of Direct Actions of Unconstitutionality for Omission. 3. ADO n.º 30/DF: from the discrimination of people with hearing disabilities to the normative suppression of unconstitutional omission. 4. Conclusion.

Resumen

La exclusión de las personas con discapacidad auditiva de la política pública de exención de IPI para la adquisición de vehículos por personas con discapacidad, establecida por la Ley n.º 8.989/95, generó un amplio debate legal sobre la discriminación injustificada de las personas con discapacidad auditiva. La omisión

fue analizada en la ADO n.º 30/DF, donde el Supremo Tribunal Federal (STF) ejerció control jurisdiccional para corregir la omisión inconstitucional, que impactaba desproporcionadamente a las personas con discapacidad auditiva. El objetivo es entender cómo la decisión del STF garantizó el acceso igualitario de las personas con discapacidad auditiva a la política pública y los fundamentos legales para la actuación protectora del tribunal. La investigación adoptó un enfoque deductivo, métodos analíticos y técnicas de investigación jurisprudencial y bibliográfica. Los objetivos específicos incluyen analizar la importancia del control jurisdiccional del STF para corregir omisiones en las políticas públicas dentro del contexto del constitucionalismo transformador, con énfasis en el juicio de ADO's, y examinar cómo la ADO n.º 30/DF asegura la protección y la igualdad de trato para las personas con discapacidad auditiva.

Palabras clave

ADO n.º 30/DF; control jurisdiccional; grupo vulnerable; inclusión; de personas con discapacidad; Supremo Tribunal Federal.

Índice

1. Introducción. 2. La corrección de déficits en las políticas públicas a través del control jurisdiccional del Supremo Tribunal Federal en el juicio de Acciones Directas de Inconstitucionalidad por Omisión. 3. ADO n.º 30/DF: de la discriminación de las personas con discapacidad auditiva a la supresión normativa de la omisión inconstitucional. 4. Conclusión.

1. Introdução

Com o intuito de fortalecer o direito à inclusão das Pessoas com Deficiência, promulgou-se, em 24 de fevereiro de 1995, a Lei n.º 8.989, estabelecendo a política pública de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para a aquisição de automóveis por PcDs.

No entanto, a delimitação dos beneficiários dessa isenção fiscal mostrou-se insuficiente e discriminatória ao omitir injustificadamente as pessoas com deficiência auditiva do rol de contemplados pela política pública, o que gerou debate na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 30/DF (ADO n.º 30/DF), por meio da qual o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou o controle jurisdiccional da referida omissão parcial.

Diante desse panorama, questiona-se: quais foram os fundamentos utilizados pelo mais alto tribunal brasileiro para embasar a sua atuação protetiva em relação ao grupo vulnerável, exercendo o controle jurisdicional dessa política pública? Para responder a essa pergunta, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento analítico e a técnica de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica a fim de analisar os argumentos utilizados na decisão do STF, os quais serviram como fundamento legitimador de uma atuação jurisdicional robusta na proteção dos direitos fundamentais do grupo vulnerável das pessoas com deficiência auditiva.

Os objetivos específicos que nortearam a pesquisa foram: 1º) expor a importância do controle jurisdicional na correção de possíveis insuficiências e omissões na criação e implementação de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo face ao contexto jurídico transformador inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), concedendo especial enfoque a essa atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão; 2º) analisar a exclusão injustificada das pessoas com deficiência auditiva do rol de beneficiários da isenção do IPI, explorando a necessidade de intervenção judicial diante de casos de proteção estatal insuficiente. Além disso, busca-se abordar as medidas estabelecidas pelo STF em resposta à omissão parcial constante na política pública de inclusão social das Pessoas com Deficiência, avaliando os reflexos da decisão na correção normativa e na garantia da proteção adequada a esse grupo em situação de vulnerabilidade.

2. Constitucionalismo transformador e a correção de défices em políticas públicas pela via do controle jurisdicional do Supremo Tribunal Federal no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão

Com o Estado Democrático de Direito, inaugurado no contexto nacional mediante a promulgação da Constituição Federal da República Brasileira de 1988, surgem os direitos fundamentais sociais. A concretização destes depende de uma ampla articulação dos Poderes Legislativo e Executivo, aos quais compete, precípua e respectivamente, a criação e execução de políticas públicas, que são as principais responsáveis por garantir a efetividade desses direitos⁴.

⁴ COSTA, Bruno Andrade. O controle judicial nas políticas públicas: análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 5, n. 199,

A atuação legislativa no estabelecimento das políticas públicas possui um grau de discricionariedade que permite ao legislador definir os rumos a serem tomados para a garantia da concretização dos direitos fundamentais. Entretanto, essa discricionariedade não deve ser usada como justificativa para a inércia ou o cumprimento inadequado dos direitos fundamentais. Considerando-se que a plena efetivação dos direitos fundamentais depende da implementação de determinados fatores objetivos, os quais permanecem sujeitos à boa vontade do legislador para a sua implementação, é nesse ponto que a atuação complementar do Poder Judiciário se torna crucial, pois a Corte Constitucional deverá agir como guardiã da razão pública, impedindo que a efetividade dos direitos fundamentais permaneça condicionada e adiada em decorrência das omissões de uma maioria transitória⁵.

Importa salientar que o Brasil integra – por meio de Constituição com um rol de direitos fundamentais de caráter aspiracional, que, como já comentado, carecem do agir concretizador dos Poderes Públicos – o cenário latino-americano de Constituições transformadoras, em que o compromisso com a promoção da igualdade substancial e a inclusão são as tônicas desses projetos de longo prazo⁶.

O projeto do constitucionalismo transformador tem como principal objetivo assegurar a realização dos compromissos centrais das Constituições, com ênfase na garantia dos direitos humanos, na consolidação da democracia e no fortalecimento do Estado de Direito. A abordagem é vista como transformadora, pois visa efetivar as promessas em regiões nas quais elas ainda não foram sedimentadas, buscando promover mudanças nas instituições e nas relações de poder vigentes⁷.

Em face de situações de inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, a quem compromete, precipuamente, o enfrentamento das desigualdades e a concretização das referidas promessas, o constitucionalismo transformador atribui às Cortes Constitucionais a responsabilidade de conferir uma interpretação revolucionária

p. 256, jul./set. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502928/000991428.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 maio 2025.

⁵ PEDRA, Anderson Sant'Ana. O tribunal constitucional e o exercício da função legislativa *stricto sensu* para a efetivação dos direitos fundamentais em decorrência de uma omissão legislativa inconstitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 11, p. 232, jan./jun. 2012. DOI 10.18759/rdgf.v0i11.161. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/161/129>. Acesso em: 8 maio 2025.

⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICK, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, v. 1, n. 1, p. 84, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/18/16>. Acesso em: 8 maio 2025.

⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campo. El papel del juez transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, avance y resiliencia. **MPIL Research Paper Series**, n. 2020-05, p. 3-4, marzo 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3548830>. Acesso em: 8 maio 2025.

e concretizadora à Carta Magna. Nesse contexto, a atuação jurisdicional transformadora torna-se essencial para a remoção dos obstáculos que impedem a plena realização da democracia social, favorecendo a construção de uma sociedade mais igualitária e inclusiva. Além disso, as Cortes desempenham um papel fundamental como representantes argumentativas dos grupos em situação de vulnerabilidade, cuja presença e demandas muitas vezes são ignoradas ou escanteadas dentro das esferas políticas tradicionais de reivindicação de direitos⁸.

Portanto, no núcleo do constitucionalismo transformador, tanto o direito quanto a atuação do Poder Judiciário reafirmam os papéis de instituto e instituição, respectivamente, atuando em prol da proteção de grupos em situação de vulnerabilidade⁹. O Poder Judiciário, em particular, assume função significativa para a mudança social, transformando-se “en un motor de transformaciones positivas para el cumplimiento de los postulados y aspiraciones constitucionales”¹⁰.

Em convergência a isso, no Brasil, além de atribuir aos três Poderes a obrigação de efetivar os princípios constitucionais, o Poder Constituinte estabeleceu um significativo mecanismo jurídico destinado a verificar a existência ou não de omissões normativas que violem a Constituição e, dessa forma, exercer o controle judicial sobre o seu descumprimento. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), prevista expressamente no artigo 103 da Constituição Federal de 1988¹¹.

Sendo assim, diante da omissão ou inércia dos Poderes Legislativo e Executivo na criação e implementação de políticas públicas de promoção aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário é chamado a suprir esses défices na efetivação de direitos por meio do controle jurisdicional de políticas públicas, adquirindo o protagonismo na efetivação de direitos diante da omissão dos demais Poderes¹².

⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICK, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. p. 96.

⁹ LOPEZ VALLE, Vivian Cristina Lima; GALLO APONTE, William Iván. El rol transformador de los tribunales constitucionales como ¿estrategia clave y efectiva? para la reducción de las desigualdades y la erradicación de la pobreza extrema. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 124, p. 532, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/967/649>. Acesso em: 8 maio 2025.

¹⁰ LOPEZ VALLE, Vivian Cristina Lima; GALLO APONTE, William Iván. El rol transformador de los tribunales constitucionales como ¿estrategia clave y efectiva? para la reducción de las desigualdades y la erradicación de la pobreza extrema. p. 532.

¹¹ GASPARD, Murilo; POLYCARPO, Guilherme Bollini. Os limites objetivos do controle judicial da inconstitucionalidade por omissão. *Revista Direito e Liberdade*, v. 17, n. 2, p. 146-156, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/94129>. Acesso em: 7 maio 2025.

¹² MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Supremo Tribunal Federal e diálogo institucional: há um controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil? *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, v. 7, n. 3,

Cumprе destacar, entretanto, que a ADO não será ajuizada em razão de qualquer tipo de omissão do Poder Público, mas, sim, em relação às normas constitucionais de eficácia limitada, de princípio intuitivo e caráter impositivo, ou seja, faz-se referência a situações nas quais as normas conferem ao Legislador a obrigação de expedir comandos normativos complementares. Ademais, será cabível o ajuizamento da ADO em casos de omissão em relação a normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, as quais carecem de uma regulamentação normativa para garantir a sua efetiva aplicabilidade¹³.

Tal fato não significa que haja uma primazia pela via judicial para a realização dos ideais constitucionais, pois tanto o Legislativo quanto o Judiciário desempenham papéis distintos e igualmente importantes na concretização da Constituição. Todavia, embora a Corte deva agir com deferência em certos casos, não deve confiar plenamente nos processos legislativos, os quais, com frequência, estão sujeitos a manobras políticas e consequentemente podem gerar “pontos cegos” ou serem marcados por uma “inércia” na criação legislativa e na implementação das normas constitucionais¹⁴.

As falhas no processo legislativo, ao comprometerem a eficácia da ordem constitucional, demandam a intervenção de outros atores, especialmente das Cortes Constitucionais. Estas, ao exercerem função de controle, possuem a capacidade de corrigir as deficiências legislativas, em especial no que se refere ao reconhecimento daqueles direitos sistematicamente negligenciados, que permanecem nos “pontos cegos” do processo legislativo. Outrossim, as Cortes podem atuar frente a inércia política resultante da preponderância dos interesses dos grupos politicamente mais influentes, garantindo que os processos legislativos não favoreçam, de forma injusta, determinados grupos. Por fim, a referida atuação também é fundamental para conter retrocessos legislativos, assegurando a continuidade e a efetividade dos princípios constitucionais, mesmo diante de pressões políticas adversas¹⁵.

p. 198, 2019. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/628/1171>. Acesso em: 8 maio 2025.

¹³ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 32. ed., rev. e atual. até a EC n.º 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. p. 813.

¹⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICK, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. p. 98.

¹⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICK, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. p. 98.

A ação interventora do Supremo Tribunal Federal, na implementação de políticas públicas, é assegurada com vistas ao dever de proteção aos direitos fundamentais sociais e à função de garantidor da Constituição, conforme preceitua o artigo 120 da CF. Portanto, diante dessa dinâmica, há uma “transferência” de poderes ao Judiciário, o que faz com que, diante do descumprimento dos compromissos constitucionalmente assumidos pelos demais Poderes, seja convocado a intervir¹⁶.

Diante desse panorama, o STF é impelido a atuar não só como mero “legislador negativo”, declarando a inconstitucionalidade de normas conflitantes com a ordem jurídica constitucional e garantindo a defesa da Constituição, mas também à função legislativa *stricto sensu*, face às omissões legislativas que impossibilitam a plena eficácia dos direitos fundamentais¹⁷.

Nessa hipótese, uma lei poderá ser questionada não pelo seu conteúdo explícito, mas pela omissão de previsões importantes à garantia de direitos, o que pode resultar em discriminação contra determinados grupos. Embora, em princípio, essa omissão constitua violação ao princípio da igualdade e justifique a declaração total de sua inconstitucionalidade, o Tribunal pode adotar uma abordagem em que, ao invés de anular a lei, decide reverter a omissão legislativa por meio de uma interpretação extensiva, ampliando os direitos aos grupos excluídos pelo Legislador sem de fato modificar o texto original da norma¹⁸.

Logo, especialmente diante de casos de inconstitucionalidade por omissão, o Tribunal suplanta a omissão legislativa mediante sentença manipulativa, denominada sentença aditiva, a qual supre a omissão normativa que dá ensejo ao tratamento desigual, evitando a declaração integral da inconstitucionalidade da lei¹⁹. Uma sen-

¹⁶ MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Supremo Tribunal Federal e diálogo institucional: há um controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil? p. 199.

¹⁷ PEDRA, Anderson Sant’Ana. O tribunal constitucional e o exercício da função legislativa *stricto sensu* para a efetivação dos direitos fundamentais em decorrência de uma omissão legislativa inconstitucional. p. 222.

¹⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces? **Teoría y derecho**: revista de pensamiento jurídico, n. 20, p. 209, 2016.

¹⁹ Gascón Abellán compreende como sentenças manipulativas “aquellas que se dictan cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad, pero no obstante no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto. En estos casos, el Tribunal puede «salvar» la constitucionalidad de la ley de dos modos: bien modificando su texto para provocar una interpretación constitucional del mismo (por ejemplo, anulando un inciso o una o varias palabras del texto a fin de cambiar su sentido), bien manipulando directamente su interpretación; más exactamente, forzando sus posibilidades interpretativas (o, si se quiere, haciendo una interpretación contra legem) a fin de que resulte compatible con la constitución”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces? p. 208.

tença aditiva ocorre por meio de interpretação extensiva sobre o alcance do preceito legal impugnado, com o objetivo de ajustá-lo à Constituição. Com essa interpretação, a norma em questão passa a ser aplicada a mais situações do que àquelas originalmente previstas pelo texto legal em abstrato²⁰.

Essa opção do Tribunal pela interpretação extensiva no lugar da declaração da inconstitucionalidade total da norma, segundo Abellán²¹, decorre do fato de que:

el Tribunal no considera adecuada o conveniente esta opción, puesto que la simple anulación del precepto causaría perjuicios inmediatos a todos aquellos a quienes la ley confería derechos. Por eso, el Tribunal opta por «reparar» la inconstitucionalidad de esa omisión legislativa «añadiendo», por vía interpretativa, la regulación que falta, es decir, dejando intacta la ley pero imponiendo una interpretación (conforme) de la misma que extiende los derechos al grupo discriminado. Em definitiva, dictando una sentencia aditiva.

A sentença manipulativa aditiva evita os prejuízos imediatos que a anulação da norma poderia causar e o Tribunal, ao atuar de forma interpretativa e expansiva, configura no papel de legislador positivo, criando uma disposição normativa que não foi originalmente estabelecida pelo legislador, mas que passa a ser aplicada²².

Em consideração a isso, o Tribunal atua como autêntico legislador positivo indireto. Entretanto, importa destacar que essa atuação legislativa *stricto sensu* do Poder Judiciário não ocorre de maneira indiscriminada, pois a constatação de que a omissão compromete a efetivação de determinado direito fundamental é requisito indispensável “para que o Tribunal Constitucional atue como órgão dotado de capacidade legislativa *stricto sensu* superveniente, provisória e específica”²³.

Ainda, o Poder Judiciário, ao suprir tais omissões, não viola o princípio da separação de Poderes, pois constitucionalmente lhe é atribuída competência residual para realizar correções ou realinhamentos em políticas públicas nos casos em que a

²⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática: uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 85.

²¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces? p. 209.

²² GASCÓN ABELLÁN, Marina. Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces? p. 209.

²³ PEDRA, Anderson Sant’Ana. O tribunal constitucional e o exercício da função legislativa *stricto sensu* para a efetivação dos direitos fundamentais em decorrência de uma omissão legislativa inconstitucional. p. 239.

omissão compromete a efetivação dos direitos fundamentais e sociais constitucionalmente assegurados²⁴.

Além disso, sob essa visão, não se está defendendo que o Tribunal Constitucional deva tomar a frente na produção legislativa e fazer-se às vezes de legislador positivo (*stricto sensu*), muito pelo contrário, deverá atuar em substituição provisória ao titular quando sua atuação for omissa ou insuficiente²⁵.

Apesar dessa atuação jurisdicional corretiva, a falta de previsão normativa de instrumentos que contribuam com a efetivação das decisões judiciais de efeito imediato exige estratégias para que o teor da decisão não reste carente de cumprimento²⁶. Nesse contexto, o diálogo interinstitucional pode ser uma alternativa hábil para tanto. Assim, Moraes e Leal²⁷ sugerem que:

A ideia de um controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário de forma absoluta e não sujeita a revisões precisa ser substituída aos poucos tanto pela noção de um controle mais ponderado quanto pela noção de um diálogo entre Poderes, abandonando-se a concepção de que a divisão de Poderes não permite que os mesmos se relacionem. Para que a Constituição tenha seu conteúdo garantido e os direitos fundamentais sejam melhor efetivados, é de suma importância a abertura à uma justiça dialógica e a parceria entre Judiciário, Legislativo e Executivo.

Diante disso, extrai-se o entendimento de que o controle jurisdicional de políticas públicas requer um diálogo institucional entre os três Poderes do Estado, visando garantir que as determinações judiciais sejam efetivas na correção dos défices da política pública que afrontam a prestação dos direitos fundamentais. Além disso, deve-se tomar o viés colaborativo e dialógico entre as mais diversas esferas do poder público como estratégia capaz de aprimorar a efetividade dos direitos

²⁴ COSTA, Bruno Andrade. O controle judicial nas políticas públicas: análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais. p. 256.

²⁵ PEDRA, Anderson Sant'Ana. O tribunal constitucional e o exercício da função legislativa *stricto sensu* para a efetivação dos direitos fundamentais em decorrência de uma omissão legislativa inconstitucional. p. 241.

²⁶ COSTA, Bruno Andrade. O controle judicial nas políticas públicas: análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais. p. 267.

²⁷ MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Supremo Tribunal Federal e diálogo institucional: há um controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil? p. 215-216.

fundamentais garantidos via política pública. Face a isso, percebe-se que “a realização de um diálogo de fato entre os poderes mostra-se como uma solução compatível com o Estado de Direito e que congregue as forças dos três poderes para uma melhor garantia de direitos fundamentais”²⁸.

Portanto, a partir da ideia do diálogo colaborativo entre os Poderes, o controle das omissões exercido pelo Poder Judiciário não substituirá a atuação originária dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria de políticas públicas, mas complementará e aperfeiçoará o alcance e a efetividade dos direitos fundamentais, preservando a competência originária e a possibilidade de superação da decisão judicial pela atuação mais protetiva dos demais Poderes. Assim, prevalecerá a posição que promova, em maior grau, a efetividade dos direitos fundamentais, dinâmica que pode ser observada no julgamento do caso da ADO n.º 30/DF, conforme será analisado a seguir.

3. ADO n.º 30/DF: da discriminação das pessoas com deficiência auditiva à supressão normativa da omissão inconstitucional

Com a intenção de promover o direito à inclusão das Pessoas com Deficiência, em 24 de fevereiro de 1995, foi promulgada a Lei n.º 8.989, dispondo da política pública de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para a aquisição de automóveis por PcDs. Todavia, a delimitação dos beneficiários dessa política pública de isenção fiscal adotou contornos insuficientes e discriminatórios por não incluir as pessoas com deficiência auditiva.

Somente em 2015, após 20 anos de vigência da Lei n.º 8.989/95, é que a omissão relativa às pessoas com deficiência auditiva no rol de beneficiários da política pública – disposto no artigo 1º, IV da Lei n.º 8.989/95²⁹ –, veio a ser questionada

²⁸ MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 123. Disponível em: https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2021/MARGEM_DE_APRECIACAO_NACIONAL_E_DIALOGO_INSTITUCIONAL.pdf. Acesso em: 8 maio 2025.

²⁹ No texto original, a lei previa que seriam isentas somente pessoas com deficiência física, visual, mental e pessoas autistas. BRASIL. **Lei n.º 8.989**, de 24 de fevereiro de 1995. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8989.htm. Acesso em: 10 fev. 2025.

junto ao STF, sendo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Parcial ADO n.º 30³⁰.

Em face da referida situação, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADO pedindo: I) a determinação da extensão do benefício às pessoas com deficiência auditiva enquanto perdurar a omissão legislativa; e II) a estipulação de prazo razoável para que o Congresso Nacional supra a omissão legislativa por meio da edição de dispositivo normativo a fim de que a referida inclusão seja feita no rol de beneficiários. Esses pedidos foram julgados procedentes pela maioria do Tribunal, com base nos fundamentos jurídicos analisados a seguir³¹.

O STF reconheceu a inconstitucionalidade parcial por omissão constante no supramencionado dispositivo, destacando que inexistia justificativa capaz de fundamentar a opção do legislador por deixar o citado grupo de PcDs sem o gozo dessa política pública. Ademais, no que diz respeito à proteção contra a discriminação das pessoas com deficiência auditiva, o Ministro Relator Dias Toffoli afirmou que a não inclusão no rol de isentos, bem como a mora na tramitação do Projeto de Lei n.º 28/2017, junto ao Senado Federal³², que visa estender o benefício fiscal aos deficientes auditivos, ofendem o princípio da isonomia e da não-discriminação e implicam em distinção desarrazoada entre pessoas que se encontram em uma mesma situação (serem pessoas com deficiência), justificando, assim, a imprescindibilidade da execução do controle jurisdicional para extinguir a afronta ao direito à igualdade e não-discriminação e sanar a insuficiência da política pública de inclusão³³.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 30/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de agosto de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754015545>. p. 1.

³¹ STF, ADO n.º 30/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24 ago. 2020. p. 33.

³² Em 2020, o PL 28/2017, de origem do Senado Federal (BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n.º 28, de 2017**. Autor: Senador Romário, 3 mar. 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8070923&ts=1630425612574&disposition=inline>. Acesso em: 12 maio 2025), foi remetido à Câmara dos Deputados, tramitando naquela casa como Projeto de Lei (PL) 1586/2020 (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 1.586, de 2020**. Autor: Senador Romário, 6 abr. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1873512&filename=Tramitacao-PL%201586/2020. Acesso em: 12 maio 2025) e apensado ao PL 5773/2009 (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 5.773, de 2009**. Autor: Senador Cristovam Buarque, 12 ago. 2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1646698&filename=Tramitacao-PL%205773/2009. Acesso em: 12 maio 2025), sendo que, até a conclusão desse estudo, os projetos de lei permanecem pendentes de apreciação pelo Plenário do Senado Federal.

³³ STF, ADO n.º 30/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24 ago. 2020. p. 30.

Com a decisão, o STF estabeleceu a extensão do benefício fiscal aos deficientes auditivos enquanto perdurar a omissão legislativa e requereu, do Congresso Nacional, a adoção de medidas legislativas necessárias para suprir a omissão legislativa, fixando, para tanto, o prazo de 18 meses, a contar da data da publicação do acórdão³⁴.

Observa-se que a atuação do mais alto tribunal brasileiro na ADO n.º 30/DF, além de ter sido crucial para sanar a omissão legislativa que comprometia o direito à igualdade das pessoas com deficiência auditiva, demonstrou uma postura deferente aos limites da sua competência. Em vez de substituir a função do legislador, a Corte evidenciou o “ponto cego” no processo legislativo que resultou em discriminação injustificada e demandou que o Congresso Nacional assumisse a responsabilidade de adotar a iniciativa legislativa necessária para a correção da falha presente na lei.

A alegação de impossibilidade de reconhecimento da omissão inconstitucional, devido à existência de projeto de lei no Congresso Nacional com o objetivo de suprir a referida omissão, não foi acolhida. Conforme a corrente majoritária, essa omissão diz respeito à *inertia deliberandi* (discussão e votação) no âmbito das Casas Legislativas. Utilizando o precedente firmado na ADI n.º 3682/DF³⁵ sobre o tema, o STF entendeu que, apesar da existência de projetos de lei complementar apresentados e discutidos no âmbito do Congresso Nacional, a *inertia deliberandi* igualmente pode ser reconhecida como inconstitucional se o órgão legislativo não deliberar sobre o projeto em tramitação dentro de um prazo razoável³⁶.

A Corte Constitucional brasileira, portanto, agiu atenta ao fato de que as pessoas com deficiência auditiva pertencem a um grupo em situação de vulnerabilidade (Pessoas com Deficiência)³⁷ e que, muito provavelmente, enfrentam entraves sociais e políticos que comprometem a representação adequada e a pressão aos canais políticos em prol de reivindicação de direitos, o que invisibiliza pautas e interesses nos espaços de deliberação legislativa³⁸. Ao considerar esse cenário, o STF gerou um

³⁴ STF, ADO n.º 30/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24 ago. 2020. p. 33.

³⁵ A ação reconheceu a demora do Congresso Nacional para editar a lei complementar sobre criação de municípios.

³⁶ STF, ADO n.º 30/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24 ago. 2020. p. 10-11.

³⁷ VARGAS, Eliziane Fardin de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Grupos vulneráveis e minorias: há uma distinção terminológica na Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal? **Revista Estudos Institucionais**, v. 9, n. 3, p. 895, 2023.

³⁸ “Chamo a atenção, ainda, para o fato de inexistir justificativa razoável para a demora na inclusão das pessoas com deficiência auditiva no rol do dispositivo combatido. Há muito vige essa situação violadora de direitos essenciais dessas pessoas: contado o tempo desde a última modificação legal, que se deu por meio da Lei n.º 10.960/03, há mais de quinze anos. Levando-se em consideração a publicação do Decreto n.º 6.949/09, que promulgou a Convenção sobre

efeito de desbloqueio da reivindicação junto ao Poder Legislativo, retirando-o da inércia que perpetuava tal exclusão e pressionando-o por uma resposta institucional que garantisse o avanço necessário à promoção plena da igualdade e da inclusão desse grupo. Assim, a atuação não só corrigiu uma omissão legislativa pendente como também reafirmou o compromisso com a especial proteção de grupos em situação de vulnerabilidade que logram representação política insuficiente para alavancar as próprias demandas.

Importa lembrar que a Lei n.º 8.989/95 está em vigor no ordenamento jurídico desde 1995. A primeira atitude legislativa para suprir a omissão inconstitucional parcial, o PL 28 de 2017, ocorreu somente após a propositura da ADO 30/DF, que, embora tenha sido julgada em 2020, foi proposta em 2015. Já a efetiva supressão da omissão pela via legislativa só foi realizada em 2021, após a decisão do STF. Em face dessa cronologia, é possível observar a dinâmica da *inertia deliberandi* (discussão e votação) das Casas Legislativas em relação ao problema da omissão presente na política pública e o desponete da articulação legislativa após a propositura da demanda junto ao STF.

Embora não se possa afirmar, em definitivo, que esse desponete tenha decorrido diretamente da decisão do mais alto tribunal brasileiro, importa considerar que, do ponto de vista da sociologia jurídica, habitualmente as reações institucionais posteriores ao julgamento de casos emblemáticos são interpretadas como sintonizadas ou como um efeito dominó da decisão³⁹. Essa situação destaca ainda mais o papel importante que as Cortes Constitucionais desempenham enquanto agentes concretizadoras de direitos em cenários de inércia, além de atuarem como propulsoras de mudanças no contexto do constitucionalismo transformador.

Quanto às alegações relativas a uma possível atuação jurisdicional como legislador positivo por parte do STF, o Ministro Relator Dias Toffoli fundamentou seu voto favorável ao controle jurisdicional de políticas públicas com base nos critérios estabelecidos no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n.º 440028/SP. Naquele processo, o Ministro Relator Marco Aurélio considerou cabível o controle judicial

os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, citados várias vezes, já se passaram mais de oito anos. Considero, portanto, legítimo o controle judicial do inciso IV do art. 1º da Lei n.º 8.989/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.960/03, e procedentes os pedidos deduzidos na inicial". (STF, ADO n.º 30/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24 ago. 2020. p. 29-30).

³⁹ PUGA, Mariela Gladys. **Litigio estructural**. 2013. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013. p. 233. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga. Acesso em: 8 maio 2025.

de políticas públicas quando o caso atender a três requisitos: 1) natureza constitucional da política reclamada; 2) existência de correlação entre a política reclamada e os direitos fundamentais; e 3) comprovação de omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, sem justificativa razoável para tal comportamento⁴⁰.

O Relator destacou que a ADO n.º 30/DF atende plenamente a esses critérios. No que diz respeito aos dois primeiros, a política pública em discussão fortalece a inclusão social e promove a dignidade das Pessoas com Deficiência, fundamentada em bases constitucionais e vinculada a direitos fundamentais reconhecidos. Quanto ao terceiro requisito, que diz respeito à comprovação da omissão e à insuficiência da política pública, o Ministro Toffoli afirma que é evidente a falta de justificativa para a demora na inclusão das pessoas com deficiência auditiva na legislação, vigente há mais de quinze anos desde a última modificação pela Lei n.º 10.960/03. Além disso, segundo o Relator, passaram-se mais de oito anos desde a promulgação do Decreto n.º 6.949/09, que ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Em vista disso, considerou-se o controle jurisdicional da política pública disposta na Lei n.º 8.989/95 legítimo e necessário diante dos défices na proteção aos direitos de um grupo especialmente vulnerável⁴¹.

Apesar da decisão ter tido divergência quanto à determinação de um prazo limite para que a omissão inconstitucional fosse sanada⁴² – havendo posicionamento favorável à tradicional autocontenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas e a defesa de que o estabelecimento de prazo para a supressão da omissão poderia desgastar a legitimidade institucional –, a decisão da ADO n.º 30/DF rompe com a postura autocontida do mais alto tribunal brasileiro em decisões em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, determinando o prazo de 18 meses para que o Poder Legislativo adotasse a medida adequada para corrigir a omissão. Assim, a decisão incorpora uma postura mais incisiva e comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais, de modo a se alinhar aos objetivos do constitucionalismo transformador e promover a concretização das promessas constitucionais.

⁴⁰ STF, ADO n.º 30/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24 ago. 2020. p. 24.

⁴¹ STF, ADO n.º 30/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24 ago. 2020. p. 29-30.

⁴² Divergido e vencido quanto ao ponto que tange ao estabelecimento do prazo para o Poder Legislativo suprimir a omissão, o Ministro Marco Aurélio afirmou que: “ausente regulamentação quanto a deficiente auditivo, constitui passo demasiado largo fixar prazo, ao legislador, visando à adoção de providências. Mantenho-me fiel ao que venho sustentando, em se tratando da mora de outro Poder. Não cabe ao Supremo, sob pena de desgaste maior, determinar prazo voltado à atuação do Legislativo. É perigoso, em termos de legitimidade institucional, uma vez que, não legislando o Congresso Nacional, a decisão torna-se inócua”. (STF, ADO n.º 30/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24 ago. 2020. p. 32).

Apesar de não constarem expressamente no teor da decisão, de forma indireta, é possível extrair diversos elementos que corroboram a dimensão protetiva em relação à salvaguarda desses direitos pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente demonstra-se comprometimento com a noção de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*)⁴³ – que também se faz salutar no controle jurisdicional de políticas públicas, como é o caso da ADO analisada⁴⁴ –, uma vez que se reconhece que o dispositivo deixava de proteger parcela de pessoas que igualmente integra o grupo de PcDs, e que, portanto, existia uma proteção insuficiente do direito à inclusão social na política pública imposta pela Lei n.º 8.989/95.

Nota-se que, conforme asseveram Leal e Maas⁴⁵, a aplicação dessa teoria pelo mais alto tribunal brasileiro não é novidade, pois a “proibição da proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) “tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento para sua intervenção na defesa dos direitos fundamentais”.

Da decisão, pode-se extrair, ainda, a presença de outra técnica decisória de origem germânica⁴⁶ aplicada a casos de omissão inconstitucional: a figura do “apelo ao legislador” (*Appellentscheidung*), que consiste em uma decisão por meio da qual é declarada a situação de constitucionalidade imperfeita de um contexto jurídico, mas que, apesar dessa incompatibilidade de alguns pontos com os preceitos constitucionais, é a norma “ainda constitucional”⁴⁷. Com isso, a decisão notifica o legislador

⁴³ Para análise aprofundada acerca da “proibição de proteção insuficiente”, recomenda-se: LEAL, Mônia Clarissa Henning; MAAS, Rosana Helena. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2020/Dever-de-protecao-estatal-proibicao-de-protecao-insuficiente-e-controle-jurisdicional-de-PP.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2025.

⁴⁴ A noção de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) serve ao controle jurisdicional de políticas públicas, uma vez que este é, ao lado da noção de “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*), um balizador do “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*). Nas palavras de Leal e Maas: “o conceito de ‘dever de proteção estatal’ (*Schutzpflicht*) poderia servir, também, como fundamento para o controle jurisdicional de políticas públicas, ao servir como parâmetro para o reconhecimento do ‘dever’ de agir do Estado e, consequentemente, para a indicação das possíveis ‘omissões’ ou ‘desvirtuamentos’ por ele praticados, tomando-se como critérios, para tanto, as noções de ‘proibição de proteção insuficiente’ (*Untermaßverbot*) e de ‘proibição de excesso’ (*Übermaßverbot*)”. (LEAL, Mônia Clarissa Henning; MAAS, Rosana Helena. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas. p. 107-108).

⁴⁵ LEAL, Mônia Clarissa Henning; MAAS, Rosana Helena. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas. p. 110.

⁴⁶ Brünneck, juíza do *Bundesverfassungsgericht*, cunhou o conceito de “apelo ao legislador” (*Appellentscheidung*) em 1970, em seu artigo: BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-von. Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren? In: RITTERSPACH, Theo; GEIGER, Willi (Hrsg.). *Festschrift für Gebhard Müller*: zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1970. p. 355-378.

⁴⁷ BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-von. Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren? p. 355.

acerca de tal discordância constitucional e ressalta a emergente necessidade de realizar a alteração do texto normativo a fim de afastar a declaração de inconstitucionalidade no caso de uma nova apreciação do tema, concedendo-lhe prazo para que a discordância seja sanada⁴⁸⁻⁴⁹.

Nota-se que esse foi o caso da ADO n.º 30/DF, tendo em vista que a decisão não invalida o art. 1º, IV, da Lei n.º 8.989/95 em sua totalidade, sendo o dispositivo mantido no ordenamento jurídico com plena vigência, mas destaca a incompatibilidade pontual com a Constituição e notifica para que o Poder Legislativo providencie, dentro de 18 meses, o ajuste normativo necessário a fim de que se tenha uma situação de constitucionalidade perfeita da legislação impugnada.

Para além disso, há indícios de que essa é uma decisão aditiva, considerando-se que a tipologia decisória compreende aquelas decisões que buscam repreender o silêncio inconstitucional do legislador quando “a legislação estipula sacrifícios ou benefícios a uma dada categoria de destinatários, silenciando quanto à inclusão de outras categorias em idêntica situação fática”⁵⁰.

Dessa forma, uma vez que o Supremo Tribunal Federal agrega ao rol de beneficiários uma categoria de pessoas com deficiência olvidada pelo legislador, pode-se dizer que se trata de típico caso de decisão aditiva. Também se percebe importante construção do entendimento em prol da promoção da inclusão social e do combate à discriminação, não só de maneira geral, mas inclusive no contexto de tratamento dispensado dentro do próprio grupo vulnerável, já que os deficientes auditivos sofriam discriminação em relação às demais Pessoas com Deficiência de modo injustificável e desproporcional.

Ainda que existam críticas à forma mais robusta de atuação do STF na ADO n.º 30/DF, os resultados da decisão foram satisfatórios, tendo sido realizados ajustes na regulamentação legislativa do tema pelo Congresso Nacional em 31 de dezembro

⁴⁸ Nesse sentido, igualmente importa destacar as contribuições feitas por Jörn Ipsen e Tzu-Hui Yang em suas respectivas obras: IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden-Baden: Nomos, 1980; YANG, Tzu-Hui. *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*: de acordo com a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 461-462.

⁵⁰ RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 3, p. 1-31, 2009/2010. p. 12. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/255/211>. Acesso em: 22 jul. 2024.

de 2021, quando, por meio da sanção da Lei n.º 14.287/2021, estendeu-se às pessoas com deficiência auditiva o benefício de isenção do IPI na aquisição de automóveis. Assim, restou cumprida, em sua integralidade, a decisão do STF na ADO n.º 30/DF, ao passo que a correção da omissão foi sanada pelo Poder competente.

Embora a exposição de motivos da versão original do Projeto de Lei n.º 5.149, do Senado Federal, apresentado em 11 de novembro de 2020 – o qual deu origem à lei que atendeu ao teor da decisão –, não mencione a decisão do mais alto tribunal brasileiro, a redação final e o parecer de aprovação pela Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência⁵¹ salientam que se trata de medida legislativa destinada a dar cumprimento ao teor da decisão do STF na ADO n.º 30/DF.

Essa ação do Poder Legislativo reflete o modelo de diálogo institucional ideal proposto por Tushnet⁵², o qual sugere que essa condição dialógica perfeita ocorre quando o Legislativo, após declaração de inconstitucionalidade da Corte Constitucional, responde à questão outrora negligenciada, ajustando a legislação para alinhar-se à interpretação judicial exarada. Assim, a implementação da decisão da ADO n.º 30/DF exemplifica esse modelo de diálogo, o que evidencia uma interação institucional entre o Judiciário e o Legislativo.

Ademais, a articulação dialógica entre o Poder Judiciário e os demais Poderes Públicos é um pressuposto do constitucionalismo transformador, pois, pretendendo alavancar transformações significativas mediante decisões judiciais, é necessário contar com diversos atores para a efetiva implementação da mudança social pretendida. Adicionalmente, essa construção de pontes dialógicas também

⁵¹ De acordo com o parecer da Comissão: “concordamos também com o Relator do Projeto no Senado Federal, Senador Romário Faria, de que, em obediência à isonomia tributária, torna-se necessário incluir as pessoas com deficiência auditiva no rol daquelas com direito à isenção do IPI, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o direito à isenção em comentário às pessoas com deficiência auditiva, em recente decisão, publicada em 6 de outubro de 2020, proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 30/DF”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Projeto de Lei n.º 5.149, de 2020**. Relator: Deputado Marcelo Aro, 19 jul. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2047548&filename=Tramitacao-PL%205149/2020. Acesso em: 9 maio 2025. p. 3). (Grifo nosso).

⁵² Segundo o autor: “la Legislatura promulga una ley que luego es declarada inconstitucional por la Suprema Corte al violar lo que la Corte entiende por protección constitucional a la libertad de expresión. La Legislatura puede responder de distintas formas. Por ejemplo, señalando que la Suprema Corte, servicialmente, ha dirigido su atención a un problema constitucional que la Legislatura había ignorado o infravalorado antes. Por lo tanto, al centrar su atención en la cuestión constitucional, puede que termine estando de acuerdo con la interpretación de la Corte y modifique la ley para que sea consistente con esa interpretación”. TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014. p. 109.

proporciona legitimidade às articulações de desbloqueio promovidas pela decisão judicial transformadora ao integrar grupos afetados e atores institucionais na construção da mudança⁵³.

Observa-se, portanto, que há situações em que o Supremo Tribunal Federal, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal e buscando alcançar os objetivos nela delineados, pode atuar de forma significativa em casos que envolvam políticas públicas. Essa atuação pode variar, a depender das circunstâncias, podendo posicionar-se de maneira mais ativa com o intuito de corrigir os défices de representação política dentro do contexto democrático. O papel da Suprema Corte é garantir a efetividade dos direitos fundamentais de pessoas ou grupos que, por diversos motivos, não conseguem obter a representação política necessária para que suas reivindicações sejam ouvidas e atendidas adequadamente pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesses casos, a atuação mais ativa, robusta e exigente do STF se impõe como dever da jurisdição constitucional, especialmente quando se considera a previsão de especial proteção às minorias e aos grupos em situação de vulnerabilidade. Esse papel protetivo da Corte Constitucional ganha relevância sobretudo em cenários onde se evidenciam a indiferença, a relutância ou até mesmo a omissão por parte dos demais Poderes em garantir e concretizar a proteção aos direitos fundamentais de uma parcela significativa da sociedade.

Portanto, esse modo de agir constitucional demanda reavaliação e releitura de conceitos tradicionais, tais como a separação dos Poderes, o diálogo institucional e os mecanismos de proteção aos direitos fundamentais. A partir da renovada concepção de jurisdição constitucional, é necessário repensar e reestruturar as relações entre os Poderes para que o sistema democrático e as garantias fundamentais sejam efetivos a todos, especialmente àqueles que mais necessitam da intervenção do Judiciário para a proteção de seus direitos.

4. Conclusão

O controle jurisdicional das políticas públicas, exercido pelo Poder Judiciário, desempenha papel fundamental na correção das omissões ou inércias inconstitucionais dos demais Poderes, garantindo a efetivação e prestação igualitária dos direitos

⁵³ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICK, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. p. 112.

fundamentais. Outrossim, esse controle jurisdicional não se limita a corrigir omissões inconstitucionais, mas também desempenha relevância crucial à preservação da ordem constitucional e à promoção da justiça social, assegurando que os direitos fundamentais sejam uma realidade prática na vida dos cidadãos, assim como pressupõem as bases do Estado Democrático de Direito.

Da análise dos reflexos da decisão, conclui-se que o controle jurisdicional da omissão parcial, presente na política pública discutida na ADO n.º 30/DF, proporcionou o acesso igualitário desse direito às pessoas com deficiência auditiva. O STF estendeu o benefício fiscal ao referido grupo enquanto perdurasse a omissão legislativa, determinando que o Congresso Nacional adotasse as medidas necessárias para suprir essa omissão parcial, estabelecendo, para tanto, um prazo de 18 meses, a contar da data da publicação do acórdão. Os resultados da decisão podem ser considerados satisfatórios, uma vez que o Legislativo editou a requerida providência normativa dentro do período estipulado pelo STF por meio da promulgação da Lei n.º 14.287, em 31 de dezembro de 2021.

A respeito dos fundamentos utilizados para embasar a atuação protetiva em relação a esse grupo vulnerável, o STF entende que a natureza constitucional da política pública reclamada e a sua prestação insuficiente comprometem a dignidade da pessoa humana e viabilizam a intervenção do Poder Judiciário a fim de assegurar o cumprimento máximo da finalidade das políticas públicas e a garantia dos direitos fundamentais de maneira igualitária.

A decisão da ADO n.º 30/DF também representa um importante exemplo de diálogo institucional, no qual o Poder Legislativo atendeu integralmente às orientações do Poder Judiciário, ajustando a legislação e preenchendo a lacuna normativa a fim de garantir a igualdade de direitos. Esse processo reflete a concretização do diálogo institucional, que é essencial ao constitucionalismo transformador, já que essa cooperação entre os Poderes Públicos é fundamental no processo de planejamento e implementação das mudanças sociais e jurídicas necessárias à consolidação das promessas Constitucionais, especialmente aquelas relacionadas à plena garantia dos direitos de igualdade e à não discriminação.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-von. Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren? In: RITTERSPACH, Theo; GEIGER, Willi (Hrsg.). **Festschrift für Gebhard Müller**: zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1970. p. 355-378.

COSTA, Bruno Andrade. O controle judicial nas políticas públicas: análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 255-269, jul./set. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502928/000991428.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 maio 2025.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces? **Teoría y derecho**: revista de pensamiento jurídico, n. 20, p. 204-215, 2016.

GASPARDO, Murilo; POLYCARPO, Guilherme Bollini. Os limites objetivos do controle judicial da inconstitucionalidade por omissão. **Revista Direito e Liberdade**, v. 17, n. 2, p. 145-173, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/server/api/core/bitstreams/2af9a2f6-6861-4be4-851c-201273f60768/content>. Acesso em: 7 maio 2025.

IPSEN, Jörn. **Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt**. Baden-Baden: Nomos, 1980.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática: uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; MAAS, Rosana Helena. **“Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2020/Dever-de-protecao-estatal-proibicao-de-protecao-insuficiente-e-controle-jurisdicional-de-PP.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2025.

LOPEZ VALLE, Vivian Cristina Lima; GALLO APONTE, William Iván. El rol transformador de los tribunales constitucionales como ¿estrategia clave y efectiva? para la reducción de las desigualdades y la erradicación de la pobreza extrema. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 124, p. 527-571, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/967/649>. Acesso em: 8 maio 2025.

MELLO, Patrícia Perrone Campo. El papel del juez transformador en Brasil: Ius Constitutionale Commune, avance y resiliencia. **MPIL Research Paper Series**, n. 2020-05, p. 1-32, marzo 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3548830>. Acesso em: 8 maio 2025.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 32. ed., rev. e atual. até a EC n.º 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Supremo Tribunal Federal e diálogo institucional: há um controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil? **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 193-224, 2019. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/628/1171>. Acesso em: 8 maio 2025.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. Disponível em: https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2021/MARGEM_DE_APRECIACAO_NACIONAL_E_DIALOGO_INSTITUCIONAL.pdf. Acesso em: 8 maio 2025.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICK, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, v. 1, n. 1, p. 82-118, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/18/16>. Acesso em: 8 maio 2025.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. O tribunal constitucional e o exercício da função legislativa *stricto sensu* para a efetivação dos direitos fundamentais em decorrência de uma omissão legislativa inconstitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 11, p. 221-256, jan./jun. 2012. DOI 10.18759/rdgf.v0i11.161. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/161/129>. Acesso em: 8 maio 2025.

PUGA, Mariela Gladys. **Litigio estructural**. 2013. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga. Acesso em: 8 maio 2025.

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 3, p. 1-31, 2009/2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/255/211>. Acesso em: 22 jul. 2024.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

VARGAS, Eliziane Fardin de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Grupos vulneráveis e minorias: há uma distinção terminológica na Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal? **Revista Estudos Institucionais**, v. 9, n. 3, p. 877-904, set./dez. 2023.

YANG, Tzu-Hui. **Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts**. Baden-Baden: Nomos, 2003.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 30/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de agosto de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754015545>. Acesso em: 2 fev. 2025.

Legislação citada

BRASIL. **Lei n.º 8.989, de 24 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis por pessoas com deficiência. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8989.htm. Acesso em: 10 fev. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 1.586, de 2020**. Altera a Lei n.º 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, para incluir as pessoas com deficiência auditiva no rol daquelas com direito à isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre a aquisição de automóveis. Autor: Senador Romário, 6 abr. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1873512&filename=Tramitacao-PL%201586/2020. Acesso em: 12 maio 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Projeto de Lei n.º 5.149, de 2020**. Altera a Lei n.º 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, para prorrogar a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis de passageiros e para estender o benefício para as pessoas com deficiência auditiva. Relator: Deputado Marcelo Aro, 19 jul. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2047548&filename=Tramitacao-PL%205149/2020. Acesso em: 9 maio 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 5.773, de 2009**. Concede isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre veículos para transporte coletivo de estudantes, quando adquiridos por Prefeituras Municipais, pelos Estados e pelo Distrito Federal, bem como por profissionais autônomos e suas cooperativas habilitados e dedicados exclusivamente ao transporte escolar. Autor: Senador Cristovam Buarque, 12 ago. 2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1646698&filename=Tramitacao-PL%205773/2009. Acesso em: 12 maio 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer n.º 339, de 2021-PLEN/SF**. De Plenário, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei (PL) n.º 5.149, de 2020, da Senadora Mara Gabrilli, o qual altera a Lei n.º 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, para prorrogar a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis de passageiros e para estender o benefício para as pessoas com deficiência. Relator: Senador Romário, 9 dez. 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9052501&ts=1718047848776&dispositio n=inline>. Acesso em: 8 maio 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n.º 28, de 2017**. Altera a Lei n.º 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, para estender a todas as pessoas com deficiência a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre a aquisição de automóveis. Autor: Senador Romário, 3 mar. 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8070923&ts=1630425612574&disposition=inline>. Acesso em: 12 maio 2025.



O salto qualitativo do papel do STF na proteção constitucional do meio ambiente¹

The qualitative leap of the STF's role regarding the constitutional protection of the environment

El salto cualitativo en el papel del STF en la protección constitucional del medio ambiente

Marco Túlio Reis Magalhães²

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-3202-4733>

E-mail: marucosam@yahoo.com.br

Resumo

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar da proteção do meio ambiente em diversos dispositivos e de diferentes formas – direito fundamental, objetivo constitucional, deveres estatais e deveres da coletividade. Desde 1988, o Supremo Tribunal Federal tem julgado casos relacionados à proteção ambiental. Nos últimos anos, aumentou o número de casos ambientais complexos e de grande repercussão. O STF também tem adotado várias práticas institucionais e administrativas de sustentabilidade ambiental. Defende-se que a atuação recente do STF (2019-2023) evidencia um salto qualitativo do seu papel, em termos institucionais, simbólicos e jurisprudenciais, em prol do desenvolvimento sustentável. Emprega-se metodologia jurídico-dogmática e dedutiva, além de metodologia de estudo de casos. Adotam-se premissas teóricas do institucionalismo histórico (*path dependence*), do pensamento institucional de Douglass North e de Dani Rodrik, dos conceitos de democracia ambiental e sustentada e de desenvolvimento sustentável.

¹ MAGALHÃES, Marco Túlio. O salto qualitativo do papel do STF na proteção constitucional do meio ambiente. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 585-631, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a270>.

² Doutor em Direito do Estado, com ênfase em direito constitucional, pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Brasília (UNB). Procurador Federal integrante da Advocacia-Geral da União (AGU) em Brasília-DF, na qual também é membro efetivo da Subcomissão de Avaliação de Anteprojetos no âmbito do Conselho Consultivo da Escola da AGU. Foi assessor da Presidência do STF (2008-2010) e assessor de ministro do STF (2010-2014). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9135140085599193>.

Palavras-chave

Controle de constitucionalidade; meio ambiente; direito fundamental ao meio ambiente; Supremo Tribunal Federal (STF); institucionalismo.

Sumário

1. Introdução. 2. O salto qualitativo institucional e simbólico do STF. 2.1 A integração da Agenda ONU 2030 na prática institucional do STF. 2.2 STF e CNJ na integração da Agenda ONU 2030 no Poder Judiciário brasileiro. 2.3 STF e CNJ: atuação coordenada a favor do meio ambiente. 2.4 A Constituição Federal na língua indígena *Nheengatu*. 3. O salto qualitativo jurisprudencial do STF. 3.1 Ano de 2019. 3.2 Ano de 2020. 3.3 Ano de 2021. 3.4 Ano de 2022. 3.5 Ano de 2023. 4. Conclusão.

Abstract

The 1988 Federal Constitution was the first one to stipulate the environmental protection in various provisions and according to different forms – a fundamental right, a constitutional objective, duties of protection attributed to the State and duties attributed to the collectivity. Since 1988, the case law of the Federal Supreme Court (STF) has decided on issues related to environmental protection. In recent years, the number of complex environmental cases with major repercussions has increased. Likewise, the STF has adopted various institutional and administrative practices based on environmental sustainability. This paper argues that the recent activities of the STF (2019-2023) reveal a qualitative leap in the role of the STF – considering its institutional and symbolic practices and its case law. The paper adopts a legal-dogmatic, deductive methodology and a case law methodology. Its theoretical premises are the historical institutionalism (path dependence), institutional theories (Douglass North and Dani Rodrik), concepts of sustainable development and environmental and sustained democracy.

Keywords

Judicial review; environment; environmental fundamental right; Brazilian Federal Supreme Court (STF); institutionalism.

Contents

1. Introduction. 2. The institutional, symbolic qualitative leap of the STF. 2.1 The inclusion of the UN 2030 Agenda into the institutional practice of the STF. 2.2 STF and CNJ in the integration of the UN 2030 Agenda in the Brazilian Judicial Branch. 2.3 STF and CNJ: coordinated action on behalf of the environment. 2.4 The Federal

Constitution written in the indigenous language *Nheengatu*. 3. The STF's qualitative leap in its case law. 3.1 Year 2019. 3.2 Year 2020. 3.3 Year 2021. 3.4 Year 2022. 3.5 Year 2023. 4. Conclusion.

Resumen

La Constitución Federal de 1988 fue la primera en ocuparse de la protección del medio ambiente en varias disposiciones y de diferentes maneras: derecho fundamental, objetivo constitucional, deberes del Estado, deberes de la comunidad. Desde 1988, el Tribunal Supremo Federal (STF) se ha ocupado de casos relacionados con la protección del medio ambiente. En los últimos años, ha aumentado el número de casos ambientales complejos y con importantes repercusiones. El STF ha adoptado diversas prácticas institucionales y administrativas de sostenibilidad ambiental. Se argumenta que las actividades recientes del STF (2019-2023) muestran un salto cualitativo en su papel, en términos institucionales, simbólicos y jurisprudenciales, a favor del desarrollo sostenible. Se utiliza una metodología jurídico-dogmática y deductiva, así como una metodología de estudio de caso. Se adoptan premisas teóricas del institucionalismo histórico (*path dependence*), del pensamiento institucional de Douglass North y Dani Rodrik, de los conceptos de democracia ambiental y sostenida y de desarrollo sostenible.

Palabras clave

Control de constitucionalidad; medio ambiente; derecho fundamental al medio ambiente; Supremo Tribunal Federal (STF); institucionalismo.

Índice

1. Introducción. 2. El salto cualitativo institucional y simbólico del STF. 2.1 Integración de la Agenda ONU 2030 en la práctica institucional del STF. 2.2 STF y CNJ en la integración de la Agenda ONU 2030 en el Poder Judicial brasileño. 2.3 STF y CNJ: acción coordinada a favor del medio ambiente. 2.4 La Constitución Federal en la lengua indígena *Nheengatu*. 3. El salto cualitativo del STF en la jurisprudencia. 3.1 Año 2019. 3.2 Año 2020. 3.3 Año 2021. 3.4 Año 2022. 3.5 Año 2023. 4. Conclusión.

1. Introdução

Em 5 de outubro de 2023, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) completou 35 anos de vigência, como verdadeiro pilar de nosso Estado Democrático de Direito:

a Constituição Coragem, conforme vaticinava Ulysses Guimarães³. Ela é a nossa carta constitucional republicana mais longa e um marco para o constitucionalismo brasileiro, conferindo centralidade ao Estado de Direito, aos direitos fundamentais, à cidadania ativa, ao desenvolvimento, em sentido amplo, e à democracia, em suas múltiplas dimensões⁴.

De forma inovadora, a Constituição Federal dispôs sobre a proteção do meio ambiente, de forma abrangente, em seu texto constitucional, colhendo inspiração no âmbito do direito e da política internacionais⁵ e nas experiências constitucionais portuguesa, espanhola e grega da segunda metade do século XX, em sintonia com reflexões teórico-doutrinárias que identificam um fenômeno de alargamento do “campo” constitucional⁶, a adequação das normas constitucionais para regular esse tema⁷, bem como a crescente constitucionalização da proteção ambiental adotada por diversos países ao redor do mundo⁸. Além de estipular um capítulo dedicado ao meio ambiente (Capítulo VI) no Título da Ordem Social, disposto no art. 225 da CF/88, preocupou-se em dar um tratamento integrativo à proteção do meio ambiente em diversas outras disposições constitucionais – implícita e

³ LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013. v. 1, p. vi. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/544624/001001238_v1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 6 jun. 2024.

⁴ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 7 *et seq.*; BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e Constituição: direito e políticas públicas num mundo em transformação**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 35-39.

⁵ Seja em razão da discussão em torno da (i) ideia de proteção do meio ambiente como parte da terceira geração/ dimensão de direitos humanos no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, seja em razão da (ii) influência dos impulsos do direito internacional do meio ambiente sobre a regulação jurídica ambiental dos países a partir da segunda metade do século XX, seja em razão das (iii) ideias de desenvolvimento sustentável e de sustentabilidade. Sobre esses temas, consultar, respectivamente: (i) PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. **Revista da AGU**, Brasília, v. 13, n. 42, p. 43-49, out./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.13.n.42.2014.537>. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/537/2879>. Acesso em: 29 ago. 2023; (ii) SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 39-93; (iii) BOSSELMANN, Klaus. **The principle of sustainability: transforming law and governance**. Aldershot: Ashgate, 2008. p. 9-41.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 90-91; BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. p. 41.

⁷ GRASSI, Stefano. **Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente**. Milano: Giuffrè, 2012. p. 17-26; HAYWARD, Tim. **Constitutional environmental rights**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 5.

⁸ Cf. BOYD, David R. **The environmental rights revolution: a global study of constitutions, human rights, and the environment**. Vancouver, B.C.: UBC Press, 2012. p. 47-52; GELLERS, Joshua G. **The global emergence of constitutional environmental rights**. Abingdon: Routledge, 2017. p. 14-20; ressaltando a proeminência dos países da América Latina nesse tema: MENDES, Conrado Hübner; RACHED, Danielle Hanna. Environment. In: MENDES, Conrado Hübner; GARGARELLA, Roberto; GUIDI, Sebastián (ed.). **The Oxford handbook of constitutional law in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 782-791.

explicitamente⁹. Ilustrativamente, o meio ambiente é considerado em normas sobre competências federativas, princípios da ordem econômica, função social da propriedade (urbana e rural), políticas públicas constantes no Título da Ordem Social, princípios fundamentais, bem como em direitos e garantias fundamentais.

Do ponto de vista dogmático, a nossa Constituição apresenta um regime constitucional de proteção ambiental pautado em uma estrutura normativa complexa e multifacetada. No art. 225 da CF/88 se encontra o coração pulsante desse regime, com a previsão de um direito fundamental, de um objetivo constitucional, de deveres de proteção atribuídos ao Estado e de deveres (fundamentais) atribuídos à coletividade. Tais categorias dogmático-constitucionais costumam ser referidas pela doutrina como possíveis formas (combinadas ou não), entre outras, para a inserção da proteção ambiental no plano constitucional¹⁰.

O desenho constitucional brasileiro para a proteção ambiental estabelece um quadro normativo-institucional que demanda atuação conjunta do Poder Público e da coletividade em benefício das presentes e futuras gerações (art. 1º, parágrafo único, *c/c* art. 225, *caput*, todos da CF/88) – o que nos remete às concepções teóricas de democracia ambiental¹¹, de democracia sustentada¹², além de sustentabilidade como valor e princípio constitucionais¹³. Quanto ao Poder Público, a despeito dos papéis de destaque dos Poderes Legislativo e Executivo, quanto à formulação e à concretização de políticas ambientais, há também importante papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito do Poder Judiciário, visto que compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, da CF/88).

Mas qual seria esse papel atribuído ao STF? Ele estaria sendo cumprido? Poderíamos falar em mais de um papel do STF nesse contexto? O presente artigo

⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 50-57.

¹⁰ A esse respeito, consultar, ilustrativamente: BRÖNNEKE, Tobias. **Umweltverfassungsrecht: der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Grundgesetz sowie in den Landesverfassungen Brandenburgs, Niedersachsen und Sachsens**. Baden-Baden: Nomos Verl. Ges., 1999. p. 27-32; SIMÓN YARZA, Fernando. **Medio ambiente y derechos fundamentales**. Madrid: Tribunal Constitucional: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 35-44.

¹¹ BÁNDI, Gyula. Introduction into the concept of 'environmental democracy'. In: BÁNDI, Gyula (ed.). **Environmental democracy and law: public participation in Europe**. Groningen: Europa Law, 2014. p. 3-8.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (org.). **Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 101-102.

¹³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 113-148.

examina essas questões e tem como objetivo geral demonstrar que a concretização da proteção constitucional do meio ambiente pelo STF pode ir além do exercício de sua função típica jurisdicional, pois ele também pode – e deve – exercer um papel institucional e um papel simbólico de liderança, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, em razão do objetivo constitucional de desenvolvimento sustentável. Em outras palavras, no contexto da sustentabilidade e do Estado Constitucional brasileiro, o STF teria não só um papel jurisdicional de controle de constitucionalidade por meio das normas constitucionais ambientais¹⁴, mas também outros papéis institucionais e simbólicos que se exerceriam de forma endógena (normatização e práticas institucionais internas) e de forma exógena – normatização e práticas institucionais em coordenação com outros órgãos, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia-Geral da União¹⁵. Como objetivo específico, busca-se demonstrar ainda que houve um salto qualitativo desses papéis exercidos pelo STF nos últimos anos, em face do aumento de práticas institucionais e simbólicas e de julgamentos relacionados ao tema da proteção ambiental e da sustentabilidade ambiental e climática, que podem ser considerados como uma mudança paradigmática do papel da Corte.

Para alcançar tais objetivos, parte-se da hipótese de que todos esses papéis do STF encontram fundamento dogmático-constitucional no dever constitucional abrangente (intrageneracional, intergeracional, de longa duração) previsto no *caput* do art. 225 da CF/88. Adota-se, ainda, um marco teórico consubstanciado em uma conjugação de elementos de natureza institucional, política, jurídica e econômica: elementos do institucionalismo histórico (especialmente o conceito de dependência de trajetória – *path dependence*) e das concepções institucionais de desenvolvimento defendidas por Douglass North e Dani Rodrik¹⁶, aplicados ao direito, em sintonia com o debate sobre Direito e Desenvolvimento (*Law and Development*)¹⁷; elementos decorrentes da concepção de democracia ambiental e sustentada (que acentuam direitos e deveres de informação, de publicidade, de participação, de transparência

¹⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 23. ed., rev. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2023. p. 207-208.

¹⁵ Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. p. 208-210.

¹⁶ Cf. NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990; RODRIK, Dani. **One economics, many recipes: globalization, institutions and economic growth**. Princeton: Princeton University Press, 2007; BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (*path dependence*): definições e controvérsias teóricas. **Perspectivas**, São Paulo, v. 41, p. 137-167, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/4978/4434>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹⁷ Cf. BARRAL, Welber. Direto e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 47-51.

e de prestação de contas – *accountability*)¹⁸; elementos caracterizadores do Estado Ambiental como dimensão do Estado Constitucional contemporâneo¹⁹; elementos do conceito amplo e conectivo (*Verbundbegriff*)²⁰ de desenvolvimento sustentável (em seu modelo de três pilares: ambiental, social e econômico), que fomentam o aprimoramento das instituições, do direito, da governança e da sustentabilidade.

Nessa linha, o trabalho adota uma metodologia de pesquisa tradicional (jurídico-dogmática) e de caráter dedutivo²¹. O tema é investigado por meio de literatura especializada e interdisciplinar. Há pesquisa de bibliografia, de documentos e de legislação em geral, bem como de jurisprudência e de atos normativos e institucionais do STF (e de outros órgãos). A análise dos casos jurisprudenciais segue, de forma adaptada, a metodologia proposta por Canotilho (*briefing a case*) para estudo de casos constitucionais²². O recorte temporal de análise se concentra no período de 2019 a 2023, pelas seguintes razões: (i) a partir do ano de 2019 é que se apresentaram os passos iniciais mais concretos de inserção da Agenda 2030 no Poder Judiciário; (ii) o período selecionado se sobrepõe (ainda que parcialmente) ao atual ciclo 2021-2025 do Plano Estratégico de longo prazo do STF; (iii) o período selecionado coincide com o julgamento de casos jurisprudenciais que guardam adesão com o tema investigado e que debatem mudanças institucionais e estruturais ocorridas na Administração Pública Federal ambiental desde 2019.

¹⁸ Cf. LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 195-207; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. p. 18-20; MACHADO, Paulo Affonso Leme; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **Princípios de direito ambiental**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 56-59; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 268-269; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 28. ed. rev., ampl. e atual., 2022. p. 108-110.

¹⁹ Cf. KLOEPFER, Michael. Auf dem Weg zum Umweltstaat? In: KLOEPFER, Michael (Hrsg.). **Umweltstaat**. Berlin, Heidelberg: Springer, 1989. p. 43-44 (que fala em Estado Ambiental); STEINBERG, Rudolf. **Der Ökologische Verfassungstaat**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. p. 41-50. (que fala em Estado Constitucional Ecológico); CALLIESS, Christian. **Rechtsstaat und Umweltstaat**: zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik in Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 35. (que fala em relação tensional entre Estado de Direito e Estado Ambiental). Na doutrina brasileira: SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo W. (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11-38 (que falam em Estado Socioambiental de Direito); HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **E-codemocracia**: a proteção do meio ambiente no ciberespaço. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 26-34 (que traz uma síntese de autores e principais características).

²⁰ KAHL, Wolfgang. Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff. In: KAHL, Wolfgang (Hrsg.). **Nachhaltigkeit als Verbundbegriff**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 23-24.

²¹ Terminologia utilizada conforme: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 21-23.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1084-1085.

O presente artigo se divide em quatro partes: a primeira é a introdução; e a quarta, a sua conclusão. Assim, a sua segunda parte se dedica ao esclarecimento das premissas teóricas ligadas ao papel institucional e simbólico do STF no contexto da sustentabilidade, bem como à análise de normatizações e práticas institucionais da Corte que se alinhariam a essas premissas. A sua terceira parte analisa o papel jurisdicional do STF, no contexto da sustentabilidade, a partir do estudo de casos jurisprudenciais cujos fundamentos decisórios possam ter pertinência com as premissas teóricas já referidas. Por fim, são apresentadas algumas considerações à guisa de conclusão.

2. O salto qualitativo institucional e simbólico do STF

O STF costuma ser juridicamente analisado, de forma quase majoritária, a partir da ótica de sua função jurisdicional, destacando-se sua competência e jurisdição sobre todo o território nacional. Isso é natural, pois se trata de sua função precípua²³. Ocorre que, do ponto de vista da proteção constitucional do meio ambiente, ele também pode – e deve – ser analisado pelo aspecto institucional e simbólico (como instituição pública). Nesse sentido, o olhar do controle de constitucionalidade cede espaço para o olhar da Suprema Corte como órgão de cúpula de um Poder da República que, simbolicamente, serve de referência de boas práticas institucionais para a sociedade e para todos os demais órgãos do Poder Judiciário.

Esse olhar encontra fundamento teórico em abordagens institucionalistas que defendem: que as instituições, sua história e as suas trajetórias de desenvolvimento importam para explicar o desenvolvimento dos países ao longo do tempo²⁴; que, em cada momento do aperfeiçoamento institucional, há escolhas que proporcionam alternativas reais, sendo a análise de dependência de trajetória (*path dependence*) uma forma de sintetizar conceitualmente o conjunto de escolhas possíveis e conectá-las aos processos de tomada de decisão ao longo do tempo²⁵; que a história institucional importa e a análise de dependência de trajetória pode ser considerada para o

²³ Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *A tutela judicial do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-6.

²⁴ TOYOSHIMA, Silvia Harumi. Instituições e desenvolvimento econômico: uma análise crítica das ideias de Douglass North. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 96, jan./mar., 1999. Disponível em: <https://revistas.usp.br/ee/article/view/117211>. Acesso em: 29 ago. 2023; NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. p. 3-5, p. 100.

²⁵ NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. p. 98-99.

desenvolvimento das instituições e políticas²⁶; que, uma vez definida uma trajetória de desenvolvimento em um certo sentido (em nosso caso, a inserção da sustentabilidade em práticas institucionais do STF), mudanças incrementais e ajustes ao longo do tempo podem reforçá-la²⁷; que instituições devem ser aceitas e internalizadas, que os seus aspectos contextuais e sociais (conhecimento local e experimentalismo são relevantes) são importantes, que é necessário saber quais instituições importam e como adquiri-las (a exemplo de instituições de solução de conflitos)²⁸; que pode ser útil pensar em participação política como uma metainstituição²⁹; que a linguagem natural do experimentalismo seria a democracia (ela o favoreceria e vice-versa), dado que essa abordagem de desenvolvimento (*learning to learn approach*) pareceria ter forte ligação com a participação democrática e a solução de conflitos³⁰.

Do mesmo modo, esse olhar assume que o desenvolvimento institucional é parte integrante do conceito abrangente de desenvolvimento sustentável (em sua tríplice dimensão: ambiental, econômica e social)³¹, como se verifica, por exemplo, em trechos do relatório final da Conferência Rio+20 (2012), intitulado “O futuro que queremos” (*The future we want*)³², que conectam a ideia de desenvolvimento sustentável com: a democracia, a boa governança e o “império do direito” (*rule of law*) – itens 10 e 252; a defesa de instituições efetivas, transparentes, democráticas e dotadas de *accountability* – itens 10 e 101; o fortalecimento e a reforma do quadro institucional, que não deve ser um fim em si mesmo, mas um meio de se alcançar o desenvolvimento sustentável – itens 75 e 76; a necessidade de democracia e ampla participação em todos níveis de tomada de decisão – itens 8, 10, 19, 43 e 51; a preocupação com um quadro institucional regulatório adequado – item 46; busca de compromissos políticos de longa duração – itens 97 a 103. Ademais, o desenvolvimento sustentável

²⁶ BERNARDI, Bruno Boti. **O conceito de dependência da trajetória** (*path dependence*): definições e controvérsias teóricas. p. 151.

²⁷ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. p. 99.

²⁸ RODRIK, Dani. **One economics, many recipes**: globalization, institutions and economic growth. p. 153-163.

²⁹ RODRIK, Dani. **One economics, many recipes**: globalization, institutions and economic growth. p. 166-169.

³⁰ SABEL, Charles F.; REDDY, Sanjay G. Learning to learn: undoing the gordian knot of development today. **Columbia Law and Economics Working Paper**, n. 308, p. 12-13, 2006. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1433. Acesso em: 29 ago. 2023.

³¹ Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. p. 17; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. p. 87-93.

³² UNITED NATIONS CONFERENCE ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT, 2012, Rio de Janeiro, Brazil. Resolution 1: outcome document: “The future we want”. In: UNITED NATIONS CONFERENCE ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT, 2012, Rio de Janeiro, Brazil. **Report of the [...]**. New York: United Nations, 2012. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/737074?v=pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

ostenta múltiplas dimensões de conectividade, tais como: interdisciplinar, temporal, espacial e de recursos humanos³³.

Assim, arranjos institucionais voltados à sustentabilidade variam no tempo e no espaço, não são independentes da história e podem se beneficiar de processos de experimentação e aprendizagem, de fortalecimento de capacidade institucional (por meio de planejamento, administração e monitoramento), de incorporação de agendas programáticas, de autocorreção e aprimoramento incremental, de sinergia entre organizações e atores públicos e privados, e de customização nacional e setorial dos aparatos organizativos para promover o desenvolvimento sustentável. Do mesmo modo, o direito assume um papel relevante, pois pode ser aqui simultaneamente compreendido como requisito e resultado do desenvolvimento, ou seja, o direito se torna objetivo do desenvolvimento (ante a estipulação da sustentabilidade como valor e princípio constitucionais), o direito se torna ferramenta do desenvolvimento (viabilizando aperfeiçoamento institucional) e canal de participação e controle social (democracia ambiental e sustentada).

Com base nesse instrumental teórico-conceitual é que se passa a analisar algumas práticas institucionais e simbólicas do STF, voltadas à sustentabilidade e adotadas no período de 2019 a 2023, que parecem se alinhar às premissas aqui apresentadas.

2.1 A integração da Agenda ONU 2030 na prática institucional do STF

Um dos destaques desse enfoque está nos compromissos, bandeiras, metas e projetos assumidos por cada Presidência do STF, no âmbito administrativo e institucional, normalmente alinhados com os planos de gestão estratégica da Corte que orientam a sua dinâmica interna e seus diálogos institucionais. Cada Presidência do STF busca deixar um legado positivo (conforme Plano Estratégico da Gestão de até dois anos), que deve estar em consonância com um modelo de planejamento institucional mais amplo adotado pelo STF (Plano Estratégico de Longo Prazo)³⁴, que

³³ KAHL, Wolfgang. Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff. p. 24-32.

³⁴ O atual Plano Estratégico de longo prazo do STF contempla o ciclo 2021-2025, intitula-se “Um Plano de Todos” e foi aprovado na 4ª sessão administrativa da Corte em novembro de 2021. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plano estratégico: um plano de todos: ciclo 2021 a 2025**. Brasília: STF, 2021. Disponível em: <https://drive.stf.jus.br/index.php/s/mcqYMKJR7BrqXJY>. Acesso em: 29 ago. 2023.

adota ciclos de no mínimo cinco anos e recebe aprovação do Colegiado da Corte. Assim, a cada gestão à frente da Presidência da Corte, o que se espera é a manutenção e o aperfeiçoamento de práticas administrativas e institucionais que podem ter relação com a sociedade, com processos internos e com a gestão de pessoas e recursos da Corte.

Nesse contexto, há o exemplo da institucionalização da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) no âmbito do STF, a partir de novembro de 2020, com o fim de alinhar as práticas da Corte com compromissos internacionais, de gerar conscientização ambiental e de incrementar transparência e *accountability* da Corte³⁵.

Na gestão do Ministro Luiz Fux como Presidente do STF, o Plano Estratégico da Gestão 2020/2022 apontou um conjunto de valores adotados em alinhamento ao Plano Estratégico 2021-2025 do STF, tais como: participação, transparência e foco no cidadão. Ele também destacou o valor da sustentabilidade, no sentido de que “todas as políticas e práticas do tribunal buscarão ser ambientalmente corretas, socialmente justas e economicamente viáveis”³⁶. Tais valores espelham a abordagem doutrinária que defende que o respeito ao meio ambiente depende de uma ação “que, em simultâneo, seja cientificamente fundada, tecnicamente adequada, eticamente responsável, economicamente eficiente, politicamente legitimada e juridicamente realizada”³⁷.

Ademais, um dos novos objetivos estratégicos³⁸ escolhidos para compor o Plano Estratégico 2021-2025, que também foi absorvido pelo planejamento da gestão do Ministro Luiz Fux, foi a integração da Agenda ONU 2030 aos processos internos do STF, anunciada do seguinte modo:

Objetivo Estratégico 2 – OE2: Integrar a Agenda ONU 2030 ao STF

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução STF nº 710, de 20 de novembro de 2020**. Brasília: STF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/assets/img/RESOLUCAO710-2020.PDF>. Acesso em: 29 ago. 2023.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plano estratégico da gestão 2020/2022**: Min. Luiz Fux. Brasília: STF, 2021. p. 14. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/Planejamento%20Estrat%C3%A9gico/PE_Gestao_2020_2022.pdf. Acesso em: 29 ago. 2023.

³⁷ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do direito na protecção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 14.

³⁸ Segundo o referido Plano de Gestão, os objetivos estratégicos representam os resultados que a instituição pretende perseguir e alcançar para cumprimento de sua missão e o alcance de sua visão de futuro. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plano estratégico da gestão 2020/2022**: Min. Luiz Fux. p. 37.

Meta: Concretizar pelo menos 70% das entregas definidas na Resolução 710/2020, conforme os critérios de aceitação definidos, para institucionalização da Agenda ONU 2030, a fim de possibilitar a priorização dos julgamentos de ações judiciais relacionadas aos direitos fundamentais, à vida digna e à sustentabilidade³⁹.

Conforme dados do Relatório de Resultados do Plano Estratégico da Gestão 2020/2022, publicado em maio de 2023, a referida Gestão alcançou 119% da meta (83,3% das ações concretizadas) em 2021 e 117% da meta (82,2% das ações concretizadas) em 2022⁴⁰. Entre as entregas (atribuições) referidas na meta do OE2, destacaram-se: integração de um Grupo de Trabalho (GT com ao menos 10 reuniões em 2021 e reuniões mensais a partir de fevereiro de 2022); realização de ações pedagógico-educativas, debates, eventos e intercâmbio de estudos e de experiências sobre a Agenda ONU 2030 (com ao menos 3 eventos a cada ano); indexação de processos aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), especialmente ações de controle concentrado e temas de repercussão geral; promoção e divulgação, ao público em geral, do andamento dos trabalhos e dos resultados alcançados; desenvolvimento de ferramentas de classificação de ODS⁴¹. Conclusivamente, o referido Relatório de Resultados aponta que a meta do biênio 2020/2022 foi alcançada, contabilizando-se: 18 reuniões do GT, 8 eventos temáticos; 4 ações conjuntas com instituições do Sistema de Justiça; 3.384 ODS classificados em 2.143 processos até o dia 16.12.2022; 30 matérias publicadas na intranet do Tribunal; 36 postagens em redes sociais da Corte; e 3 pesquisas relacionadas à Agenda ONU 2030; lançamento do primeiro protótipo de ferramenta de inteligência artificial, chamada de RAFA 2030 (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030), para auxiliar na indexação de processos aos ODS⁴².

Na apresentação do Plano Estratégico 2021-2025 do STF, que é o planejamento mais amplo da Corte, ressaltou-se que o objetivo estratégico de integrar a Agenda ONU 2030 ao STF buscava dar mais visibilidade ao compromisso da Corte com o tema, destacando que as pautas de julgamento deveriam ser mais responsivas aos ODS, inclusive no que se refere a etapas de filtragem e de classificação

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plano estratégico da gestão 2020/2022**: Min. Luiz Fux. p. 23.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de resultados do plano estratégico da gestão 2020-2022**. Brasília: STF, 2023. p. 15. Disponível em: <https://drive.stf.jus.br/index.php/s/mcqYMKJR7BrqXJY>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de resultados do plano estratégico da gestão 2020-2022**. p. 31.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de resultados do plano estratégico da gestão 2020-2022**. p. 34.

processuais⁴³. Além disso, ao tratar dos possíveis desafios institucionais da Corte, nos dez anos seguintes a 2020, destacou-se a probabilidade de evento consistente no aumento de mais de 100% de ações envolvendo litígios socioambientais no STF (Evento 9)⁴⁴.

Na gestão da Ministra Rosa Weber como Presidente do STF, o Plano Estratégico da Gestão 2022/2023 também destacou: a continuidade da integração da Agenda ONU 2030 aos processos internos a partir do Objetivo Estratégico 3 – OE3 (ampliar a integração da Agenda 2030 ao STF); a intensificação do tema da transformação digital da Corte, com a ampliação do uso de ferramentas de inteligência artificial; a criação do Centro de Coordenação de Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos, para os processos que exigem tratamento diferenciado em face das suas peculiaridades⁴⁵.

Essa decisão de incorporação da Agenda ONU 2030 às práticas institucionais e administrativas do STF, reforçada positivamente em gestões subsequentes, tem um valor simbólico, pois demonstra adesão institucional às melhores práticas fomentadas no âmbito internacional e aos compromissos assumidos pelo Brasil. Ela também pode repercutir positivamente na função jurisdicional do STF (efeito transversal e integrativo). Além disso, ela difunde, à sociedade, o conhecimento dos ODS e sua correlação com processos julgados pela Corte a cada vez que um cidadão venha a consultá-los no *site* do STF⁴⁶.

Há também um valor prático. Os serviços e informações fornecidos pela Corte incorporam novos valores e funcionalidades que concretizam a política constitucional ambiental pela via dos princípios da publicidade, da informação e da participação⁴⁷. Isso se verifica especialmente a partir da criação do *hotsite* da integração da Agenda 2030 na atuação do STF, hospedado no *site* do STF, que permite a colheita de dados gerenciais aplicados à Corte e vinculados a esse tema⁴⁸. No referido

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plano estratégico**: um plano de todos: ciclo 2021 a 2025. p. 20.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plano estratégico**: um plano de todos: ciclo 2021 a 2025. p. 44.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plano estratégico da gestão 2022/2023**: Min. Rosa Weber. Brasília: STF, 2022. p. 8-19. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/Planejamento%20Estrat%C3%A9gico/PE_Gestao_2022_2023-Rosa_Weber.pdf. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁴⁶ HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **E-codemocracia**: a proteção do meio ambiente no ciberespaço. p. 154.

⁴⁷ Cf. LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. p. 195-207.

⁴⁸ O referido portal pode ser acessado via: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agenda 2030**, [2024]. Página inicial. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

hotsite, destacam-se importantes iniciativas institucionais adotadas pelo STF, tais como: (i) processos de controle concentrado de constitucionalidade e processos com repercussão geral reconhecida, que sejam incluídos em pauta de julgamento, são classificados conforme sua pertinência com os ODS; (ii) o periódico de informativo de jurisprudência do STF, bem como processos julgados com acórdãos publicados no ano de 2020, têm semelhante classificação; (iii) há expectativa de ampliar essa forma de classificação para processos não pautados.

Além disso, o referido *hotsite* traz a aplicação da inteligência artificial denominada RAFA 2030, que auxilia na catalogação de processos em conformidade com os ODS, bem como apresenta a indicação de infográficos, vídeos, notícias, eventos, estudos, documentação e normativos da Corte relativos ao tema da Agenda ONU 2030.

Nos últimos anos, percebe-se que a condução do STF, sob o aspecto administrativo e institucional, tem dado passos importantes rumo a uma gestão eficiente, inclusiva, participativa e legitimadora de práticas institucionais democráticas, abertas e sustentáveis – em sintonia com as premissas teóricas aqui analisadas. Nesse sentido, a integração da Agenda ONU 2030 às suas práticas institucionais é um salto de qualidade institucional, pois diretamente concretiza o ODS 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), mas indireta e transversalmente habilita a concretização de todos os outros ODS – inclusive daqueles ligados ao fomento da política constitucional ambiental, tais como: ODS 3, 4, 6, 7, 11, 12, 13, 14, 15 e 17⁴⁹. A trajetória institucional é aperfeiçoada e incrementada com base em compromissos de sustentabilidade.

2.2 STF e CNJ na integração da Agenda ONU 2030 no Poder Judiciário brasileiro

A estratégia de incorporação institucional da Agenda ONU 2030 no STF também repercute no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e vice-versa – o que era de se esperar, pois o Presidente do STF também ocupa a presidência do CNJ e acaba por compartilhar temas da sua gestão estratégica em ambos os órgãos. Essa mútua repercussão pode potencializar a ideia de efeito transversal e integrativo⁵⁰.

⁴⁹ Para conhecer os ODS, consultar: NAÇÕES UNIDAS. *Nações Unidas Brasil*, c2024. Página inicial. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁵⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. p. 109-110.

Nesse sentido, os primeiros passos voltados à inserção do tema da Agenda ONU 2030 no âmbito do Poder Judiciário brasileiro coincidiram com iniciativas do início da gestão do Ministro Dias Toffoli como Presidente do STF e do CNJ e remontam: a setembro de 2018 (criação do Comitê Interinstitucional para avaliar e propor integração das metas do Poder Judiciário com as metas dos ODS)⁵¹, a agosto de 2019 (assinatura do Pacto pela Implementação dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no Poder Judiciário e no Ministério Público), a setembro de 2019 (criação de Comissão Permanente para acompanhar os ODS e a Agenda 2030 no Poder Judiciário brasileiro)⁵² e a novembro de 2019, em que foi aprovada a Meta Nacional 9 do Poder Judiciário para o ano de 2020 (relacionada à integração da Agenda 2030 ao Poder Judiciário brasileiro)⁵³. Além disso, o CNJ disponibiliza um Portal sobre a Agenda 2030 no Poder Judiciário brasileiro, que registra dados, informações, normativos e iniciativas institucionais a respeito desse tema⁵⁴.

Trata-se de pioneira iniciativa institucional a incorporar a Agenda ONU 2030 no planejamento estratégico do Poder Judiciário de um país e a indexar os ODS a processos judiciais e práticas institucionais. Ademais, ainda que originariamente a referida Meta 9 não vinculasse formalmente o STF, essa iniciativa veio a ser integrada voluntariamente pela Suprema Corte em seu Planejamento Estratégico de longo prazo para o ciclo 2021-2025.

2.3 STF e CNJ: atuação coordenada a favor do meio ambiente

Na gestão do Ministro Dias Toffoli como Presidente do STF e do CNJ, um outro exemplo de prática institucional voltada à proteção do meio ambiente foi adotado. Em 31.01.2019, houve a criação do Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão, por ato normativo conjunto do CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que objetivava funcionar como instituição paritária e

⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 133, de 28 de setembro de 2018**. Brasília: CNJ, [2022]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2721>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁵² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 296, de 19 de setembro de 2019**. Brasília: CNJ, [2019]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3038>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁵³ Consultar: AGENDA 2030: meta 9 do Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/agenda-2030/meta-9-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁵⁴ Consultar: AGENDA 2030 no Poder judiciário: comitê interinstitucional. **Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/agenda-2030/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

colegiada de representantes desses dois Conselhos Nacionais para o monitoramento nacional de casos complexos e de grande repercussão, em termos ambientais, sociais e econômicos⁵⁵. O próprio texto do ato normativo que o criou fez menção preliminar à preocupação de dar efetivo acesso a quem for atingido por catástrofes ambientais, ao aumento de fatos de grande repercussão ambiental, à necessidade de cumprir a Constituição e normas internacionais, bem como ao caráter prioritário do tema do meio ambiente. Além disso, em novembro de 2019, o ato normativo instituidor do Observatório Nacional foi modificado para incluir, como participantes observadores do Observatório, o Advogado-Geral da União, o Defensor Público-Geral Federal e o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil⁵⁶.

Vale notar que, entre os quatro primeiros casos escolhidos para fins de monitoramento, dois deles se referiam a questões ambientais: rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana/MG, ocorrido em 05.11.2015 (considerado o maior desastre ambiental brasileiro); e rompimento da Barragem na Mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho/MG, ocorrido em 25.01.2019⁵⁷. Desde então, uma série de iniciativas e de aprimoramentos normativos⁵⁸ têm sido adotados para o alcance de sua finalidade institucional.

Em abril de 2023, a gestão da Ministra Rosa Weber realizou importante aperfeiçoamento do perfil institucional do Observatório em questão, ao incluir novos critérios de sua atuação em questões de grande complexidade (art. 2º-A), bem como criou um nivelamento progressivo de atuação (art. 2º-B) conforme o grau de complexidade (nível I – observação; nível II – acompanhamento; nível III – colaboração)⁵⁹. Em comparação com o perfil institucional original do Observatório, houve um avanço para dotá-lo de um caráter mais ativo, não tão limitado à coleta, ao gerenciamento e ao monitoramento em sentido geral. Em maio de 2023, houve a alteração do seu nome, que passou a ser denominado de “Observatório de Causas de

⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Conjunta nº 1, de 31 de janeiro de 2019**. Brasília: CNJ, [2024]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2810>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Conjunta nº 3, de 11 de novembro de 2019**. Brasília: CNJ, [2019]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3329>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁵⁷ Note-se que o Observatório Nacional foi criado seis dias após o desastre ambiental de Brumadinho/MG.

⁵⁸ A Portaria Conjunta nº 1/2019, de 31 de janeiro de 2019, foi alterada três vezes na gestão do Ministro Dias Toffoli, uma vez na gestão do Ministro Luiz Fux, e cinco vezes na gestão da Ministra Rosa Weber. Além de aperfeiçoamentos institucionais, parte dessas alterações se referiram à atualização da composição do Observatório Nacional ao longo do tempo de seu funcionamento.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Conjunta nº 3, de 28 de abril de 2023**. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5066>. Acesso em: 29 ago. 2023.

Grande Repercussão”⁶⁰. Além disso, a 3ª reunião de 2023 do Observatório Nacional deliberou sobre novas iniciativas (atualização do *site*, com nova identidade visual; integração de sistemas eletrônicos do CNJ e do CNMP, para acompanhamento conjunto de processos) e sobre o acompanhamento de outros casos, tais como: desastre geológico em Maceió/AL; impactos da exploração mineral em Autazes/AM⁶¹.

Embora, formalmente, o STF não tenha instituído diretamente o Observatório Nacional, nem dele faça parte, é possível inferir um canal de articulação e diálogo institucional entre STF e CNJ nesse caso. Como o Presidente do CNJ é o Presidente do STF e tendo em vista que o Secretário-Geral do CNJ é membro do Observatório Nacional, é previsível o alinhamento institucional conforme a gestão do Presidente do STF em ambos os órgãos.

Ademais, nada impede que o STF possa interagir com o Observatório Nacional para remeter sugestões, solicitar informações, bem como encaminhar determinações de apoio no julgamento de casos pela Suprema Corte, aproveitando-se do quadro e da missão institucional do Observatório Nacional.

Nesse sentido, um exemplo que envolve questões socioambientais está na decisão que concedeu a medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 991 (ADPF 991) em 21.11.2022, posteriormente referendada pelo Tribunal Pleno do STF, em 08.08.2023⁶². Consta do *site* do STF que a referida ADPF está vinculada aos ODS 3, 10 e 15 da Agenda ONU 2030. Nesse caso, a discussão se referiu à alegação de ações e omissões do governo federal voltadas aos povos indígenas isolados e de recente contato (especialmente os da Amazônia Legal), que violariam preceitos fundamentais, tais como: direito à vida e à integridade psicofísica dos indígenas em suas terras; direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em face de atos ilícitos e criminosos de degradação ambiental. Um dos pedidos liminares, concedido pelo Ministro Relator Edson Fachin, tem o seguinte teor:

⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Conjunta nº 4, de 25 de maio de 2023**. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5122>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁶¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Observatório do CNMP e do CNJ acompanha casos de grande repercussão. **Conselho Nacional do Ministério Público**, 18 maio 2023. Disponível em: <https://www2.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/16444-observatorio-do-cnmp-e-do-cnj-acompanha-casos-de-grande-repercussao>. Acesso em: 21 jul. 2025.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 991/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 8 de agosto de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6437270>. Acesso em: 29 ago. 2023.

4. Determinar ao CNJ, no âmbito do Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão, a instalação de um Grupo de Trabalho com prazo indeterminado, para acompanhamento contínuo de ações judiciais relacionadas à efetivação dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC), a fim de que haja cumprimento do direito fundamental à razoável duração do processo, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988⁶³.

Como se vê, trata-se de uma articulação institucional entre a atuação jurisdicional do STF e a atuação administrativa do Observatório Nacional, evidenciando um aperfeiçoamento de práticas e diálogos institucionais coordenados e voltados à política constitucional indígena e ambiental e ao desenvolvimento sustentável – em sintonia com o conceito de desenvolvimento institucional que busca implementar instituições de solução de conflitos e um sistema judiciário de alta qualidade⁶⁴.

Na gestão do Ministro Luiz Fux como Presidente do STF e do CNJ, outros exemplos merecem destaque, considerando-se que um dos eixos prioritários de sua gestão se alinhava com a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente. Em primeiro lugar, em 2020, por meio da Portaria nº 241/2020, o CNJ criou o Grupo de Trabalho (GT) intitulado “Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário”, considerado órgão de caráter consultivo e vinculado à Presidência do CNJ. Houve posterior alteração de sua nomenclatura para “Observatório do Meio Ambiente e das Mudanças Climáticas do Poder Judiciário”⁶⁵, a refletir posicionamento institucional expresso da relevância do enfrentamento das mudanças climáticas para o Poder Judiciário. A finalidade desse Observatório foi assim estipulada:

Art. 1º Instituir o Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente e das Mudanças Climáticas do Poder Judiciário”, que tem como finalidade: (Redação dada pela Portaria nº 326, de 16.12.2021)

I – traçar estudo, monitoramento, pesquisas, programas, projetos e ações para a construção de diagnósticos das boas práticas; formulação

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 991/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 21 de novembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354873433&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁶⁴ RODRIK, Dani. **One economics, many recipes**: globalization, institutions and economic growth. p. 161.

⁶⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 326, de 16 de dezembro de 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4290>. Acesso em: 29 ago. 2023.

de políticas; e implementação de projetos e iniciativas para a tutela do meio ambiente natural da Amazônia Legal, dos biomas nela incluídos e dos demais biomas brasileiros pela atuação do Poder Judiciário e do Sistema de Justiça; e (Incluído pela Portaria nº 326, de 16.12.2021).

II – avaliar, realizar estudos, apresentar propostas de políticas judiciais para mitigação dos danos climáticos e dos danos ambientais decorrentes do aquecimento global. (Incluído pela Portaria nº 326, de 16.12.2021)⁶⁶.

Trata-se de inovadora prática institucional voltada à direção nacional da política judiciária ambiental brasileira e ao aperfeiçoamento da tutela judicial ambiental, que tem como um dos seus objetivos a promoção da articulação do Poder Judiciário com instituições nacionais e internacionais, buscando aprimorar ferramentas de enfrentamento a violações ambientais e à mitigação de danos climáticos, com foco na proteção da Amazônia Legal. Essa iniciativa se alinha às ideias de justiça ambiental e de justiça climática, que podem ser pensadas em termos judiciais e extrajudiciais e que compõem um espectro mais amplo de discussão de democracia ambiental e de desenvolvimento sustentável⁶⁷.

Um outro exemplo de ação fomentada pelo referido Observatório e executada pelo CNJ em agosto de 2023, no âmbito da Política Nacional do Poder Judiciário para o Meio Ambiente, foi a realização da 1ª Cúpula Judicial Ambiental da Amazônia – Juízes e Florestas, ocorrida em Belém do Pará⁶⁸.

Além disso, as reuniões desse Observatório são presididas pelo Presidente do CNJ e compostas por representantes do Poder Público e da sociedade civil⁶⁹, o que reforça a dimensão de democracia ambiental. Vale destacar ainda que o CNJ disponibiliza, na internet, uma página dedicada ao referido Observatório, com a divulgação de muitos dados, tais como: composição, objetivos, parcerias, normativos,

⁶⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 241, de 10 de novembro de 2020**. Brasília: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3565>. Acesso em: 29 de ago. 2023.

⁶⁷ DODGE, Raquel Elias Ferreira. Constituição, clima e direitos fundamentais: a construção da justiça climática na democracia brasileira. In: HERINGER, Bianca Barbosa *et al.* (org.). **Repensar a justiça**: estudos em homenagem à Ministra Assusete Magalhães. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. p. 185-194.

⁶⁸ Consultar: CÚPULA JUDICIAL AMBIENTAL DA AMAZÔNIA – JUÍZES E FLORESTAS, 1., 2023, Belém. **Programação**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/agendas/1a-cupula-judicial-ambiental-da-amazonia-juizes-e-florestas/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁶⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 156, de 29 de maio de 2023**. Brasília: CNJ [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5130>. Acesso em: 29 ago. 2023.

publicações, metodologia de trabalho, eventos realizados, vídeos, ações realizadas, notícias e indicação de eixos de gestão. Isso permite ampla divulgação da sua atuação institucional voltada à concretização da política constitucional do meio ambiente⁷⁰.

Ademais, em 2021, o CNJ instituiu, por meio da Resolução nº 433/2021, uma Política Nacional do Poder Judiciário para o Meio Ambiente, que consiste “em uma atuação estratégica dos órgãos do sistema de Justiça para a proteção dos direitos intergeracionais ao meio ambiente”⁷¹, com base em diretrizes e atribuições dirigidas ao CNJ, aos tribunais brasileiros e aos magistrados diretamente. Trata-se de mais uma iniciativa de caráter institucional e nacional que envolve, por exemplo, o fomento à especialização técnica no Poder Judiciário e em todos os seus níveis, a capacitação continuada e específica, o uso de tecnologias e de ferramentas eletrônicas específicas para auxiliar a execução da referida política judiciária, bem como a criação de indexação processual específica para o tema relativo à litigância climática – vinculada ao assunto de direito ambiental no âmbito das Tabelas Processuais Unificadas⁷². Essas estratégias se alinham às premissas teóricas institucionalistas do desenvolvimento sustentável e de uma atuação institucional regulatória⁷³, bem como à ideia de uma “ordem pública ambiental constitucionalizada”⁷⁴.

Além disso, o CNJ e o CNMP também instituíram o painel interativo nacional de dados ambiental e interinstitucional (Sirenejud)⁷⁵, por meio da Resolução Conjunta nº 8, de 25.06.2021, que serve de ferramenta tecnológica para gerenciamento de informações sobre processos judiciais e sobre termos de ajustamento de conduta em matéria ambiental, as quais são inseridas pelos órgãos do Poder Judiciário e dos Ministérios Públicos, conforme parâmetros e diretrizes específicas, incluindo-se, por exemplo: coordenadas geográficas referidas à área discutida,

⁷⁰ Consultar: OBSERVATÓRIO do meio ambiente do Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Página inicial. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/observatorio-do-meio-ambiente-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁷¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 433, de 27 de outubro de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4214>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁷² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 433, de 27 de outubro de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4214>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁷³ RODRIK, Dani. **One economics, many recipes**: globalization, institutions and economic growth. p. 157-158; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. p. 16-17.

⁷⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 100.

⁷⁵ Para acessar o Painel SireneJud, consultar: SIRENEJUD: mapa interativo. **Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Disponível em: <https://sirenejud.cnj.jus.br/mapa/geral>. Acesso em: 5 jun. 2024.

indicação do local (município) onde houver dano ambiental ou for estabelecida a reparação ambiental⁷⁶. Algumas dessas informações passam a ser exigidas na proposição de ações ambientais⁷⁷. Ademais, o CNJ aprovou a Recomendação nº 99/2021, que recomenda (art. 1º) “a utilização, pelos magistrados, de dados de sensoriamento remoto e de informações obtidas por satélite em conjunto com os demais elementos do contexto probatório, quando for necessário para a instrução probatória de ações ambientais cíveis e criminais”⁷⁸. Esses exemplos se alinham à ideia de um agir integrativo da Administração⁷⁹.

Um outro destaque se refere à crescente referência à temática ambiental nas Metas Nacionais do Poder Judiciário estipuladas anualmente a partir dos Encontros Nacionais do Poder Judiciário e divulgadas no portal do CNJ, conforme art. 17, I e §4º, da Resolução nº 325/2020⁸⁰. Ilustrativamente, destacam-se: a Meta 9 para 2020 (integração da Agenda ONU 2030 ao Poder Judiciário brasileiro), repetida como Meta 9 para 2021; a meta 12 para 2022 (impulsionar processos de ações ambientais no STJ e nas justiças federal e estadual, de acordo com certos critérios), repetida como Meta 10 para 2023⁸¹.

Outro exemplo a ser destacado é a aprovação, pelo CNJ, em 2021, da política de sustentabilidade no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, conforme a Resolução nº 400/2021, cujo art. 2º estabelece o seguinte:

Art. 2º Os órgãos do Poder Judiciário devem adotar modelos de gestão organizacional com processos estruturados que promovam a sustentabilidade, com base em ações ambientalmente corretas, economicamente viáveis e socialmente justas e inclusivas, culturalmente

⁷⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Conjunta nº 8, de 25 de junho de 2021**. Brasília: CNJ, [2021]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4015>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Conjunta nº 5, de 3 de setembro de 2021**. Brasília: CNJ, [2021]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4106>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁷⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 99, de 21 de maio de 2021**. Brasília: CNJ, [2021]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3940>. Acesso em: 29.08.2023.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. p. 101-102.

⁸⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 325, de 29 de junho de 2020**. Brasília: CNJ, [2022]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁸¹ METAS nacionais do Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/metlas/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

diversas e pautadas na integridade, em busca de um desenvolvimento nacional sustentável⁸².

Trata-se de uma nova abordagem do modelo de gestão organizacional aplicado às instituições judiciais, voltada também para atividades de gestão interna e de contratações sustentáveis, que se alinha às premissas teóricas institucionalistas e de desenvolvimento sustentável⁸³. Um dos instrumentos de concretização de tal política é o plano de logística sustentável a ser elaborado por cada órgão, em observância à diretriz nacional do novo Plano de Logística Sustentável (PLS) – a exemplo do PLS aprovado pelo CNJ, para o seu ciclo de 2021-2026, conforme a Portaria nº 22/2021, que aponta diretrizes, especialmente em relação aos processos internos e à capacitação de pessoal, para a institucionalização de práticas de sustentabilidade, buscando racionalizar custos e consumo e adotar metas e indicadores⁸⁴. Além disso, o CNJ mantém, em seu *site*, diversas informações relativas à sustentabilidade e ao meio ambiente, que fomentam a divulgação de programas e ações, informações e iniciativas nesse contexto⁸⁵.

2.4 A Constituição Federal na língua indígena Nheengatu

Uma iniciativa institucional importante promovida pela gestão da Ministra Rosa Weber como Presidente do STF e do CNJ, em 2023, foi a tradução e o lançamento da primeira versão da Constituição Federal de 1988 em língua indígena *Nheengatu*.

De acordo com a apresentação da referida versão traduzida da Constituição Federal, redigida pela Ministra Rosa Weber, essa iniciativa buscaria se alinhar com a promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, com o acesso à Justiça e com o aperfeiçoamento institucional, em sintonia com a

⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 400, de 16 de junho de 2021**. Brasília: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3986>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁸³ Cf. GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do direito na protecção do ambiente**. p. 13-15; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. p. 16-17; NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. p. 99.

⁸⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 22, de 25 de janeiro de 2021**. Brasília: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3697>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁸⁵ Consultar: SUSTENTABILIDADE e meio ambiente. **Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/sustentabilidade>. Acesso em: 5 jun. 2024.

iniciativa denominada de “Década Internacional das Línguas Indígenas (2022-2032), instituída pela Assembleia Geral das Nações Unidas”⁸⁶.

Segundo a Ministra Rosa Weber, o *Nheengatu* seria um idioma indígena difundido entre diversas comunidades indígenas espalhadas pela região amazônica brasileira e o desiderato dessa iniciativa também buscaria assegurar o acesso à informação e à justiça, de modo a permitir que os povos indígenas conheçam, em seu idioma, a forma como a Constituição brasileira assegura seus direitos e deveres e o papel que o Estado brasileiro deve ter em relação a eles⁸⁷.

Conforme notícia divulgada pelo STF⁸⁸, o lançamento foi realizado no município de São Gabriel da Cachoeira em 19.07.2023, no estado do Amazonas, na maloca da Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro (FOIRN). A tradução foi realizada por quinze indígenas bilíngues da região do Alto Rio Negro e Médio Tapajós. De acordo com o discurso proferido pela Ministra Rosa Weber nesse ato solene:

Devemos lembrar que a tradução da Constituição para o *Nheengatu* não é um ato isolado. É parte de um processo mais amplo de reconhecimento e valorização dos direitos indígenas que reafirma o compromisso do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça com a proteção integral dos direitos humanos⁸⁹.

Essa iniciativa simboliza um marco histórico e de alta relevância democrática e socioambiental, pois fortalece o caráter pluralista, diverso e multicultural de nosso país, oferecendo um novo espectro de comunicação e difusão da importância da cultura indígena e de seus direitos e garantias – em reforço ao sentido de justiça

⁸⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Mundu Sa Turusu Waá**: Ubêuwa Mayé Míra Itá Uikú Arâma Purâga Iké Brazíu Upé. Tradução: Dadá Baniwa *et al.* Brasília: Supremo Tribunal Federal: Conselho Nacional de Justiça, 2023. p. 9-10. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ConstituicaoNheengatu_WEB1.pdf. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁸⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Mundu Sa Turusu Waá**: Ubêuwa Mayé Míra Itá Uikú Arâma Purâga Iké Brazíu Upé. p. 9-10.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ao lançar primeira Constituição em língua indígena, presidente do STF destaca momento histórico para o Brasil. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 19 jul. 2023. Notícias STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=510821&ori=1>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁸⁹ WEBER, Rosa. [Discurso por ocasião do] lançamento [da] Constituição Federal em Nheengatu. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 19 jul. 2023. Notícias STF. Pronunciamento feito em São Gabriel da Cachoeira, Amazonas, em 19 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lanc807amentoCFemNheengatuFinal.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

ambiental no Brasil⁹⁰. Ela também reflete o alinhamento do Brasil com normas e compromissos supranacionais e internacionais que fomentam a proteção dos povos tradicionais e o respeito aos seus modos de vida. Nesse contexto, também é possível pensar no fortalecimento da conscientização e da proteção ambiental associada a essa iniciativa, na medida em que a proteção do meio ambiente costuma ser vinculada à proteção dos direitos e das terras indígenas⁹¹.

De acordo com essa versão indígena da Constituição brasileira (denominada de *Mundu Sa Turusu Waá: Ubêuwa Mayé Mira Itá Uikú Arâma Purâga Iké Braziu Upé*), o art. 225, *caput*, da CF/88 tem o seguinte teor:

Art. 225. *Payêẽ mira tá ta rikuté tai uikú aárama purâga iké mamé aiku waá. Governu urikúté umukaátu purâga kuá iwí, iii, kaá yandé aárama kuíri asui yané anama tá uri waá kuri uá riré xinga*⁹².

O estranhamento visual e cognitivo que podemos inicialmente ter, ao olhar para essa versão em língua indígena do art. 225, *caput*, da CF/88, pode – e deve – servir de exercício de autorreflexão e de alteridade, para que possamos relembrar que os indígenas também devem ser considerados na compreensão do conceito constitucional de coletividade que, lado a lado com o Poder Público, deve defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Ao mesmo tempo, esse olhar sobre a referida disposição constitucional – ao menos para os brasileiros não-indígenas – deve servir de lembrete sobre o efeito negativo que as barreiras de linguagem e de falta de acesso à informação, à participação e à justiça podem ter para fins de promoção da proteção do meio ambiente.

Essa iniciativa também leva a algumas reflexões. Por que quase trinta e cinco anos de espera para ser realizada? Por que a iniciativa teve que vir do Poder Judiciário – e não do Poder Legislativo ou do Poder Executivo? Em boa medida, isso revela a

⁹⁰ Cf. ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil – uma introdução. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (org.). *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2004. p. 10-12.

⁹¹ Cf. MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. O desafio da proteção ambiental no contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos. In: NORONHA, João Otávio de; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (org.). *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 900-905; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. p. 1119-1132.

⁹² BRASIL. [Constituição (1988)]. *Mundu Sa Turusu Waá: Ubêuwa Mayé Mira Itá Uikú Arâma Purâga Iké Braziu Upé*. p. 175.

importância da iniciativa do STF e reforça o conjunto de iniciativas que apontam para um salto qualitativo institucional e simbólico do papel da Suprema Corte brasileira.

3. O salto qualitativo jurisprudencial do STF

Sob a égide da CF/88, a jurisprudência do STF coleciona precedentes em matéria ambiental desde os primeiros anos de sua vigência. Ilustrativamente, um olhar retrospectivo para os vinte primeiros anos de vigência da Constituição Federal evidencia diversas abordagens da proteção ambiental (requisito intrínseco ou limite externo de determinados direitos, questão autônoma, parte da engrenagem do federalismo cooperativo), mas, em geral, os casos surgiam de forma mais pontual, setorial e diluída no tempo⁹³.

A introdução da sistemática de repercussão geral e de súmulas vinculantes, a adoção da Reclamação constitucional, o fenômeno da objetivação do recurso extraordinário, o amadurecimento do controle de convencionalidade e do controle concentrado de constitucionalidade (e de sua respectiva legislação processual) também contribuíram para potencializar e incrementar a discussão de questões ambientais pelo STF⁹⁴.

Nesse contexto, os casos ambientais decididos no STF cresceram em quantidade, em importância, em complexidade e em repercussão. Ilustrativamente, basta lembrar o julgamento de proibição do amianto crisólita no Brasil, encerrado em 2017, bem como o julgamento das ações que discutiram a constitucionalidade do atual Código Florestal brasileiro em 2018⁹⁵.

Contudo, entre 2019 e 2023, verifica-se uma série de ações ajuizadas no STF que não só apontam as questões ambientais e climáticas como temas centrais, mas também discutem questões transversais (reorganização da estrutura da Administração Pública) que afetam políticas ambientais e climáticas. Também se constata que muitos casos ostentam maior complexidade, envolvendo aspectos

⁹³ MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Comentários sobre as relações constitucionais do meio ambiente nos vinte anos da Constituição Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (org.). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 246-260.

⁹⁴ Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *A tutela judicial do meio ambiente*. p. 3-4.

⁹⁵ Cf. CÂMARA, Ana Stela Vieira Mendes. *Direito constitucional ambiental brasileiro e ecocentrismo: um diálogo possível e necessário a partir de Klaus Bosselmann*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 239-246.

estruturais, com alto impacto social, e alegações de retrocesso institucional e democrático. Nesse sentido, eles guardam pertinência com as premissas teóricas aqui assumidas (institucionalismo, democracia ambiental e sustentada, desenvolvimento sustentável, Estado Ambiental como dimensão do Estado Constitucional contemporâneo) e podem evidenciar um aperfeiçoamento do papel jurisdicional do STF.

Desse modo, alguns desses casos serão analisados a seguir, com o intuito de demonstrar o avanço, a profundidade, a relevância, a riqueza, a novidade e a repercussão desses precedentes, seja em razão dos temas envolvidos, seja em razão do grau de discussão e de interpretação das normas procedimentais e materiais referentes à proteção constitucional do meio ambiente, seja em razão da sua pertinência com as premissas teóricas aqui adotadas.

3.1 Ano de 2019

Em 2019, destaca-se o julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121⁹⁶, em que o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade formal de Decreto do Presidente da República que extinguiu, de forma geral e irrestrita, diversos colegiados administrativos voltados à implementação de políticas públicas (inclusive ambientais), bem como redefinia as regras de sua criação e funcionamento. Com base no princípio da separação de poderes, a Corte apontou uma inconstitucionalidade formal, pois o Chefe do Poder Executivo não poderia extinguir, unilateralmente, colegiados que tinham menção em lei em sentido formal e que viabilizavam a participação popular na condução de políticas públicas.

Trata-se de importante precedente da Corte, em que se acentuou que a relevância desses colegiados com menção em lei decorreria da vontade soberana do Parlamento e que o poder de reestruturação da Administração Pública conferido ao Presidente da República encontra limites na Constituição e nas leis. Esse precedente cautelar tem servido de base para outros casos posteriormente julgados pelo STF. Além disso, cinco ministros também reconheceram a inconstitucionalidade material do ato impugnado por violação dos princípios democrático, republicano e da participação popular – e tais fundamentos não só reverberaram em precedentes

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6121/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751490560>. Acesso em: 29 ago. 2023.

semelhantes adotados posteriormente, mas também poderão refletir, com maior intensidade, no julgamento de mérito do caso em questão⁹⁷.

3.2 Ano de 2020

Em 2020, dois casos merecem destaque. Em abril de 2020, o Plenário do STF julgou o Recurso Extraordinário nº 654.833, com apreciação do Tema 999 da repercussão geral, fixando a seguinte tese: “É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”⁹⁸. Trata-se de caso paradigmático, pois reconheceu que essa imprescritibilidade decorre da relevância da tutela constitucional do meio ambiente (que é direito fundamental, que beneficia toda a coletividade, que lida com o patrimônio de toda a humanidade, que tem caráter intergeracional), sem que isso configure ofensa ao princípio da segurança jurídica e mesmo que não exista expressa previsão constitucional ou legal. Assim, a própria reparação civil do dano ambiental seria direito fundamental indisponível, desmotivando práticas ilícitas que apostem na inércia estatal e no mero transcurso do tempo para se livrar da obrigação de recomposição do dano ambiental (moral e material). No caso, o pano de fundo refletia a discussão sobre desmatamento ilegal em terras indígenas para extração de madeira entre 1981 e 1987 na Amazônia Legal.

Além disso, em junho de 2020, o Plenário do STF deferiu duas medidas cautelares relativas à ADPF 656⁹⁹ e à ADPF 658¹⁰⁰, a fim de suspender disposições da Portaria nº 43/2020 do Secretário de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que previam prazos para autorização tácita de uso de agrotóxicos no país, dispensando estudos técnicos de impacto sanitário e ambiental. A Corte concluiu que a entrada e o registro tácito de novos agrotóxicos, sem avaliação sanitária e ambiental pelos órgãos responsáveis, ofenderiam o princípio da precaução,

⁹⁷ Divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin, sendo acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Celso de Mello.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 654833/AC**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753077366>. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 656/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753655549>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 658/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344221335&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

ínsito ao art. 225 da CF/88, e o princípio da proibição do retrocesso socioambiental, não se justificando sob o mote de regulamentar a atuação estatal em prol da liberdade econômica. Merece destaque a crítica que a Corte fez quanto ao uso desse tipo de expediente normativo, que já teria sido censurado por ela, além da desconsideração da legislação federal e da comprovada toxicidade desses produtos. Em termos dogmáticos, é um precedente importante, por afirmar que o direito ao meio ambiente sustentável está vinculado à ideia de dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana.

3.3 Ano de 2021

Em 2021, dois casos merecem destaque. Em março de 2021, o Plenário do STF julgou a ADPF 567¹⁰¹, fixando o entendimento de que leis municipais que proíbam o uso de fogos de artifício de efeito sonoro ruidoso promovem um patamar mais elevado de proteção à saúde e ao meio ambiente, com legítimo respaldo na competência constitucional legislativa dos municípios para tratar de assuntos de interesse local. No caso, impugnava-se lei do município de São Paulo, tendo-se destacado existir comprovação técnico-científica de impactos graves e negativos a pessoas com transtorno do espectro autista, bem como a diversas espécies de animais. O caso é emblemático. De um lado, ele acentuou um entendimento de grande impacto positivo a favor do princípio do federalismo cooperativo, legitimando um papel mais ativo e dinâmico para estados e municípios editarem normas mais protetivas em matéria de saúde e de meio ambiente (que também se inserem no conceito de interesse local). De outro lado, ele explicitou o amparo ao bem-estar dos animais, a partir das normas de tutela constitucional do meio ambiente (a reconhecer, em certa medida, o valor intrínseco dos animais). Esse entendimento foi reforçado no ano de 2023, com o julgamento do RE 1.210.727, com apreciação do Tema 567 da repercussão geral, por meio da fixação da seguinte tese: “É constitucional – formal e materialmente – lei municipal que proíbe a soltura de fogos de artifício e artefatos pirotécnicos produtores de estampidos”¹⁰².

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 567/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 1 de março de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755453524>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1210727/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 9 de maio de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767710313>. Acesso em: 29 ago. 2023.

O segundo caso aqui destacado foi apreciado em dezembro de 2021, quando o Plenário do STF julgou três ações (ADPF 747¹⁰³, ADPF 748¹⁰⁴, ADPF 749¹⁰⁵) para declarar inconstitucional a Resolução nº 500/2020 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), restaurando a legislação revogada (Resoluções CONAMA nº 284/2001, nº 302/2002 e nº 303/2022), pois o ato impugnado dispensava o licenciamento ambiental de atividade de irrigação (mesmo que potencialmente causadora de significativo impacto ambiental) e enfraqueceria parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente (inclusive de APPs de reservatórios artificiais e do regime de uso do seu entorno). Dois aspectos evidenciam a relevância desse julgamento. De um lado, a Corte afirmou a possibilidade de amplo controle de constitucionalidade do poder normativo do CONAMA, o qual deve obediência aos parâmetros materiais (substantivos) da Constituição e da legislação ambiental. De outro lado, a Corte censurou a mera revogação de normas ambientais que dão suporte à política ambiental, sem que houvesse sua substituição ou atualização, pois isso significaria a violação da Constituição, da legislação ambiental e de compromissos internacionais, bem como geraria um estado de anomia e descontrole regulatório – o que violaria o princípio da precaução, o direito à vida e à saúde, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio da vedação do retrocesso socioambiental.

3.4 Ano de 2022

Em 2022, quatro casos merecem destaque. Primeiramente, em abril de 2022, o Plenário do STF julgou a ADPF 651¹⁰⁶, concluindo pela inconstitucionalidade de três decretos presidenciais que seriam incompatíveis com a Constituição, pois não só reduziram a participação da sociedade civil e de governadores de entes federativos da Amazônia em certos colegiados administrativos vocacionados à concretização

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 747/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 14 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349336975&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 748/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 23 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352530921&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 749/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 14 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758847588>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 651/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 28 de abril de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762578374>. Acesso em: 29 ago. 2023.

de políticas ambientais (caso do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente – FNMA – e do Conselho Nacional da Amazônia Legal – CNAL), a ponto de inviabilizar sua efetiva capacidade de influenciar os processos decisórios, com excessiva centralização e concentração de poderes nas mãos do governo federal, mas também excluiriam o Comitê Orientador do Fundo Amazônia (COFA), em evidente prejuízo à política de proteção da Amazônia Legal. Trata-se de outro caso com grande riqueza de fundamentação, em prol da proteção constitucional do meio ambiente. O STF afirmou: a centralidade da democracia participativa na Constituição e a essencialidade da participação popular e da paridade nos colegiados que concretizam a política ambiental (a qual detém envergadura constitucional); a essencialidade de adequada representação dos estados da Amazônia Legal no CNAL, pois eles abrigam e protegem o bioma amazônico; os limites que a legítima reorganização administrativa a cargo do Presidente da República encontra nos princípios da proibição do retrocesso institucional, da participação popular em matéria ambiental e da isonomia. A relevância desse julgamento está especialmente no fato de ter avançado, em relação a outros casos semelhantes, para não apenas censurar a exclusão unilateral de colegiados previstos em lei, ou mesmo coibir a falta de apresentação de quadro regulatório e normativo alternativo ou aperfeiçoado, mas também para assentar limites substantivos à reorganização administrativa em colegiados ambientais que refletem política pública de envergadura constitucional.

O segundo caso se refere ao julgamento do RE 732.686, em outubro de 2022, com apreciação do Tema 970 da repercussão geral, em que o Plenário do STF fixou a seguinte tese: “É constitucional – formal e materialmente – lei municipal que obriga à substituição de sacos e sacolas plásticos por sacos e sacolas biodegradáveis”¹⁰⁷. Trata-se de caso relevante para reconhecer o desenvolvimento sustentável como elemento da ordem constitucional brasileira, além de reforçar a cooperação federativa nesse tema. Vale ressaltar que esse entendimento se refere a casos em que for ausente legislação federal ou estadual, pois, se isso ocorrer, deve ser observada a tese fixada no julgamento do Tema 145 da repercussão geral, que dispõe caber ao município legislar sobre meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento se harmonize com as normas estabelecidas pelos demais

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 732686/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 19 de outubro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357440668&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

entes federativos (inteligência da interpretação conjunta do art. 24, VI, e do art. 30, I e II, todos da CF/88)¹⁰⁸.

O terceiro e o quarto casos se referem ao julgamento da ADPF 708¹⁰⁹, em 04.07.2022, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 59 (ADO 59), conjuntamente aqui analisados em razão de sua pertinência temática. No caso da ADPF 708, o Plenário do STF reconheceu a omissão inconstitucional do governo federal em conduzir, adequadamente, as atividades regulares do Fundo Clima, nos anos de 2019 e 2020, enquanto essencial instrumento financeiro da política climática brasileira; bem como determinou à União que se abstivesse de se omitir quanto ao funcionamento desse Fundo, que fizesse destinação adequada dos recursos e que vedasse o contingenciamento das receitas que o integram. Eis a tese conclusiva desse entendimento constante da ementa do acórdão:

O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, § 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º, c/c o art. 9º, § 2º, LRF)¹¹⁰.

Esse caso é um exemplo de discussão ampla e aprofundada sobre as mudanças climáticas no contexto da jurisdição constitucional brasileira. A Corte afirmou que a omissão da União seria inequívoca e se relacionaria com um quadro mais amplo e sistêmico de supressão e enfraquecimento de colegiados (inclusive ambientais) na Administração Pública e com a redução da participação da sociedade civil (o que já vinha sendo censurado pelo STF em diversas oportunidades)¹¹¹. O STF também acentuou que o funcionamento regular do Fundo Clima é dever constitucional,

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 586224/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 5 de março de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306750595&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 4 de julho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353796271&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹¹⁰ STF, ADPF 708/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 4 jul. 2022.

¹¹¹ O acórdão fez referência aos seguintes precedentes: STF, ADI 6121 MC, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13 jun. 2019; STF, ADPF 622, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 1 mar. 2021; STF, ADPF 623 MC, Decisão Monocrática, Rel. Min. Rosa Weber, j. 17 dez. 2021; STF, ADPF 651, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28 abr. 2022.

supralegal e legal da União e dos representantes eleitos, de caráter vinculante e não pertencente ao espaço de livre escolha política, nos termos do art. 225 e do art. 5º, §2º, todos da CF/88¹¹².

De modo semelhante, no caso da ADO 59¹¹³, o Plenário do STF reconheceu a omissão inconstitucional do governo federal em conduzir, adequadamente, as atividades regulares do Fundo Amazônia, considerado pela Corte como a principal política pública financeira voltada à proteção da Amazônia Legal. Isso, porque uma série de medidas adotadas pelo governo federal suspendeu e paralisou, sem horizonte de retomada, as atividades do referido fundo, com grave prejuízo para o apoio financeiro de políticas e ações de controle ambientais. Desse modo, a Corte determinou o restabelecimento do quadro normativo e de governança ambiental, antes existente, bem como determinou que a União adotasse, em sessenta dias, providências administrativas necessárias para reativar o Fundo Amazônia, nos limites de suas competências e de acordo com a governança ambiental prevista no Decreto nº 6.527/2008.

A profundidade e a riqueza dos fundamentos contidos no acórdão de 410 páginas não podem ser aqui totalmente evidenciadas. Contudo, alguns pontos merecem destaque. A Corte analisou com profundidade o quadro normativo e fático da Amazônia Legal, acentuando a constatação de um “autêntico estado de coisas inconstitucional na Amazônia Legal”, ante um cenário de insuficiência e deficiência dos biomas considerados patrimônio nacional. O STF afirmou ainda a essencialidade do Fundo Amazônia como instrumento de política ambiental financeira, buscando descortinar o conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente, dos deveres fundamentais a ele correlatos e da proteção do direito ao mínimo ecológico. O STF também asseverou ser inadmissível – e configurar retrocesso institucional – a ação governamental que desestruture e descontinue a política antecedente do Fundo Amazônia, sem trazer proteção equivalente ou aperfeiçoada, por excluir prestações normativas e fáticas indispensáveis à realização do direito fundamental ao meio ambiente.

¹¹² WEBER, Rosa. Federalismo cooperativo ecológico efetivo: coordenação, financiamento e participação. In: FACHIN, Luiz Edson; BARROSO, Luís Roberto; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **A Constituição da democracia em seus 35 anos**. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 81-82.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 59/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 3 de novembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360101699&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

Trata-se de precedente que revela a compreensão do STF sobre a proteção constitucional do meio ambiente, sobretudo em sua dimensão material, bem como registra grande destaque ao bioma da Amazônia e à interface entre a política ambiental e climática – que encontram proteção na ordem constitucional brasileira. Doutrinariamente, essa decisão também é considerada paradigmática do federalismo cooperativo ecológico sob o prisma financeiro¹¹⁴.

Por fim, um fato ocorrido em 2022 também merece destaque. Parte dos casos aqui analisados foram inseridos em um esforço concentrado do STF, a fim de pautar e decidir ações de controle concentrado de constitucionalidade relativas a questões ambientais (ADPF 760, ADPF 735, ADPF 651, ADO 54, ADO 59, ADI 6.148, ADI 6.808), considerando não só a relevância dos temas discutidos, mas também a relevância do contexto histórico brasileiro e do momento vivido¹¹⁵. Esse esforço da Corte recebeu grande repercussão junto à imprensa e aos diversos segmentos sociais, sob o título de “pauta verde” ou “pacote verde”¹¹⁶. Em certa medida, essa iniciativa revela uma postura institucional e consciente que o STF busca transparecer, como guardião da Constituição, para garantir a proteção constitucional do meio ambiente.

3.5 Ano de 2023

Em 2023, merece destaque o julgamento que referendou medidas cautelares concedidas na ADI 7.273¹¹⁷ e na ADI 7.345¹¹⁸, em que o Plenário do STF decidiu suspender a eficácia do art. 39, §4º, da Lei 12.844/2013 (que estabelecia mecanismo de presunção de legalidade de ouro adquirido de boa-fé da pessoa jurídica) e determinar ao Poder Executivo da União a adoção, no prazo de noventa dias, tanto de um novo marco normativo para a fiscalização do comércio de ouro (atentando-se ao aspecto

¹¹⁴ WEBER, Rosa. Federalismo cooperativo ecológico efetivo: coordenação, financiamento e participação. p. 78-81.

¹¹⁵ As referidas ações foram previstas para a pauta de julgamento do STF nos dias 30 e 31 de março de 2022.

¹¹⁶ Ilustrativamente, conferir a seguinte notícia: WWF-BRASIL. Julgamento da ‘Pauta Verde’ no STF é marco de avanços ambientais em 2022. WWF, 22 dez. 2022. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/?84500/julgamento-da-Pauta-Verde-no-STF-e-marco-de-avancos-ambientais-em-2022>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7273/ DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 3 de maio de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357857641&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7345/ DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 3 de maio de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357857638&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

da origem lícita), quanto de medidas que inviabilizem a aquisição de ouro extraído de áreas de proteção ambiental e de terras indígenas.

Segundo o entendimento cautelar fixado pela Corte, embora o ato impugnado tenha sido adotado para simplificar processos de aquisição de matéria-prima, considerando a atividade de garimpagem legal, a complexidade subjacente ao comércio de ouro seria evidente e, por vezes, permeada de costumes e práticas ilegais em regiões de difícil fiscalização – como terras indígenas e áreas de proteção ambiental. Assim, considerado o caráter potencialmente causador de significativa degradação ambiental da extração de minerais e a existência de muitas atividades irregulares e ilícitas ligadas a essa atividade, concluiu-se que:

As presunções, trazidas no diploma legislativo impugnado, relativas à legalidade do ouro adquirido e à boa-fé do adquirente simplesmente sabotam a efetividade do controle de uma atividade inerentemente poluidora (e nessa medida chocam com o corolário do princípio da precaução, que possui assento constitucional), uma vez que não apenas facilitam, como servem de incentivo à comercialização de ouro originário de garimpo ilegal. Exatamente por isso, revelam-se uma opção normativa deficiente quanto à proteção do meio ambiente¹¹⁹.

A Corte se pautou no princípio da proporcionalidade (como proibição de proteção insuficiente) para afirmar que essa simplificação de processos de controle atrairia a expansão do comércio ilegal, fomentando o desmatamento, o garimpo ilegal, a contaminação de rios, a violência e a criminalidade associadas a essas atividades, em prejuízo dos indígenas, do meio ambiente e da coletividade. Além disso, o conjunto de documentos fornecidos pelo próprio Poder Público corroboraria essa compreensão, no sentido de que a legislação estaria em descompasso com a realidade desse setor, atingindo um dos pontos mais frágeis e de difícil fiscalização, por inviabilizar o monitoramento privado, pois se retiraria a responsabilização do comprador. Trata-se de outro caso importante, pois envolve uma das principais causas de degradação ambiental no Brasil, a qual também prejudica a proteção dos direitos e das terras indígenas.

¹¹⁹ STF, ADI 7273 MC-Ref/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3 maio 2023.

4. Conclusão

A análise da atuação do STF, no período de 2019 a 2023, revelou um importante conjunto de práticas institucionais e de decisões judiciais em controle concentrado de constitucionalidade que concretizam e reforçam a proteção constitucional do meio ambiente, em sintonia com as premissas teóricas do institucionalismo, da sustentabilidade ambiental e climática, da democracia ambiental e sustentada e do desenvolvimento sustentável – inclusive em termos de aprimoramento institucional, que acentua relevante papel do direito nesse contexto.

Do ponto de vista institucional e simbólico, o papel administrativo do STF (gestão interna) e o seu papel de órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (aspecto institucional e simbólico), inclusive em coordenação e em articulação com o CNJ (e com outros órgãos), têm se fortalecido ao promover importantes e inovadoras práticas: a integração da Agenda ONU 2030 no STF e no Poder Judiciário brasileiro; a criação de Observatórios Nacionais para temas ambientais, climáticos e de grande repercussão; o estabelecimento de Metas Ambientais e de Sustentabilidade para o Poder Judiciário brasileiro; o lançamento de versão da Constituição Federal em língua indígena *Nheengatu*.

Do ponto de vista jurisprudencial, os casos aqui analisados são complexos e de grande repercussão. Eles também contribuem para um desenvolvimento significativo da jurisprudência do STF sobre normas constitucionais ambientais procedimentais e substantivas, bem como sobre a relevância constitucional de princípios de participação democrática, de informação, de publicidade, de justiça ambiental e climática, de precaução e de vedação do retrocesso institucional – em sintonia com as premissas teóricas aqui assumidas. O STF não tem se omitido em discutir e fixar os limites e a importância da questão ambiental e climática no contexto da ordem constitucional brasileira, especialmente em conexão com o problema do desmatamento e da degradação ambiental na Amazônia Legal e em alinhamento com diretrizes e compromissos supranacionais e internacionais.

Esse cenário – composto de um conjunto numeroso e variado de mudanças significativas nas distintas perspectivas de atuação da Suprema Corte, em prol da sustentabilidade ambiental e climática – permite evidenciar um salto qualitativo institucional, simbólico e jurisprudencial do papel do STF. Em outras palavras, um salto qualitativo dos diferentes possíveis papéis – institucional, simbólico e jurisdicional – que o STF pode exercer no contexto da proteção constitucional do meio ambiente.

Esse salto qualitativo – enquanto aperfeiçoamento institucional, simbólico e jurisprudencial – reforça, de um lado, a legitimidade constitucional da Suprema Corte como guardiã da Constituição, em sintonia com a harmonia entre os Poderes. De outro lado, ele reforça o seu perfil como instituição de cúpula de um dos Poderes da República, que espelha e repercute boas práticas institucionais e simbólicas para a sociedade, para os demais entes federativos e para os demais órgãos da União e do Poder Judiciário brasileiro. Esse conjunto de perspectivas também evidencia uma atuação do STF que se alinha às premissas do modelo de um Estado Ambiental como dimensão do Estado Constitucional contemporâneo.

Referências

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil – uma introdução. *In*: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (org.). **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2004. p. 9-20.

AGENDA 2030: meta 9 do Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030/meta-9-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

AGENDA 2030 no Poder judiciário: comitê interinstitucional. **Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 23. ed., rev. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2023.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **A tutela judicial do meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BÁNDI, Gyula. Introduction into the concept of ‘environmental democracy’. *In*: BÁNDI, Gyula (ed.). **Environmental democracy and law: public participation in Europe**. Groningen: Europa Law, 2014. p. 3-20.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARRAL, Welber. Direto e desenvolvimento: um modelo de análise. *In*: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2005. p. 31-60.

BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e Constituição**: direito e políticas públicas num mundo em transformação. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83-156.

BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (path dependence): definições e controvérsias teóricas. **Perspectivas**, São Paulo, v. 41, p. 137-167, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/4978/4434>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BOSSELMANN, Klaus. **The principle of sustainability**: transforming law and governance. Aldershot: Ashgate, 2008.

BOYD, David R. **The environmental rights revolution**: a global study of constitutions, human rights, and the environment. Vancouver, B.C.: UBC Press, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Observatório do CNMP e do CNJ acompanha casos de grande repercussão. **CNMP Conselho Nacional do Ministério Público**, 18 mai. 2023. Disponível em: <https://www2.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/16444-observatorio-do-cnmp-e-do-cnj-acompanha-casos-de-grande-repercussao>. Acesso em: 21 jul. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. “**Mundu Sa Turusu**” Waá: Ubêuwa Mayé Míra Itá Uikú Arâma Purâga Iké Braziu Upé. Tradução: Dadá Baniwa *et al.* Brasília: Supremo Tribunal Federal; Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ConstituicaoNheengatu_WEB1.pdf. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agenda 2030**, [2024]. Página inicial. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ao lançar primeira Constituição em língua indígena, presidente do STF destaca momento histórico para o Brasil. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 19 jul. 2023. Notícias STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=510821&ori=1>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plano estratégico**: um plano de todos: ciclo 2021 a 2025. Brasília: STF, 2021. Disponível em: <https://drive.stf.jus.br/index.php/s/mcqYMKJR7BrqXJY>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plano estratégico da gestão 2020/2022**: Min. Luiz Fux. Brasília: STF, 2021. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/Planejamento%20Estrat%C3%A9gico/PE_Gestao_2020_2022.pdf. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plano estratégico da gestão 2022/2023**: Min. Rosa Weber. Brasília: STF, 2022. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/Planejamento%20Estrat%C3%A9gico/PE_Gestao_2022_2023-Rosa_Weber.pdf. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de resultados do plano estratégico da gestão 2020-2022**. Brasília: STF, 2023. Disponível em: <https://drive.stf.jus.br/index.php/s/mcqYMKJR7BrqXJY>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRÖNNEKE, Tobias. **Umweltverfassungsrecht**: der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Grundgesetz sowie in den Landesverfassungen Brandenburgs, Niedersachsens und Sachsens. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1999.

CALLIESS, Christian. **Rechtsstaat und Umweltstaat**: zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik in Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

CÂMARA, Ana Stela Vieira Mendes. **Direito constitucional ambiental brasileiro e ecocentrismo**: um diálogo possível e necessário a partir de Klaus Bosselmann. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (org.). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-110.

CÚPULA JUDICIAL AMBIENTAL DA AMAZÔNIA – JUÍZES E FLORESTAS, 1., 2023, Belém. **Programação**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/agendas/1a-cupula-judicial-ambiental-da-amazonia-juizes-e-florestas/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. Constituição, clima e direitos fundamentais: a construção da justiça climática na democracia brasileira. In: HERINGER, Bianca Barbosa *et al.* (org.). **Repensar a justiça**: estudos em homenagem à Ministra Assusete Magalhães. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. p. 185-202.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do direito na protecção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007.

GELLERS, Joshua G. **The global emergence of constitutional environmental rights**. Abingdon: Routledge, 2017.

GRASSI, Stefano. **Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente**. Milano: Giuffrè, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **E-codemocracia**: a proteção do meio ambiente no ciberespaço. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HAYWARD, Tim. **Constitutional environmental rights**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

KAHL, Wolfgang. Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff. In: KAHL, Wolfgang (Hrsg.). **Nachhaltigkeit als Verbundbegriff**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 1-35.

KLOEPFER, Michael. Auf dem Weg zum Umweltstaat?. In: KLOEPFER, Michael (Hrsg.). **Umweltstaat**. Berlin: Springer, 1989. p. 39-78.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 157-242.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013. 2v. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/544624>. Acesso em: 6 jun. 2024.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

MACHADO, Paulo Affonso Leme; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **Princípios de direito ambiental**. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Comentários sobre as relações constitucionais do meio ambiente nos vinte anos da Constituição Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (org.). **A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 243-262.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. O desafio da proteção ambiental no contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos. In: NORONHA, João Otávio de; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (org.). **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 883-909.

MENDES, Conrado Hübner; RACHED, Danielle Hanna. Environment. In: MENDES, Conrado Hübner; GARGARELLA, Roberto; GUIDI, Sebastián (ed.). **The Oxford handbook of constitutional law in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 782-798.

METAS nacionais do Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/metas/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Nações Unidas Brasil**, c2024. Página inicial. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 5 jun. 2024.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OBSERVATÓRIO do meio ambiente do Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Página inicial. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/observatorio-do-meio-ambiente-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. **Revista da AGU**, Brasília, v. 13, n. 42, p. 39-74, out./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.13.n.42.2014.537>. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/537/2879>. Acesso em: 29 ago. 2023.

RODRIK, Dani. **One economics, many recipes: globalization, institutions and economic growth**. Princeton: Princeton University Press, 2007.

SABEL, Charles F.; REDDY, Sanjay G. Learning to learn: undoing the gordian knot of development today. **Columbia Law and Economics Working Paper**, n. 308, p. 1-14, 2006. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1433/. Acesso em: 29 ago. 2023.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo W. (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11-38.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

SIMÓN YARZA, Fernando. **Medio ambiente y derechos fundamentales**. Madrid: Tribunal Constitucional: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

SIRENEJUD: mapa interativo. **Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Disponível em: <https://sirenejud.cnj.jus.br/mapa/geral>. Acesso em: 5 jun. 2024.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

STEINBERG, Rudolf. **Der Ökologische Verfassungstaat**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

SUSTENTABILIDADE e meio ambiente. **Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/sustentabilidade>. Acesso em: 5 jun. 2024.

TOYOSHIMA, Silvia Harumi. Instituições e desenvolvimento econômico: uma análise crítica das ideias de Douglass North. **Estudos Econômicos**, v. 29, n. 1, p. 95-112, jan./mar. 1999. Disponível em: <https://revistas.usp.br/ee/article/view/117211>. Acesso em: 29 ago. 2023.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT, 2012, Rio de Janeiro, Brazil. Resolution 1: outcome document: “The future we want”. In: UNITED NATIONS CONFERENCE ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT, 2012, Rio de Janeiro, Brazil. **Report of the** [...]. New York: United Nations, 2012. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/737074?v=pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

WEBER, Rosa. [Discurso por ocasião do] lançamento [da] Constituição Federal em Nheengatu. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 19 jul. 2023. Notícias STF. Pronunciamento feito em São Gabriel da Cachoeira, Amazonas, em 19 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lanc807amentoCFemNheengatuFinal.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

WEBER, Rosa. Federalismo cooperativo ecológico efetivo: coordenação, financiamento e participação. In: FACHIN, Luiz Edson; BARROSO, Luís Roberto; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **A Constituição da democracia em seus 35 anos**. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 67-90.

WWF-BRASIL. Julgamento da ‘Pauta Verde’ no STF é marco de avanços ambientais em 2022. **WWF**, 22 dez. 2022. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/?84500/Julgamento-da-Pauta-Verde-no-STF-e-marco-de-avancos-ambientais-em-2022>. Acesso em: 29 ago. 2023.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 59/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 3 de novembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360101699&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 567/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 1 de março de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755453524>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 622/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 1 de março de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346480805&ext=.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 651/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 28 de abril de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762578374>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 4 de julho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353796271&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 747/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 14 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349336975&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 748/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 23 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352530921&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 749/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 14 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758847588>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6121/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751490560>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 623/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 17 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349293178&ext=.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 656/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753655549>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 658/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344221335&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 991/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 21 de novembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354873433&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1210727/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 9 de maio de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767710313>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 586224/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 5 de março de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306750595&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 654833/AC**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753077366>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 732686/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 19 de outubro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357440668&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7273/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 3 de maio de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357857641&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7345/ DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 3 de maio de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357857638&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 991/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 8 de agosto de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6437270>. Acesso em: 29 ago. 2023.

Legislação citada

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 22, de 25 de janeiro de 2021**. Institui o Plano de Logística Sustentável do Conselho Nacional de Justiça (PLS/CNJ), ciclo 2021-2026. Brasília: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3697>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 133, de 28 de setembro de 2018**. Institui Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030. Brasília: CNJ, [2022]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2721>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 156, de 29 de maio de 2023**. Designa membros do Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente e das Mudanças Climáticas do Poder Judiciário”, instituído pela Portaria CNJ n. 241/2020. Brasília: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5130>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 241, de 10 de novembro de 2020**. Institui o Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente e das Mudanças Climáticas do Poder Judiciário”. (Redação dada pela Portaria nº 326, de 16.12.2021). Brasília: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3565>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 326, de 16 de dezembro de 2021**. Altera a Portaria nº 241/2020, que instituiu o Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário”. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4290>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Conjunta nº 1, de 31 de janeiro de 2019**. Institui o Observatório de Causas de Grande Repercussão (redação dada pela Portaria Conjunta CNJ-CNMP n. 4, de 25 de maio de 2023). Brasília: CNJ, [2024]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2810>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Conjunta nº 3, de 11 de novembro de 2019**. Altera a Portaria Conjunta CNMP/CNJ nº 1, de 31 de janeiro de 2019, que instituiu o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3329>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Conjunta nº 3, de 28 de abril de 2023**. Altera as Portarias Conjuntas CNJ/CNMP n. 1/2019, 4/2020 e 7/2020, que dispõem sobre o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5066>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Conjunta nº 4, de 25 de maio de 2023**. Altera as Portarias Conjuntas CNJ/CNMP n. 1/2019, 4/2020 e 7/2020, que dispõem sobre o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5122>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Conjunta nº 5, de 3 de setembro de 2021**. Regulamenta a Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 8/2021, que institui o painel interativo nacional de dados ambiental e interinstitucional (SireneJud). Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4106>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 99, de 21 de maio de 2021**. Recomenda a utilização de dados de sensoriamento remoto e de informações obtidas por satélite na instrução probatória de ações ambientais. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3940>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 325, de 29 de junho de 2020.** Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. Brasília: CNJ, [2022]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 296, de 19 de setembro de 2019.** Cria e revoga Comissões Permanentes no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3038>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 400, de 16 de junho de 2021.** Dispõe sobre a política de sustentabilidade no âmbito do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3986>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 433, de 27 de outubro de 2021.** Institui a Política Nacional do Poder Judiciário para o Meio Ambiente. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4214>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Conjunta nº 8, de 25 de junho de 2021.** Institui o painel interativo nacional de dados ambiental e interinstitucional – SireneJud. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4015>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução STF nº 710, de 20 de novembro de 2020.** Institucionaliza a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/assets/img/RESOLUCAO710-2020.PDF>. Acesso em: 29 ago. 2023.



A prova estatística em prol da eficiência na litigância estrutural¹

Statistical evidence on behalf of the efficiency in structural litigation

Evidencia estadística a favor de la eficiencia en en la litigiosidad estructural

Bruno Freire e Silva²

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1468-8147>

E-mail: bfs@brunofreire.com.br

Ana Carolina do Couto e Silva³

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-0398-2882>

E-mail: ac.coutoesilva@gmail.com

Resumo

Trata-se de artigo que pretende analisar o uso da prova atípica estatística a fim de provar sua aplicabilidade e utilidade no processo civil brasileiro, mormente no âmbito dos litígios estruturais, cujas tomadas de decisões ensejam uma projeção futura. Para tanto, utilizou-se a metodologia descritiva e bibliográfica e foi trazida a busca pela verdade como fundamento do direito à prova e os *standards* probatórios, além de conceitos e características dos litígios estruturais para, assim, adentrar o estudo da prova estatística. O intuito é verificar se esta serve como meio de prova no ordenamento jurídico brasileiro e sob quais parâmetros deve se dar a sua aplicação.

¹ SILVA, Bruno Freire e; SILVA, Ana Carolina do Couto e. A prova estatística em prol da eficiência na litigância estrutural. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. 1, p. 633-659, jan./jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.n1.a351>.

² Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Associado de Teoria Geral do Processo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (graduação, mestrado e doutorado). Titular da Cadeira nº 68 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Sócio fundador do Bruno Freire Advogados em São Paulo/SP. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0688948314690437>.

³ Mestre em Direito Processual pela UERJ e graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada no escritório Salomão Advogados no Rio de Janeiro/RJ. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7104443482244052>.

Isso tudo com o fito de demonstrar e concluir que o uso da prova estatística é extremamente útil tanto para provar a violação estrutural quanto para confirmar a viabilidade das medidas previstas no plano de reestruturação, conferindo maior legitimidade e eficiência aos processos estruturais.

Palavras-chave

Prova estatística; litígios estruturais; eficiência; direitos fundamentais; direito de provar.

Sumário

1. Introdução. 2. Verdade processual, *standards* probatórios e fundamentação das decisões: o direito à prova. 3. Litígios e processos estruturais: conceitos, características e necessidade de meios de prova não usuais. 4. Prova estatística ou por amostragem. 5. Conclusão.

Abstract

This article aims to analyze the use of atypical statistical evidence—in realizing the right to prove—its applicability and usefulness in the Brazilian civil procedure, especially in the context of structural disputes, whose decision-making gives rise to a future projection. To this end, we use a descriptive and bibliographic methodology and bring the search for truth as the basis of the right to evidence and evidentiary standards, as well as the concepts and characteristics of structural litigation to, finally, enter into the study of statistical evidence in order to verify whether it would serve as a means of proof in our legal system and under what parameters its application should take place. This is all with the aim of demonstrating and concluding that the use of statistical evidence is highly valuable both in proving structural violations and in demonstrating the feasibility of the measures outlined in the restructuring plan, thereby enhancing the efficiency of structural processes.

Keywords

Statistical proof; structural disputes; efficiency; fundamental rights; right to prove.

Contents

1. Introduction. 2. Procedural truth, evidentiary standards and reasoning for decisions: the right to evidence. 3. Disputes and structural processes: concepts, characteristics, and need for unusual means of proof. 4. Statistical or sampling test. 5. Conclusion.

Resumen

Este artículo tiene como objetivo analizar el uso de la prueba estadística atípica – en la realización del derecho a probar – su aplicabilidad y utilidad en el proceso civil brasileño, especialmente en el proceso civil brasileño, especialmente en el contexto de disputas estructurales, cuya toma de decisiones da lugar a una proyección de futuro. Para ello, utilizamos metodología descriptiva y bibliográfica y traemos la búsqueda de la verdad como fundamento del derecho a la prueba y los estándares probatorios, así como los conceptos y características del litigio estructural para, finalmente, adentrarnos en el estudio de la evidencia estadística, con el fin de verificar si serviría como medio de prueba en nuestro ordenamiento jurídico y bajo qué parámetros debe realizarse su aplicación. Todo ello con el objetivo de demostrar y concluir que el uso de la prueba estadística es sumamente útil tanto para probar la violación estructural como para demostrar la viabilidad de las medidas previstas en el plan de reestructuración, otorgando mayor eficiencia a los procesos estructurales.

Palabras clave

Prueba estadística; disputas estructurales; eficiencia; derechos fundamentales; derecho a probar.

Índice

1. Introducción. 2. Verdad procesal, estándares probatorios y motivación de las decisiones: el derecho a la prueba. 3. Controversias y procesos estructurales: conceptos, características y necesidad de medios de prueba inusuales. 4. Prueba estadística o de muestreo. 5. Conclusión.

1. Introdução

A prova – gênero que tem a estatística como espécie – visa persuadir terceiros sobre o evento alegado. Seu objeto é o fato a ser confirmado, enquanto o conteúdo representa o comprovado na documentação física. Para validação no processo, é essencial uma relação lógica entre o conteúdo e o objeto, buscando persuadir o destinatário, isto é, o julgador, a reconhecer o fato jurídico estrito. No âmbito jurídico, a prova desempenha papel crucial ao adequar o evento à previsão normativa abstrata (subsunção), possibilitando a conexão lógica entre antecedente e consequente, essenciais na incidência normativa.

Portanto, é inegável a importância dos fatos – e, desse modo, da atividade probatória – no universo jurídico. Tendo em vista que a verdade processual está

intrinsecamente ligada ao conceito de probabilidade, indaga-se por que resistimos tanto ao uso da prova estatística no direito brasileiro e como esse meio científico pode trazer mais eficiência aos processos estruturais.

O direito de provar a verdade dos fatos – presente no art. 369 do Código de Processo Civil (CPC) e que, decerto, deve ser compreendido em consonância com os preceitos do art. 5º, LV, da Constituição Federal (CF) – transfigura-se em significativo desafio no âmbito dos litígios estruturais, os quais envolvem situações multipolares, normalmente voltadas ao futuro e que exigem a redefinição de diversos institutos processuais.

Nesses tipos de litígio, em que não se busca provar um fato passado, o uso de meios probatórios não usuais se torna uma necessidade, não havendo por que impedir ou rechaçar o uso das estatísticas e das provas por estatística ou amostragem. Ao revés, deve-se fomentar o seu uso e aumentar o diálogo com instituições oficiais e afins, tais como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a fim de não só viabilizar o amplo direito à prova, mas também conferir maior eficiência aos litígios estruturais e, consequentemente, concretizar direitos fundamentais relacionados aos referidos litígios.

Assim, o presente trabalho objetiva demonstrar, de forma inequívoca, mediante pesquisa do tipo bibliográfica descritivo-explicativa e argumentos lógicos desenvolvidos pela respeitada doutrina processual, a possibilidade e a urgência do aprimoramento do uso da prova estatística no direito brasileiro para, ao final, concluir que o amplo exercício do direito de provar proporciona maior eficiência aos procedimentos estruturais, uma vez que é extremamente útil à comprovação da violação estrutural e contribui para a demonstração da viabilidade das medidas constantes no plano de reestruturação.

2. Verdade processual, *standards* probatórios e fundamentação das decisões: o direito à prova

Como se sabe, a administração da Justiça é uma área do sistema jurídico em que se coloca, com maior evidência, o problema da verdade e de suas conexões com o direito. Em qualquer tipo de processo – seja civil, penal, administrativo, seja

constitucional –, a decisão exige a verificação dos fatos relevantes como condição indispensável para a correta aplicação do direito⁴.

Na maioria dos casos, o verdadeiro problema que o magistrado deve solucionar não está na interpretação da norma a ser aplicada, mas, principalmente, na identificação precisa dos fatos que constituem objeto da controvérsia e que determinarão a aplicação dessa norma⁵. A relevância dos fatos no âmbito do processo é tamanha que determina a interpretação e a aplicação do direito, e a verificação da verdade se traduz em condição necessária para a justiça da decisão⁶.

Conforme explica Taruffo⁷, a verificação da verdade dos fatos que dizem respeito ao caso concreto constitui apenas uma das condições para a justiça da decisão, a qual, para ser justa, pressupõe que tenha sido desenvolvido, de modo correto e legítimo, o processo por meio do qual a decisão é proferida e, por óbvio, que a norma a qual o juiz adota como regra de juízo venha corretamente interpretada – eis uma significativa ilustração do princípio do devido processo legal e da sua essencialidade em uma decisão justa.

Logo, se os fatos não forem devidamente apurados, a decisão será injusta, ainda que o processo tenha se desenvolvido de forma correta e a norma jurídica tenha sido interpretada de modo válido⁸. Portanto, nenhuma das três condições indicadas é suficiente para determinar a justiça da decisão, já que, para isto, todas são necessárias⁹.

Uma vez que a verdade que interessa ao processo deriva da respectiva correspondência à realidade dos fatos e dos eventos que se descrevem, é importante ressaltar o seu caráter relativo, já que sobre uma verdade absoluta falam apenas poucos metafísicos e religiosos integralistas e sequer se fala sobre tal conceito no âmbito das teorias da ciência¹⁰.

⁴ TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 35.

⁵ TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. p. 35.

⁶ TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. p. 35.

⁷ TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. p. 36.

⁸ TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. p. 36.

⁹ TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. p. 36.

¹⁰ TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. p. 46.

Assim, a busca pela verdade dos fatos, no contexto do processo, significa procurar, da maneira mais objetiva possível, o que ocorreu e o que não ocorreu no mundo dos eventos reais¹¹.

Dessa forma, o caráter relativo da verdade processual vem, muitas vezes, descrito com alusão ao conceito de probabilidade: diz-se que a verdade processual, não podendo ser absoluta, é necessariamente provável. Fala-se, nesse contexto, de probabilidade lógica, ou seja, do resultado das inferências lógicas mediante as quais, a partir das informações fornecidas pelas provas, se passa a formular conclusões a respeito da confiabilidade dos enunciados relativos aos fatos da causa¹².

Nesse sentido, a verdade processual é provável em função da quantidade e qualidade das informações probatórias sobre as quais se funda e em razão do raciocínio segundo o qual se extrai das provas a justificativa de uma conclusão sobre esses enunciados¹³. Por isso, é imprescindível, para a efetivação do contraditório e da ampla defesa, que o julgador fundamente a sua decisão¹⁴ a fim de que as partes compreendam o raciocínio e a valoração das provas que conduziram ao desfecho do julgamento.

Como bem pondera Clayton Maranhão¹⁵, a temática da valoração da prova dos fatos juridicamente relevantes e, portanto, dos *standards* probatórios está diretamente ligado ao tema epistemológico da verdade. Isso porque, em uma perspectiva doxástica e internalista, existe a necessidade de justificação epistêmica racional de crenças na decisão judicial, na medida em que a Constituição exige que as decisões judiciais sejam fundamentadas.

Assegura, ainda, citando Jordi Ferrer Beltrán¹⁶, que a dificuldade em definir o *standard* de prova, tanto no direito comparado quanto no ordenamento jurídico

¹¹ TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado*: ensaios. p. 47.

¹² TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado*: ensaios. p. 47-48.

¹³ TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado*: ensaios. p. 48.

¹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Art. 93, inciso IX**. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 fev. 2024.

¹⁵ MARANHÃO, Clayton. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. *Revista Judiciária do Paraná*, n. 17, p. 221-258, maio 2019.

¹⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 103-104.

brasileiro, decorre do fato de que se trata, antes de tudo, de um estado mental do julgador, portanto, o que vale é a credibilidade atribuída à proposição fática¹⁷.

Apesar de o nosso ordenamento jurídico – de sistema de *civil law* – permitir o uso da prova atípica, presente no art. 369 do CPC¹⁸, ainda mantém uma concepção mais fechada no que tange à especificidade de prova. E é justamente nesse dispositivo que a prova científica, mais especificamente a prova estatística ou por amostragem, encontra guarida. Com isso,

basta lembrar que fenômenos como os das provas científicas ou tecnológicas fogem a qualquer tipicização normativa e que – à parte as discussões a respeito da respectiva admissibilidade – o uso muito difundido que a praxe faz das provas atípicas mostra como está destinada a falir qualquer tentativa de fechar o catálogo normativo das provas. Ademais, não existe nenhum ordenamento que preveja de modo onipreensivo a disciplina legal dos meios de prova – e não por acaso, em muitos ordenamentos, inclusive de *Civil Law*, é certa a possibilidade de emprego de provas não expressamente previstas em lei e é evidente a natureza incompleta, senão residual, das normas em matéria de prova¹⁹.

Se é fato que não existem distinções fundamentais entre o conhecimento científico e o comum, apenas diferenças de grau, também é verdade que a ciência atingiu níveis sofisticados, ampliando seus domínios de investigação para setores e áreas cada vez mais vastos e inexplorados. Contudo, uma das consequências desse fenômeno, que recentemente alcançou velocidade e abrangência anteriormente imprevisíveis, refere-se às formas de investigação dos fatos no contexto do processo²⁰.

É bastante comum, nos mais variados tipos de controvérsias, que se recorra a testes, experimentos ou a pesquisas científicas, tais como o teste de DNA – usado pela primeira vez em contexto judicial no ano de 1986 –, que atualmente é de emprego comum nas causas em que se trata de apurar a identidade de um sujeito,

¹⁷ MARANHÃO, Clayton. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. p. 221.

¹⁸ “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. BRASIL. Senado Federal. **Código de processo civil e normas correlatas**. 9. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. p. 92.

¹⁹ TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. p. 53.

²⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 244.

tanto no processo civil quanto no penal²¹. Quando se dispõe de conhecimentos ou métodos validados pela ciência, o senso comum deve ceder espaço se o objetivo for investigar a verdade de maneira racional e com máxima garantia de confiabilidade²².

Apesar de ensejar alguns cuidados – conforme será visto mais à frente –, a prova estatística traz soluções para diversas questões atuais e espinhosas do processo civil brasileiro, concretizando os princípios da economia e da efetividade processual.

A prova estatística é aplicável ao processo civil pátrio, podendo ser empregada como meio de prova atípico (art. 369 do CPC), e o seu uso deve observar os princípios que norteiam a teoria geral da prova – mormente o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Nesse contexto, este artigo propõe que os esquemas probabilísticos e a prova estatística se revelam especialmente valiosos nos litígios estruturais, justamente por lidarem com padrões reiterados e por permitirem inferências baseadas em grandes conjuntos de dados.

Ao apoiar o convencimento judicial em raciocínios estatísticos sólidos, tais ferramentas não apenas ampliam a racionalidade da decisão, como também contribuem para torná-la mais eficaz e transparente. A possibilidade de quantificar a probabilidade de certos comportamentos ou violações — mesmo na ausência de prova direta — fortalece a dimensão lógica e argumentativa da decisão judicial em consonância com a exigência constitucional de fundamentação.

²¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. p. 244.

²² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. p. 244.

3. Litígios e processos estruturais: conceitos, características e necessidade de meios de prova não usuais

Os litígios são conflitos relativos a interesses juridicamente relevantes. Os do tipo estruturais²³, de acordo com Sérgio Cruz Arenhart²⁴, são aqueles que envolvem situações multipolares, normalmente voltadas ao futuro e que exigem a redefinição de diversos institutos processuais. Isso porque as questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, normalmente implicando controle jurisdicional de políticas públicas, não apenas por envolverem múltiplos interesses concorrentes, mas também porque a decisão judicial pode afetar a esfera jurídica de terceiros²⁵.

Ao contrário do litígio tradicional, de estrutura bipolar – caracterizado por dois polos de interesses bem definidos, em que uma parte formula uma pretensão e a outra lhe oferece resistência –, o litígio estrutural ou complexo envolve a formação de múltiplos núcleos de posições e opiniões, muitas vezes conflitantes, em torno do tema a ser discutido²⁶.

Assim, litígios estruturais são litígios coletivos²⁷ decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, pública ou privada, de significativa penetração social,

²³ Segundo Matheus Galdino, o adjetivo “estrutural” ou “estruturante” é diversamente aplicado em conjunto a outro vocábulo, formando expressões diferentes: *structural injunction*, decisão estrutural, medida estruturante, execução estrutural, reforma estrutural, litígio estrutural, ações estruturais e provimentos estruturais. Todas essas se relacionam ora à ideia de litígio estrutural (mais amplo), ora ao conceito de processo estrutural (mais restrito).

²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e a sua utilidade em litígios complexos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 661-677, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/MyncqMv7F6pGjLsM6pMx7Nb/>. Acesso em: 04 fev. 2024.

²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 1071-1072.

²⁷ Em sentido contrário, na doutrina pátria, há quem entenda que a coletividade não é uma característica essencial ao processo estrutural. Ver: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 429-430; 435-436.

opera²⁸. Dessa forma, é o próprio funcionamento da estrutura que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo²⁹.

O professor Edilson Vitorelli³⁰ afirma que é mais comum que os litígios estruturais envolvam estruturas públicas, uma vez que afetam um número significativo de pessoas e o funcionamento não pode ser simplesmente suprimido, como ocorre com estruturas privadas, sujeitas à lógica de mercado. Entende-se por estrutura, nesse contexto, uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público, e são justamente os litígios estruturais que envolvem estruturas públicas as quais constituem o objeto da presente pesquisa.

Entretanto, os litígios estruturais também podem estar relacionados à necessidade de mudanças na estrutura de entidades privadas, tanto as que prestam serviços públicos ou de utilidade pública quanto as que possuem estruturas integralmente privadas, mas que são essenciais para a sociedade que as circunda, não podendo ser apenas eliminadas e substituídas por outras, segundo as regras do livre mercado³¹.

Nesse contexto, Arenhart, Osna e Jobim³² dedicam um capítulo da sua obra a problemas estruturais na seara privada. Os autores sustentam que questões envolvendo interesses públicos e relações privadas podem ser adequadamente tratadas por meio de respostas estruturais, especialmente quando a tutela jurisdicional se mostra inadequada — beneficiando, assim, tanto os indivíduos diretamente afetados pela controvérsia quanto a coletividade interessada na efetivação de direitos sociais e na melhoria de políticas públicas. Assim, consideram impraticável a busca por um modelo único e rígido de processo e procedimento estrutural e destacam que a ênfase no processo estrutural deve ser a flexibilização para se adaptar à realidade, permitindo que procedimentos e institutos processuais fundamentais possam se

²⁸ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 284, p. 333-369, out. 2018.

²⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 60.

³⁰ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 60.

³¹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 60.

³² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2022. p. 311-342. Sobre o tema, ver também: DOTTO, Carolina Matthes. **Remédios estruturais em casos de infração à ordem econômica**: as limitações jurídicas e econômicas a serem observadas pelo CADE. 2019. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/cac38f0d-7e59-49cb-95a4-d6f92ff4742a/content>. Acesso em: 13 mai. 2022.

ajustar a necessidades específicas. Para ilustrar tal posicionamento, apresentam-se exemplos práticos de desafios estruturais em casos privados, como Zara, a então Oi, Braskem e Carrefour, demonstrando soluções adaptadas para atender eficazmente às demandas específicas de cada situação.

Para Vitorelli³³, todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado. Segundo sua proposta conceitual, os litígios coletivos podem ser classificados conforme o tipo de sociedade que abrangem. Desse modo, no litígio coletivo de difusão irradiada, os membros da sociedade sofrem prejuízos de natureza qualitativa e quantitativa, o que leva à formação de subgrupos heterogêneos, os quais não constituem uma comunidade unificada, não compartilham a mesma perspectiva social e não experimentam, com igual forma ou intensidade, os efeitos decorrentes da decisão judicial. Em razão disso, as percepções quanto à solução adequada tendem a ser divergentes e, com frequência, antagônicas. Esse contexto dá origem a litígios de natureza mutável e multipolar³⁴, nos quais o grupo titular do direito se vê não apenas em oposição ao réu, mas dividido internamente devido a interesses conflitantes³⁵.

O litígio estrutural ocasiona uma violação que impacta diversos subgrupos sociais de maneiras variadas, em intensidades e modos distintos, bem como afeta os interesses desses subgrupos de forma desigual, sem que haja uma perspectiva social compartilhada entre eles. Por isso, os litígios estruturais são policêntricos, não se adequando ao esquema processual tradicional³⁶, e tal policentrismo legal se caracteriza, portanto, pela presença simultânea de vários centros de interesses juridicamente protegidos no mesmo conflito. Há zonas de interesses que se sobrepõem parcialmente, mas também se opõem em certos contextos.

O policentrismo é uma característica intrínseca aos processos complexos, os quais envolvem diversos centros problemáticos secundários. Nesse contexto, a resolução de cada questão está condicionada à solução de todas as outras, frequentemente ilustrada pela metáfora da teia de aranha³⁷. Esta – também abordada por Lon Fuller – aduz que a tensão dos vários fios da teia é determinada pela relação entre todas as

³³ Apesar de nem todo conflito coletivo irradiado ser estrutural. VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 64.

³⁴ Existência de diversas opiniões concorrentes quanto ao conflito.

³⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 43.

³⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 64-65.

³⁷ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982.

suas partes, de modo que a intervenção em apenas um fio acarreta a redistribuição de tensão em toda a estrutura, implicando em uma total reconfiguração³⁸.

Nota-se, assim, que é justamente em razão dessas características – policentrismo e complexidade – que surge a necessidade da alteração do funcionamento da estrutura. A complexidade do problema e a forma pela qual suas frações interagem é que exigem a alteração da dinâmica social, senão o problema ou não será resolvido, será apenas aparentemente solucionado, sem resultados concretos, ou será momentaneamente elucidado, ressurgindo, contudo, no futuro, o que coloca a perder todo o esforço despendido³⁹.

De acordo com Zaneti, Didier e Alexandria⁴⁰, o processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural – sendo o conceito deste mais abrangente do que o daquele –, pautado em um problema estrutural, e em que se pretende alterar um estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.

Em oposição ao conceito de estado de coisas ideal, tem-se a definição de “estado de coisas inconstitucional”, instituto criado pela Corte Constitucional Colombiana e declarado quando há uma situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta um número significativo de pessoas. De acordo com Gianfranco Faggin Andréa⁴¹, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é uma técnica decisória voltada a enfrentar situações de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, resultantes de ações ou omissões provocadas por bloqueios políticos e/ou institucionais envolvendo distintas autoridades, órgãos ou poderes públicos em prejuízo de grupos vulneráveis. Nesses casos, apenas transformações estruturais no âmbito do poder público podem superar o estado de inconstitucionalidade, exigindo, portanto, a atuação da Corte na formulação e implementação de políticas públicas de caráter coordenador, valendo-se do monitoramento judicial para garantia de sucesso.

³⁸ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. p. 646.

³⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 65.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 429.

⁴¹ ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

A noção de processo estrutural – mais especificamente das decisões estruturantes – surgiu nos Estados Unidos, a partir do ativismo judicial que marcou a atuação do Poder Judiciário norte-americano entre os anos de 1950 e 1970, com um viés pragmático, de modo que passou a se designar *decisão estrutural* aquela que buscasse *implementar uma reforma estrutural* em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos⁴².

Dessa maneira, o processo por meio do qual se concretiza a reforma estrutural é chamado de *processo estrutural*, partindo-se da premissa de que a ameaça representada pelas organizações burocráticas à efetividade das normas constitucionais não pode ser superada sem sua reconstrução ou reestruturação institucional⁴³.

Devido às próprias particularidades, os processos estruturais impõem uma série de desafios ao processo civil clássico e tradicional, ensejando a releitura de alguns institutos, sendo necessário, muitas vezes, valer-se de meios de prova não muito usuais, como a prova estatística ou por amostragem⁴⁴. Isso porque, nos litígios estruturais complexos, há uma enorme dificuldade em se demonstrar o ilícito a ser combatido, que ora necessita de resposta que se projete para o futuro, ora necessita de avaliação de um conjunto de circunstâncias para aferir, de forma adequada, a ocorrência de uma infração⁴⁵⁻⁴⁶.

Além de facilitarem o diagnóstico de padrões lesivos, as análises estatísticas permitem projetar cenários futuros, antecipar riscos institucionais e testar hipóteses de impacto sobre populações afetadas. Em um campo marcado pela complexidade e precisão de respostas progressivo-prospectivas, a estatística atua como

⁴² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 424-426.

⁴³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 426.

⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e a sua utilidade em litígios complexos. p. 663.

⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e a sua utilidade em litígios complexos. p. 663.

⁴⁶ Exemplos práticos: a) em casos de desastres ambientais, como saber se a substância que está no rio hoje estava ou não no rio antes do desastre? E como mensurar a real dimensão da contaminação dessa água?; b) em questões de saúde (drogas e medicamentos): como inferir se determinado medicamento ou droga causou ou não determinada doença? Por exemplo: nem todo fumante desenvolve câncer; c) como se provar situações de discriminação de gênero/ racial? Os EUA, desde a década de 1960, avaliam os impactos desproporcionais de políticas públicas sobre grupos desfavorecidos/minoritários por meio da estatística; d) como saber se há um déficit de creches, hospitais ou unidades penitenciárias em determinado município? E como saber que tipo de providência adotar para melhorar o sistema de saúde, educacional ou prisional de determinada localidade?

um instrumento de governança judicial, permitindo decisões mais bem informadas, monitoramento constante e realimentação contínua do processo. Dessa forma, promove-se uma racionalização do litígio estrutural, com redução de incertezas, aumento de legitimidade institucional e efetivação de direitos fundamentais.

Extraí-se dos conceitos acima expostos que o processo estrutural é vocacionado para corrigir falhas estruturais e, assim, a fim de que se possa efetuar a reestruturação, é preciso ter o conhecimento do contexto social do ente, da organização ou da instituição⁴⁷.

Nesse viés, a prova estatística é um instrumento útil e adequado para conhecer a realidade da instituição – seu funcionamento e problemas enraizados – permitindo a avaliação de um universo de elementos, inteiramente ou por amostragem⁴⁸.

Uma vez que o propósito da tutela estrutural não se traduz no restabelecimento do *status quo ante* das vítimas do funcionamento do ente objeto da reforma, o fato probando não fica adstrito a situações pretéritas ou a elementos objetivos e subjetivos da demanda – tal como normalmente ficam quando do processo tradicional bipolar – mas, especialmente, ao cenário indesejado atual⁴⁹.

Logo, como explica Ulisses Lopes de Souza Junior⁵⁰, para a implementação da técnica de tutela estrutural, tem-se de lançar mão de instrumentos que sirvam para avaliar e acompanhar a implementação das medidas estruturais. Afinal, se o que se pretende é corrigir as ações de uma estrutura burocrática, pública ou privada, em virtude de características contextuais⁵¹, a criação de um banco de dados estatísticos é essencial.

⁴⁷ SOUZA JUNIOR, Ulisses Lopes de. Nem os juízes são cientistas nem os tribunais são laboratórios – a prova estatística: admissibilidade e aplicação nos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 1119.

⁴⁸ SOUZA JUNIOR, Ulisses Lopes de. Nem os juízes são cientistas nem os tribunais são laboratórios – a prova estatística: admissibilidade e aplicação nos processos estruturais. p. 1119.

⁴⁹ SOUZA JUNIOR, Ulisses Lopes de. Nem os juízes são cientistas nem os tribunais são laboratórios – a prova estatística: admissibilidade e aplicação nos processos estruturais. p. 1119.

⁵⁰ SOUZA JUNIOR, Ulisses Lopes de. Nem os juízes são cientistas nem os tribunais são laboratórios – a prova estatística: admissibilidade e aplicação nos processos estruturais. p. 1119.

⁵¹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. p. 338.

Ademais, por meio dos dados estatísticos, torna-se possível averiguar o crescimento demográfico, a taxa de natalidade e mortalidade, a expectativa de vida, a população economicamente ativa, bem como as epidemias e endemias, fornecendo informações cruciais para tomadas de decisões (estruturais)⁵².

Conforme ressalta Arenhart⁵³, a própria legislação brasileira vale-se das estatísticas em certas ocasiões para a incidência de certos comandos, tais como o art. 22, §3º, da Lei n.º 8.212/1991⁵⁴, e os arts. 2º e 3º, da Portaria n.º 311/1998 do Ministério das Comunicações, que regula a entrega domiciliar de correspondência com base na população da localidade, contabilizada a partir de dados angariados pelo IBGE.

Dennis Verbicaro e Janaína do Nascimento Vieira⁵⁵, por sua vez, alegam que o uso da prova estatística na tutela coletiva das relações de consumo pode produzir efeitos sociais relevantes, na medida em que reforça a compreensão de que práticas de mercado responsáveis tendem a gerar indicadores estatísticos positivos e, conseqüentemente, a resultar em condenações menos severas para as empresas. É indiscutível que a ciência das estatísticas pode auxiliar o Poder Judiciário, alimentando o Juízo com informações suficientes para perceber a realidade e prever os impactos de suas decisões, especificando, com precisão, a intervenção corretiva⁵⁶.

⁵² SOUZA JUNIOR, Ulisses Lopes de. Nem os juízes são cientistas nem os tribunais são laboratórios – a prova estatística: admissibilidade e aplicação nos processos estruturais. p. 1119-1120.

⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e a sua utilidade em litígios complexos. p. 663.

⁵⁴ “Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: [...] II – para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve; b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio; c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave. [...] § 3º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá alterar, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, apuradas em inspeção, o enquadramento de empresas para efeito da contribuição a que se refere o inciso II deste artigo, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes”. BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1991]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

⁵⁵ VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína do Nascimento. A prova estatística na tutela coletiva de consumo. **Revista Thesis Juris** – RTJ, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 361-379, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/17013/8600>. Acesso em: 24 abr. 2022.

⁵⁶ SOUZA JUNIOR, Ulisses Lopes de. Nem os juízes são cientistas nem os tribunais são laboratórios – a prova estatística: admissibilidade e aplicação nos processos estruturais. p. 1120.

Outrossim, como ressalta Ulisses Lopes de Souza Junior⁵⁷, o estudo pormenorizado de dados estatísticos também é apropriado para a correta compreensão a respeito das condições para admissão e valoração da prova estatística, pois procuradores, promotores, advogados e juízes não dominam conhecimentos técnicos e científicos que lhes permitam compreender em detalhes os meandros da produção dos dados estatísticos.

No direito norte-americano, por exemplo, a importância da prova estatística é tamanha que há previsão, de forma expressa, no ordenamento jurídico estadunidense, de emprego da técnica no *Manual for Complex Litigation*. Neste, a estatística permite, com graus específicos de precisão, identificar as características de uma “população” ou um “universo” de eventos, transações, atitudes ou opiniões por meio da análise de amostra representativa. Tal uso, além de economizar tempo e recursos, viabiliza o acesso a informações que, por outros meios, seriam inacessíveis ou desconhecidas, mantendo um nível razoável de confiabilidade. Ademais, a regra 703 das *Federal Rules of Evidence* autoriza, naquele ordenamento, que peritos emitam opiniões com base em resultados de pesquisas, o que, de certa forma, legitima a formulação de juízos técnicos lastreados em análises estatísticas⁵⁸.

Demonstrada a utilidade e a importância da prova e dos dados estatísticos⁵⁹ para o processo civil brasileiro – mormente o complexo –, passa-se, então, ao estudo da prova estatística ou por amostragem.

4. Prova estatística ou por amostragem

A prova estatística constitui modalidade específica de prova científica, na qual se emprega o método estatístico para, a partir da análise de um universo de

⁵⁷ SOUZA JUNIOR, Ulisses Lopes de. Nem os juízes são cientistas nem os tribunais são laboratórios – a prova estatística: admissibilidade e aplicação nos processos estruturais. p. 1120.

⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e a sua utilidade em litígios complexos. p. 664.

⁵⁹ Edilson Vitorelli também aborda as possibilidades de uso de métodos estatísticos para o julgamento de causas cujos fatos sejam repetitivos e que, por isso, poderiam ser apurados com o auxílio de extrapolação estatística, trazendo técnicas e exemplos do direito norte-americano e sustentando que seria justo que os casos fossem definidos estatisticamente, ainda que isso implicasse em não atribuir a cada um exatamente aquilo a que faz jus. VITORELLI, Edilson. Decisão judicial por métodos estatísticos: novos horizontes para as causas repetitivas? *Revista de Processo*, v. 44, n. 298, p. 387-414, dez. 2019.

elementos – total ou amostral –, extrair conclusões capazes de atuar como argumentos probatórios no processo civil⁶⁰.

Para Fredie Didier Junior⁶¹, “a prova por amostragem, que pode ser considerada uma variante da chamada prova estatística, é aquela por meio da qual se prova uma universalidade de eventos a partir da prova de parte deles”. Pressupõe-se a existência de um conjunto de eventos/fatos que podem ser agrupados por serem semelhantes, de forma que a comprovação de uma parte possa conduzir o magistrado ao juízo acerca da existência de todos.

A aplicação da universalidade com base na relação de constância é admissível quando esta estiver devidamente definida e os fatos que compõem a amostra forem quantitativamente significativos, de modo a concluir que a operação atípica integra uma “relação padrão” preexistente. Por sua vez, o indício corresponde a um fato conhecido que, por meio de raciocínio lógico, permite ao juiz, mediante presunção judicial, reconhecer a existência ou inexistência do fato principal a ser provado, estabelecendo uma relação lógica de causalidade⁶².

A estatística em si constitui um ramo da matemática vinculada a coleta, organização, registro e estudo por amostras sobre informações úteis relacionadas ao problema em análise, incumbindo-se de ordenar e analisar dados a fim de permitir que sejam exibidos (estatística descritiva) ou que deles se extraiam inferências (estatística inferencial)⁶³. Logo, para gozar de credibilidade, deve abarcar um sistema metodológico confiável, de forma que a sua viabilidade como prova processual esteja assentada na qualidade da inferência e das informações colhidas⁶⁴.

Quanto à classificação da prova estatística, Verbicaro e Vieira argumentam a favor de dois critérios: i) a origem das informações coletadas e ii) o percentual do grupo previamente examinado. A partir desses parâmetros, a prova estatística pode ser dividida em quatro modalidades: a) censo baseado em declarações dos sujeitos pertencentes ao universo examinado; b) censo que não envolve declarações ou impressões pessoais dos integrantes do universo pesquisado; c) pesquisa

⁶⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e a sua utilidade em litígios complexos. p. 664.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. Prova por amostragem e distribuição do ônus da prova no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, n. 10, p. 125-138, jul. 2014.

⁶² DIDIER JR., Fredie. Prova por amostragem e distribuição do ônus da prova no processo administrativo. p. 133.

⁶³ VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural*: teoria e prática. p. 397.

⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e a sua utilidade em litígios complexos. p. 669.

por amostragem baseada em declarações ou impressões pessoais dos sujeitos; e d) pesquisa por amostragem que dispensa declarações ou impressões pessoais dos membros do universo pesquisado⁶⁵.

A partir do conceito fundamental de estatística acima exposto é que se pode perceber que os resultados das análises dependerão, fundamentalmente, da qualidade do banco de dados, ou seja, da amostra analisada (sua abrangência e confiabilidade), bem como do método analítico aplicado⁶⁶.

Com isso, toda análise estatística está sujeita a uma dupla incerteza: a primeira está relacionada à possibilidade de falhas no método utilizado, seja por erro humano do analista, seja por inadequação técnica do procedimento adotado; e a segunda é decorrente da falta de confiabilidade do banco de dados empregado. Em tais hipóteses, os resultados obtidos tornam-se imprestáveis para fins probatórios⁶⁷.

Como já dito, utilizam-se, também, como classificação da prova estatística, as consideradas descritivas e inferenciais, de modo que a primeira resume e processa dados para convertê-los em informações e a segunda tem por objetivo transformar a informação para fazer previsões e estimativas. Outrossim, a prova estatística pode ser categorizada em documental, pericial ou autônoma e, neste último caso, transforma-se em meio de verificação pelo método de averiguação e comparação⁶⁸.

Diante desse cenário, um problema que a análise estatística pode ensejar diz respeito às conclusões possíveis a partir de seu resultado⁶⁹. Não obstante, além de permitir a organização dos dados coletados, a partir de determinados critérios, as análises estatísticas podem ser usadas a fim de permitir que as inferências sejam

⁶⁵ VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína do Nascimento. A prova estatística na tutela coletiva de consumo. p. 369.

⁶⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 397.

⁶⁷ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 397.

⁶⁸ VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína do Nascimento. A prova estatística na tutela coletiva de consumo. p. 369.

⁶⁹ Vitorelli exemplifica: se uma pesquisa com amostra abrangente de gestores públicos demonstra que 40% deles consultam as decisões dos órgãos de controle para definir políticas públicas, disso seria possível inferir que há excesso de influência da atividade de controle sobre a gestão pública, já que se supõe que a gestão pública seja preconizada pelo que mais interessa ao público, não por aspectos procedimentais. Por outro lado, também daria para inferir, a partir do mesmo resultado, que 60% dos gestores tomam decisões sem levar em conta o pensamento dos órgãos de controle e que, em um Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios. Não se podem promover políticas corretas pelos meios errados. A partir do resultado apresentado, entende-se que nenhuma dessas inferências é falsa. O que se pode debater é se esse resultado, sozinho, é capaz de sustentar qualquer uma delas, o que não invalida o resultado em si. VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 398.

obtidas sem que a população ou todos os dados relevantes sejam coletados⁷⁰ – traduzindo-se em verdadeira economia e celeridade (para não dizer, em certos casos, viabilidade) processual.

Destarte, a proposta da análise estatística consiste em obter determinada informação por meio da coleta de dados de uma fração relevante da população. Desde que a amostra seja representativa, a metodologia, adequada e a análise, fiel ao constructo que se busca descrever, os resultados obtidos podem ser validamente extrapolados para o conjunto da população⁷¹.

Assevera Edilson Vitorelli⁷² que, embora nem toda análise estatística lide com a definição de probabilidades, essa é uma de suas grandes utilidades. Estima-se o quão provável é o fato *A*, desconhecido, dada a ocorrência, já determinada, de *B*. O método mais corriqueiro para fazê-lo é a comparação da hipótese de pesquisa (hipótese alternativa) com uma hipótese nula. Por sua vez, esta é rejeitada quando, tomando-se uma amostra de pesquisa, pode ser definida como falsa em um determinado nível de significância, predefinido pelo pesquisador.

Os esquemas probabilísticos são, portanto, adaptados para fornecer ao juiz estruturas lógicas legitimamente utilizáveis, conferindo às inferências por ele formuladas um grau considerável de confiabilidade e probabilidade quanto aos fatos que não foram diretamente provados. Contudo, mesmo diante de exposto, a maioria dos operadores do direito ainda se mostra resistente à aceitação e aprovação do uso da prova estatística. Ora, mais do que um meio probatório auxiliar, a estatística representa, nos litígios estruturais, uma forma de transformar dados dispersos em evidências organizadas e acionáveis. Quando bem aplicada, orienta não apenas a demonstração da violação, mas também a escolha, o acompanhamento e a correção de medidas estruturantes, otimizando o uso do processo como ferramenta de transformação institucional.

Vitorelli⁷³ novamente esclarece que, embora possa causar estranhamento ao jurista – habituado à concepção de prova como demonstração direta do fato –, o uso de probabilidades é amplamente aceito no cotidiano forense. Diversos elementos

⁷⁰ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 398.

⁷¹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 398.

⁷² VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 398.

⁷³ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 399.

probatórios, inclusive no âmbito penal⁷⁴, baseiam-se na probabilidade, e não na certeza, de que determinado fato tenha ocorrido. Como exemplo, podem ser mencionadas a comparação de impressões digitais, as semelhanças vocais e os exames de DNA, os quais se fundamentam na premissa de que a probabilidade de duas pessoas distintas compartilharem tais características, com determinado grau de similitude, é extremamente baixa — ainda que tais coincidências, embora raras, possam de fato ocorrer.

Em contrapartida, Jennifer Mnookin, professora da Faculdade de Direito da Universidade de Virgínia, analisa criticamente a admissibilidade da identificação por impressões digitais como prova científica no sistema judicial dos Estados Unidos, destacando o caso emblemático de 2002, em que o Juiz Louis Pollak inicialmente rejeitou a técnica por não cumprir os critérios do teste *Daubert*, que exige validade científica e confiabilidade. Embora Pollak tenha posteriormente revertido sua decisão, a primeira opinião ressaltava que a identificação por impressões digitais não havia sido suficientemente testada, carecia de padrões objetivos e tinha taxa de erro desconhecida, falhas que comprometem sua validade como prova científica⁷⁵.

Em seu estudo, a professora ressalta que, apesar de amplamente aceita por quase um século como padrão ouro da ciência forense, a coleta de impressões digitais foi historicamente adotada sem o devido escrutínio⁷⁶. Argumenta que tal aceitação precoce e praticamente incontestada criou uma confiança cultural desproporcional

⁷⁴ Como, por exemplo, no fatídico caso do assassinato de Beatriz Angélica, a qual tinha sete anos quando foi assassinada com quarenta e duas facadas e encontrada morta durante uma festa de formatura no colégio onde estudava em Petrolina/PE. A Polícia Científica de Pernambuco identificou o criminoso por meio de exame de DNA no cabo da arma deixada no local do crime e, após comparação com o perfil do assassino, cujo DNA fazia parte do Banco Estadual de Perfis Genéticos, foi “comparado com o material genético de 125 pessoas consideradas suspeitas. ASSASSINATO DE BEATRIZ ANGÉLICA. Wikipédia, 2025. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Assassinato_de_Beatriz_Ang%C3%A9lica. Acesso em: 23 jul. 2025. Por outro lado, no polêmico caso da mãe acusada de colocar cocaína na mamadeira da filha, um exame preliminar apontou presença de droga. Contudo, após um segundo laudo negar a presença de cocaína, foi considerada insuficiente a evidência inicial. O juiz entendeu que aquilo não era prova conclusiva, mas, sim, suspeita probabilística, e absolveu a suspeita por falta de prova segura. CASO MONSTRO DA MAMADEIRA. Wikipédia, 2025. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Monstro_da_Mamadeira. Acesso em: 23 jul. 2025. Além disso, em julgamentos de paternidade – seja no âmbito criminal, seja no cível –, a recusa em realizar exame de DNA pode levar à presunção relativa, e não à certeza da paternidade, o que evidencia que o juiz acaba lidando com probabilidades e não com certezas. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. A recusa em realizar o exame de DNA induz a presunção relativa de paternidade? Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-perguntas/direito-civil-e-processual-civil/familia-e-sucessoes/a-recusa-em-realizar-o-exame-de-dna-induz-a-presuncao-de-paternidade?>. Acesso em: 23 jul. 2025.

⁷⁵ MNOOKIN, Jennifer L. Impressões digitais: não um padrão-ouro. *Issues in Science and Technology* 20, nº 01 (outono de 2003).

⁷⁶ MNOOKIN, Jennifer L. Impressões digitais: não um padrão-ouro. *Issues in Science and Technology* 20, nº 01 (outono de 2003).

em relação à fundamentação empírica. Em sua opinião, a ausência de debates adversariais em tribunal, com raras contestações por especialistas de defesa, impediu o desenvolvimento de um corpo científico robusto sobre sua confiabilidade. A comparação com o rigor exigido para o DNA mostra como a coleta de impressões digitais passou ao largo de testes que outras formas de prova tiveram de enfrentar, de modo que a questão central reside na validade da prova somente se comprovada com base em critérios científicos sólidos⁷⁷.

Apesar da contundente crítica, mais voltada não ao uso da prova estatística em si, mas à comprovação da sua validade por critérios científicos sólidos – crítica essa encampada pelo presente artigo – há que se considerar que o elemento de probabilidade, presente em análises estatísticas, também integra – de maneira subliminar – todas as provas tradicionalmente aceitas no processo, mesmo as reputadas científicas, pois, quando se avança para outros elementos de prova, como testemunhas ou documentos, o componente probabilístico é ainda mais intenso. Isso porque se supõe que a testemunha não mente, bem como que o documento é verdadeiro, o que até pode ser provável à luz das circunstâncias, mas nunca será certo, no sentido de inexistirem possibilidades de outro resultado⁷⁸.

Dessa forma, a resistência ao uso das estatísticas – e das provas estatísticas – no processo civil brasileiro não se justifica.

As polêmicas normalmente decorrem de situações em que se pretende que um papel mais óbvio, de maior proeminência, seja desempenhado, ou que elas se apliquem a exemplos acadêmicos inverossímeis. É possível afirmar que a análise probatória, bem como toda decisão judicial que exija formação de convencimento quanto à veracidade de determinados fatos, envolve necessariamente a avaliação da probabilidade de que tais fatos tenham efetivamente ocorrido, conforme indicado pelas provas constantes dos autos⁷⁹.

Como defendido e exemplificado no capítulo anterior, no âmbito do processo estrutural, as estatísticas podem ser úteis à comprovação da violação estrutural e à demonstração da viabilidade das medidas constantes no plano de reestruturação, impactando diretamente na eficiência do litígio estrutural.

⁷⁷ MNOOKIN, Jennifer L. Impressões digitais: não um padrão-ouro. *Issues in Science and Technology* 20, nº 01 (outono de 2003).

⁷⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 399.

⁷⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 399.

Dados estatísticos podem ser usados como início de prova para elaboração de um estudo estatístico específico no contexto de um processo estrutural. Considerando que a violação estrutural resulta de um padrão recorrente de conduta, e não de um evento isolado, as análises estatísticas constituem instrumento relevante para demonstrar a repetição sistêmica da violação, bem como para indicar que sua eliminação tende a promover a melhoria no desempenho institucional⁸⁰.

O professor Edilson Vitorelli⁸¹ cita, em sua obra, a referência prática do observatório sobre diversidade e igualdade no mercado de trabalho⁸², plataforma lançada em 2019 pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), cuja proposta consiste em captar e publicar dados estatísticos relativos a discriminações no ambiente de trabalho – dados esses com potencial de qualificar processos de tomada de decisão em políticas públicas inerentes a litígios estruturais.

Ainda a título de exemplificação, Vitorelli⁸³ menciona o caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, a mais relevante ação coletiva da história dos Estados Unidos por discriminação no ambiente de trabalho, na qual os autores conduziram um estudo estatístico substancial para demonstrar que o *Wal-Mart* adotava um padrão de conduta que prejudicava as mulheres na busca por promoções.

O *Wal-Mart* é o maior empregador privado do mundo e, conforme afirmado pelos autores da ação, embora 65% de seus empregados sejam mulheres, apenas 33% dos cargos de gerência são ocupados por indivíduos do gênero feminino. Essa disparidade não resulta de um problema isolado, mas, sim, de uma questão sistêmica: o processo de promoção era subjetivo e não era devidamente divulgado entre os empregados⁸⁴.

Com base nesses dados essenciais, foi conduzido um estudo estatístico, a pedido dos autores, pelo professor Richard Drogin, da *California State University*, o qual controlou a amostra analisada considerando variáveis como gênero, tempo de serviço na empresa, número de semanas trabalhadas no ano, carga horária (tempo

⁸⁰ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 400-401.

⁸¹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 400.

⁸² SMARTLAB. Observatório da diversidade e da igualdade de oportunidades no trabalho. Disponível em: <https://smartlabbr.org/diversidade/>. Acesso em: 21 fev. 2025.

⁸³ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 400.

⁸⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 400-401.

integral ou parcial), locais de trabalho ao longo da carreira, cargo ocupado, contratação inicial para cargos de gerência e avaliações de desempenho. Esses fatores foram identificados como centrais para o processo decisório relacionado às promoções e, quando analisados, evidenciaram que a desigualdade de gênero é um fator significativo para explicar a razão pela qual a quantidade de mulheres em posições de gerência é consideravelmente inferior à dos homens⁸⁵.

As estatísticas podem ajudar as partes e os operadores do direito, ainda, na análise preditiva e prospectiva em relação à efetividade do plano de reestruturação em litígios estruturais. Ou seja, auxiliam a comprovar que determinada medida estruturante é capaz de solucionar ou melhorar as condições que definiram a ocorrência e consolidação do litígio⁸⁶.

Se o problema deriva de uma reiteração de comportamentos institucionais, propagados no tempo, é improvável que possa ser solucionado a partir de um plano que traga, previamente, todas as respostas, sendo necessário utilizar-se de algum grau de experimentalismo, orientado por probabilidades. Logo, busca-se uma determinada abordagem e, à medida que os resultados são obtidos, ações e medidas são ajustadas conforme necessário⁸⁷.

Ao passo que se implementa a decisão que estabeleceu uma medida estruturante, surge a necessidade de produzir outros elementos de prova que esclareçam as transformações por ela geradas, retroalimentando o sistema⁸⁸. Os impactos das medidas inicialmente planejadas podem ser diferentes do que foi projetado, e é justamente nessa projeção que as estatísticas são fundamentais, otimizando-se o processo estrutural.

Por conseguinte, não restam dúvidas de que a prova atípica estatística é fundamental, seja na definição da ocorrência da violação estrutural, seja na demonstração da viabilidade das medidas constantes no plano de reestruturação, conferindo eficiência à litigância estrutural.

⁸⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 401.

⁸⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 401-402.

⁸⁷ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 402.

⁸⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. p. 405.

5. Conclusão

Pode-se concluir, assim, que, ao se observar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, as provas estatísticas são de crucial importância para a solução de processos estruturais, os quais carecem de projeção futura, bem como de amplo conhecimento da entidade ou do órgão a ser reestruturado, para a tomada e a implementação de decisões que buscam efetivar direitos fundamentais.

Apesar de a prova estatística não constar expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 369 do CPC consagra que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”⁸⁹.

Tamanha é a relevância do emprego da prova estatística no direito que já vem sendo admitida, de forma expressa, na União Europeia – mormente no que tange à demonstração de casos de discriminação –, nos Estados Unidos e na Colômbia⁹⁰. Não significa dizer que o emprego da prova estatística ou por amostragem não enseje cuidados – principalmente no que se refere à confiabilidade do método aplicado – mas, ao final, resta evidente que a resistência à sua utilização reside muito mais no campo da desconfiança e do preconceito do que em qualquer vedação normativa ou impossibilidade prática.

Desse modo, urge aprimorar os processos estruturais a fim de conferir eficácia aos direitos fundamentais e promover mudanças sociais. À vista disso, diante dos diversos desafios a serem transpostos na solução de litígios estruturais – a dificuldade em demonstrar o ilícito a ser combatido e de prever a viabilidade das medidas a serem tomadas – é que o uso da prova estatística ou por amostragem merece destaque na doutrina e na *práxis* forense.

Afinal, o amplo exercício do direito de provar torna o processo estrutural mais democrático e o emprego da prova estatística – que é científica – aumenta a eficácia dos processos estruturais.

⁸⁹ BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. p. 92.

⁹⁰ Para um apanhado sobre as previsões de uso de prova estatística em ordenamentos jurídicos estrangeiros, verificar: ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e a sua utilidade em litígios complexos. p. 661-677.

Referências

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e a sua utilidade em litígios complexos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 661-677, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/MyncqMv7F6pGjLsM6pMx7Nb/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 1071-1096.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2022.

ASSASSINATO DE BEATRIZ ANGÉLICA. Wikipédia, 2025. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Assassinato_de_Beatriz_Ang%C3%A9lica. Acesso em: 23 jul. 2025.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 9. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. A recusa em realizar o exame de DNA induz a presunção relativa de paternidade? Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-perguntas/direito-civil-e-processual-civil/familia-e-sucessoes/a-recusa-em-realizar-o-exame-de-dna-induz-a-presuncao-de-paternidade?>. Acesso em: 23 jul. 2025.

CASO MONSTRO DA MAMADEIRA. Wikipédia, 2025. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Monstro_da_Mamadeira. Acesso em: 23 jul. 2025.

CHENG, Edward K. When 10 trials are better than 1000: an evidentiary perspective on trial sampling. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 160, n. 4, p. 955-965, mar. 2012.

DIDIER JR., Fredie. Prova por amostragem e distribuição do ônus da prova no processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 2, n. 10, p. 125-138, jul. 2014.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 423-461.

DOTTO, Carolina Matthes. **Remédios estruturais em casos de infração à ordem econômica**: as limitações jurídicas e econômicas a serem observadas pelo CADE. 2019. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais**: identificação, funcionamento e finalidade. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

MARANHÃO, Clayton. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. **Revista Judiciária do Paraná**, n. 17, p. 221-258, maio 2019.

MNOOKIN, Jennifer L. Impressões digitais: não um padrão-ouro. **Issues in Science and Technology** 20, nº 01 (outono de 2003).

SMARTLAB. Observatório da diversidade e da igualdade de oportunidades no trabalho. Disponível em: <https://smartlabbr.org/diversidade/>. Acesso em: 21 fev. 2025.

SOUZA JUNIOR, Ulisses Lopes de. Nem os juízes são cientistas nem os tribunais são laboratórios – a prova estatística: admissibilidade e aplicação nos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 1117-1133.

TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. I.

VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína do Nascimento. A prova estatística na tutela coletiva de consumo. **Revista Thesis Juris** – RTJ, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 361-379, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/17013/8600>. Acesso em: 24 abr. 2022.

VITORELLI, Edilson. Decisão judicial por métodos estatísticos: novos horizontes para as causas repetitivas? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 44, n. 298, p. 387-414, dez. 2019.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 284, p. 333-369, out. 2018.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

POLÍTICA EDITORIAL

Objetivo da Revista

A *Suprema* – Revista de Estudos Constitucionais é um periódico científico, de periodicidade semestral, promovido pelo Supremo Tribunal Federal, destinado à publicação de artigos, traduções, resenhas e entrevistas inéditos da área jurídica. Seu principal objetivo consiste em difundir textos das mais diversas áreas do direito público e privado, possibilitando a circulação do conhecimento gerado em pesquisas baseadas em abordagens teóricas e empíricas, a fim de propiciar um espaço qualificado para o debate acadêmico.

Linha editorial

A *Suprema* adota uma linha editorial ampla, admitindo a submissão de trabalhos tanto dos ramos do direito tradicionalmente reconhecidos quanto de linhas menos convencionais, sendo especialmente valorizados os textos com abordagem interdisciplinar, de forma a promover maior diversidade nos temas discutidos. O fluxo de recebimento dos textos acadêmicos será contínuo. Serão aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, francês e italiano.

Processo de avaliação por pares

O artigo é inicialmente analisado pela Equipe Editorial da *Suprema* – Revista de Estudos Constitucionais, para verificação de sua adequação quanto à linha editorial da revista, aos requisitos formais de submissão, à política de publicação da revista e ao potencial para publicação. Após essa análise prévia, o arquivo sem a identificação de autoria é encaminhado a pareceristas do quadro definitivo de pareceristas ou *ad hoc* da revista. Nessa etapa, os artigos são avaliados em um sistema de avaliação às cegas por pares (*double-blind peer review*), mantendo-se em sigilo o nome de autores e pareceristas.

Instruções Editoriais para Autores

1. Ineditismo

1.1 Os artigos, as resenhas e as traduções submetidos deverão ser originais, inéditos e não podem estar em processo de avaliação em outros periódicos, a não ser que tenham sido publicados em outro idioma e em outro país, situação em que deve haver referência, em nota de rodapé, de que se trata de uma versão de artigo já publicado em outro periódico.

1.2 Uma vez publicados na *Suprema*, os artigos somente poderão ser republicados, após consulta prévia à Comissão Editorial da Revista.

2. Titulação dos autores

2.1 Os artigos poderão ter até três coautores, exigindo-se, primordialmente, a titulação de doutor. Excepcionalmente poderão ser aceitos textos de autores com título de mestre ou que estejam cursando o doutorado ou o mestrado, desde que haja ao menos um coautor com o título de doutorado.

2.2 No caso de grupos de pesquisa, os nomes dos participantes devem constar de nota de rodapé, com a indicação da tarefa executada por cada integrante.

3. Idiomas

3.1 Serão aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, francês e italiano.

3.2 Para os textos em português, o título, o resumo, as palavras-chave e o sumário devem ser vertidos também para inglês e espanhol. Para textos em outras línguas, o título, o resumo, as palavras-chave e o sumário devem ser traduzidos para português, inglês e espanhol, caso estes dois últimos não sejam o idioma original do artigo.

4. Metadados

4.1 No momento da submissão do artigo, os metadados devem ser preenchidos de acordo com as diretrizes a seguir, sob pena de rejeição liminar da submissão.

4.1.1 Autoria

4.1.1.1 Prenome e sobrenome: indicação do nome completo dos autores, apenas com as iniciais de cada nome em caixa alta.

Em caso de coautoria, os nomes dos autores devem ser inseridos na ordem em que deverão aparecer na publicação.

4.1.1.2 E-mail: indicação do *e-mail* de cada um dos autores, que será obrigatoriamente divulgado na versão publicada do artigo.

4.1.1.3 ORCID iD: indicação do número de identificação ORCID de cada um dos autores. O identificador ORCID pode ser obtido gratuitamente no endereço <https://orcid.org/register>. O autor deverá aceitar os padrões para a apresentação de iD ORCID e incluir, no seu cadastro, a URL completa, acompanhada da expressão “http://” (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>).

4.1.1.4 URL: indicação de *link* para o currículo completo de cada um dos autores. No caso de autores brasileiros, deve ser indicado *link* para o Currículo Lattes.

4.1.1.5 Instituição/afiliação: indicação da principal afiliação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas tenha a mesma importância. A afiliação diz respeito à instituição à qual o autor se encontra vinculado como docente ou discente. Caso não seja docente nem discente, deve ser informada a instituição onde obteve o maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização etc. O nome da instituição deverá constar por extenso e em sua língua original, seguido da indicação de seu país de origem entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a afiliação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

4.1.1.6 País: indicação do país da principal afiliação institucional de cada um dos autores.

4.1.1.7 Biografia: minicurrículo de cada um dos autores, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, com referência à respectiva cidade, sigla do estado e país entre parênteses, seguida da indicação de suas titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), de seus outros vínculos com associações científicas, de sua profissão etc.

4.1.2 Título e Resumo

4.1.2.1 Título: indicação no idioma original do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, com até dez

palavras (cf. informações completas a seguir em “Apresentação do texto”).

4.1.2.2 Resumo: indicação no idioma original do artigo, com até 150 palavras, sem formatação em parágrafos e sem apresentação de citações ou referências.

4.1.3 Indexação

4.1.3.1 Palavras-chave: indicação de até cinco termos no idioma original do artigo, em letras minúsculas e separados por ponto e vírgula.

4.1.3.2 Idioma: indicação da sigla correspondente ao idioma do artigo (Português=pt; English=en; Français=fr; Español=es; Italiano=it).

4.1.4 Fomento: indicação das fontes de financiamento da pesquisa, se for o caso.

4.1.5 Referências: indicação da lista completa de referências citadas no artigo, com um espaço entre cada uma delas.

5. Apresentação do texto

5.1 As submissões devem ser enviadas em arquivo “.doc” ou “.docx”, utilizando-se do programa *Microsoft Word* para a sua digitação. Deve-se utilizar a fonte *Times New Roman*, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 e parágrafos justificados (à exceção das citações, notas de rodapé, referências e legendas de figuras, as quais devem estar de acordo com os padrões da ABNT). O espaço da primeira linha dos parágrafos deve ser de 1,25 cm ou 1 TAB. A configuração da página deve ser feita no padrão A4 (210 mm x 297 mm), com margens superior e esquerda de 3 cm e inferior e direita de 2 cm.

5.2 O tamanho dos textos, no caso de artigos e traduções, é de, no mínimo, 7.000 (sete mil) e de, no máximo, 10.000 (dez mil) palavras. Para resenhas, o mínimo é de 4.000 (quatro mil) e o máximo de 7.000 (sete mil) palavras. Poderão ser publicados textos mais extensos, a critério da editoria, caso seu tamanho seja justificável.

5.3 As seções iniciais e finais do artigo devem ser denominadas Introdução e Conclusão, respectivamente.

5.4 As submissões deverão conter os seguintes itens:

5.4.1 Título: o título deve ter no máximo dez palavras, incluído o subtítulo (quando houver). O título no idioma original do artigo deverá ser redigido em fonte *Times New Roman*, tamanho 14, realçado em negrito e com alinhamento centralizado. Os títulos nos demais idiomas deverão ser redigidos em fonte *Times New Roman*, tamanho 14, itálico, também com alinhamento centralizado. Título e subtítulo do artigo devem ter apenas a primeira letra de cada frase em maiúscula, salvo nos casos em que o uso desta seja obrigatório.

5.4.2 Resumo: o resumo deve ser conciso (até 150 palavras), redigido em parágrafo único, e ressaltar o objetivo, o assunto principal do artigo, a metodologia utilizada e as principais conclusões. A enumeração de tópicos não deve ser usada nesse item.

5.4.3 Palavras-chave: indicar até cinco termos que classifiquem o trabalho com precisão adequada para sua indexação, separados por ponto e vírgula (;).

5.4.4 Sumário: deve reproduzir somente número e nome das seções principais que compõem o artigo.

5.5 As notas de rodapé não devem ser numerosas e devem conter apenas informações que sejam complementares ao corpo do texto. Não devem ser muito extensas nem conter citações diretas. Devem ser formatadas na mesma fonte do artigo (*Times New Roman*), tamanho 10, espaçamento entre linhas simples e alinhamento justificado.

5.6 Caso seja necessário indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma original do artigo.

5.7 As tabelas, os quadros, as figuras, as imagens e os gráficos, quando existirem, devem compor o corpo do texto, e não constar ao final do documento na forma de anexos. Devem ser inseridos com os devidos cuidados quanto à boa resolução. Para tanto, devem apresentar largura máxima de 10 cm; formato vetorial aberto e editável; legendas curtas e autoexplicativas. As imagens (bitmap) devem apresentar largura mínima de 12 cm e resolução mínima de 300 ppi.

6. Citações e notas

6.1 As citações realizadas ao longo do texto devem obedecer ao disposto na NBR 10520 – Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação/Jul. 2023, da ABNT.

6.2 Não serão aceitos artigos que usem o modelo autor-data ou expressões como *Op. Cit.*, *Idem* e *Ibid.*

6.3 A indicação de autoria deve ser feita em nota de rodapé em fonte *Times New Roman* - tamanho 10, e não em nota de fim de artigo (indicar a referência completa da obra na primeira citação e, após, evidenciar apenas nome do autor, o título da obra e o número da página).

Exemplos:

No texto:

A chamada “pandectista” havia sido a forma particular pela qual o direito romano fora integrado no século XIX na Alemanha. (3)

Na nota de rodapé:

Na 1ª citação:

(3) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 225.

Na 2ª citação:

(4) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. p. 225.

6.4 Autores estrangeiros podem, na submissão, seguir outros modelos de citações.

6.5 Citações com até 3 (três) linhas devem permanecer no corpo do texto, sem recuo ou realce, destacadas por aspas. As citações com mais de 3 (três) linhas devem ser separadas do texto com recuo de parágrafo de 4 cm, tamanho 11, espaçamento entre linhas simples e texto justificado, sem o uso de aspas.

6.6 Os destaques existentes na obra original devem ser reproduzidos de forma idêntica na citação. Caso não haja destaques no original, mas o autor do artigo deseje ressaltar alguma informação, deve-se observar as normas a seguir:

6.6.1 Destaques do autor do artigo: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)” entre parênteses.

6.6.2 Outros destaques em trechos do texto devem ocorrer apenas no estilo de fonte itálico e tão somente nos seguintes casos: a) expressões em língua estrangeira; e b) realce de expressões, se estritamente necessário para a compreensão do texto.

6.7 As citações em língua estrangeira devem ser sempre traduzidas para o idioma predominante do artigo nas notas de rodapé, acompanhadas do termo “tradução nossa” entre parênteses.

7. Referências

7.1 A indicação das referências deve obedecer ao disposto na NBR 6023/2018 – Informação e Documentação – Referências – Elaboração/Nov. 2018, da ABNT.

7.2 As referências devem conter todos os dados necessários à identificação das obras e ser dispostas em ordem alfabética a partir da primeira letra do sobrenome do autor.

7.3 A distinção de trabalhos diferentes de mesma autoria será feita levando-se em consideração a ordem cronológica, conforme o ano de publicação. Os trabalhos de igual autoria publicados no mesmo ano serão diferenciados acrescentando uma letra ao final do ano (ex. 2019a, 2019b).

7.4 Todas as referências bibliográficas utilizadas no texto devem vir indicadas ao final do documento, com informação das URLs quando possível.

7.5 Autores estrangeiros podem, na submissão, seguir outros modelos de referência.

8. Modelos de referências

8.1 Na 1ª citação: SOBRENOME, Prenome. **Título do documento em negrito:** subtítulo (se houver). Edição (se houver). Tradução de NOME DO TRADUTOR (se houver). Local de publicação (cidade): Editora, data de publicação da obra. N. da página.

8.2 Na 2ª citação: SOBRENOME, Prenome. **Título do documento em negrito:** subtítulo (se houver). N. da página.

8.3 Capítulo de livro: SOBRENOME DO AUTOR DO CAPÍTULO, Prenome. Título do capítulo. *In:* SOBRENOME DO ORGANIZADOR DO LIVRO, Prenome (org.). **Título do documento em negrito.** Local de publicação (cidade): Editora, data de publicação da obra. p. x-y.

8.4 Monografia, dissertação, tese: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. **Título do documento em negrito.** Data de publicação da obra. Dissertação (Mestrado em) – Faculdade de , Universidade de , Local da instituição (cidade), ano.

8.5 Artigo de revista: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. **Nome da revista em negrito,** Local de publicação (cidade), v. x, n. x, p. x-y, mês ano.

8.6 Artigo de jornal assinado: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. **Nome do jornal em negrito,** Local de publicação (cidade), v. x, n. x, p. x-y, mês ano.

8.7 Artigo de jornal não assinado: TÍTULO do artigo com primeira palavra em maiúscula. **Nome do jornal em negrito,** Local de publicação (cidade), v. x, n. x, p. x-y, dia mês ano.

8.8 Artigo de revista em meio eletrônico: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. **Nome da revista em negrito,** Local de publicação (cidade), dia mês ano [se houver]. Disponível em: . Acesso em: dia mês ano.

8.9 Artigo de jornal em meio eletrônico: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. **Nome do jornal em negrito,** Local de publicação (cidade), dia mês ano. Disponível em: . Acesso em: dia mês ano.

9. Fomento

9.1 Os autores devem informar à Comissão Editorial qualquer tipo de financiamento, bolsa de pesquisa ou benefícios recebidos para o desenvolvimento do trabalho e declarar não haver conflito de interesses que comprometa o artigo apresentado.

9.2 Caso haja possibilidade de identificação da autoria, a informação não deve ser incluída no arquivo submetido, a fim de não prejudicar a avaliação às cegas por pares. A inclusão deverá ser feita na fase final, prévia à publicação do artigo, após o contato da Comissão Editorial com o autor.

10. Garantia de avaliação duplo-cego por pares (*double blind review*)

10.1 É imprescindível que autores tomem todos os cuidados para que seja eliminado do documento a ser submetido qualquer tipo de identificação da autoria.

10.2 Não devem ser incluídos, no corpo do texto, elementos como minicurrículo sob o título do artigo, nota de rodapé com dados de autoria, referência à obra anteriormente publicada que faça alusão aos autores de qualquer outra forma que não na terceira pessoa.

10.3 A identificação de autoria do trabalho deve ser removida do arquivo *Word*, conforme orientação disponível na página da *Microsoft* (<https://support.microsoft.com/pt-br/topic/remover-dados-ocultos-e-informações-pessoaisinspecionando-documentos-apresentações-ou-workbooks-356b7b5d-77af-44fe-a07f-9aa4d085966f>).

11. Termo de Compromisso e de Direito Autoral

11.1 Para publicação do artigo, os autores devem assinar o Termo de compromisso e de direito autoral, a ser encaminhado pela Comissão Editorial, no qual declaram o ineditismo do texto, a inexistência de qualquer infração à ética acadêmica e a concordância com a publicação do artigo sem ônus, sob a Licença Creative Commons – Atribuição 4.0 Internacional – CC BY 4.0.

EDITORIAL POLICY

Objectives of the Journal

Suprema – Constitutional Studies Law Review is a scientific journal, of semiannual periodicity, promoted by the Federal Supreme Court of Brazil (Supremo Tribunal Federal – STF), aimed at publishing original articles, translations, reviews, and interviews from the legal field. Its main objective is to disclose texts from the most diverse fields of public and private law, enabling the circulation of knowledge in research based on theoretical and empirical approaches to provide a qualified space for academic debate.

Editorial line

Suprema adopts a broad editorial line, accepting the submission of papers from both the traditionally recognized branches of law and the less conventional lines, such as texts with an interdisciplinary approach, to promote greater diversity in the discussed topics, which is especially valued by *Suprema*. The inbound flow of academic texts will be continuous. Papers will be accepted in Brazilian Portuguese, English, Spanish, French, and Italian.

Peer review process

The article is initially analyzed by the Editorial Team of *Suprema* – Constitutional Studies Law Review to verify its compliance with the guidelines established in the editorial line of the journal, the formal requirements for submission, the journal's publication policy, and the potential for publication. After this preliminary analysis, the file without the identification of authorship is sent to the journal's definitive or *ad hoc* referees. At this stage, the articles are evaluated in a double-blind review system, keeping the names of authors and referees confidential.

Guidelines for Authors

1. Originality

1.1 The papers, reviews and translations submitted must be original, unpublished and must not be in the process of being evaluated in other journals, unless they have been published in another language and in another country, in which case there must be a reference in a footnote to the fact that this is a version of an article already published in another journal.

1.2 Once published in *Suprema*, articles may only be republished after prior consultation with the journal's Editorial Board.

2. Authors' titles

2.1 Papers may have up to three co-authors, with the primary requirement being a doctoral degree. Exceptionally, texts may be accepted from authors with a master's degree or who are studying for a doctorate or master's degree, as long as there is at least one co-author with a doctorate degree.

2.2 In the case of research groups, the names of the participants must appear in a footnote, indicating the task performed by each member.

3. Languages

3.1 Papers will be accepted in Portuguese, English, Spanish, French, and Italian.

3.2 For texts in Portuguese, the title, abstract, keywords, and summary must also be translated into English and Spanish. For texts in other languages, the title, abstract, keywords, and summary must be translated into Portuguese, English, and Spanish, if the latter two are not the original language.

4. Metadata

4.1 When submitting the article, the metadata must be filled in compliance with the following guidelines, under penalty of preliminary rejection of the submission.

4.1.1 Authorship

4.1.1.1 First and last name: Indicate the authors' full names, with only the initials of each name in upper case. In the case of co-authorship, the authors' names should be included in the order in which they should appear in the publication.

4.1.1.2 E-mail address: Indication of the e-mail address of each one of the authors, which must be included in the published version of the article.

4.1.1.3 ORCID iD: Indication of the ORCID identification number of each one of the authors. The ORCID identifier can be obtained free of charge from <https://orcid.org/register>. The author must accept the standards for the presentation of ORCID iD and include the full URL in their registration, accompanied by the expression "http://" (for example: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>).

4.1.1.4 URL: Indication of a link to the full *curriculum vitae* of each author. In the case of Brazilian authors, a link to their Lattes CV must be indicated.

4.1.1.5 Institution/affiliation: Indication of the main institutional affiliation or the two main ones, if the connection with both holds the same importance. Affiliation refers to the institution to which the author is affiliated as a teacher or student. If the author is neither a teacher nor a student, the institution where he or she obtained the highest academic degree, such as a doctorate, master's, specialization, etc., should be informed. The name of the institution must appear in full and in its original language, followed by the country of origin in brackets. If the author is a lecturer studying for a master's or doctorate at another institution, the main affiliation will be that of the institution where the author is studying for a master's or doctorate.

4.1.1.6 Country: Indication of the country of each author's main institutional affiliation.

4.1.1.7 Biography: Mini *curriculum vitae* of each of the authors, starting with the institution where they are a lecturer, with reference to the respective city, state, and country in brackets, followed by an indication of their academic qualifications (starting with the highest), their other connections with scientific associations, their profession, etc.

4.1.2 Title and abstract

4.1.2.1 Title: Indication in the original language of the article, with only the first letter of the sentence capitalized, in up to ten words (see full details below under “Presentation of the text”).

4.1.2.2 Abstract: In the original language of the article, up to 150 words, without paragraph formatting and without citations or references.

4.1.3 Indexing

4.1.3.1 Keywords: Indication of up to five terms in the original language of the article, in lowercase letters and separated by semicolons.

4.1.3.2 Language: Indication of the acronym corresponding to the language of the article (*Português=pt; English=en; Français=fr; Español=es; Italiano=it*).

4.1.4 Funding: Indication of the sources of funding for the research, if applicable.

4.1.5 References: Indication of the complete list of references cited in the article, with a space between each one.

5. Presentation of the text

5.1 Submissions must be sent as a “.doc” or “.docx” file, using Microsoft Word for typing. The font should be 12-point Times New Roman, with 1.5 line spacing and justified paragraphs (with the exception of citations, footnotes, references and figure legends, which should comply with [Brazilian] ABNT standards). The spacing of the first line of paragraphs should be 1.25 cm or 1 TAB. The page layout should be A4 (210 mm x 297 mm), with top and left margins measuring 3 cm and 2 cm bottom and right margins.

5.2 The length of texts, in the case of articles and translations, is a minimum of 7,000 (seven thousand) and a maximum of 10,000 (ten thousand) words. For reviews, the minimum is 4,000 (four thousand) and the maximum 7,000 (seven thousand) words. Longer texts may be published, at the editor’s discretion, if their length can be justified.

5.3 The initial and final sections of the article should be called Introduction and Conclusion, respectively.

5.4 Submissions must contain the following items:

5.4.1 Title: The title must be no longer than ten words, including the subtitle (if there is one). The title in the original language of the article should be written in 14-point Times New Roman, highlighted in bold and centered. Titles in other languages should be written in 14-point Times New Roman, italics, also with centralized alignment. The title and subtitle of the article should only have the first letter of each phrase capitalized, except in cases where this is mandatory.

5.4.2 Abstract: The abstract should be concise (up to 150 words), written in a single paragraph, and highlight the objective, the key subject of the article, the methodology used, and the main conclusions. Topics should not be listed here.

5.4.3 Keywords: Indicate up to five terms that classify the work with adequate precision for indexing, separated by semicolons (;).

5.4.4 Summary: This should only include the number and name of the main sections that make up the article.

5.5 Footnotes should not be numerous and should only contain information that complements the body of the text. They should not be too long or contain direct quotations. They should be formatted in the same font as the article (10-point Times New Roman), single line spacing and justified alignment.

5.6 If it is necessary to provide information about the article (grant from funding agencies, acknowledgements, translators of the text etc.), a footnote with an asterisk (not a number) should be inserted to the right of the title in the original language of the article.

5.7 Tables, charts, figures, images, and graphs, if they exist, should be included in the body of the text and not at the end of the document as annexes. They must be pasted ensuring good resolution. To this end, they must have a maximum width of 10 cm; an open, editable vector format; short, self-explanatory captions. Images (bitmap) must be at least 12 cm wide and have a minimum resolution of 300 ppi.

6. Citations and notes

6.1 Citations throughout the text must comply with the [Brazilian] ABNT norm NBR 10520 – Information and documentation – Citations in documents – Presentation /Jul. 2023.

6.2 Articles using the author-date model or expressions such as *Op. Cit.*, *Idem*, and *Ibid* will not be accepted.

6.3 Authorship must be indicated in a footnote in 10-point Times New Roman and not in the endnote of the article (indicate the full reference of the work in the first citation and, afterwards, only the author's name, the title of the work and the page number).

Examples:

In the text:

The so-called “pandectism” had been the particular way in which Roman law had been integrated in the 19th century in Germany in particular. (3)

In the footnote:

In the 1st citation:

(3) LOPES, José Reinaldo de Lima. **Law in History**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 225.

In the 2nd citation:

(4) LOPES, José Reinaldo de Lima. **Law in History**. p. 225.

6.4 Foreign authors may follow other citation models in their submission.

6.5 Quotations of up to 3 (three) lines must remain in the body of the text, with no indentation or emphasis, singled out by quotation marks. Quotations longer than 3 (three) lines must be separated from the text with a 4 cm paragraph indent, 11-point Times New Roman, single line spacing and justified text, without the use of quotation marks.

6.6 Highlights in the original work must be reproduced identically in the citation. If there are no highlights in the original, but the author of the article wishes to emphasize some information, the following rules must be observed:

6.6.1 Highlights by the author of the article: after transcribing the quotation, use the expression “our emphasis(s)” or “I have highlighted” in brackets.

6.6.2 Other highlights in parts of the text should only be in italics and only in the following cases: a) expressions in a foreign language; and b) emphasizing expressions, if strictly necessary for understanding the text.

6.7 Foreign language quotations must always be translated into the predominant language of the article in the footnotes, accompanied by the term “our translation” or “my translation” in brackets.

7. References

7.1 References must comply with [Brazilian] ABNT norm NBR 6023/2018 – Information and Documentation – References – Elaboration/Nov. 2018.

7.2 References must contain all the data necessary to identify the work and be arranged in alphabetical order of the first letter of the author's surname.

7.3 Different works by the same author will be distinguished in chronological order, according to the year of publication. Works by the same author and published in the same year will be distinguished by adding a letter to the end of the year (e.g. 2019a, 2019b).

7.4 All bibliographical references used in the text must be indicated at the end of the document, with URL information where possible.

7.5 Foreign authors may use other reference models when submitting their work.

8. Reference models

8.1 In the 1st citation: SURNAME, First name. **Title of document in bold:** subtitle (if any). Edition (if any). Translation by NAME OF TRANSLATOR (if any). Place of publication (city): Publisher, date of publication. Page number.

8.2 In the 2nd citation: SURNAME, First name. **Title of the document in bold:** subtitle (if any). Page number.

8.3 Book chapter: AUTHOR'S LAST NAME, First name. Title of the chapter. *In:* BOOK ORGANIZER'S LAST NAME, First name (org.). **Title of the document in bold.** Place of publication (city): Publisher, date of publication. p. x-y.

8.4 Monograph, dissertation, thesis: AUTHOR'S LAST NAME, First name. **Title of the document in bold.** Date of publication. Dissertation (Master's in) – College, University of , Place of institution (city), year.

8.5 Journal article: AUTHOR'S LAST NAME, First name. Title of the article. **Name of the journal in bold,** Place of publication (city), v. x, n. x, p. x-y, month year.

8.6 Signed newspaper article: AUTHOR'S LAST NAME, First name. Title of article. **Name of newspaper in bold,** Place of publication (city), v. x, n. x, p. x-y, month year.

8.7 Unsigned newspaper article: TITLE of the article with the first word in capital letters. **Name of the newspaper in bold**, Place of publication (city), v. x, n. x, p. x-y, day month year.

8.8 Journal article in electronic format: AUTHOR'S LAST NAME, First name. Article title. **Name of the journal in bold**, Place of publication (city), day month year [if any]. Available at: . Accessed on: day month year.

8.9 Newspaper article in electronic format: AUTHOR'S LAST NAME, First Name. Title of article. **Name of newspaper in bold**, Place of publication (city), day month year. Available at: . Accessed on: day month year.

9. Funding

9.1 Authors must inform the Editorial Board of any type of funding, research grant or benefits received for the development of the work and declare that there is no conflict of interest that would compromise the submitted manuscript.

9.2 If it is possible to identify the author, the information should not be included in the submitted file, so as not to jeopardize the blind peer review. It should be included in the final stage prior to publication of the article, after the Editorial Board has contacted the author.

10. Double blind peer review guarantee

10.1 It is essential that authors take the necessary precautions to eliminate any type of identification of authorship from the document to be submitted.

10.2 Elements such as a mini-resume under the title of the article, a footnote with authorship data, a reference in the body of the text to a previously published work which refers to the authors in any way other than in the third person should not be included in the body of the text.

10.3 The identification of authorship of the work must be removed from the Word file, following with the guidance available on the Microsoft website (<https://support.microsoft.com/en-gb/office/video-remove-personal-data-from-files-17b30a75-206f-44e0-9de3-afeedbf6bfa1>).

11. Term of Commitment and Copyright

11.1 When submitting the article, the authors must sign the Term of Commitment and Copyright in which they declare that the text is unpublished, that there is no infringement of academic ethics and that they agree to the publication of the manuscript free of charge, under the Creative Commons License – Attribution 4.0 International – CC BY 4.0.

POLÍTICA EDITORIAL

Objetivo de la Revista

Suprema – Revista de Estudos Constitucionais es una revista científica semestral editada por el *Supremo Tribunal Federal*, destinada a la publicación de artículos inéditos, traducciones, reseñas y entrevistas en el ámbito jurídico. Su principal objetivo es divulgar textos provenientes de las más diversas áreas del Derecho Público y Privado, facilitando la circulación del conocimiento generado en investigaciones basadas en enfoques teóricos y empíricos. De este modo, busca proporcionar un espacio de alto nivel para el debate académico.

Línea Editorial

Suprema adopta una línea editorial amplia, admitiendo colaboraciones tanto de ramas del derecho tradicionalmente reconocidas como también de líneas menos convencionales, con especial énfasis en textos con un enfoque interdisciplinario, a fin de promover una mayor diversidad en los temas tratados. La recepción de textos es de flujo continuo. Se aceptarán trabajos en portugués, inglés, español, francés e italiano.

Proceso de evaluación por pares

Los artículos serán analizados inicialmente por el Comité Editorial de *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais* para verificar su adecuación a la línea editorial, a los requisitos formales de envío, a la política de publicación y a su potencial para ser publicados. Tras este análisis preliminar, el manuscrito sin identificación de autoría se envía a los evaluadores finales o *ad hoc* de la revista. En esta etapa, los artículos se someten al sistema de evaluación por pares mediante el sistema de doble ciego (*double-blind peer review*), manteniendo confidenciales los nombres de autores y evaluadores.

Instrucciones para los autores

1. Carácter inédito

1.1 La revista sólo acepta trabajos inéditos y originales. No deben enviarse manuscritos que estén bajo evaluación en otras revistas o editoriales, salvo que hayan sido publicados en otro idioma y en otro país. En este caso, se deberá incluir una nota al pie indicando que se trata de una versión de un artículo ya publicado en otra revista.

1.2 Una vez publicados en *Suprema*, los artículos solo podrán volver a publicarse previa autorización del Consejo Editorial de la revista.

2. Titulación de los autores

2.1 Los artículos podrán contar con un máximo de tres coautores, siendo requisito principal que al menos uno de ellos posea el título de doctor. Excepcionalmente, se podrán aceptar textos de autores con título de maestría o que se encuentren cursando estudios de doctorado o maestría, siempre que al menos uno de los coautores posea el título de doctor.

2.2 En el caso trabajos elaborados por grupos de investigación, los nombres de los participantes deberán incluirse en nota al pie, especificando las tareas realizadas por cada miembro.

3. Idiomas

3.1 Se aceptarán trabajos en portugués, inglés, español, francés e italiano.

3.2. Para los textos en portugués, el título, el resumen, las palabras clave y el índice deberán ser traducidos al inglés y al español. En el caso de textos en otros idiomas, el título, el resumen, las palabras clave y el índice deberán traducirse al portugués, inglés y español, excepto cuando alguno de estos dos últimos sea el idioma original.

4. Metadatos

4.1 Al enviar el artículo, los metadatos deberán ser completados conforme a las siguientes directrices, de lo contrario el envío será rechazado de manera inmediata.

4.1.1 Autoría

4.1.1.1 Nombre de pila y apellidos: se deberán indicar los nombres completos de los autores, con solo las iniciales de cada nombre en mayúsculas. En caso de coautoría, los nombres de los autores deberán incluirse en el orden en que deben aparecer en la publicación.

4.1.1.2 Correo electrónico: se deberá proporcionar la dirección de correo electrónico de cada autor, la cual figurará en la versión publicada del artículo.

4.1.1.3 ORCID iD: se deberá incluir el número de identificación ORCID de cada autor. El identificador ORCID puede obtenerse gratuitamente en la página web <https://orcid.org/register>. El autor deberá aceptar las normas de presentación de ORCID iD e incluir la URL completa en su registro, acompañada de la expresión “http://” (por ejemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>).

4.1.1.4 URL: se deberá incluir un enlace al currículum completo de cada autor. En el caso de autores brasileños, se deberá proporcionar un enlace a su *Currículo Lattes*.

4.1.1.5 Institución/Afiliación: se deberá informar la afiliación institucional principal o las dos principales, en caso de que ambas tengan igual importancia. La afiliación se refiere a la institución a la que el autor está vinculado como profesor o estudiante. Si el autor no es profesor ni estudiante, se deberá informar la institución en la que obtuvo el título académico más alto, como doctorado, maestría, especialización, etc. El nombre de la institución debe aparecer completo y en su idioma original, seguido del país de origen entre paréntesis. Si el autor es un profesor que cursa una maestría o un doctorado en otra institución, la afiliación principal será la de la institución en la que el autor sea estudiante de maestría o doctorado.

4.1.1.6 País: se deberá indicar el país de la afiliación institucional principal de cada autor.

4.1.1.7 Biografía: mini currículum de cada autor, comenzando por la institución donde ejerza como profesor, con referencia a la respectiva ciudad, región y país entre paréntesis, seguido de la indicación de sus títulos académicos (empezando por el más alto), otros vínculos con asociaciones científicas, su profesión, etc.

4.1.2 Título y resumen

4.1.2.1 Título: debe indicarse en el idioma original del artículo, con solo la primera letra de la frase en mayúscula, en un máximo de diez palabras (véanse todos los detalles en “Presentación del texto”).

4.1.2.2 Resumen: debe indicarse en el idioma original del artículo, con un máximo de 150 palabras, sin formato de párrafo, citas ni referencias.

4.1.3 Indexación

4.1.3.1 Palabras clave: se deberán incluir hasta cinco términos en el idioma original del artículo, en minúsculas y separados por punto y coma.

4.1.3.2 Idioma: se deberá indicar la sigla correspondiente al idioma del artículo (*Português*=pt; *English*=en; *Français*=fr; *Español*=es; *Italiano*=it).

4.1.4 Fomento: se deberá indicar las fuentes de financiamiento de la investigación, si corresponde.

4.1.5 Referencias: se deberá proporcionar la lista completa de referencias citadas en el artículo, con un espacio entre cada una.

5. Presentación del texto

5.1 Los documentos deberán enviarse en Microsoft Word (con extensión *.doc *.docx). Utilizando la letra tipo Times New Roman, tamaño 12, con interlineado de 1,5 y párrafos justificados (excepto en las citas, notas al pie, referencias y subtítulos de las figuras, que deberán ajustarse a las normas de la ABNT). El interlineado de la primera línea de los párrafos debe ser de 1,25 cm o 1 TAB. El tamaño del papel debe ser A4 (210 mm x 297 mm), con márgenes superior e izquierdo de 3 cm e inferior y derecho de 2 cm.

5.2 La extensión de los textos, en el caso de los artículos y las traducciones, es de un mínimo de 7.000 (siete mil) y de un máximo de 10.000 (diez mil) palabras. Para las reseñas, el mínimo es de 4.000 (cuatro mil) y el máximo de 7.000 (siete mil) palabras. Los textos más largos podrán publicarse a discreción del editor si su extensión es justificada.

5.3 Las secciones inicial y final del artículo se denominarán Introducción y Conclusión, respectivamente.

5.4 Los envíos deberán contener los siguientes elementos:

5.4.1 Título: no debe tener más de diez palabras, incluido el subtítulo (si lo hay). El título en el idioma original del artículo debe redactarse en fuente Times New Roman, tamaño 14, en negrita y centrado. Los títulos en otros idiomas deben redactarse en fuente Times New Roman, tamaño 14, en cursiva, también con alineación centrada. El título y el subtítulo del artículo deben llevar sólo la primera letra de cada frase en mayúscula, salvo en los casos en que sea obligatorio.

5.4.2 Resumen: debe ser conciso (hasta 150 palabras), redactado en un solo párrafo, y destacar el objetivo, el tema principal del artículo, la metodología utilizada y las principales conclusiones. En este apartado no debe utilizarse la enumeración de temas.

5.4.3 Palabras clave: indicación de hasta cinco términos que clasifiquen el trabajo con la precisión adecuada para su indexación, separados por punto y coma (;).

5.4.4 Índice: solo debe incluir el número y nombre de las secciones principales que componen el artículo.

5.5 Las notas a pie de página deberán ser únicamente aclaratorias o explicativas, sólo servirán para ampliar o ilustrar lo dicho en el cuerpo del texto. No deben ser demasiado largas ni contener citas directas. Deben tener el mismo tipo de letra que el artículo (Times New Roman), tamaño 10, interlineado sencillo y alineación justificada.

5.6 En caso de que sea necesario proporcionar información sobre el artículo (financiamiento de entidades de fomento, agradecimientos, traductores del texto, etc.), se insertará una nota a pie de página con un asterisco (no un número) a la derecha del título en la lengua original del artículo.

5.7 Las tablas, cuadros, figuras, imágenes y gráficos, si existen, deben incluirse en el cuerpo del texto y no al final del documento como anexos. Deben insertarse con el debido cuidado en cuanto a su buena resolución. Para ello, deben tener una anchura máxima de 10 cm, un formato vectorial abierto y editable; leyendas breves y autoexplicativas. Las imágenes (mapa de bits) deben tener una anchura mínima de 12 cm y una resolución mínima de 300 ppp.

6. Citas y notas

6.1 Las citas a lo largo del texto deben respetar las orientaciones de la ABNT-NBR 10520/2023.

6.2 No se aceptarán artículos que utilicen el sistema autor-fecha ni expresiones como *Op. Cit.*, *Idem* e *Ibid.*

6.3 La autoría debe ser indicada en nota al pie de página, en fuente Times New Roman, tamaño 10, y no en la nota al final del artículo. Se debe indicar la referencia completa de la obra en la primera cita y, después de esa, utilizar apenas el nombre del autor, el título de la obra y el número de la página).

Ejemplos:

En el texto:

La llamada “pandectística” fue la forma particular de integración del derecho romano en el siglo XIX, sobre todo en Alemania. (3)

En la nota a pie de página:

En la 1ª cita:

(3) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História.** São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 225.

En la 2ª cita:

(4) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História.** p. 225.

6.4 Los autores extranjeros podrán seguir otros modelos de citación en su envío.

6.5 Las citas de hasta 3 (tres) líneas deben permanecer en el cuerpo del texto, sin sangría ni resaltado, y se destacarán mediante comillas. Las citas de más de 3 (tres) líneas deben separarse del texto con una sangría de párrafo de 4 cm, 11 puntos, interlineado sencillo y texto justificado, sin utilizar comillas.

6.6 Los puntos destacados en el trabajo original deben reproducirse de forma idéntica en la cita. Si hay subrayados en el original, pero el autor del artículo desee destacar alguna información, deberán respetarse las siguientes normas:

6.6.1 Puntos destacados por el autor del artículo: tras transcribir la cita, utilice la expresión “nuestro(s) énfasis(s)” o “he añadido” entre paréntesis.

6.6.2 Otros subrayados en partes del texto solo deben ir en cursiva y únicamente en los siguientes casos: a) expresiones en lengua extranjera; y b) expresiones destacadas, si son estrictamente necesarias para la comprensión del texto.

6.7 Las citas en lengua extranjera deberán traducirse siempre a la lengua predominante del artículo en las notas a pie de página, acompañadas de la expresión “nuestra traducción” entre paréntesis.

7. Referencias

7.1 Las referencias deben respetar las orientaciones de la ABNT-NBR 6023/2018.

7.2 Las referencias deben contener todos los datos necesarios para la identificación de las obras y deben ordenarse alfabéticamente según la primera letra del apellido del autor.

7.3 Las diferentes obras de un mismo autor deben figurar en orden cronológico según el año de publicación. Las obras del mismo autor y publicadas en el mismo año se diferenciarán añadiendo una letra al final del año (ejemplo: 2019a, 2019b).

7.4 Todas las referencias bibliográficas utilizadas en el texto deberán indicarse al final del documento, con información sobre la URL cuando esté disponible.

7.5 Los autores extranjeros podrán utilizar otros modelos de referencia al enviar sus trabajos.

8. Modelos de referencia

8.1 En la 1ª cita: APELLIDO, Nombre de pila. **Título del documento en negrita:** subtítulo (si hay). Edición (si hay). Traducción de NOMBRE DEL TRADUCTOR (si hay). Lugar de publicación (ciudad): Editorial, fecha de publicación de la obra. N. de la página.

8.2 En la 2ª cita: APELLIDO, Nombre de pila. **Título del documento en negrita:** subtítulo (si hay). N. de la página.

8.3 Capítulo de libro: APELLIDO DEL AUTOR DEL CAPÍTULO, Nombre de pila. Título del capítulo. *In:* APELLIDO DEL ORGANIZADOR DEL LIBRO, Nombre de pila (org.) **Título del documento en negrita.** Lugar de publicación (ciudad): Editorial, fecha de publicación de la obra. p. x-y.

8.4 Tesis de Pregrado, Tesis de Maestría, Tesis de Doctorado: APELLIDO DEL AUTOR, Nombre de pila. **Título del documento en negrita.** Fecha de publicación de la obra. Tesis (Maestría en) – Facultad de , Universidad de , Lugar de la institución (ciudad), año.

8.5 Artículo de revista: APELLIDO DEL AUTOR, Nombre de pila. Título del artículo. **Nombre de la revista en negrita**, Lugar de publicación (ciudad), v. x, n. x, p. x-y, mes año.

8.6 Artículo de periódico firmado: APELLIDO DEL AUTOR, Nombre de pila. Título del artículo. **Nombre del periódico en negrita**, Lugar de publicación (ciudad), v. x, n. x, p. x-y, día mes año.

8.7 Artículo de periódico no firmado: TÍTULO del artículo con la primera palabra en mayúscula. **Nombre del periódico en negrita**, Lugar de publicación (ciudad), v. x, n. x, p. x-y, día mes año.

8.8 Artículo de revista en formato electrónico: APELLIDO DEL AUTOR, Nombre de pila. Título del artículo. **Nombre de la revista en negrita**, Lugar de publicación (ciudad), día mes año (si hay). Disponible en: . Consultado el: día mes año.

8.9 Artículo de periódico en formato electrónico: APELLIDO DEL AUTOR, Nombre de pila. Título del artículo. **Nombre del periódico en negrita**, Lugar de publicación (ciudad), día mes año. Disponible en: . Consultado el: día mes año.

9. Fomento

9.1 Los autores deben informar al Consejo Editorial sobre cualquier tipo de financiamiento, beca de investigación o beneficio recibido para el desarrollo del trabajo además de declarar que no existe ningún conflicto de interés que comprometa el manuscrito presentado.

9.2 En caso de que la identificación del autor sea posible, dicha información no debe incluirse en el archivo enviado, con el fin de no comprometer la evaluación a ciegas por pares. La inclusión deberá realizarse en la fase final previa a la publicación del artículo, después del contacto de el Consejo Editorial con el autor.

10. Garantía de evaluación por pares de doble ciego (*double-blind peer review*)

10.1 Es fundamental que los autores eliminen cualquier tipo de identificación de autoría del documento a enviar.

10.2 No deben incluirse en el cuerpo del texto elementos como: un mini currículum bajo el título del artículo, una nota a pie de página con datos de autoría, una referencia en el cuerpo del texto a una obra publicada previamente que mencione a los autores de cualquier manera distinta a tercera persona.

10.3 La identificación de la autoría del trabajo debe eliminarse del archivo Word, de acuerdo con las orientaciones disponibles en la página web de Microsoft (<https://support.microsoft.com/es-es/office/quitar-datos-ocultos-e-informaci%C3%B3n-personal-mediante-la-inspecci%C3%B3n-de-documentos-presentaciones-o-libros-356b7b5d-77af-44fe-a07f-9aa4d085966f>).

11. Término de compromiso y derechos de autor

11.1 Para la publicación del artículo, los autores deberán firmar la Carta de Compromiso y Autorización de Derechos de Autor, que será enviado por el Consejo Editorial. En este documento, los autores declararán que el texto es inédito, que no se infringe la ética académica y que acepta la publicación gratuita del manuscrito, bajo la Licencia Creative Commons – Atribución 4.0 Internacional – CC BY 4.0.

Esta Revista foi finalizada em setembro de 2025 pela
Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da
Informação do Supremo Tribunal Federal.

Foi projetada e composta na fonte Crimson Pro.